

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Rafael José de Castro

Perspectivas e obstáculos quanto à aplicação subsidiária do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo do trabalho

**Juiz de Fora
2015**

Rafael José de Castro

Perspectivas e obstáculos quanto à aplicação subsidiária do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo do trabalho

Monografia apresentada à Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles.

Juiz de Fora

2015

Rafael José de Castro

Perspectivas e obstáculos quanto à aplicação subsidiária do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo do trabalho

Monografia apresentada à Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Dra. Aline Araújo Passos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Fernando Guilhon de Castro
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O excesso de demandas – sobretudo as de natureza repetitiva – levou a uma crise de eficiência do Poder Judiciário que, no limite, pôs em risco a efetividade dos direitos fundamentais. A fim de debelar a crise, o legislador nacional levou a efeito diversas reformas no sistema processual pátrio, mas nenhuma delas provocou alteração tão profunda quanto a aprovação do Novo Código de Processo Civil. Entre os novos institutos, destaca-se o novo incidente de resolução de demandas repetitivas, cujo propósito é permitir, por meio do julgamento por amostragem de teses jurídicas, a solução em massa de ações repetitivas de forma célere e isonômica. Para além dos impactos provocados no próprio processo civil, o novo instituto desperta o debate quanto à sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho. Avaliar as perspectivas trazidas por este instituto e quais obstáculos sua aplicação terá no processo laboral é o objetivo maior deste trabalho. Para tanto, faz-se necessário um resgate das origens do incidente no direito estrangeiro, seus princípios vetores e sua operacionalização no direito comum, para então, a partir de um raciocínio dedutivo, enfrentar as nuances do direito processual do trabalho e responder se seria o novo incidente compatível com os princípios e finalidades da Justiça Especializada e se seria o meio apto a maximizar a eficiência e efetividade da prestação jurisdicional trabalhista.

Palavras-chave: Aplicação subsidiária. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Novo Código de Processo Civil. Processo do trabalho.

ABSTRACT

The excess of demands, overall the repetitive ones, led to an efficiency crisis in Judiciary that put at risk the fundamental rights' effectivity. In order to struggle the crisis, the national legislator applied several changes on national procedural system, but none of these changes had most deeply changed than the Novo Código de Processo Civil's approval. Among the new institutes, the new Resolution Incident of Repetitive Demands stands out, which purpose is to allow the bulk solution of repetitive actions in speedy and isonomic ways, by the judgment of law thesis sampling. Beyond the impacts on civil procedure itself, the new institute awakes the discussion about its affiliated application on work procedure. The major goal of this work is evaluating the perspectives brought by this institute and which hurdles its application will have on labor procedure. Therefore, it's necessary to review the origins of incident on international law, its principles and operation on common law, and then, starting from a deductive reasoning, face the differences of work procedure law and answer the questions if the new incident will be compatible with the principles and goals of Specialized Justice and if would be the mean fit to maximize the efficiency and effectivity from labor adjudication.

Keywords: Affiliated application. Labor Procedure. Resolution Incident of Repetitive Demands. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A CRISE DE EFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO – UM RISCO À EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TRANSFORMAÇÕES DA CIÊNCIA PROCESSUAL	10
1.1 O papel do neoconstitucionalismo na construção de um Judiciário que permita conciliar eficiência e justiça	10
1.2 Acesso à justiça e o princípio da eficiência como critério de interpretação no Direito Processual do Trabalho	12
2 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – PRECEDENTES NO DIREITO COMPARADO, PRINCÍPIOS FUNDANTES E BREVE ESTUDO LEGISLATIVO DO MODELO BRASILEIRO	16
2.1 Os precedentes no direito comparado – da <i>stare decisis</i> do direito norte-americano ao <i>musterverfahren</i> do direito alemão, influências teóricas e legislativas do modelo brasileiro	16
2.1.1 A doutrina dos precedentes no direito norte-americano (<i>stare decisis</i>).....	17
2.1.2 O procedimento-modelo do direito alemão (<i>musterverfahren</i>).....	19
2.2 Os princípios fundantes do incidente – unidade e eficiência na aplicação do direito.....	22
2.2.1 Segurança jurídica e isonomia nas decisões judiciais – a necessária busca pela coesão do sistema jurídico brasileiro	23
2.2.2 Os princípios da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional – as bases normativas do incidente e a experiência jurídica brasileira	26

2.3 Breve estudo legislativo do modelo brasileiro - uma resposta às demandas de massa e a promessa de um Judiciário mais eficiente	30
--	----

3 PERSPECTIVAS E OBSTÁCULOS QUANTO À APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS AO PROCESSO DO TRABALHO..... 34

3.1 A regra da subsidiariedade no processo do trabalho.....	35
---	----

3.1.1 As lacunas no processo do trabalho e sua integração subsidiária e supletiva	35
--	-----------

3.1.2 O filtro da compatibilidade como critério hermenêutico	39
---	-----------

3.2 Os desafios para a aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo do trabalho – peculiaridades e paradigmas do Judiciário Trabalhista	42
--	----

3.2.1 Celeridade e eficiência na Justiça do Trabalho	43
---	-----------

3.2.2 O núcleo rígido do Direito Processual do Trabalho – o princípio da proteção e o devido processo legal nas demandas repetitivas	50
---	-----------

3.3. Uma resposta alternativa às demandas de massa: a potencialização da tutela coletiva e a democratização da jurisprudência	58
---	----

CONCLUSÃO	65
------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

A ciência processual tem passado por diversas reformulações nas últimas décadas, com a finalidade precípua de adequar o tratamento das demandas judiciais aos novos paradigmas socioeconômicos experimentados pela sociedade. Muitas dessas transformações foram impulsionadas pela necessidade de conferir maior eficiência ao Poder Judiciário, sobretudo em razão do assoberbamento deste com a massificação das relações jurídicas, o que, no limite, levou as instâncias judiciais a uma crise de efetividade dos direitos fundamentais.

É neste contexto que o legislador nacional deu eco ao movimento para aprovação de um Novo Código de Processo Civil, no qual fosse possível conciliar valores como a segurança jurídica, a celeridade, a eficiência e a simplicidade nos processos judiciais. O Novo Código nasce com a promessa de harmonizar os institutos do Direito Processual com a visão neoconstitucional de um processo mais democrático, justo e eficiente.

Entre as reformas e inovações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015, poucas gozam de tamanho impacto na estrutura processual como o incidente de resolução de demandas repetitivas. Instituto de inspiração germânica, o incidente tem por objetivo viabilizar o tratamento mais uniforme e célere das demandas de massa, buscando aproximar o ordenamento jurídico brasileiro a pressupostos teóricos típicos de sistemas de tradição anglo-saxônica, entre os quais se destaca a doutrina da *stare decisis*, acerca dos precedentes judiciais.

A revolução levada a efeito pelo Novo Código, contudo, não está contida no processo civil, reverberando em todo o ordenamento processual. É o caso, por exemplo, do Direito Processual do Trabalho, cujas lacunas são preenchidas pela aplicação subsidiária das normas processuais comuns, por expressa autorização do artigo 769 da CLT. Nesse ramo especializado do Direito, em que estão envolvidos créditos de natureza alimentar, celeridade e eficiência são medidas de justiça.

Não bastasse isso, a ausência de um Código de Processo do Trabalho tem fomentado ainda mais a dispersão da jurisprudência no Judiciário Trabalhista, sobrecarregando em demasia os Tribunais e, de forma reflexa, prolongando cada vez mais o tempo de tramitação das reclamationárias. A maior complexidade das lides trabalhistas contemporâneas, a massificação das relações de trabalho e a fragmentação da jurisprudência são fatores que, somados, mitigam os direitos fundamentais à razoável duração do processo e à efetividade da

prestação jurisdicional, que passam a clamar por novos mecanismos processuais, aptos a devolver a almejada eficiência do Poder Judiciário.

Isso desperta intensos debates acerca da aplicação subsidiária do novo incidente de resolução de demandas repetitivas à seara trabalhista, com o objetivo de pôr fim às demandas de massa de forma rápida, efetiva e isonômica. Contudo, para além das promessas trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, o intérprete trabalhista vê à sua frente novos desafios, derivados do transporte impróprio de institutos processuais cujas premissas teórica e empírica estão calcadas na realidade experimentada pelos processualistas civis e que, em maior ou menor grau, não estão afinadas com as nuances do processo do trabalho.

É assim que este trabalho tem por objetivo propor um debate acerca da aplicação subsidiária do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo do trabalho, examinando-o à luz dos princípios e postulados peculiares deste ramo do Direito, para que, ao final, possam ser traçadas as perspectivas e obstáculos que o instituto em apreço trará à Justiça Especializada e, sobretudo, aos seus jurisdicionados.

1 A CRISE DE EFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO – UM RISCO À EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS TRANSFORMAÇÕES DA CIÊNCIA PROCESSUAL

1.1 O papel do neoconstitucionalismo na construção de um Judiciário que permita conciliar eficiência e justiça

Tem se acentuado substancialmente a discussão acerca da “crise” do Poder Judiciário, sobretudo no que tange à sua eficiência, seja ela sob a perspectiva quantitativa, seja sob o viés qualitativo. É certo que a preocupação com a capacidade de as instituições processuais atenderem de forma satisfatória aos direitos fundamentais dos jurisdicionados tem pautado os debates jurídicos desde a segunda metade do século XX.

É com a derrocada do fascismo alemão que os juristas passaram a se ocupar com a questão da efetividade dos direitos fundamentais – em um primeiro momento, encarando o desafio da construção de regimes democráticos capazes de afastar o fantasma da opressão e garantir o primado da dignidade da pessoa humana, valor alçado à condição de norma fundante do Estado Democrático de Direito. Fruto desta nova concepção jurídica, o neoconstitucionalismo confere aos princípios, mais do que um caráter nomogênético, verdadeira eficácia normativa, suplantando as rígidas amarras legalistas do positivismo jurídico.

Essa revolução hermenêutica levada a efeito no pós-guerra transmuda a figura do juiz, de mero autômato da lei em verdadeiro agente político, transformador da realidade segundo os propósitos constitucionais, não lhe sendo mais dado conformar-se com as injustiças da legislação infraconstitucional, como mero expectador do Direito. Ao contrário, a ruptura do positivismo jurídico representa a superação do modelo de legalidade em prol do sistema da juridicidade, segundo o qual “*o direito é círculo maior a ultrapassar a mera regra de lei*” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 215).

A mudança de paradigma também ocorreu de forma sensível na seara processual. Com efeito, a mera observância do procedimento legal já não mais atendia aos anseios do Estado Constitucional e, gradativamente, a técnica processual curva-se ao devido processo legal, instituto eivado de princípios e garantias cujo propósito maior é propiciar aos sujeitos processuais o acesso a uma ordem jurídica justa. De se notar, pois, que, enquanto a primeira

onda de constitucionalização do processo implicou na incorporação de normas processuais no texto constitucional, esta segunda fase é marcada pela atualização hermenêutica dos postulados da teoria processual à luz da almejada eficácia dos direitos fundamentais.

A releitura das ordens jurídicas frente ao Estado Constitucional levou a racionalização do Direito ao campo dos princípios - aqui encarados como autênticas normas jurídicas de conduta e não mera orientação interpretativa da lei. É com o pós-positivismo que o modo de pensar do Direito desloca-se do âmbito técnico-científico, calcado em uma “teoria pura”, e adere a uma dimensão ética, centrada na dignidade da pessoa humana como seu valor maior.

E porque se resgatou a dimensão axiológica da racionalidade jurídica, a ciência processual, hoje, transborda os limites metodológicos da fase instrumentalista, para alcançar o que se denominou formalismo-valorativo. Assim, *“o processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição”* (MITIDIERO, 2007, p. 32). São, portanto, os valores como a igualdade, a segurança jurídica, a lealdade e a efetividade que entabulam o substrato axiológico do qual emana a racionalização do Estado Constitucional contemporâneo, na busca pela efetividade da tutela jurisdicional.

Para além disso, a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais vive hoje um segundo momento de reflexão e reestruturação dos institutos processuais: agora, o jurista ocupa-se com o dilema da “efetividade-celeridade”, exacerbado com o assoberbamento do Poder Judiciário. Dito de outra forma, constatou-se que não bastaria a releitura constitucional do ordenamento jurídico, sem que as partes pudessem obter uma resposta rápida do Judiciário, e que este só seria capaz de prestar a tutela de forma efetiva se fosse igualmente eficiente.

O final do século XX, com o crescimento vertiginoso das demandas judiciais e o congestionamento generalizado do Poder Judiciário, expõe sobremaneira o acerto da máxima segundo a qual a justiça tardia não é justiça, mas injustiça manifesta. No limite, a morosidade dos tribunais arrebatava a credibilidade do cidadão no Judiciário e, paradoxalmente, faz com que as instâncias judiciais se tornem sinônimos de manifesta injustiça.

Esse cenário, que ganhou formas ainda mais acentuadas no final do século passado e no início deste, é fruto de transformações sociais agudas, as quais não foram acompanhadas por uma mudança de paradigmas no processo – seja do ponto de vista legislativo, seja ainda no âmbito do próprio Judiciário. É certo que todo o direito processual brasileiro foi concebido sob o prisma liberal da litigiosidade, de modo que as normas regentes da matéria pressupõem

a veiculação de pretensões individuais e, no mais das vezes, revelam-se ineficazes no tratamento de demandas coletivas e de massa.

Os avanços econômicos experimentados nas últimas décadas acabaram por mudar por completo as feições das demandas judiciais e clamaram pela formação de microssistemas jurídicos que lhes fossem próprios. Nesse sentido, a consolidação do capitalismo de massa como modelo econômico hegemônico produziu reflexos ímpares na tradição jurídica do país – de um lado, a exacerbação do consumo e sua massificação deu azo a lides com características muito distintas das tradicionais demandas civis; de outro, a produção em escala global, que já agora lançava mão da mecanização e informatização dos meios de produção, com vistas a baratear a mão-de-obra, levou à vulnerabilização das relações de trabalho então consolidadas, multiplicando sobremaneira os litígios trabalhistas.

A esse cenário soma-se a ineficiência do Poder Público em efetivar tanto os “direitos tradicionais”, quanto os “novos direitos” – nascidos de um panorama social que não mais se enquadrava no modelo liberal clássico. Resultado natural da maior conflituosidade foi o crescimento sem precedentes das ações ajuizadas perante o Judiciário, que, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2014, somava um estoque vultoso de 70,8 milhões de processos, número quase 20% superior ao verificado em 2009, quando o Judiciário brasileiro contabilizava 59,1 milhões de processos. Em contrapartida, o número de processos baixados no mesmo período teve um avanço modesto, saltando de 24,6 milhões em 2009 para 28,5 milhões em 2014 (2015).

Assim é que a necessidade de se repensar os institutos jurídicos, sobretudo os processuais, redesenhando os procedimentos e criando mecanismos de solução de conflitos alternativos ao modelo individualista sustentado até o século XX, passou a ser a preocupação mais premente dos juristas. Conciliar a exigência de um Judiciário mais eficiente – do ponto de vista quantitativo – com o dever constitucional de se prestar a tutela jurisdicional de forma justa e efetiva – do ponto de vista qualitativo – é a *vexata quaestio* da contemporaneidade.

1.2 Acesso à justiça e o princípio da eficiência como critério de interpretação no Direito Processual do Trabalho

Muito do que se apurou com o aumento exponencial de demandas judiciais nas últimas décadas tem sua origem na construção de uma dogmática que prima pela amplitude do acesso à justiça. Não poderia ser diferente. O acesso à justiça é direito fundamental instrumental por

meio do qual se torna possível alcançar os demais direitos e garantias fundamentais (LUDWING, 2015, p. 98). Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth,

o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (1988, p. 11-12)

São precisamente os “mecanismos para efetiva reivindicação” dos direitos fundamentais que dão novos contornos à compreensão de acesso à justiça, expandindo seu horizonte para além da mera previsão de instrumentos jurídicos que permitam aos jurisdicionados o ingresso em juízo. A compreensão de acesso à justiça mais consentânea com a vontade constitucional visa a garantir a efetividade dos direitos vindicados, ou, noutros termos, só há verdadeiro acesso à justiça quando o titular do direito – seja ele autor ou réu – tem a sua pretensão reconhecida e efetivamente satisfeita ao termo do processo.

Assim encarado, o acesso à justiça pode ser distinguido de sua visão clássica de mero acesso ao Judiciário. A distinção fulcral entre os dois conceitos é que, enquanto neste último o que se busca é a mera construção de institutos que levem a parte para dentro do processo, o primeiro tem como objetivo levar o direito à parte, isto é, acessar a justiça é ter reconhecido e realizado o direito a que faz jus o jurisdicionado.

Nesta perspectiva contemporânea, o acesso à justiça encontra grave obstáculo na incapacidade de o Poder Judiciário processar e julgar todo o acervo de demandas em tempo hábil para devolver o direito à parte que a ele faz jus. Isso porque, em um sistema jurídico cuja racionalidade reside na máxima concretização de direitos fundamentais, o acesso à justiça só ganha protagonismo na medida em que se torna instrumento deste fim e, para tanto, deve proporcionar o surgimento de mecanismos processuais que ampliem a eficiência dos órgãos judiciários, sem lhes suprimir o compromisso ético com a justiça de suas decisões. Nesse cenário, “*a eficiência aplicada ao Poder Judiciário em todas as suas funções se mostra então como pressuposto desta instrumentalidade e desta nova racionalidade, ambas direcionadas ao atendimento do jurisdicionado na justa proporção de sua demanda*” (LUDWING, 2015, p. 99).

Apesar disso, o estudo empírico de nosso Poder Judiciário, mais detidamente no que concerne à Justiça do Trabalho, tem apontado que a cultura demandista, sobretudo por parte

dos litigantes habituais, associada às circunstâncias econômicas que tornam mais vantajoso o prolongamento indevido da lide do que sua rápida solução, bem como a maior complexidade das relações e teses jurídicas deduzidas em juízo, são fatores que contribuem para o assoberbamento do Judiciário e minam por completo sua eficiência, o que, em última instância, fulmina o acesso efetivo à justiça.

