

LA IMPORTANCIA DEL ART. 489 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO EN LA CONSOLIDACIÓN DE UN PROCESO DEL TRABAJO VERDADERAMENTE DEMOCRÁTICO Y ALIÑADO A LOS VALORES CONSTITUCIONALES¹

Vladimir Andrei Ferreira Lima²

Sumário: Introdução; 1.Estado y Democracia: De la Legitimidad del Poder Estatal; 2. Constitución y Proceso: Del Debido Proceso Constitucional; 3. Processo y Democracia; 3.1 Del factor dialógico como manifestación del elemento democrático en el proceso; 3.2. De la relevancia del factor dialógico para la efectuação de un proceso democrático; 3.3 De la importancia del art. 489 del NCPC para la consolidación de un Proceso del Trabajo verdaderamente democrático; Conclusión

INTRODUCCIÓN



En los últimos años, los especialistas del derecho acompañaron de cerca la elaboración del proyecto del nuevo Código Procesal Civil (NCPC). Fueron diversas obras, artículos, palestras, estudios y debates dedicados a la discusión de la propuesta del nuevo Código presentada, bien como sus impactos, avances y

1 Artigo inicialmente publicado no livro “Direito Material e Processual do Trabalho – III Congresso Latino-americano de Direito Material e Processual do Trabalho”, pela editora LTr, São Paulo (Brasil) em 2016, na língua portuguesa. O artigo foi traduzido para espanhol livremente pelo Autor, mantendo-se o mesmo conteúdo da publicação original.

2 Advogado. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesús (FDDJ). Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Autor de diversos artigos jurídicos.

equivocos. En 16/03/2015 el Código fue sancionado, y su eficacia solo va a ocurrir un año pos su publicación oficial (art. 1045 NCPC), lo que hubo en 17/03/2015.

Debido a la reciente publicación del nuevo Código, los primeros estudios relativos a la aplicabilidad de sus dispositivos al Derecho Procesal del Trabajo empezaron a ocurrir, sobretodo, en primero semestre de 2015, de modo que el debate sobre el tema aún tiene mucho que profundizar, en los diversos artículos, congresos y palestras dedicados a su análisis.

Así, lo que se propone aquí es trabajar la aplicabilidad del art. 489 del NCPC (lo cual trata de los requisitos de la sentencia) al Derecho Procesal del Trabajo, objetivando la consecución de un proceso todavía más democrático, lo que se hará en tres partes: Estado y Democracia, Constitución y Proceso y Proceso y Democracia.

En la primera parte (Estado y Democracia) será hecha una pequeña abordaje de los fundamentos legitimadores del ejercicio de las funciones estatales, en especial la jurisdiccional.

Ya en la etapa siguiente (Constitución y Proceso) será abordada la naturaleza jurídica del proceso y la importancia de la teoría constitucionalista para la edificación de un debido proceso constitucional, lo cual esté en conformidad con los ideales consagrados por la Constitución Federal, en especial los valores democráticos.

En el momento final (Proceso y Democracia) será abordada la importancia del factor dialógico para la democratización del proceso, bien como será analizado el art. 489 del NCPC y su aplicabilidad al Proceso del Trabajo, para, por fin, tratar de la importancia de esa norma para la consolidación de un Proceso del Trabajo democrático y en consonancia con los valores defendidos por el Estado Democrático del Derecho Brasileño. Además, es importante decir todavía que, naturalmente, no se dejará de mencionar también algunos otros dispositivos del nuevo Código, que también contribuyen para la construcción de

un proceso democrático.

1 ESTADO Y DEMOCRACIA: DE LA LEGITIMIDAD DEL PODER ESTATAL.

Es cierto que el Estado brasileño ha adoptado el modelo de la tripartición de los poderes en el art. 2º de la Constitución Federal brasileña de 1988 (CF/88), en lo cual se dice que “son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre si, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judiciario”³. También es seguro decir que el termo “poderes” estatales, en verdad, no es muy técnico, pues teniendo en cuenta que la única fuente del poder del Estado es el pueblo (art. 1º, parágrafo único, CF/88), y que ese poder es uno, lo que ocurre, entonces, es la suya distribución entre diversas funciones⁴: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

El parágrafo único, del art. 1º, de la Constitución Federal de 1988, además de destacar que todo el poder emana del pueblo, asevera que él es ejercido por medio de representantes electos. Y es a través de la elección por el pueblo - titular del poder estatal- de sus representantes, que se verifica una de las facetas del elemento democrático, constitutivo del Estado brasileño, pues él no se propone a ser apenas un Estado de Derecho, pero sí un Estado Democrático y de Derecho⁵.

Luego, mientras Estado Democrático de Derecho, el Estado brasileño extrae su legitimidad de dos elementos esenciales:

³ “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (no original)

⁴ CARVALHO (2012) e CARVALHO (2010) poseen el mismo entendimiento, y utilizan el termo “funciones del Estado” para designar lo que la Constitución Federal llama de “poderes de la Unión”.

⁵ “La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos” (art. 1º, caput, Constitución Federal 1988, nuestra traducción).

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos” (no original).

la democracia (Estado Democrático) y la obediencia a las normas constitucionales (Estado de Derecho). En ese sentido, explica Denz que:

Como se observa, la legitimidad, de acuerdo con la Constitución Federal de 1988, en el Estado Democrático de Derecho, se funda en la soberanía popular, pero, también, es condicionada por la necesidad de que ese ejercicio respete los derechos fundamentales impuestos por el Estado de Derecho. La alianza entre los dos es fundamental, pues el Estado de Derecho sin la democracia se limita a la obediencia del Estado a la ley y el principio democrático, sin el espíritu legal-constitucional, puede se desvirtuar en un gobierno totalitario de una mayoría de carácter decisionista (DENZ, 2007, p. 5)⁶.

Así, al se hablar en ejercicio legítimo del poder estatal a través de una de sus funciones, ese debe ocurrir dentro de los límites de la Constitución y, en observancia a todo sistema normativo (*elemento legal o constitucional*), bien como debe ser realizado de forma democrática (*elemento democrático*).

Se verifica fácilmente la presencia del elemento democrático en el ejercicio de las funciones legislativa y ejecutiva, cuando el pueblo elige sus representantes. La elección de representantes (elemento democrático), y el respecto a la legislación constitucional (elemento legal), tornan legítimo el ejercicio de las funciones legislativa y ejecutiva por el Estado.

Sin embargo, el mismo no ocurre en el ejercicio de la función judicial, porque, naturalmente, como se sabe, jueces, jueces de 2^a instancia y ministros, no son electos por el voto popular. Se cuestiona, así, lo que tornaría legítimo el ejercicio de la función judicial por el Estado.

Es común que se relacione la legitimidad democrática al

⁶ “Como se observa, a legitimidade, de acordo com a Constituição Federal de 1988, no Estado Democrático de Direito, funda-se na soberania popular, mas, também, é condicionada pela necessidade de que esse exercício respeite os direitos fundamentais impostos pelo Estado de Direito. A aliança entre os dois é fundamental, pois o Estado de Direito sem a democracia se limita à obediência do Estado à lei e o princípio democrático, sem o espírito legal-constitucional, pode se desvirtuar em um governo totalitário de uma maioria de caráter decisionista”. (no original)

voto popular, lo que no es de todo correcto. La legitimidad oriunda del principio democrático derivado del art. 1º de la CF/88, no debe ser confundida con la democracia representativa, que es apenas una de sus formas de manifestación. El elemento democrático legitimador del ejercicio de la función jurisdiccional asume contornos diferenciados, manifestándose a través de la participación de las partes en la construcción de la respuesta jurisdiccional (LIMA, 2015). Medauar Ommati, enseña en ese sentido, que:

Si la legitimidad de los órganos ejecutivo y legislativo se da por el proceso político-electoral, o sea, a través de la regla de la mayoría, en el caso del judiciario su legitimidad adviene de dos elementos complementares: la participación de aquellos que serán afectados por la decisión a ser producida con iguales libertades, presentando sus razones, argumentos e pruebas, de modo que el órgano que tomará la decisión deberá necesariamente responder con base en los hechos acertados y en los argumentos producidos por esos ciudadanos, cuál la decisión correcta para la situación; y la fundamentación exhaustiva del órgano jurisdiccional (MEDAUAR OMMATI, 2014, p. 115)⁷.

