

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

JOANA RITA DE SOUSA COVELO DE ABREU

MARCO FILIPE CARVALHO GONÇALVES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P962

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu; Marco Filipe Carvalho Gonçalves; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-505-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais. 4. Interpretação. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O VII Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado em Braga – Portugal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com a Universidade do Minho, Escola de Direito e Centro de Estudos em Direito da União Europeia, no período de 07 a 08 de setembro de 2017, sob a temática INTERCONSTITUCIONALIDADE: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas.

O Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA 1 desenvolveu suas atividades na data de 08 de setembro de 2017, no Complexo Pedagógico 2, no Campus da Universidade do Minho, de 09h00min às 13h00min, e contou com a apresentação de sete artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema comparado Brasil-Portugal de Direito Processual.

Os textos foram organizados em três blocos temáticos, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

1 – No texto intitulado “SISTEMATIZAÇÃO, ESTRUTURA E PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO”, a autora Helena Patrícia Freitas aborda o Código de Processo Civil de 2015, sistematizado para sua integração com as normas fundamentais processuais trazidas pela Constituição do Brasil de 1988. Examina incongruências entre o CPC/2015 e a CR/88 e a crise da efetividade processual, pela não conformação de alguns dispositivos da nova codificação civil com o devido processo constitucional.

2 – Para Ana Lucia Pretto Pereira, em trabalho apresentado sob o título “INTERCONSTITUCIONALIDADE: CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E CORREÇÃO LEGISLATIVA DE ATOS JUDICIAIS”, analisadas as possibilidades jurídicas de controle judicial de constitucionalidade e também de correção legislativa de atos judiciais, como resposta técnico-jurídica para o problema da correção legislativa de decisões judiciais. Ao final, conclui pela juridicidade da correção legislativa, com as ressalvas jurídicas apresentadas no texto.

3 – O trabalho intitulado “JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO: UM ESTUDO CRÍTICO-ANALÍTICO DO AMICUS CURIAE”, Fabrício Veiga Costa desenvolve o modelo de processo coletivo representativo apontando limitações a participação dos interessados na construção do mérito nas ações coletivas, pois o legislador define os legitimados à propositura da ação. Aborda que a atual sistemática do amicus curiae não legitima democraticamente a participação dos interessados no debate do mérito processual, reproduzindo o modelo autocrático de processo coletivo centrado na representatividade, pelo que necessária a busca de solução para o problema.

4 - Renata Bolzan Jauris e Luiz Fernando Bellinetti, em trabalho intitulado como “MEDIDAS ESTRUTURANTES DA DECISÃO E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS”, investigam a possibilidade de utilização das decisões estruturais como técnica de implementação dos direitos complexos e fluidos especialmente na implantação de políticas públicas, e se o direito processual civil brasileiro possibilita a utilização da referida técnica. Finalmente, o texto busca estabelecer as linhas gerais quanto ao controle judicial das políticas públicas, conceituar as medidas estruturantes e avaliar a possibilidade de sua utilização como forma de otimizar a efetivação judicial dos direitos sociais.

5 – Com a temática “NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: UM ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO NA EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL E NO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO NO BRASIL”, Rosalina Moitta Pinto da Costa desenvolve a ciência processual ao longo da história, e a viabilidade de aplicação de instituto no Brasil, diante da sua previsão no CPC/15. Estuda o processo cooperativo, quando analisa a possibilidade de realização de convenções processuais com respaldo nos direitos fundamentais e garantias constitucionais no atual processo civil brasileiro.

6 - Manoela Bitencourt desenvolve seu estudo “O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO FACE AO REGRAMENTO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA” com a análise das correntes interpretativas existentes na atualidade acerca da aplicação do instituto previsto no CPC/15 ao Direito Processual do Trabalho, observado o contraditório e da ampla defesa. Questiona a aplicabilidade ao processo do trabalho deste instituto, pelo princípio da simplicidade das formas dos atos processuais trabalhistas e o princípio da proteção, mas a conclusão é pela aplicabilidade, assegurando às partes o devido processo legal.

7 – Em trabalho intitulado “QUERELA NULLITATIS INSANABILIS COMO INSTRUMENTO DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS”, Poliana Cristina Gonçalves e Liliana Maria Gomes visam demonstrar que a Querela Nullitatis Insanabilis subsiste no Direito Processual brasileiro como meio de desconstituição da coisa julgada inconstitucional no âmbito dos juizados especiais cíveis, não se mostrando possível propor ação rescisória para rever uma decisão que se modelou em lei ou ato inconstitucional, embasando seu fundamento no próprio controle de constitucionalidade. O texto ainda aborda o princípio da segurança jurídica, a certeza e estabilidade das relações sociais, e o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual no eixo Brasil-Portugal e a necessidade de se evoluir na discussão sobre a atualização e perspectivas da Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho – PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA 1, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito Comparado Brasil-Portugal.

Braga-Portugal, setembro de 2017.

Professora Doutora Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu (UMINHO)

Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves (UMINHO)

Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO FACE AO REGRAMENTO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

THE LEGAL ENTITY PERSONALITY DISREGARD INCIDENT IN THE LABOR PROCESS FACE CIVIL PROCEDURE CODE REGULATION PROVIDED AND THE PRINCIPLES OF ADVERSARIAL AND AMPLE DEFENSE

Manoela Bitencourt

Resumo

Analisa-se as correntes interpretativas existentes na atualidade acerca da aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica previsto no Código de Processo Civil ao Direito Processual do Trabalho. Por um lado, entende-se pela aplicação, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Por outro lado, pela não aplicabilidade ao processo do trabalho deste instrumento, pois violaria o princípio da simplicidade das formas dos atos processuais trabalhistas e o princípio da proteção. Conclui-se pela possibilidade de aplicação, de forma a garantir a eficácia do contraditório e da ampla defesa, assegurando às partes o devido processo legal.