Muito do que se denomina congestionamento do Poder Judiciário é resultado de uma postura irresponsável dos litigantes, em especial os habituais, que respondem por um imenso volume de demandas de massa – ou seja, demandas repetitivas, nas quais a tese jurídica e, muitas das vezes, seus pressupostos fáticos, repetem-se de forma seriada e pulverizada em toda a coletividade. Com efeito, quando se constata que o retardamento de um processo individual produz ganhos secundários à parte potencialmente sucumbente, põe-se em risco toda a lógica com que opera o sistema, culminando com a perda de credibilidade e legitimidade das instâncias oficiais para a realização do Direito.

Isso se deve porque, sobretudo quando se analisa a situação dos litigantes habituais na Justiça do Trabalho, o adiamento do desfecho de um processo produz vantagens econômicas vultosas quando se avalia o macro gerenciamento do passivo trabalhista, já que qualquer ônus adicional que incida sobre o valor da condenação não se equipara aos rendimentos obtidos em investimentos de médio prazo no mercado financeiro com os recursos que, ao menos em tese, serviriam de aporte à satisfação do direito violado (PIMENTA, 1995).

É precisamente por este motivo que, segundo o Conselho Nacional de Justiça, o Judiciário trabalhista somou em 2014 um estoque de 4,4 milhões de processos e que, mesmo com o crescimento de 5,3% da produtividade dos magistrados, as taxas de congestionamento na Especializada atingiram quase 50% naquele ano. A análise minuciosa dos dados aponta que os maiores indicadores de morosidade estão na fase de execução, na qual estão concentrados 48,7% do acervo e que responde por uma taxa de 66,2% de congestionamento (2015).

Esses números, confrontados com toda a dogmática aqui apresentada, leva à fatal conclusão de que, no âmbito do Direito Processual do Trabalho, o princípio da eficiência é mais do que uma norma programática, mas verdadeiro cânone de interpretação da atividade jurisdicional. Afinal, é apenas por meio de uma jurisdição eficiente que se concretiza uma ordem jurídica verdadeiramente justa e efetiva, sobretudo quando se está lidando com um ramo do Direito cujos créditos vindicados possuem natureza eminentemente alimentar. Aliás, é esta peculiaridade do Direito Processual do Trabalho que faz com que o princípio da

celeridade seja alçado à condição de valor fundante e, com muito mais razão, o deve ser o princípio da eficiência, seja na condução do processo, seja na interpretação de suas normas.

Como viabilizadora da concretização dos direitos fundamentais, a eficiência do Judiciário jamais deve colidir com a compreensão radical de que a atuação jurisdicional deve resguardar as garantias inerentes ao devido processo legal, para que só então se concilie com os paradigmas teóricos do neoprocessualismo. São estes paradigmas que inspiraram o legislador ordinário na elaboração do Código de Processo Civil de 2015, de forma tal que a noção central de que a efetividade decorre igualmente da eficiência está expressamente consignada na exposição de motivos do Anteprojeto do novel diploma processual, sintetizando bem o que aqui se expôs:

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. (BRASIL, 2010)

Esse espírito que motivou o legislador reformador a buscar novos mecanismos processuais para atingir a máxima eficiência – e conseqüentemente a efetividade – na prestação jurisdicional deve igualmente permear o Direito Processual do Trabalho. Daí que a comunidade jurídica viu reacender o debate acerca da aplicação subsidiária das normas do Direito Processual Civil ao processo trabalhista, sobretudo quando aquelas nascem com a promessa de conferir maior racionalidade e eficiência ao sistema processual.

É o caso do novo incidente de resolução de demandas repetitivas, que, previsto nos artigos 976 a 987 do Novo Código, surge com a dupla promessa de conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados, com a uniformização da jurisprudência, e mais celeridade à marcha processual, evitando o prolongamento desnecessário de demandas seriadas.

2 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – PRECEDENTES NO DIREITO COMPARADO, PRINCÍPIOS FUNDANTES E BREVE ESTUDO LEGISLATIVO DO MODELO BRASILEIRO

2.1 Os precedentes no direito comparado – da *stare decisis* do direito norte-americano ao *musterverfahren* do direito alemão, influências teóricas e legislativas do modelo brasileiro

O Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105/15, trouxe reformas substanciais para a estrutura do Direito Processual Civil e, por consequência, do próprio Direito Processual do Trabalho. Para além de revisitar os institutos já existentes, o pioneirismo do Novel Código pode mais facilmente ser percebido naquilo que trouxe de inovador para o ordenamento jurídico brasileiro. Entre os novos institutos, poucos deles podem representar uma mudança de paradigma tão drástica no sistema processual quanto o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Trata-se de mecanismo processual cujo objetivo maior é o julgamento por amostragem de causas repetitivas, permitindo, em tese, uma resposta rápida às demandas de massa que se avultam no Poder Judiciário e agravam ainda mais a crise de eficiência por ele experimentada nas últimas décadas. Como se percebe por sua própria natureza, o incidente de resolução de demandas repetitivas não encontra similar no direito brasileiro, tampouco se trata de criação autoral da doutrina pátria.

Em que pese a novidade inserida no ordenamento brasileiro, sua origem remonta a experiências legislativas do direito estrangeiro, cujo estudo – ainda que superficial – é imprescindível para a real compreensão das perspectivas trazidas pelo novo incidente. O modelo brasileiro parece sofrer forte influência dos sistemas das *stare decisis* do direito norte-americano e do *musterverfahren* do direito alemão, embora também encontre paradigmas em institutos similares do direito britânico e português. A seguir, são tecidos breves comentários acerca dos paradigmas do direito estrangeiro que influenciaram a atividade do legislador nacional e que subsidiarão a compreensão do instituto em estudo.

2.1.1 A doutrina dos precedentes no direito norte-americano (*Stare Decisis*)

Diversamente do que ocorre nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica (*civil law*), os ordenamentos de origem anglo-saxã (*common law*) são marcados pela vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes judiciais, sejam estes construídos a partir de decisões do próprio órgão em casos semelhantes pretéritos ou mesmo derivados de manifestações de Cortes Superiores em demandas paradigmáticas. Fato é que, nos sistemas jurídicos desta natureza, o direito positivo – conquanto existente – cede o protagonismo judicial para os precedentes, cuja vinculação melhor se expressa na doutrina da *stare decisis* do direito norte-americano.

A construção de uma jurisprudência cada vez mais uniforme e que reverbere por todas as instâncias judiciárias é preocupação central do Novo Código de Processo Civil e reflete um movimento ainda mais intenso de aproximação de nosso sistema romano-germânico ao modelo anglo-saxônico, sobretudo no que diz respeito à doutrina de vinculação de precedentes, em uma tentativa louvável de garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Fica claro o propósito do legislador quando, na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código, afirma que

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. (BRASIL, 2010)

A adoção da doutrina da *stare decisis* não é de todo uma inovação em nosso ordenamento. Conquanto sua influência na gênese do incidente de resolução de demandas repetitivas seja ainda mais marcante, diversos institutos no sistema processual brasileiro partiram da mesma premissa teórica. É o caso, por exemplo, da súmula vinculante (artigo 103-A da Constituição Federal), da repercussão geral em recursos extraordinários (artigo 543-A do CPC/73), o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos (artigos 543-B e 543-C do CPC/73) e o incidente de uniformização de jurisprudência (artigo 476 do CPC/73). Em todos estes casos, o legislador nacional sinalizou para a aproximação com a

stare decisis e revelou ser de longa data sua preocupação com a unidade de interpretação do sistema (DURÇO, CHEHUEN, 2011).

Contudo, o ordenamento brasileiro, ainda muito marcado pela necessidade de uma norma positiva – resultado natural da construção cultural histórica de uma tradição jurídica romano-germânica –, não recebeu bem a vinculação horizontal aos precedentes, focando-se em institutos que refletem preponderantemente a vinculação vertical. A distinção entre as duas formas de construção de precedentes está no fato de na primeira – a horizontal – as decisões reiteradas de um mesmo órgão julgante gerarem o substrato jurídico para a uniformização da jurisprudência, como ocorre com o malfadado julgamento liminar de improcedência do artigo 285-A do CPC/73. Lado outro, a construção vertical dos precedentes ocorre quando a decisão modelo é proferida por uma Corte Superior e seguida pelas instâncias inferiores, como no caso da súmula vinculante do artigo 103-A da Constituição Federal (DURÇO, CHEHUEN, 2011).

A experiência brasileira tem demonstrado, inclusive, que a adoção dos precedentes – e aqui, mais especificamente, os de formação verticalizada – não deflui de forma espontânea, mas sim como resultado da criação de um sistema hierarquizado e impositivo. Em que pese a força vinculante conferida aos precedentes neste modelo, o sistema pátrio ainda não foi capaz de reger com satisfação importantes institutos para a atualização da jurisprudência, como é o caso do *overruling*, ou mesmo para que um jurisdicionado demonstre que sua demanda não se amolda com perfeição à causa-piloto, no caso do *distinguishing*.

A carência destes institutos é sensível no caso dos julgamentos de recursos repetitivos no âmbito dos Tribunais Superiores, situação na qual a escolha de um recurso-modelo enseja o sobrestamento dos demais casos análogos, sem que o jurisdicionado tenha à sua disposição meios próprios para demonstrar a distinção de sua causa. O problema persiste no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas da Lei nº 13.105/15.

Isso porque se trata de instituto que não se desvencilha do sistema de vinculação verticalizada já difundido entre nós, tampouco prescinde da eficácia vinculante para sua observação. É o que se extrai da mera análise topográfica das normas regentes do incidente, afinal inseridas no Capítulo VIII do Título I do Livro III, destinado ao regramento dos processos perante os tribunais, sobretudo com vistas ao disposto no artigo 978 e seguintes do CPC/15, nos quais se estabelece a competência originária dos tribunais para processar e julgar o incidente.

No que diz respeito à eficácia vinculante da decisão, esta é facilmente percebida por meio do inciso III do artigo 927 e do artigo 985 do CPC/15, segundo o qual a tese jurídica

firmada pelo tribunal deverá ser aplicada, obrigatoriamente, a todos os processos em curso suspensos por ocasião da instauração do incidente e aos processos futuros que versarem sobre a mesma questão.

A parca regulamentação dos institutos do *distinguishing* e do *overruling* também persiste no novo incidente de demandas repetitivas, de modo que seu regramento cinge-se à vaga disposição do artigo 986 do CPC/15, *in verbis*:

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

De se notar, portanto, que o incidente de resolução de demandas repetitivas é resultado direto da maior aproximação do sistema jurídico brasileiro com os ordenamentos de tradição da *common law* e, embora possa sinalizar uma alteração expressiva na estrutura processual pátria, não é capaz de provocar grandes modificações no próprio enfrentamento desta aproximação. A repetição de velhos problemas atrai para o incidente as mesmas discussões travadas no âmbito do sistema de julgamento por amostragem de recursos extraordinários e especiais e demonstra que o legislador nacional, malgrado se socorra no direito anglo-saxônico para debandar a crise de eficiência do Poder Judiciário, ainda se encontra impregnado pela lógica puramente positivista, típica da tradição da *civil law* que nos é peculiar.

2.1.2 O procedimento-modelo do direito alemão (*musterverfahren*)

Se, por um lado, a doutrina da *stare decisis* do direito norte-americano constitui premissa teórica para o incidente de resolução de demandas repetitivas, por outro é no direito alemão que o modelo brasileiro busca mais diretamente sua inspiração legislativa. A esse respeito, o legislador nacional faz referência explícita na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código ao procedimento-modelo alemão (*musterverfahren*) como instituto inspirador de nosso incidente, motivo pelo qual se faz necessária compreensão do precedente de direito comparado para que então se adentre em um estudo mais próximo do modelo pátrio.

A esse respeito, é importante registrar que o ordenamento alemão já convive com instrumento processual para resolução de causas de massa desde 2005, com a edição da lei do

procedimento-modelo para o contencioso em mercado de capitais (*Gesetz uber Musterverfahren in Kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – KapMug*), em resposta ao abarrotamento do Judiciário alemão. A lei em comentário surgiu como alternativa germânica ao modelo das *class actions* norte-americanas (STADLER, 2009 *apud* KENNE, 2012), e, diferentemente do modelo brasileiro, surgiu como produto de debates iniciados desde a década de 1970 no âmbito da doutrina alemã e, mais tarde, pela própria jurisprudência, quando do enfrentamento de causas repetitivas no mercado de capitais (HESS, 2008 *apud* KENNE, 2012).

Sendo produto de uma construção histórica e reativa a uma situação específica, o incidente alemão possui aplicação restrita às demandas exclusivamente afetas ao mercado de capitais, de modo que suas hipóteses de cabimento constam de rol taxativo que definem situações específicas com vistas à natureza da controvérsia, como ocorre com o primeiro parágrafo da lei alemã, no tocante às ações de indenização por danos decorrentes de informações falsas, enganosas ou por omissão de informação (KENNE, 2012).

Não obstante a disciplina exaustiva do tema, a legislação alemã traz expressas hipóteses nas quais o incidente não poderá ser admitido pelo juízo de origem, como nas situações em que (I) a causa estiver pronta para julgamento ou (II) o requerimento de sua instauração tiver sido formulado com propósito nitidamente protelatório e ainda quando (III) a fundamentação apresentada pelo requerente não justificar satisfatoriamente a instauração do procedimento ou (IV) a questão jurídica discutida não versar sobre matéria apta a repercutir extraprocessualmente (KENNE, 2012).

Ainda quanto à admissibilidade do incidente, o modelo germânico prevê que, uma vez requerida instauração, sejam disponibilizados eletronicamente todos os dados relevantes do processo, como nome das partes, juízo de origem e objeto da controvérsia. Isso a fim de viabilizar novos requerimentos sobre o mesmo tema. Afinal, a disciplina estrangeira determina que só será admitida a instauração do procedimento-modelo quando, no prazo de quatro meses, ao menos outros nove requerimentos sobre o mesmo tema forem formulados, independentemente do juízo de origem em que tramitarem os processos principais. Trata-se, pois, de requisito quantitativo que, como se verá, não foi reproduzido pelo legislador brasileiro no Código de Processo Civil de 2015, que preferiu adotar critério qualitativo e dar maior discricionariedade ao magistrado no tocante à verificação dos requisitos ensejadores do incidente.

De qualquer forma, o juízo de admissibilidade para a instauração do *musterverfahren* é feito pelo órgão judiciário de origem, por meio de decisão fundamentada e irrecorrível, da

qual deve constar um breve resumo das pretensões de ambos os litigantes e seus respectivos fundamentos, a estabilização objetiva da demanda, com a indicação explícita dos pontos controvertidos e das provas a serem produzidas pelas partes (KENNE, 2012) – este último elemento se justifica porque o procedimento-modelo é admissível tanto para o deslinde de questões eminentemente de direito, quanto para controvérsias fáticas, que demandam dilação probatória.

Admitido o incidente pelo juízo de origem, este será processado perante o tribunal regional competente – ou, se for o caso, perante o tribunal superior respectivo, acaso a repercussão do julgamento possa extrapolar o âmbito de jurisdição de um único regional (KENNE, 2012). De qualquer forma, o mais relevante efeito da admissibilidade do procedimento-modelo é a imediata suspensão *ex officio* de todas as ações em curso que versem sobre a matéria controvertida, mediante decisão irrecorrível do tribunal.

O processamento do incidente no modelo alemão não possui maiores controvérsias. Será nomeado um reclamante-modelo e um reclamado-modelo, segundo os critérios que melhor aprouverem ao tribunal, como, por exemplo, o valor da causa, seu impacto econômico, a aceitação dos demais representados, entre outros. Certo é que será concedida oportunidade para que qualquer interessado possa se habilitar para atuar no procedimento-modelo, inclusive peticionando para prestar esclarecimentos e densificar argumentos de ataque ou defesa, desde que suas ações não contrariem aquelas praticadas pelos representantes-modelo de cada parte.

Uma vez julgado o incidente germânico, a decisão produzirá efeito vinculante sobre todos os processos suspensos e poderá ser atacada mediante recurso de fundamentação vinculada por qualquer interessado, desde que preencha os requisitos próprios, entre os quais se destaca uma espécie de “repercussão geral”, análoga ao verificado entre nós no âmbito dos recursos extraordinários.

Em síntese, como leciona Antônio Passo Cabral,

(...) no *Musterverfahren* decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (*Streitpunkte*) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais. Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (*Vorfragen*) de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual. (2007, p.132)

Como se verá adiante, dúvidas não sobejam de que o legislador brasileiro se socorreu do direito alemão para instituir o novo incidente de resolução de demandas repetitivas, havendo inúmeros pontos de contato entre o instituto nacional e seu correlato germânico. A despeito disso, a disciplina legal do CPC/2015 distancia-se do modelo tedesco em temas relevantes e apresenta nuances cujo estudo demanda um confronto direto com seu paradigma. É o que se verá mais adiante neste trabalho, após um prévio estudo dos princípios que regem o incidente brasileiro e dos valores que este visa a concretizar em nosso ordenamento.

2.2 Os princípios fundantes do incidente – unidade e eficiência na aplicação do Direito

O incidente de resolução de demandas repetitivas nasce no Novo Código de Processo Civil com a promessa de conferir maior racionalidade ao sistema jurídico. É por meio deste instituto que o legislador pretende uniformizar a interpretação do Direito em todas as instâncias judiciais e, ao mesmo tempo, permitir que o jurisdicionado obtenha uma resposta rápida quando submeter uma demanda de massa à apreciação do Poder Judiciário (BRASIL, 2010).

De se notar, portanto, que toda a discussão principiológica no entorno do incidente pode ser facilmente sintetizada nos princípios da segurança jurídica – por meio do qual se busca a unidade e isonomia na aplicação do Direito – e da celeridade – vetor da razoável duração do processo e da efetividade da prestação jurisdicional. Isso porque, como abertamente explicitado pelo legislador na exposição de motivos do Novo Código, a fragmentação da interpretação do Direito gera intranquilidade e perplexidade na sociedade, o que, somado à morosidade resultante do asoberbamento do Judiciário, leva ao descrédito das instâncias oficiais (BRASIL, 2010). O incidente tem, portanto, a difícil missão, já estipulada em sua gênese, de viabilizar a pacificação rápida e uniforme dos litígios de massa.