Se extrae así de esa lección que los elementos legal y democrático también deben estar presentes en la función jurisdiccional para que se pueda ser considerado legítimo el ejercicio de esa actividad estatal. Aquel, implementado a través de la fundamentación exhaustiva del órgano jurisdiccional (y, naturalmente, de la observancia de las demás normas procesales), y este, como consecuencia de la participación de las partes en la construcción de la decisión judicial que les será imposta.

⁷ “Se a legitimidade dos órgãos executivo e legislativo se dá pelo processo político-eleitoral, ou seja, através da regra da maioria, o caso do judiciário sua legitimidade advém de dois elementos complementares: a participação daqueles que serão afetados pela decisão a ser produzida com iguais libertades, apresentando suas razões, argumentos e provas, de modo a que o órgão que tomará a decisão deverá necessariamente responder com base nos fatos acertados e nos argumentos produzidos por esses cidadãos, qual a decisão correta para a situação; e a fundamentação exhaustiva do órgão jurisdiccional” (no original).

Se percibe así que el elemento constitucional y el elemento democrático deben estar presentes en el ejercicio de cualquier una de las tres funciones estatales, y que este último asume contornos diferenciados en el ejercicio de la función jurisdiccional por el Estado, razón por la cual merece una atención diferenciada en ese estudio, teniendo en cuenta su objetivo.

2 CONSTITUCIÓN Y PROCESO: DEL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL

Es cierto que el “poder” Judicial viene siendo objeto de grandes cuestiones en el ejercicio de su actividad principal. Se cuestiona no solo su capacidad de proferir una decisión con una razonable duración, pero también la cualidad de esa respuesta. Y mismos las constantes reformas legislativas y técnicas adoptadas (a ejemplo de la jurisprudencia defensiva) parecen no surtir el efecto deseado, pues no logran aliar celeridad en la entrega de la prestación jurisdiccional, con la preservación de garantías procesales constitucionales.

Y un proceso que busca la celeridad a cualquier costo, en detrimento de derechos y garantías constitucionales, y sin possibilitar una efectiva participación de las partes, torna *ilegítimo* el ejercicio de la actividad jurisdiccional, que, conforme ya explicitado, debe preservar y implementar los valores resguardados por la Constitución Federal, bien como efectuar el principio democrático en su bojo.

De ese modo, se percibe la necesidad de no solo construir un proceso aliñado con los preceptos constitucionales, pero que permita, de fato, la participación de las partes en la construcción de la decisión judicial, para que el ejercicio de la función jurisdiccional se torne efectivamente legítimo, lo que se puede ocurrir a través de un *debido proceso constitucional*. ¿Pero cuál teoría procesal ofrecería substrato para se erigir un proceso basado en el debido proceso constitucional?

Carvalho Dias, en referencia a Rosemiro Pereira Leal, informa que, en un siglo y medio de historia del derecho procesal, pueden ser catalogadas por lo menos ocho teorías que intentan explicar el proceso (2012, p. 84/85)⁸. De entre todas las teorías existentes, la del *proceso como relación jurídica* goza de gran aceptación por parte de la doctrina, pues fue la que ha orientado la elaboración del Código de Proceso Civil de 1973⁹. Sintetizando esta teoría, se puede decir que ella “vé en el proceso una relación jurídica autónoma, singular y unitaria, a pesar de ser compleja, que vincula juez y partes, los sujetos del proceso, definiendo a ellos sujeción, poderes, derechos y obligaciones (CARVALHO DIAS, 2012, p. 86).

Aroldo Plínio Gonçalves, refutando esa teoría, afirma que:

Al admitirse el proceso como relación jurídica, en la acepción tradicional del termo, tenía que admitirse, consecuentemente, que él es un vínculo constituido entre sujetos en que uno puede exigir del otro una determinada prestación, o sea, una conducta determinada. Sería el mismo que concebirse que hay derecho de uno de los sujetos procesales sobre la conducta del otro, que en relación al primero es obligado, en la condición de sujeto pasivo, a una determinada prestación, o que hay derechos de las partes sobre la conducta del juez, que, entonces, comparecería como sujeto pasivo de prestaciones, o, todavía, que hay

⁸ De entre ellas, la teoría del proceso como un contrato (Pothier), teoría del proceso como casi-contrato (Savigny e Guényvau), teoría del proceso como relación jurídica (Bulow), teoría del proceso como situación jurídica (Goldschmidt), teoría del proceso como institución (Guasp), teoría del proceso como procedimiento en contradictorio (Fazzalari), teoría constitucionalista del proceso, teoría neo-institucionalista del proceso (Rosemiro Pereira Leal).

⁹ En este norte, CINTRA GRINOVER e DINAMARCO afirman que “de todas las teorías expuestas acerca de la naturaleza jurídica del proceso, es la de la relación procesal que visiblemente disfruta de los favores de la doctrina”, añadiendo que “en el Brasil, la obedecen todos los autores de derecho procesal de renombre”. (1997, p. 282/283).

No original as expressões entre aspas são assim lidas: “De todas as teorias expostas acerca da natureza jurídica do processo, é a da relação processual que nitidamente desfruta dos favores da doutrina”, e “no Brasil, acatam-na todos os processualistas de renome”.

derechos del juez sobre la conducta de las partes, que, entonces, serían los sujetos pasivos de la prestación.

(...) Fue demostrado que, cuando se rechaza o se admite el derecho subjetivo, ya no se puede afirmar que él se constituye en "poder sobre la conducta del otro". En consecuencia, no hay como se admitir que, en el proceso, una de las partes pueda exigir de la otra el cumplimiento de cualquier conducta, por un vínculo entre sujeto activo y sujeto pasivo. (GONÇALVES, 1992, p. 97/98)¹⁰.

El autor arriba citado, diseminando las enseñanzas de Fazzalari, presenta así su teoría del *proceso mientras procedimiento realizado en contradictorio*:

Hay proceso siempre donde existir el procedimiento realizándose en contradictorio entre los interesados, y la esencia de este está en la "simétrica paridad" de la participación, en los actos que preparan la respuesta, de aquellos que en él son interesados porque, como sus destinatarios, sufrieron sus efectos (GONÇALVES, 1992, p. 115).¹¹

Se verifica así que para esa teoría, el principio constitucional del contradictorio, asume papel vital en la definición de la naturaleza jurídica del proceso. Fernandes y Meira afirman que "diferentemente de las concepciones instrumentistas del proceso – que encaran el proceso como una relación jurídica –

¹⁰ "A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação. (...) Foi demonstrado que, quer se negue ou se admita o direito subjetivo, já não se pode afirmar que ele se constitui em "poder sobre a conduta alheia". Em consequência, não há como se admitir que, no processo, uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e sujeito passivo" (no original).

¹¹ "Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na "simétrica paridade" da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos" (no original).

la noción de proceso como procedimiento realizado en contradictorio pone la tónica de la actividad jurisdiccional en las partes y no en el magistrado”¹² (2014, p. 201). Acrecientan aún los doctrinadores que así, “la noción de contradictorio como condición para el pronunciamiento de una decisión judicial contribuye para la noción de derecho como proyecto colectivo”¹³, de manera que “la participación de las partes es el elemento central de la respuesta jurisdiccional”¹⁴ (2014, p. 201).

Sin embargo, a pesar del gran avance de la teoría *fazzalariana* del proceso introducida en el Brasil por Aroldo Plínio, hay la necesidad de su complementación, pues aunque utilice el atributo del contradictorio para distinguir el proceso del procedimiento, no se vislumbra reflexión constitucional más amplia de las garantías fundamentales de las partes (Rosemiro Pereira Leal *apud* CARVALHO DIAS, 2012, p. 93). Dierle Nunes está de acuerdo con ese entendimiento al afirmar que Fazzalari no ha mostrado muchas preocupaciones con una aplicación dinámica de los principios constitucionales en la estructuración de su teoría, pues ella trabajaría exclusivamente en el campo de la técnica procesal (*apud*, CARVALHO DIAS, 2012, p. 93).

