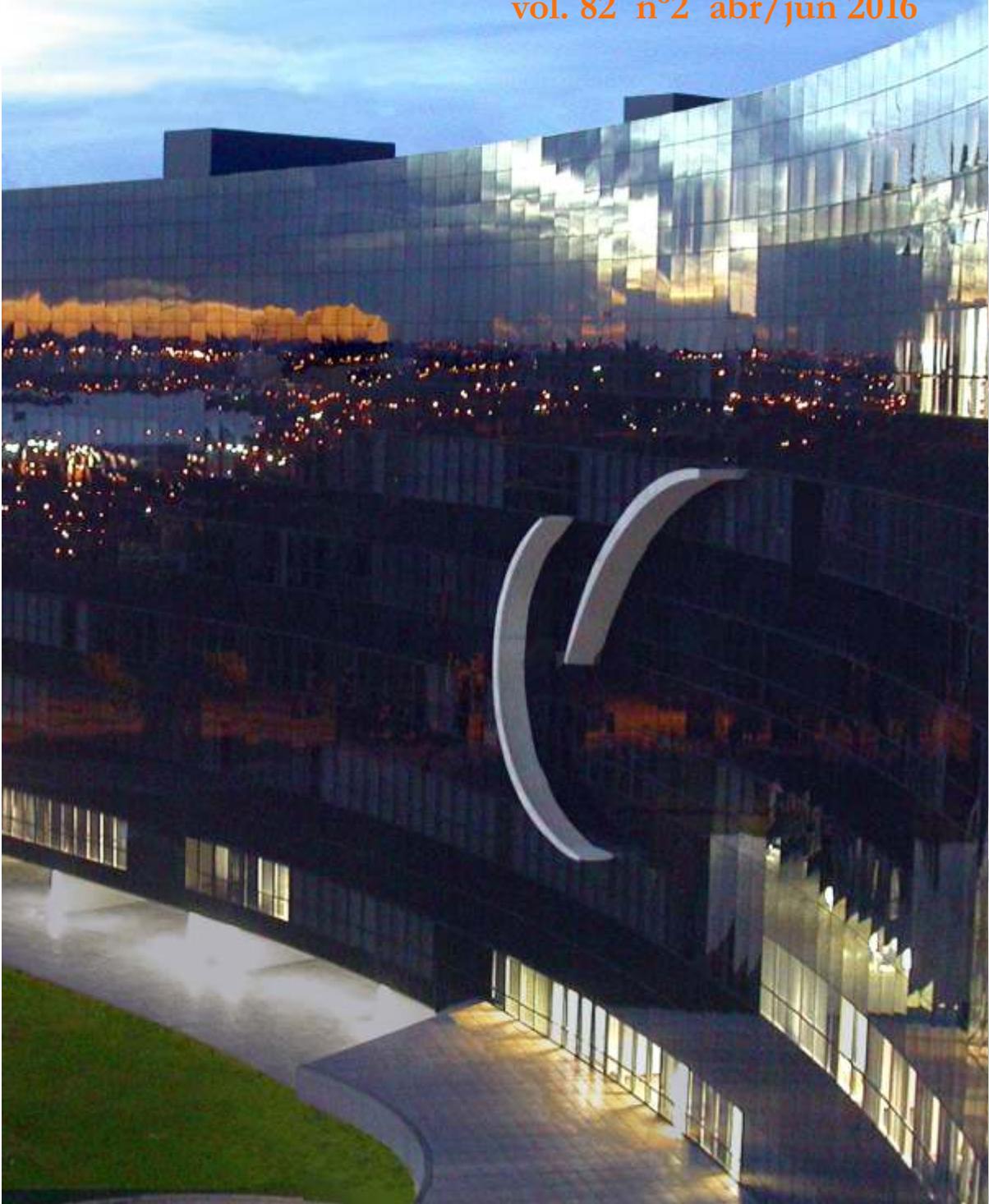


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 82 n°2 abr/jun 2016



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Presidente

Ministro Emmanoel Pereira
Vice-Presidente

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Augusto César Leite de Carvalho (*presidente*)
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministro Lelio Bentes Corrêa (*suplente*)
Comissão de Documentação

Ano 82 – nº 2 – abr. a jun. – 2016

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010- , Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Tiragem: 700 exemplares

Os artigos publicados com assinatura não traduzem necessariamente a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-9000

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Órgão Especial

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro João Batista Brito Pereira

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal
Ministro Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro Lelio Bentes Corrêa (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição – Membro do CNJ)
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição – Membro do CNJ)
Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Desembargador Marcelo Lamego Pertence (Convocado)

Segunda Turma

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministra Maria Helena Mallmann

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Fernando Eizo Ono
Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Convocada)

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Sexta Turma

Ministra Kátia Magalhães Arruda, Presidente

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Desembargador Paulo Marcelo de Miranda Serrano (Convocado)

Sétima Turma

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Oitava Turma

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministra Dora Maria da Costa

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



EMANOEL PEREIRA
Vice-Presidente



IVES GANDRA FILHO
Presidente



RENATO PAIVA
Corregedor-Geral



JOÃO ORESTE DALAZEN



BARROS LEVENHAGEN



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



**VIEIRA DE MELLO
FILHO**



ALBERTO BRESCIANI



**MARIA DE ASSIS
CALSING**



DORA COSTA



FERNANDO EIZO ONO



**GUILHERME
CAPUTO BASTOS**



**MARCIO EURICO
VITRAL AMARO**



**WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA**



**MAURICIO GÓDINHO
DELGADO**



**KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA**



**AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO**



**JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA**



**DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES**



**HUGO CARLOS
SCHEUERMANN**



**ALEXANDRE AGRA
BELMONTE**



**CLÁUDIO MASCARENHAS
BRANDÃO**



**DOUGLAS ALENCAR
RODRIGUES**



**MARIA HELENA
MALLMANN**

Sumário

DOCTRINAS

1. Breves considerações sobre a ação rescisória no novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Direito Processual do Trabalho
Alexandre Simões Lindoso 17
2. Incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Compatibilidade com o processo do trabalho
Amaury Rodrigues Pinto Junior..... 39
3. O regramento da penhora eletrônica de dinheiro no novo CPC: o equilíbrio entre os princípios da efetividade e menor onerosidade da execução
Bruno Freire e Silva 61
4. As tutelas provisórias no Processo do Trabalho
Carlos Eduardo Oliveira Dias 83
5. O *amicus curiae* no Processo do Trabalho
Carolina Tupinambá 112
6. Fundamentação exauriente ou analítica. Aplicação ao Processo do Trabalho
Cláudio Mascarenhas Brandão 134
7. O artigo 220 do novo CPC e os Tribunais do Trabalho
João Batista Brito Pereira 153
8. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no Processo do Trabalho
José Roberto Freire Pimenta 176
9. Mediação e conciliação: o novo CPC e os conflitos trabalhistas
Maria de Assis Calsing e Carolina C. Salomão Leal de Viveiros 236
10. Teoria geral da prova no Processo do Trabalho à luz do novo CPC
Mauro Schiavi 259
11. A reclamação contra a aplicação das decisões em recursos repetitivos na Justiça do Trabalho
Osmar Mendes Paixão Côrtes 284
12. Os terceiros e as decisões vinculantes no novo CPC
Sérgio Cruz Arenhart 296

Doutrina

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO RESCISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Alexandre Simões Lindoso*

1 – INTRODUÇÃO

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), uma vasta gama de inovações foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, mormente quando confrontada a novel legislação com aquela que saiu de cena no dia 18 de março de 2016.

Em vista disso, de imediato emergiram dúvidas em torno de quais disposições do novo Código seriam aplicáveis ao Direito Processual do Trabalho, tendo em conta a regra estatuída no art. 15 daquele diploma¹, bem como em razão do comando plasmado no art. 769 da CLT².

A fim de trazer segurança e previsibilidade àqueles que atuam diuturnamente na Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa nº 39, de 15.03.2016, e sinalizou, ainda que em caráter não exaustivo, quais as normas do novo CPC seriam aplicáveis ao processo laboral.

Especificamente em relação à ação rescisória, a instrução normativa (art. 3º, XXVI) preconiza a aplicabilidade dos arts. 966 a 975 do CPC, em razão da evidente lacuna existente na legislação processual trabalhista sobre o tema. E, de outra forma não poderia ser, até mesmo diante da expressa dicção do art.

* *Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho; advogado em Brasília, sócio do Escritório De Negri, Lindoso & Advogados; autor do livro “Técnica dos Recursos Trabalhistas Extraordinários” (LTr Editora) e de outros artigos em obras coletivas e revistas especializadas.*

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

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

836 da CLT³, que alude textualmente à aplicação do Código de Processo Civil nesse particular⁴.

Em comparação com o regramento adotado pelo CPC/73, o novo Código de Processo Civil promoveu diversas alterações na sistemática inerente à ação rescisória. O exame de parte dessas inovações constitui o objeto do presente trabalho. Assim, não se terá a partir deste breve estudo uma radiografia completa da ação rescisória, na forma em que prevista no CPC/2015. Apenas as alterações mais significativas é que serão objeto dessa primeira reflexão, juntamente com a consequente repercussão na esfera do Direito Processual do Trabalho.

2 – CONCEITO, NATUREZA E FUNDAMENTO JURÍDICO DA AÇÃO RESCISÓRIA

No magistério de José Carlos Barbosa Moreira, “chama-se *rescisória* a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença trântita em julgado, com eventual rejuilgamento, a seguir, da matéria nela julgada”⁵.

Conquanto tenha sido cunhada sob a égide do Código de 1973, a definição em exame encaixa-se com exatidão à sistemática da novel legislação processual, sendo, por isso mesmo, válida a sua utilização.

Partindo-se dos elementos constantes da definição, pode-se chegar à natureza e ao fundamento jurídico da ação rescisória.

Com efeito, a rescisória é *ação*. Esta é, portanto, a sua natureza jurídica. Realmente, considerando a aptidão para *formarem ou não* uma nova relação processual, os meios de impugnação das decisões judiciais classificam-se como ações autônomas ou recursos. Precisamente por inaugurar uma relação processual distinta daquela que desaguou na decisão rescindenda, a rescisória classifica-se como ação autônoma de impugnação. Seu objeto é o ataque e a desconstituição (rescisão) da decisão judicial transitada em julgado.

3 “Art. 836. É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor.”

4 Conquanto a norma da CLT faça expressa referência ao Código revogado, a questão resolve-se nos termos do § 4º do art. 1.046 do CPC/2015, segundo o qual “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”.

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. p. 100.

DOCTRINA

A ação rescisória, portanto, não é recurso e com ele não se confunde. Nem o CPC (art. 994) nem a CLT (art. 893) a ela atribuíram esta natureza jurídica. Pelo recurso, a decisão é impugnada dentro do próprio processo. Já por meio da ação rescisória, o ataque à decisão se concretiza mediante a instauração de um outro processo.

Quanto ao fundamento jurídico, a rescisória é *ação com assento na Constituição Federal*. É que a coisa julgada, enquanto instituto derivado do princípio da segurança jurídica, tem sua proteção alçada ao nível constitucional. Claros são os termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição ao preconizar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Conquanto o dispositivo constitucional, em sua literalidade, pareça restringir sua aplicação à garantia de irretroatividade da lei, tal exegese não se revela a melhor. De fato, conforme bem observa Eduardo Talamini, “a afirmação de que não é dado à lei suprimir a coisa julgada que já se tenha formado implica também o princípio geral de que o aplicador da lei não pode, ele mesmo, desrespeitar a coisa julgada”⁶.

E tendo a coisa julgada estatura constitucional, estando, inclusive, alçada ao nível das cláusulas pétreas, nada mais lógico que a medida judicial voltada à sua desconstituição igualmente esteja prevista na Constituição. Realmente, embora tenha seu procedimento e suas linhas mestras regulamentadas no nível da legislação processual ordinária, dúvidas não pode haver quanto ao fato de que a ação rescisória tem assento constitucional. Nesse sentido, conduz-se o magistério de Coqueijo Costa: “A rescisória é ação e como tal está prevista constitucionalmente (arts. 102, I, *j*, e 105, I, *e*)”⁷. Esse, igualmente, é o pensamento de Bruno Noura de Moraes Rêgo, ao dispor que, no Brasil, tem sede constitucional a ação rescisória, sendo, por isso mesmo, exceção ao princípio constitucional da coisa julgada⁸.

E, de fato, não só nos já referidos arts. 102, I, *j*, 105, I, *e*, mas também no art. 108, I, *b*, a Constituição expressamente alude à ação rescisória. E, se é certo que os dispositivos constitucionais traduzem uma regra de competência, não menos certo é que, ao atribuírem, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais o processamento e julgamento originário das ações rescisórias propostas contra seus julgados, os preceitos constitucionais estão, implicitamente, indicando

6 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 52.

7 COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 25.

8 RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 64-65.

ser a referida medida aquela apta ao ataque e desconstituição da coisa julgada, *com exceção de qualquer outra*.

Esse é um dos fundamentos pelos quais, em nossa compreensão, revela-se incompatível com a ordem constitucional a introdução de outros mecanismos, distintos da ação rescisória, capazes de relativizar a coisa julgada⁹. É o caso da previsão contida nos arts. 884, § 5º, da CLT, 525, § 12, do CPC/2015 e 741, parágrafo único, do CPC/73, que reputamos inconstitucional. O tema, contudo, além de fugir aos limites do presente trabalho, perde hoje em importância doutrinária, tendo em vista a recente decisão da Suprema Corte, que proclamou a constitucionalidade destas normas processuais¹⁰.

3 – OBJETO DA AÇÃO RESCISÓRIA: O CONTEÚDO DA DECISÃO RESCINDÍVEL

Aqui reside a primeira novidade introduzida pelo CPC/2015, quando se efetua a comparação com o sistema previsto no revogado Código de 1973.

Com efeito, na legislação anterior, o *caput* do art. 485 era claro ao preconizar que a “sentença de mérito, transitada em julgado”, poderia ser rescindida. Implantava-se ali uma ruptura com o sistema até então adotado pelo CPC/1939, no qual era possível a rescisão de decisões terminativas, ou seja, que não tivessem julgado o mérito da causa.

O CPC/2015 retoma essa sistemática. O *caput* do art. 966 afirma textualmente que “a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida”. Mais adiante, porém, em seu § 2º, o dispositivo legal contempla duas hipóteses de rescindibilidade de decisões terminativas. Para tanto, embora não seja de mérito, a decisão rescindenda deverá ser capaz de impedir “nova propositura da demanda” ou a “admissibilidade do recurso correspondente”¹¹. Cabe examiná-las.

9 Em sentido contrário: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 139. Segundo o autor, “a ação rescisória é instrumento *admitido* pela Constituição. No entanto, não está posta como uma garantia necessária e inafastável”.

10 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.418, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 04.05.2016, acórdão pendente de publicação.

11 “Art. 966. (...)

§ 2 Nas hipóteses previstas nos incisos do *caput*, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I – nova propositura da demanda; ou

II – admissibilidade do recurso correspondente.”

DOCTRINA

Quanto à primeira hipótese, a fim de alcançar a exegese da norma processual, é preciso identificar inicialmente quais são as decisões que não julgam o mérito, mas impedem a repositura da demanda. E, para tanto, faz-se necessária a análise do art. 486, § 1º, do CPC¹².

Segundo o art. 486, § 1º, do CPC¹³, ressalvada a hipótese de correção do vício, é vedada a propositura de nova ação, quando a anterior foi extinta em razão de litispendência, e nas situações descritas nos incisos I, IV, VI e VII do art. 485 do CPC¹⁴. Em todas essas hipóteses, uma vez *não sanado* o erro, estará vedado o reajuizamento da ação. Em vista disso, ou a parte corrige o problema e repropõe a demanda ou, caso esteja convicta de que o defeito é infundado, ajuíza a ação rescisória. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de extinção do feito por ilegitimidade (ativa ou passiva). Se a parte seguir convencida da impropriedade de tal conclusão, não há sentido em cogitar-se de saneamento do vício. Caso se opere o trânsito em julgado, o ajuizamento da ação rescisória será a saída para o impasse e terá lugar com base no art. 966, V, do CPC¹⁵.

Por se tratar de defeitos que não podem ser corrigidos, o art. 486, § 1º, do CPC não alude às hipóteses de coisa julgada (CPC, art. 485, V) e preempção (CPC, arts. 485, V, e 486, § 3º). A despeito disso, com maior razão, estará aberta a possibilidade de propositura da ação rescisória, forte na regra plasmada no § 2º do art. 966 do CPC¹⁶, cujo cabimento vincula-se apenas à existência de

12 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 425.

13 “Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

§ 1 No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.”

14 “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I – indeferir a petição inicial;

II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V – reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII – homologar a desistência da ação;

IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X – nos demais casos prescritos neste Código.”

15 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*. São Paulo: LTr, 2015. p. 1.142.

16 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 427.

uma decisão terminativa juridicamente capaz de impedir a nova propositura da demanda.

O § 2º do art. 966 do CPC alude ainda à rescindibilidade de decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, *impeça a admissibilidade do recurso correspondente*. É o caso, por exemplo, de decisão que não conhece de certo recurso, por ausência de pressuposto de admissibilidade em violação à disposição de lei. Imagine-se um recurso não conhecido por deserção, a despeito de a parte ser beneficiária da justiça gratuita ou estar contemplada por alguma isenção legal. Hipóteses como esta, que na sistemática anterior não abriam ensejo à rescisão, agora encontram guarida na legislação processual.

O importante é que a inadmissibilidade do recurso, levada a cabo de forma errônea pela decisão rescindenda, repercute sobre a validade de um pronunciamento final de mérito¹⁷, acarretando a formação de coisa julgada material¹⁸, ou produza o efeito negativo similar, no caso de decisão terminativa, que é o de impedir a repropositura da ação¹⁹.

O advento dessa hipótese de rescisão torna superado o entendimento perfilhado no item IV da Súmula nº 192 do Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual “é manifesta a impossibilidade jurídica do pedido de rescisão de julgado proferido em agravo de instrumento que, limitando-se a aferir o eventual desacerto do juízo negativo de admissibilidade do recurso de revista, não substitui o acórdão regional, na forma do art. 512 do CPC”. Realmente, a partir da sistemática adotada pelo novo CPC, decisões dessa natureza passam a ser juridicamente rescindíveis, não se podendo mais cogitar do posicionamento sufragado pelo verbete sumular.

4 – A COMPETÊNCIA. ERRO NA INDICAÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA

No que tange à competência para o julgamento da ação rescisória, observa Pontes de Miranda que não há princípio *a priori* que a subordine à competência do juiz superior, nem à competência do mesmo juiz. O princípio, afirma, “é o da *par maiorve potestas* (do juízo igual ou superior)”²⁰. E, de fato, a ação rescisória compete ao Tribunal que proferiu a decisão rescindenda ou, no caso

17 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 173.

18 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 828.