Ciente disso, o estudo de como ambos os princípios influenciaram na construção legislativa do instituto e de como repercutem em nosso ordenamento é medida necessária para se compreender a dimensão dos efeitos de sua aplicação – seja no Direito Processual Comum, seja no Direito Processual do Trabalho, que por ora nos interessa mais de perto.

2.2.1 Segurança jurídica e isonomia nas decisões judiciais – a necessária busca pela coesão do sistema jurídico brasileiro

A segurança jurídica é valor fundante dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica e, conquanto não goze de expressa previsão constitucional no ordenamento brasileiro, sua presença se espraia por inúmeros institutos, nas mais variadas searas do Direito. A doutrina pátria é uníssona ao afirmar que a segurança jurídica desponta hoje como *conditio sine qua non* do Estado de Direito. A esse respeito, Ingo Sarlet (2007, p. 86) assevera que

O clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e – no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico – por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5º, assim como em outros dispositivos de nossa Lei Fundamental.

Conquanto a Constituição Federal de 1988 não faça menção expressa ao termo “segurança jurídica”, é pacífico o entendimento de que se trata de princípio implícito, cuja aplicação encontra expressa autorização no permissivo constitucional do § 2º do artigo 5º da Carta Magna. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello pontua, com acerto, que “*este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo*” (2008, p. 123).

Ainda assim, a noção central de segurança jurídica é facilmente extraída da inteligência do inciso XXXVI do mesmo artigo 5º da Constituição, no qual o legislador constituinte objetivou a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Em todos esses casos, para José Afonso da Silva, “*tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio*” (2011, p. 434).

Contudo, o princípio da segurança jurídica não é um comando dirigido unicamente ao legislador ordinário, tampouco se cinge à estabilidade das decisões judiciais. Em verdade, a segurança jurídica comporta dois sentidos distintos: o primeiro deles – já explicitado – refere-se à estabilidade das relações jurídicas; o segundo, compreende a previsibilidade das decisões judiciais ou administrativas. É precisamente esta segunda face da segurança jurídica que inspirou o legislador ordinário na elaboração da Lei nº 13.105/15, como ficou francamente evidenciado na exposição de motivos do Anteprojeto do novel diploma processual:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. (BRASIL, 2010)

Firme neste propósito, o incidente de resolução de demandas repetitivas é instituto que nasceu no Novo Código com a promessa de trazer maior previsibilidade às decisões judiciais, o que denota a preocupação crescente do legislador com a coesão do ordenamento jurídico. Isso porque a imprevisibilidade das decisões que compõem o sistema, mais do que comprometer a sua estrutura lógica, representa um fator de instabilidade nas relações sociais e, portanto, põe em xeque a legitimidade do Poder Judiciário.

De fato, a experiência judicial brasileira tem revelado que o maior obstáculo à segurança jurídica tem sido a imprevisibilidade acerca da aplicação do Direito, o que ainda hoje permite sintetizar a atuação do Judiciário como uma “justiça lotérica” aos olhos dos jurisdicionados. A título de exemplo, veja-se o ocorrido quanto aos critérios de correção monetária dos créditos trabalhistas, após decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho nos autos da reclamatória nº 0000479-60.2011.5.04.0231, antes da suspensão de sua eficácia pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Reclamação nº 22012.

No caso, após o Tribunal Superior do Trabalho decidir-se pela inconstitucionalidade por arrastamento do art. 39 da Lei nº 8.177/91, em virtude da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4357 e 4425, restou assentado que o índice de correção monetária dos créditos trabalhistas deixaria de ser a Taxa Referencial Diária (TRD), para que fosse adotado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), determinando-se inclusive a expedição de ofício ao Conselho Superior da Justiça

do Trabalho (CSJT), para retificação da tabela única do Judiciário Trabalhista, quanto aos índices de correção.

A decisão gerou estardalhaço na comunidade jurídica e foi objeto de pedido de reclamação para o Supremo Tribunal Federal, o qual determinou, em sede liminar, a imediata suspensão dos efeitos do julgado oriundo da Corte Superior Trabalhista. Na ocasião, contudo, até que a controvérsia fosse sedimentada pelo Pretório Excelso, diversos foram os entendimentos sobre o tema em toda a Justiça Especializada. Em Juiz de Fora/MG, por exemplo, a depender de qual Vara do Trabalho estivesse processando o feito, poderia ser determinada a adoção da TRD ou do IPCA-E, sendo que em alguns casos a escolha deste último ocorria até mesmo *ex officio*, inclusive em sede de execução, quando os cálculos de liquidação já haviam sido homologados.

Não é difícil perceber a situação de insegurança jurídica provocada: até que a decisão do Supremo fosse proferida, a controvérsia gerou grave instabilidade econômica entre as empresas, cujo passivo trabalhista chegou a sofrer aumento de quase 30% com a súbita alteração dos critérios de correção monetária. Além, é claro, da situação flagrantemente anti-isonômica, na qual reclamantes que haviam prestado serviços a uma mesma reclamada, no mesmo período, teriam seus créditos reajustados segundo índices distintos.

Situação como essa não pode mais encontrar amparo em nosso sistema jurídico. A esse respeito, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero alertam que

Não há Estado Constitucional e não há Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação. (2010, p. 17-18)

Nesse contexto, a busca pela uniformização da jurisprudência não é mero preciosismo do legislador para manter a coesão do sistema. Antes, denota a preocupação com o tratamento isonômico dos jurisdicionados, a fim de preservar tanto a credibilidade do Judiciário, quanto a legitimidade de suas decisões. Não por acaso, o inciso II do artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015 enumera ambos os princípios – da segurança jurídica e da igualdade – como pressupostos para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A proposta deste novo instituto é, pois, a pacificação de divergências jurisprudenciais já na primeira instância, impondo a tese prevalecente adotada pelo tribunal às ações sobrestadas no primeiro grau e àquelas que porventura forem ajuizadas após a decisão do

incidente. No entanto, para garantir a observância da tese fixada pelo tribunal respectivo, o inciso III do artigo 927 do novel código processual confere eficácia vinculante à decisão do incidente, como resultado de um encantamento por parte do legislador “*com a ideia de precedentes vinculantes, reconhecendo-se uma suposta aproximação entre os sistemas do common law e do civil law*” (SILVA, 2013, p. 21-22).

Em que pesem as inúmeras discussões acerca da eficácia vinculante das decisões obtidas no incidente, inclusive quanto à constitucionalidade do dispositivo que a prevê, certo é que a existência de previsão neste sentido é sintomática de que o sistema jurídico pátrio já não mais tolera, com a mesma parcimônia de outrora, a coexistência de decisões divergentes sobre o mesmo tema. Ademais, é tamanha a força dada ao precedente gestado pela decisão do incidente que, sem dúvida, segurança jurídica e isonomia restarão incólumes. Isso porque o incidente terá sepultado a possibilidade de decisões contraditórias coexistirem no mesmo sistema jurídico.

2.2.2 Os princípios da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional – as bases normativas do incidente e a experiência jurídica brasileira

A duração razoável do processo tornou-se preocupação de primeira ordem para o processualista contemporâneo, sendo hoje sinônimo de persecução de uma tutela jurisdicional rápida e efetiva na realização de direitos fundamentais. A busca por um processo mais célere não é exclusividade do Direito Processual do Trabalho, embora neste ramo sua percepção seja ainda mais acentuada, em virtude da natureza alimentar dos créditos vindicados.

De toda sorte, a duração razoável do processo é comando constitucional inserto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna e tem como destinatário primeiro o Estado, detidamente o Poder Judiciário, vez que prima pela prolação de decisões no tempo estritamente necessário para o deslinde da causa. Nelson Nery Júnior (1992, p. 311) leciona que o direito fundamental à duração razoável do processo é corolário do direito de ação e nele se insere todo o trâmite processual – da postulação até a execução definitiva, incluída aí toda a fase recursal.

É certo que a duração razoável do processo é cláusula aberta, a ser aferida caso a caso, pois atenta às peculiaridades da demanda e do órgão jurisdicional em que ela se processa. Daí não se poder estabelecer padrões uniformes a todo o Judiciário indistintamente, devendo a norma, no entanto, traduzir-se em comando de otimização tanto aos magistrados – como

condutores do processo – quanto aos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, no que diz respeito à estruturação material e orçamentária do Judiciário.

Não se pode compreender a preocupação com a duração razoável do processo como mero preciosismo do Judiciário ou simples retórica do legislador. A execução plena deste princípio é imposição lógica e necessária para que se alcance um processo verdadeiramente efetivo. Noutros termos, porque é eficiente o Judiciário, é também efetivo o processo. Não é outra a conclusão a que chega Barbosa Moreira (2002, p. 181), senão a de que

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer, será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.

É este o paradigma das construções legislativas mais recentes e, em particular, do Novo Código de Processo Civil. Um estudo histórico da evolução do Direito Processual no ordenamento brasileiro revela com clareza que, na última década, a busca pela celeridade e pela efetividade do processo está no epicentro das reformas introduzidas no referido ordenamento. Nesse sentido estão instituídos como o julgamento por amostragem de recursos de natureza extraordinária (artigos 543-B e 543-C do CPC/73) e o julgamento liminar de improcedência (artigo 285-A do CPC/73), instrumentos cujo propósito é conferir maior celeridade à construção de teses jurídicas prevalecentes e cuja racionalidade reside na origem do próprio incidente de resolução de demandas repetitivas do Novo Código Processual.

É claro que, especificamente no que concerne ao julgamento liminar de improcedência, sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho foi objeto de intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, chegando-se ao entendimento predominante de que o art. 285-A do CPC/73 é inaplicável ao processo do trabalho, por ser incompatível com o rito estabelecido na CLT. Nesse sentido, importantes e recentes arestos do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região ilustram o explicitado:

ART. 285-A DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Considerando-se os termos do art. 764 da CLT que prevê a obrigatoriedade da sujeição dos dissídios individuais e coletivos submetidos à Justiça do à conciliação, é inaplicável ao processo do trabalho o julgamento antecipado da lide previsto no art. 285-A do CPC (*TRT-1* -

RO: 00031509220135010482 RJ, Relator: Jorge Orlando Sereno Ramos, Data de Julgamento: 18/08/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: 01/09/2015).

PROCESSO DO TRABALHO. ART. 285-A DO CPC. INAPLICABILIDADE. O art. 285-A do CPC não pode ser aplicado ao processo do trabalho, uma vez que colide com o princípio da conciliação insculpido no art. 764 da CLT. A conciliação deve ser proposta, sob pena de nulidade, logo após a abertura da audiência e renovada antes da prolação da sentença, consoante previsto nos artigos 846 e 850 da CLT (*TRT-1 - RO: 00030149520135010482 RJ, Relator: Valmir De Araujo Carvalho, Data de Julgamento: 08/10/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: 17/10/2014*).

As decisões em comentário revelam-se ainda mais relevantes quando se avalia que, conquanto a celeridade seja traço distintivo do Direito Processual do Trabalho, este rejeita a aplicação de um instituto cujo objetivo maior é a própria duração razoável do processo, na medida em que esta é obtida à custa de valores outros igualmente caros à Justiça Especializada, caso do princípio da conciliação, de observância imperativa nesta seara, a teor do artigo 764 da CLT.

A celeridade é um dos eixos de aplicação e interpretação do Direito Processual Trabalhista, muito em razão da urgência do provimento judicial para a satisfação de créditos alimentares dos reclamantes, o que significa dizer que, no mais das vezes, toda discussão travada no bojo do processo do trabalho é, também, um enfrentamento da própria subsistência do demandante e de sua família, isto é, de forma muito mais sensível, intensa e imediata do que no processo comum, o Direito Processual do Trabalho dialoga com a dignidade humana dos jurisdicionados, o que lhe impinge maior reverência ao princípio da celeridade e, conseqüentemente, da duração razoável do processo.

Este, no entanto, não parece ser o argumento definitivo para que o Direito Adjetivo do Trabalho absorva todo e qualquer instituto do processo civil que tenha como propósito maior a realização dos valores em comentário. Isso porque a eficiência almejada pelo legislador deve ter como premissa maior a melhor satisfação dos direitos em conflito, como se no deslinde de cada demanda o magistrado recorresse com êxito à técnica da ponderação, de maneira tal que na realização de um valor não sacrifique em demasia outro da mesma estirpe.

É este, pois, o paradigma metodológico para a compreensão do transporte ou não do próprio incidente de resolução de demandas repetitivas para o âmbito trabalhista. Significa dizer que, malgrado o incidente pareça, em uma análise preliminar, cumprir adequadamente seu papel como mecanismo de solução rápida e coesa de litígios, é imperioso avaliar se sua

aplicação na esfera laboral não redundará em ofensa a outros preceitos igualmente relevantes para o equilíbrio de interesses conflitantes.

Sobretudo porque, não obstante sua posição de destaque, o princípio da celeridade continua a guardar seu caráter instrumental na legislação, ou seja, a necessidade de que a resolução dos conflitos seja ágil é apenas o meio para a obtenção de uma jurisdição justa, jamais se traduzindo em sua finalidade precípua. Se assim não fosse, estar-se-ia defendendo a absurda tese de que, proferida uma decisão, pouco importa seu grau de justiça, desde que prolatada em tempo razoável. A busca pela celeridade não pode terminar por suplantando a realização da justiça de uma decisão, sob pena de se reduzir o Poder Judiciário a mero aparato de decidibilidade de litígios, olvidando-se por completo sua dimensão ética, centrada nos valores da justiça e da dignidade humana.

É indiscutível que o princípio da celeridade reside na gênese do incidente de resolução de demandas repetitivas. Tanto é assim que o legislador – contrariando a construção doutrinária de que a razoável duração do processo deve ser aferida caso a caso – fixou prazo máximo para o julgamento do incidente e – absorvendo as críticas erigidas sobre o sistema de julgamento de processos coletivos – firmou que a apreciação do incidente deve ocorrer de forma prioritária, como se verifica do artigo 980 do CPC/15, *in verbis*:

Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. (BRASIL, 2015)

A celeridade parece ganhar destaque ainda maior quando se aborda os efeitos do julgamento do incidente sobre demandas futuras. É que, a teor do inciso II do artigo 985 do CPC/15, a tese adotada no incidente será empregada não apenas em relação às demandas já em curso (inciso I), mas também quanto às ações futuras que, ao tempo do julgamento do incidente, não haviam sequer sido distribuídas. Veja-se:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

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

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. (BRASIL, 2015)

O propósito do legislador, aqui, parece incontroverso. Uma vez firmada a tese para as demandas repetitivas, esta deve ser aplicada a todos os processos futuros que versarem sobre a mesma questão, o que, de certo, irá reduzir o seu tempo de tramitação, já que o juiz, de plano, terá a resposta para a controvérsia, podendo suprimir toda a fase de conhecimento se a tese discutida em nada diferir daquela enfrentada no incidente.

Resta saber, pois, se a celeridade almejada pelo incidente de fato reduz o tempo de trâmite processual, sem fulminar valores outros de elevada repercussão no processo do trabalho e sem comprometer a justiça das decisões ou se seria um fatídico instrumento de produção em massa de decisões judiciais, em sacrifício do devido processo legal. Como destacado, a razoável duração do processo é valor a serviço da efetividade dos direitos fundamentais e esta só pode ser atingida se a resposta dada pelo Judiciário for tanto célere quanto justa.

2.3 Breve estudo legislativo do modelo brasileiro - uma resposta às demandas de massa e a promessa de um Judiciário mais eficiente:

A compreensão de como o Direito Comparado e os princípios fundantes já expostos influenciaram na construção do modelo brasileiro para solucionar as demandas repetitivas leva, necessariamente, a um estudo – ainda que preliminar – das disposições legislativas contidas no Novo Código de Processo Civil sobre o tema. É forçoso reconhecer que temos em Marinoni e Mitidiero a melhor definição do que consiste o incidente em nosso sistema:

Um das grandes novidades anunciada no Projeto é o incidente de resolução de demandas repetitivas, constante dos arts. 895 a 906¹. Colima-se mediante sua utilização evitar a ‘dispersão excessiva da jurisprudência’, atenuar o asoeramento do trabalho no Poder Judiciário’ e ‘promover o andamento mais ‘célere’ dos processos (Exposição de Motivos).

Rigorosamente, o incidente de resolução de demandas repetitivas constitui na essência incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante (art. 903), possibilidade de suspensão de casos análogos (arts. 899 e 944, § 3º), de participação da sociedade civil em geral no seu julgamento (art. 901) e de reclamação para a inobservância da autoridade do precedente firmado (art. 906). (...)

É bem intencionada sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante o julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada. (2010, p. 177-178).

¹ Os artigos mencionados por Marinoni e Mitiero fazem referência ao Projeto do Novo Código que, agora, correspondem aos artigos 976 a 993 do Código.

Como visto, a essência de nosso modelo reside fortemente no direito alemão e constitui importante mecanismo de densificação dos valores constitucionais da segurança jurídica e da razoável duração do processo. Essa lógica permeia toda a disciplina legal do incidente, cujo estudo a seguir será segmentado em (I) instauração do procedimento, (II) processamento do incidente e (III) efeitos do julgamento.

Diferentemente do que ocorre com o procedimento-modelo do direito alemão, a hipótese de cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas é mais elasticada e vem disciplinada em cláusula aberta, permeada por demasiada margem de discricionariedade do julgador. Assim, disciplina o artigo 976 do CPC/15 que a instauração do incidente se dará quando estiverem presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos enumerados nos incisos do artigo 976 do CPC/15:

- I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
- II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (BRASIL, 2015).

Daí já se infere a preocupação do legislador com a segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência. Também se pode traçar distinção essencial com o seu paradigma no direito alemão: o incidente brasileiro destina-se exclusivamente a dirimir questões repetitivas de direito. Se, por um lado, o critério adotado pelo legislador nacional é mais abrangente que o modelo germânico, pois não limita a matéria a ser discutida no âmbito do incidente, por outro é mais restritivo, porquanto impede a discussão de questões de fato.