Así, Carvalho Dias trae a la discusión, la *teoría constitucionalista del proceso*, que tenía sido sistematizada en el Brasil por Baracho en el siglo pasado, y que se fundamenta, antes de todo, en la supremacía de la Constitución sobre las normas procesales. El principal fundamento del proceso constitucional es el debido proceso legal – compuesto, de entre otros elementos, por el derecho a un procedimiento realizado en contradictorio – formando así un *debido proceso constitucional*. (2012, p. 94).

¹² “diferentemente das concepções instrumentalistas do processo – que encaram o processo como uma relação jurídica – a noção de processo como procedimento realizado em contraditório põe a tónica da atividade jurisdiccional nas partes e não no magistrado” (no original).

¹³ “a noção de contraditório como condição para a prolação de uma decisão judicial contribui para a noção de direito como empreendimento coletivo” (no original).

¹⁴ “a participação das partes é o elemento central do provimento jurisdiccional” (no original).

Así, se impone hacer una otra lectura de la teoría de Fazalari, teniendo por norte la idea de supremacía de la Constitución, y, especialmente, los principios democrático y del debido proceso legal, ambos muy importantes para la consolidación del debido proceso constitucional, pues la propia exposición de motivos del anteproyecto del NCPC, deja claro que el objetivo del proceso no se reduce meramente a la resolución de conflictos, pues él es también medio para efectuación de valores constitucionales (LIMA, 2015, p. 21).

Se verifica así, que la teoría constitucionalista del proceso sería la más adecuada a la explicación de la naturaleza jurídica del proceso, pues, al alinear él a la idea de supremacía de la Constitución, conformando, a través del inmenso bloque de garantías previsto en la la Carta Magna, una sistemática procesal que pasa a tener como centro no más el debido proceso legal, pero el debido proceso constitucional, se torna posible la implementación del elemento democrático en el proceso, tornándose legítima la prestación jurisdiccional por medio de la construcción colectiva de la decisión judicial (LIMA, 2015, p. 22).

3 PROCESSO Y DEMOCRACIA.

3.1 DEL FACTOR DIALÓGICO COMO MANIFESTACIÓN DEL ELEMENTO DEMOCRÁTICO EN EL PROCESO.

Conforme ya aseverado antes, el elemento democrático asume contornos diferenciados en el ejercicio de la función jurisdiccional. Alexy afirma que existen dos tipos de representación del pueblo, la *decisionista* y la *argumentativa*, siendo que la primera se caracteriza por la elección de representantes por los ciudadanos, y la segunda por la institucionalización del discurso como forma de adoptar decisiones (*apud* COUTINHO, CATERINE, 2014, p. 274).

Coutinho y Catherine afirman así que, mientras el Estado

en el ejercicio de la función legislativa tiene representación en ambos os niveles, en la actividad jurisdiccional la representación es solamente argumentativa, de modo que los jueces “garantizan la legitimidad de sus decisiones en la medida en que son capaces de se posicionar al lado del mejor argumento racional de entre aquellos que los interesados trajeron para la discusión”¹⁵ (2014, p. 274). Se percibe así que la oportunidad de manifestación y el diálogo son inherentes al elemento democrático, manifestándose en el proceso a través de la representación argumentativa, o sea, de un *factor dialógico*.

Refiriéndose a teoría de la integridad de Ronald Dworkin, Fernandes y Meira afirman que el derecho es construido de forma colectiva, siendo que la lenguaje, una de sus formas de manifestación, tiene un papel esencial en la construcción de la realidad social. De este modo, la lenguaje no es mero instrumento de la realidad, pues, en una perspectiva pragmática, las palabras (signos) no tienen un significado metafísico, solo ganando sentido de acuerdo con las dinámicas de prácticas sociales, según el contexto en que son utilizadas (2014, p. 196/197). Teniendo eso cuenta, Fernandes y Meira defienden que es ventajosa la acepción del derecho como proyecto colectivo, ya que:

si toda comprensión de signos solo puede darse a partir de las dinámicas sociales, es más atrayente una concepción de derecho que ofrece a los actores en esas prácticas un invite a la conjunta interpretación de estas últimas; (2) si las normas son cambiantes en el tiempo, necesaria se haz una concepción de derecho que se pauta pela facultad conferida a los actores de esas mudanzas de lo reconstruir conjuntamente con los magistrados también en la facticidade de la decisión judicial¹⁶. (FERNANDES. MEIRA. 2014, p. 198)

¹⁵ “garantem a legitimidade de suas decisões na medida em que são capazes de se posicionar ao lado do melhor argumento racional dentre aqueles que os interessados trouxeram para a discussão” (no original).

¹⁶ “(1) se toda compreensão de signos só pode se dar a partir das dinâmicas sociais, é mais atraente uma concepção de direito que oferece aos atores nessas práticas um convite à conjunta interpretação destas últimas; (2) se as normas são cambiantes no tempo, necessária se faz uma concepção de direito que se pauta pela facultade

El derecho es ciencia pautaada por el discurso y por la argumentación, de modo que la decisión a ser emanada por el Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional debe ser precedida de un intenso diálogo entre el juez y las partes.

En referencia a las enseñanzas de Habermas, Fernandes y Meira recuerdan que en el ámbito del accionar comunicativo¹⁷ son formuladas pretensiones de validez expresas por argumentos, posteriormente levadas a crítica de los demás participantes del procedimiento argumentativo. Así, en el paradigma en cuestión, solo se consideraría racional la decisión proferida por un juez, cuando él “actúa delante de un procedimiento argumentativo establecido entre las partes, en que esas pueden exponer el entendimiento suyo sobre lo que el derecho exige en el caso concreto”¹⁸ (2014, p. 205).

Se verifica de ese modo, que el diálogo es un elemento de gran importancia en un Estado Democrático de Derecho, especialmente cuando se habla en legitimidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, siendo que el proceso – medio por lo cual se desarrolla esta actividad estatal – es el lugar donde la participación, el discurso, la actividad argumentativa se materializan, haciendo así del derecho procesal, un medio para la implementación de valores democráticos (LIMA, 2015, p. 54). Percibido, así, la importancia de la construcción de un proceso dialéctico

conferida aos atores dessas mudanças de reconstruí-lo conjuntamente com os magistrados também na facticidade da decisão judicial”. (no original).

¹⁷ “el accionar comunicativo es el local donde los individuos buscan pautar sus acciones por medio del acuerdo a pretensiones de validez que continuaran a existir ante un procedimiento argumentativo a que fueran expuestas a la crítica de otros sujetos. Se dice así que los argumentos transmiten pretensiones de validez (...)” (FERNANDES, MEIRA, 2014, p. 204).

“o agir comunicativo é o local onde os indivíduos buscam pautar suas ações por meio do acordo a pretensões de validade que subsistiram ante um procedimento argumentativo a que foram expostas à crítica de outros sujeitos. Diz-se assim que os argumentos veiculam pretensões de validade (...)” (no original).

¹⁸ “atua diante de um procedimento argumentativo estabelecido entre as partes, em que essas podem expor o seu entendimento sobre o que o direito exige no caso concreto” (no original).

como propiciador de la realización del principio democrático en su bojo y legitimador de la actividad ejercida por el Judiciario, se debe pasarse a la análisis de como el componente dialógico se presenta en el proceso.

3.2. DE LA RELEVANCIA DEL FACTOR DIALÓGICO PARA LA EFECTUACIÓN DE UN PROCESO DEMOCRÁTICO.

Seguramente el más importante principio constitucional que compone el Derecho Procesal es lo del debido proceso legal, pues todos los demás son consecuencia de él, de modo que mismo que no estuviesen insertos en la Constitución expresamente en su texto, serian provenientes implícitamente de él (CAMARA, 2010, p. 35).

