

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A LEI N. 11.277/06 (ART. 285-A DO CPC) - UTILIZAÇÃO NO PROCEDIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA - APLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Diego Cunha Maeso Montes (*)

Sumário: 1. Introdução. 2. O Princípio do Contraditório. 2.1 O Alcance Constitucional do Princípio. 3. O Artigo 285-A do CPC e seus Desdobramentos - Cotejo com o Princípio do Contraditório. 4. O Artigo 285-A do CPC e a Ação Rescisória. 5. A Aplicabilidade do Artigo 285-A do CPC no Processo do Trabalho. 6. Conclusão. 7. Notas. 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

No presente ensaio, busca-se analisar recente reforma do ordenamento processual brasileiro, promovida pela Lei n. 11.277/06, publicada em 07/02/06, cuja *vacatio legis* é de 90 dias. Para tanto, realizar-se-á uma abordagem sobre a noção e o alcance do princípio do contraditório. Posteriormente, o art. 285-A do CPC será examinado e confrontado com esse princípio, para, após, averiguar-se sua compatibilidade - ou não - com o procedimento da ação rescisória e com o processo do trabalho.

2. O Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório representa uma garantia fundamental que justifica a própria noção de processo. De nada adiantaria a existência desse sem o subjacente pressuposto de que as partes tenham o pleno direito de manifestação. Trata-se de um elemento essencial ao processo, responsável pela sua essência democrática. "Além de constituir-se em manifestação inerente ao estado de direito, [este princípio] guarda íntima relação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao assegurar aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório".(1).

O forte liame que há entre o princípio da igualdade e o do contraditório é destacada por Vescovi, ao referir:

El principio de igualdad domilna el proceso y significa una garantía fundamental para las partes. Importa el tratamiento igualitário a los litigantes y si entiende que resulta del principio constitucional de igualdad de la ley

(ALSINA). La igualdad supone la bilateralidad y la contradicción, esto es, que el proceso se desarrolla, aunque bajo la dirección del juez, entre las dos partes, con idénticas oportunidades de ser oídas y admitida la contestación de una lo afirmado por la otra, en forma de buscar, de esa manera, la verdad. El juez, al sentenciar, conoce los argumentos de ambas as partes. (2)

O contraditório também encontra estreita relação com o princípio da ampla defesa. Esse corresponde ao "(...) asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo o ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor". (3)

Baptista da Silva sinala que "o princípio da audiência bilateral, também conhecido como princípio do contraditório, é certamente o princípio cardeal para a determinação do próprio conceito de função jurisdicional". (4)

Dentro de uma relação processual, a garantia do contraditório compreende, para o autor, a viabilidade de alegar e provar fatos constitutivos do seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e poder reagir, isto é, fazer-se ouvir (5).

O direito de defesa é assegurado tanto ao autor como ao réu. Disso decorre o direito de alegar os fatos juridicamente relevantes e prová-los por meio lícitos. Conforme Tesheiner:

"O contraditório se concentra na expressão *audiatur et altera pars* (ouça-se também a outra parte), o que importa em dar-se ao processo uma estrutura dialética. Se propôs o autor a sua ação, tem o réu o direito de contestar. Se uma das partes arrolou testemunhas, tem a outra o direito de contraditá-las, de interrogá-las e também de

arrolar as suas. Se arrazoou o autor, igual possibilidade deve ser concedida ao réu”. (6)

Com efeito, no processo civil a garantia do contraditório reputa-se implementada pela mera oportunidade franqueada ao réu - ou interessado - de se manifestar. Ao contrário do que ocorre no processo penal (7), não há necessidade do contraditório ser real, efetivo, substancial. (8)

Não obstante, o fato desta garantia constituir-se em mera “oportunidade de defesa” não diminui sua importância na medida em que o contraditório é integrante da própria estrutura do processo, que se apresenta, em todas as legislações modernas, sempre com partes contrapostas. (9)

Portanova sustenta que “o contraditório assenta-se em fundamentos lógico e político. A bilateralidade da ação (e da pretensão) que gera a bilateralidade do processo (e a contradição recíproca) é o fundamento lógico. O sentido de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido é o fundamento político. Sustentado sobre esses dois pilares, o princípio dinamiza a dialética processual e vai tocar, como momento argumentativo, o espírito do juiz”. (10)

Referido jurista atrela a necessidade da formação do contraditório ao próprio princípio da dignidade do ser humano.

Conforme será analisado posteriormente, nosso ordenamento constitucional expressamente consagra o princípio em análise. O mesmo ocorre com o CPC, que possui diversos dispositivos que permitem afastarem-se todos os tipos de “surpresas” que não se compatibilizam com uma relação jurídica democrática.

Sob uma ótica conservadora, o princípio do contraditório é visto estaticamente, em correspondência com a igualdade formal das partes. Porém, analisando-se a questão criticamente, numa concepção menos individualista e mais dinâmica, pode-se dizer que o mesmo postula a necessidade de ser a “equidistância do juiz adequadamente temperada”. (11) Ou seja, aplicação do princípio do contraditório encontra estrita relação com o princípio da igualdade. Destarte, o princípio da bilateralidade da audiência se desdobra visualizando a eliminação - ou, ao menos, diminuição - das desigualdades jurídicas ou de fatos existentes entre os sujeitos do processo. (12)

Através do contraditório, toma-se inviolável o direito do litigante de propugnar, durante o processo, com armas legais, a defesa de seus interesses a fim de convencer o juiz, com provas e alegações, de que a solução seja devida a quem deve ser favorável.

Para isso, é imprescindível que lhe seja permitido fazer provas, tomar ciência das alegações de seu adversário e dos meios de prova que pretenda produzir.

O juiz não pode decidir e, tampouco, “impor restrições a qualquer das partes, sem ouvi-las devidamente,

cumprindo-lhe, por outro lado, mantê-las, no curso do procedimento, em situação de igualdade.” (13)

Dinamarco enfatiza a dupla destinação do princípio em estudo. Em sua concepção, a “(...) garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo - civil, penal, trabalhista, ou mesmo não-jurisdicional (art. LV) - significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, num direito das partes e deveres do juiz. É passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”. (14)

Essa dupla destinação do princípio do contraditório pode ser percebida nos ensinamentos de Couture, que refere:

El problema de la justicia se desplaza, entonces, del reclamante al reclamado. Ya no se trata de determinar en qué medida corresponde al actor la libertad de comparecer ante la autoridad, sino de saber cuál debe ser el comportamiento de la autoridad frente al demandado. El precepto audiatur altera pars aparece impuesto por un principio inherente a la justicia misma, o sea su nota típica de alteralidad (alferitas) o bilateralidad. El principio de que “nadie puede ser condenado sin ser oído” no es solo una expresión de la sabiduría común. Es una regla necesaria del derecho procesal civil. (15)