Palavras-chave: Incidente da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, Processo do trabalho, Aplicação subsidiária, Contraditório, Ampla defesa

Abstract/Resumen/Résumé

Analyzes the current interpretive currents regarding the application of the Legal Entity Personality Disregard Incident provided in the Civil Procedure Code to Labor Procedural Law. On the one hand, it's understood by the application, in homage to the adversary and the ample defense principles. On the other hand, because of the non-applicability to the labor process of this instrument, it would violate the forms simplicity principle of labor proceedings and the protection principle. Concluded by the possibility of application, in order to guarantee the effectiveness of the adversary and the ample defense, assuring to the parties the due legal process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal entity personality disregard incident, Labor process, Subsidiary application, Contradictory, Ample defense

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a aplicabilidade do Incidente da Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica, previsto no Código de Processo Civil, ao Direito Processual Trabalhista. O texto é resultado de pesquisas nas áreas de Direito Processual do Trabalho e de Direito Processual Civil.

Para isso, abordar-se-á as normas processuais civilistas que regulamentam o instrumento, bem como far-se-á uma análise das garantias processuais constitucionais envolvidas na regulamentação do referido instituto. Inicialmente, discorre-se acerca da teoria dos direitos fundamentais, sua contextualização histórica, sua posituação na Constituição Brasileira bem como sua aplicação no processo. A pesquisa se limita a analisar o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Propõe-se o estudo dos direitos fundamentais e, na sequência, a leitura dos ordenamentos processuais de acordo com esses ditames de natureza processual previstos na Constituição Brasileira de 1998, que revela o marco da fundamentalidade desses direitos.

Ademais, verificar-se-á as vertentes interpretativas acerca da aplicabilidade do Incidente da Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica, tal como previsto no CPC, ao Processo do Trabalho. No presente trabalho aplica-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, que consiste na construção de conjecturas baseada nas hipóteses, as quais, por meio de um processo de falseamento, são refutadas ou tidas como válidas.

Assim, o trabalho tem por objetivo analisar a aplicação ou não do Incidente de Desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica previsto no Código de Processo Civil ao Direito Processual do Trabalho. Nesse contexto, algumas hipóteses são apresentadas, diante da divergência doutrinária e jurisprudencial existente. O objetivo central situa-se na aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho, face autorização legislativa, justificando-se o presente estudo dada a relevância da matéria na medida em que, por um lado, tem-se a celeridade e a simplicidade das formas no direito processual do trabalho, bem como a proteção do trabalhador e, por outro lado, o respeito ao contraditório e à ampla defesa, assim como os meios que garantam a sua efetividade.

2 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica está previsto nos artigos 133 a 137 da Lei n. 13.105/2015, Código de Processo Civil. Este advento trouxe às relações

processuais atuais um regramento específico a ser seguido e tem como finalidade garantir que sejam respeitados o contraditório e a ampla defesa. O incidente vem na modalidade intervenção de terceiros e, assim, busca-se uma total efetivação de direitos e garantias processuais. Esse incidente já era previsto no direito material, conforme a previsão do artigo 28¹ do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 50² do Código Civil.

Daniel Amorim Assumpção Neves explica:

Na realidade, o requerente não deve demonstrar, mas apenas alegar o preenchimento dos requisitos legais para a desconsideração, tendo do direito a produção de prova para convencer o juízo de sua alegação, inclusive conforme expressamente previsto nos arts. 135³ e 136⁴ do Novo CPC, ao preverem expressamente a possibilidade de instrução probatória do incidente ora analisado. Apesar da previsão do art. 795, § 4º, do Novo CPC, a criação de um incidente processual não será sempre necessária, pois, nos termos do art. 134, § 2º do Novo CPC, a instauração do incidente será dispensada se o pedido de desconsideração da personalidade jurídica for requerido na petição inicial, hipótese que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. Nesse caso Enunciado 248 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) indica que “incumbe ao sócio ou à pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa. (2016, p. 145).

E Leonardo Greco faz um resumo quanto ao tema:

A desconsideração pode ser requerida desde a petição inicial (art. 134, § 2º) ou será objeto de requerimento incidente em qualquer fase do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença ou na execução de título judicial. No requerimento o proponente alegará os fatos que legalmente admitem a desconsideração e proporá as provas para demonstrá-los, juntando desde logo a prova documental que tiver em seu poder. Ao deferir o processamento do incidente, o juiz mandará anotar no registro de distribuição, determinará a suspensão do processo e ordenará a citação do requerido para responder no prazo de quinze dias (arts. 134 e 135). Em seguida, produzidas as provas, caso necessário, o juiz decidirá fundamentadamente o pedido, da sua decisão cabendo agravo de instrumento ou agravo interno (arts. 1.015, inc. IV, e 136 parágrafo único). Em caso de procedência, determinará que o novo réu passe a figurar como corréu, sendo intimado de todos os atos do processo e deles participando. Visando o incidente ou o pedido originário de desconsideração a estender a responsabilidade patrimonial pelas dívidas que estão sendo cobradas do devedor originário ao novo responsável, e sendo o pedido acolhido, a partir da citação deste (arts. 137 e 792, § 3º), a alienação ou a oneração dos seus bens poderá caracterizar fraude de execução. (2016).

¹ Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídicas provocadas por má administração”.

² Artigo 50 do Código Civil: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

³ Artigo 135 do Código de Processo Civil: “Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

⁴ Artigo 136 do Código de Processo Civil: “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno”.

Caso o autor já formular pedido de desconsideração da personalidade jurídica na petição inicial do processo, o sócio ou a sociedade devidamente citado se torna, ainda, no início, litisconsorte do réu neste processo. Assim, não se aplicará o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o pedido para desconsideração será julgado sem qualquer força suspensiva sobre o resto do processo. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 375).