Y, conforme, ya arrematado anteriormente, teniendo por base la teoría constitucionalista del proceso, que lo explica como instrumento apto a implementar un inmenso bloque de garantías constitucionales, este principio es mejor cualificado de debido proceso constitucional, pues se congrega, así, en su esencia, todos los demás valores propalados por la Constitución Federal, entre ellos, los de carácter democrático. De ese modo el elemento democrático se torna parte de su carga principiológica, trayendo así, para dentro del debido proceso constitucional, el factor dialógico, que se irradia para todos los demás principios que les son corolarios.

Y de entre los principios constitucionales derivados del debido proceso constitucional, el elemento dialógico se revela con más intensidad en la construcción de un proceso democrático, en el principio del *contradictorio*.

Tradicionalmente el contradictorio siempre fue sintetizado en el binomio ciencia-resistencia (*contradictorio formal*), que, en resumen, se trata del derecho de la parte de tomar conocimiento de todos los actos procesales y a ellos se oponerse. Y,

en la década de 90 del siglo pasado, Gonçalves ya recordaba también que deben ser concedida a las partes la misma oportunidad de se manifestaren (simétrica paridad de armas) (1992, p. 121).

Sin embargo el concepto de contradictorio se desarrolló en el caminar de los años, añadiéndose otros valores a él, como el denominado *poder de influencia o derecho de ver sus argumentos considerados*. Este “nuevo” valor en verdad es un resultado lógico del binomio ciencia-resistencia, pues de nada resolvería el derecho de las partes de ser avisadas de todos los actos procesales y de se manifestaren acerca de ellos, se el juez no estuviese obligado a llevar en consideración esos argumentos, de modo a influir en el juzgado¹⁹.

Ommati, de acuerdo con entendimiento de que las partes tienen el derecho de influir en la decisión del juez como consecuencia del factor dialógico en el proceso, defiende que:

El contradictorio no significa apenas decir y contradecir. No significa también apenas biteralidade de audiencia o la paridad de armas. Contradictorio es mucho más que eso. El contradictorio está internamente ligado a los derechos de igualdad y libertad, en la medida en que significa que aquellos que serán

¹⁹ Importante mostrar que en juzgado del RO en MS 24.536-4/2003 y del MS 24.268-0/2004, el STF ya ha consolidado el entendimiento acerca de la existencia de este derecho, afirmando que “la pretensión a la tutela jurídica, (...) contiene los siguientes derechos: (...) derecho de ver sus argumentos considerados (...), que exige del juzgado capacidad, apreensão e isenção de ánimo (...) para contemplar las razones presentadas (...)”. Ha añadido que ese derecho “corresponde, obviamente, al deber del juez (...) de a ellos conferir atención”, envolviendo así “no solo el deber de tomar conocimiento (...), como o de considerar, seria y de manera cuidadosa, las razones presentadas”, concluyendo así que “es de la obligación de considerar las razones presentadas que deriva el deber de fundamentar las decisiones”.

No original, as expressões entre aspas são lidas assim: “a pretensão à tutela jurídica, (...) contém os seguintes direitos: (...) direito de ver seus argumentos considerados (...), que exige do julgado capacidade, apreensão e isenção de ânimo (...) para contemplar as razões apresentadas (...)”. Acrescentou-se que esse direito “corresponde, obviamente, ao dever do juiz (...) de a eles conferir atenção”, envolviendo assim “não só o dever de tomar conhecimento (...), como o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas”, e “é da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões”.

afectados por la decisión deberán tener el derecho de presentar sus razones y pruebas con iguales libertades, de modo a influenciar en la decisión final. (...) un ciudadano solamente es tratado con igual respecto y consideración si las decisiones que afectarán su esfera son tomadas después de todo un diálogo entre los poderes públicos y aquellos que sufrirán el impacto de ella (OMMATI, 2014, p. 116)²⁰.

Rescatando la lición de André Cordeiro Leal, Ommati afirma aun que el contradictorio, mientras derecho de los afectados por la decisión de participar de su construcción, genera el deber do órgano judicial responsable por la proferir, de fundamentarla, explicitando los aciertos y equívocos de los interesados en la construcción del derecho (OMMATI, 2014, p. 116).

Se percibe así que el derecho de ver sus argumentos considerados, mientras un valor inherente al contradictorio, es una clara manifestación del factor dialógico en el proceso, una vez que llevar en cuenta los argumentos levantados por los litigantes de modo a posibilitar su influencia en la construcción de la decisión judicial trae la bilateralidad inherente al discurso para el proceso, haciendo con que ellos sean también coautores de la respuesta emanada por el magistrado.

Otro atributo proveniente del principio del contradictorio, que la mayoría de los autores entienden, sin embargo, ser un principio autónomo, es el *deber de cooperación*. En esa línea, Santos Barreiros, enseña que él se encuentra direccionado “a la busca de una efectiva participación de los sujetos procesales en el procedimiento (...) como fundamento para la legitimación del

²⁰ “O contraditório não significa apenas dizer e contradizer. Não significa também apenas bilateralidade de audiência ou a paridade de armas. Contraditório é muito mais do que isso. O contraditório está intimamente ligado aos direitos de igualdade e liberdade, na medida em que significa que aqueles que serão afetados pelo provimento deverão ter o direito de apresentar suas razões e provas com iguais libertades, de modo a influir na de decisão final. (...) uma cidadão somente é tratado com igual respeito e consideração se as decisões que afetarão sua esfera forem tomadas após todo um diálogo entre os poderes públicos e aqueles que sofrerão o impacto da decisão” (no original).

ejercicio de la función jurisdiccional”²¹ (2013, p. 15), y añade aun que:

Él acrecienta la idea de democracia participativa en el ámbito del ejercicio del poder jurisdiccional – faceta que es, conforme ya fue dicho, del poder político, en la exacta medida en que se concede a los ciudadanos la real posibilidad de influenciar y de contribuir en la formación de un acto de poder (SANTOS BARREROS, 2013, p. 15)²².

El deber de cooperación se aplica tanto a las partes cuanto al juez, siendo que, en relación a este, provoca tres consecuencias: el deber de esclarecimiento, el deber de consulta y o deber de prevención (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 80)

El *deber de esclarecimiento* consiste en la obligación del juzgador de quitar todas sus dudas cuanto a las alegaciones, pedidos o posiciones de las partes, bien como la de prestar esclarecimiento a las partes sobre sus propios pronunciamientos, lo que puede se dar a través, por ejemplo, del deber de motivar las deciones (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 80).

Cierto es que en la Justicia del Trabajo esta característica asume importancia todavía más grande debido al *jus postulandi*, debiendo el magistrado así buscar el pleno entendimiento acerca de las pretensiones de las partes, así como aclararles sus decisiones, colaborando de ese modo para la edificación de un proceso participativo, pautado por el diálogo.

Este deber está, por ejemplo, expreso en el art. 357, §1º do NCPC, que asevera que “realizado el saneamiento, las partes tienen el derecho de *pedir esclarecimientos* o solicitar ajustes, en el plazo común de cinco días, siendo que después de terminar

²¹ “à busca de uma efetiva participação dos sujeitos processuais no procedimento (...) como fundamento para a legitimação do exercício da função jurisdiccional” (no original).

²² “ele insere a idéia de democracia participativa no âmbito do exercício do poder jurisdiccional – faceta que é, repita-se, do poder político, na exata medida em que confere aos cidadãos a real possibilidade de influir e de contribuir na formação de um ato de poder” (no original).

el plazo la decisión se torna estable”²³ (destaque nuestro). Se puede ver en este dispositivo una clara preocupación del legislador con el deber de esclarecimiento del juez, siendo que, a pesar de su incompatibilidad con el proceso del trabajo, que no tiene de manera propia una fase de saneamiento, no excluye con el deber de esclarecimiento por parte del magistrado, cuando posible.

Por consiguiente, Didier Junior muestra el *deber de consulta* como una variante del deber de información, pues no puede el Judiciario decidir sobre determinada materia, aunque conocible *ex officio*, sin antes dar la oportunidad a las partes del derecho de manifestación cuanto a ella (2010, p. 80/81). La doctrina aun utiliza los termos “prohibición de juicio de tercera vía”, o “garantía de no sorpresa”, como expresiones sinónimas de esa obligación impuesta al juez.