Em que pese a impossibilidade do processo ser instaurado de ofício pelo juiz (16), cada vez mais cresce a tendência a reforçar seus poderes e deveres de participação na relação autor-réu. Porém, ainda assim, “todo sistema processual é construído de modo a oferecer a cada uma das partes, ao longo de todo o procedimento, oportunidades para participar pedindo, participar alegando e participar provando. Oferecer-lhes *his day in court* (17) é abrir portas para essa tríplice participação.” (18)

A exigência constitucional da participação em contraditório das partes no processo decorre, inclusive, da adoção do princípio dispositivo em nosso sistema processual, não obstante alguns resquícios remanescentes do princípio inquisitório, tal qual pode ser verificado no art. 130 (19) do CPC. E isso não poderia ser diferente, na medida em que foram as partes que vivenciaram a relação jurídica de direito material alegada no processo. Ao juiz, inclusive, é vedado decidir de acordo com conhecimento de fatos eventualmente adquiridos fora da relação jurídica processual. Trata-se da aplicação do vetusto brocardo *quo non est in actis, non est in mund*. A partir dessa concepção, Bentham acertadamente afirmou que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas” (20). Considerando a atividade passiva do juiz frente às provas apresentadas pelas partes, sendo esses elementos decisivos à decisão do conflito

posto em causa, o contraditório adquire importância singular em nosso sistema processual.

Com efeito, para que o contraditório seja exercido em conformidade com os preceitos constitucionais que o consagra, "todo o modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma as partes *peça, alegue e prove*". (21)

Percebe-se, aí, que é na dinâmica do "(...) *pedir-alegar-provar*, em que se resolve o contraditório posto à disposição das partes. Essa participação toma-se criticamente necessária para a defesa dos direitos em juízo quando surge algum ato contrário ao interesse do sujeito. Diz-se, então, que o contraditório se exerce mediante *reação* aos atos desfavoráveis. seja que eles venham da parte contrária ou do juiz". (22)

Em se tratando de um elemento de reação aos atos que possam ser considerados como desfavoráveis, para que o princípio do contraditório seja regularmente exercido torna-se importante a garantia de um amplo sistema de informações, mecanismo que teria como finalidade precípua a comunicação das partes de todos os atos que ocorrerem dentro do processo. Para isso, existem determinados atos processuais visando o estabelecimento do contraditório. "O primeiro e mais importante deles é a *citação*, indicada como a alma do processo e que é ato com que o demandado fica ciente da demanda proposta, em todos os seus termos (CPC, art. 213), tornando-se parte desde então. Para o conhecimento dos atos que se realizam ao longo do procedimento, com eventual chamamento a ter alguma conduta ou abster-se dela, existem as intimações (art. 234): o autor é intimado da defesa processual deduzida pelo réu, este é intimado quando o autor pede a antecipação da tutela". (23)

Tem-se identificado o contraditório como sendo um fenômeno representado pelo binômio "informação-reação". (24) O seu primeiro elemento integrador (informação) é obrigatório, cuja falta desencadeia a nulidade ou a anulabilidade do processo. Cite-se como exemplo a falta de citação, que, segundo o disposto no art. 214 (25) do CPC, é ato indispensável à validade do processo.

Já o segundo elemento do binômio (reação) configura-se como uma mera possibilidade. Ou seja, o direito de *reação* representaria um *ônus* para o litigante, que em momento algum se confunde com uma obrigação. Baptista da Silva diferencia com precisão a diferença existente entre os dois institutos: "A distinção entre estas duas categorias, como ensina Carnelutti (*Teoria geral do direito*, tradução de 1942, § 92), faz-se com relativa facilidade considerando-se a natureza das conseqüências impostas por lei para o caso de violação dos preceitos que imponham, respectivamente, um *ônus* ou uma obrigação. O interessado a quem incumbia algum *ônus* e que deixa de cumpri-lo sofrerá, em razão disso, uma certa perda ou ver-se-á privado de alguma vantagem, mas não poderá, em nenhum caso, praticar ato ilícito. O *ônus* não

é uma obrigação e sim uma *faculdade* que o interessado tem no cumprimento de algum encargo processual, cuja realização lhe trará vantagem. No cumprimento da obrigação, as vantagens que daí decorram não serão obtidas pelo obrigado e sim pelo titular do direito em favor do qual a obrigação foi cumprida. O *ônus* é uma faculdade que o interessado tem de realizar o ato, ou cumprir o encargo em seu próprio benefício (Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, I, n. 21)."(26)

A partir do binômio supracitado, verifica-se que o contraditório pode se implementar, dentro do processo, ainda que não ocorra a efetiva participação do réu. Considere-se o seguinte exemplo. O réu, devidamente citado para contestar uma ação de cobrança, por mera liberalidade deixa de fazê-lo. Para que não haja dúvida acerca de qual atitude será tomada pelo juiz, pressupõe-se que a totalidade da matéria discutida no processo seja fática, não há formação de litisconsórcio passivo, o litúgio não versa sobre direitos indisponíveis, sendo que a demanda não envolve nenhum documento público indispensável à comprovação dos fatos narrados pelo autor. O juiz, após verificar se a relação processual encontra-se formada em ângulo, ou seja, se o réu já fora devidamente citado, presumirá verdadeiras todas as alegações plausíveis feitas pelo autor da demanda, atendendo, assim, ao mandamento contido no art. 319 (27) do CPC. Não obstante a opção do réu pela contumácia, não se poderá dizer que esse processo carece de contraditório, porquanto esse foi implementado quando da citação, momento em que foi facultado ao demandado defender-se sob as penalidades expressamente referidas no ato citatório. (28)

Todavia, o estabelecimento de um contraditório meramente formal não pode ser considerado como uma regra absoluta, que vigeu durante todo o sempre. Em um estágio mais recuado, "o juiz romano mostrava-se incapaz de promover o julgamento de quem voluntariamente se recusasse a comparecer em juízo, se a força física do autor não era suficiente para tanto. Assim ocorria também no antigo direito germânico, que não dispunha de outro meio contra o demandado rebelde senão o de lhe obrigar, empregando medidas de proscricção, a fazer as pazes com o Estado ofendido, ou embargando seus bens como garantia de comparecimento". (29)

A mudança de concepção foi introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée, em meados do século XVI. Essa nova visão "(...) se potencializa a partir do século XVII, com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da jurisdição em matéria processual, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução Francesa". (30) Em face dessas circunstâncias, conduziu-se a "(...) outra concepção do contraditório, que passa a perder seu originário ponto de contato com os *natürliche Rechtsgrundsätze* e deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo da investigação da 'verdade', rebaixado a princípio externo e puramente lógico formal. Daí a menção a uma simples audiência

bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*), garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida”.(31)

Em alguns casos a implementação do contraditório não se dá ordinariamente. Cite-se, por exemplo, a existência de provimentos liminares. Esses desvios da regra geral justificam-se por razões de urgência e de interesse público. (32) Muitas vezes a garantia prévia do contraditório pode tomar sem efeito a medida pretendida, o que, por uma questão de efetividade processual, não pode ser admitido. Porém, mesmo que isso ocorra, o contraditório continua sendo assegurado, visto que, nestas hipóteses, o mesmo é simplesmente *diferido*.