Verificados os requisitos para a instauração do incidente, o pedido para tanto poderá ser realizado por ambas as partes envolvidas na demanda individual (inciso II do artigo 977 do CPC/15), pelo Ministério Público (que, inclusive, terá atuação obrigatória no procedimento, nos termos do inciso III do artigo 982 do CPC/15), pela Defensoria Pública (inciso III do artigo 977 do CPC/15) ou até mesmo de ofício pelo juiz de origem ou pelo relator no tribunal (inciso I do artigo 977 do CPC/15), e é nesta hipótese que o modelo nacional se afasta de seu par no direito alemão, no qual não se admite a instauração de ofício do procedimento-modelo.

A doutrina tem entendido, de forma geral, que a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública está condicionada à pertinência temática com temas de relevante

interesse social, com a ressalva de que a ausência de pertinência temática não deve ser fator a obstar a instauração do incidente, devendo o órgão julgador facultar a correção do legitimado, como tem se posicionado a doutrina diante das ações coletivas (CUNHA, 2011).

Uma vez instaurado o incidente – após admissão pelo Tribunal competente para seu julgamento (artigo 981 do CPC/15) – será oportunizada a “mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”, a teor do artigo 979 do CPC/15. A lei processual impõe aos tribunais a responsabilidade de gerir e administrar banco eletrônico de dados atualizados com quaisquer informações específicas sobre as questões ventiladas no incidente (parágrafo 1º do artigo 979 do CPC/15).

A admissão do incidente leva à suspensão dos demais processos individuais e coletivos em que se discute a mesma matéria no âmbito da jurisdição do tribunal competente para o incidente (inciso I do artigo 982 do CPC/15) ou, se for o caso, em todo o território nacional, mediante requerimento fundamentado da parte interessada (parágrafo 3º do artigo 982 do CPC/15).

O Novo Código disciplina de forma vaga a decisão que determina a suspensão dos processos, especificamente se há recurso a fim de demonstrar o *distinguishing*. As únicas disposições sobre o tema dizem respeito à tutela de urgência (parágrafo 2º do artigo 982) e o período máximo de suspensão, que será de até 1 (um) ano, conforme inteligência do artigo 980. De se destacar que a suspensão cessa caso não seja interposto recurso contra a decisão que julga o incidente, de modo que os demais processos individuais e coletivos voltam ao seu trâmite regular (parágrafo 5º do artigo 982). Também merece registro que, zelando pela segurança jurídica, o legislador previu mecanismo para que qualquer interessado pleiteie a suspensão de todos os processos análogos em todo o território nacional e não apenas no âmbito de jurisdição do regional (parágrafo 3º do artigo 982), pedido este a ser apreciado pelo tribunal superior.

Suspensos os processos individuais e coletivos que versem sobre o mesmo tema do incidente, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, conforme inciso II do artigo 982, de forma muito similar à figura do *amicus curiae* (KENNE, 2012). O contraditório é exercido no âmbito do incidente de duas formas: a primeira, com a juntada de documentos pelas partes interessadas, no prazo de 15 dias (artigo 983), e a segunda por meio de sustentação oral perante o tribunal, na data de julgamento (inciso II do artigo 984).

Finda a instrução e julgado o incidente, “a tese jurídica nele fixada aplica-se a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal” (KENNE, 2012, p. 38), por força do inciso I do artigo 985. No entanto,

havendo recurso extraordinário, especial ou de revista (se for o caso de aplicar-se subsidiariamente o incidente ao processo do trabalho), o efeito do julgamento se espalha por todo o território nacional (parágrafo 2º do artigo 987). De qualquer forma, a repercussão geral nesses recursos sempre será presumida, a teor do comando do parágrafo 1º do artigo 987.

Há aqui uma preocupante ampliação dos efeitos do incidente àqueles que, muito embora tenham ações análogas tramitando no Judiciário, não estavam inicialmente abarcados pela jurisdição do tribunal regional originário, de modo que não puderam – por qualquer motivo – exercer o contraditório de forma mais direta para que, com o julgamento de recursos de natureza excepcional, se vissem abarcadas pela decisão.

Não bastasse isso, foi tamanha a preocupação do legislador reformador com a segurança jurídica, que o efeito vinculante da tese firmada no incidente atinge até mesmo as ações futuras, isto é, aquelas não ajuizadas ao tempo da decisão (inciso II do artigo 982), aproximando em muito os efeitos desta decisão ao de uma súmula vinculante, cabendo, inclusive, reclamação contra a decisão que se recusar a aplicar a tese fixada no incidente (parágrafo 1º do artigo 985).

Para além da preocupação com a segurança jurídica, o legislador pátrio também cuidou de zelar pela duração razoável do processo ao conferir prioridade de julgamento ao incidente, salvo sobre as ações em que haja réu preso e os *habeas corpus* (artigo 980). Esta importante decisão do legislador revela o atendimento – ainda que não diretamente – de um anseio da comunidade jurídica quanto às ações coletivas.

Com efeito, o modelo brasileiro apresenta diversos pontos de contato com seu paradigma no direito tedesco, muito embora seja possível facilmente enumerar as grandes distinções entre os dois institutos. É o caso, por exemplo, das hipóteses de cabimento, dos requisitos e da extensão do jugado (KENNE, 2012). No entanto, por ora não nos interessa aprofundar em um estudo analítico das similitudes e discrepâncias entre os dois modelos, bastando, para este trabalho, a consolidação de como o incidente de resolução de demandas repetitivas se operacionaliza em nosso ordenamento, para que, então, se avalie seu impacto no processo do trabalho, o que se fará a seguir.

3 PERSPECTIVAS E OBSTÁCULOS QUANTO À APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS AO PROCESSO DO TRABALHO

Não pairam dúvidas de que toda a legislação trabalhista é omissa – sob todos os aspectos - quanto ao tratamento das ações repetitivas. Também, não haveria de ser diferente. Como já explicitado, o regramento da questão por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas é novo em todo o ordenamento jurídico nacional, não encontrando precedentes em nenhum outro instituto, muito embora possua pontos de convergência com o julgamento por amostragem de recursos extraordinários e especiais (artigos 543-B e 543-C do CPC/73) ou mesmo com o próprio incidente de uniformização de jurisprudência (artigo 476 do CPC/73).

Ademais, em que pese o pioneirismo do processo do trabalho em nossa ciência processual, a estrutura central de seu funcionamento sempre esteve atrelada à visão individualista e atomizada das demandas. Com raras exceções, no que concerne à atuação das entidades sindicais, o Direito Processual do Trabalho não trouxe, desde sua origem, qualquer grande disciplina acerca dos processos coletivos e/ou de massa. A ordenação de todo o procedimento judicial na Justiça Especializada está umbilicalmente vinculada ao modelo de reclamação trabalhista individualizada.

Contudo, nas últimas décadas, as transformações econômicas, sociais e culturais pelas quais passou o país não se viram acompanhar por uma atualização dos institutos do Direito Processual do Trabalho, o qual permaneceu centrado exclusivamente no modelo atomizado de reclamações. Não se pode olvidar que as premissas empíricas utilizadas pelo legislador, à época da consolidação, sofreram transformações radicais, decorrentes, em essência, da própria alteração da dinâmica e da estrutura do trabalho.

A consolidação dos mercados de trabalho massificados fez com que aflorassem no Judiciário Trabalhista inúmeras reclamações repetitivas, derivadas da padronização das condições de trabalho e das relações de emprego. Essa nova demanda, como visto, exige do Poder Judiciário um tratamento diverso daquele dedicado às ações atomizadas, para viabilizar a eficiência da atuação estatal e evitar o prolongamento desnecessário dos litígios. Se no âmbito da Justiça Comum o asoberbamento do Judiciário ameaça a efetividade dos direitos fundamentais, com muito mais razão se pode dizer que na seara trabalhista esse temor é constante.

É que os créditos pleiteados perante a Justiça Especializada possuem natureza alimentar por excelência, o que significa dizer que até mesmo a mais simplória reclamação trabalhista lida de forma mais pungente com os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Noutros termos, uma crise de eficiência do Judiciário Trabalhista viria a por em xeque o núcleo rígido de nossa ordem constitucional, consubstanciado no valor social do trabalho (inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal) e, sobretudo, na dignidade humana (inciso III do artigo 1º da Constituição Federal), fundamentos de nosso Estado Constitucional.

Certo disso, o estudo das demandas repetitivas no processo do trabalho é medida que se impõe ao jurista contemporâneo. Nessa tarefa, com a edição do Novo Código de Processo Civil, faz-se imprescindível um estudo aproximado do incidente de resolução de demandas repetitivas e se seria ele uma resposta viável às ações de massa no Judiciário Trabalhista. Tarefa que se propõe a enfrentar neste trabalho, nos itens a seguir.

3.1 A regra da subsidiariedade no processo do trabalho

Para que se transporte o incidente de resolução de demandas repetitivas para o processo do trabalho é necessário que, antes, se proceda a um estudo detido quanto à possibilidade de aplicação subsidiária das normas de processo comum ao processo trabalhista, o que tradicionalmente exige a análise de dois requisitos – a omissão no Direito Processual do Trabalho e a compatibilidade das normas de processo civil com os princípios e fins específicos do direito especial.

3.1.1 As lacunas no processo do trabalho e sua integração subsidiária e supletiva

Não existem maiores celeumas quanto à possibilidade de aplicação subsidiária do Direito Processual Comum ao processo do trabalho, até porque o artigo 769 da CLT é inequívoco quanto ao tema. Contudo, o mesmo não ocorre quando se perquire os requisitos autorizadores da transposição das normas de processo civil para o bojo do Direito Processual do Trabalho, tema sobre o qual o Novo Código de Processo Civil acirrou ainda mais a divergência.

Tradicionalmente, a técnica da subsidiariedade no âmbito do processo do trabalho - quer seja na fase de conhecimento, com o artigo 769, quer seja na fase de execução, com o

artigo 889, ambos da CLT – impõe ao intérprete a observância simultânea de dois requisitos: (I) a omissão da legislação trabalhista quanto ao tema e (II) a compatibilidade das normas de Direito Processual Comum com os princípios que regem o processo do trabalho. A combinação destes requisitos parece revelar uma dupla preocupação do legislador: que as lacunas da legislação trabalhista não impeçam as partes de realizar seu direito e que a finalidade e principiologia do processo do trabalho restem preservadas.

Contudo, a amplitude da expressão “nos casos omissos”, contida no artigo 769 da CLT, provocou enorme cisma na doutrina. A controvérsia tem origem no instituto das lacunas, que se dividem em (I) normativas; (II) ontológicas e (III) axiológicas. No primeiro, o intérprete está diante da absoluta ausência de norma jurídica regulando a hipótese fática que lhe é apresentada, isto é, a lei não trata daquela situação em específico, nem traz parâmetros precisos para a solução da controvérsia. No segundo caso, conquanto exista norma jurídica, em tese, apta a reger a matéria, ela já não se compatibiliza com a empiria, ou seja, o direito posto está ultrapassado pelo fato social. Por fim, a terceira espécie de lacuna consiste na potencial injustiça resultante da aplicação de uma norma específica à sua hipótese fática: significa dizer que, muito embora a norma exista e aparente ser adequada ao caso, sua aplicação promove distorção tamanha que redunde em injustiça à parte envolvida (SCHIAVI, 2012).

Dessa distinção exsurtem duas principais vertentes quanto à aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho. De um lado, a doutrina mais ortodoxa filia-se a uma interpretação restritiva do instituto e advoga pela possibilidade de aplicação subsidiária apenas quando se estiver diante de uma lacuna normativa no texto da CLT, aduzindo que a adoção de normas de Direito Processual Civil no âmbito do processo do trabalho, quando há expressa previsão na legislação trabalhista, implica em grave ofensa aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica.

Em sentido diametralmente oposto, aqueles que se filiam à vertente ampliativa - entre os quais está Mauro Schiavi (2012) - entendem pela aplicação subsidiária do processo comum também nos casos em que se averiguar a ocorrência de lacunas ontológicas e axiológicas na legislação processual trabalhista, como corolário do princípio da efetividade e da instrumentalidade do Direito Processual. Para estes, não pode o hermeneuta olvidar-se da norma mais consentânea com os princípios do processo do trabalho, ao argumento de que inexistente omissão normativa na legislação própria, sob pena de se perder em um formalismo irrefletido. A esse respeito, aduz Mauro Schiavi (2012, p. 802) que

Assim como o direito material do trabalho adota o princípio protetor, que tem como um de seus vetores a regra da norma mais benéfica, o direito processual do trabalho, por ter um acentuado grau protetivo, e por ser um direito, acima de tudo, instrumental, com maiores razões que o direito material, pode adotar o princípio da norma mais benéfica, e diante de duas regras processuais que possam ser aplicadas à mesma hipótese, escolher a mais efetiva, ainda que seja a do direito processual civil e seja aparentemente contrária à Consolidação das Leis do Trabalho.

Ora, a doutrina é uníssona no sentido de que o princípio da proteção não se cinge ao Direito Material do Trabalho, de modo que seu comando normativo se espraia igualmente pelo Direito Processual do Trabalho. Certo é que a aplicação do princípio tutelar na seara processual ocorre de forma plena – estende-se desde a nomogênese até a hermenêutica das normas e institutos processuais. Significa dizer que a aplicação do princípio protetivo no processo do trabalho não está adstrita tão somente à esfera legislativa da criação de normas, devendo ser igualmente observada quando da aplicação destas, como critério de interpretação do Direito Processual do Trabalho sempre que a acepção de uma norma for fragmentada ou nebulosa.

Desta forma, enquanto preceito interpretativo, o princípio da proteção tem como corolário o princípio da norma mais favorável, de cumprimento imperativo também no processo do trabalho. Isso implica em reconhecer que havendo mais de uma norma no sistema para o regramento de uma mesma matéria, o aplicador do Direito deve, no âmbito do processo do trabalho, lançar mão daquela que for mais vantajosa ao trabalhador, isto é, que melhor se comprometer com a realização efetiva do Direito Material do Trabalho.

Instrumental como é, o direito processual deve, antes, preocupar-se com a concretização do direito material dos litigantes e, se já agora o processo também deve perquirir a vontade constitucional, a leitura inescusável do *caput* do artigo 7º e do inciso LXXVIII do artigo 5º, ambos da Constituição Federal, impõe ao operador do Direito a necessária busca por sua efetividade, o que, no limite, implica em dizer que a superação das lacunas ontológicas e axiológicas é também importante meio de efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o artigo 15 do Novo Código de Processo Civil parece ter encampado a interpretação ampliativa das lacunas no processo do trabalho, permitindo – para além da aplicação subsidiária – a aplicação supletiva do Direito Adjetivo Civil na esfera laboral. É que o artigo 15 do novel diploma processual cível assim disciplina a matéria:

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

A distinção fulcral entre a regra subsidiária e a regra supletiva invocadas pelo artigo em comento reside no fato de que a primeira teria aplicação nos casos de lacunas normativas da legislação trabalhista, enquanto a segunda destina-se à complementação de normas já existentes – isto é, visa ao preenchimento de lacunas ontológicas e axiológicas do sistema. Há aqui uma nítida intenção do legislador de pôr fim às divergências interpretativas suscitadas pela redação singela e ambivalente do artigo 769 da CLT, quanto à possibilidade ou não de se recorrer ao processo comum mesmo nos casos em que há disciplina própria na CLT.

Diferentemente do que ocorre com as lacunas normativas, que ensejam o emprego da regra subsidiária, quando se aborda a questão sob a ótica das lacunas ontológicas e axiológicas

estar-se-á diante da presença de uma regra, contida num determinado subsistema normativo, regulando determinada situação/instituto, mas cuja disciplina não se revela completa, atraindo assim, a aplicação supletiva de outras normas. (MEIRELES, 2015, p.40).

A ideia de que as disposições do processo civil possam ser aplicadas ao processo do trabalho não apenas subsidiariamente, mas também supletivamente, parece ter dado eco àqueles que defendem a compreensão das omissões da CLT tanto como lacunas normativas, quanto como ontológicas ou axiológicas. Isso porque a aplicação supletiva prescinde da ausência de norma, autorizando o intérprete a lançar mão do novo código a fim de complementar a disciplina dos institutos de Direito Processual do Trabalho sempre que este for insuficiente para o deslinde do caso.

É o que, por exemplo, já ocorre em relação ao artigo 829 da CLT, acerca do impedimento e suspeição da testemunha. Conquanto a legislação trabalhista contenha disciplina própria para a matéria, não seria possível que, a partir de uma interpretação restritiva do artigo 769 consolidado, o operador do direito recorresse ao Código de Processo Civil para solucionar a incompletude ontológica do artigo 829 celetário. Afinal, omissa – no sentido normativo – a CLT não o é neste particular, muito embora apresente uma regência lacônica para o tema – para isso basta ver que a legislação trabalhista, a rigor, não entende como suspeito o cônjuge de uma das partes que se apresente para depor.

Contudo, como explicitado, o Novo Código de Processo Civil, ao abraçar a interpretação ampliativa do artigo 769 da CLT, permite que suas normas sejam transportadas ao processo do trabalho também em caráter supletivo, isto é, com a finalidade de complementar a disciplina juslaboral que se revelar insuficiente para a pacificação da lide. Dessa forma, não apenas as lacunas normativas serão passíveis de integração com o processo comum: o mesmo passa a ocorrer com as lacunas ontológicas e axiológicas, o que garante ao aplicador a condução do processo do trabalho de forma mais efetiva e consentânea com a vontade constitucional.

A preocupação de que este entendimento levaria à desconstrução do Direito Processual do Trabalho, furtando-lhe a autonomia científica, não parece prosperar diante da existência de um segundo requisito para a aplicação subsidiária do direito comum, qual seja, a compatibilidade das normas deste com os princípios peculiares do processo laboral.

Não obstante, detidamente sobre este segundo requisito, o art. 15 do Novo Código de Processo Civil é o grande responsável pela introdução de um novo fator de instabilidade na aplicação da regra da subsidiariedade. Diante da redação da referida norma, cabe ao intérprete indagar: teria o art. 15 do CPC/15 revogado o art. 769 da CLT? Em caso positivo, estaria a aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho dispensada de observar a compatibilidade entre seus institutos e princípios? Em caso negativo, como compatibilizar estas duas normas no sistema?