Ese deber naturalmente proviene del contradictorio visto conforme el prisma del factor dialógico, pues si el magistrado decide con base en alguno fundamento sobre lo cual las partes jamás se manifestaron o debatieron, aunque lo pueda hacer sin provocación (*ex officio*), la *decisium* es inválida vez que ellas no han participado de su construcción, violando, así, el principio del contradictorio. Y fue con mucho acierto que el art. 10 del NCPC, habla que:

El juez no puede decidir, en grao alguno de jurisdicción, con base en fundamento a respecto del cual no se tenga dado a las partes oportunidad de se manifestar, aunque se trate de materia sobre la cual deba decidir sin provocación²⁴.

Ese precepto es plenamente aplicable al Proceso del Trabajo por el facto de la Consolidación de las Leyes del Trabajo

²³ “realizado o saneamento, as partes têm o direito de *pedir esclarecimentos* ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável” (no original).

²⁴ “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdicção, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de oficio” (no original).

brasileña (CLT) no tener regla semejante, o sea, presentar laguna, existiendo compatibilidad de la norma.

Y, por fin, el *deber de prevención* ocurre cuando el juzgador verifica la ocurrencia de deficiencia en las peticiones y, luego después, intima las partes para que sean resueltas, de manera que tal deber “vale de forma genérica para todas las situaciones en que el éxito de la acción a favor de cualquier de las partes pueda ser frustrado por el uso inadecuado del proceso”²⁵.

Así, las áreas de incidencia del deber de prevención serían la “presencia de pedidos poco claros, o carácter de laguna de la exposición de los hechos relevantes, la necesidad de adecuar el pedido formulado a la situación concreta y la sugestión de una cierta actuación por la parte” (DIDIER JUNOR, 2010, p. 82) (LIMA, 2015, p. 32).

El deber de prevención está presente, por ejemplo, en el art. 321 del NCPC, que dice:

“el juez, al verificar que la petición inicial no cumple los requisitos de los arts. 319 y 320 o que presenta defectos e irregularidades capaces de dificultar el juzgado de mérito, determinará que el autor, en el plazo de 15 (quince) días, a corrija o a complete, *indicando con precisión lo que debe ser corregido o completado*” (destaque nuestro).

Se verifica así que el NCPC deja explícito el deber del juez de prevenir el demandante de que su petición inicial necesita de corrección o complementación, y, simultáneamente, de esclarecer la parte acerca de lo que debe ser corregido o completado, obligación esa última que no está presente en el Código vigente y que asume más importancia en el Proceso del Trabajo, ya que el obrero puede litigar desacompañado de abogado.

Se verifica así que la noción de contradictorio formal (ciencia-resistencia) se encuentra superada por la del contradic-

²⁵ “vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadecuado do processo” (no original).

torio substancial, lo cual implica en una serie de derechos y deberes para el juez y para las partes (derecho de ser comunicado de todos los actos procesales, derecho de ser oído, simétrica paridad de armas, derecho de ter sus argumentos considerados, deber de cooperación – deber de esclarecimientos, deber de consulta, deber de prevención).

El nuevo Código, incluso, resalta que es asegurado a las partes el “efectivo” contradictorio, y no apenas el contradictorio, lo que, leído en conjunto con otros dispositivos, significa que la nueva legislación está previendo expresamente el contradictorio substancial:

Art. 7º Es asegurada a las partes *paridad de tratamiento* en relación al ejercicio de derechos y facultades procesales, a los *medios de defensa*, a los cargos, a los *deberes* y a aplicación de sanciones procesales, compitiendo al juez cuidar del *efectivo* contradictorio.²⁶

Art. 6º *Todos los sujetos* del proceso *deben cooperar* entre si para que se obtenga, en tiempo razonable, decisión de mérito *justa y efectiva*.²⁷ (destaques nuestros).

Darse cuenta de la clara intención del legislador, con esas normas, plenamente aplicables al Proceso del Trabajo, de construir un proceso pautado por el debate y discurso, para que se pueda se erigir un efectivo Estado Democrático de Derecho, siendo, el diálogo un elemento legitimador de las decisiones judiciales, por el facto de traer al proceso el principio democrático.

Además, otro principio constitucional de lo cual puede deducirse la presencia del factor dialógico en el proceso de manera aún más translúcida es el principio de la motivación de las decisiones judiciales. Este principio está inscrito en el art. 93, IX, de la Constitución Federal y impone al órgano jurisdiccional el deber de motivar sus decisiones bajo la pena de nulidad.

²⁶ “É assegurada às partes *paridade de tratamento* em relação ao exercício de direitos e facultades processuais, aos *meios de defesa*, aos *ônus*, aos *deveres* e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo *efetivo* contraditório” (no original).

²⁷ “*Todos os sujeitos* do processo *devem cooperar* entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito *justa e efetiva*”. (no original).

Teniendo en vista que el proceso es un procedimiento constitucionalizado que se opera en contradictorio, buscándose así alcanzar la respuesta jurisdiccional, acto máximo del poder estatal en el ejercicio de la actividad judicial, se percibe que este principio tiene una íntima relación con lo del contradictorio, ya que, una vez que el contradictorio permite a la parte se manifestar de modo a influenciar decisivamente en las decisiones, debe el juez de forma clara y precisa mostrar porque debería aceptar determinado argumento y no otro (LIMA, 2015, p. 34).

En este sentido, Fernandes y Meira resaltan que “apenas un sistema procesal en que la decisión judicial sea una construcción conjunta de las partes es adecuado a un Estado Democrático de Derecho”²⁸ (2014, p. 208).

Se concluí así que el factor dialógico proveniente del elemento democrático mientras aspecto legitimador del ejercicio de la actividad jurisdiccional se encuentra diluido entre diversas normas jurídicas. Y, el nuevo Código posee un dispositivo que torna aun más rígido el deber de fundamentación de las decisiones por parte del magistrado, de manera a consolidar definitivamente un proceso aún más democrático, pautado por la actividad argumentativa, por el diálogo y por la intensa participación de las partes, tornando la respuesta jurisdiccional una construcción colectiva. Se trata del art. 489, que pasamos a analizar en el próximo tópico.

3.3 DE LA IMPORTANCIA DEL ART. 489 DEL NCPC PARA LA CONSOLIDACIÓN DE UN PROCESO DEL TRABAJO VERDADERAMENTE DEMOCRÁTICO.

El art. 489 del NCPC informa los elementos que la sentencia proferida pelo juez debe tener (incisos I a III), bien como muestra una serie de requisitos que deben estar presentes en

²⁸ “apenas um sistema processual em que a decisão judicial seja uma construção conjunta das partes é adequado a um Estado Democrático de Direito” (no original).

cualquier decisión judicial para que sea considerada fundamentada (§1º, incisos I a VI), además de traer también regla atinente a la postura del juez en el caso de colisión de normas (§2º) y relacionada a la interpretación de la decisión judicial (§3º).

Posiblemente habrá quien entienda que el art. 489 del NCPC va de encuentro a los principios del Derecho Procesal del Trabajo, como oralidad y simplicidad, característicos de este ramo procesal, que auxilian en su celeridad²⁹³⁰. Sin embargo, el deber de fundamentación de la decisión que trae ese dispositivo,

²⁹ Es importante resaltar que el dispositivo en epígrafe inclusive fue objeto de cuestión por asociaciones de magistrados, que pleitearon a la Presidente Dilma que le vetase. “Entidades de magistrados enviaron a la presidente Dilma Rousseff oficios solicitando vetos a dispositivos del Nuevo Código de Proceso Civil. Entre las principales preocupaciones de los jueces están la fundamentación de las decisiones judiciales, la cronología de los juzgados y la ampliación de la colegialidad. Para los magistrados, los artículos que tratan de esos temas ‘tendrán impactos severos, de forma negativa, en la gestión del acervo de procesos, en la independencia personal y funcional de los jueces y en la propia producción de decisiones judiciales en todas las esferas del país, con repercusión deletérea en la razonable duración de los procesos’”. (VASCÓNCELLOS. ROVER 2015).