Não se olvide, todavia, que “só se poderá adiar o contraditório para um momento posterior na justa medida em que o provimento judicial, emitido *inaudita altera parte*, seja idôneo para atingir a finalidade a que se propõe a lei e em consonância com os pressupostos nela estabelecidos. Essa idoneidade decorre principalmente da proporcionalidade entre o prejuízo processual causado pela inobservância do princípio e o provável prejuízo que a outra parte poderá sofrer sem o deferimento da cautela ou da tutela cuja antecipação se pretende, condicionada ainda à provável existência do direito afirmado”.(33)

Modernamente, parte da doutrina vem dando uma interpretação cada vez mais ampliativa ao princípio do contraditório, chegando-se a ponto de afirmar que as partes não podem ser surpreendidas por uma decisão que, por exemplo, apóie-se em uma visão jurídica que até o momento não tinham se apercebido. não tinham conhecimento ou tinham considerado sem maior importância.

Sob esta ótica, a própria cognição realizada *ex officio* pelo juiz deve, necessariamente, ser precedida pela ouvida das partes. Tem-se, aqui, a necessidade de formação do contraditório não somente entre as partes, mas, sim, entre os sujeitos da relação processual. Nesta linha, pode-se afirmar que o contraditório relativizaria, até mesmo, a liberdade de escolha do magistrado fundamentado no princípio do *iura novit curia*.

Dinamarco destaca que “(...) a garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem faculdades no processo, senão deveres e poderes). A doutrina moderna reporta-se ao disposto no art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês, como a expressão da exigência de participar, endereçada do juiz. Diz tal dispositivo: ‘o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar. ele próprio o princípio do contraditório.’ E também o moderníssimo CPC português, em sua redação atual, estabelece que ‘o juiz deve observar e fazer cumprir. ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito. salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se manifestarem’ (art. 3º, 3).” (34)

No mesmo sentido, Oliveira, considerando “(...) inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apóie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não tenham se apercebido. O Tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial. Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório.” (35).

Para essa corrente doutrinária, jungido ao princípio do contraditório, o juiz deveria participar ativamente na relação jurídica processual, dialogando com as partes. Porém, de forma alguma poderia antecipar o seu julgamento, sob pena de prejudicar e perder a sua indispensável imparcialidade. Veja-se, a respeito, o magistério de Dinamarco:

“O juiz participa do contraditório, também, pelo diálogo. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz, que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria prejudicando e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que ele não perde a equidistância entre as partes quando tenta conciliá-las, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as esclarece sobre a distribuição do ônus da prova ou quando adverte da necessidade de provar melhor.” (36)

Nesta perspectiva, o diálogo judicial toma-se “(...) autêntica garantia de democratização do processo. a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.” (37)

A própria forma em que a revelia vem sendo encarada hodiernamente deve-se aos efeitos do princípio do contraditório. (38) Há várias situações em que a mesma é relativizada, tal como ocorre, por exemplo, com o réu revel citado por edital ou com hora certa, em que a lei obriga a nomeação de um curador especial, devendo este obrigatoriamente apresentar contestação. (39)

Nesse sentido, Dinamarco refere que, em determinadas hipóteses, “(...) a *reação* se impõe como absolutamente indispensável, falando a doutrina, com relação a eles, na necessidade de um *contraditório efetivo*. É o que se dá quando a citação tiver sido feita por meios precários, como a publicação de editais, vindo o réu a permanecer revel. A lei manda que o juiz dê curador a esse demandado

(art. 9º, inc. II), com o *munus* de oferecer obrigatoriamente a defesa, sob pena de nulidade de todos os atos processuais subsequentes. Assim sucede, fazendo-se necessária uma reação que em casos normais seria somente possível, justamente porque a informação não foi feita de modo confiável. Não se sabe se o réu não respondeu à inicial porque não quis, ou porque não soube de sua propositura”. (40)

2.1 O alcance constitucional do princípio

Até o advento da CF de 1988, o contraditório não possuía nenhum dispositivo constitucional específico para o processo civil. Tal circunstância não impediu nem a sua aplicação nem o seu desenvolvimento, na medida em que uma interpretação lógico-sistemática do art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (41), agregado ao princípio da igualdade, dava embasamento teórico suficiente para sua aplicação.

A “norma-princípio” (42) do contraditório pode ser considerada a expressão máxima do princípio do *due process of law*, encontrando consagração no inciso LV do art. 5º da CF/88.

Do supracitado dispositivo constitucional depreende-se que ninguém pode ser submetido a julgamento - seja em âmbito administrativo, seja judicial - sem que antes lhe seja franqueada a possibilidade de oferecer defesa sobre as alegações e provas apresentadas por seu acusador. Todavia, conforme analisado alhures, hodiernamente o contraditório vem sendo compreendido de forma diferente do que o foi em outros tempos. Sob esta ótica, não mais se exige a efetiva presença do réu para sua implementação, bastando que este seja, ao menos, proporcionado.

Considerando-se que o texto constitucional atualmente garante o contraditório de forma irrestrita, não se deve fazer uma leitura limitada do disposto no inc. LV do art. 5º da CF/88, uma vez que o alcance do referido dispositivo implica no conhecimento que deve ser dado às partes de todos os atos processuais, viabilizando-se o oferecimento de resposta, bem como a produção de provas eventualmente necessárias à comprovação das alegações sobre os fatos (43) postos em causa.

3. O artigo 285-A do CPC e seus desdobramentos - cotejo com o princípio do contraditório

A Lei n. 11.277/06, de 07/02/06, acrescentou o art. 285-A ao CPC, cuja redação é a seguinte:

“285 – A Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo há houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso mantida a sentença, será

ordenada a citação do réu para responder ao recurso”.