19 MEDINA, José Miguel Garcia. Art. 966. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.248.

20 MIRANDA, Pontes. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 95.

de decisão de primeiro grau, ao Tribunal ao qual está diretamente vinculado o Juízo que a prolatou.

A precisa identificação da decisão rescindenda, portanto, constitui fator juridicamente relevante para a correta propositura da ação rescisória. Por essa razão, a questão da competência para o julgamento da ação está intimamente ligada ao efeito substitutivo previsto no art. 1.008 do CPC, que assim dispõe: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso”.

Partindo-se do dispositivo, verifica-se que somente a decisão relativa ao *mérito recursal* deflagra o efeito substitutivo. Por outras palavras, a substituição somente tem incidência quando o recurso é conhecido e julgado pelo mérito²¹. Em hipóteses diversas, adverte Barbosa Moreira, dela não se poderá cogitar, já que, se o recurso deixa de ser conhecido, não há, sob qualquer aspecto, análise da matéria que no julgamento proferido pelo órgão *a quo* constituiu objeto da impugnação do recorrente²².

A identificação da matéria objeto do recurso constitui importante fator no trato do tema em questão, já que a incidência do efeito substitutivo pode ou não ocorrer a depender de a impugnação estar voltada à correção de *erro in judicando* ou de *error in procedendo*.

Com efeito, estando o recurso direcionado à correção de *error in judicando*, este, uma vez conhecido, deflagrará o efeito substitutivo, que, nessa hipótese, sempre terá incidência. Assim, é indiferente que a impugnação seja provida, com a subsequente reforma da decisão recorrida ou improvida, com a “confirmação” da decisão atacada²³. Em ambas as situações a substituição ocorrerá.

Quando, ao revés, se cuidar de recurso voltado ao ataque de *error in procedendo*, o efeito substitutivo somente terá lugar na hipótese de não provimento da irresignação.

E, de fato, nos casos em que há a declaração de nulidade da decisão recorrida, em decorrência do provimento de recurso fundado em *error in procedendo*,

21 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 272-273; BUENO, Cassio Scarpinella. Efeitos dos recursos. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006. v. 10. p. 88.

22 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. p. 395.

23 NERY Jr., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 421.

DOCTRINA

não há como se ter por incidente o efeito substitutivo, já que o resultado do julgamento do recurso traz por consequência apenas a eliminação da decisão impugnada, em razão de sua nulidade. Nesse sentido, vale a transcrição do magistério de Manoel Antonio Teixeira Filho:

“Reclama exame especial o recurso que visa à declaração de nulidade da sentença. Nesse caso, se o tribunal der provimento ao apelo, anulará a decisão de primeiro grau, fazendo com que se retorne ao *nihil* existente antes do proferimento daquela decisão; deixa de haver, portanto, qualquer pronunciamento sobre o mérito. Como se trata de recurso, a consequência será a devolução dos autos ao juízo inferior para que profira, novamente, outra sentença, dessa vez de maneira regular – ainda que o seu convencimento quanto à matéria de mérito se mantenha inalterado em relação ao que decidira na sentença anulada. O exemplo bem revela que o acórdão, na hipótese, não *substitui* a decisão do juiz inferior; apenas anula-a.”²⁴

Já nos casos em que o recurso, conquanto tenha por objeto a impugnação de *error in procedendo*, é conhecido, mas improvido, não pode haver dúvida quanto ao fato de que, nos limites da impugnação, terá lugar a substituição da decisão recorrida.

Ainda sob o prisma dos *errores in procedendo*, é importante lembrar exceção à regra geral antes mencionada. Trata-se da hipótese de recurso voltado à impugnação de julgamento *ultra petita*. É que, mesmo no caso de o recurso ser conhecido e provido, haverá a substituição, em razão de ser desnecessária a declaração de nulidade da decisão recorrida, já que ao tribunal, com vistas a corrigir o vício de atividade, basta suprimir o excesso constante do julgado proferido pelo juízo *a quo*.

No que toca à sua extensão, a substituição poderá ser total ou parcial. Esta última tem lugar quando o recurso for parcial ou quando este for apenas parcialmente conhecido²⁵. Nesse caso, conforme pontua Manoel Antonio Teixeira Filho, “passam a coexistir dois pronunciamentos jurisdicionais, que constituirão, mais tarde, o título executivo judicial que legitimará a execução”²⁶.

24 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 273.

25 NERY Jr., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 422.

26 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 272.

É importante ainda atentar para o fato de que, ao longo do processo, poderão ocorrer *várias substituições*. Desde que os diversos julgamentos proferidos durante a tramitação do feito tenham o mesmo objeto, cada um destes substituirá o anterior, tanto no caso de vir a reformá-lo, quanto na hipótese de sua “confirmação”²⁷. Esse aspecto assume especial relevância para os fins de eventual propositura de ação rescisória.

Assim, operado o trânsito em julgado da sentença ou havendo substituição desta por acórdão do Tribunal Regional do Trabalho, com subsequente formação de coisa julgada, será deste a competência para o julgamento da ação rescisória. Operando-se, porém, a substituição dos julgados anteriores por decisão do Tribunal Superior do Trabalho, é contra essa última que deverá se dirigir a pretensão rescisória, competindo o julgamento ao próprio TST. Nessa mesma linha, competirá ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações rescisórias propostas contra as decisões ali proferidas, que tenham operado a substituição em relação àquelas prolatadas pelas instâncias inferiores.

Em relação às decisões de mérito (CPC, art. 966, *caput*), operado o trânsito em julgado, será rescindível apenas a decisão que por último apreciou o mérito da lide²⁸. Fixada essa premissa, se a decisão passível de rescisão for a sentença ou o acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho, deste será a competência para o julgamento da ação rescisória. De seu turno, se o mérito da causa tiver sido apreciado em derradeira oportunidade pelo Tribunal Superior do Trabalho, dele, e não mais do Tribunal Regional, é que será a competência funcional e assim sucessivamente.

No que concerne ao aspecto acima, cumpre alertar para a relevante questão de que os Tribunais Superiores, malgrado muitas vezes examinem o mérito do recurso, terminam por proclamar o não conhecimento da irresignação. Referimo-nos a hipóteses em que a violação legal ou constitucional é expressamente afastada ou a admissão do recurso é obstada mediante a incidência de súmula ou jurisprudência uniforme pertinente ao direito em discussão. Em tais situações, conquanto as decisões usualmente aludam ao não conhecimento do recurso, as consequências jurídicas decorrentes são equivalentes ao conhecimento e desprovimento, fazendo incidir, portanto, o efeito substitutivo em relação ao julgado recorrido.

27 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. p. 397.

28 COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 37-38.

DOUTRINA

Sob a égide do CPC/73, o Tribunal Superior do Trabalho uniformizou o tema nos diversos itens de sua Súmula nº 192, estabelecendo as seguintes diretrizes:

“AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO (inciso III alterado) – Res. 153/2008, DEJT divulgado em 20, 21 e 24.11.2008.

I – Se não houver o conhecimento de recurso de revista ou de embargos, a competência para julgar ação que vise a rescindir a decisão de mérito é do Tribunal Regional do Trabalho, ressalvado o disposto no item II. (ex-Súmula nº 192 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II – Acórdão rescindendo do Tribunal Superior do Trabalho que não conhece de recurso de embargos ou de revista, analisando arguição de violação de dispositivo de lei material ou decidindo em consonância com súmula de direito material ou com iterativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais (Súmula nº 333), examina o mérito da causa, cabendo ação rescisória da competência do Tribunal Superior do Trabalho. (ex-Súmula nº 192 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

III – Em face do disposto no art. 512 do CPC, é juridicamente impossível o pedido explícito de desconstituição de sentença quando substituída por acórdão do Tribunal Regional ou superveniente sentença homologatória de acordo que puser fim ao litígio.

IV – É manifesta a impossibilidade jurídica do pedido de rescisão de julgado proferido em agravo de instrumento que, limitando-se a aferir o eventual desacerto do juízo negativo de admissibilidade do recurso de revista, não substitui o acórdão regional, na forma do art. 512 do CPC. (ex-OJ nº 105 da SBDI-2 – DJ 29.04.2003)

V – A decisão proferida pela SBDI, em sede de agravo regimental, calcada na Súmula nº 333, substitui acórdão de Turma do TST, porque emite juízo de mérito, comportando, em tese, o corte rescisório. (ex-OJ nº 133 da SBDI-2 – DJ 04.05.2004)”

De fato, de nada adiantará que o autor da ação formule pretensão voltada à rescisão de decisão não mais subsistente no mundo jurídico, pois, nessa hipótese, o pedido será juridicamente impossível, em conformidade com o item III da Súmula nº 192 do TST. A pretensão também estará inequivocamente

contaminada pela falta de interesse e utilidade²⁹, já que, conforme adverte Dinamarco, sendo a decisão atacada um ser morto, não faz nenhum sentido pensar em tirar-lhe a vida³⁰.

Nessas situações, forte na diretriz estampada no verbete sumular antes mencionado, o Tribunal Superior do Trabalho firmou seu entendimento no sentido de extinguir, de plano, as ações rescisórias, sem resolução do mérito³¹.

Rompendo com esse posicionamento, o art. 968 do CPC, em seus §§ 5º e 6º, preconiza que:

“§ 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:

I – não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no § 2º do art. 966;

II – tiver sido substituída por decisão posterior.

§ 6º Na hipótese do § 5º, após a emenda da petição inicial, será permitido ao réu complementar os fundamentos de defesa, e, em seguida, os autos serão remetidos ao tribunal competente.”

29 Em relação a esse aspecto, cabe trazer a lume os seguintes julgados: STF, AR-1.112/SP, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rev. Min. Moreira Alves, unânime, DJ 11.09.92; STF, AR-1.151-1/RJ, Plenário, Rel. Min. Alfredo Buzaid, unânime, DJ 31.08.84; STF, RCL-377/PR, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 30.04.93; e TST, ROAR-121.134/2004-900-01-00.8, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 19.11.04.

30 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 282.

31 “RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE RESCISÃO. EFEITO SUBSTITUTIVO DO JULGAMENTO PROFERIDO PELA CORTE REGIONAL. DESACERTO NA INDICAÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA. SÚMULA N 192, III, DO TST. Hipótese em que o pleito deduzido na ação rescisória volta-se expressamente contra a sentença proferida na reclamação trabalhista matriz. Sucede, no entanto, que ocorreu o efeito substitutivo da sentença, nos termos do art. 512 do CPC, pois o Tribunal Regional, no julgamento de recurso ordinário, enfrentou o mérito da causa, não apenas procedendo à ‘confirmação’ da sentença recorrida, mas realizando longa análise do caso, ainda que, ao final, tenha mantido o decreto de improcedência. A rigor, a mera adoção, no acórdão prolatado pelo Tribunal Regional, dos fundamentos expostos no julgamento de primeira instância, não afasta a substituição que o julgado *ad quem* opera sobre o de primeiro grau. Afinal, consoante o disposto no referido art. 512 do CPC, o julgamento proferido na instância revisora substitui a sentença recorrida no que tiver sido objeto do recurso. Portanto, pretendendo o autor rescindir sentença que foi substituída por acórdão emanado de Turma do Tribunal Regional, resta patente a impossibilidade jurídica do pedido, a impor a extinção do processo, sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI, c/c a Súmula n 192, III, do TST). Recurso ordinário conhecido e não provido.” (Processo RO-10005-83.2013.5.08.0000, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, j. 23.06.2015, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, public. DEJT 26.06.2015)

DOCTRINA

Assim, se a ação rescisória equivocadamente dirigir-se contra decisão que tiver sido substituída por outra posterior (§ 5º, inciso II), o autor deverá ser chamado a emendar a petição inicial, a fim de que, corrigindo o equívoco, indique com precisão a correta decisão rescindenda. Após a emenda e franqueada ao réu a oportunidade para complementar os argumentos articulados em defesa, os autos deverão ser remetidos ao tribunal competente. Tem-se, portanto, que o erro na indicação da decisão rescindenda, por força do disposto no art. 1.008 do CPC, não mais provoca, *de imediato*, a extinção do processo na forma da jurisprudência construída sob a égide do CPC/73.

A mesma providência terá lugar na hipótese prevista no inciso I do § 5º do art. 968 do CPC. Cuida-se aqui da situação em que a decisão apontada como rescindenda não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no § 2º do art. 966.

O prazo para a emenda, considerando a ausência de disposição legislativa específica, será aquele previsto no art. 321 do CPC.

Por fim, é de se render elogios à alteração introduzida pelo CPC/2015. Evita a consumação da decadência, que poderá ocorrer caso, em razão da extinção da primeira, seja necessário o ajuizamento de uma nova ação rescisória. Prestigia, de outro lado, o princípio da primazia da decisão de mérito, também inscrito nos arts. 4º e 6º do novo estatuto processual, preconizando o saneamento de eventuais vícios, defeitos e incorreções, a fim de possibilitar a solução do conflito submetido ao Poder Judiciário³².

5 – PRAZO DECADENCIAL

No que tange ao prazo, o CPC/2015 repete no *caput* do art. 975 a mesma diretriz estatuída no art. 495 do CPC/73, ao preconizar que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

Trata-se de prazo decadencial e que, por essa razão, sofre a incidência do disposto no art. 207 do Código Civil, segundo o qual, “salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”. Em verdadeira exceção à regra geral, contudo, o § 1º do art. 975 estabelece que o *termo final* do prazo decadencial se prorroga até o primeiro dia útil imediatamente subsequente, quando expirar

32 Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 456.

durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense. O Código contempla agora, de maneira expressa, o que já era consagrado na jurisprudência do TST, consoante a orientação estratificada no item IX da Súmula nº 100 da Corte Superior³³.

Quanto ao termo inicial, o art. 975 do CPC contempla algumas exceções. Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (§ 2º). Em relação ao terceiro prejudicado e ao Ministério Público que não intervieram anteriormente no processo, o § 3º da norma processual estipula que, nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, a partir do momento em que têm ciência da fraude. Esse já era o entendimento consagrado na jurisprudência do TST ao tempo do CPC/73, conforme registra o item VI da Súmula nº 100 do TST³⁴ e julgados específicos sobre o tema³⁵.

33 “IX – Prorroga-se até o primeiro dia útil, imediatamente subsequente, o prazo decadencial para ajuizamento de ação rescisória quando expira em férias forenses, feriados, finais de semana ou em dia em que não houver expediente forense. Aplicação do art. 775 da CLT. (ex-OJ n 13 da SBDI-2 – inserida em 20.09.2000)”

34 “VI – Na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude.”

35 “RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. TERCEIRO INTERESSADO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL A PARTIR DA CIÊNCIA DA SUPOSTA FRAUDE. 1. Hipótese em que o autor alega a ocorrência de colusão entre as partes da ação primitiva, pretendendo que a contagem do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória dê-se a partir da ciência da suposta fraude praticada naquela ação. 2. A data da ciência da colusão, fixada como critério para o início do prazo decadencial para a propositura de ação rescisória quando o Ministério Público figurar como autor (Súmula n 100, VI, do TST), encerra interpretação excepcional da regra do art. 495 do CPC. Embora o verbete jurisprudencial editado por esta Corte refira-se ao prazo de decadência para a atuação do Ministério Público, parece irrecusável que o critério nele consagrado deve prevalecer nas situações em que o terceiro possua interesse jurídico em rescindir a coisa julgada fraudulenta. Afinal, consoante conhecido brocardo latino, onde existe a mesma razão deve prevalecer a mesma regra de Direito (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*). Disso decorre que, nos casos de colusão em lides simuladas (art. 485), o biênio decadencial somente poderá ter início quando cabalmente comprovada a ciência pelo terceiro interessado da fraude operada. Consequentemente, tendo o autor, na espécie, ciência da alegada fraude em 17.09.08, momento em que realizada a penhora no rosto dos autos da execução que move contra o sócio da segunda ré, é tempestivo o ajuizamento da ação rescisória em 16.09.2010. Precedentes da SBDI-2/TST. 3. Não se tratando de controvérsia baseada em questão exclusivamente de direito (Súmula n 100, VII, do TST), determina-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento. Recurso ordinário provido.” (Processo TST-RO-10353-74.2010.5.02.0000, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 15.05.2015)

E de forma mais abrangente:

“RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. COISA JULGADA. EFICÁCIA DA SENTENÇA EM RELAÇÃO A TERCEIROS QUE COMPROVADAMENTE NÃO TIVERAM CIÊNCIA DA DECISÃO ORIGINÁRIA. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. Tratando-se de discussão envolvendo a oponibilidade dos efeitos da coisa julgada em relação

Por fim, merece atenção a hipótese prevista no art. 525, § 15, do CPC, que fixa o cabimento de ação rescisória no caso de sobrevir decisão do Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional pela via difusa ou concentrada, que seja *posterior ao trânsito em julgado* da decisão rescindenda e que com ela conflite³⁶. Nessa situação, a norma processual estabelece que o biênio decadencial tem sua fluência a partir “do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”, e não da data em que o julgado rescindendo transitou em julgado.

É de ser considerada aqui a nada improvável hipótese de o Supremo Tribunal Federal proferir sua decisão após o decurso de muitos anos da conformação da coisa julgada³⁷. Nesse passo, o marco inicial de contagem fixado pelo art. 525, § 15, do CPC constitui um verdadeiro e grave atentado ao princípio da segurança jurídica, que, nas palavras de Humberto Ávila, tem na decadência uma de suas decorrências objetivas. Daí a razão pela qual, segundo o autor, a fixação de prazos opera em favor da estabilidade das situações jurídicas e da eliminação das incertezas³⁸.

A autoridade da coisa julgada “guarda relação com o escopo social magno do processo, uma vez que a definitiva pacificação não se obtém enquanto não

a terceiros que tiveram sua situação jurídica comprometida, tem-se que somente a partir do momento em que houve a ciência efetiva pelos autores da ação rescisória da decisão trântita em julgado é que passou a fluir o prazo decadencial. Nessas circunstâncias, não se pode considerar a data precedente nos autos do processo originário do trânsito em julgado da decisão rescindenda, à míngua de comprovação de qualquer ato de publicidade que efetivasse a ciência de seu conteúdo e efeitos aos terceiros que não participaram da relação jurídico-processual antecedente. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e provido.” (Processo RO-1011-21.2011.5.05.0000, Red.: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 24.11.2015, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, public. DEJT 20.05.2016)

36 O Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide do Código de 1973, analisou essa hipótese de rescindibilidade de decisões judiciais e firmou o seguinte entendimento: “Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495) (Recurso Extraordinário 730.462, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 28.05.2015, acórdão eletrônico repercussão geral – mérito, DJe-177, divulg. 08.09.2015, public. 09.09.2015).