No original, entre aspas consta: “Entidades de magistrados encaminharam à presidente Dilma Rousseff ofícios solicitando vetos a dispositivos do Novo Código de Processo Civil. Entre as principais preocupações dos juízes estão a fundamentação das decisões judiciais, a cronologia dos julgamentos e a ampliação da colegialidade. Para os magistrados, os artigos que tratam desses temas “terão impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos”.

³⁰ “No hay *omisión* de la CLT cuanto al deber de fundamentar porque, repito, el dispositivo consolidado siempre fue suficiente y se há mantenido, a lo largo de todas esas décadas, en armonía con la Constitución, inclusive con la de 1988 ya añadida con la Emenda 45/2004 (art. 93, IX). Además, el *modelo procesal del trabajo* prima por la celeridad procesal, abrazando como herramientas esenciales en prestación jurisdiccional: la concisión, la brevedad y el resumen (WAKI, 2015) (italicos del original).

“Não há *omissão* da CLT quanto ao dever de fundamentar porque, repito, o dispositivo consolidado sempre foi suficiente e se manteve, ao longo de todas essas décadas, em harmonia com a Constituição, inclusive com a de 1988 já acrescida com a Emenda 45/2004 (art. 93, IX). Ademais, o *modelo processual trabalhista* prima pela celeridade processual, abraçando como ferramentas essenciais na prestação jurisdiccional: a concisão, a brevidade e o resumo” (no original).

es proveniente no solo del principio constitucional de motivación de las decisiones judiciales, como del principio democrático, además de ser determinante para la construcción de un proceso pautado por el diálogo, concediendo así legitimidad al ejercicio de la función jurisdiccional.

Además la celeridad que debe ser buscada en el ejercicio de la actividad jurisdiccional no debe apartarse de la necesidad de obedecer a los preceptos constitucionales. Actualmente hay una nítida preocupación de los magistrados con la cantidad de casos a ser decididos de lo que con la cualidad de la respuesta judicial.

Ocurre que, naturalmente, a pesar de la necesidad de buscarse una razonable duración del proceso, el juzgador no puede dejar de lado el cumplimiento de preceptos constitucionales, especialmente los relacionados a la decisión final, ya que así esa estaría no solo maculada de nulidad, como sería ilegítima en un Estado que se propone a ser democrático, pues no puede el magistrado sin una gran fundamentación, interferir en la esfera de derecho de un individuo.

Luego, la razonable duración del proceso debe ser buscada a través de otros medios, como la reciente reforma legislativa ocurrida en 2014, que ha alterado varios dispositivos de la CLT a través de la Ley 13.015, y no con la violación de garantías constitucionales.

Volviendo a tratar del contenido del art. 489 del NCPC, es importante anotar que la CLT tiene un dispositivo semejante al contenido de su *caput* e incisos I a III³¹. Se trata del art. 832,

³¹ Art. 489. Son elementos esenciales de la sentencia: I - el relatório, que tendrá los nombres de las partes, la identificación del caso, con la suma del pedido y de la contestación, y el registro de las principales ocurrencias habidas en el progreso del proceso; II - los fundamentos, en que el juez analizará las cuestiones de hecho y de derecho; III - el dispositivo, en que el juez resolverá las cuestiones principales que las partes les someten. “São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a soma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências habidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o

que dispone que “de la decisión deberán constar el nombre de las partes, el resumen del pedido y de la defensa, la apreciación de las pruebas, los fundamentos de la decisión y la respectiva conclusión”³².

Comparándose los incisos I, II, III del art. 489 del NCPC con el *caput* del art. 832 de la CLT, se verifica que esos incisos traen algunos requisitos a más se comparados a la CLT, que son la identificación del caso y el registro de las principales ocurrencias habidas en la marcha del proceso. Sin embargo, en nuestro entender, esos requisitos no son aplicables a sentencia laboral una vez que la CLT no es omisa en ese aspecto, estableciendo formalidades propias.

La novedad en el art. 489 del NCPC se encuentra, especialmente, en su §1º, que trae diversas imposiciones que cualquier decisión judicial – sea ella sentencia, acórdão o decisión interlocutoria - debe traer en su bojo, bajo pena de nulidad absoluta. A pesar de la CLT informar que la decisión debe ser fundamentada (art. 832, *caput*), ella no tiene ninguna norma que explice cuando ella es considerada fundamentada. De ese modo, una vez que la legislación laboral tiene laguna en ese punto, y siendo compatible el art. 489 del NCPC con el Proceso del Trabajo (art. 769, CLT) ya que visa complementar y auxiliar una norma procesal del trabajo, incuestionable su aplicación suplementaria y subsidiaria al Derecho Procesal del Trabajo (art. 15, NCPC).

El inciso I, del §1º, del art. 489, trae que no se considera fundamentada la decisión judicial que “se limitar a la indicación, a la reproducción o a la paráfrasis de acto normativo, sin explicar

dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem” (no original).

³²“da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão” (no original).

su relación con la causa o la cuestión decidida”³³. Este dispositivo impone al magistrado el deber de exponer en la su fundamentación, las razones por cual el precepto invocado es aplicable a aquel caso concreto, en detrimento de otra norma levantada por la parte vencida. Y caso el juzgador laboral recorra a fundamento que no fue objeto de contradictorio, deberá sujetarlo a la previa manifestación de las partes, teniendo en vista el deber de consulta y lo que dispone lo ya mencionado art. 10 do NCPC.

Es importante aseverar que el mismo encargo es impuesto a los litigantes, cuando, por ejemplo, manejan el recurso de revista, pues, bajo pena de su no conocimiento, es encargo de la parte “indicar, de forma explícita e fundamentada, la contrariedad a dispositivo de ley, sùmula o orientación jurisprudencial del Tribunal Superior del Trabajo que no esté de acuerdo con la decisión regional”³⁴ (art. 896, §1º-A, II, incluido por la Ley 13.015/2014). O sea, el recurrente en ese caso, no puede apenas reproducir o parafrasear la norma violada.

Ya el inciso II, do §1º, do art. 489, informa que no se considera fundamentada la sentencia que “usar conceptos jurídicos indeterminados, sin explicar el motivo concreto de su incidencia en el caso”³⁵. Es seguro que el legislador no logra prever todas las hipótesis que pueden ocurrir en el mundo fáctico, y acaba por usar en la ley conceptos indeterminados, que admiten una pluralidad de significados. O sea, es conferida al juez cierta margen de discrecionalidad para que él pueda decir si, en determinada situación concreta, aquella norma es incidente. Eso no significa que no haya una zona de certeza da su aplicabilidad, en que se pueda ter una mejor clareza y precisión de su significado,

³³ “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (no original).

³⁴ “indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei, sùmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a decisão regional”. (no original).

³⁵ “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (no original).

pero aun así permanece un grado de incertidumbre en la norma.

De esa manera, a título de ejemplo, no podría el magistrado así decidir: “concedo la indemnización por daños morales pleiteada por el trabajador, teniendo en vista que fue verificada la violación de su intimidad en el curso del contrato de trabajo”. Ora, a pesar de la intimidad ser un derecho constitucionalmente protegido, asegurándose la reparación por daño moral y material proveniente de su violación (art. 5º, X, CF/88), ella es un concepto jurídico indeterminado, de modo que el juzgador debe explicitar su aplicación a determinado caso concreto, conforme se verifica en el juzgado abajo:

EMENTA: INDENIZACIÓN POR DANOS MORALES. AMBIENTE DE TRABAJO. CONDICIONES DE HIGIENE E INSTALACIONES DE SANITARIAS PRECARIAS. La exposición del empleado a la condición de trabajo degradante importa en violación de derechos afectos a la personalidad y a bienes integrantes de la interioridad de la persona, tales como la dignidad, la honra, la imagen y la intimidad del trabajador. Así, según el contenido de los artículos 186 e 927 del Código Civil, la reparación es debida, pues caracterizado el acto ilícito, *configurado en la omisión de abastecimiento de instalaciones sanitarias adecuadas, agua potable en cantidad suficiente, sitios adecuados para la guarda de alimentos, entre otros, apto a generar daño a la esfera moral del empleado, aunque de naturaleza meramente moral*. (TRT da 3ª Região; Processo: 0001515-94.2013.5.03.0070 RO; Fecha de Publicación: 10/03/2015; Disponible: 09/03/2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 415; Órgano Juzgador: Octava Turma; Relator: Convocado Marcio Roberto Tostes Franco; Revisor: Jose Marlon de Freitas).³⁶