3.1.2 O filtro da compatibilidade como critério hermenêutico

Com efeito, a exigência de que as regras de Direito Processual Civil importadas para a seara justralhista sejam com esta compatíveis não nos parece, em linha de princípio, mero preciosismo do legislador, mas sim mecanismo de conformação cujo propósito é manter a higidez do sistema processual do trabalho e, conseqüentemente, preservar a efetividade do direito material correspondente.

A partir dessa premissa, não é difícil perceber que a maior aproximação do processo civil com o processo do trabalho está longe de representar um desmonte deste último. Ao contrário, a interpretação sistemática e, sobretudo, teleológica do sistema processual trabalhista impõe ao intérprete o cotejo das normas e institutos do processo civil, na busca pela maior efetividade da jurisdição trabalhista. Isso porque, muito embora tenha o processo do trabalho ocupado posição de vanguarda na ciência jurídica – servindo como base para a

construção de muitos dos institutos e procedimentos do processo comum – a estagnação deste ramo especializado nas últimas décadas e a contínua atualização sofrida pelo processo civil no mesmo período levaram a uma inversão de papéis, na qual o direito adjetivo comum transformou-se em novo paradigma da ciência processual.

Vale dizer que, sob a égide do formalismo-valorativo, o processo deixa de lado o seu protagonismo judicial e tampouco se circunscreve a mero adjetivo do direito material. Nessa nova perspectiva, o processo é, antes de tudo, instrumento de realização da vontade constitucional, por meio do qual os direitos fundamentais e, no limite, a própria dignidade da pessoa humana, se espraia pela sociedade. Não pode o hermenêuta, portanto, desprezar os institutos do processo civil que melhor atendam a este propósito, sob o argumento de que existem lacunas normativas na legislação trabalhista sobre o tema. Ao proceder dessa forma, o que se nega não é a autonomia do Direito Processual do Trabalho, mas sim a sua efetividade.

Não obstante, a busca por um processo mais consentâneo com a vontade constitucional não pode sobrepujar por completo valores outros como a segurança jurídica, igualmente prestigiados pelo ordenamento pátrio. Nesse sentido, a aplicação do Direito Instrumental Civil não pode ser tal que, embora compatível com o processo do trabalho, surpreenda as partes envolvidas no litígio, notadamente nos casos em que a lacuna das normas consolidadas seja apenas ontológica ou axiológica. A perquirição de um processo que, de fato, possa prestigiar ambas as partes com o acesso à ordem jurídica justa, deve igualmente ocupar-se com a preservação dos interesses legítimos de reclamantes e reclamados, evitando que o acatamento dos anseios de um se dê às expensas das garantias constitucionais do outro.

Assim é que as partes devem ter a oportunidade de conhecer de antemão quais as normas e institutos do processo comum têm sua aplicação subsidiária reconhecida pela jurisprudência trabalhista. A prefixação do procedimento adotado pelo juízo, com o conhecimento prévio das partes, é um desafio próprio da Justiça do Trabalho, tornando ainda mais relevante a uniformização da jurisprudência dos tribunais regionais e do tribunal superior sobre o tema, para que funcione como orientação uniforme a toda a magistratura e afaste por completo a “loteria” do procedimento, impedindo que cada magistrado adote o seu próprio “Código de Processo do Trabalho”.

Nesse sentido, o requisito da compatibilidade atua como importante filtro das normas e institutos do processo civil, admitindo apenas aqueles que de alguma forma possibilitem a solução do litígio trabalhista de forma mais justa e efetiva do que aquela apresentada (ou não) pelo lacunoso Direito Processual do Trabalho. É tamanha a relevância deste requisito que,

muito embora a doutrina divirja acerca das omissões da CLT, não existem grandes controvérsias quanto à necessidade de compatibilidade entre os institutos de um e os princípios de outro.

No entanto, como explicitado alhures, o Novo Código de Processo Civil acirrou ainda mais as controvérsias acerca da aplicação subsidiária do processo comum na seara juslaboral. Salta aos olhos que o Novo Código dispensa a compatibilidade de suas normas com o processo do trabalho para que se lhe aplique supletiva e subsidiariamente, pondo em xeque importante filtro criado pelo artigo 769 da CLT, com vistas à preservação da autonomia da ciência processual do trabalho e, por conseguinte, de sua efetividade enquanto ramo peculiar do direito.

É precisamente por este motivo que o Código de Processo Civil de 2015 suscitou ainda mais debates acerca do princípio da subsidiariedade – estaria o artigo 769 da CLT derogado pelo artigo 15 do CPC/15? Não é o que parece, pois, apesar de o artigo 15 ser norma posterior, é também norma geral e, portanto, incapaz de derogar a norma especial, ainda que anterior, com o que o artigo 769 consolidado resta incólume. Ademais, a infeliz redação do novel artigo 15 torna ele próprio incompatível com o processo do trabalho, justamente por dispensar a observância do critério da compatibilidade para sua aplicação subsidiária e supletiva.

Como dito, esta singela alteração é capaz de provocar verdadeira revolução na estrutura processual trabalhista, solapando sua autonomia e pondo em risco os valores peculiares que este ramo pretende resguardar. Encarar o Direito Processual sob as lentes do neoconstitucionalismo implica dizer que a preservação da autonomia do Direito Processual do Trabalho é, antes, a manutenção de um instrumento adequado à persecução de fins próprios e à realização de direitos fundamentais tão peculiares que não podem se curvar indistintamente ao rito do processo civil, sem qualquer juízo de valor prévio sobre suas normas.

Jorge Luiz Souto Maior pronuncia-se a respeito:

Pensando no aspecto instrumental do processo, vale lembrar que o direito material trabalhista é um direito social por excelência, cuja ineficácia pode gerar graves distúrbios tanto de natureza econômica quanto social. Assim, é preciso muito cuidado com a aplicação de normas do processo civil, que muitas vezes são pensadas para a solução de conflitos estabelecidos na ótica do interesse puramente individual. (2006)

Ora, o processo do trabalho tem como matriz um direito eminentemente social, assoberbado por matérias de ordem pública e permeado pela lógica do princípio tutelar. Tal constatação leva à inevitável conclusão de que os direitos fundamentais em jogo na seara trabalhista são de estirpe distinta daqueles postulados na Justiça Comum – não que exista qualquer hierarquia entre eles, mas sua distinção ontológica impede que sejam concretizados por meio dos mesmos instrumentos processuais. No limite, a inadequação do meio para aplicação do direito material redundaria na própria sonegação dos direitos fundamentais das partes litigantes, situação com a qual o Estado Democrático de Direito não pode conviver.

Estabelecidos estes parâmetros, pode-se agora analisar se o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no Novo Código, é ou não aplicável ao processo do trabalho e se as peculiaridades deste levam a uma ou outra conclusão a respeito do tema.

3.2 Os desafios para a aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo do trabalho – peculiaridades e paradigmas do Judiciário Trabalhista

Firmadas estas premissas, mister se faz uma análise detida das nuances do Direito Processual do Trabalho e de seus procedimentos, para que se avalie se os objetivos perquiridos pelo novo incidente de resolução de demandas repetitivas estão em harmonia com os fins colimados pela legislação trabalhista e quais as perspectivas ou entraves sua aplicação subsidiária pode oferecer ao processo laboral.

É certo que toda a lógica com que opera o Direito Processual do Trabalho está centrada nos princípios da celeridade, da simplicidade e da proteção ao trabalhador. A ofensa a qualquer destes postulados, a partir da aplicação subsidiária do incidente de resolução de demandas repetitivas, implicaria em por em risco a essência deste ramo especializado e, portanto, inviabilizaria a plena aplicação do instituto processual civil ao processo do trabalho.

Por serem três princípios extremamente caros ao legislador trabalhista e dos quais, em maior ou menor grau, emanam os demais princípios específicos do processo do trabalho, o estudo a seguir terá como norte as implicações causadas pela aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas ao Direito Processual do Trabalho, sob a perspectiva de seus princípios centrais.

3.2.1 Celeridade e eficiência na Justiça do Trabalho

A otimização do princípio da celeridade está no centro das preocupações dos processualistas contemporâneos e, no âmbito trabalhista, a máxima realização deste princípio ganha ainda mais ênfase. Isso porque, em que pese seja a celeridade princípio comum a todos os ramos do Direito Processual pátrio, no processo do trabalho ocupa posição central, em virtude da natureza alimentar dos créditos vindicados nas ações trabalhistas.

Significa dizer que qualquer instituto a ser aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho não pode, em hipótese alguma, macular a celeridade, sob pena de retardar a efetivação de direitos fundamentais da mais alta estirpe, porquanto afetos diretamente à dignidade humana.

A compatibilidade entre o direito comum e o princípio da celeridade, contudo, não pode ser aferida abstratamente. Deve o intérprete avaliar concretamente se a aplicação subsidiária de um determinado instituto amplia ou reduz os “tempos ociosos” do processo (períodos em que a demanda se encontra inerte, sem que qualquer ator processual esteja agindo especificamente sobre ela), os quais podem ser mensurados pelo grau de congestionamento de um determinado ramo do Judiciário.

Um estudo minucioso do procedimento adotado na Lei nº 13.105/15 para o incidente de resolução de demandas repetitivas permite inferir que a operacionalização deste instituto não teve como paradigma o rito especial adotado no processo do trabalho. Basta observar que, para a suspensão das causas repetitivas no primeiro grau, da forma como regradada no Novo Código, não parece haver preocupação com o fato de que, na Justiça do Trabalho, uma única reclamação tende a apresentar inúmeros pedidos, sob os mais diversos títulos, empiria incomum quando se avalia o processo civil.

Essa simples distinção fática atrai para o processo do trabalho um problema ainda maior do que no processo civil, qual seja, a extensão objetiva da decisão que suspende a ação sujeita ao rito das demandas repetitivas. Essa situação pode ser melhor compreendida com um único exemplo prático: ao se cogitar da suspensão das ações repetitivas que discutam, por exemplo, a competência da Justiça Especializada para processar e julgar determinado pedido relativo a planos de saúde de empregados, estar-se-ia admitindo a suspensão integral da ação (isto é, inclusive em relação aos diversos outros pedidos que nada versam sobre o tema, como horas extras e pagamento de adicionais de insalubridade ou periculosidade) ou apenas do pedido que ensejou o incidente?

A pacificação desta controvérsia é de suma relevância, na medida em que, a depender do critério adotado, estar-se-á diante de diferentes graus de satisfação do princípio da celeridade. Percebe-se que, na hipótese de se entender pela suspensão integral da reclamação – estendendo os efeitos da instauração do incidente a todos os pedidos contidos na ação –, torna-se patente a grave violação ao princípio em estudo, vez que, até o trânsito em julgado da decisão que julga o incidente, todos os demais créditos – sempre de natureza alimentar, frise-se – teriam sua apreciação sobrestada por até o máximo de 1 (um) ano, a teor do *caput* do artigo 980 do CPC/15.

Haveria aqui, certamente, um retardamento desnecessário do tempo de tramitação das reclamações trabalhistas, sobretudo na fase de conhecimento, quando primeiro se identifica uma demanda repetitiva. O sobrestamento total de uma reclamação trabalhista dita “complexa”, em razão da multiplicidade de pedidos nela contidos, causa maior estranheza quando se cruza tal informação com os dados apresentados pelo último relatório do CNJ acerca da produtividade e eficiência do Poder Judiciário (2015). É que, como já mencionado neste estudo, no ano de 2014 o índice de congestionamento da Justiça do Trabalho apresentou patamares mais alarmantes na fase de execução, na qual foi de 66,2% para os títulos judiciais, do que na fase de conhecimento, em que foi de 41,7%. O estudo levado a efeito pelo CNJ conclui que “o maior problema da litigiosidade está na fase de execução, que abrange 48,7% do acervo” da Justiça Especializada.

Essa perspectiva peculiar do Judiciário Trabalhista suscita a discussão sobre se a adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo do trabalho seria o meio mais adequado para sanar os problemas de efetividade da Justiça Especializada. É que, em 2014, o tempo médio de tramitação de uma reclamação trabalhista era de 99 (noventa e nove) dias até a prolação da sentença e de 107 (cento e sete) dias até a publicação do acórdão de segundo grau, números que crescem vertiginosamente apenas no âmbito do TST, onde o tempo médio de tramitação de um processo chegou a 418 (quatrocentos e dezoito) dias em 2014 (2014).

Estes índices revelam que o maior gargalo da Justiça do Trabalho está no TST, o que significa dizer que a adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas, com o propósito de conferir maior celeridade ao processo do trabalho, poderia provocar efeito contrário na primeira e na segunda instâncias, sobretudo quando se considera que a suspensão das causas atingiria até mesmo pedidos que não ensejaram o incidente.

Estes dados explicam, em certa medida, o motivo pelo qual o Tribunal Superior do Trabalho tem sinalizado favoravelmente à aplicação do incidente ao processo do trabalho.

Importante ter em mente que, por se tratar de instância extraordinária, os recursos interpostos perante a Corte Superior visam à discussão tão somente de questões de direito, não se admitindo o reexame de fatos e provas (Súmula 126 do TST). Ora, se o incidente se destina unicamente à pacificação de questões de direito (inciso I do artigo 976 do CPC/15) e produz decisão com eficácia vinculante, então a admissibilidade dos recursos de competência do TST reduziria sobremaneira, levando à queda drástica do volume de trabalho na Corte Superior e, apenas de forma reflexa, reduziria o tempo de tramitação dos demais processos individuais na instância extraordinária. Contudo, admitir a aplicação do incidente visando exclusivamente a este propósito seria admitir a criação de instituto que vise a resolver os problemas internos do Judiciário e não dos jurisdicionados.

Que a crise de eficiência do Poder Judiciário pode impactar na efetividade dos direitos fundamentais postulados não há dúvidas. No entanto, admitir soluções que fulminam garantias constitucionais dos jurisdicionados (ainda que de parte deles), para atender a uma necessidade judiciária de forma imediata e apenas mediatamente ao anseio da população por uma Justiça de fato efetiva, consubstanciaria pensamento por demais utilitarista. É que a defesa do incidente no processo do trabalho, sob estas premissas, faz parecer que determinada parcela de jurisdicionados deveria arcar com o ônus de uma ação mais morosa, tão somente para que, no futuro, o acervo de processos seja minimizado.

Pensamento desta estirpe, além de afrontar o espírito constitucional que envolve a nova ciência processual, também se olvida de que a crise de eficiência do Judiciário tem origem muito mais na estrutura deficitária (seja relativamente aos recursos tecnológicos, seja quanto aos recursos humanos), do que propriamente numa questão legislativa ou dogmática, como é possível inferir dos dados disponibilizados pelo CNJ.

O resultado não parece diferir quando se aprecia a aplicação do incidente de forma restritiva, gerando a suspensão do feito apenas no tocante ao pedido repetitivo. Neste caso, surge para o operador do Direito complexidade ainda maior, cuja resposta não é fornecida pela disciplina do Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105/15 (e que tão pouco competiria à jurisprudência sanar). Percebe-se que a suspensão exclusivamente do pedido repetitivo geraria uma panaceia processual, chegando ao absurdo de uma mesma reclamação ser desmembrada em duas – uma relativa às causas repetitivas e outra sobre os demais pedidos, sendo que uma delas pode guardar verdadeira relação de dependência com a outra. Esse cenário acabaria por tumultuar a tramitação de um processo trabalhista e levar à prática desnecessária de diversos atos processuais (até mesmo em duplicidade), com o que se chegaria à fatal conclusão de que até mesmo a suspensão parcial da reclamatória implicaria

em ofensa ao princípio da economia processual e, por conseguinte, não realizaria de forma ótima a almejada celeridade.

Por onde quer que se examine, a adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas na Justiça do Trabalho, sob o prisma da celeridade processual, parece ser “solução” pensada muito mais para dirimir problemas internos do Judiciário do que dos jurisdicionados. Significa dizer que qualquer redução no volume de processos em trâmite perante a Justiça Especializada parece, *a priori*, vir às custas do elástico do tempo médio de tramitação das reclamações individualmente consideradas.

Vale dizer que o raciocínio de que, em médio ou longo prazo, o tempo médio de tramitação global dos processos seria reduzido parece falacioso no âmbito da jurisdição trabalhista. Isso porque, como já explicitado, a multiplicidade de pedidos contidos em uma única reclamação – grande parte deles relativos a questões de fato, portanto não sujeitas ao rito das demandas repetitivas, a teor do inciso I do artigo 976 do CPC/15 – impediria que, julgado o incidente, toda a lide fosse pacificada. Assim é que, mesmo após a prolação da decisão que põe termo ao incidente, seria necessária a prática de atos instrutórios até a últimação do feito quanto a estes outros temas, os quais, por si só, desafiariam recursos próprios, ao arrepio do que quer que tenha sido pacificado nos autos do incidente.

Dessa forma, a adoção do incidente na Justiça do Trabalho pode representar muito mais o somatório dos tempos de tramitação – o do próprio incidente com o dos demais pedidos – do que uma redução global deste mesmo tempo. Portanto, o comprometimento da celeridade processual parece ainda mais evidente do que a sua realização por meio do instituto em análise.

E não terminam por aqui os entraves próprios do processo do trabalho para a adoção do incidente. A diferença procedimental entre uma demanda de natureza trabalhista e uma essencialmente cível é notória. Enquanto na Justiça Comum o magistrado tem conhecimento prévio do conteúdo da petição inicial para realizar o seu saneamento através do despacho citatório (ocasião em que poderia identificar a causa como repetitiva e determinar a imediata suspensão do feito), no processo do trabalho a notificação da parte reclamada ocorre de forma automática pelo serventuário da Justiça (artigo 841 da CLT), sem qualquer controle pelo magistrado, o qual só toma ciência do conteúdo da inicial na primeira audiência, momento em que o reclamado já traz aos autos sua defesa (artigo 847 da CLT).