37 Tome-se como exemplo a ADI 1.764/DF. Proposta em janeiro de 1998 contra a Lei n. 9.601/98, encontra-se até hoje com o julgamento da medida cautelar pendente de finalização. O Recurso Extraordinário 590.415/SC-RG, que decidiu sob o rito da repercussão geral a questão atinente ao Plano de Desligamento Incentivado do BESC – Banco do Estado de Santa Catarina, tramitou no STF de junho de 2008 até março de 2016, quando se encerrou definitivamente a apreciação da questão constitucional controvertida.

38 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 353.

conseguida a ‘imunização’ das decisões judiciais³⁹. Embora persiga a justiça e a isonomia no tratamento jurisprudencial, o processo caminha para o restabelecimento da paz social, “mesmo que com isso se possa chegar a resultados não perfeitamente aderentes à vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto já antes definido”⁴⁰.

Não se mostra razoável, por isso, que a coisa julgada seja submetida a um estado indefinido de instabilidade, ainda mais se sobre a questão constitucional decidida não houver sequer uma ação de controle de constitucionalidade em abstrato ajuizada, ou mesmo a afetação de um recurso extraordinário ao rito da repercussão geral. Em tese, toda e qualquer decisão sobre matéria constitucional transitada em julgado será afetada. A fluência do prazo decadencial, no entanto, não pode permanecer vinculada à mera possibilidade de instauração da jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal ou de que a Corte Suprema, na difícil gestão de seu acervo, consiga, em um momento futuro e incerto, julgar as questões constitucionais já submetidas à sua apreciação.

Nesse contexto, é de ser afastada, por inconstitucional, a regra de contagem prevista no art. 525, § 15, do CPC, aplicando-se ao caso o prazo decadencial geral previsto no *caput* do art. 975 do CPC. Até porque esse mesmo prazo é pertinente a outra hipótese de rescindibilidade igualmente relacionada com o exercício da jurisdição constitucional pelo STF (CPC, art. 966, §§ 5º e 6º).

Na busca, porém, de uma interpretação que preserve a higidez da norma processual, no mínimo deverá incidir, por analogia, o limite de cinco anos estatuído no § 2º do art. 975. Assim, à semelhança do que ocorre com a descoberta da prova nova, a consumação do prazo decadencial não ficará indefinidamente em suspenso, à espera de um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

De todo modo, por força do art. 1.057 do Código de Processo Civil, o disposto no art. 525, § 15, somente terá incidência sobre as decisões transitadas em julgado após a sua vigência⁴¹.

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 167.

40 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 167.

41 “Art. 1.057. O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7 e 8, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no art. 475-L, § 1, e no art. 741, parágrafo único, da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.”

6 – DEPÓSITO PRÉVIO

Quanto ao depósito prévio, ressalvado o percentual (art. 968, II), que no processo trabalhista é fixado pelo art. 836 da CLT em 20%, em todos os demais aspectos o Código de Processo Civil é a norma de regência da ação rescisória.

De outro lado, com exceção do valor-limite de 1.000 salários mínimos previsto no § 2º do art. 968, o novo Código de Processo Civil não trouxe maiores novidades nesse particular, adotando, em linhas gerais, a mesma sistemática presente no CPC/73.

A imposição de limite ao valor do depósito constitui previsão harmônica com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Compatibiliza a finalidade do depósito, cujo escopo é servir de freio à banalização da ação rescisória⁴², com o próprio direito à sua propositura (CF, art. 5º, XXXV), viabilizando o acesso ao Poder Judiciário e a entrega da prestação jurisdicional sobretudo nas causas de grande repercussão econômica.

Não obstante opiniões em contrário⁴³, entendemos que o limitador é supletivamente aplicável ao processo trabalhista, mediante incidência do art. 15 do CPC/2015, haja vista a omissão parcial existente na CLT.

7 – CAUSAS DE RESCINDIBILIDADE

Em relação às causas de rescindibilidade, o Código de Processo Civil trouxe algumas inovações que merecem ser destacadas, já que poderão suscitar alguma dúvida interpretativa, quando comparadas com as previsões correlatas existentes no ordenamento anterior. Trata-se das hipóteses previstas pelo art. 966 no inciso V (violar manifestamente *norma jurídica*) e no inciso VII (*prova nova*).

O novo CPC inseriu ainda uma hipótese de rescisão de julgados inexistente na legislação processual revogada (CPC, art. 966, §§ 5º e 6º) e que igualmente deve ser alvo de considerações, sobretudo considerando o sistema de precedentes hoje vigente no ordenamento processual brasileiro.

42 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. p. 182.

43 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*. São Paulo: LTr, 2015. p. 1.152.

7.1 – Violação de norma jurídica

No CPC/73, o art. 485, inciso V, estabelecia como causa de rescisão da sentença a ocorrência de violação de literal disposição de lei. Partindo de uma exegese mais restritiva da norma legal, parcela da doutrina defendia que o cabimento da ação estava limitado “à violação de um dispositivo existente no ordenamento legal”⁴⁴.

Ao discorrer sobre a referida norma processual, contudo, Barbosa Moreira ressaltava que o ordenamento jurídico não se exaure naquilo que a *letra* da lei revela à primeira vista e que não é menos grave o erro do julgador na solução da *quaestio iuris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar *literalmente* de texto algum⁴⁵. Em linha similar, Pontes de Miranda afirmava que “sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritável ou já escrito (‘literal’), ou contra algum princípio geral de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis”⁴⁶.

Em atenção a essas observações e críticas doutrinárias, ao aludir à violação manifesta de *norma jurídica* (art. 966, V), o CPC/2015 amplia o espectro de cabimento da ação rescisória. O faz, contudo, não a ponto de afastar o entendimento fixado pelo TST na Orientação Jurisprudencial nº 25 da SBDI-2, e admitir pedido de rescisão fundado em contrariedade à norma de convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, portaria do Poder Executivo, regulamento de empresa e súmula ou orientação jurisprudencial de tribunal de natureza meramente persuasiva. Tampouco se terá por cabível a ação rescisória por contrariedade à doutrina, na forma do temor manifestado por Manoel Antonio Teixeira Filho⁴⁷.

Ao referir à violação de norma jurídica, a legislação passa a permitir que a rescisão ocorra quando a lesão se verificar não só em relação às regras, mas também no tocante aos princípios jurídicos. Afinal, de acordo com o magistério de Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios é, antes de mais nada,

44 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação rescisória no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 246. No mesmo sentido: COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 83.

45 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. p. 131.

46 MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 267.

47 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)*. São Paulo: LTr, 2015. p. 1.122.

uma distinção entre dois tipos de norma. Vale dizer, tanto as regras como os princípios constituem espécies do gênero norma jurídica⁴⁸.

Abarca também normas jurídicas de qualquer natureza, desde que revestidas de caráter geral: Constituição, leis ordinárias, delegadas, complementares, medidas provisórias, decretos, regulamentos, etc. A norma pode ser federal, estadual, municipal ou mesmo internacional. Pode ser processual ou de direito material.

Importantes autores preconizam ainda o cabimento da ação rescisória quando houver contrariedade manifesta a precedente obrigatório em sua *ratio decidendi*⁴⁹. Alexandre Freitas Câmara, ainda sob a égide do Código anterior, já defendia a rescisão de julgados proferidos contrariamente à súmula vinculante⁵⁰, enquadrando o caso nas balizas do revogado art. 485, V.

Em se tratando de matéria constitucional, o cabimento da ação rescisória já encontra previsão expressa no § 15 do art. 525 do CPC/2015. Decisão do Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, que seja posterior e conflitante com outra decisão passada em julgado, abre margem, em tese, à propositura de ação rescisória.

Isto não significa, entretanto, que se terá necessariamente um juízo de procedência. Em casos de superação de anterior jurisprudência do STF, a adoção de novo posicionamento sobre a questão constitucional não serve de base à rescisão dos julgados anteriores que lhes sejam conflitantes. Assim proclamou o próprio Supremo Tribunal Federal, sob o rito da repercussão geral, fazendo incidir na hipótese a orientação prevista na Súmula nº 343 daquela Corte, mesmo em se tratando de temática constitucional:

“AÇÃO RESCISÓRIA *VERSUS* UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões ‘ação rescisória’ e ‘uniformização da jurisprudência’. AÇÃO RESCISÓRIA. VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando

48 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 83.

49 Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 494; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2. p. 711.

50 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 84.

o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.”⁵¹

Conforme assinalou o Ministro Marco Aurélio no voto condutor do precedente acima referido, “a rescisória deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada”. E, ao preconizar a aplicação da Súmula nº 343, assentou que:

“Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica.”

Nesse contexto, é de se tomar com cautela a afirmação generalizante adotada pela antiga Orientação Jurisprudencial nº 29 da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do TST, segundo a qual: “No julgamento de ação rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC, não se aplica o óbice das Súmulas ns. 83 do TST e 343 do STF, quando se tratar de matéria constitucional”.

Diante dos fundamentos acima, cuidando-se de precedente versando sobre temas de índole infraconstitucional, o posicionamento adotado pelo item II da Súmula nº 83 do TST⁵², com maior razão, mostra-se ajustado e compatível com o sistema processual e constitucional atualmente em vigor.

7.2 – Ação rescisória e distinguishing

É de se ter por absolutamente superada a ideia de que o Direito brasileiro, por enquadrar-se no sistema do *civil law*, é refratário a qualquer diretriz que preconize o respeito à jurisprudência pelo Poder Judiciário. Enfatiza René David, ao discorrer sobre o papel da jurisprudência nos países de tradição

51 Recurso Extraordinário 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 22.10.2014, acórdão eletrônico, repercussão geral – mérito, DJe-230, divulg. 21.11.2014, public. 24.11.2014.

52 “II – O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida.”

romano-germânica, ser cada vez mais frequente “que se torne obrigatório para os juízes seguirem determinado precedente, ou linha de precedentes.”⁵³

É certo que a lei, no sistema do *civil law*, continua a ter a primazia no rol das fontes do Direito. Não se pode, porém, fechar os olhos à crescente importância que a uniformização da jurisprudência vem assumindo no cenário jurídico nacional.

E, de fato, a legislação brasileira, tanto na esfera ordinária quanto na órbita constitucional, há muito sinaliza para a necessidade de uniformização da jurisprudência e de sua consequente observância pelo Poder Judiciário, como corolários dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, são inúmeras as normas que direcionam para a uniformização e respeito à jurisprudência pacificada. Por meio do recurso de revista (CLT, art. 896), o Tribunal Superior do Trabalho uniformiza divergência pretoriana existente entre os diversos Tribunais Regionais do Trabalho. As Cortes Regionais, por sua vez, são compelidas a uniformizar sua jurisprudência, na forma estatuída no § 3º do art. 896 consolidado. Por meio dos embargos de divergência (CLT, art. 894, II), o Tribunal Superior do Trabalho uniformiza sua jurisprudência intramuros. Há ainda as súmulas impeditivas de recursos (CPC, art. 932, IV, *a*, e CLT, art. 896, § 7º).

Para os limites do presente trabalho, interessa-nos, particularmente, além das súmulas vinculantes (CF, art. 103-A, e Lei nº 11.417/06), o rito especial de julgamento dos recursos repetitivos, que foi introduzido no Processo do Trabalho pela Lei nº 13.015/2014 (CLT, arts. 896-B e 896-C), o instituto da repercussão geral e a diretriz exarada pelo novo Código de Processo Civil, ao estabelecer que:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

53 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 160-161.

DOCTRINA

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

A finalidade de todo esse arcabouço legislativo reside na necessidade de uniformizar teses acerca de questões de direito, que fixarão pautas a serem seguidas pelas instâncias inferiores no âmbito do Poder Judiciário. O que se busca, assim, é a fixação de um *precedente obrigatório*, que será o produto de um julgamento, voltado a irradiar seus efeitos sobre uma multiplicidade de processos em que esteja em causa uma mesma questão de direito. Objetiva-se com isso evitar que os juízes decidam de maneiras diferentes *casos iguais*.

Daí por que, *não havendo* total aderência entre o caso a ser julgado e o precedente firmado, a Lei nº 13.015/2014 contempla a hipótese do *distinishing*, ou seja, a possibilidade de não se aplicar o precedente, porque este não se ajusta ao caso concreto⁵⁴. É o que se colhe do art. 896-C, § 16, da CLT, *in verbis*: “A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos”.

A literalidade do dispositivo impele inexoravelmente à conclusão de que o afastamento do precedente deverá ser motivado, de modo a ficar evidenciado que a situação de fato ou de direito é distinta.

Caso se esteja diante de uma decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento, o Código de Processo Civil autoriza o ajuizamento de ação rescisória, com base no inciso V do art. 966 (violação manifesta de norma jurídica). É o que se colhe da literalidade do § 5º da referida norma processual.

Para tanto, porém, caberá ao autor, *sob pena de inépcia*, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por *hipótese fática distinta* ou de *questão jurídica não examinada*, a impor outra solução jurídica.

54 NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

7.3 – *Prova nova*

O art. 485, inciso VII, do CPC/73 estipulava como causa de rescindibilidade a obtenção pelo autor, depois da sentença, de *documento novo*, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, e que fosse capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável. Também em seu inciso VII, o art. 966 do CPC/2015 fixa a mesma causa diretriz. Alude, porém, a *prova nova*, expressão de maior amplitude que aquela utilizada na legislação anterior.

Realmente, prova nova é o gênero do qual faz parte a espécie documento novo. A partir do CPC/2015, portanto, o cabimento da ação rescisória não mais se restringe à hipótese de prova documental. Qualquer meio de prova será hábil a embasar a pretensão. O pedido de rescisão deverá, entretanto, amoldar-se ao entendimento perfilhado pela Súmula nº 402 do Tribunal Superior do Trabalho, que permanece válido e compatível com o novo sistema processual.

Assim, *prova nova* será aquela cronologicamente velha, já existente ao tempo da decisão rescindenda, mas ignorada pelo interessado ou de impossível utilização, à época, no processo. Entender-se de forma contrária seria ampliar em demasia o cabimento da ação rescisória, colocando em xeque o princípio da segurança jurídica⁵⁵.

8 – CONCLUSÃO

Nos tópicos acima, procuramos expor algumas reflexões em torno das alterações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil na sistemática inerente à ação rescisória. Foram analisadas aquelas que reputamos mais significativas.

Em alguns pontos, as mudanças, de natureza mais tênue e pontual não chegam a impactar fortemente o trato da matéria, de modo promover uma ruptura com o sistema adotado na legislação anterior. Já em outros, as inovações assumem um caráter mais radical. Demandarão uma readequação da jurisprudência consolidada sobre a égide do Código de 1973 e a fixação de novos entendimentos, em face das novas controvérsias que advirão.

O que se espera é que as breves reflexões acima possam, de alguma forma, ser úteis a magistrados, advogados e membros do Ministério Público, contribuindo com alternativas e soluções nesse novo processo de construção interpretativa em torno do novo Código.

55 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 501.

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO

Amaury Rodrigues Pinto Junior*

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”
(Art. 5º, LIV, da Constituição Federal)

1 – INTRODUÇÃO

Não foram poucas as inovações coligidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e, em razão da ressentida ausência de um Código de Processo do Trabalho, é natural que se indague da aplicabilidade dessa nova ordem normativa no âmbito processual trabalhista. Aliás, o próprio Código de Processo Civil faz expressa referência a essa possibilidade, ao prever aplicação supletiva e subsidiária de suas disposições¹.

É evidente, porém, que não bastará a ausência de norma trabalhista (omissão) para que sejam automaticamente aplicados institutos regulados pelo novo Código de Processo Civil, seja porque muitas vezes essa omissão é eloquente ou intencional, seja porque desde os primórdios da Justiça do Trabalho se compreendeu que, por razões de logicidade, a utilização subsidiária das regras de Direito Processual comum só seria possível quando não conflitassem com os princípios e as próprias estruturas do Direito Processual do Trabalho.

Não é difícil perceber que, diante da escassa normatização específica, a averiguação da compatibilidade que autorizará a adoção subsidiária das normas e institutos próprios do Direito Processual Comum envolverá grande dose de subjetivismo, incluindo questões filosóficas, ideológicas e de política judiciária.

* *Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (MS); professor da Escola da Magistratura do Trabalho de Mato Grosso do Sul (EMATRA/MS); doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP).*

1 BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

A complexidade do problema justifica estudos teóricos que certamente alicerçarão os caminhos que serão adotados pelos Tribunais trabalhistas. Afinal, caberá à jurisprudência da Justiça Especial definir quais e em que termos serão aproveitadas regras criadas para disciplinar o processo comum.

Foi com a consciência desse importante papel decisório que o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa nº 39, em 15 de março de 2016², com o objetivo de publicizar o entendimento majoritário da Corte quanto à aplicabilidade, ou não, das normas do Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho. Embora tenha sido alvo de questionamento jurídico³, a rápida movimentação da principal instância jurisdicional trabalhista tem o inegável mérito de sinalizar um caminho uniforme a ser trilhado pelas instâncias regionais⁴. Embora o Brasil tenha dimensões continentais e diversificadas realidades, não se concebe que a ordem processual trabalhista seja tão múltipla quanto sejam as Varas do Trabalho. É que, como destacado alhures, o requisito da compatibilidade envolve grande carga de subjetividade, sendo possível e até provável que juízes e Tribunais divirjam quanto ao tema, provocando verdadeira pluralidade de “Códigos Processuais do Trabalho”. A Instrução Normativa nº 39 foi erigida com o objetivo de evitar esse risco sistêmico e sua edição está legitimada pelo fato de competir ao Tribunal Superior do Trabalho promover a uniformização jurisprudencial quanto à interpretação das regras de direito processual. Conquanto essa uniformização, em tese, deva ocorrer *a posteriori*, nada impede que a Corte superior, antevendo a possibilidade de graves divergências na adoção, ou não, do novo regramento processual comum, trace, *a priori*, os primeiros contornos interpretativos⁵.

Ademais, a Instrução Normativa nº 39 representa, tão somente, as primeiras impressões da Corte Superior a respeito do tema, pois muitos estudos

-
- 2 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa nº 39*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 14 maio 2016.
 - 3 A Associação Nacional dos Juízes do Trabalho ingressou com ADI no Supremo Tribunal Federal sustentando a inconstitucionalidade da Instrução Normativa n 39 (ADI 5.516, distribuída à Ministra Cármen Lúcia).
 - 4 A respeito do tema, destacou Marcus Barberino: “A louvável contribuição dos experientes Magistrados e acadêmicos que a compõe de usar a via administrativa para reduzir os impactos que um novo diploma processual causará na administração da justiça, não impedirá as controvérsias judiciais próprias do fenômeno da interpretação e aplicação do direito, mas contribuirá certamente para a redução do tempo de estabilização da nova jurisprudência” (MENDES, Marcus Menezes Barberino. Nem BA x VI e nem FLA x FLU. *Revista eletrônica da Amatra V*, Salvador: Associação dos Magistrados do Trabalho da Bahia, ano V, p. 26-30, abr. 2016, p. 26. Disponível em: <<http://www.amatra5.org.br/pub/Revista8.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016).
 - 5 Defende-se, neste particular, que no âmbito procedimental, a liberdade interpretativa do magistrado encontra limites decorrentes da necessidade de manutenção de um sistema processual mais ou menos uniforme, que não promova incerteza e insegurança para os jurisdicionados.

ainda serão desenvolvidos e é natural que o aprofundamento teórico justifique a evolução do entendimento inicial. O próprio Tribunal Superior do Trabalho, ao dedicar a esse assunto uma revista que coleta estudos doutrinários, reconhece a necessidade do debate e o promove, obviamente, com o objetivo de aperfeiçoar a sistematização inicialmente proposta.