³⁶ EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AMBIENTE DE TRABALHO. CONDIÇÕES DE HIGIENE E INSTALAÇÕES SANITÁRIAS PRECÁRIAS. A exposição do empregado à condição de trabalho degradante importa em violação de direitos afetos à personalidade e a bens integrantes da interioridade da pessoa, tais como a dignidade, a honra, a imagem e a intimidade do trabalhador. Assim, a teor dos artigos 186 e 927 do Código Civil, a reparação é devida, pois caracterizado o ato ilícito, *configurado na omissão de fornecimento de instalações sanitárias adequadas, água potável em quantidade suficiente, abrigos adequados, ergonomia, recipientes adequados para guarda de alimentos, entre outros, apto a*

El inciso III, do §1º, do art. 489, afirma que no se considera fundamentada la decisión judicial que “invocar motivos que servirán para justificar cualquier otra decisión”³⁷. Ese dispositivo dispensa aclaraciones, dado que acompaña entendimiento del STF consolidado desde el siglo pasado, conforme juzgado que ejemplifica bien esa situación, lo cual se expone a seguir:

EMENTA: Decisão judicial: ausência de fundamentação e nulidade. Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida por la parte es "inviável jurídicamente, uma vez que não retrata a verdade de los compendios legales": no sirven a la motivación de una decisión judicial afirmaciones que, a rigor, podría ser utilizada para justificar cualquier otra. (STF - RE: 217631 GO, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Fecha de Juzgado: 09/09/1997, Primera Turma, Fecha de Publicación: DJ 24-10-1997).³⁸

El inciso IV, del §1º, del art. 489, que ciertamente va a traer mucha polémica, dispone que no se considera fundamentada la decisión judicial que “no enfrentar todos los argumentos presentes en el proceso capaces de, en tese, infirmar la conclusión adoptada por el juzgador”³⁹.

El actual entendimiento del STJ, bien como del STF, es lo de que el magistrado no estaría obligado a se posicionar de manera específica contra cada uno de los argumentos deducidos por la parte, desde que los fundamentos utilizados tengan sido

gerar dano à esfera moral do empregado, ainda que de cunho meramente moral. (no original).

³⁷ “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (no original).

³⁸ “EMENTA: Decisão judicial: ausência de fundamentação e nulidade. Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é "inviável jurídicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais": não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra”. (no original).

³⁹ “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. (no original).

suficientes para basar su decisión, o sea, sería suficiente que el órgano jurisdiccional apenas explicitase las razones de su convencimiento. Ese entendimiento es proveniente del denominado libre convencimiento motivado previsto en el art. 131 del actual Código, por lo cual “el juez apreciará libremente la prueba, fijándose a los fatos y circunstancias constantes de los autos, aunque no alegados por las partes; pero deberá indicar, en la sentencia, los motivos que le formarán el convencimiento”⁴⁰.

Sin embargo, la existencia del libre convencimiento motivado no es factor que justifique una fundamentación deficiente y parcial, una vez que el principio es repetido en el NCPC, en su art. 371⁴¹, de manera semejante al del art. 131 del actual Código, y puede convivir de forma armónica con el art. 489, §1º, IV, del NCPC. Lo que el nuevo Código ha hecho fue tornar expreso un deber que debería ser lógico, pues proveniente del principio de la fundamentación de las decisiones judiciales y del principio democrático: la obligación de rechazar todos los argumentos que puedan hacer con que él decida de otro modo, o sea, favorable a la parte vencida. De esta manera, es derecho de la parte no solo saber el porqué del magistrado decidir contra la su pretensión, pero también las razones por las cuales sus argumentos no se sustentan.

Entretanto, es muy importante resaltar que el §3º del dispositivo en examen dispone que “la decisión judicial debe ser

⁴⁰ “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (no original).

⁴¹ El juez apreciará la prueba constante de los autos, de forma independiente del sujeto que la tenga promovido, e indicará en la decisión las razones de la formación de su convencimiento.

“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a houver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento” (no original).

interpretada de la conjugación de todos sus elementos y en conformidad con el principio de la buena-fe⁴². Luego, el juez no está obligado a se posicionar contra alegación por alegación si el contenido de su fundamentación, por la lógica, quitar los demás argumentos. Se puede citar el caso del obrero que solicita el reconocimiento del vínculo con el empleador y el pago de verbas de ruptura. Si, en este caso, el magistrado entiende que el vínculo no fue comprobado, no es necesario que se demore en la fundamentación de las razones de la negación de las das verbas de ruptura que serian provenientes del supuesto vínculo de empleo, pues la decisión debe ser interpretada en su conjunto, norteadada esa lectura por el principio de la buena-fe.

Los incisos V e VI, do §1º, del art. 489, disponen, respectivamente, que no se considera fundamentada la decisión judicial que “se limitar a invocar precedente o enunciado de sùmula, sin identificar sus fundamentos determinantes ni mostrar que el caso “sub *judice*” se ajusta a aquellos fundamentos⁴³ e que “dejar de seguir enunciado de sùmula, jurisprudencia o precedente invocado por la parte, sin demostrar la existencia de distinción en el caso en juzgado o la superación del entendimiento⁴⁴”.

Asentaran, así, la necesidad de, la decisión que recorrer a determinado precedente o sùmula, identificar los fundamentos determinantes que llevaron a su edición y demostrar que ellos se asocian al caso concreto *sub judice*, bien como la obligación de observar la jurisprudencia dominante traída por la parte o fundamentar el porque de su no aplicación en determinado caso concreto o, aun, declinar las razones para no seguirla.

⁴²“a decisão judicial deve ser interpretada da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. (no original).

⁴³ “se limitar a invocar precedente ou enunciado de sùmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (no original).

⁴⁴ “deixar de seguir enunciado de sùmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (no original).

Por fin, enuncia el §2º del art. 489 que “en caso de colisión entre normas⁴⁵, el juez debe justificar el objeto y los criterios generales de ponderación efectuada, enunciando las razones que autorizan la interferencia de la norma no fue objeto de escoja y las premisas fácticas que fundamentan la conclusión”⁴⁶. Se verifica que el dispositivo impone al magistrado el deber de explicar minuciosamente el raciocinio empleado para se valer de un principio y no otro. Y aun:

Bajo la óptica de la adecuación el juez debe demostrar, en síntesis, que la medida por él adoptada es apta a la realización del fin deseado y bajo la óptica de la necesidad, él debe analizar las medidas alternativas a esa y que puedan promover el mismo fin sin restringir, en la misma intensidad, los derechos fundamentales en conflicto, y por fin, al realizar el examen de la proporcionalidad en sentido estricto el magistrado debe responder a la siguiente pregunta para que su decisión pueda ser considerada motivada: *“el grado de importancia de la promoción del fin justifica el grado de restricción causada a los derechos fundamentales?”* (...) Lo que haz el parágrafo segundo (...) es exigir del juzgador que ele proporcione los elementos de convicción derivados del caso concreto que justifican la aplicación de un principio y no de otro. El parágrafo segundo, así, se puede afirmar está en melodía con el restante del dispositivo que visa, como visto, a dar concreción al artículo 93, inciso IX de la Constitución Federal. (itálico del original, LUCON, 2015)⁴⁷

⁴⁵ Al aparecer en el texto final del NCPC este dispositivo fue objeto de intensa crítica doctrinaria por la utilización del termo “colisión entre normas”. Es cierto que las normas, se subdividen en principios y reglas, y en el caso del conflicto entre reglas no es posible se proceder con tal ponderación, pues, la regla es o no aplicada a determinado caso concreto. Así, el ideal sería que o legislador tuviese empleado el termo “principios” al revés de normas (LUCON, 2015)

⁴⁶ “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência da norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. (no original).