De plano, denuncia-se a flagrante impropriedade contida no § 1º do supracitado dispositivo legal. Perceba-se que, ainda que o juiz não mantenha a sentença que julgou improcedente a demanda, essa prosseguirá normalmente, mesmo que não observe o seu trâmite ordinário. Ação processual há e continuará existindo, ainda que o réu não seja citado para contestar. A implementação da angularização da relação jurídica de direito público após a prolação da sentença em nada altera a sua natureza jurídica de ação.

Outra falta de técnica legislativa é percebida por Nery Júnior e Nery. Apontam os autores que a “(...) *norma padece de falta de técnica, pois somente a citação válida torna a coisa litigiosa (CPC 219 caput), isto é, implica situação processual de existência de matéria controvertida. Como a norma prev'ê decisão do juiz sem citação, a matéria ainda não se tornou controvertida*”. (44) (grifos no original)

Tal como ocorre com o art. 296, o art. 285-A do CPC, abre verdadeira exceção ao mandamento contido no art. 463 (45) do referido diploma processual. Segundo este dispositivo, o juiz, após publicar a sentença, somente poderia alterá-la mediante a oposição de embargos declaratórios, para corrigir erros materiais ou lhe retificar erros de cálculo.

O art. 285-A somente admite o julgamento da demanda, sem a citação do réu, quando no juízo já houver sido proferida sentença total de improcedência em outros casos idênticos. Todavia, em se tratando de matéria unicamente de direito, se o julgador estiver convencido da improcedência da demanda, poderá valer-se da faculdade estabelecida no mencionado dispositivo legal ainda que não tenha julgado casos análogos. Tal conclusão decorre da própria teleologia do art. 285-A, que tem como finalidade imprimir celeridade e economia ao ordenamento processual vigente. Não seria lógico nem racional que o magistrado tenha que prolatar ao menos uma sentença de improcedência antes de valer-se da faculdade estabelecida pela regra em questão, mesmo após já ter formado convencimento que acarretaria o julgamento declaratório negativo da demanda. Imagine-se, ainda, se este convencimento do magistrado esteja em consonância com entendimento predominante nos Tribunais Superiores. Entende-se, assim, que ao se referir à prolação de sentença de total improcedência em outros casos idênticos, o legislador referiu-se ao “juízo” em sentido lato, ou seja, abrangendo a totalidade dos órgãos integrantes do Poder Judiciário, não se restringindo ao próprio juiz que irá prolatar a sentença. Entendimento contrário a esse faria com o juiz, ao utilizar o art. 285-A do CPC, tenha que “comprovar” a prolação de uma sentença de improcedência em caso análogo, o que é juridicamente insustentável.

Da redação do art. 285-A do CPC, duas inovações tomam relevo: a possibilidade do julgamento da demanda sem a citação do réu e a faculdade conferida ao juiz de se

retratar da sentença que proferiu, dentro do prazo de cinco dias. (46)

A faculdade do juiz se retratar somente poderá ocorrer acaso o autor maneje o recurso cabível visando alterar a sentença. Aviado o recurso, o juízo de retratação poderá ser realizado independentemente de requerimento expresso do recorrente, porquanto o dispositivo do § 1º do art. 285-A não traz qualquer determinação em sentido contrário. Destarte, manejado o recurso contra a sentença que julgou improcedente o (s) pedidos (s), o magistrado deverá rever a sua decisão, seja para mantê-la, seja para reformá-la.

Veja-se que, por razões de economia processual, foi conferido ao juiz de primeiro grau competência diferida para reformar a sua própria sentença, sabendo-se que a competência definitiva para tanto é do Tribunal. Andou bem o legislador, uma vez que, se o próprio juiz entendeu que sua decisão declaratória negativa estava incorreta, imagine-se o Tribunal, que, por certo, julgaria procedente o recurso interposto pelo autor. Assim, não teria sentido algum atar as mãos do juiz, desautorizando-o a reformar uma decisão equivocada, num dogmatismo sem sentido.

A presente alteração, em que pese realizada em homenagem ao princípio da economia e celeridade processual, vem ocasionando certo desconforto aos constitucionalistas que vêm no princípio do contraditório um dogma quase que inatingível.

Porém, não vinga essa irresignação.

Em se tratando de matéria unicamente de direito, e estando convencido o magistrado da improcedência da demanda, a determinação da citação do réu configurava verdadeiro desperdício de tempo. Além disso, acarretaria ônus injustificado ao demandado, que teria que contratar advogado para defendê-lo, ainda que isso não acarretasse qualquer influência no resultado da demanda, vez que a decisão seria prolatada a seu favor.

Nessas circunstâncias, o contraditório não seria vulnerado, seja com a possibilidade do juízo de retratação, seja com a imediata remessa dos autos ao Tribunal. Na primeira hipótese, o réu seria regularmente citado, o mesmo ocorrendo caso o recurso seja processado e encaminhado para o Tribunal *ad quem*.

Percebe-se, assim, que o contraditório, na verdade, não é suprimido e tão-somente diferido alhures, isso se realizado o juízo de retratação ou determinado o processamento recurso. É flagrante que a reforma processual homenageou os princípios da celeridade, economia processual e efetividade, vindo ao encontro do disposto no inciso LXXVIII (47) do art. 5º da CF/88, com redação dada pela EC n. 45/04.

Registre-se, de outra sorte, que a possibilidade da extinção do processo com julgamento de mérito antes da citação do réu não é novidade no nosso sistema processual.

Relembre-se, por exemplo, o que ocorre com o indeferimento liminar com fundamento no reconhecimento da decadência.

O próprio autor da demanda teria vantagens econômicas (48) com a adoção do novo dispositivo legal. Isso porque eventual julgamento de improcedência, antes da citação do réu, não acarretaria o ônus da sucumbência em relação aos honorários advocatícios da parte adversa, que, por não ter sido incluída na relação jurídica processual, não teve que contratar um profissional para elaborar sua defesa. Evidentemente que se o autor apelar da sentença e o réu for citado para responder ao recurso, deverá responder pelos honorários advocatícios, caso sucumbente em seu apelo.

A inovação contida no art. 285-A do CPC abre exceção ao disposto no *caput* do seu art. 214 (49), passando-se a admitir a validade do processo ainda que o réu não tenha sido citado.

Todavia, deve-se atentar para a possibilidade de, informalmente, o réu tomar ciência da ação proposta, ingressando na relação processual por sua própria iniciativa.

Nesse caso, ter-se-á como realizada a sua citação, segundo o mandamento contido no § 1º do art. 214, do CPC. Isso ocorrendo, atende-se a um pressuposto de existência da relação processual (50), bilateralizando-a. "Muito embora com o despacho da petição inicial já exista relação angular entre autor e juiz, para que seja instaurada, de forma completa, a relação jurídica processual é necessária a realização da citação". (51) Nesta hipótese, sendo o processo julgado improcedente, o juiz perderá a faculdade de se retratar da sentença quando da interposição de recurso por parte do autor, na medida em que o processo passou a ter tramitação ordinária.