É com o desejo de contribuir para o profícuo debate que nos propomos a abordar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, instituto procedimental criado pelo Código de Processo Civil de 2015 e que, segundo a Instrução Normativa nº 39, é aplicável ao Processo do Trabalho. Analisaremos, de início, como o incidente foi regulamentado no Código e como o problema da desconconsideração da personalidade jurídica é resolvido atualmente no âmbito da Justiça do Trabalho. Logo a seguir, será preciso analisar a compatibilidade dessa nova regulamentação com o Processo do Trabalho e, em caso afirmativo, como será realizada a adequação para o modelo trabalhista.

2 – O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 inseriu o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no Título relativo à intervenção de terceiros (Título III), regulamentando-o no Capítulo IV (arts. 133 a 137). A capitulação está correta, desde que a pretensão não tenha sido veiculada na petição inicial, pois então não se tratará de incidente⁶ e o sócio será litisconsorte e não terceiro interveniente.

O pedido de desconconsideração tem como objetivo excepcionar o princípio da autonomia entre o patrimônio da pessoa jurídica e o dos seus sócios, possibilitando a ampliação do patrimônio exequível. Normalmente, apenas o patrimônio da pessoa jurídica responde pelas dívidas por ela contraídas e, de início, construção teórica⁷ propôs a desconconsideração da personalidade em caso de fraude ou violação à lei⁸. Mais tarde, essa possibilidade foi expressamente

6 Art. 134, § 2, do Código de Processo Civil.

7 A doutrina da desconconsideração da personalidade jurídica surgiu nos países da *common law* e Manoel Antonio Teixeira Filho lembra que “muito antes de essa doutrina penetrar o direito positivo brasileiro, a Justiça do Trabalho, com seu caráter vanguardeiro, autorizava, em determinadas situações, a penhora de bens dos sócios nas causas em que figurava como devedora a sociedade à qual ele pertencia ou pertencera” (*Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*: Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. São Paulo: LTr, 2015. p. 158).

8 Nesse sentido vale referir didático acórdão do Superior Tribunal de Justiça, citado por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta

reconhecida no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que, no âmbito das relações de consumo, alargou as hipóteses de cabimento, chegando a prever a desconsideração da personalidade jurídica “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”⁹.

No que se refere às relações obrigacionais comuns, o art. 50 do Código Civil de 2002 disciplina:

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

O legislador processual previu, ainda, que a desconsideração inversa, medida que torna possível a responsabilização do patrimônio empresarial por dívidas particulares de seus sócios, também estará sujeita ao rito incidental.

Exatamente por se tratar de medida excepcional, a desconsideração da personalidade jurídica não acontece automaticamente, sendo indispensável decisão judicial que a efetive e, neste particular, o novo regramento processual está em harmonia com a lei substantiva, ao prever que o incidente será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, cabendo ao proponente fundamentar o pedido com lastro nos pressupostos previstos em lei, de acordo com a natureza da dívida.

A simples existência legal do instituto processual induz ao raciocínio de que não poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica sem concretização de prévio contraditório. Não era o que estava ocorrendo na prática dos procedimentos judiciais, pois primeiro eram proferidas decisões de desconsideração, sequenciada pela penhora dos bens do sócio, e só depois de garantido o juízo é

evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, EREsp 1.306.553/SC, 2ª S., Relª Maria Isabel Galloti, DJe 12.12.2014. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 268-269).

9 BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Art. 28, § 5 .

que seria possível apresentar embargos questionando a decisão anteriormente proferida. Com a instituição do incidente, o sócio da pessoa jurídica tomará conhecimento prévio das razões pelas quais se pretende atingir seu patrimônio, terá prazo razoável para apresentar argumentos e provas em oposição ao requerido e, só depois da completa atividade cognitiva, é que será possível acolher, ou não, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

Instaurado o incidente, haverá imediata comunicação ao distribuidor para fins de registro (art. 134, § 1º), procedimento indispensável para que terceiros tomem conhecimento da possibilidade de o patrimônio particular do sócio vir a responder por dívida da pessoa jurídica. Não é possível promover a desconsideração da personalidade jurídica com o objetivo de tornar ineficaz alienação ocorrida em período anterior, salvo se evidenciada má-fé do adquirente. Com a publicização da pretensão incidental, qualquer alienação posterior poderá ter sua ineficácia reconhecida sem que seja necessário perquirir a esse respeito¹⁰.

O regramento do incidente prevê a possibilidade de sua instauração em qualquer fase processual, acarretando a suspensão do processo e a citação do sócio (ou pessoa jurídica, se a pretensão for de desconsideração inversa) para, no prazo de 15 dias, manifestar-se e requerer provas. Embora o Código não mencione, parece evidente que também a parte originária (pessoa jurídica ou sócio na desconsideração inversa) deverá ser intimada para tomar ciência e manifestar-se a respeito da pretensão incidental, observado o mesmo prazo de 15 dias¹¹.

A decisão proferida terá natureza interlocutória (art. 136) e será impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, IV), salvo se o incidente foi instaurado no tribunal, quando será decidido pelo relator e passível de impugnação por meio de agravo interno (art. 136, parágrafo único). No sistema do processo civil, portanto, a decisão do incidente de desconsideração é sempre impugnável de imediato e só gera efeitos após confirmada por decisão colegiada.

Essa brevíssima exposição evidencia que o instituto processual surgiu com a proposta de viabilizar o exercício de um contraditório prévio, que possibilite, ao devedor e ao titular do patrimônio que se pretende alcançar, o exercício de amplo direito de defesa sem que precisem sofrer os gravames decorrentes da constrição judicial. A instituição do incidente como procedimento obrigatório para promover a desconsideração da personalidade jurídica caracteriza uma

10 “Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.” (art. 137 do CPC)

11 Como esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “não se aplica a causa de aumento de prazo prevista no art. 229 do CPC” (*Op. cit.*, p. 270).

opção legal. Na ponderação dos valores em conflito, o legislador optou por minorar a celeridade e efetividade em prol de maior segurança jurídica.

Essa opção é legítima e constitucional, de modo que não será possível desconsiderar a personalidade jurídica, direta ou inversamente, sem a instauração do incidente, a efetivação do contraditório, a produção de provas e a decisão judicial que, fundamentadamente, acolha a pretensão do credor. Mais do que isso: no âmbito do direito processual civil, a desconsideração só produzirá efeitos depois de esgotado o prazo recursal ou julgado o recurso interposto.

Resta indagar se, a partir do novo Código de Processo Civil, todos os créditos estarão subordinados à medida incidental, caso surja a necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica. É o que será abordado a seguir.

3 – O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O PROCESSO DO TRABALHO. COMPATIBILIDADE

Como dito no tópico anterior, a opção do legislador pela ampliação da segurança jurídica em detrimento da celeridade e efetividade, sem nenhuma dúvida, resultou no enfraquecimento do direito do credor, que agora terá um caminho um pouco mais difícil quando se fizer necessária a desconsideração da personalidade jurídica.

E é exatamente em razão desse enfraquecimento creditório que surgem as primeiras críticas à Instrução Normativa nº 39, que declarou “aplicável ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil” (art. 6º). Argumenta-se que o crédito trabalhista, de natureza alimentar, é privilegiadíssimo e que o princípio protetivo do hipossuficiente tornaria incompatível o instituto criado para disciplinar as relações jurídicas comuns, que têm como marca a igualdade entre os litigantes.

É nesse sentido a ponderação de Marcus Barberino:

“Essa intangibilidade ampla é que torna concreto o princípio fundador do direito do trabalho e do seu instrumento processual: a proteção do hipossuficiente econômico e político (jamais cultural). Perpassa toda a relação jurídica de direito material e, quando necessário, deságua numa relação jurídico-processual, que é administrada por um juiz constitucional, tecnicamente especializado e que tem o dever institucional de zelar pelo desvelamento da verdade e pelo impulso célere e oficial, inclusive dos atos executivos, por força dos arts. 765 e 878 da ‘Bela Senhora’.

DOCTRINA

Assim, parece haver incompatibilidade do instituto com o Processo de Trabalho de modo incondicionado, para não falar da inconveniência decorrente da forçada dilação probatória criada pela literalidade do IDPJ nos moldes versados nos arts. 133/137 do Código de Processo Civil.¹²

Ben-Hur Silveira Claus refere-se a um círculo hermenêutico que congregaria direito substancial e procedimento, fazendo-os atuar em harmonia, o segundo como instrumento de efetivação do primeiro. Partindo dessa base teórica, afirma a incompatibilidade do incidente de desconsideração, que qualifica como burocrático e ineficaz, com o Processo do Trabalho:

“A necessidade de iniciativa da parte (art. 133), a previsão de automática suspensão do processo (art. 134, § 3º), a atribuição ao credor do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade (art. 134, § 4º), a exigência de contraditório prévio (art. 135) e a previsão de recurso autônomo imediato da decisão interlocutória respectiva (art. 136 e parágrafo único) tornam o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 e seguintes do NCPC incompatível com o Processo do Trabalho, por revelar-se, na prática, manifestamente contrário aos princípios jurídicos trabalhistas do impulso oficial, da concentração dos atos, da celeridade e da efetividade, da simplicidade das formas e da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias, incompatibilidade essa que inviabiliza a aplicação subsidiária desse incidente – burocrático e ineficaz – à execução trabalhista (CLT, arts. 769 e 889).¹³

Manoel Antonio Teixeira Filho não afasta completamente o incidente, mas repele o efeito suspensivo previsto no § 3º do art. 134 e consigna que no Processo do Trabalho a penhora antecederá o ato citatório¹⁴. Na verdade, retirando-se o efeito suspensivo e a necessidade de prévio contraditório, esvaziasse o instituto jurídico que se torna inútil para o fim colimado pelo legislador, qual seja ampliar o direito de defesa e a segurança jurídica. Assim, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, no formato proposto pelo ilustre doutrinador, nem sequer é assemelhado ao instituto jurídico criado pelo Código de Processo Civil de 2015, pois mantém inalterado o procedimento que vinha

12 MENDES, Marcus Menezes Barberino. *Op. cit.*, p. 27.

13 CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o direito processual do trabalho. *ENAMAT, Biblioteca – Cadernos de Execução Trabalhista*, p. 15. Disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2015/11/TD14_Ben_Hur_Silveira_Claus_4_O-incidente-de-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADica-previsto-no-novo-CPC.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

14 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Op. cit.*, p. 160.

sendo cotidianamente adotado pelos juízes do trabalho. Significa dizer que o autor, na prática, não reconhece compatibilidade entre o novo instituto e o Processo do Trabalho.

Parece-nos, entretanto, e com o maior respeito aos ponderosos argumentos supramencionados, que a resistência ao novo instituto tem fundamento muito mais ideológico do que técnico-jurídico. Ainda que o incidente de desconsideração torne a atuação expropriatória um pouco menos célere e, como afirmado alhures, enfraqueça o direito creditório, ele não foi criado com esse objetivo ou com a finalidade de favorecer ou fortalecer o devedor. O incidente foi idealizado pelo legislador processual para dar maior efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal), motivo pelo qual se torna irrelevante a natureza do crédito exequendo.

O fato de o crédito trabalhista ser privilegiado e de natureza alimentar não pode justificar o atropelo ao direito de defesa e às normas que o alicerçam e o aperfeiçoam. O juiz da execução deve ser efetivo, não truculento. Foi com esse enfoque que registrou, com muita acuidade, Flávio Luiz Yarshell:

“(…) não obstante os aspectos diferenciais das relações jurídicas trabalhistas, o escopo social da jurisdição continua a ser ali o mesmo da jurisdição ‘comum’: as ideias de superação da controvérsia (mediante a atuação do direito objetivo em concreto) e de pacificação social são essencialmente as mesmas. Isso quer dizer que, embora na justiça especializada a celeridade – que impulsiona o processo rumo à superação do conflito – seja um dado marcante, isso não é suficiente, por si só, para justificar o afastamento de regras processuais gerais – notadamente daquelas que, como dito acima, consideram que o processo é instrumento de exercício de poder e que, portanto, deve comportar limites e controle. O postulado constitucional de duração razoável do processo se aplica a todo e qualquer processo e também a Justiça Comum aspira tal brevidade; o que, contudo, e mais uma vez, deve se pautar pelos cânones do devido processo legal.”¹⁵

Os que defendem a inaplicabilidade do incidente no Processo do Trabalho lembram que os juízes estaduais e federais comuns já o afastaram em relação ao crédito tributário, menos privilegiado que o trabalhista. O argumento fala demais:

15 YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre a aplicação subsidiária do novo CPC à execução trabalhista e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo: Lex, ano 82, n. 1, p. 191-202, jan./mar. 2016, p. 194.

DOCTRINA

O Enunciado nº 53 da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados dispõe que “o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”¹⁶. Ocorre que aqui o “redirecionamento da execução fiscal” é autônomo e automático, procedimento que está em perfeita harmonia com a Súmula nº 435 do STJ, *verbis*:

“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”

A respeito do tema, três pontos precisam ser ponderados: a) a Súmula do STJ trata de situação específica, dissolução societária irregular, e não de toda e qualquer execução de crédito tributário; b) não se fala em desconconsideração da personalidade jurídica, mas em redirecionamento autônomo da execução, do que resulta que o sócio responderá pessoal e diretamente pela dívida, sendo citado como devedor, com todas as faculdades e ônus que lhe são inerentes; c) o redirecionamento atinge especificamente o sócio-gerente (e não qualquer sócio), o que reforça o entendimento de que não há despersionalização da personalidade jurídica, mas responsabilização direta.

Não se trata, portanto, de excepcionar o crédito tributário em relação à aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, mas, sim, de afirmar que, na situação específica da Súmula nº 435 do STJ, há *redirecionamento* automático da execução, o que torna desnecessária a utilização do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Assim analisado, o Enunciado nº 53 da ENFAM é perfeito: o que justificaria adotar o procedimento incidental quando não se necessita desconsiderar a personalidade jurídica? Não significa, porém, que todo crédito tributário esteja infenso ao incidente em comento.

Já o Enunciado nº 6 do Forexec – Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região, 2015, promovido com apoio do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e da Ajufe – Associação dos Juizes Federais, dispôs: “A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração

16 BRASIL. ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. *Enunciados aprovados*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015”¹⁷.

Mais uma vez a leitura desapassionada do Enunciado revela que não se está tratando de desconconsideração da personalidade jurídica. Aliás, é o que diz o seu texto, com todas as letras: “não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica”.

E, de fato, o art. 135 do Código Tributário Nacional prevê hipóteses em que há responsabilidade pessoal e não apenas dos sócios, mas também de “mandatários”, “prepostos”, “empregados” (inciso II), “diretores”, “gerentes” ou “representantes” (inciso III) de pessoas jurídicas. Claro que não se está diante de desconconsideração da personalidade jurídica, até porque não é possível desconsiderar a personalidade jurídica para responsabilizar “mandatários”, prepostos ou “empregados”.

Assim, é inarredável a conclusão de que os Enunciados estudados, tanto da ENFAM quanto do Forexec, não afastam o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na execução de créditos tributários, mas apenas registram situações em que o crédito tributário é redirecionado em desfavor de terceiros (sócios ou não), sem que haja necessidade de se desconsiderar a personalidade jurídica do devedor original.

A verdade é que as normas processuais erigidas com o objetivo de dar efetividade a princípios constitucionais não podem ter sua aplicabilidade restringida pela especialização da jurisdição ou excepcionada pela natureza da relação jurídica de direito material. Essas normas precisam ser estudadas sob a ótica de uma disciplina contemporânea, nominada em primeiro lugar por Paulo Bonavides como Direito Processual Constitucional¹⁸.

Sobre o assunto, Cândido Rangel Dinamarco faz alusão aos princípios constitucionais do processo civil e lembra que “a Constituição impõe expressamente alguns princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, penal, trabalhista; jurisdicional ou não), a saber: o do devido

17 BRASIL. FOREXEC – Fórum de Execuções Fiscais, 2015. *Enunciados aprovados*. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/enunciadosforexec2015.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

18 Assinalou o festejado constitucionalista: “com a ‘publicização’ do processo, por obra de novas correntes doutrinárias no Direito Processual contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 44).

processo legal, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade, da liberdade, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural e da publicidade”¹⁹.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em precioso estudo, dá cores ao que nominou “visão dinâmica do devido processo legal” e que consiste no direito a um processo justo e equânime, *verbis*:

“(…) a visão estática assentava a segurança na garantia do ‘devido processo legal’ (art. 5º, LIV, da CF/88). Todavia, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais, parece mais correto falar em direito fundamental a um processo justo. Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos ‘meios processuais’, mas também um ‘resultado’ qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas é possível extrair a consequência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o ‘direito ao processo’ não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (‘processo’ *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (‘direito ao justo processo’), que é exatamente a face dinâmica do ‘devido processo legal’.”²⁰

No que se refere à desconsideração da personalidade jurídica, é preciso recordar que o instituto é fruto de criação doutrinária, que teve como escopo tornar mais efetiva a tutela jurisdicional nas situações fáticas em que o princípio da autonomia da personalidade jurídica era utilizado para fraudar ou dificultar a satisfação de créditos. Atualmente, a técnica foi inserida na legislação substantiva e, em relação a determinadas categorias de crédito, sua utilização foi consideravelmente ampliada (é o caso do ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, referido alhures). Ocorre que a incorporação da técnica pela legislação material não foi acompanhada por uma regulamentação procedimental que assegurasse ao terceiro (sócio ou, na desconsideração inversa, pessoa jurídica) momentos próprios para exercer o amplo direito de defesa²¹, garantido constitucionalmente.

19 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I. p. 202.

20 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 155, jan. 2008, p. 22.

21 Assim, “a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto relativamente novo, que ainda precisa de algumas regulamentações, principalmente no campo processual” (Lovato, Luiz Gustavo. Da personalidade jurídica e sua desconsideração e previsões do novo CPC. *Revista da ESMESC – Escola Superior da magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 21, n. 27, 2014, versão eletrônica, p. 250. Disponível em: <<https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/102>>. Acesso em: 19 maio 2016).