Nesse sentido, em caso de litisconsórcio passivo originário entre sócio e sociedade, não haverá nenhum motivo para instauração do incidente, conforme a norma do artigo 134, §2º do Código de Processo Civil⁵, pois a pretensão de desconsideração integrará o próprio objeto do processo, o qual cabe o juiz acolher ou rejeitar tal pretensão. Desta forma, não há sentido em instaurar-se o incidente, que tem por objetivo promover uma intervenção de terceiro. Ressalvado este caso, a aplicação do incidente é obrigatória. (CÂMARA, 2016, p. 98).

Em o juiz acolhendo o pedido, para aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, deferindo possíveis tutelas provisórias, o terceiro passa a ser parte no processo. Neste caso, haverá suspensão do processo, motivação a mais para justificar uma tutela em caráter de urgência. O juiz analisará a manifestação dos citados e eventual produção de provas, e decidirá pela desconsideração ou não. Proferida a decisão em forma de interlocutória, desconsiderada a personalidade jurídica, são permitidos os atos que alcancem os bens dos sócios, ou a inversa, no caso de desconsideração dos sócios para garantir dívida da sociedade. (BUENO, 2015, p. 159).

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicado nos procedimentos tanto comum quanto especial, em qualquer tipo de processo, seja cognitivo ou executivo e, em qualquer fase processual como, por exemplo, na fase executiva e no cumprimento de sentença. Ademais, é possível que o incidente seja instaurado perante os tribunais, em grau de recurso ou de competência originária, assim como prevê o artigo 136, parágrafo único, do CPC⁶, que dispõe da decisão do incidente pelo Relator. (CÂMARA, 2016, p. 97).

⁵ Artigo 134 Código de Processo Civil: “O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica”.

⁶ Artigo 136 Código de Processo Civil: “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno”.

Feito o pronunciamento de admissão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o juiz determinará a expedição de ofício dirigido ao distribuidor para que promova as anotações necessárias. Dessa forma, terceiros estranhos ao processo tomarão conhecimento do fato que está pendente no incidente, o que viabiliza a regra do artigo 137 do Código de Processo Civil⁷, somente podendo se considerar fraude à execução os bens que forem alienados ou onerados após a instauração do incidente. (CÂMARA, 2016, p. 98-99).

3 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO BRASILEIRO E O FENÔMENO DA SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

O processo deve, além de servir como instrumento de direito material, atentar às posições jurídicas mínimas dos cidadãos, identificando normas constitucionais efetivamente processuais, que existem em razão do processo. Além disso, deve ser feita uma releitura dos ordenamentos processuais, bem como a vinculação do legislador na feitura das normas aos ditames constitucionais, de modo a se observar as garantias processuais constitucionais e efetivar os direitos fundamentais.

A respeito da contextualização histórica, o surgimento dos direitos fundamentais, segundo a melhor doutrina, gira entre a Declaração de Direitos do povo da Virginia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789. Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens. (SARLET, 2011, p. 43-44).

A teoria dos direitos fundamentais materializa-se e ganha espaço somente no século XVIII, com a presença do Estado Liberal, fundamentada em conceito revestido de elementos essenciais à sua contemporaneidade.

Neste diapasão, refere Artur Torres:

Destaque-se, então, que é a partir do período supra apontado, pautado inauguralmente em ideologia liberal, que a teoria dos direitos fundamentais ganha em peso e apreço. Atualmente, sem que se possa olvidar, recebe *albergue* da esmagadora maioria das Cartas constitucionais contemporâneas e norteia o pensamento da doutrina melhor recomendada. Do ponto de vista histórico é possível asseverar que a noção de direitos fundamentais abrolha com o límpido propósito de limitar o poder estatal. As denominadas garantias constitucionais de primeira dimensão, notadamente de caráter individualista, demonstram o propósito maior de

⁷ Artigo 137 do Código de Processo Civil: “Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”.

brecar a atividade/intervenção estatal em espectros onde autonomia privada e liberdade dos indivíduos deveriam triunfar sem escoriações. (2012, p. 32).

Ressalta-se, então, que a teoria dos direitos fundamentais ganha especial relevância no Estado Liberal, com os direitos ditos de primeira geração, no sentido de evitar a intervenção estatal. Exemplifica-se com a previsão constitucional, daquele período, de normas que tutelavam a autonomia privada relativamente a possíveis interferências estatais, como a inviolabilidade da propriedade. Porém, quando ganha espaço o chamado Estado Social de Direito, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão, e, conseqüentemente, os de terceira e quarta gerações e, ainda, como preferem alguns, os de quinta geração.

Seguindo o foco do presente estudo, a teoria dos direitos fundamentais passa a ser objeto de estudo perante a doutrina processual, o que foi se consolidando com o passar dos anos.

Nesta seara, ensina Oliveira:

[...] já no final do século XIX era presente entre nós a compreensão da influência da norma constitucional no processo, especialmente como meio para a efetividade e segurança dos direitos. Para João Mendes Junior, o processo, na medida em que garante os direitos individuais, deita suas raízes na lei constitucional. Cada ato do processo deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento como um fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos. [...] (2003, p. 261).

Depreende-se que ocorre a chamada constitucionalização do processo, devendo os ordenamentos processuais serem relidos conforme à Constituição e à luz dos direitos fundamentais.

Com base nesta lição, refere-se que tudo começou quando percebeu-se que o processo não poderia ser mais compreendido como um fim em si mesmo, mas como um meio de efetivação do direito material, com especial destaque para a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais, bem como a preocupação dos ordenamentos jurídicos com a dignidade da pessoa humana. (TORRES, 2012, p. 34-35).

Artur Torres refere que

Reconhece-se hodiernamente a existência de um modelo constitucional de processo comprometido com a concreção dos direitos fundamentais. Tal responsabilidade não mais se limita a instrumentalizar a proteção oriunda do plano material em sentido estrito. Segundo concepção que adotamos, um passo à frente foi dado. Admite-se contemporaneamente a existência de um rol de direitos (igualmente fundamentais) que, ainda que tenham valia apenas no e em razão do processo, compõem o núcleo das posições jurídicas mínimas do cidadão, devendo, em tudo e sempre, orientar

interpretações, bem como a regulamentação de qualquer regime processual, seja ele de que natureza for. (2012, p. 35-36).