Situação semelhante à não-formação do contraditório na fase a que se refere o art. 285-A do CPC não acontece, por exemplo, com o manejo do agravo retido, em que o juízo de retratação do magistrado necessariamente deverá ser submetido à prévia oitiva do agravado. Trata-se de situação completamente distinta da prevista no art. 285-A em exame, eis que, naquele caso, a parte já integra a relação processual, o que não ocorre na hipótese do julgamento de improcedência sem a citação do réu.

Se o juiz não reformar a sua decisão, os autos serão remetidos ao Tribunal *ad quem*, podendo o réu, após citado, participar do seu julgamento, bem como, se sucumbente, manejar recursos eventualmente cabíveis - seja por expressa disposição legal, seja por determinação do regimento interno (52) do Tribunal - contra o acórdão.

Sendo citado para responder ao recurso, o réu poderá aventar toda e qualquer matéria que eventualmente integraria a sua contestação. Ou seja, nas suas contra-razões, poderá articular tanto defesa processual quanto defesa de mérito, não ficando limitado a propugnar pela manuten-

ção da sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos.

Quando do julgamento do recurso aviado, o Tribunal *ad quem* poderá manter a sentença de primeiro grau valendo-se não só dos fundamentos lançados pelo julgador, mas, também, de novas premissas eventualmente lançadas pelo recorrido em sua resposta ao recurso. Isso não implicará violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, na medida em que nada impede que norma infraconstitucional restrinja a adoção desse princípio. Fundamenta-se o entendimento:

O princípio do duplo grau de jurisdição encontra íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a utilização abusiva do poder conferido aos juízes, o que inevitavelmente poderia ocorrer se a decisão por ele prolatada não estivesse sujeita à eventual revisão por um órgão hierarquicamente superior. (53)

Portanova (54) afirma que o duplo grau de jurisdição nasceu com indiscutível finalidade mantenedora de ideologia. Sustenta o autor que o seu surgimento ocorreu nos sistemas hierarquizados e rígidos de governo. Não obstante, sua cristalização somente operou-se com o advento da Revolução Francesa. Referido princípio tinha como objetivo a reforma de sentenças prolatadas por juízes viciados, o que viria a permitir um aperfeiçoamento do Judiciário.

O princípio do duplo grau se justifica tendo em vista a falibilidade do ser humano, não sendo razoável pretender-se que com o juiz isso fosse diferente. Raciocinando sob esta ótica, o duplo grau de jurisdição significaria a garantia fundamental de uma boa justiça. (55) E como, em tese, o princípio do duplo grau seria efetivamente a garantia de uma boa justiça, o mesmo deve ter lugar de destaque em toda a ordem jurídica. (56)

Todavia, o princípio do duplo grau de jurisdição não é consagrado ilimitadamente em nosso regramento processual. (57) Afirma-se isso não obstante a afirmação contida no inc. LV, do art. 5º, da CF/88. (58) Ao garantir aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, referido dispositivo condiciona o seu exercício à utilização dos meios e recursos a ela inerentes. E estes meios e recursos são regulamentados pela legislação infraconstitucional. Em momento algum nossa Constituição Federal assegura irrestritamente a utilização de meios recursais.

No atual Diploma Constitucional existe previsão para o princípio do duplo grau de jurisdição, ao estabelecer que os Tribunais do país terão competência para julgar as causas originariamente ou em grau de recurso. Ao prever, por exemplo, que o STF conhecerá, em sede de recurso ordinário, consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição. (59) Consagrou, mas não o assegurou irrestritamente. A CF limita o âmbito de abrangência do princípio do duplo grau, como o faz, por exemplo, ao enumerar casos em que cabe o recurso ordinário ou extraordinário,

ou ao dizer que as decisões prolatadas pelo TSE são irrecuráveis, salvo quando contrariarem a própria Constituição (art. 121, § 3º, dentre outras hipóteses). (60)

Disso decorre que o princípio do duplo grau de jurisdição não tem incidência ilimitada, como ocorria com o sistema da antiga Constituição do Império de 1824. Ou seja, "poderemos ter um processo obediente ao princípio do devido processo legal sem que haja, necessariamente, previsão do duplo grau de jurisdição. Permite-se, portanto, o estabelecimento de um sistema de reexame restrito sem qualquer ofensa às garantias processuais fundamentais". (61)

Em suma, eventuais leis criadas com o objetivo de imprimir operatividade, economia, celeridade e efetividade ao sistema processual, superando o dogma do princípio do duplo grau de jurisdição, não podem ser consideradas inconstitucionais. É o que ocorrerá com o julgamento do recurso interposto quando o processo foi julgado improcedente sem a citação do réu, ocasião em que o Tribunal poderá analisar, de forma originária, todas as premissas aventadas pelo réu por ocasião de suas contra-razões. Trata-se, aqui, da utilização do princípio da proporcionalidade para a solução de um conflito axiológico, em que a celeridade, a efetividade e a econômica processual - direitos fundamentais consagrados no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 - prevalecem em relação ao duplo grau.

Por todo o exposto, tem-se que a alteração promovida pela Lei n. 11.277/06, ao inserir o art. 285-A no CPC, não desprestigiou o princípio do contraditório, tendo, pelo contrário, atendido a critérios de instrumentalidade, reverenciando o princípio da economia processual.

4. O artigo 285-A do CPC e a ação rescisória

A ação rescisória é um meio autônomo de impugnação, possuindo natureza jurídica constitutiva negativa. Seu cabimento e procedimento são regulados pelos arts. 485 a 495 do CPC.

Seria aplicável ao procedimento da ação rescisória o art. 285-A do CPC? Uma leitura atenta do art. 491 do CPC poderia induzir o leitor a pensar que não. Isso porque tal dispositivo legal determina que o relator da ação deverá mandar citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a quinze dias nem superior a trinta para responder aos termos da ação. Somente após esse prazo, com ou sem resposta, será observado, no que couber, o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulos IV e V do CPC. Parece, contudo, que a teleologia e ontologia da Lei n. 11.277/06 não poderão ser desprestigiadas pelos Tribunais quando do julgamento da ação rescisória, pelo contrário. Em se tratando de uma ação excepcional, a ação rescisória somente deve ter prosseguimento quando o seu fundamento for plausível. Constatando que a ação rescisória não será provida, nada impedirá que o relator, valendo-se da faculdade prevista no art. 285-A do CPC, julgue-a improcedente, antes mesmo de citar o réu. Nessa hipóte-

se. os princípios da celeridade, economia processual e efetividade, direitos fundamentais positivados no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, sobrepõem-se à letra fria do art. 491 do CPC.