Na falta de procedimento legalmente estabelecido, os juízes passaram a desconsiderar a personalidade jurídica por simples despacho, sem maiores fundamentações e sem ouvir o terceiro cujo patrimônio, a partir do despacho, passaria a constituir alvo da atividade jurisdicional expropriatória²². Preocupado com esse vácuo legislativo, o Ministro João Batista Brito Pereira, então Corregedor-Geral, incluiu na Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho²³ brevíssima regulamentação procedimental a ser observada pelos Juízes do Trabalho que viessem a promover desconsideração da personalidade jurídica (arts. 78 e 79). Ainda assim, essa regulamentação não

22 A deficiência do contraditório no procedimento de desconsideração da personalidade jurídica adotado pelos juízes da execução fez com que o Tribunal Superior do Trabalho viesse a admitir os embargos de terceiro como via impugnativa, o que prolongava bastante as questões que envolviam a responsabilidade patrimonial. Neste sentido, é bastante elucidativo o seguinte precedente: “RECURSO DE REVISTA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PRAZO PARA OPOSIÇÃO. TERMO *A QUO*. TEMPESTIVIDADE. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O art. 1.048 do Código de Processo Civil estabelece que, no processo de execução, os embargos podem ser opostos até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Identifica-se, portanto, que o legislador fixou apenas um limite final para a oposição dos embargos por aquele que foi surpreendido com a constrição do seu bem. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma de modo unânime que o único marco temporal a ser tomado como referência para a oposição dos embargos de terceiro é a turbação da posse. Assim, é firme o entendimento no sentido de não ter sido estipulado um *dies a quo* para a oposição dos embargos de terceiro, mas apenas um termo *ad quem*, que consiste em 5 dias após a efetiva expropriação do bem, exigindo-se ainda a ciência inequívoca da ocorrência deste momento. 3. O elástico lapso temporal estipulado no diploma processual se justifica exatamente no fato de ter sido furtado ao terceiro qualquer possibilidade anterior de exercício do seu contraditório, pois não há instauração de um incidente processual para decretação da desconsideração da personalidade jurídica, nem, consequentemente, oportunidade de defesa antes de sua efetivação. O contraditório é diferido, realizado apenas após a constrição do bem. 4. Com efeito, é indispensável se conferir ao embargante, que, em regra, é completamente surpreendido com o procedimento de excussão de seu bem, tempo suficiente que lhe permita, antes de mais nada, tomar conhecimento efetivo das circunstâncias e razões evidenciadas no processo ‘principal’ que determinaram o atingimento dos seus bens, e, em seguida, contratar advogado, estabelecer a sua tese de defesa e providenciar as provas necessárias à demonstração do seu direito. 5. Por estas razões, não me parece adequado o entendimento de que a intimação da penhora, ou mesmo do ato de depósito do imóvel, não apenas autoriza, mas obriga o terceiro a se valer imediatamente das medidas cabíveis para evitar a perda do bem, pois estabelecer o termo inicial do prazo de oposição dos embargos, sem que o legislador ordinário o tenha feito, impondo uma antecipação do exercício da sua defesa, implica não apenas em violação do devido processo legal, mas em demasiada mitigação do contraditório do terceiro, que já é, por natureza, reduzido, limitado. 6. Os princípios da celeridade, da boa fé processual, da utilidade do prazo, ou mesmo o instituto da preclusão, comumente utilizados em defesa da fixação do *dies a quo* referido, não podem se sobrepor às garantias insculpidas nos arts. 5, LIV e LV, da Constituição Federal, não sendo suficientes a justificar o estabelecimento de um marco temporal não definido em lei e que causa nítido prejuízo ao embargante. 7. Configurada, portanto, a ofensa literal e direta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, insculpido no art. 5, LV, da Constituição Federal. 8. Recurso de revista conhecido e provido” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 1592-60.2012.5.02.0040, 7ª T., Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 09.10.2015).

23 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. *Consolidação dos provimentos*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consolidacao-dos-provimentos>>. Acesso em: 16 maio 2016.

estabelecia contraditório prévio: era preciso garantir a execução “sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, a discussão sobre a existência da sua responsabilidade executiva secundária” (parte final do art. 79). A previsão de um contraditório, ainda que diferido, e após o terceiro (previamente tido como responsável patrimonial) sofrer os efeitos da decisão que o considerou responsável, vinha ao encontro do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Ocorre que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, esse vazio legislativo foi devidamente preenchido. O legislador processual, finalmente, instituiu procedimento a ser observado sempre que se pretender desconsiderar a personalidade jurídica. O procedimento instituído, como reiteradamente lembrado, buscou equilibrar a efetividade da técnica de desconsideração com a garantia constitucional da ampla defesa. E como ensina Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “normalmente o conflito entre os direitos fundamentais da *efetividade* e da *segurança* está resolvido previamente pelo texto legislativo [lei ordinária material ou processual], presumivelmente em consonância com o sistema constitucional em que se insere”²⁴.

Assim, uma vez disciplinado, pelo legislador constitucionalmente legitimado, procedimento específico para concretização da desconsideração da personalidade jurídica, não mais prevalecem regulamentações precárias, anteriormente estabelecidas com o objetivo de suprir a carência normativa. Perceba-se, por outro lado, que a dinâmica procedimental estabelecida no novo CPC está umbilicalmente associada à técnica da desconsideração da personalidade jurídica (e não a natureza dos créditos que precisam ser adimplidos), de modo que não será possível aplicar a última sem observância da primeira. Afinal, como muito bem assenta Cândido Rangel Dinamarco, “a observância das normas sobre procedimento é penhor de idoneidade no exercício da jurisdição e ao juiz não é lícito omitir ator essenciais ou praticá-los por forma diferente da ditada na lei, a dano dos litigantes”²⁵.

O argumento de que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é incompatível com o Processo do Trabalho, com o devido respeito, não se sustenta. Qual seria, então, o procedimento adequado à técnica da desconsideração no âmbito da Justiça do Trabalho? Aquele esboçado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (e já, por ela própria, revogado)? Ou aquele que cada juiz do trabalho achar mais adequado (ou mais efetivo)?

24 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Op. cit.*, p. 24.

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 114.

Qualquer que seja a resposta a essas indagações, ficar-se-á distante do devido processo legal²⁶.

Se a técnica da desconsideração da personalidade jurídica não é própria do Direito do Trabalho, mas, ao contrário, é comum a todos os ramos do Direito, parece bastante temerário afirmar que apenas na Justiça do Trabalho não se deva observar o procedimento legalmente estatuído para sua utilização.

4 – HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DEFESAS OPONÍVEIS

Embora reconheçamos que o procedimento incidental regulado pelo Código de Processo Civil é obrigatório, independentemente da natureza do crédito que se pretende fazer valer, a legislação de direito material faz essa distinção quanto às hipóteses em que será possível promover a desconsideração da personalidade jurídica.

Como já afirmado anteriormente, o Código Civil de 2002 fixou, como regra geral, que a extensão da responsabilidade patrimonial poderá ocorrer “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”. Ocorre que legislações especiais, tendo em conta o interesse social ou a natureza específica de determinados créditos, alargaram as hipóteses de desconsideração.

O art. 34, parágrafo único, da Lei Antitruste, por exemplo, prevê essa possibilidade quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica por má administração²⁷. O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) prevê inúmeras hipóteses que justificariam a desconsideração da personalidade jurídica, mas aquela especificada no seu § 5º é tão ampla que torna todas as outras desnecessárias. A disposição legal, já mencionada neste trabalho, autoriza a técnica da desconsideração “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”²⁸. A mesma hipótese foi prevista com o objetivo de ressarcir

26 Mais uma vez, merece referência ponderação de Flávio Yarshell, para quem “se a premissa é a de desconsideração da personalidade jurídica, não há como recursar aplicação aos arts. 133 e seguintes do novo CPC – seja no processo civil, trabalhista, eleitoral ou em qualquer outro. A desconsideração, repita-se, é projeção do princípio do contraditório, integrante do conceito de devido processo legal” (*Op. cit.*, p. 200).

27 BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.*

28 BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.* Art. 28, § 5 .

prejuízos ambientais: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”²⁹.

Não há lei especial tratando das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica para fins de satisfação de créditos trabalhistas, mas não é difícil concluir que essas obrigações, de reconhecida natureza alimentar, merecem proteção especial. Por isso é que, com muita razão, os juízes do trabalho promovem a desconsideração sempre que a personalidade jurídica surge como obstáculo ao adimplemento de créditos trabalhistas³⁰. A construção jurídica é perfeita e está alicerçada na aplicação analógica dos arts. 28, § 5º, da Lei nº 8.078/90 e 4º da Lei nº 9.605/98.

Como a desconsideração da personalidade jurídica será possível sempre que não se conseguir satisfazer o crédito trabalhista com o patrimônio da pessoa jurídica, a defesa oponível pelos sócios estará, em princípio, restrita à alegação (e comprovação, é claro) de que a pessoa jurídica possui bens livres e desembaraçados. E, nestes casos, não importa a gradação legal de preferência. Existindo patrimônio social suficiente à satisfação dos débitos, não se admite avançar, desde logo, para o patrimônio dos sócios³¹.

Há situações, porém, em que se almeja a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar bens de sócios retirantes ou sócios de fato ou ocultos.

29 BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Art. 4 .

30 Neste sentido a seguinte ementa: “PENHORA. TEORIA DO SUPERAMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (*DISREGARD OF LEGAL ENTITY*). A doutrina do superamento da personalidade jurídica, ou da penetração, permite que, em alguns casos, seja desconsiderada a personalidade jurídica das sociedades de capitais, para atingir a responsabilidade dos sócios. Não se trata, é claro, da declaração de nulidade da personificação, mas de sua ineficácia para determinados atos, a fim de impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos através da personalidade jurídica. No caso em tela, a prova dos autos evidencia a dissolução irregular da sociedade. Logo, está regular a penhora havida sobre bem pertencente ao ex-sócio, que participou da gerência, à época da tramitação do processo, ainda que o mesmo tenha se desligado anteriormente à efetivação do ato de constrição. Cabe invocar aqui, por analogia, o art. 28, § 5 , do Código do Consumidor, que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, sempre que a mesma constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos” (MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. AP 790/93, 2ª T., Rel. Sebastião Geraldo de Oliveira, DJMG 19.11.93).

31 Neste sentido já tivemos oportunidade de decidir, conforme se depreende da seguinte ementa: “DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDICAÇÃO DE BEM DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A pessoa jurídica somente poderá ser desconsiderada quando sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos por ela causados (art. 28, § 5 , do Código de Defesa Consumidor) e quando frustrada a busca por bens da própria devedora (art. 596 do Código de Processo Civil). 2. Tendo a pessoa jurídica indicado bem de seu patrimônio, fornecendo sua localização, caberá ao juiz da execução determinar a apreensão de tal bem, antes de promover a desconsideração da pessoa jurídica. 3. Agravo provido, no particular” (MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. AP 0153700-21.2008.5.24.0002, 1ª T., Rel. Amaury Rodrigues Pinto Junior, Diário da Justiça Eletrônico 11.07.07).

Nestas hipóteses a defesa poderá não ficar restrita à indicação de bens sociais: o sócio retirante poderá alegar essa situação, desde que ultrapassado o prazo previsto no art. 1.003, parágrafo único, do Código Civil de 2002, *verbis*: “Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio”.

Outra hipótese que exigirá a desconsideração da personalidade jurídica e que, portanto, justificará a instauração do incidente ocorre quando o exequente pretender alcançar patrimônio pertencente a terceiros que não integram o contrato social, mas a quem imputam a condição de sócios de fato ou ocultos. A hipótese não é incomum e tampouco recente. Veja-se, a respeito, acórdão proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região – Minas Gerais, relatado em 1995 pelo agora Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, José Roberto Freire Pimenta:

“EMBARGOS DE TERCEIRO. SÓCIO DE FATO. APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA À EXECUÇÃO TRABALHISTA. Ao tratar da questão do abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, Rubens Requião conclui que ‘é justo perguntar se o juiz, deparando-se com tais problemas, deve fechar os olhos ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, ou se em semelhante hipótese deve prescindir da posição da personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade para evitar manobras fraudulentas’ (*Revista dos Tribunais*, 410:12-24, p. 14). Se a pessoa jurídica executada não tem patrimônio suficiente para satisfação do crédito trabalhista do exequente-embargado e restou cabalmente provado que o embargante de terceiro era seu único sócio de fato, embora nunca de direito, deve ainda assim seu patrimônio pessoal ser penhorado e responder por seus débitos trabalhistas, em direta aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, consagrado de forma expressa no art. 28, § 5º, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), subsidiariamente aplicável às esferas material e processual trabalhistas por força do parágrafo único do art. 8º e do art. 769 da CLT.”³²

Nestes casos a defesa poderá negar a condição que lhe é imputada, competindo ao exequente o ônus da prova de suas alegações. Essa circunstância deixa muito evidente que a hipótese não admite a instauração do incidente *ex officio*, pois o juiz não poderá alegar, provar e decidir.

32 MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. AP 2.283/95, 3ª T., Rel. José Roberto Freire Pimenta, DJMG 21.11.95.

Por outro lado, a eventual impenhorabilidade de bens é matéria estranha ao incidente, motivo pelo qual o sócio só poderá ventilar a matéria após o julgamento que promova a desconsideração. De idêntica forma, não é possível discutir, no âmbito do incidente, questões relativas ao mérito da execução (como, por exemplo, os cálculos de liquidação). Essas questões deverão ser apresentadas em embargos à execução, após definitivamente decidido o incidente. É importante observar que, acolhido o incidente e desconsiderada a personalidade jurídica, o sócio para quem foi redirecionada a execução passará a figurar como parte e terá direito de apresentar embargos à execução no prazo de cinco dias, contados da garantia da execução ou da realização da penhora (art. 884 da CLT).

5 – O PROCEDIMENTO DO INCIDENTE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ANÁLISE CRÍTICA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39 DO TST

Tratar do procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Processo do Trabalho não é tarefa simples. Explica-se: se, como dito alhures, a disciplina procedimental do incidente foi elaborada pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015 sob os eflúvios das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sua observância representa obséquio ao devido processo legal. De outro lado, como ele foi elaborado tendo em vista as características do Processo comum, ao transportá-lo para o Processo do Trabalho será preciso realizar adequações para harmonizá-lo ao sistema procedimental trabalhista. Essas adequações, porém, precisarão ser muito bem sopesadas, pois não poderão comprometer a vocação constitucional que inspirou o legislador ordinário. Em outras palavras, será lícito adequar o procedimento ao Processo do Trabalho, desde que não se comprometa o contraditório e a ampla defesa objetivados pela regulamentação original do incidente.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio do art. 6º da Instrução Normativa nº 39, procurou fazer essa adequação e traçou as linhas gerais do procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Processo do Trabalho. Neste tópico o propósito será analisar criticamente as orientações emanadas da instrução regulamentadora, sob o enfoque da harmonia entre as adaptações propostas e as garantias constitucionais objetivadas na regulamentação legal do procedimento do incidente.

A primeira adequação está assinalada no próprio *caput* do art. 6º, quando se concede, também ao juiz, a iniciativa de instauração do incidente na fase de execução. E essa, talvez, seja a adaptação mais perigosa que foi referida na Instrução Normativa em estudo. A regulamentação original prevê que o inci-

dente será instaurado, somente, a pedido da parte ou do Ministério Público. A limitação imposta pelo legislador atende ao princípio dispositivo, representado pela garantia de inércia do juiz para instauração de instância. É sob esse prisma que destaca Cândido Rangel Dinamarco:

“A mais ampla de todas essas limitações consiste no veto sistemático ao exercício espontâneo da jurisdição, caracterizado pela máxima *nemo iudex sine actore* (CPC, arts. 2º e 262), pelo qual a formação do processo civil depende sempre da iniciativa de parte.”³³

Ainda que no Processo do Trabalho o juiz tenha o poder-dever de instaurar e desenvolver a execução sem necessitar da iniciativa da parte (art. 878 da CLT), é preciso atentar que o incidente criado pelo legislador não é ato de execução, mas verdadeira demanda incidental³⁴, que não prescinde de requerimento e motivação que demonstre a existência dos pressupostos especiais que autorizem a desconsideração (art. 134, § 4º, do CPC). Essa constatação nos conduz a um dilema ético: como pode o juiz tomar a iniciativa de instauração do incidente (ato necessariamente motivado) e ter isenção para conduzi-lo e decidi-lo? Esse é, aliás, o problema que dá suporte deontológico à garantia constitucional da inércia jurisdicional.

A dificuldade ética decorrente da instauração de ofício do incidente, entretanto, fica minimizada pelo reconhecimento de que a desconsideração estará justificada sempre que a personalidade jurídica representar obstáculo à satisfação do crédito trabalhista. Assim, diante do fato objetivo de inexistência de patrimônio pertencente ao devedor original, já será possível cogitar de desconsideração da personalidade jurídica como caminho único a ser trilhado na direção da satisfação do crédito trabalhista.

Outra adequação procedimental levada a efeito pela Instrução Normativa nº 39 diz respeito à fase recursal do incidente. O Código de Processo Civil prevê que a decisão proferida no incidente poderá ser impugnada por meio de agravo de instrumento (art. 1.015, IV). No Processo do Trabalho, ao menos na instância ordinária, o agravo de instrumento é previsto apenas para impugnar

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 113.

34 É o que, com muita propriedade, defende Flávio Luiz Yarshell: “Conforme já examinado, o pedido de desconsideração encerra exercício do direito de ação. Não se trata da ação executiva na tradicional dimensão em que, com base em título, imputa-se ao demandado a qualidade de devedor e, portanto, de responsável patrimonial. Contudo, ainda que a responsabilidade patrimonial esteja excepcionalmente dissociada do débito, o que pretende o demandante é que os meios executivos recaiam sobre o patrimônio de determinada pessoa. Trata-se, portanto, de demanda (incidental) resultante do exercício do direito de ação, proposta e decidida incidentalmente em processo. Portanto, prevalece o princípio da demanda” (*Op. cit.*, p. 201-202).

DOCTRINA

decisão denegatória de seguimento de outro recurso. Além disso, tem vigência normativa o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias (art. 893, § 1º, da CLT) e o Código de Processo Civil reconhece expressamente a natureza interlocutória da decisão resolutiva do incidente (art. 136).

A regulamentação adaptadora adota caminhos distintos conforme a fase procedimental em que ocorre a decisão: na fase cognitiva não haverá recurso imediato (art. 6º, § 1º, I), enquanto na fase de execução caberá agravo de petição, independentemente de garantia de juízo (art. 6º, § 1º, II). Tornou-se expressa, ainda, a compatibilidade do recurso de agravo interno, quando o incidente é decidido em segundo grau de jurisdição (art. 6º, § 1º, III). A adequação procedimental levada a efeito foi perfeita, pois se promoveu a harmonização com as características do Processo do Trabalho sem deixar de lado a imprescindível preocupação com as garantias constitucionais que o instituto objetivou efetivar.