Assim, o processo não serve mais como um instrumento do direito material. Pelo contrário, a tese contemporânea do processo trata-se de uma tese de constitucionalização do processo, devendo posições jurídicas mínimas (fundamentais) orientar interpretações e regulamentar qualquer ordenamento processual.

Com a Constituição Federal de 1988 é que ficou evidente o constitucionalismo brasileiro, ou seja, todos os ordenamentos jurídicos, processuais ou não, devem ser lidos e interpretados de acordo com a Carta Magna. A constitucionalização do processo implica no fato de que nenhuma ramificação do direito processual brasileiro deve deixar de observar as exigências do modelo fundamental contido no texto constitucional.

Segundo Artur Torres,

Grosso modo, o ponto de partida é o de que o constitucionalismo estabeleceu padrões mínimos segundo os quais devem estar adstritos os ordenamentos processuais infraconstitucionais, independentemente de sua especialidade. Decorre da circunstância que (1) enquanto os textos elaborados em momento posterior à promulgação da Constituição de 1988 devam respeitar tais ditames para sua edificação, (2) os anteriores, sem exceções, deverão adequar-se aos ditames atuais – seja mediante alteração legislativa, seja mediante atividade interpretativa – ou sequer serão tidos por vigentes. (2012, p. 37-38).

Nesse sentido, o fenômeno da constitucionalização atingiu o ramo processual e, ao longo de sua evolução, destacou-se pela incorporação dos direitos fundamentais, alterando o paradigma histórico do direito processual. Toda demanda é submetida à adequação constitucional. Assim, a aplicação das regras processuais deve estar vinculadas pela valoração de sua constitucionalidade, isto é, quando ferido algum princípio contemplado na Constituição, ocorre a chamada inconstitucionalidade. (PORTO; USTÁRROZ, 2009, p. 37).

Então, o fenômeno da constitucionalização do processo justifica-se em razão das várias disposições disciplinando o direito processual. Dentre elas, verifica-se a normatização sobre as chamadas ações constitucionais de Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, a Ação Popular, a Ação Civil Pública. Além disso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ademais, as disposições que tratam sobre o sistema recursal, como o Recurso Ordinário, Recurso Especial e o Extraordinário. E, ainda, a matéria referente à competência do STF (102, CF), STJ (105, CF), dos Tribunais Federais Regionais (108, CF), dos Juízes Federais (109, CF) e da Justiça do Trabalho (114, CF), além

de regular a legitimidade para propositura de ADI e ADC (103, CF), atuação do Ministério Público (129, CF), da Defensoria Pública (134, CF) e da Advocacia (131 a 133, CF). (PORTO; USTÁRROZ, 2009, p. 11-12).

Assim, é inegável a presença do conteúdo processual na Constituição. Segundo Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárróz,

[...] chama-se a atenção para os direitos fundamentais do jurisdicionado, que formam um verdadeiro modelo principiológico processual, de macro compreensão do sistema, eis que representam primados constitucionais incidentes em todos os ramos processuais especializados (civil, penal, consumeirista, tributário, eleitoral, militar, etc.). (2009, p. 12).

Diante disso, o intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto a Constituição. As normas processuais dos mais diversos ramos do Direito devem ser interpretadas e aplicadas conforme o sentido da Constituição Federal.

O professor Ingo Sarlet ensina que o poder público (Legislativo, Executivo, Judiciário) se encontra vinculado aos direitos fundamentais, por força da norma contida no art. 5º, §1º, da CF, devendo aplicar de forma imediata os direitos fundamentais, outorgando-lhes a maior eficácia possível. Mesmo em se tratando de norma de eficácia limitada, o legislador além de concretizar o direito fundamental, encontra-se proibido de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental. Os órgãos administrativos devem executar as leis em conformidade com os direitos fundamentais, sob pena de levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais, especialmente quanto aos atos discricionários em que a sujeição do administrador às leis é menor. E os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar atos contrários à Constituição e aos direitos fundamentais, declarando-lhes inclusive a inconstitucionalidade. (2011, p. 365-374).

Segundo os ensinamentos de Carlos Alberto de Oliveira,

Esta última disposição constitucional reveste-se de grande significado. Por um lado, principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem de edição de leis concretizadoras. Por outro, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional. (2004, p. 05).

Percebe-se os reflexos dos direitos fundamentais e a influência da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive processual, devendo o magistrado

exercer a função de integração, e não somente de aplicação, tendo em vista que todo o conjunto de leis existentes deve ser adaptado ao sentido da Constituição Federal.

Portanto, vê-se claramente uma constitucionalização do processo, o qual passou a ter a função de instrumentalizar o direito material de acordo com os ditames constitucionais, revelados pela presença dos seus princípios. A fundamentalidade do direito material e do direito processual deve ser observada no cenário brasileiro, isto é, as interpretações, as integrações e as aplicações do Direito devem ser de acordo com as garantias previstas na Constituição, razão pela qual é de especial relevância a análise dos direitos fundamentais processuais consagrados na Carta Maior.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS (SUBSTANCIAIS) DE NATUREZA PROCESSUAL EM ESPÉCIE

Com o objetivo de analisar alguns dos direitos processuais constitucionais, isto é, as garantias processuais previstas na Constituição Federal, aplicáveis ao estudo em análise, é de extrema importância tecer, nas próximas, páginas, comentários acerca desses direitos.

4.1 Direito fundamental ao contraditório

Esse direito fundamental revela-se o núcleo central do modelo constitucional de processo adotado pelo Estado Democrático de Direito, na medida em que em uma democracia participativa, o cidadão participa do exercício do poder, razão pela qual o contraditório assume especial relevância dentro do ordenamento processual. Está previsto no inciso LV do art. 5^o da Constituição.