É notória a preocupação gerada ao jurisdicionado quando citado para responder aos termos de uma ação rescisória, visando desconstituir decisão que, normalmente, demorou longos anos para se sedimentar. Essa preocupação seria eliminada com a utilização da presente inovação processual. Além disso, não há motivos para criar-se uma falsa expectativa no autor da ação rescisória, que poderá ter que aguardar por longos anos para, só então, perceber que sua luta foi em vão. A longa - e falsa - perspectiva de uma vitória gera mais sofrimento do que uma rápida desilusão.

5. A aplicabilidade do Artigo 285-A do CPC no Processo do Trabalho

O processo do trabalho possui normas que prestigiam o princípio da simplicidade, economia, informalidade e celeridade. Com relativa frequência, suas regras são utilizadas pelo legislador como fontes informadoras à realização de reformas ao lento e pesado procedimento estabelecido pelo CPC.

Como tal, o processo trabalhista não poderia fechar os olhos para mudanças que objetivem imprimir maior celeridade ao desfecho de processos, principalmente quando há omissão no texto da CLT bem como da legislação especial extravagante.

Em face disso, parece claro que o art. 285-A do CPC não é incompatível com os ditames e objetivos do processo do trabalho, fazendo com que sua aplicação encontre respaldo no art. 769 da CLT.

Nada obstante, em se tratando de reclamações trabalhistas típicas (decorrentes da relação de emprego), a aplicação do referido dispositivo legal no processo do trabalho deve ser feita com extrema cautela. Isso porque, na ampla maioria das demandas que são processadas na Justiça do Trabalho, há controvérsia acerca matéria fática, o que afasta a incidência do art. 285-A, do CPC.

Além disso, não se pode deixar de desconsiderar que, normalmente, as reclamações trabalhistas típicas agasalham cumulações objetivas de ações. Nestas hipóteses, ainda que um dos pedidos articulados envolva matéria unicamente de direito e que comporte julgamento declaratório negativo, o magistrado não poderá valer-se da faculdade conferida pelo supracitado dispositivo legal. (62) Isso porque o processo não comporta a prolação de mais de uma sentença. (63)

Todavia, parece que a alteração promovida no CPC poderá ter importante aplicação em alguns casos na Justiça do Trabalho, principalmente considerando-se o significativo aumento de competência, promovida pela EC n. 45/04. Para tanto, os magistrados deverão realizar

uma análise prévia das petições iniciais, antes de ser determinada a imediata citação do réu, conforme determina o art. 841 da CLT. Tal procedimento, além de não acarretar qualquer prejuízo às partes, poderá significar importante ganho de tempo, fazendo com que, inclusive, as pautas de audiências sejam - ao menos um pouco - enxugadas.

Vejamos alguns exemplos em que o art. 285-A do CPC poderia ter aplicação na Justiça do Trabalho:

Determinado trabalhador ingressa com uma reclamação trabalhista contra a União Federal, afirmando sido contratado por prazo indeterminado após a promulgação da CF/88, para o exercício de função que não caracterize excepcional interesse público. Admite não prestado concurso público, reconhecendo o correto recebimento dos salários (respeitado o valor do mínimo), o mesmo ocorrendo com os depósitos de FGTS em sua conta vinculada. Requer o reconhecimento de vínculo jurídico de emprego entre as partes bem como o pagamento das demais parcelas decorrentes do liame empregatício. Se o entendimento do magistrado for aquele cristalizado na Súmula n. 363 (64) do E. TST (65), o processo poderia ser julgado improcedente, independentemente a citação do réu.

Suponha-se, agora, que determinado trabalhador ajuíze ação afirmando que, quando da vigência do contrato de trabalho, recebia o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, que era calculado e pago sobre o piso salarial de sua categoria profissional. Busca, agora, o pagamento de diferenças no pagamento do adicional de insalubridade, ponderando que o mesmo deveria ser calculado sobre a sua globalidade salarial. Refere que a elevação da base de cálculo do referido adicional serve como desestímulo ao empregador em manter a nocividade no meio ambiente de trabalho, conferindo, assim, plena eficácia aos mandamentos constitucionais inscritos no art. 7º, XXII, art. 170, VI e art. 196, *caput*, todos da CF/88. (66) Vinculando-se o julgador ao entendimento cristalizado na Súmula n. 17 (67) do E. TST, poderia ser julgada improcedente a *lide*, sem que a reclamada fosse citada.

Imagine-se, por outro lado, que determinada empresa ajuíze ação contra um ex-empregado, que, em processo anterior, teria demandado por dívida já paga, sem ressaltar as quantias já recebidas. Pretende, em face disso, que seja aplicado o disposto no art. 940 (68) do CC, condenando-se o empregado ao pagamento do dobro do que foi cobrado. Em caso idêntico, todavia, o Juiz do Trabalho firmou entendimento de que o art. 940 do CC é incompatível com os princípios que regem o Direito do Trabalho, em especial, o da proteção, que busca nivelar as desigualdades existentes entre empregado e empregador, ao passo que o dispositivo invocado pressupõe a igualdade jurídica dos contratantes. Nesse caso, o processo também

poderia ter julgado improcedente, independentemente da citação do réu.

Outro exemplo. Um Sindicato representativo de categoria profissional ajuíza ação contra determinada empresa, buscando a cobrança das contribuições assistenciais não descontadas, relativas a empregados não-associados, tudo com amparo em normas coletivas. O magistrado, por sua vez, entende que as cláusulas normativas que obrigam o pagamento de contribuição assistencial aos empregados não-filiados são inconstitucionais. Poderia, assim, julgar improcedente o pedido, independentemente da citação da ré, com respaldo no Precedente Normativo n.119 e Orientação Jurisprudencial n.17 da SDC, ambas do Colendo TST.

O art. 285-A do CPC teria bastante utilidade, da mesma forma, em processos que se discutem complementações de aposentadorias, que normalmente não envolvem discussão sobre matéria fática.

Pense-se, ainda, em todos os casos em que são ajuizadas ações rescisórias visando desconstituir sentenças prolatadas em consonância com o entendimento cristalizado por Súmula do Eg. TST.

Em suma, são inúmeras as hipóteses em que a alteração do CPC, promovida pela Lei n. 11.277/06, poderia ter aplicação no processo trabalhista.

6. Conclusão

Alterações legislativas que objetivam otimizar o processo, tal como a que foi enfrentada no presente ensaio, devem ser estimuladas. Por um lado, homenageiam os princípios da celeridade, efetividade e economia processual, tentando não fazer tábula rasa do direito fundamental consagrado no inciso LXXVIII do art. 50 da CF/88. Por outro lado, não vulneram o princípio do contraditório. Conseguem, assim, unir valores de difícil conciliação, porquanto não é fácil imprimir-se celeridade a um processo que necessariamente deve ser dialético.