Na fase de conhecimento, a falta de recurso imediato não prejudica a ampla defesa e o contraditório, pois ainda não ocorrem medidas constritivas (ressalvadas providências de ordem cautelar que, de qualquer forma, não sofrem interferência pela existência de uma fase recursal imediata) ou expropriatórias. As partes, portanto, não sofrerão qualquer prejuízo, na medida em que poderão recorrer da decisão incidental, por meio de recurso ordinário, depois de proferida sentença que aprecia os pedidos veiculados na ação trabalhista.

De modo diverso, na fase de execução, quando são praticados atos expropriatórios e constritivos, a Instrução Normativa previu recurso imediato, adequando-o, apenas, à nomenclatura e prazo específicos da jurisdição trabalhista. E mais: o ato regulamentador preocupou-se com o aspecto teleológico do incidente ao esclarecer que a atividade recursal não estava atrelada à garantia do juízo, deixando expresso, portanto, o efeito suspensivo que caracteriza o instituto jurídico na sua origem (art. 134, § 3º, do CPC). Respeitaram-se as peculiaridades do procedimento trabalhista e, ao mesmo tempo, a finalidade do instituto recentemente criado. Ainda que no Processo do Trabalho o agravo de petição não tenha efeito suspensivo, não será possível penhorar bens dos sócios até o julgamento do recurso cabível, pois o processo estará suspenso em razão do incidente.

Claro que a impossibilidade de penhora não afastará a possibilidade de o juiz conceder tutela de urgência de natureza cautelar, como, aliás, restou expresso na regulamentação estudada (art. 6º, II). A inserção de referência à viabilidade da tutela cautelar foi providencial, pois a prática judiciária demonstra que quando a execução chega ao extremo de necessitar da desconsideração da personalidade jurídica, o arresto de bens e valores *inaudita altera parte* é, em

muitos casos, condição de utilidade do instituto da desconsideração. O procedimento incidental tem como objetivo reforçar o direito de defesa do sócio que poderá responder com seu patrimônio pela dívida da pessoa jurídica, mas não se concebe sua utilização para frustrar maliciosamente a execução. Assim, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica suspende o processo e impede a constrição imediata de bens do sócio, o que só poderá acontecer depois de decisão definitiva afastando a separação patrimonial. Nada impede, porém, que o juiz adote providências provisórias, de natureza cautelar, com a finalidade de assegurar a efetividade da execução no futuro.

Em relação ao agravo interno, a Instrução Normativa apenas reconhece a compatibilidade da previsão original com o procedimento trabalhista e, de fato, não há incompatibilidade ou necessidade de adaptação, exceto no que tange ao prazo recursal. Na sistemática do Código de Processo Civil, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica poderá ser instaurado até mesmo na fase recursal, caso em que caberá ao relator instruí-lo e decidi-lo monocraticamente (art. 932, VI). Da decisão proferida pelo relator caberá agravo interno (art. 136, parágrafo único) para o respectivo órgão colegiado, na dicção do art. 1.021. O prazo para interposição do recurso, entretanto, não é aquele assinalado no art. 1.021, § 2º (15 dias), pois no sistema processual trabalhista os prazos recursais foram unificados em oito dias (art. 1º, § 2º, da Instrução Normativa nº 39³⁵).

Poder-se-ia questionar qual órgão fracionário do Tribunal teria competência para julgar o agravo interno interposto contra a decisão proferida em incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Parece evidente, entretanto, que essa competência estará previamente estabelecida pela distribuição do recurso interposto na ação original, fato que torna o órgão colegiado prevento para todas as demandas incidentais (art. 61).

6 – CONCLUSÃO

A desconsideração da personalidade jurídica é técnica de fundamental importância para a efetividade das execuções, mas deverá ser empregada com a observância do devido processo legal, pois há garantias fundamentais que precisam ser respeitadas em um Estado Democrático de Direito. O mandamento constitucional é incisivo: “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (art. 5º, LIV) (sem grifos no original).

35 Com a seguinte redação: “O prazo para interpor e contra-arrazoar todos os recursos trabalhistas, inclusive agravo interno e agravo regimental, é de oito dias (art. 6 da Lei n. 5.584/70 e art. 893 da CLT), exceto embargos de declaração (CLT, art. 897-A)”.

DOCTRINA

A falta de uma disciplina processual específica possibilitou a adoção de procedimentos variados, muitas vezes proporcionando precárias condições de defesa. O Código de Processo Civil regulamentou, pela primeira vez, procedimento específico para que se promova a desconsideração da personalidade jurídica e como a técnica é comum a todos os ramos do Direito, sua observância é obrigatória, independentemente da natureza do crédito que se pretende fazer efetivo ou da especialidade da jurisdição.

A natureza alimentar do crédito trabalhista justifica a adoção de pressupostos menos rigorosos para que se autorize a desconsideração, mas não afasta a necessidade de se observar o procedimento legalmente estatuído. A adaptação desse procedimento às peculiaridades do Processo do Trabalho não poderá desvirtuar ou frustrar os objetivos da regulamentação original que, a toda evidência, foi proporcionar um consistente direito de defesa ao sócio da pessoa jurídica que tem o seu patrimônio pessoal ameaçado.

As orientações provenientes da Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho buscam uniformizar a aplicação do direito processual do trabalho em todo o território nacional. Afasta-se, assim, o risco sistêmico decorrente da multiplicidade de interpretações a respeito da aplicabilidade ou não das novas regras contidas no Código de Processo Civil de 2015 e modo de adequá-las ao Processo do Trabalho. Evitam-se, dessa forma, a insegurança jurídica e a instabilidade procedimental, que certamente afetariam a jurisdição trabalhista por longos anos.

Em relação ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a adequação procedimental emanada da Instrução Normativa não fere o fundamento teleológico da disciplina estatuída pelos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015.

É preciso ter em mente que, na balança das garantias fundamentais, é papel atribuído ao legislador equilibrar efetividade e segurança jurídica. Daí por que o devido processo legal é o caminho seguro que deverá ser trilhado na concretização do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. *Enunciados aprovados*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

DOCTRINA

_____. FOREXEC – Fórum de Execuções Fiscais, 2015. *Enunciados aprovados*. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/enunciadosforexec2015.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.306.553/SC*, 2ª S., Relª Maria Isabel Galloti, DJe 12.12.2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. *Consolidação dos provimentos*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consolidacao-dos-provimentos>>. Acesso em: 16 maio 2016.

_____. _____. *Instrução Normativa nº 39*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 14 maio 2016.

_____. _____. *RR 1592-60.2012.5.02.0040*, 7ª T., Rel. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 09.10.2015.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o direito processual do trabalho. *ENAMAT, Biblioteca – Cadernos de Execução Trabalhista*. Disponível em: <http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2015/11/TD14_Ben_Hur_Silveira_Claus_4_O-incidente-de-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADica-previsto-no-novo-CPC.pdf>. Acesso em: 16 maio 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

LOVATO, Luiz Gustavo. Da personalidade jurídica e sua desconsideração e previsões do novo CPC. *Revista da ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, v. 21, n. 27, 2014. Versão eletrônica, p. 250. Disponível em: <<https://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/102>>. Acesso em: 19 maio 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. *AP 0153700-21.2008.5.24.0002*, 1ª T., Rel. Amaury Rodrigues Pinto Junior, Diário da Justiça Eletrônico 11.07.07.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. Nem BA x VI e nem FLA x FLU. *Revista Eletrônica da Amatra V*, Salvador: Associação dos Magistrados do Trabalho da Bahia, ano V, p. 26-30, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.amatra5.org.br/pub/Revista8.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *AP 790/93*, 2ª T., Rel. Sebastião Geraldo de Oliveira, DJMG 19.11.93.

_____. _____. *AP 2283/95*, 3ª T., Rel. José Roberto Freire Pimenta, DJMG 21.11.95.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 155, jan. 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho: Lei nº 13.105, 16 de março de 2015*. São Paulo: LTr, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breves notas sobre a aplicação subsidiária do novo CPC à execução trabalhista e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo: Lex, ano 82, n. 1, p. 191-202, jan./mar. 2016, p. 194.

O REGRAMENTO DA PENHORA ELETRÔNICA DE DINHEIRO NO NOVO CPC: O EQUILÍBRIO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO

Bruno Freire e Silva*

1 – SURGIMENTO, DESENVOLVIMENTO E EXPANSÃO DA PENHORA ELETRÔNICA DE DINHEIRO

Conforme o sistema vigente desde o antigo Código de Processo Civil, se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida de bens, o oficial de justiça penhora tantos bens quantos bastem para o pagamento da dívida principal, juros, custas e honorários advocatícios. No mesmo sentido o art. 883 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na ordem de gradação legal, tanto o antigo art. 655 do CPC de 1973 como o art. 854 do Novo Código de Processo Civil, que se aplicam subsidiariamente e agora supletivamente ao processo do trabalho, estabelecem o dinheiro em primeiro lugar na nomeação de bens pelo devedor para garantia do juízo.

Com fundamento nesse dispositivo, os exequentes sempre pleitearam a penhora em dinheiro dos executados, o que ensejava, na hipótese de deferimento, o envio de um ofício à Instituição Financeira, para posterior bloqueio do numerário na conta.

Após a informação bancária, havendo suficiência de saldo, era expedido um mandado de penhora à agência. O que ocorria, entretanto, na maioria das vezes, era o dinheiro ser sacado antes da diligência do oficial de justiça, o que frustrava a constrição determinada pelo juízo da execução.

Nesse contexto, por meio de um convênio firmado entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central do Brasil, assinado em 5 de março de

* Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília; especialista em Direito Processual do Trabalho pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA; mestre e doutor em Direito Processual na PUC-SP; professor adjunto de Teoria Geral do Processo na UERJ e de Direito Processual do Trabalho na GV Law em São Paulo; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto dos Advogados de São Paulo.

2002 e denominado Bacen Jud¹, surgiu a chamada penhora *online* ou eletrônica inicialmente na Justiça do Trabalho.

Por meio desse sistema os juízes receberam senhas individuais que lhes possibilitaram acessar uma página do Banco Central, preencher um formulário eletrônico e solicitar o bloqueio das contas dos executados.

O Provimento nº 1/2003, de 25.06.03, editado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, tratou das instruções para utilização do referido convênio, ressaltando a necessidade de utilização prioritária do sistema sobre qualquer outra modalidade de execução.

Com a finalidade estatística, impôs ainda, no seu art. 7º, que os Juízes informassem à Corregedoria Regional e à Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho “o número de consultas e/ou bloqueios feitos mensalmente, bem como o período médio das respostas das entidades financeiras, nomeando-as e identificando as agências retardadoras”.

O Provimento nº 3/2003, de 23.09.03, através do art. 2º, permitiu aos executados cadastrarem uma conta bancária, para o fim de que todas as solicitações de bloqueio lhe fossem dirigidas, a fim de evitar excesso de execução.

Na verdade, o bloqueio *online* ou penhora eletrônica é consequência do avanço da tecnologia, modernização e informatização do Poder Judiciário. O que antes se fazia por meio de ofício datilografado, passou a ser feito por meio eletrônico².

Com o sucesso da efetividade trazida ao processo trabalhista com o primeiro convênio, em 2005 surgiu o Bacen Jud 2.0, segunda versão do bloqueio *online*; desta feita o acordo foi firmado entre o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal e o Banco Central.

1 Não se pode olvidar que já havia um convênio assinado em 08.05.01 entre o Banco Central do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal – Convênio de Cooperação Técnico-Institucional. Para Fins de Acesso ao Sistema Bacen Jud, cuja cláusula sexta afirmava que “os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça de Alçada dos Estados poderão aderir ao presente convênio na forma e nas condições nele estabelecidas (...)”.

2 Nesse sentido: MALLETT, Estevão. Anotações sobre o bloqueio eletrônico de valores no processo do trabalho: penhora *online*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 70, n. 01, 2004, p. 31: “Nada mais é do que simples adoção de novo expediente, propiciado pelo avanço da tecnologia, para a prática do ato já previsto em lei correspondente à penhora, o que se mostra perfeitamente natural e até inevitável”; e GOMES, Lineu Miguel. *Penhora online*. Suplemento Trabalhista n. 030/04. São Paulo: LTr, 2004. p. 127: “Esse procedimento resulta, apenas, da modernização decorrente dos sistemas informatizados, propriamente operação em tempo real, por meio de computadores pessoais e por comunicação via internet. Antes se faz o que se fazia via ofício datilografado, pelo qual o juiz pedia informações, ou por mandado onde o Juízo determinava penhora de numerários do executado na agência bancária”.

DOCTRINA

Assim, com o lançamento da nova versão da penhora eletrônica, tal instituto começou a também ser adotado por juízes na área tributária e em ações de cobrança na Justiça comum.

No âmbito das execuções fiscais, por exemplo, a Lei Complementar nº 118/05 acrescentou, inclusive, o art. 185-A ao Código Tributário Nacional, instituindo nesse diploma o bloqueio *online*³.

Assim, é possível afirmarmos que houve uma evolução na expansão da penhora eletrônica de dinheiro. Não se pode olvidar que numa época a utilização da expressão penhora *online* foi criticada pela doutrina. Falava-se que a expressão era equivocada, pois a penhora jamais poderia ser *online* ou eletrônica. O argumento era no sentido de ser este o meio de comunicação utilizado pelo juiz para se informar a respeito dos ativos financeiros do devedor, sobre o qual oportunamente recairia a constrição. Consideravam-se os meios eletrônicos como inidôneos para a efetivação desse relevante ato processual.

Ocorre que a alteração procedida no parágrafo único do art. 154 do antigo CPC, pela Lei nº 11.280/06, pôs fim a essa crítica, ao prever de modo expreso a possibilidade de prática de atos processuais com a utilização de meios eletrônicos, nos seguintes termos: “Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”.

A prática de atos processuais por meios eletrônicos foi regulamentada, posteriormente, pela Lei nº 11.419/06 e o Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor no dia 18 de março do corrente ano, trouxe um novo regramento para o tema no art. 854, em subseção intitulada “Da Penhora de Dinheiro em Depósito ou em Aplicação Financeira”, dentro do capítulo “Da Execução por Quantia Certa”.

A penhora eletrônica de dinheiro tem aspectos positivos e negativos. O instituto deve ser estudado por esses dois prismas, com o fim de se conseguir alcançar um equilíbrio entre os princípios e valores que se opõem: efetividade x menor onerosidade da execução.

3 A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais já autorizavam a medida, porém de forma excepcional: “Execução fiscal. Localização de contas bancárias através do sistema Bacen Jud. Medida excepcional. Em caráter excepcional, quando não localizados outros bens passíveis de constrição, é viável, em execução fiscal, a localização de contas em nome do executado mediante utilização do sistema Bacen Jud” (TRT da 4ª R., AI 2003.04.01.0566770-4/SC, j. 09.03.04).

2 – ASPECTO POSITIVO: EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO

O tempo é a dimensão fundamental na vida humana. No processo ele desempenha idêntico papel. O tempo, conforme ressalta autorizada doutrina, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo⁴.

Efetividade vem do verbo latino *efficere*, que traz a ideia de realizar, produzir e corresponde à qualidade do que está efetivo, estado ativo de fato. Na seara processual o vocábulo enseja a preocupação com a eficácia da lei processual e sua obrigação de gerar os efeitos que dela normalmente se esperam⁵.

Com o fim de o processo gerar os efeitos que dele se espera, consistente numa tutela efetiva, na maioria das vezes é necessário que seja célere⁶. Destarte, uma das garantias fundamentais do cidadão deve ser uma resposta jurisdicional em um prazo razoável.

Nesse sentido que veio a lume a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45/04, que incluiu entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, positivados no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

E na mesma trilha as Leis ns. 11.232/05, 11.187/05, 11.277/06, 11.280/06, 11.341/06, 11.382/06, 11.418/06 e 11.419/06, que alteraram o texto do antigo Código de Processo Civil na busca de trazer a tão desejada efetividade na prestação jurisdicional.

Além, é lógico, do Novo Código de Processo Civil, que eliminou recursos e atos processuais desnecessários, além de incluir prazos mais curtos, especialmente para bloqueio e desbloqueio de ativos financeiros (24 horas), como será visto no item 5.

Dentro dessa realidade, como aspecto positivo, não podemos negar que a penhora eletrônica traz efetividade às execuções. Elimina-se o risco de a parte executada sacar o dinheiro antes da constrição. O bloqueio, outrossim, ocorre de forma eletrônica e, conseqüentemente, muito mais rápida, ou melhor, de imediato.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela antecipatória. *Revista dos Tribunais*, ano 83, ago. 1994, v. 706, p. 56.

5 ARAGÃO, E. D. Moniz de. Efetividade do processo de execução: estudos em homenagem ao prof. Alcides de Mendonça Lima. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 326, abr./jun. 1994, p. 33.

6 É mister registrar, entretanto, que, conforme chama atenção João Batista Lopes, nem sempre efetividade se confunde com celeridade, pois, como frisa o referido Professor (Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES Jr., Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, Willian Santos [Coord.]. *Reforma do Judiciário* – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p. 328), “nem sempre a solução rápida é a mais adequada, bastando mencionar que, na hipótese de ser necessário produzir prova pericial, a solução da lide demandará tempo maior”.

Assim, não há como negar o crescimento da utilização da penhora eletrônica, ocorrido desde a sua criação. Mauro Freda Soares apresenta dados estatísticos:

“A utilização da penhora *online* vem crescendo desde a sua implantação. Conforme dados fornecidos pelo Banco Central do Brasil, nos anos de 2001, 2002 e 2003 foram encaminhadas através de ofícios, respectivamente, 80.851, 105.749 e 118.000 solicitações para as instituições financeiras utilizando-se do sistema convencional. No mesmo período, com a implantação do sistema Bacen Jud, foram solicitados 524, 42.501 e 257.667 pedidos. Somente no ano de 2003, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região atingiu o número de 63.886 solicitações de bloqueio *online*. Segundo o Banco Bradesco, em informação de setembro de 2004, diariamente são recebidas em torno de 1.700 a 2.000 ordens judiciais referentes a ordens de bloqueio e desbloqueio via Bacen Jud.”⁷

Esse crescimento na utilização da penhora *online* continuou, especialmente após a Lei nº 11.382/06, que incorporou o instituto ao Código de Processo Civil e a Resolução nº 61, de 7 de outubro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça, que recomendou a todos os magistrados o cadastramento e utilização do sistema. Os dados estatísticos do CNJ apontam, inclusive, que em 2010 a utilização do instituto na Justiça Comum superou a Justiça do Trabalho, passando a representar 55% das solicitações de bloqueio⁸.

Não se pode ignorar que o aumento da utilização do bloqueio *online* é decorrente de seu sucesso na busca de efetividade da tutela jurisdicional, em especial no processo de execução, onde se encontram os maiores problemas para o cumprimento das decisões. É uma arma contra os maus pagadores e aqueles que buscam de todas as formas se esquivar das obrigações legais.