Nesse sentido, Alvaro de Oliveira e Mitidiero:

Na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo de forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. (2010, p. 36).

O contraditório, como regra, deve ocorrer de forma prévia, porém, segundo parte da doutrina, ele poderá ocorrer de forma ulterior ou eventual, ocorrendo a chamado postergação do contraditório. Segundo Sérgio Porto e Daniel Ustárroz, isso ocorre quando as decisões são tomadas sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*), constituindo-se em uma

⁸ Art. 5^o [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.

relativização do direito fundamental em destaque. A justificativa de tais atos encontra amparo na necessidade de garantir o acesso à justiça, o qual poderia ser afetado, caso não fosse tomada alguma providência de urgência. (2009, p. 55).

Ainda, justifica-se, segundo Teixeira Filho:

A concessão da cautela, sem o conhecimento do réu, é necessária justamente para evitar que ele, sendo citado, torne a medida ineficaz, vale dizer, frustre os objetivos desta. O contraditório será estabelecido mais tarde, quando ocorrer a citação (CPC, art. 802). Trata-se, como se vê, de um contraditório **diferido**. (grifo do autor). (2009, p. 48).

No entanto, essa exceção eventual de relativizá-lo em prol do direito fundamental do acesso à justiça deve, ao menos, preservar o seu núcleo essencial, adotando medidas que minimizem a sua restrição, como a intimação para manifestação em espaço exíguo de tempo, sobre a providência requerida, a possibilidade de retratação após as informações prestadas, dentre outras. (PORTO; USTÁRROZ, 2009, p. 57).

Ainda, no que se refere ao direito fundamental do contraditório, há um elemento que é considerado por alguns doutrinadores, como essencial dessa garantia, qual seja, o poder de influência. Nesse sentido, discorre Fredie Didier Jr:

Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. (2008, p. 45).

Portanto, o contraditório é o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, devendo as partes terem oportunidades para serem ouvidas e para, efetivamente, participarem do processo e, com isso, influírem na decisão do magistrado, caso contrário, a garantia do contraditório está ferida. Em ocorrendo ofensa ao presente direito fundamental, o processo deve ser condenado, afinal, “o contraditório é o princípio cardeal do direito processual”. (PORTO; USTÁRROZ, 2009, p. 52).

O contraditório e a ampla defesa estão previstos na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Este princípio está relacionado com a igualdade entre as partes dentro do processo, assim existe a obrigatoriedade de dar conhecimento da existência de demanda e de todos os atos processuais aos litigantes para que possam tomar as atitudes necessárias em sua defesa. O primeiro ato

que dá ciência ao réu de que existe uma demanda processual é a citação, através deste ato abre-se o prazo para o contraditório. (NISHIYAMA, 2004, p. 29).

O contraditório tem sido analisado modernamente a partir de duas facetas distintas. Uma que consiste na bilateralidade da audiência, o que uma vez confundia-se esta faceta com o próprio contraditório, além de ser confundido também com a ampla defesa, o que se trata de outro princípio fundamental nos dias atuais. A bilateralidade da audiência significa dar vista à parte da manifestação da outra parte para que possa reagir. A outra faceta diz respeito à participação efetiva dos interessados no processo, influenciando a formação de convencimento do magistrado. (TORRES, 2012, p. 47).

Na visão atual, o direito fundamental do contraditório, além de possibilitar a informação e possibilidade de reação, deve outorgar poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo de forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 36).

Portanto, o contraditório é o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, devendo as partes terem oportunidades para serem ouvidas e para, efetivamente, participarem do processo e, com isso, influírem na decisão do magistrado, caso contrário, a garantia do contraditório está ferida. Em ocorrendo ofensa ao presente direito fundamental, o processo deve ser condenado, afinal, “o contraditório é o princípio cardeal do direito processual”. (PORTO; USTÁRROZ, 2009, p. 52).

4.2 Direito fundamental à ampla defesa

O direito fundamental à ampla defesa está previsto no mesmo dispositivo constitucional que o do contraditório, qual seja, inciso LV do art. 5º da CF.

Segundo Mendonça Jr,

[...] são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. [...] O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório. (2001, p. 55).

Observa-se que ampla defesa é direito fundamental de ambas as partes, e não só do réu. Isso porque exercido o contraditório por uma das partes, à outra lhe é assegurada a ampla defesa.

Nesse diapasão, discorre Bezerra Leite:

Advirta-se, porém, que esse princípio é de mão dupla, uma vez que a bilateralidade da ação e da defesa aproveita tanto o réu quanto o autor. Vale dizer, reconhece-se, atualmente, em virtude da aproximação cada vez maior entre o direito material e o direito processual, que o autor, quando vai a juízo, encontra-se em situação de “defesa” do seu direito material lesado ou ameaçado de lesão pelo réu. É por isso que o princípio da ampla defesa, em favor do autor, permite ao juiz conceder tutelas antecipatórias para proteção imediata do direito material do autor. (2011, p. 59).

Observa-se que ampla defesa é direito fundamental de ambas as partes, e não só do réu. Isso porque exercido o contraditório por uma das partes, à outra lhe é assegurada a ampla defesa. O autor, quando vai a juízo, encontra-se em situação de “defesa” do seu direito material lesado ou ameaçado de lesão pelo réu. (LEITE, 2011, p. 59).

Conclui-se que há uma relação de interdependência entre o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, não existe um sem o outro. A ampla defesa, portanto, deve assegurar às partes o direito de se defender e de ter um amplo acesso aos autos, de modo a garantir de maneira plena a atividade cognitiva.

4.3 Direito fundamental à isonomia

O processo deve ser pautado pelas regras da isonomia entre as partes, devendo serem tratadas de forma igual, sem pender posicionamentos em favor de uma ou de outra por parte dos magistrados e até mesmo pelos serventuários da justiça.