⁴⁷ Sob a ótica da adequação o juiz deve demonstrar, em síntese, que a medida por ele adotada é apta à realização do fim almejado e sob a ótica da necessidade, ele deve analisar as medidas alternativas a essa e que possam promover o mesmo fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais em conflito, e por fim, ao realizar o exame da proporcionalidade em sentido estricto o magistrado deve responder à seguinte pergunta para que sua decisão possa ser considerada motivada: *“o grau de*

De ese modo, se percibe que el art. 489 del NCPC es de gran importancia para el derecho procesal, pues, de entre las normas del NCPC, él es la que posibilita de manera más efectiva la implementación de un proceso verdaderamente democrático, al imponer al juez el deber de también dialogar con las partes, posibilitando que ellas sean coautoras de la decisión judicial, aliñando el ejercicio de la función jurisdiccional con el principio democrático.

Pero es importante recordar que ni al menos era necesario que el NCPC tipificase expresamente esas reglas para que fuesen aplicadas, pues son provenientes directamente de los principios constitucionales, de entre ellos, el democrático, el debido proceso legal⁴⁸, y el contradictorio y deber de fundamentación de las decisiones.

Relevante destacar aun, que el Derecho Procesal del Trabajo es un campo aun más fértil para el desarrollo de un debido proceso constitucional, en conformidad con los valores democráticos, pues además de ser nortado por los principios que facilitan eso, como una más grande incidencia de la oralidad en

importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?” (...) O que faz o parágrafo segundo (...) é exigir do julgador que ele forneça os elementos de convicção derivados do caso concreto que justificam a aplicação de um princípio e não de outro. O parágrafo segundo, assim, pode-se afirmar está em sintonia com o restante do dispositivo que visa, como visto, a dar concretude ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. (no original).

⁴⁸ Se aprovecha para destacar importante exposición de Santos Barreiros: “El debido proceso legal no puede ser examinado de forma desvinculada del principio democrático que necesariamente le concede un formato peculiar. À luz de la democracia participativa, ningún proceso será ‘debido’, justo, sin que a él se integre el componente de la participación, sin que, por último, represente él un espacio de ejercicio democrático del poder o de la autonomía de la voluntad (conforme se trate de proceso estatal o envolviendo apenas particulares, respectivamente) (2013, p. 259). No original, a expressão entre aspas é assim lida: “O devido processo legal não pode ser examinado de forma desvinculada do princípio democrático que necessariamente lhe confere uma formatação peculiar. À luz da democracia participativa, nenhum processo será ‘debido’, justo, sem que a ele se integre o componente da participação, sem que, enfim, represente ele um espaço de exercício democrático do poder ou da autonomia da vontade (conforme se trate de processo estatal ou envolvendo apenas particulares, respectivamente).

ese ramo, el art. 765 de la CLT confiere al magistrado amplia libertad en dirección del proceso.

Y, objetivando erigir un proceso del trabajo aun más democrático es importante la manutención de un diálogo con los países latino-americanos, a través de lo que Virgílio Afonso da Silva llama de “migración de ideas”. Segundo ele “a partir de la perspectiva de la integración por medio de la migración de ideas, lo que importa es el libre cambio de experiencias, de ideas, de teorías. Ese libre cambio no pretende vincular nadie, caso contrario no sería libre”⁴⁹ (2010, p. 520). Luego ese intercambio de experiencias entre países latino-americanos, que muchas veces enfrentan los mismos problemas no solo sociales, pero jurídicos, es una necesidad muy importante para la consolidación de un Derecho Procesal del Trabajo más efectivo en la entrega de la tutela jurisdiccional y más democrático en su procedimiento.

Por fin, esencial aseverar que el NCPC expresamente dispone que “en la ausencia de normas que regulen proceso electorales, laborales o administrativos, las disposiciones de este Código les serán aplicadas suplementaria y subsidiariamente”⁵⁰ (art. 15). Este dispositivo, combinado con el art. 769 da CLT torna incuestionable la aplicación subsidiaria del NCPC al Derecho Procesal del Trabajo, en los casos de omisión de la CLT y compatibilidad del NCPC.

CONCLUSIÓN

Se denota de este estudio que el nuevo Código de Proceso Civil, siguiendo la moderna tendencia de constitucionalización del proceso, ha establecido diversas reglas como forma de

⁴⁹ “a partir da perspectiva da integração por meio da migração de idéias, o que importa é o livre câmbio de experiências, de idéias, de teorias. Esse livre câmbio não pretende vincular ninguém, caso contrário não seria livre” (no original).

⁵⁰ “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (no original).

implementar los valores constitucionales garantidos por el Estado Democrático de Derecho en el bojo del proceso, a través de un debido proceso constitucional.

Ciertamente el nuevo Código representa un grande paso en el desarrollo de un proceso pautado por el diálogo y la cooperación entre juez y partes. Así, no restan dudas de que el nuevo Código de Proceso Civil tendrá una gran importancia también para el Proceso del Trabajo, agregando substrato legal para la consolidación de un Derecho Procesal del Trabajo aun más democrático, especialmente a través del art. 489 del NCPC, que en cierta medida impone al magistrado el deber de dialogar con las partes, como una consecuencia del deber legal de fundamentación de la decisiones judiciales.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. Integração e Diálogo constitucional na América do Sul. *in* BOGDANDY, Armim Von. PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 515-530.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.536-4 (Distrito Federal). Segunda Turma. Julgado em 02/12/2003. DJ 05/03/2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116098>>. Acesso em 25/10/2014.

- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo: 0001515-94.2013.5.03.0070 RO; Data de Publicação: 10/03/2015; Disponibilização: 09/03/2015, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 415; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Convocado Marcio Roberto Tostes Franco; Revisor: Jose Marlon de Freitas. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversatio-nId=23565>. Aceso em 23/06/2014.
- CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. V. I.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição*. Direito Constitucional Positivo. 16 ed. Belo Horizonte. 2010
- CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- COUTINHO, Carlos Marden Cabral. CATERINA, Rafaela Marjorie de Oliveira. (I)Legitimidade das Decisões Judiciais: Análise dos Precedentes à Brasileira e do Acesso à justiça no Novo CPC. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle et al (coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad*. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.
- DENZ, Guilherme Frederico Hernades. *A legitimidade democrática do Poder Judiciário e a politização partidária do juiz*. Revista eletrônica da Associação dos Magistrados Paranaenses. Paraná. Disponível em: <<http://www.fagundesjunha.org.br/amapar/artigo.html>>. Acessado em

07/02/2014.

- FERNANDES, Bernado Gonçalves. MEIRA, Renan Sales de. Os poderes dos magistrados devem continuar a ser ampliados? Críticas ao projeto do novo Código de Processo Civil à luz de um modelo constitucionalmente (discursivo-democrático) adequado de processo. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle*et al*(coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad.* Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1 ed. Rio de Janeiro. Aide, 1992.
- LIMA, Vladimir Andrei Ferreira. *Do caráter dialético do processo: a necessidade de se repensar o exercício da função jurisdicional à luz da Constituição Federal e do princípio democrático e o papel do novo Código de Processo Civil na consecução deste objetivo*. Monografia não publicada. Belo Horizonte: 2015. 64p.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Não é justo atribuir ao novo Código de Processo Civil a pecha de autoritário*. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-26/paulo-lucon-nao-justo-atribuir-cpc-pecha-autoritario>>. Acessado em 21/02/2015.
- OMMATI, José Emílio Medauar. A Fundamentação das Decisões Jurisdicionais no Novo Código de Processo Civil. In FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle*et al*(coord.). *Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão presidida pelo deputado Fábio Trad.* Salvador: JusPodivm, 2014. V. 3.

- SANTOS BARREIROS, Lorena Miranda. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador JusPodivm, 2013.
- VASCONCELLOS, Marcos de. ROVER, Tadeu. "Juizes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões". Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>> Acesso em: 20 de junho de 2015.
- WAKI, Kleber de Souza. Aspectos do novo CPC (I). "O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais e o novo Código de Processo Civil". Disponível em: <<https://direitoeoutroste-mas.wordpress.com/2015/03/06/aspectos-do-novo-cpc-i-o-dever-constitucional-de-fundamentar-as-decisoes-judiciais-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 23 de junho de 25.