Entre os aspectos positivos da medida, portanto, não podemos ignorar que, diante da possibilidade de bloqueio imediato de seus numerários, as empresas preferem a realização de um acordo, o que faz com que o processo executivo atinja a sua finalidade de satisfação do credor e, consequentemente, seus escopos sociais, políticos e jurídicos.

Ocorre, porém, que não impera somente o aspecto positivo na utilização da penhora eletrônica de dinheiro. Diante das consequências práticas que envol-

7 SOARES, Mauro Freda. *A penhora online na execução trabalhista e suas implicações jurídicas*. São Paulo: LTr, 2004. n. 12. p. 1463.

8 Dados colhidos no artigo *O Sistema Bacen Jud no Processo de Execução*, de autoria de Caio de Souza Galvão. Disponível em: <<http://www.portalrevistas.ucb.br>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

DOCTRINA

vem a utilização do instituto, há um agravamento da execução, com eventuais ofensas ao art. 620 do antigo Código de Processo Civil, que estabelece que a execução deve ser realizada pelo modo menos gravoso, regra que é repetida no art. 805 do Novo Código de Processo Civil. Senão vejamos.

3 – ASPECTO NEGATIVO: AGRAVAMENTO DA EXECUÇÃO

Inúmeras consequências na utilização da penhora eletrônica de dinheiro nos levaram a diagnosticar alguns aspectos negativos na sua utilização que ensejam em algumas situações o agravamento da execução.

Problema que se repetiu em inúmeras penhoras eletrônicas de dinheiro, por exemplo, consistiu na constrição de mais de uma conta bancária, originando excesso de execução pela imobilização de valores muito superiores ao crédito trabalhista executado⁹.

Esse problema ocorreu em inúmeros casos em que a medida foi utilizada. Já houve hipótese de execução de R\$ 100.000,00 que, tendo em vista bloqueio de contas da executada em todo o território nacional, a constrição foi efetivada num montante de R\$ 1.000.000,00¹⁰.

É patente que problemas desse jaez na utilização da penhora *online* trouxeram prejuízos irreparáveis aos executados. Conforme frisou Claudia Campas Braga Patah, “vão desde multas contratuais de fornecedores, autuações fiscais pelo não recolhimento de tributos e a própria inadimplência da folha de salários dos demais empregados da empresa, comprometendo, pois, o capital de giro, tornando o ato abusivo”¹¹.

Como se não bastasse, enquanto o bloqueio ocorre em questões de segundos, com o simples clicar de um botão, o desbloqueio das contas sempre foi uma *via crucis* para os executados, cuja demora agravava ainda mais as consequências negativas do excesso de execução.

Há ainda que se registrar a frequente ocorrência de bloqueios em contas de sócios e administradores das executadas, inclusive sociedades anônimas,

9 Conforme Celso Neve leciona (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 46), ao comentar o antigo art. 659 do Código de Processo Civil de 1973, cujo teor é idêntico ao 883 da CLT: “A apreensão é de bens quanto bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários. Nem insuficiente, nem excessiva”.

10 O Provimento n. 3/03 não teve o condão de solucionar o problema, pois, na hipótese da conta cadastrada não ter fundo suficiente no momento, o bloqueio se expande para todas as outras contas, como se aquela não existisse.

11 PATAH, Claudia Campas Braga. *Os princípios constitucionais à luz da celeridade processual e a penhora online*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 2 fev. 2006.

sem que ocorram e sejam provadas as hipóteses autorizadoras dos arts. 50 do Novo Código Civil¹², 158 da Lei Federal nº 6.404/76¹³ ou 28 do Código de Defesa do Consumidor¹⁴.

A penhora eletrônica na conta de sócios passou a ser realizada na primeira dificuldade de localização de bens da executada, com violação do direito de propriedade, contraditório, ampla defesa e devido processo legal positivados nos incisos XXII¹⁵, LIV¹⁶ e LV do art. 5º da Constituição Federal¹⁷.

Diante desse quadro, é patente a ofensa ao estabelecido no art. 620 do antigo Código de Processo Civil e no art. 805 do Novo Diploma Processual, quanto ao princípio e à observância de que a execução deve ser realizada da forma menos gravosa para o executado¹⁸.

Tal princípio é fruto de uma evolução histórica da execução que, inicialmente, recaía até mesmo sobre o corpo do devedor no direito romano, para a atual fase da responsabilidade patrimonial, fruto da humanização do processo¹⁹.

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

13 “O administrador não é responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regulador de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II – com violação da lei ou estatuto.”

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

15 “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII – É garantido o direito de propriedade.”

16 “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

17 Sobre o tema, ver nosso artigo: A desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho e os princípios do devido processo legal e contraditório. In: BRUSCHI, Gilberto (Coord.). *Direito processual empresarial: estudos em homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 106/116.

18 “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

19 Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 40) ensina que: “Através da história vê-se que se foram abrandando as sanções contra os devedores, como a da prisão, a do corte das mãos e a do esartejamento. As coações e até as sub-rogações passaram a ser com menor peso de violência. A regra jurídica do art. 620 mostra que se atendeu a que a falta de adimplemento causa situações difíceis para os devedores e, diante de se poder executar por diferentes meios o devedor, a melhor solução era a de que o juiz mandar que se fizesse a execução pelo modo menos gravoso para o devedor. Já assim estabelecia o Código de Processo Civil de 1939, art. 903, no qual apenas se pusera ‘oneroso’ em vez de gravoso”.

Humberto Theodoro Júnior explica a finalidade desse dispositivo legal: “Toda execução deve ser econômica, isto é, deve realizar-se da forma que, satisfazendo o direito do credor, seja o menos prejudicial possível ao devedor. Assim, quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”²⁰.

No mesmo sentido Alcides de Mendonça Lima: “Ainda que a execução seja realizada como resultado do exercício de um direito do credor, para satisfazer à obrigação assumida pelo devedor, nem por isso o sujeito passivo deve ser inutilmente sacrificado, quando, por outro modo que não o usado pelo sujeito ativo, seja atingido o mesmo objetivo quanto à solvência da prestação. O interesse social e a finalidade ética do processo exigem, sem dúvida, que a dívida (em acepção ampla) seja totalmente adimplida. Mas nem assim o credor tem o direito de agravar a situação do devedor, no curso da execução, escolhendo meio mais oneroso do que outro que possa alcançar o mesmo alvo quer por ignorância como, geralmente, por má-fé, com a intenção preconcebida de lesar o devedor”²¹.

Como não reputar como gravosa a execução realizada por meio de penhora eletrônica de dinheiro? O art. 805 do Novo CPC é norma cogente, que está em harmonia com o conteúdo ético e social do processo e, portanto, não pode ser olvidada pelos magistrados²².

A adoção de providências mais rigorosas na execução, como a penhora *online* das contas bancárias do executado, além de contrariar em algumas situações a necessidade de a execução ser realizada de forma menos gravosa, pode também se revelar em descompasso com a histórica evolução de humanização do processo de execução.

Assim, conseqüentemente, estamos diante do choque de dois princípios de suma importância no Estado de Direito: a necessidade de efetividade do processo de execução e a garantia de que esta deve ser feita da forma menos gravosa ao executado.

20 *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13.

21 *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VI. p. 601.

22 Há, inclusive, manifestações nesse sentido na jurisprudência: “Mandado de segurança. Penhora em numerário. Aplicação do art. 620 do CPC. Não obstante o art. 882 da CLT remeter ao art. 655 do CPC, a ordem de nomeação de bens, o qual coloca em primeiro lugar a indicação de dinheiro, o art. 620, do mesmo estatuto processual, dispõe expressamente que ‘quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor’. Tendo a executada oferecido bem livre e desembaraçado para garantia da execução, a penhora de dinheiro, o qual constitui em capital de giro da empresa, indispensável ao exercício de sua atividade, tal como o pagamento de fornecedores e custeio de folha de pagamento, poderá comprometer as atividades da impetrante. Segurança concedida” (TRT da 24ª R., MS 0000037/96, Rel. Juiz David Balaniúç Junior).

Como solucionar esse conflito? Como o magistrado deve agir diante desse quadro? Quando deve utilizar a penhora *online*? Em nosso entendimento não há outra saída senão socorrer-se dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

4 – CONFLITO DE PRINCÍPIOS. SOLUÇÃO: APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Na penhora eletrônica de dinheiro há, conforme já dito, um choque entre princípios. De um lado a necessidade de se ter efetividade, que pode ser obtida por meio dessa forma de constrição. De outro, a possibilidade de agravamento da execução, diante das consequências da indisponibilidade de numerário do executado e consequente violação do art. 805 do Novo CPC.

Nessas situações, entretanto, o magistrado não pode se omitir e precisa decidir pela aplicação ou não do instituto. E, para tanto, deve se socorrer dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade²³. Norteados por eles, deve analisar criteriosamente cada caso posto para sua apreciação.

Proporcionalidade, em sentido estrito, se refere à verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

Quanto à sua origem, esse princípio, conforme chama atenção Francisco Fernandes de Araújo²⁴, “acompanha a história da defesa dos direitos humanos e surge como decorrência da passagem do Estado de Polícia ao Estado de Direito, para o controle da coação exercida pelo monarca”.

Luís Roberto Barroso fala em uma tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, extraíndo-se os requisitos “(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos

23 A despeito do princípio da proporcionalidade ter sido utilizado no sistema da *common law* com a rubrica “princípio da razoabilidade”, além da jurisprudência e da doutrina utilizarem as expressões como sinônimos, cabe aqui apontar as quatro diferenças detectadas por Helenilson Cunha Pontes (*Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 30-31 e 48): a) o princípio da proporcionalidade exige maior motivação racional nas decisões do que o princípio da razoabilidade; b) o princípio da razoabilidade, ao contrário do princípio da proporcionalidade, prescinde de consideração da relação meio-fim; c) enquanto a razoabilidade constitui princípio geral de interpretação, a proporcionalidade, além dessa qualidade, também consubstancia princípio jurídico material; d) finalmente, a razoabilidade tem função eficaz de bloqueio, enquanto a proporcionalidade assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados.

24 ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da proporcionalidade na execução civil. In: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Execução civil (aspectos polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 161.

pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão”²⁵.

É patente, pois, que o magistrado deve sopesar esses valores (efetividade ou agravamento da execução) antes de deferir a penhora eletrônica de dinheiro. Conforme o caso, por exemplo, é possível que uma empresa, em situação econômico-financeira precária, possa até vir a quebrar, pela constrição de seu capital de giro. Ou, os próprios empregados da empresa executada podem correr o risco de não receberem salário face à constrição desse capital²⁶.

Diante de tal situação o juiz verificará que o bloqueio *online* de dinheiro é o meio mais gravoso para atingir o fim visado, pois, o ônus imposto, em face dos irreparáveis prejuízos, não compensará o benefício trazido pela efetividade. Nesse caso, deverá optar pelo valor da execução menos gravosa para o réu, positivado no art. 805 do CPC e, assim, não utilizar o bloqueio eletrônico. E para tal decisão se aplicará o princípio da proporcionalidade.

Nesse contexto, muito feliz é a síntese de Willis Santiago Guerra Filho: “Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”²⁷.

A utilização do princípio da proporcionalidade tem o condão de facilitar a vida do operador do direito, nessas situações de conflito entre valores. É importante a compreensão desse princípio para análise e melhor solução do caso concreto.

No mesmo diapasão o princípio da razoabilidade, que é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Judiciário para aferir se estão informados pelo valor superior da justiça.

25 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 219/220.

26 Carlos Maximiliano, na clássica obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (Forense: Rio de Janeiro, 2003. p. 135/136), ensina que: “Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave. Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

27 FILHO, Willis Santiago Guerra. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989. p. 75.

DOCTRINA

Segundo Luiz Roberto Barroso “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”²⁸.

Assim, na hipótese de uma execução trabalhista (consequentemente de natureza alimentar), na qual o obreiro litiga com uma empresa de grande porte, que fatura bilhões de reais por ano, é razoável o magistrado autorizar a penhora eletrônica de dinheiro para satisfação do crédito exequendo. A medida é razoável e proporcional, desde que não haja excesso de execução, pois não trará qualquer prejuízo à executada.

Em situações de devedor contumaz, que busque de todas as formas se esquivar ao cumprimento de suas obrigações, por exemplo, o magistrado também deve se socorrer da proporcionalidade e a razoabilidade e, consequentemente, fazer prevalecer o valor da efetividade sobre a restrição do art. 805 do CPC, aplicando a penhora eletrônica de dinheiro.

Quanto à conjugação e aplicação dos dois princípios, invocamos as sábias lições de Francisco Fernandes de Araújo, *in verbis*: “O fato é que os dois princípios visam impedir que o arbítrio no exercício do poder se concretize e, portanto, objetivam que não se realizem excessos, pois estes não são razoáveis nem proporcionais, até porque, conforme expressão que julgamos de nossa lavra, *o proporcional é esteticamente belo e substancialmente justo*. Nesse aspecto existe semelhança entre os dois princípios, porque ambos se concretizam mediante uma ponderação ou exercício de valor”²⁹.

O Novo Código de Processo civil traz um regramento para penhora eletrônica de dinheiro que se aproxima do ideal de razoabilidade e proporcionalidade, por equilibrar tanto a necessidade de efetividade da execução como a menor onerosidade dos meios utilizados para atingir os fins desta. Vejamos.

28 BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 215.

29 ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da proporcionalidade na execução civil*, *op. cit.*, p. 170, no qual o referido autor ainda conclui em outras palavras: “diríamos que a razoabilidade é princípio de interpretação, que está (ou deve estar) presente em todo agir individual e social, enquanto a proporcionalidade, além desse aspecto, também é princípio de calibragem ou dosimetria na feitura e na aplicação da norma, isto é, tem uma ‘materialização mais forte do que o princípio da razoabilidade’”.

5 – O REGRAMENTO DA PENHORA ELETRÔNICA DE DINHEIRO NO NOVO CPC

O regramento da penhora eletrônica de dinheiro no Novo Código de Processo Civil está no art. 854, o qual estabelece que:

“Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.”

O novo regramento da penhora eletrônica de dinheiro traz aspectos positivos e negativos. Como aspecto negativo, entendemos que o legislador poderia ter avançado um pouco e não exigido “requerimento do exequente” para realização da penhora.

O legislador, pois, perdeu uma excelente oportunidade de retirar tal exigência, especialmente pelo fato de o dinheiro estar em primeiro lugar na ordem de gradação legal de penhora, conforme estabelece o art. 835 do Novo CPC. De toda sorte, no processo do trabalho, não há tal exigência uma vez que, conforme o art. 878 da Consolidação das Leis do Trabalho, o magistrado conduz os atos executivos de ofício.

Afinal, seja no processo do trabalho, seja no processo civil, conforme adverte Marcelo Abelha Rodrigues, “é preciso que o legislador enxergue a atividade executiva como atividade pública em que o Estado tem o dever de outorgar a tutela em favor do exequente. Tendo sido provocado a satisfazer a norma jurídica concreta revelada no título executivo, é dever do Estado prestar a tutela jurisdicional”³⁰.

Como aspecto positivo vislumbramos um aperfeiçoamento no regramento da penhora eletrônica de dinheiro, que a torna mais razoável e proporcional, de forma a atingir o equilíbrio entre a necessidade de efetividade da execução e a menor onerosidade nos meios utilizados para concretização desta.

Novidade interessante na busca de efetividade processual e que não constava do art. 655 do antigo Código de Processo Civil é possibilidade de realização de bloqueio sem prévia ciência ou intimação do executado no

30 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Penhora eletrônica de dinheiro no novo CPC*. Disponível em: <<http://portalprocessual>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

cumprimento de sentença ou citação na execução extrajudicial. É digno de registro que tal procedimento já era o adotado pelos juízes do trabalho, afinal, na hipótese de ciência prévia do bloqueio eletrônico, o executado certamente esvazia a sua conta bancária.

Trata-se, pois, de ato constrictivo anterior à penhora, que o legislador denominou de “apreensão de ativos financeiros” e, conforme ressaltamos, tem a vantagem de ser realizado sem a prévia ciência do executado. Há uma prévia constrição do valor apresentado pelo exequente no seu requerimento de bloqueio, tornando a quantia indisponível para, posteriormente, ser convalidada em penhora e ser transferida para o juízo.

A redação do art. 854 do Novo CPC, pois, está melhor do que a do art. 655 do antigo diploma, pois o magistrado no processo civil não requisita mais informações para depois proceder ao bloqueio, mas já determina a indisponibilização da quantia objeto da execução para, posteriormente, fazer a convalidação em penhora. Tal procedimento, repita-se, já era o adotado no processo do trabalho.

Conforme o § 2º do art. 854, o executado é intimado por meio de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente. Para essa última hipótese, imaginamos a constrição realizada ao sócio de uma empresa executada, na hipótese de tutela provisória concedida em incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com o estabelecimento do contraditório em momento posterior ao bloqueio.

Outra mudança no regramento da penhora eletrônica de dinheiro que equilibra a busca de efetividade da execução com a necessidade desta de ser realizada de forma menos onerosa consiste no prazo estabelecido para a instituição bancária realizar tanto a constrição do numerário como o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva. Nos termos do § 1º do art. 854, não somente a constrição deve ser realizada nesse curtíssimo prazo de 24 horas, mas também o cancelamento:

“No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.”

A delimitação do referido prazo de 24 horas para o cancelamento do excesso de execução elimina o sofrimento dos executados demonstrado no item 3 do presente trabalho, quando tratamos dos aspectos negativos da penhora eletrônica de dinheiro. Conforme lá exposto, em muitas situações de excesso de execução, diferente da constrição, demandava-se muito tempo para o cancelamento do excesso, tornando a execução bastante gravosa para o executado.

DOCTRINA

O dispositivo está em sintonia, pois, com o art. 805 do diploma processual e, assim, enseja o desejado equilíbrio entre o princípio de que a execução deve ser realizada da forma menos gravosa para o executado e a necessidade de efetividade desta.

É possível constatar nos novo regramento da penhora eletrônica de dinheiro a eliminação de outra questão que gerava muitas dúvidas nos jurisdicionados, relacionado ao início do prazo para impugnação ou embargos à execução. Tal prazo se iniciava do bloqueio do numerário ou da lavratura do termo de penhora?

As partes, em muitas situações, tanto no processo civil como no processo do trabalho, se sentiam inseguras em aguardar a formalização da penhora para poder se defender na execução e impugnar o ato de constrição. Em algumas situações praticavam o ato antecipadamente e alguns juízes, de forma equivocada, consideravam intempestiva a prática do ato processual e não admitiam a defesa³¹.

O novo § 3º do art. 854 estabelece o que se pode chamar de “mini-impugnação”, a ser aduzida no prazo de cinco dias da constrição, para as hipóteses não somente de indisponibilidade excessiva, mas também impenhorabilidade do valor apreendido. O referido dispositivo dispõe que:

“Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que:

I – as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis;

II – ainda remanesce indisponibilidade excessiva.”