Nesse diapasão, explicam Alvaro de Oliveira e Mitidiero:

Do ponto de vista da estruturação do processo, haverá este de ser legalmente organizado de maneira isonômica, sem a outorga de privilégios a qualquer das partes, e com a previsão de técnicas processuais que possibilitem, em sendo o caso, correções de eventuais disparidades. Por outro lado, deverá o órgão judicial dirigir o processo de modo a assegurar às partes igualdade de tratamento [...]. (2010, p. 33).

Porém, a legislação trabalhista contempla algumas proteções em favor do empregado no decorrer do processo com o objetivo de equiparar processualmente os materialmente desiguais. Ilustrativamente, tem-se a gratuidade do processo, sem o dever do pagamento de custas quando cumprido alguns requisitos (§3º do art. 790 da CLT). A assistência judiciária gratuita é concedida apenas ao empregado pelo sindicato e não ao empregador (Lei n. 5.584/70). O empregado pode ajuizar ação sem a presença de advogado (art. 791 CLT) e até oralmente (art. 840 CLT), visando um acesso mais fácil à justiça por parte do trabalhador. Além disso, o impulso oficial da execução visa beneficiar o empregado.

Nesse contexto, discorre Sérgio Pinto Martins:

O verdadeiro princípio do processo do trabalho é o da proteção. Assim como no Direito do Trabalho, as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida, no processo do trabalho também vale o princípio protecionista, porém analisado sob o aspecto do direito instrumental. [...] Não é a Justiça do Trabalho que tem cunho paternalista ao proteger o trabalhador, ou o juiz que sempre pende para o lado do empregado. Protecionista é o sistema adotado pela lei. Isso não quer dizer, portanto, que o juiz seja sempre parcial em favor do empregado, ao contrário: o sistema visa proteger o trabalhador. (2008, p. 41).

Convém trazer à baila os ensinamentos de Plá Rodriguez, o qual defende a aplicação do princípio da proteção no processo do trabalho, quando o juiz, em caso de dúvida na valoração da prova, penda sempre em favor do empregado. Segundo o autor,

A nosso juízo, cabe aplicar a regra dentro desse âmbito em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou significado de uma prova. Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso. Entendemos que as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio justificam que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos. (RODRIGUEZ, 2000, p. 115).

Por outro lado, há quem entenda que o princípio da proteção restringe-se ao direito material do trabalho, devendo as partes serem tratadas de forma igualitária no curso do processo.

E, ainda, quem entenda que essas prerrogativas em favor do empregado constantes no texto celetista não se prestam para proteger o empregado no curso do processo. Nesse sentido, o magistrado não pode atuar de maneira a proteger o empregado. O Estado-juiz, inclusive na Justiça do Trabalho, deve buscar uma composição da lide, e não pender a favor de uma ou de outra pelo simples fato de que no âmbito material uma delas encontra-se vulnerável. (TORRES, 2012, p. 44).

Artur Torres refere que não é válido o seguinte silogismo: “se o Direito Material do Trabalho é protetivo; e o processo laboral se presta a instrumentalizar o Direito material; logo, o Direito Processual do Trabalho é protetivo, devendo-se nele, na dúvida, decidir em favor do obreiro”. (2012, p. 44).

No entanto, pretende-se demonstrar que a isonomia com que as partes devem ser tratadas no curso do processo, à luz do modelo constitucional, não basta, para tanto, conceder paridade formal de armas, uma vez que não se tenham por sanadas eventuais disparidades do plano material, exigindo-se do legislador uma postura ativa de criação de técnicas processuais que garantam a igualdade entre as partes. (TORRES, 2012, p. 46).

Assim como qualquer cidadão, o juiz tem suas próprias convicções e ideologias, todavia, ele deve ser imparcial, devendo assegurar tratamento paritário e não deixar que suas preferências ideológicas prejudiquem a aplicação do direito. (PORTO; USTÁRROZ, 2009, p. 76).

Portanto, conclui-se que o magistrado não deve beneficiar uma ou outra parte do processo de modo a promover alguma ideologia, mesmo sabendo que ele não é neutro. Deve o juiz garantir igualdade de condições de manifestação ao longo do processo, criando condições para que esta igualdade seja efetivamente concretizada.

4.4 O processo justo como suma dos direitos fundamentais de natureza processual (devido processo legal)

Atualmente, o princípio do devido processo legal deve revelar-se uma suma dos direitos fundamentais de natureza processual. Isso porque todas as demais garantias processuais constitucionais derivam do devido processo legal. Está previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF⁹.

Nesse sentido, são as palavras de Nelson Nery Junior:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies. (2004, p. 60).

O legislador ao elencar os princípios integrantes do devido processo legal, tais como a garantia do direito de ação, do direito de defesa, da igualdade de tratamento, do contraditório, dentre outros, teve uma preocupação esclarecedora para enfatizar a existência de um princípio de abrangência mais ampla que constitui o somatório de todos os outros princípios. (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 40-41).

E, por fim, o princípio do devido processo legal deve revelar-se uma suma dos direitos fundamentais de natureza processual. Isso porque todas as demais garantias processuais constitucionais derivam do devido processo legal. Está previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF¹⁰. Trata-se do gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies. (NERY JUNIOR, 2004, p. 60).

⁹ Art. 5º [...] – LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁰ Art. 5º [...] – LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Portanto, a concretização de um processo justo dar-se-á mediante a observância aos direitos fundamentais ao longo da tramitação do feito. Conclui-se que o devido processo legal deve enunciar o dever de respeito a todos os direitos fundamentais processuais, como se fosse o mínimo a que as partes e o Estado deveriam estar subordinados até o momento da composição da lide, representando a suma de todos os outros direitos fundamentais.