Conforme demonstrado, o art. 285-A do CPC, que passa a vigor em maio do corrente ano, poderá ser aplicado no procedimento das ações rescisórias. Além disso, é perfeitamente compatível com o processo do trabalho, podendo ter importante aplicação na Justiça do Trabalho, notadamente a mais célere do país, que sempre agasalha normas que confortem sua teleologia.

7. Notas

(1) ORIONE NETO, Luiz. *Tratado das Liminares*. São Paulo: LEJUS, 2000, v. I, p. 85.

(2) VÉSCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 54.

(3) MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 361.

(4) BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de*

Processo Civil: Processo de Conhecimento. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996, v. 1, p. 54.

(5) NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 93.

(6) TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 44.

(7) No processo penal exige-se o contraditório efetivo. Se o réu não se defende, nomeia-se alguém para o defender. A própria confissão do acusado, por si só, não serve para fundamentar condenação penal.

(8) Em sentido contrário, afirmando que o processo civil cada vez mais se aproxima do processo penal se preocupa também com a qualidade da defesa da pane. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 161.

(9) CORREIA, André de Luiz. Os recursos interpostos contra decisões proferidas antes da citação: necessidade de contra-razões? In: NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29.

(10) PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 161. O autor sustenta ainda que, para a efetiva implementação do princípio do contraditório, não bastaria uma simples intimação visando a manifestação da pane. Afirma ele que o princípio do contraditório deve ser pleno e efetivo, e não apenas nominal e formal. Isso porque, mais do que acolher as razões das panes, o contraditório preocupa-se com o fato destas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até criar dúvidas em seu convencimento.

(11) PORTANOV A, *op.cit.*, p. 164.

(12) *Ibid.*

(13) MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas, SP: Bookseller, 1997, p.491.

(14) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001b, p.213/214.

(15) COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, T.I. p.46. (16) Princípio da inércia inicial do processo.

(17) Sobre o significado da expressão *his day in court*, importante a reprodução do esclarecedor magistério de Couture: *La Suprema Corete de los Estados Unidos há sostenido sitematicamente, que lá garantía del porceso debido, em quanto se refiere a als actuacionesjudiciales, consiste em uma razoable posibilidad de hacere eschchar, constituída por uma notice y una hearing. Em um caso se dijo que esa razoanble oportunidad de hacerse escuchar significaba asegurar al demangado 'sua dia ante el Tribunal'. Interpretando el sentido de esta garantia, la Suprema Corete há dicho que his day in Court equivae a alas seguinte cosas: 1) que el demandado haya*

*tendiodebida noticia, la que puede ser actual o implícita, de la promoción de los procedimientos com los cuasles el derecho puede ser afectado; 2) que se haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el derecho de decalrar pro sí miemo, de subministrar testigos, de introducir documentos relevantes y otras pruebas; 3) que el Tribunal ante el cual los derechos son cuestionados está constituído de tal manera que dé ua seguridad razonagble de su honestidad e imparcialidad; 4) que sea um Tribunal de al jurisdicción adecuada (a court of de competent jurisdiction). Como se comprende, en este lenguaje van involucrasd muchas cosas de dirferente índole y actyos procesales sin coherencia entre sí. La enumeración abarca mucho más que la garantia de um dia ante el Tribunal y, en certo sentido técnico, algo menos” (COUTURE, *op.cit.*, p.59/60)*

(18) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001a, p.125.

(19) Art. 130 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

(20) *Apud* BAPTISTA DA SILVA. *op. cit.*, p. 285.

(21) DINAMARCO. *op. cit.*, 2001a, p.126.

(22) *Ibid.*, p. 127.

(23) DINAMARCO, *op. cit.*, 2001a, p. 127.

(24) *Ibid.*

(25) Art. 214 - Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.

(26) BAPTISTA DA SILVA, *op. cit.*, p. 172.

(27) Art. 319 - Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

(28) Afirma-se que as penalidades decorrentes da ausência de contestação devem constar do ato que implementou a citação com fulcro no ano 285, do CPC, que expressamente refere: “Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor”.

(29) OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. *In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 133.

(30) *Ibid.*, p. 134.

(31) *Ibid.*

(32) PORTANOVA, *op. cit.*, p. 162.

(33) OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 146.

(34) DINAMARCO, *op. cit.*, 2001a. p. 130/131.

(35) OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Op. cit.* p. 143.

(36) DINAMARCO. *op. cit.*, 2001a. p. 135.

(37) OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 143.

(38) PORTANOVA, *op. cit.*, p. 162.

(39) Mesmo que esta contestação possa ser apresentada com “negativa geral”, abrindo-se, aqui, exceção “subjativa” à presunção de veracidade dos fatos não impugnados. Esta exceção é “subjativa” porque diz respeito à qualidade do representante legal da parte e, igualmente, das próprias partes que se encontram em condições particularíssimas, como, por exemplo, o réu revel citado por edital, o preso, etc.

(40) DINAMARCO, *op. cit.*, 2001a, p. 128.

(41) Art. 8º - A lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

(42) Von Gehlen refere, com propriedade, que Ronald Dworki e Robert Alexy diferenciam, no gênero normas jurídicas, as espécies, regras e princípios. “As *Normas-regras* possuem suporte fático definido, que, em se concretizando, promove a incidência do preceito na forma *all or nothing*: incidem por completo, ou não incidem. As *normas-princípios*, por sua vez, não têm um preceito nem âmbito de aplicação prédefinido. São, segundo Alexy, *mandamemos de otimização*, a serem efetivados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas” (VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. *In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 183.)

(43) Fala-se em comprovação das “alegações sobre os fatos”, conforme a lição de Santiago Santis Melendo. “Os fatos não se provam, os fatos existem. O que se provam são as alegações sobre os fatos”. Carnelutti já ponderava: *ció che si prova è un affermazione: quando si parla di provare unfatto, questo avviene per il solito scambio tra affermazione e eil fatto affermato (apud BAPTISTA DA SILVA, op. cit., p. 345).*

(44) NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 482.

(45) Art. 463 - Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da pane, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.

(46) Prazo este dito impróprio, nada impedirá o juiz de reformar a sua decisão mesmo que já ultrapassado o prazo referido no artigo em comento. Vale destacar, também, que o prazo de cinco dias constitui verdadeira exceção ao art. 189, II, do CPC.