Essa simples distinção procedimental poderia inviabilizar a aplicação do incidente ao processo do trabalho, pois ou demanda uma adaptação deste aos padrões civilistas, a partir de uma reforma necessariamente legislativa e não jurisprudencial, ou redundaria em ofensa ao

princípio da economia processual, por tornar inútil a designação da audiência inicial. No primeiro caso, a adequação do processo do trabalho aos ritos do processo civil poria fim à autonomia do primeiro, autonomia esta que não se reconhece por mero preciosismo acadêmico, mas que encontra sua razão na medida em que as peculiaridades (fáticas, jurídicas e, sobretudo, axiológicas) da lide trabalhista exigem para si uma ciência processual correlata, igualmente afinada com esta mesma realidade fático-jurídica. No segundo caso, a prática de atos inúteis encontra restrição na Teoria Geral do Processo, por representar verdadeiro obstáculo injustificado à satisfação do direito, situação ainda mais gravosa quando a verba pretendida tem natureza alimentar e a parte clama por urgente satisfação – caso do processo do trabalho.

E a medida é ainda mais gravosa quando se cogita das reclamações trabalhistas sujeitas ao rito sumaríssimo, no qual toda a instrução e julgamento do feito encontram-se concentrados em uma única audiência (artigo 852-C da CLT). Nestes casos, a suspensão do feito, mais do que ofender a economia e celeridade processuais, representaria uma afronta ao princípio da simplicidade, igualmente caro ao processo do trabalho.

Essa pequena nuance do rito a que se sujeitam as ações trabalhistas denota que o incidente de resolução de demandas repetitivas não foi originalmente concebido com vistas ao processo do trabalho. Muito embora tenha em sua gênese princípios afetos a este ramo processual, sua estrutura tomou como base os ritos do processo civil e a própria empiria na qual a Justiça Comum se insere, não a da Justiça do Trabalho.

Não é demais salientar que a demasiada preocupação com o princípio da celeridade no Direito Processual do Trabalho não tem relevância meramente doutrinária. Em diversas ocasiões o legislador indica que o referido princípio possui maior relevo na seara juslaboral, no que foi acompanhado pela própria jurisprudência, caso da Orientação Jurisprudencial nº 310 da SBDI-1 do TST, acerca dos prazos para litisconsortes com procuradores distintos. Além disso, a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, prevista no § 1º do artigo 893 da CLT, é expressão maior do princípio da celeridade no plano legislativo e tem por objetivo precípuo evitar que o processo permaneça estagnado em uma fase processual, perdendo-se em discussões e recursos que poderiam facilmente ser retardados e concentrados em um único momento processual, para deliberação em conjunto com o mérito da demanda pelo tribunal *ad quem*.

A propósito deste tema, a dúvida que exsurge diz respeito à decisão do juízo de origem que determina a suspensão de um processo individual, para sua sujeição ao rito do incidente. Isso porque a lei processual civil não traz qualquer previsão acerca de institutos como o

distinguishing ou o *overruling*, para que a parte demonstre as razões pelas quais sua pretensão difere daquela objeto do incidente. A ausência de previsão específica de um recurso contra esta decisão na seara civil pode parecer natural, ante a possibilidade de se questionar decisões interlocutórias que possam causar grave prejuízo à parte (artigo 1.015 do CPC/15), disposição esta que não encontra paralelo na esfera trabalhista, na qual a regra é a irrecorribilidade imediata, conforme § 1º do artigo 893 da CLT, supracitado.

Significa dizer que, toda vez que for instaurado um incidente para resolução de questões repetitivas, abrir-se-á em cada processo individual uma discussão em torno da decisão que lhe determinou a suspensão. É um tanto quanto óbvio que a parte que não se beneficiar da suspensão do feito tentará, desde logo, demonstrar o porquê de aquela demanda não se enquadrar no campo de aplicação do incidente instaurado. Assim, considerando que a decisão que determina a suspensão de uma determinada reclamação é, sem dúvida, interlocutória, no processo do trabalho ela seria, *a priori*, irrecorrível de imediato.

Nesse caso, não seria demasiadamente contra produtivo determinar a suspensão de uma reclamação para, apenas ao final, quando da natural interposição de um recurso ordinário, reconhecer que aquela demanda em específico possui peculiaridades tamanhas que não permitem aglomerá-la sob a tese firmada no incidente? Se assim for, todo o tempo de suspensão do processo para a tramitação do incidente seria reconhecidamente inútil àquela demanda em particular e, portanto, ao menos naquele caso, o princípio da celeridade estaria ferido de morte e, com ele, a dignidade humana de quem depende dos créditos alimentares pleiteados para o próprio sustento ou de sua família.

Acaso se opte pela recorribilidade imediata da decisão que determina a suspensão do feito, o resultado não será outro. A lide se perderá em uma infinidade de recursos, até que se chegue a uma decisão final acerca de sua suspensão, para que, então, seja dado seguimento ao processo principal – e, também nestes casos, se se verifica a incorreção do sobrestamento da reclamatória, então todo o tempo e recursos dispendidos para a demonstração dessa impropriedade seriam inúteis àquele processo e atentatórios ao direito da parte prejudicada. *Mutatis mutantis*, é o mesmo problema enfrentado hoje no caso dos recursos repetitivos, mas que, no processo trabalhista, assume feição mais danosa à parte, dada a centralidade do princípio ora em estudo.

No limite, a única maneira de pôr fim a qualquer dilação indevida do processo, neste particular, seria reconhecer que a decisão que suspende o processo principal é absolutamente irrecorrível a qualquer tempo. O que, para além de flagrantemente ofender a celeridade, colidiria frontalmente com o devido processo legal, pois criaria em nosso sistema uma

categoria de decisões judiciais de estirpe indiscutivelmente acima da própria lei e da Constituição Federal, como se dali se pudesse extrair um superdireito, insuscetível de ser rediscutido ou reexaminado (PIMENTA, 1995). Além, é claro, de perpetrar injustiça tamanha contra aqueles que, não tendo meios de demonstrar a divergência de matérias, serão abarcados indevidamente pelo incidente.

Chama a atenção, ainda, o fato de que no modelo brasileiro inexistia previsão específica acerca do momento processual oportuno para a suspensão dos processos. Uma análise superficial do artigo 982 do CPC/15 permite inferir que a suspensão dar-se-á de forma imediata e automática em relação a todos os processos que versarem sobre a mesma matéria, tão logo o incidente seja admitido pelo relator. Em que pese a inspiração germânica do instituto brasileiro, o legislador nacional não repetiu regra do direito tedesco que impede a suspensão de um feito quando, por exemplo, a causa estiver pronta para julgamento.

Isso significa que, seguida a disciplina pátria pela aplicação da suspensão indiscriminada de todos os processos, é muito provável que uma demanda trabalhista seja atingida pela suspensão no interregno entre a instrução e a prolação da sentença, ou mesmo logo após esta, de modo a elastecer a demanda injustificadamente.

Além disso, como no sistema brasileiro a admissibilidade do incidente fica a cargo exclusivamente do tribunal (artigo 977 do CPC/15), sem qualquer interferência do juízo de origem, pode ocorrer de a instauração do incidente ser requerida por uma das partes (inciso II do artigo 977 do CPC/15), com intuito nitidamente protelatório, quando da iminência da prolação de decisão que lhe será fatalmente desfavorável. À mingua de qualquer previsão sobre o tema – diferentemente do que ocorre com o modelo germânico – a aplicação subsidiária do incidente ao processo do trabalho terminaria por reduzir os índices de eficiência da Justiça Especializada, majorando o tempo de tramitação de uma reclamatória em primeira instância, sem que, com isso, represente uma necessária redução do tempo de tramitação nos tribunais, já que, malgrado seja vinculante a tese firmada no incidente (inciso III do artigo 927 do CPC/15), tal fato, por si só, não impede a interposição de recurso por qualquer das partes, até mesmo com o fito de demonstrar o *distinguishing* ou o *overruling*.

Nesse cenário, qualquer que seja o enfrentamento da matéria sob o prisma das peculiaridades do processo do trabalho, a celeridade terminará inobservada. Isso porque, como já adiantado, a disciplina do incidente no Novo Código de Processo Civil assumiu como premissa empírica e jurídica a realidade na qual se insere a Justiça Comum e não a Justiça do Trabalho, tampouco as nuances e procedimentos próprios do ramo processual trabalhista.

Dessa forma, determinar a aplicação do incidente ao processo do trabalho, sem que isso represente uma ofensa ao princípio da celeridade e termine por subverter o processo laboral, demanda muito mais do que um esforço hermenêutico por parte do intérprete, mas verdadeira revolução legislativa, seja com a reestruturação do procedimento trabalhista, seja com a previsão específica de um incidente análogo ao trazido no processo civil, mas cuja disciplina seja pensada exclusivamente para satisfazer às peculiaridades do Direito Processual do Trabalho.

Do contrário, o discurso da aplicação subsidiária revelar-se-á muito mais vantajoso para o Judiciário – que poderá centralizar as discussões de múltiplas demandas em um só procedimento – do que para os jurisdicionados, cuja satisfação dos direitos fundamentais será ainda mais retardada. E isso não se pode admitir quando se pensa o processo sob a égide do neoconstitucionalismo.

3.2.2 O núcleo rígido do Direito Processual do Trabalho – o princípio da proteção e o devido processo legal nas demandas repetitivas

À jurisdição não basta ser célere, é preciso que seja, sobretudo, justa. No seio do processo, a justiça se traduz na estrita observância ao devido processo legal, modelo segundo o qual toda a atividade jurisdicional deve se curvar à vontade constitucional. Para tanto, o direito processual deve se adequar com perfeição aos propósitos do direito material que visa a realizar, o que consiste numa forma sutil de maximizar a eficiência da jurisdição – não basta a previsão abstrata de um único rito procedimental que comportará a discussão de todo e qualquer tipo de direito: é imprescindível que os ritos processuais sejam tantos quantas forem as peculiaridades de cada direito material a ser reivindicado.

Nesse contexto, o Direito Processual do Trabalho importou para si o princípio protetivo – eixo central do Direito Material do Trabalho, cuja *“preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”* (PLÁ RODRIGUES, 1978, p. 28). Tamanho é o relevo deste princípio neste ramo do Direito que, para além de seu caráter nomogênico na construção de institutos próprios, assume a função de cânone interpretativo da maior estirpe, que deve acompanhar a atividade do intérprete.

Noutros termos, é natural a absorção do princípio protetivo pelo Direito Processual do Trabalho, na medida em que é este um traço característico do direito material correlato. Além

disso, “*se o legislador é movido por um propósito protetor, o intérprete também deve estar animado do mesmo critério*” (PLÁ RODRIGUES, 1978, p. 39), o que significa dizer que, enquanto cânone interpretativo, o princípio tutelar não tem aplicação circunscrita ao direito material, mas é igualmente responsável por conformar os institutos processuais ao espírito da norma trabalhista, impedindo que a aplicação daqueles possam, em alguma medida, pôr em risco o objetivo colimado pela Constituição.

Por conseguinte, avaliar se o novo incidente de resolução de demandas repetitivas é compatível com o princípio tutelar é tarefa da qual o jurista não pode se furtar, pois, ainda que se cogite da eficiência atingida pelo instituto, esta jamais deverá representar um sacrifício ao núcleo rígido da ciência processual trabalhista, sob pena de igualmente ferir o devido processo legal nesta instância.

Discussão neste sentido culmina em avaliar em que medida as partes podem influir no julgamento do incidente, de quais meios processuais dispõem para exercer o contraditório e quais são os limites da coisa julgada, sempre tendo como norte a peculiar situação na qual se envolve o processo laboral e que fatalmente o distingue do processo comum.

A questão do (des)respeito ao princípio do contraditório pelo incidente de resolução de demandas repetitivas tem sido alvo de calorosos debates mesmo entre os processualistas civis, entre os quais há quem advogue a inconstitucionalidade do instituto por “*ausência do controle judicial da adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável*” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 222) àqueles que não participaram do rito do incidente de forma direta. Quer nos parecer que discussão desta monta ganha proporções ainda maiores no âmbito do processo do trabalho, mormente quando se examina a matéria à luz do princípio da proteção.

Isso porque, ao contrário de seu paradigma no direito alemão, o modelo brasileiro não traz qualquer regramento próprio para que se possa aferir qualitativamente a adequação da representatividade daqueles que conduzirão a causa-piloto, fato este que causa espanto quando se cogita de que, diversamente do sistema de processos coletivos, a decisão de mérito do incidente, mesmo que desfavorável, terá eficácia vinculante a todos os processos pendentes e futuros que versarem sobre o tema, sem que para tanto exista uma clara disciplina de como o tribunal deverá proceder na seleção da causa-piloto ou de seus representantes.

Isto se torna ainda mais gravoso na medida em que o sistema de resolução de demandas seriadas não contempla mecanismos como o *right to opt out*, típicos do modelo norte-americano de *class actions*, que prestigia o contraditório individual e encontra paralelo em nosso microssistema coletivo no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor. Quer

isso significar que as partes cuja demanda envolver matéria sujeita ao rito do incidente serão por ele afetadas indistintamente, quer concordem, quer não concordem com a sujeição de sua causa ao procedimento.

Sob a égide do princípio protetivo, a aplicação do incidente ao processo do trabalho, nos estritos moldes do Direito Processual Civil, encontra entraves expressivos – seja porque despreza o entendimento pacífico da jurisprudência trabalhista quanto à admissibilidade do *jus postulandi* das partes (artigo 791 da CLT) até as instâncias ordinárias (Súmula 425 do TST), seja porque ignora a hipossuficiência presumida do trabalhador, mormente para a condução individual de um procedimento que culminará em decisão vinculante a uma coletividade, solapando por completo o sistema sindical.

Ora, em que pese a admissibilidade de intervenção de qualquer interessado no procedimento, a condução processual será realizada por um reclamante e uma reclamada selecionados de uma das ações individuais sobrestadas que melhor representar a controvérsia. Significa dizer que eventual atuação de um ente sindical como interveniente não altera o fato de que, em um dos pólos do incidente, há a figura singular de um trabalhador, cuja hipossuficiência é presumida e não se afasta com a situação criada pelo incidente - ao contrário, acentua-se.

Não bastasse isso, a Lei nº 13.105/15 – por razões óbvias – não se preocupa com a situação daqueles que, no âmbito da Justiça do Trabalho, estiverem atuando amparados pelo *jus postulandi*. Ora, a simplicidade procedimental subjacente ao rito trabalhista tem como origem a permissão de que autor e réu possam demandar e ser demandados pessoalmente na Justiça do Trabalho, sem o intermédio de advogados. A complexidade inata ao incidente de resolução de demandas repetitivas não casa de forma alguma com este pressuposto basilar do Direito Processual Trabalhista, especialmente quando se considera a dificuldade técnica, econômica e jurídica para que a parte desassistida por advogado exerça de forma satisfatória a sua garantia fundamental ao contraditório.

O simples fato de se admitir no processo do trabalho a formação de decisão vinculante contra a parte hipossuficiente, sem que esta possa ter a oportunidade real de exercer o contraditório efetivo ou que tenha a segurança de estar adequadamente representada no curso do incidente, ofende o princípio da proteção. A esse respeito, serve bem a lição de Paulo Roberto de Gouvêa Medina acerca do malfadado artigo 285-A do CPC/73, segundo a qual não há

Nada mais incompatível com o contraditório do que a possibilidade de o litígio resolver-se por meio de sentença transladada de outro

processo, em que o autor não interveio. Porque, dessa forma, a lide está sendo composta sem que a parte prejudicada tenha podido discutir, previamente, os elementos que influíram na motivação da sentença. (2006, p.156)

Ainda a esse respeito, basta avaliar a dimensão do impacto gerado pelo parágrafo 2º do artigo 987 do CPC/15, do qual se extrai entendimento ainda mais nefasto ao contraditório, haja vista que, uma vez interposto recurso para os tribunais superiores (e por certo este recurso será interposto frequentemente contra as decisões dos regionais acerca do incidente), a decisão por eles proferida terá eficácia vinculante em todo o território nacional, tanto para as ações em curso, quanto para aquelas que ainda vierem a ser ajuizadas.

Quanto a este aspecto, salta aos olhos que a decisão proferida pelo tribunal superior formará coisa julgada material para pessoas que sequer ajuizaram ações a respeito ou que, por razões geográficas, não estavam abarcadas pelo incidente originariamente e, portanto, não tiveram nem mesmo a oportunidade de exercer o contraditório, ainda que a lei diga que elas poderiam tê-lo feito (parágrafo 4º do artigo 983 do CPC/15), sobretudo quando se considera a hipossuficiência de um reclamante compelido a se manifestar num procedimento em trâmite em região por vezes bastante distante de onde se encontra, dadas as dimensões geográficas do país.

Há uma razão simples para que esta situação constitua óbice intransponível para o acesso à justiça perante o Judiciário Trabalhista e fira de morte o princípio da proteção: um empregado cujo contrato de trabalho ainda está em curso seria abarcado pela coisa julgada formada pelo incidente, mesmo que ainda não tivesse proposto uma reclamatória. Vale dizer que, como ainda se encontra na vigência de seu pacto laboral, este empregado dificilmente irá intervir como interessado no procedimento em curso, sob pena de pôr em risco seu vínculo empregatício. Ora, não é segredo para ninguém que as demandas levadas a conhecimento da Justiça do Trabalho, no mais das vezes, são movidas por desempregados contra seus antigos empregadores, à míngua de qualquer previsão legal acerca de garantia de emprego no curso do processo.

Em síntese, a ausência de regramento específico acerca dos critérios para a escolha da causa-piloto e, por via de consequência, de quem serão as partes representantes da controvérsia, terminaria por instituir no processo do trabalho uma espécie de contraditório ficto, em que tão somente se presumiria a intervenção de cada interessado no procedimento principal, independentemente de tê-lo feito ou não. E a ideia de um contraditório ficto – sobretudo em se tratando de procedimento do qual resultará decisão vinculante – não se

concilia com o princípio da proteção, pois acentua ainda mais a disparidade de armas entre reclamante e reclamada.

Há aqui que se ressaltar a distinção fulcral entre o contraditório ficto das demandas de massa e o contraditório efetivo dos processos coletivos. No primeiro caso, uma única demanda representativa da controvérsia é pinçada para julgamento e as partes afetadas podem intervir, requerendo providências ou a juntada de documentos. Diz-se ficto, porque se trata de mera presunção do contraditório, inexistindo qualquer controle sobre se a parte interessada o exerceu ou se, quem o fez, agiu qualitativamente da melhor forma a garantir o interesse dos envolvidos.