5 A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA AO PROCESSO DO TRABALHO

Diante da atual previsão normativa, pelo novo Código de Processo Civil, acerca da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, que garante ao terceiro, que passa a ser parte no processo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, de modo a verificar a eficácia das garantias processuais constitucionais do modelo processual brasileiro, perquire-se por meio desse estudo saber se aplica essa previsão legal ao processo trabalhista.

Por um lado, entende-se que a aplicabilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica ocorre devido à subsidiariedade do processo comum ao processo do trabalho, face à autorização do artigo 769 da CLT¹¹, bem como da Instrução Normativa 39 do TST, que trata das normas do Código de Processo Civil que se aplicam ou não ao processo do trabalho. E, no art. 6º da referida Instrução, a norma acerca da desconsideração da personalidade jurídica é aplicável ao processo laboral.¹²

Em todo procedimento processual deve ser observado o contraditório e a ampla defesa, que são princípios constitucionais garantidos pela Constituição Federal, como visto alhures. Assim, para que qualquer pessoa estranha ao processo faça parte e sobre ela produzam consequências, há a necessidade de ser citado e ter o direito à efetividade dessas garantias processuais.

Sérgio Pinto Martins entende pela aplicação do incidente, avaliando que a desconsideração de ofício fere o contraditório e a ampla defesa. As garantias processuais constitucionais, do contraditório e da ampla defesa, têm de serem observadas, não só por se tratar de uma norma que tem hierarquia superior à CLT, mas também por tratar de um direito fundamental da pessoa. Instaurado o Incidente, deverá haver a citação para que a parte possa

¹¹ Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

¹² Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

exercer o seu direito de contraditório e de ampla defesa. Não se poderá fazer penhora de imediato, mas a lei exige citação para que a parte contrária se defenda. (2016, p. 35-47).

Nesse sentido, jurisprudência que reconhece a aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica ao processo do trabalho, visto que a legislação trabalhista é omissa:

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. O novo Código de Processo Civil, regido pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, dispõe, nos artigos 133 a 137, sobre o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Referida regulamentação é plenamente aplicável ao processo do trabalho porquanto há omissão na legislação processual e compatibilidade com as normas trabalhistas (art. 769 da CLT). (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, 2016).

Ainda, outra jurisprudência no sentido de entender pela aplicação ao processo do trabalho do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica:

Os princípios da eficiência, da efetividade e da celeridade, que se destacam no processo do trabalho, não se sobrepõem aos direitos ao contraditório e à ampla defesa, assim como estes não se sobrepõem àqueles. Como se tratam de normas constitucionais, em relação às quais não há hierarquia, elas devem ser conciliadas mediante recurso ao princípio da concordância prática, segundo o qual na solução de conflitos entre direitos fundamentais deve ser adotada, por meio do princípio da proporcionalidade, a interpretação que confira maior eficácia às normas em colisão. Nessa perspectiva, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto pelos arts. 133 a 137 do novo CPC, é indubitavelmente compatível com o processo do trabalho, pois é necessário e adequado à eficácia do princípio do devido processo legal no âmbito do processo laboral, na medida em que reforça o âmbito de proteção dos direitos ao contraditório e à ampla defesa sem infligir prejuízos significativos aos princípios processuais da eficiência, da efetividade e da celeridade. Assim, sua incidência no processo do trabalho encontra amparo não só nas disposições do art. 769 da CLT, do art. 9º, caput, do novo CPC, e do art. 6º da Instrução Normativa n.º 39/16 do TST, mas também no princípio da proporcionalidade. (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, 2016).

Percebe-se que a decisão destaca a subsidiariedade do processo comum ao processo do trabalho, ao invocar o Artigo 9º do CPC¹³, em que as partes sempre devem ser ouvidas antes da sentença. Ainda, ressalta que os princípios do processo do trabalho, sejam eles, eficiência, efetividade e celeridade, devem ser observados através do princípio da proporcionalidade, haja vista que o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa implicam na verdadeira efetividade do processo laboral.

¹³Artigo 9º do Código de Processo Civil: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701”.

Além disso, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica decorre da exigência de respeito ao princípio da segurança jurídica, não fere os princípios da simplificação e celeridade processual devido ao fato de o juiz poder adequar o procedimento ao processo do trabalho, utilizando o incidente “*ex officio*”, semelhante à antecipação de tutela. Com efeito, as partes terão mais segurança com a uniformidade de procedimento, respeitando o contraditório e a ampla defesa, assim como os demais microssistemas processuais, que se submetem aos princípios constitucionais, garantindo, assim, a efetividade do Estado Democrático de Direito. (MANUS, 2016).

No entanto, devido aos requisitos e peculiaridades exigidos pelo Incidente, surgem discussões doutrinárias e jurisprudenciais pela não aplicabilidade deste instrumento, tal como positivado no Código de Processo Civil, ao processo do trabalho.

A aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica fará com que o processo seja mais moroso; não se pode questionar a aplicação de direitos processuais constitucionais a quem infringiu as normas de ordem jurídica, quando estas acabam com a eficácia dos direitos materiais. Quando desconsiderada a pessoa jurídica não lhe é negado o contraditório, este somente virá em momento posterior para que seja garantido o direito a ser suprido. Conforme a previsão do artigo 2º da CLT¹⁴, o empregador é a empresa na figura do empresário, este quem toma as decisões em nome da pessoa jurídica e assume os riscos do negócio. (MAIOR, 2016).

As incompatibilidades do Incidente de Desconsideração da personalidade jurídica no processo do Trabalho são advindas de uma série de princípios infringidos. Inicialmente, pela necessidade de iniciativa da parte para instauração do referido incidente, visto que fere o princípio do impulso oficial que caracteriza o procedimento trabalhista em fase de execução (Artigo 878 da CLT¹⁵). Além disso, o Incidente causa a automática suspensão do processo (Artigo 134, §3º do Código de Processo Civil¹⁶), superando os princípios da concentração dos atos processuais e da celeridade, o que gera grave prejuízo. Outra incompatibilidade refere-se à atribuição do ônus da prova ao credor (Artigo 134 §4º do CPC¹⁷), o que é totalmente

¹⁴Artigo 2º da Consolidação de Leis do Trabalho: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

¹⁵ Artigo 878 da Consolidação das Leis do Trabalho: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior. Parágrafo único - Quando se tratar de decisão dos Tribunais Regionais, a execução poderá ser promovida pela Procuradoria da Justiça do Trabalho”.