(47) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

(48) Desde que o procedimento adotado implique o

pagamento de honorários advocatícios decorrentes da sucumbência. Na Justiça do Trabalho, em se tratando de uma reclamatória trabalhista “típica” (decorrentes de relação de emprego), o E. TST e continua entendendo que os honorários somente são devidos quando preenchidos os requisitos elencados no art. 14 da Lei n. 5.584/70. É o que dispõem as Súmulas ns. 219 e 329 bem como o art. 5º da Instrução Normativa n. 27/05 daquele Tribunal.

(49) Art. 214 - Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu. § 1º - O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação. § 2º - Comparecendo o réu apenas para arguir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á fática a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão.

(50) Liebman negava a existência de processo anterior à citação do réu.

(51) NERY JÚNIOR e NERY, *op. cit.*, p. 685.

(52) Não se olvidando a flagrante inconstitucionalidade dos artigos de regimentos internos de Tribunais que introduzem recursos não previstos por lei federal, o que, SMJ, ofende a literalidade do inc. I, do art. 22, da Carta Política de 1988. Neste sentido, é pertinente o magistério de Nelson Nery Júnior, entendendo que estas previsões recursais contidas em regimentos internos são inconstitucionais, “por ferir frontalmente o art. 22, I, da CF. Com efeito, somente ao Poder Legislativo da União (Congresso Nacional) é dado o poder de legislar sobre direito processual. E criação de recurso é matéria de direito processual estrito. Assim, não é admissível ao Tribunal, qualquer que seja a sua natureza (STF, STJ, Tribunal Superior, TJ ou TA), criar institutos processuais em seus regimentos internos. O regimento interno é norma administrativa, que regula o funcionamento *interna corporis* do Tribunal, órgão do Poder Judiciário. Não pode criar nem regular recurso” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 50).

(53) NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 37.

(54) PORTANOVA, *op. cit.*, p. 264.

(55) NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 39.

(56) Veja-se, a respeito, a pertinente crítica Marinoni, acerca da adoção do princípio do duplo grau em relação à matéria de fato: “O duplo grau, no caso de matéria de fato, constitui um atentado contra a oralidade, que propicia um julgamento de maior qualidade e, portanto, uma tutela jurisdicional mais adequada. O juiz, quando em contato direto com as partes e com a produção da prova, pode formar uma convicção mais próxima do ideal a respeito dos fatos que dão ensejo ao litígio. Se o duplo grau é necessário, e o Tribunal vai analisar a matéria de fato a partir da documentação dos atos processuais, é lógico que a decisão do Tribunal não pode ser melhor do que o julgamento de primeiro grau. O duplo grau não pode ser considerado um princípio fundamental de justiça, já que ele não garante a qualidade e a efetividade da prestação jurisdicional. Muito mais importante que o

duplo grau é o direito à adequada tutela jurisdicional - esse sim um direito garantido pelas Constituições modernas - direito que, para ser efetivo, exige uma resposta jurisdicional em um prazo razoável, exigência difícil de ser atendida em um sistema em que estão presentes dois juízos repetitivos sobre o mérito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999b, p. 218).

(57) A única Constituição que assegurava o duplo grau de jurisdição em nosso país foi a Constituição do Império, de 1824, sendo que este modelo não foi seguido pelas demais Constituições brasileiras.

(58) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

(59) NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 37.

(60) *Ibid.*

(61) LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 198/199.

(62) Em sentido contrário, Nery Júnior e Nery, entendendo cabível a aplicação do art. 285-A do CPC mesmo quando haja sido formada cumulação objetiva de ações: “Caso haja ajuizamento de vários pedidos, cumulados na mesma petição inicial, é possível a utilização da norma comentada quanto a um deles, desde que estejam presentes os requisitos exigidos pelo CPC 285-A. Nessa hipótese, o juiz poderá indeferir a petição inicial quanto ao pedido repetido, reproduzindo a sentença anterior e, quanto aos demais pedidos cumulados, determinar a citação do réu.” NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 482.

(63) Hodiernamente tem-se afirmado que, em face da nova redação do § 1º do art. 162 do CPC, mais de uma sentença poderia ser prolatada no processo. Prevalecendo esse entendimento, voltaríamos ao critério classificatório utilizado no direito positivo brasileiro quando da vigência do CPC de 1939, que previa vários recursos cabíveis contra a sentença, conforme o seu conteúdo. Esse sistema não deu certo, gerando dúvidas objetivas sobre a adequação do recurso a ser manejado, o que ocasionou, inclusive, a constante utilização do princípio da fungibilidade. A possibilidade da prolação de mais de uma sentença acarretaria, por certo, prejuízos na celeridade do processo, na medida em que aumentaria os incidentes processuais intercorrentes. Restaria vulnerado, assim, o disposto no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88. Não é razoável que o mesmo legislador processual tenha diminuído drasticamente as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e ampliado a possibilidade do manejo da apelação. Parece-me que essa não é a *mens legis*. A própria leitura do § 1º do art. 162 do CPC não indica o

contrário (“Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 dessa Lei”). Os arts. 267 e 269 do CPC falam em extinção do PROCESSO, e não em extinção de alguma das ações que compõem esse processo. Havendo cumulação objetiva (caso típico das reclamações trabalhistas), eventual extinção de uma dessas ações, com ou sem julgamento de mérito, de forma não-finalística, não autorizará a interposição de apelação ou, na Justiça do Trabalho, de recurso ordinário. Assim sendo, mesmo considerando a nova redação do § 1º do art. 162 do CPC, parece que ainda devemos qualificar o ato processual por sua consequência, e não pelo seu conteúdo. Sentença, assim, seria o ato judicial que põe fim ao processo, nas hipóteses previstas pelos arts. 267 e 269 do CPC.

(64) 363 - CONTRATO NULO. EFEITOS. - Nova redação - Res. n. 121/03, DJ 21/11/03. A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

(65) Entendimento que, respeitosamente, discorda-se.

(66) Entendimento esse que vem ao encontro da preocupação do legislador constituinte em diminuir os riscos inerentes ao trabalho.

(67) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.- Restaurada - Res. n. 121/03, DJ 21/11/03. O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre ele calculado.

(68) Art. 940 - Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

8. Referências Bibliográficas

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1996, v.1.

CORREIA, André de Luiz. Os recursos interpostos contra decisões proferidas antes da citação: necessidade de contra-razões? *In: NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e*

outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, T.I, p. 46.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001a.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001b.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. *In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória. Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999b, p. 218.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas, SP: Bookseller, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. *In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.133.

ORIONE NETO, Luiz. *Tratado das Liminares*. São Paulo: LEJUS, 2000. v.1.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VÉSCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. *In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

(*)Juiz do Trabalho 2ª Região/SP. Especialista em Direito Processual Civil - UNISINOS/RS.