Diferentemente, nos processos coletivos, por força da legitimação extraordinária do ente coletivo, o contraditório é direta e efetivamente exercido. Pode-se dizer, inclusive, que o controle da legitimação adequada tem por propósito garantir que a entidade que atuará em juízo seja a mais apta para a defesa dos interesses de seus substituídos, seja pela pertinência temática entre seus objetivos institucionais e a natureza dos direitos vindicados, seja pela maior aptidão para a prova.

Acresça-se a isso a distinção quanto aos efeitos da decisão do incidente e dos processos coletivos. Enquanto a primeira é vinculante para todas as reclamações sobrestadas, bem como para as que futuramente forem ajuizadas, no processo coletivo a coisa julgada material só se forma *secundum eventum litis* e, ainda assim, só será transportada para o processo individual se a parte deste desistiu a tempo e modo devidos. Daí se infere que, até mesmo nas demandas coletivas – em que existe rigor quanto ao exercício do contraditório pela entidade mais apta a conduzir o processo – o legislador cuidou para que a coisa julgada não se formasse em desfavor dos substituídos, evitando, assim, alegações de ofensa ao acesso à justiça e à inafastabilidade da jurisdição. Na contramão, a decisão do incidente será sempre vinculante – seja favorável ou não aos demandantes –, a despeito de aqui o contraditório não passar de mera ficção jurídica.

É claro que, assim como ocorre nas ações coletivas, as demandas de massa exigem para si uma sistemática própria quanto à observância do devido processo legal, não sendo possível que o hermeneuta limite-se a aplicar-lhes a lógica atomizada dos processos individuais. Contudo, a necessidade de se repensar um sistema que permita responder às demandas seriadas à altura do Estado Constitucional também não pode significar a negação de postulados-chave para o funcionamento pleno das instituições democráticas. Noutras palavras, se as causas repetitivas não podem ser subsumidas à lógica puramente individualista do

processo tradicional, também não será pela negativa de valores essenciais ao Estado de Direito que encontrarão seu caminho no ordenamento pátrio.

Assim é que, no que concerne à escolha da causa-piloto, faz-se imprescindível que o tribunal obedeça a determinados critérios objetivos, entre os quais está a amplitude do contraditório desenvolvido na ação individual. Para tanto, são parâmetros “(a) a completude da discussão; (b) qualidade da argumentação; (c) diversidade da argumentação; (d) contraditório efetivo; (e) existência de restrições à cognição e à prova” (CABRAL, 2014, p. 205). O que cada uma destas balizas informa é a necessidade de que, na seleção do processo-modelo, seja observada a máxima diversificação de argumentos e contra-argumentos expostos pelos litigantes. Isto porque, muito embora esteja se tratando de ações repetitivas, as teses sustentadas pelos envolvidos podem ser distintas e é dever do tribunal selecionar aquela ação que não só expõe melhor sua própria tese, como também dá eco às demais teses ou, no mínimo, abarca-as em seus fundamentos.

Uma maneira de mitigar a disparidade processual entre reclamantes e reclamadas, no âmbito do incidente, seria fazer com que, prudentemente, mais de uma demanda fosse selecionada como representativa da controvérsia, consolidando uma espécie de litisconsórcio multitudinário, com o fim específico de condução das causas-piloto (CABRAL, 2014). Isso porque parece pouco razoável que um único reclamante – cuja hipossuficiência é presumida – seja capaz de conduzir satisfatoriamente todo o procedimento modelo. É de se registrar que a maior capacidade econômica das reclamadas permite-lhes intervir no incidente de forma muito mais contundente do que os reclamantes, os quais não gozam da organicidade típica de uma entidade sindical ou de qualquer outro ente coletivo. Em verdade, a molecularização de demandas repetitivas não significa, necessariamente, aglutinação das partes, dando margem para discrepâncias e contradições quando de eventual intervenção no procedimento-modelo. Situação esta muito menos acentuada no caso das reclamadas (especialmente, as litigantes habituais), que, no mais das vezes, detêm departamentos jurídicos estruturados para o alinhamento de teses e até mesmo podem alocar vultosas importâncias para custear patronos mais qualificados para representar seus interesses.

De qualquer forma, parece prudente que - acaso se opte pela aplicação subsidiária do incidente no processo do trabalho – a intervenção de entidades coletivas, tais como sindicatos, associações, federações e similares torne-se uma constante tanto na defesa das reclamadas, quanto na tutela dos reclamantes, ainda que a amplitude da tese jurídica a ser pacificada possa abranger os mais variados setores da economia.

Aliás, a pluralidade e a representatividade dos sujeitos processuais é outro importante critério a ser adotado para a seleção da causa-piloto. Isso se justifica na medida em que, “*ao pensarmos nestes incidentes, que tendem a multiplicar a vários processos uma conclusão sobre uma questão comum a todos eles, devemos refletir sobre formas de fomentar a participação no incidente e reduzir os déficits de contraditório*” (CABRAL, 2014, p. 209). No processo do trabalho, somente a atuação de entidades coletivas de representação dos interesses dos litigantes pode garantir maior legitimidade democrática à decisão e conferir maior organicidade às estratégias processuais a serem adotadas.

Com efeito, a disciplina do Novo Código de Processo Civil é deficitária quanto ao tema e extremamente vinculada à lógica individualista do processo civil tradicional. Basta ver que o artigo 984 do novel diploma processual estabelece que o autor e o réu do processo originário terão, sucessivamente, trinta minutos para sustentar suas razões perante o tribunal, ao passo que os demais interessados terão igualmente trinta minutos para tanto, mas aqui o prazo para manifestação é dividido entre todos. Previsão neste sentido privilegia a atuação atomizada dos representantes da causa-piloto, em detrimento dos interesses coletivos em jogo.

O § 1º do artigo 983 do CPC/15 também não supre a necessidade de maior representatividade no curso do incidente. É que acerca da oitiva de “pessoas com experiência e conhecimento na matéria” pelo relator do incidente, o legislador fala apenas em “poderá” – de modo que tal diligência constitui mera faculdade do relator e não tem o condão de propiciar a necessária participação de entidades representativas. Aliás, o texto legal deixa a cargo do magistrado a escolha de quem irá intervir nestes termos, ou seja, por mais de uma vez o Novo Código olvida-se da importância da representatividade – muito embora os paradigmas do modelo brasileiro, no direito comparado, propugnem por isso, caso das *class actions* norte-americanas (CABRAL, 2014, p. 210). Com essa postura, o legislador nacional impede que o contraditório a ser exercido no âmbito do incidente goze de maior legitimidade entre os afetados, fator determinante para a maior aceitação do resultado e, conseqüentemente, minimização das discussões futuras contra a sua aplicação em cada um dos processos individuais.

No processo do trabalho, a primazia pela participação apenas das partes envolvidas na causa-piloto e a parca previsão de intervenção de entidades coletivas expõe ainda mais a fragilidade deste modelo, frente ao princípio da proteção. Na esfera laboral, os cânones do contraditório e da representatividade (ou legitimidade) estão mais fortemente associados do que nas causas cíveis, haja vista o desequilíbrio natural entre as partes e a presença de

obstáculos de ordem social e econômica a impedir a participação do maior número possível de reclamantes.

O que se pretende dizer é que, sem qualquer controle judicial qualitativo e objetivo do exercício do contraditório no bojo da causa-piloto, torna-se difícil conciliar a aplicação do instituto em estudo com o núcleo essencial do Direito Processual do Trabalho, com o qual não se harmoniza a ideia de um contraditório ficto.

Há ainda que se ponderar que a suspensão das ações individuais e coletivas, após a instauração do incidente, terminaria por paralisar a atuação do MPT, para privilegiar a condução da matéria por um único indivíduo – e aqui, em razão do *jus postulandi* – até mesmo desacompanhado de um advogado, se for o caso (NASSIF, 2012). Aliás, é de se considerar que nem mesmo a presença de um advogado seria capaz de suprir a atuação levada a efeito pelo MPT em procedimentos de abrangência como as ações coletivas, o que evidencia a necessidade de se buscar pela maior representatividade das partes envolvidas e por sua melhor adequação para a condução da demanda. Dessa forma, “*causa espécie que a ação coletiva fique refém de uma simples ação individual, proposta por um único indivíduo*” (NASSIF, 2012, p. 1331), ou, noutros termos, que uma ação conduzida por entidade mais apta ao contraditório e que goze de maior legitimidade frente ao universo de substituídos, seja preterida por aquela conduzida por um reclamante individual, que não dispõe dos meios e recursos necessários para potencializar o contraditório de seus representados.

A representatividade da categoria é questão da maior importância, mormente nas ações coletivas perante a Justiça do Trabalho, dada a hipossuficiência dos proletários. Admitir que uma ação individual possa causar a suspensão das ações coletivas não representa, de forma alguma, uma ruptura com o modelo individualista do processo, mesmo porque a nova lei processual sequer exige qualquer qualificação do autor ou réu que conduzirão o incidente, nem mesmo a aferição de sua “representatividade adequada”, consoante o modelo das *class actions* (NASSIF, 2012).

Em verdade, como asseveram George Abbou e Marcos de Araújo Cavalcanti, o instituto brasileiro cria a “*possibilidade de se concretizarem os efeitos da ação coletiva passiva dos EUA sem o correspondente controle de representatividade que deve ser ínsito a esse modelo*” (2015, p. 225), já que o Novo Código de Processo Civil não traz qualquer critério objetivo para o controle da adequada representação propiciada pela causa-piloto e, com isso, o legislador nacional demonstrou preocupação maior com a criação de técnicas de produção de sentenças em massa do que com a justiça destas decisões.

A inexpressividade na qual pode cair o princípio do contraditório na Justiça do Trabalho, no enfrentamento de causas repetitivas pela via do incidente, produz efeito colateral muito mais lesivo do que qualquer benefício a ser conquistado pela via do instituto em comento.

3.3. Uma resposta alternativa às demandas de massa: a potencialização da tutela coletiva e a democratização da jurisprudência

Embora seja louvável a pretensão do legislador, com a instituição do incidente de demandas repetitivas, à luz das peculiaridades do Direito Processual do Trabalho, sua aplicação subsidiária a este ramo especializado não parece surtir os efeitos almejados, ao menos de forma consentânea com as finalidades e princípios próprios da Justiça Laboral. Parece claro que os benefícios que porventura venham a ser obtidos com a eventual aplicação subsidiária do incidente ao processo do trabalho tornar-se-ão diminutos frente aos obstáculos encontrados para sua conciliação com os princípios e objetivos próprios desta Justiça Especializada.

A consternação com o relatado impõe o dever de perquirir alternativas mais adequadas e viáveis às demandas de massa, que permitam harmonizar a almejada eficiência das instâncias judiciais com a necessária efetividade da prestação jurisdicional. A esse respeito, destaca-se que

É bem intencionada sua previsão, na medida em que visa a promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário na análise da questão apreciada. É improvável, contudo, que consiga atenuar a carga de trabalho da jurisdição. A simplificação do procedimento para julgamento das demandas repetitivas não implica desaparecimento das causas das estatísticas do Judiciário, nem tem o condão de evitar, em regra, o ajuizamento de demandas para obtenção da tutela do direito pelos interessados. Para promover esses objetivos em especial, talvez fosse o caso de insistir no aperfeiçoamento do nosso sistema de tutela coletiva dos direitos – na linha das *class actions* estadunidenses, cujos resultados nessa direção contam com o sólido testemunho da história (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p.178).

O clamor pelo aperfeiçoamento do sistema de tutela coletiva não é novidade na doutrina especializada e surge paralelamente à crise de eficiência do Poder Judiciário, pois vê nessa modalidade de ações uma resposta à altura dos problemas gerados pelo assoberbamento dos órgãos oficiais. Não se pode negar que o modelo atomizado e individualista de tratamento das demandas de massa há muito já dá sinais de fracasso. A alternativa proposta pelo legislador no Código de 2015, contudo, não parece ser o meio mais idôneo para solucionar o problema – ao menos no âmbito da Justiça do Trabalho.

Seja pela incompatibilidade ontológica entre as regras que disciplinam o instituto no Novo Código de Processo Civil com as peculiaridades da lide trabalhista, seja ainda pelos possíveis efeitos colaterais nocivos aos jurisdicionados, a partir de uma aplicação subsidiária mal planejada e pouco ortodoxa, fato é que o incidente não fornece ao Judiciário Trabalhista as respostas que dele se espera.

Destaca-se que o recurso às ações coletivas, para chegar aos resultados pretendidos pelo incidente, deve-se ao fato de os objetivos colimados pela tutela coletiva não diferirem substancialmente daqueles propugnados pelo novo instituto de solução em massa de litígios. Pode-se dizer que a ação coletiva visa igualmente à segurança jurídica e à isonomia, “*na medida em que evita a prolação de decisões contraditórias sobre a mesma questão controvertida e transforma-se uma igualdade apenas processual em uma igualdade real, democratizando referido processo*” (PIMENTA, 2014, p. 1174).

Vale registrar, em princípio, que “*o incidente não é uma ação coletiva, apesar de produzir efeitos, esses sim, coletivos*” (PIMENTA, 2014, p. 1174). Aliás, nem é de bom alvitre que se cogite de que o incidente é uma alternativa às ações coletivas, sobretudo às que versem sobre direitos individuais homogêneos ou direitos coletivos *stricto sensu*. O prestígio à celeridade e à efetividade do direito material, conferido pelas ações coletivas – ainda que incipientes –, sem dúvidas não encontra par no direito brasileiro e, mesmo sendo merecedor de importantes aperfeiçoamentos, estes não vieram com o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Merece destaque, todavia, a previsão contida no artigo 980 do novel Código Processual, segundo o qual a tramitação do incidente terá prioridade sobre os demais processos, salvo aqueles relativos a réu preso e o *habeas corpus*. Trata-se de demanda há muito registrada pela doutrina, relativamente aos processos coletivos, e que foi incorporada pelo Novo Código para o incidente. A incerteza quanto ao tempo de julgamento de uma ação coletiva está entre os fatores determinantes para a preterição dos processos coletivos e

constitui importante obstáculo a ser transposto pelo legislador nacional no propósito de reforçar o microsistema coletivo.

Ainda assim, talvez o maior entrave à otimização das ações coletivas, hoje, diga respeito à coisa julgada – seja no que se refere à sua eficácia exclusivamente *secundum eventum litis*, seja no que concerne à sua limitação territorial pelo artigo 16 da Lei nº 7.337/85.

Quanto ao primeiro aspecto, merece registro o fato de que, enquanto o modelo norte-americano das *class actions* prestigia a formação da coisa julgada *erga omnes e pro et contra*, o sistema brasileiro consagra a coisa julgada *secundum eventum litis*, permitindo que só haja coisa julgada material quando a decisão for favorável ao demandante e que esta só seja transportada aos processos individuais se lhes for vantajosa (*in utilibus*). O grande problema originado por esta previsão em nosso sistema é que, acaso a lide seja resolvida favoravelmente ao réu, “*enseja insegurança jurídica, aumento do número de causas e tratamento anti-isonômico das partes*” (TESHEINER, 2014, p. 237), além, é claro, de não impedir o ajuizamento de novas demandas individuais sobre o mesmo tema, contra o mesmo réu, o que apenas evidencia que, para este, a decisão que lhe é favorável representa uma não-solução da controvérsia, tornando inócua a tutela coletiva.

Malgrado o incidente de resolução de demandas repetitivas pareça, neste aspecto, assemelhar-se às *class actions*, permitindo a formação de coisa julgada *pro et contra*, sua disciplina não é especialmente adequada ao processo do trabalho. Isso porque a autorização de que a coisa julgada em sede coletiva se forme ainda que desfavorável aos reclamantes colide frontalmente com o princípio da proteção se se considera que nestes casos o contraditório é ficto. Diferentemente ocorre com a proposta de potencialização da tutela coletiva, segundo a qual a formação de coisa julgada desfavorável ao demandante só teria lugar se, e somente, “*também fossem adotadas medidas tais como a exigência de notificação dos membros ausentes e o controle judicial da adequação da representação*” (TESHEINER, 2014, p. 237), nos termos do artigo 18 do Anteprojeto do Código de Processo Civil Coletivo, da lavra de Antonio Gidi.

É que, ao garantir a notificação dos interessados e efetivar o controle qualitativo da representação de seus interesses, se está privilegiando o contraditório, aqui compreendido como oportunidade de ciência e de influência – o primeiro aspecto impede que as partes interessadas sejam surpreendidas com uma decisão que lhes seja desfavorável, enquanto o segundo prima pela condução do processo pela entidade mais apta à defesa dos interesses da classe. Isso resolveria, por exemplo, o problema da condução da causa-piloto por um

reclamante individual, face à constatação inarredável de sua hipossuficiência presumida no processo do trabalho. Ao mesmo tempo, impediria a multiplicidade de demandas individuais sobre o mesmo tema, que restaria inconclusivo em caso de improcedência da ação.

Ressalta-se que, para o correto funcionamento da medida, seria imprescindível importar do modelo das *class actions* a possibilidade de as partes individuais, dentro do prazo de 1 (um) ano, apresentarem novas provas que justificariam a não adoção da sentença coletiva para seu caso particular. Trata-se de instrumento que viabiliza o exercício do *distinguishing* por parte dos reclamantes individuais, sem desprestigiar a primazia das decisões coletivas. Além, é claro, de se oportunizar aos interessados o exercício do direito de exclusão (*opt out*), instituto típico das *class actions* e que prestigia o contraditório individual se assim aprouver ao substituído.