¹⁶ Artigo 134 do Código de Processo Civil: “O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. [...] § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º”.

¹⁷ Artigo 134 do Código de Processo Civil: “O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

contrário ao princípio da proteção e da simplicidade das formas, princípios estes basilares do Direito Processual do Trabalho. (CLAUS, 2016, p. 15).

Além disso, aponta-se outra violação, que é a obrigatoriedade do contraditório prévio (Artigo 135 CPC¹⁸) sendo que, no processo do trabalho, na fase de execução, o contraditório é diferido, exercido mediante embargos à execução. Outro apontamento crucial, deve-se à existência de recurso para a decisão interlocutória que desconsidera a personalidade jurídica (Artigo 136 e parágrafo único do CPC¹⁹), confrontando a regra geral de que, no processo do trabalho, as decisões interlocutórias não são recorridas de imediato, mas, sim, somente da decisão final do processo (Artigo 893, §1º da CLT²⁰). Percebe-se a incompatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica instituído pela Lei n. 13.105/2015 com o processo do trabalho, pois os requisitos são contrários aos princípios que regulam o mesmo, assim, não há como aplicar tal procedimento. (CLAUS, 2016, p. 22).

Conclui-se que as normas processuais trabalhistas devem submissão aos princípios e garantias processuais constitucionais, assim como todos os outros sistemas processuais no ordenamento jurídico brasileiro, e somente a sua obediência é que garante a efetivação do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, conforme as normas regulamentadas no Código de Processo Civil, devem ser aplicadas ao processo do trabalho, de modo a oportunizar o contraditório e a ampla defesa ao terceiro que passa a ser parte no processo, pois, do contrário, estar-se-ia violando as garantias processuais constitucionais do devido processo legal.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho cumpriu o objetivo de demonstrar que os princípios de natureza processual, previstos na Constituição de 1988, devem ser observados no processo, o que revela o fenômeno da constitucionalização processual.

[...] §4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”.

¹⁸ Artigo 135 do Código de Processo Civil: “Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

¹⁹ Artigo 136 do Código de Processo Civil: “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno”.

²⁰ Artigo 893 da Consolidação de Leis do Trabalho: “Das decisões são admissíveis os seguintes recursos: I - embargos; II - recurso ordinário; III - recurso de revista; IV - agravo. § 1º - Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”.

O processo deve servir, além de uma ferramenta de concretização dos direitos de natureza material, um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais processuais constitucionalmente previstos.

Os ordenamentos jurídicos processuais devem ser lidos de acordo com os mandamentos processuais fundamentais, ou seja, os princípios processuais previstos na Constituição devem ser observados no processo para garantir ao jurisdicionado um processo justos como eficácia dos direitos fundamentais nas relações processuais.

As normas processuais trabalhistas devem submissão aos princípios e garantias processuais constitucionais, assim como todos os outros sistemas processuais no ordenamento jurídico brasileiro, e somente a sua obediência é que garante a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Conclui-se que o Incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto pelos arts. 133 a 137 do novo Código de Processo Civil, é indubitavelmente compatível com o processo do trabalho, na medida em que é necessário e adequado à eficácia do princípio do devido processo legal no âmbito do processo laboral. Além disso, reforça o âmbito de proteção dos direitos ao contraditório e à ampla defesa sem prejuízos significativos aos princípios processuais da eficiência, da efetividade e da celeridade do processo trabalhista, bem como ao princípio da proteção.

Portanto, com a previsão do novo Código de Processo Civil, é garantido o contraditório prévio antes da confirmação, pelo magistrado, da desconsideração da personalidade jurídica. Essa previsão normativa veio no sentido de dar eficácia aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, garantias processuais constitucionais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC* –

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica Previsto no CPC 2015 e o Direito Processual do Trabalho. *Revista Síntese Direito Empresarial, São Paulo: Notaez, ano 9. n.48, p. 09-51, jan./fev. 2016.*

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. v. 1.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume I . 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635500/cfi/4!/4/4@0.00:18.7>>. Acesso em: 25 de set. de 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O conflito sobre o novo CPC e o processo do Trabalho*. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/o_conflito_entre_o_novo_cpc_e_o_processo_do_trabalho.pdf>. Acesso em: 15 de mai. 2016.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Aplicação do novo CPC ao processo do trabalho trará segurança às partes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/reflexoes-trabalhistas-aplicacao-cpc-processo-trabalho-trara-seguranca>>. Acesso em: 15 de mai. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. Desconsideração da Personalidade Jurídica da Empresa. *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciário*. São Paulo, v.27, mar. 2016.

_____. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDONÇA Jr., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. *Agravo de petição n. 00712-2015.5.03.0146*, da 10ª Turma. Relator: Desembargador Paulo Maurício R. Pires. Belo Horizonte, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>> Acesso em: 15 mai. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho. *Agravo de petição n. 0000679-19.2015.5.03.0146*, da 10ª Turma. Relatora: Desembargadora Taisa Maria M. de Lima. Belo Horizonte, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>> Acesso em: 15 mai. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil-Lei 13.105/2015*. 2 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6629-4/cfi/6/10!/4/24/2@0:87.3>>. Acesso em: 10 out. de 2016.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios Constitucionais*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. LTr, 2000. 3ª. ed.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. vol. 1. São Paulo: LTr, 2009.

TORRES, Artur. *Processo do trabalho e o paradigma constitucional processual brasileiro: compatibilidade?* São Paulo: LTr, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo 1*, 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.