Sobre o tema, vale destacar a precisa lição de Guilherme Rizzo Amaral (2011, p. 268-269), para quem o problema da suspensão dos processos provocados pelo incidente pode ser facilmente resolvido com a aproximação de nosso modelo ao sistema das *class actions*, de tal modo que

Em vez de determinar a suspensão das ações idênticas em tramitação, deveria a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas determinar a notificação, seja aos autores de ações já existentes, seja aos interessados que ainda não tivessem ingressado em juízo, para que todos eles exercessem ou não o seu direito de exclusão. Não exercido tal direito por indivíduo autor de ação idêntica em curso, suspender-se-ia esta até a sentença final no incidente de resolução de demandas repetitivas, que àquela aplicar-se-ia, em favor ou em desfavor do demandante. Caso contrário, vindo a exercer seu direito de exclusão, poderia o autor individual prosseguir com sua ação, sem prejuízo de vir a ela ser aplicado o precedente oriundo do incidente de resolução de demandas repetitivas, porém não de forma vinculante, nada impedindo, também, neste caso, que o juiz da ação individual julgasse esta antes do resultado final no incidente ou mesmo contrariamente a este, embora esta última hipótese seja de todo desaconselhável por colocar em descrédito o próprio Estado de Direito. Incentivos poderiam ser criados para aqueles indivíduos que, já tendo ajuizado ações próprias, deixassem de exercer o seu direito de exclusão (como, por exemplo, isenção de custas ou redução proporcional de eventuais honorários devidos à parte contrária) (2011, p. 268-269).

Dessa maneira seria possível conciliar o clamor por celeridade no processo do trabalho com a necessária segurança jurídica do sistema. É que incumbiria à parte interessada decidir se quer ou não submeter sua demanda à resolução em massa, ponderando, entre outros fatores, os tempos de tramitação de sua ação individual e o do incidente (ou ação coletiva), para, a

dependem de sua necessidade, decidir por seguir com sua própria demanda ou aguardar a solução em massa.

Há quem entenda que a suspensão promovida pelo incidente teria efeitos mais radicais na Justiça Especializada, pois terminaria por minar as atividades do Ministério Público do Trabalho. É o que pondera Elaine Nassif (2012), ao aventar que bastaria o requerimento de instauração do incidente em qualquer demanda individual, por uma das partes, para frear, por exemplo, um inquérito civil levado a efeito pelo Parquet e redirecionar a discussão para o tribunal, impedindo que as questões jurídicas a serem examinadas sejam mais detidamente avaliadas à luz do substrato fático que ensejou o procedimento coletivo (NASSIF, 2012).

Não bastasse isso, o segundo aspecto relativo à coisa julgada, que tem sido objeto de fortes críticas ao microsistema processual coletivo brasileiro, diz respeito à esdrúxula limitação territorial que lhe é imposta por força do artigo 16 da Lei nº 7.337/85, segundo o qual a sentença nas ações coletivas só produz coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão prolator. A disposição fere de morte a dogmática relativa à coisa julgada (cujos efeitos não estão atrelados à competência do órgão prolator) e os objetivos da tutela coletiva (vez que não impede a reprodução de processos individuais em outras regiões do país e tampouco realiza de forma plena o acesso coletivo à justiça).

É desejável, portanto, que a decisão proferida em processo coletivo se espraie por todo o território nacional, atingindo todos os possíveis interessados. Felizmente, o Tribunal Superior do Trabalho, em decisões recentes sobre o tema, tem dado interpretação adequada ao malfadado artigo 16 da Lei nº 7.337/85, para conformar o instituto da coisa julgada em ações coletivas com o princípio da proteção à coletividade e da unidade da jurisdição. A esse respeito, destaca-se o aresto a seguir, publicado aos 18 de setembro de 2015:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2004. (...) 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. Apesar da restrição imposta ao alcance da coisa julgada em sede de ação civil pública, inexistente razão que aconselhe a restrição aos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão. Isso porque a imutabilidade do julgado, para efeito de seus limites subjetivos, não exerce influência sobre a competência territorial, instituto de larga distinção, até porque, do contrário, estar-se-ia repelindo o propósito da ação coletiva, consubstanciado quer na ampliação do acesso ao Poder Judiciário, quer na redução de demandas individuais, aspectos que enaltecem a própria natureza dos direitos difusos e coletivos. A toda evidência, a eficácia da coisa julgada em ação civil pública desborda dos limites territoriais adstritos à autoridade prolatora da decisão, especialmente diante do conceito de unidade da jurisdição, cujo conteúdo legítimo a prestação jurisdicional. Nesse cenário, os limites territoriais, em sede de ação coletiva, ultrapassam a restrição disciplinada no art. 16 da Lei

nº 7.347/85, para, sob o enfoque do princípio da proteção à coletividade, conquistar o território nacional. Recurso de revista conhecido e provido (TST - RR: 12319420135030035, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 16/09/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015).

Ora, não existe justificativa razoável para a manutenção do entendimento consubstanciado no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, sob pena de se chegar à terrível conclusão de que a obrigação fixada em uma sentença coletiva, em determinada região, não seria exigível noutra. A prevalecer o entendimento legal sobre o assunto, é possível imaginar que determinada obrigação de fazer relativamente à adequação de determinada empresa às normas de medicina e segurança no trabalho não seria exigível em estabelecimentos da mesma reclamada situados fora dos limites territoriais da competência do órgão prolator.

Tamanho absurdo consubstancia verdadeiro obstáculo à maior efetividade da tutela coletiva e, conseqüentemente, põe em risco a efetividade da prestação jurisdicional, pois estimula a atomização de demandas que poderiam facilmente ser aglutinadas em variadas ações coletivas.

Seja como for, cabe apresentar-se a limitação da coisa julgada aos limites territoriais do órgão judicial como um obstáculo que precisa ser transposto, seja por interpretação, seja pela revogação do dispositivo, para que se admita que um único substituto processual esteja em juízo em defesa de todos os titulares dos direitos individuais em situação idêntica (TESHEINER, 2014, p. 240).

Nesse particular, a reforma do microssistema coletivo produz vantagens não obtidas por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas. Para ilustrar a situação, basta que se cogite das inúmeras reclamatórias que chegam às Varas do Trabalho, postulando indenização por danos morais decorrentes de restrição ao uso de banheiro ou mesmo aquelas em que empregados de uma mesma categoria, cada qual em sua própria ação individual, buscam o pagamento da parcela adicional de insalubridade, em um mesmo local de trabalho e períodos contratuais coincidentes.

Todas estas situações estariam excluídas do âmbito do incidente, na medida em que exigem discussão sobre matéria de fato, mas seriam facilmente dirimidas pela via da ação coletiva, seja com o fortalecimento dos órgãos oficiais, como o Ministério Público do Trabalho, seja com o reforço da atuação sindical. Neste último caso, em específico, a própria questão da representatividade – muito controvertida no incidente de demandas seriadas – estaria albergada no inciso III do artigo 8º da Constituição Federal.

Com efeito, o fortalecimento das entidades coletivas – ramo no qual o Direito Processual do Trabalho goza de pioneirismo ímpar, com as associações profissionais – é um passo imprescindível para maximizar os efeitos de uma tutela coletiva verdadeiramente efetiva, pois é precisamente por intermédio destas instituições que se pode racionalizar a molecularização de demandas e a efetividade da prestação jurisdicional.

A potencialização das ações coletivas, portanto, parece ser o caminho natural para dirimir a questão das demandas seriadas, pois, com isso, desvencilha-se dos inconvenientes gerados pelo incidente, relativamente à questão da suspensão dos processos (já que o reclamante continua podendo optar por não se beneficiar da ação coletiva), da representatividade dos substituídos (vez que a ação será conduzida por entidade mais apta para o contraditório) e, sobretudo, do devido processo legal e do princípio da proteção. Além disso, em que pese as ações coletivas certamente produzam fortes precedentes a serem observados pelo Judiciário de piso, o fato de estes não serem vinculantes evita outro inconveniente causado pelo instituto das demandas de massa, qual seja, o engessamento da jurisprudência.

Sobre o tema, é importante dizer que a maior amplitude das ações coletivas permite que o sistema de precedentes para o qual o legislador tem sinalizado no Novo Código siga ainda mais de perto seu par no *common law*. É que nestes casos a construção de precedentes judiciais tem origem nas instâncias de origem – as quais, teoricamente, possuem maior proximidade com a causa, com as partes envolvidas e com as provas produzidas – conferindo maior legitimidade às decisões superiores, porquanto referendadas pela construção democrática – ascendente e horizontalizada – de uma determinada tese. Trata-se, pois, de movimento em sentido diametralmente oposto ao daquele gerado pelo incidente, no qual os precedentes são construídos de forma verticalizada e descendente, por tribunais muitas vezes distantes da realidade em que os fatos e as partes estão envolvidos. Esta situação, ainda que tenha o condão de ampliar a eficiência do Poder Judiciário, produzirá o efeito reflexo de maximizar o inconformismo das partes com a decisão judicial, pois nela não influíram e dela não participaram.

Em síntese, a democratização da jurisprudência é o fiel da balança entre a necessária eficiência do Poder Judiciário e a almejada efetividade dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

A evolução das relações sociais levou à maior complexidade das ações judiciais e deu origem às chamadas demandas repetitivas, representativas de uma única controvérsia jurídica pulverizada em toda a sociedade. Com efeito, a chegada destas demandas ao Poder Judiciário levou ao abarrotamento das instâncias oficiais e lançou-as em uma profunda crise de eficiência, que passou a comprometer o bom funcionamento da jurisdição, fato que, no limite, pôs em risco a efetividade dos direitos fundamentais.

Na tentativa de debandar a crise, o legislador nacional providenciou uma série de reformas na estrutura processual de nosso sistema, com o intuito de lhe conferir maior racionalidade, unidade e celeridade. O conjunto de providências legislativas empreendidas nas últimas décadas, com este propósito, culminou com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015. No entanto, as reformas empreendidas pelo legislador reformador não se contiveram no âmbito do Direito Processual Civil e se espalharam por todos os ramos da ciência processual, entre os quais o Direito Processual do Trabalho, dada a relação de interdependência havida entre este e aquela, por força do artigo 769 consolidado.

Assim é que a estagnação do processo do trabalho diante dos avanços conquistados pelo processo civil levou a um questionamento crucial quanto à aplicação subsidiária deste último, na tentativa de importar para o processo laboral institutos que igualmente prestigiassem a eficiência de seus órgãos jurisdicionais. Talvez entre as promessas do Novo Código nenhuma seja objeto de tantas controvérsias quanto o incidente de resolução de demandas repetitivas – instituto de inspiração estrangeira que pretende conciliar celeridade e segurança jurídica a partir de um modelo de vinculação aos precedentes judiciais ímpar em nosso ordenamento.

Em que pese a louvável motivação do legislador, ao intérprete trabalhista incumbe uma postura ativa diante das inovações civilistas, a fim de aferir se são elas adequadas ao processo do trabalho, entendendo-se como tais aquelas capazes de não só otimizar o procedimento, mas sobretudo de o fazer sem pôr em risco os princípios e finalidades próprias deste campo processual.

Significa dizer que, para a aplicação subsidiária de um incidente que se proponha a resolver ações em série no processo do trabalho, é importante que tal instituto seja capaz de igualmente zelar pelo respeito à celeridade e à eficiência, assim como pelo devido processo legal, sempre atento à peculiar importância conferida ao princípio da proteção na persecução

deste fim, por ser este o núcleo essencial não só do Direito Processual do Trabalho, como também do direito material respectivo.

É esta, pois, a proposta desenvolvida neste trabalho, cujo estudo levou à inarredável constatação de que a aplicação do incidente de demandas repetitivas ao processo do trabalho, nos moldes traçados pelo Código de Processo Civil de 2015, traria mais do que inconvenientes procedimentais, pois também representaria uma verdadeira subversão dos princípios da celeridade e da proteção.

Isso porque a suspensão indiscriminada das reclamações trabalhistas – sobretudo aquelas sujeitas ao rito sumaríssimo – retardaria irremediavelmente o tempo de tramitação de demandas que, por natureza, veiculam pretensões essencialmente alimentares. Ademais, a minguada de previsões específicas que se atentem para os ritos do processo trabalhista faz com que o instituto encontre fortes resistências frente à irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a hipossuficiência presumida dos reclamantes e a autorização do *jus postulandi*.

Não bastasse isso, a transposição irrefletida do incidente agrada muito mais às instâncias superiores do que aos jurisdicionados propriamente ditos, seja porque não lhes assegura a representatividade adequada na condução da causa-piloto, seja porque sequer existem critérios claros quanto à seleção desta, seja ainda porque o princípio da proteção, enquanto essência dos Direitos Processual e Material do Trabalho, não é suscetível a recepcionar a ideia de um contraditório ficto, inerente ao incidente.

As peculiaridades do processo trabalhista, portanto, advogam em sentido contrário à aplicação subsidiária, não porque o incidente é incapaz de atingir seus objetivos, mas porque o faz às custas de valores muito caros ao Direito Processual do Trabalho, com os quais não se pode transigir, sob pena de se transigir com direitos fundamentais das partes litigantes.

É precisamente porque as garantias procedimentais erigidas no Direito Processual do Trabalho destinam-se à máxima realização dos direitos fundamentais das partes litigantes, atentando-se para a especial condição de hipossuficiência presumida dos reclamantes, que sua mitigação deve encontrar amparo não em demandas do próprio Judiciário, mas em necessidades dos jurisdicionados.

Diante desta premissa, não se pode olvidar que, para o melhor enfrentamento das demandas seriadas na Justiça do Trabalho, mais do que incorporar modelos do processo civil – e do direito comparado – faz-se necessário potencializar os instrumentos já colocados à disposição das partes. Nesse sentido, o fortalecimento da tutela coletiva viabiliza a democratização da jurisprudência, sem que para isso se coloque em risco os princípios e

finalidades próprios do Direito Processual do Trabalho, preocupação que vai muito além de qualquer preciosismo acadêmico, vez que objetiva conciliar o dilema “eficiência-efetividade”, de forma a resguardar o processo como instrumento da vontade constitucional. Ora, nesse novo paradigma, a defesa do processo nada mais é senão a defesa do cidadão.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, p. 221-242, fev/2015.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A Jurisdição na perspectiva publicista e privatista em países que adotam o modelo civil law no contexto da solução de demandas individuais de massa: (Notas sobre o incidente de resolução de ações repetitivas previsto no PLS nº166/10). **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 53, p.265-290, jan. 2011. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2015.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. **Revista de Processo**. vol. 196. p. 237-274. São Paulo, jun/ 2011.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas causas repetitivas. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/antonio_adonias_aguiar_bastos.pdf> Acesso em 29 mar. 2015

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Presidência. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal Presidência, 2010. 381 pp. Disponível em:<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 05 ago. 2015.

_____. Decreto lei nº5.452, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília

CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 231, p.201-223, maio 2014.

_____. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, p.123-147, Revista dos Tribunais, maio 2007

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Traduzido por: Ellen Gracie Northfleet.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2015). **Justiça em Número 2015: ano base 2014**, Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> Acesso em 19 nov. 2015.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Incidente de resolução de demanda repetitiva, o novo CPC e sua aplicação no Processo do Trabalho. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Jus Podium, 2015. Cap. 35. p. 613-628.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 193. p. 255. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, n. 2; p. 235-268, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/6ea85962ff34254460414154a9541524.pdf>> Acesso em 29 mar 2015.

DURÇO, Karol Araújo; CHEHUEN, Éric da Rocha. O incidente de resolução de demandas repetitivas: uma das propostas centrais do projeto do novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. n. 8, p.539-567, jul./dez. 2011. Semestral. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20835>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

KENNE, Ilana Godinho. **A extensão da influência do Musterverfahren na criação do incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2012. 58 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/4031/1/2012_IlanaGodinhoKenne.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2015.

LUDWING, Guilherme Guimarães. O princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista e a aplicação subsidiária e supletiva do Novo Código de Processo Civil. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Jus Podium, 2015. Cap. 5. p. 87-110.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual. **Revista de processo**, São Paulo, v. 31, n. 135, p. 152-160: Revista dos Tribunais, maio 2006.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Jus Podium, 2015. Cap. 1. p. 31-54.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: O direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo.** 2007. 147 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221?locale=pt_BR>. Acesso em: 1 set. 2015.

MOREIRA, Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo.** São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002.

NASSIF, Elaine. 20 anos da ação civil pública na Justiça do Trabalho e a expectativa do Novo CPC brasileiro (PLS 166/2009). **Revista Ltr,** São Paulo, v. 76, n. 11, p. 1330-1332, nov. 2012. Mensal.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. As ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas do projeto do novo código de processo civil. **Revista Ltr,** São Paulo, v. 78, n. 10, p.1166-1178, out. 2014. Mensal.

PIMENTA, José Roberto Freire. Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica; *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, Ano 1, n.1 1995.* Disponível em: < http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_54/Rev_54.pdf> Acesso em 15 jan 2016.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho.** Traduzido por Wagner D. Giglio. Editora LTr, São Paulo, 4ª Tiragem, 1978.

SILVA, Jamily de Jesus. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo código de processo civil: Segurança jurídica e legitimidade democrática das decisões judiciais no Estado Constitucional brasileiro.** 2013. 175 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15290/1/2013_JamilyJesusSilva.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo.** 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SCHIVI, Mauro. Novo Código de processo civil: a aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho. Disponível em:

<http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PRO_CESSO_CIVIL-_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf> Acesso em 25 nov. 2015

_____. O acesso à justiça e o princípio da subsidiariedade no processo do trabalho. **Revista LTr.** São Paulo, v. 76, n 07, p. 799-806, jul. 2012. Mensal.

_____. Os princípios do direito processual do trabalho e a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC quando há regra expressa da CLT em sentido contrário. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 73, n. 1, p. 182-194, jan./mar. 2007.*

_____. Visão do Poder Judiciário e a aplicação do CPC ao processo do trabalho. **Revista Ltr,** São Paulo, v. 77, n. 08, p. 909-913, ago. 2013. Mensal.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. In: Revista LTr, São Paulo, v. 70, n. 8, agosto 2006, p. 920-930.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo? **Revista da Seção Judiciário do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 93-114, dez/2011. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/285/261> Acesso em: 28 mar. 2015

TESHEINER, José Maria. Três Passos para a potencialização das ações coletivas, em resposta ao desafio da numerosidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14538/11010>> Acesso em: 19 nov. 2015

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Movimentação processual TST 2014**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3810c151-16c0-4c6a-b8d2-b720e885036f>> Acesso em 15 jan 2016

_____. **Movimentação processual TRT 2014**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/12037371/Movimenta%C3%A7%C3%A3o+Processual+no+2%C2%BA%20Grau+-+2014>> Acesso em 15 jan. 2016