E, novamente, o legislador, na busca de tornar a execução menos gravosa, estabelece o prazo de 24 horas para que a instituição bancária cumpra a determinação de cancelamento da constrição, na hipótese de acolhimento pelo magistrado dos argumentos trazidos pelo executado na “mini-impugnação”, como se pode observar do § 4º do art. 854:

“Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3º, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em 24 (vinte e quatro) horas.”

31 No Novo Código de Processo Civil não haverá mais esse problema, pois, segundo o § 4º do art. 218, “será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”.

O prazo de 24 horas para cancelamento da indisponibilidade do numerário também é aplicado para a hipótese de o executado proceder ao pagamento da dívida, como se observa do § 6º do art. 854:

“Realizado o pagamento da dívida por outro meio, o juiz determinará, imediatamente, por sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, a notificação da instituição financeira para que, em até 24 (vinte e quatro) horas, cancele a indisponibilidade.”

Questão interessante trazida pelo Novo Código de Processo Civil consiste na possibilidade de a instituição bancária ser responsabilizada pelo não cumprimento do referido prazo de cancelamento da indisponibilidade. Demonstrase, mais uma vez, a preocupação do legislador em conciliar a necessidade de efetividade da execução, com a utilização das vias menos gravosas para o executado. Essa possibilidade de responsabilização da instituição bancária está no § 8º do art. 854:

“A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando assim determinar o juiz.”

É patente, pois, que o regramento da penhora eletrônica de dinheiro no Novo CPC traz um equilíbrio entre os princípios da efetividade da execução e menor onerosidade desta.

Tal equilíbrio também pode ser constatado no tratamento da substituição da penhora em dinheiro, conforme analisaremos a seguir.

6 – A SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA EM DINHEIRO NO NOVO CPC

A constatação de que o regramento da constrição eletrônica de dinheiro no Novo Código de Processo Civil traz um equilíbrio entre os princípios da efetividade e menor onerosidade da execução também pode ser aferida no exame do tratamento legal dado à substituição da penhora.

É importante consignar que a preocupação do legislador em conciliar os valores da efetividade e menor onerosidade da execução no Novo Código de Processo Civil pode ser diagnosticada já no parágrafo único do art. 805 do Código de Processo Civil, que, como já visto, positiva no *caput* o princípio de que a execução deve ser realizada da forma menos gravosa.

DOCTRINA

O parágrafo único do referido dispositivo estabelece, entretanto, que “ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”.

A necessidade de indicação de meios menos gravosos sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados está intrinsecamente ligado ao tema substituição da penhora. Tal regra prevista de forma macro no parágrafo único do art. 805 é repetida de forma específica no art. 847:

“O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.”

Conforme esclarece Manoel Antonio Teixeira Filho, “como o objetivo de fazer com que a execução se processe pelo modo menos gravoso ao devedor (CPC, art. 805), o legislador permitiu-lhe requerer a substituição do bem penhorado. Com vistas a isso, ao devedor caberá atender a dois requisitos legais: a) formular o requerimento de substituição dentro de dez dias da intimação da penhora; b) comprovar que a substituição lhe será menos gravosa e não acarretará prejuízo ao exequente³²”.

É possível também constatar uma evolução no tratamento da matéria, pois, no sistema antigo de substituição de penhora, a redação do art. 668 contemplava a possibilidade de substituição do objeto da constrição apenas e exclusivamente por dinheiro³³.

Com as reformas do Código de Processo Civil de 1974, essa restrição acabou, podendo-se requerer a substituição por qualquer outro bem, desde que realizada no prazo de 10 dias e comprovada que a substituição não traz prejuízo ao exequente e é menos onerosa para o devedor. É que dizia o art. 668 daquele diploma, cuja regra é repetida no art. 847 do Novo Código de Processo Civil.

Diante da leitura do dispositivo citado, vislumbramos a existência de dois requisitos para a autorização da substituição: 1º) a troca não deverá trazer prejuízo algum ao exequente; e 2º) deverá proporcionar uma execução menos onerosa para o devedor.

32 FILHO, Manoel Antonio Teixeira. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 941.

33 Eis a redação: “O devedor, ou responsável, pode, a todo tempo, antes da arrematação ou da adjudicação, requerer a substituição do bem penhorado por dinheiro; caso em que a execução correrá sobre quantia depositada”.

É necessário, para aplicação do dispositivo, pois, a cumulação dos dois requisitos, isto é, que a substituição tanto seja menos onerosa ao devedor como não traga prejuízo ao exequente. O juiz deve ponderar tal relação, na decisão de substituição, por meio da aplicação da razoabilidade e proporcionalidade, assim como quando da decisão de realização da penhora eletrônica de dinheiro, conforme defendemos no item 4 do presente trabalho.

É importante consignar que o prazo não é preclusivo, uma vez que o pedido de substituição poderá ser feito na hipótese de ser mais vantajoso para o processo, como já ponderou Glauco Gumerato Ramos:

“A fluência do prazo de 10 dias não impedirá que o executado, em momento posterior, provoque o incidente de substituição do bem penhorado, até mesmo porque a substituição eventualmente proposta poderá mostrar-se bastante vantajosa ao exequente e às finalidades da execução civil. Imagine-se, por exemplo, se mesmo após o transcurso dos 10 dias o executado inaugura o incidente de substituição de bem para oferecer dinheiro no lugar do bem que foi penhorado; ou mesmo quando a substituição pretendida seja para indicar à penhora um bem de maior liquidez, se comparado com o anteriormente constricto.”³⁴

Pois bem. Diante da inclusão do dinheiro em primeiro lugar na ordem de gradação legal da penhora (art. 835 do Novo CPC), como conceber uma substituição da penhora eletrônica de dinheiro que alcance o equilíbrio entre efetividade e menor onerosidade da execução? Afinal, o próprio § 1º do art. 835 é claro ao dispor que “é prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no *caput* de acordo com as circunstâncias do caso concreto”.

O próprio Código de Processo Civil responde à indagação, pois, apesar de a penhora em dinheiro ser prioritária, o § 2º prevê que:

“Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.”

Ora, o Código deve ser interpretado como um todo e, nesse contexto, diante de uma interpretação sistemática, podemos afirmar que a prioridade da penhora em dinheiro não é absoluta. A flexibilidade para tal modalidade de constrição é corretamente explicada por Teresa Arruda Alvim Wambier e outros:

34 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEIS, Rodrigo. *Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007. p. 330/331.

“Diante dessa redação, a literalidade da norma parece conferir um caráter absoluto para a penhora de dinheiro, circunscrevendo a liberdade do juiz para alterar a ordem somente nas demais hipóteses. Trata-se de raciocínio diverso daquele sedimentado pela Súmula nº 417 do STJ. Não concordamos com tal raciocínio. A interpretação dos dispositivos legais não pode se dar em função apenas de sua literalidade, nem tampouco de forma isolada do sistema normativo como um todo. A nosso ver, mesmo a penhora em dinheiro, conquanto tenha caráter prioritário, pode ser flexibilizada.”³⁵

A possibilidade de substituição da penhora em dinheiro por um seguro garantia judicial ou carta fiança bancária, num valor 30% superior ao débito, demonstra mais uma vez que o regramento da matéria estabelecida no Novo Código atende tanto à necessidade de efetividade da execução como à menor onerosidade desta, atingindo o desejado equilíbrio entre tais valores.

Apesar de a possibilidade de substituição de penhora por carta fiança bancária já ter previsão na Lei de Execuções Fiscais³⁶ bem como na jurisprudência do STJ³⁷, nada havia sobre o seguro garantia judicial. Ambos os institutos, como já dito, ensejam um equilíbrio entre a necessidade de efetividade da execução e a menor onerosidade para o executado.

Assim, desde que atendidos os requisitos legais, isto é, a fiança bancária ou o seguro garantia judicial sejam ofertados em valor não inferior ao débito e com a majoração de 30%, por uma instituição idônea, concebemos o instituto como um direito do executado e, assim, independe da manifestação do exequente. Em qualquer situação o pleito deve ser deferido.

Isto porque não há razão para o indeferimento da substituição, uma vez que ela tanto não desampara ou traz qualquer prejuízo ao exequente como atende o interesse, ou melhor, assegura o direito do executado de ter a execução processada da forma menos gravosa.

35 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1191.

36 “Em qualquer fase do processo, será deferida pelo juiz: I – ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária.”

37 “A fiança bancária – como já se decidiu – pode substituir a penhora de percentual de faturamento, porque tem o mesmo status de garantia desta, e pode ser menos onerosa para o devedor, sendo de evitar-se a penhora sobre a receita, cuja admissibilidade deve dar-se de maneira excepcional, já que interfere diretamente no funcionamento da empresa executada” (STJ, REsp 538.705/PR, 2ª T., Relª Minª Eliana Calmon, ac. 01.09.05, DJU 10.10.05, p. 285). No mesmo sentido da possibilidade de substituição de penhora em dinheiro por fiança bancária o REsp 643.097/RS, Rel. Min. Castro Moreira, 2ª T., j. 04.04.06.

Nesse sentido, muito pertinentes as ponderações de Daniel Amorim Assumpção Neves:

“A fiança bancária – e por extensão também o seguro garantia judicial – são formas de garantia do juízo que beneficiam todos os envolvidos no processo executivo. Para o executado a substituição será extremamente proveitosa porque, liberando o bem que havia sido penhorado, o patrimônio do executado continuará livre para que continue a lucrar com ele, o que certamente lhe gerará dividendos, inclusive aumentando sua capacidade de fazer frente à cobrança enfrentada na execução... Por outro lado, o exequente não terá qualquer prejuízo, porque o grande atrativo da penhora em dinheiro – sua liquidez imediata – será plenamente mantido com as duas espécies de garantia.”³⁸

O Novo Código de Processo Civil, como já dito e repetido, foi muito feliz no regramento da matéria, de forma que atende aos anseios tanto do exequente como do executado, que devem observar a lealdade, a boa-fé e a cooperação para que o processo possa atingir todos os seus escopos sociais, jurídicos e políticos.

7 – O ACOLHIMENTO DOS INSTITUTOS DO NOVO CPC NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil no dia 18 de março do corrente ano, o Tribunal Superior do Trabalho se antecipou e editou a Instrução Normativa nº 39, que dispôs sobre “as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho”.

É possível aferir nos “considerandos” da Instrução Normativa nº 39, editada pela Resolução nº 203 de 15 de março de 2016, que o Tribunal Superior do Trabalho não considera revogados os arts. 769 e 889 da CLT e que há, portanto, plena possibilidade de compatibilização das referidas normas com o art. 15 do Novo Código de Processo Civil, que prevê a aplicação subsidiária e supletiva deste ao processo do trabalho.

A Instrução Normativa nº 39, pois, procurou identificar as questões polêmicas, bem como as questões inovatórias relevantes do Novo Código de Processo Civil e definir a compatibilidade ou não de aplicação subsidiária ou supletiva de alguns de seus dispositivos ao Processo do Trabalho.

38 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEIS, Rodrigo. *Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007. p. 311/312.

DOCTRINA

A referida Instrução Normativa revela, outrossim, a nobre preocupação do Tribunal Superior do Trabalho de “transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e órgãos da Justiça do Trabalho, bem assim o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento da desejável celeridade”.

No que tange aos dispositivos da execução analisados no presente artigo, conforme estabelece o art. 3º da Instrução Normativa nº 39, “sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: (...) XIV – art. 805 e parágrafo único (obrigação de o executado indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos para promover a execução); (...) XVI – art. 835, incisos e §§ 1º e 2º (ordem preferencial de penhora); (...) XIX – art. 854 e parágrafos (BacenJUD)”.

A posição do Tribunal Superior do Trabalho (exposto na Instrução Normativa nº 39), portanto, de total aplicação no processo do trabalho dos dispositivos analisados no presente trabalho, corrobora nosso diagnóstico favorável aos institutos e nossa afirmação de que tanto o novo regramento da constrição eletrônica de dinheiro como o regime de substituição de penhora atendem ao desejado equilíbrio entre a efetividade e a menor onerosidade da execução e, conseqüentemente, a razoabilidade e a proporcionalidade.

8 – CONCLUSÃO

Não há como negar que o instituto da penhora eletrônica de dinheiro trouxe efetividade ao processo de execução e, assim, se consolidou e cresceu como importante ferramenta para tutela jurisdicional executiva.

Por outro lado, não se pode olvidar que a utilização do instituto de forma desarrazoada, em inúmeras situações, fere o princípio de que a execução deve ser realizada da forma menos gravosa, esculpido nos arts. 620 do antigo Código de Processo Civil e 805 do novo diploma processual.

Assim, a análise caso a caso da relação custo x benefício na aplicação do instituto é necessária aos aplicadores da lei, o que se dá por meio dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para, diante da ponderação dos valores envolvidos no conflito, preservar o mais relevante, com o cuidado de que a medida não extrapole o necessário ao processo justo.

O regramento da matéria no Novo Código de Processo Civil, seja no que tange à penhora eletrônica de dinheiro, seja em relação à substituição da penhora, teve a felicidade de alcançar o equilíbrio entre a necessidade de efetividade da execução e a menor onerosidade desta.

DOCTRINA

Podemos diagnosticar tal equilíbrio, que valoriza a razoabilidade e a proporcionalidade, na necessidade de o executado, ao invocar a gravidade de meio utilizado na execução, indicar forma menos onerosa (art. 805, parágrafo único); nos prazos de 24 horas tanto para constrição eletrônica do dinheiro como para cancelamento desta nas hipóteses de excesso de execução ou impenhorabilidade (art. 854 e parágrafos); e na possibilidade de substituição da penhora em dinheiro por equiparação a fiança bancária e seguro garantia judicial (§ 2º do art. 835).

Felizmente o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa nº 39, entendeu pela aplicação dos referidos artigos na execução trabalhista, o que corrobora nosso diagnóstico favorável aos institutos, bem como nossa afirmação de que eles ensejam um equilíbrio entre os princípios da efetividade e da menor onerosidade da execução.

9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Cumprimento da sentença – comentários à nova execução da sentença e outras alterações introduzidas no Código de Processo Civil* (Lei nº 11.232/05). Curitiba: Juruá, 2006.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Efetividade do processo de execução: estudos em homenagem ao prof. Alcides de Mendonça Lima. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 326, 1994.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Princípio da proporcionalidade na execução civil. In: LOPES, João Batista Lopes; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Coord.). *Execução civil (aspectos polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989.

LOPES, João Batista. Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES Jr., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, Willian Santos (Coord.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

MALLET, Estêvão. Anotações sobre o bloqueio eletrônico de valores no processo do trabalho: penhora online. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 70, n. 01, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela antecipatória. *Revista dos Tribunais*, ano 83, ago. 1994, v. 706.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PATAH, Claudia Campas Braga. *Os princípios constitucionais à luz da celeridade processual e a penhora online*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 2 fev. 2006.

DOUTRINA

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PONTES, Helenilson Cunha. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Penhora eletrônica de dinheiro no novo CPC*. Disponível em: <<http://portalprocessual>>. Acesso em: 3 jun. 2016.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil – execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento – de acordo com as Leis ns. 11.187, de 19.10.05, e 11.232, de 22.12.05*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOARES, Mauro Freda. *A penhora online na execução trabalhista e suas implicações jurídicas*. São Paulo: LTr, 2004. n. 12.

SOUZA, Sebastião Pereira de. Acesso ao Judiciário – ideal de decisão rápida. *Revista dos Tribunais*, ano 83, v. 701, 1994.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO PROCESSO DO TRABALHO

Carlos Eduardo Oliveira Dias*

INTRODUÇÃO

A vigência de um novo Código de Processo Civil, trazido a lume pela Lei nº 13.105, demanda a análise primordial de alguns dos seus principais institutos, mormente aqueles que representaram uma efetiva inovação legislativa. Em verdade, muito do Código representa mera reprodução do texto anterior, ainda que tenha assimilado boa parte das intervenções realizadas no Código de 1973, ao longo das suas duas últimas décadas de vigência. No entanto, há alterações significativas que merecem uma atenção especial, mormente porque tendem a produzir, se bem utilizadas, resultados eficientes em favor da efetividade do processo, que representa um dos marcos do modelo constitucional do processo brasileiro.

Uma dessas inovações significativas é o trato normativo conferido às tutelas de urgência, que veio a substituir toda a sistemática antes voltada às ações cautelares e também à antecipação de tutela, a nosso ver de modo muito mais racional e sistemático.

O propósito deste trabalho é apresentar alguns elementos conceituais, a partir de uma leitura peculiar que fazemos do instituto, relacionando-o com as potencialidades de aplicação ao processo do trabalho.

AS EXPECTATIVAS E FRUSTRAÇÕES DO NOVO CPC

Em março de 2016 entrou em vigor a Lei nº 13.105, sancionada um ano antes, e que apresentou à sociedade brasileira um novo Código de Processo Civil, em substituição ao diploma que vigorou por mais de 40 anos. Simbolicamente,

* *Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Campinas/SP; pós-doutor em Ciências Sociais, Humanidades e Artes do Centro de Estudos Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).*

o Código traz como importante significado o fato de que foi o primeiro, dentre os instrumentos análogos existentes na história do Brasil, a ser produzido em período democrático, e em plena vigência de uma Constituição consagrada de direitos e liberdades individuais e coletivas e nitidamente voltada à proteção dos direitos sociais¹.

Todo o contexto de elaboração do novo Código foi cercado de uma perspectiva de afastar o Judiciário do senso comum de que se trata de um poder que presta um serviço público “lento, caro e difícil de utilizar”². No entanto, temos dúvidas se a construção de um novo Código processual neste momento seria mais eficiente do que a intensificação do aperfeiçoamento dos institutos já existentes, o que se tem praticado nos últimos 20 anos³. Há, sem dúvidas, algumas inovações com relativa relevância, mas outras com graves retrocessos, além de normas de eficácia questionável e outras de nítido populismo normativo, tendentes a não cumprir resultado prático algum⁴. Porém, o problema mais grave que se apresenta é o fato de que a expectativa que nutríamos a respeito do Código é a de que ele tenderia a produzir um texto consagrador de uma lógica instrumentalista no processo brasileiro, o resultado acabou sendo um tanto diverso⁵. O resultado mais direto desse concerto é que a visão principiológica do CPC não expressa integralmente a visão constitucional e em alguns aspectos

-
- 1 Apenas para registro histórico, o Código de 1939 foi editado durante o Estado Novo, sob a vigência da Constituição de 1937, erigida por aquele regime. Já o de 1973 começou a vigorar durante a ditadura militar (1964-1985) e tinha como esteio a Emenda Constitucional de 1969, que reformou a ilegítima Constituição de 1967.
 - 2 Fundação Getúlio Vargas. *Relatório ICJ Brasil*. 2 e 3 trim. 2014, p. 13. Disponível em: <www.bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 10 mar. 2015.
 - 3 É de se destacar que, a despeito de o Código de 1973 ter sido concebido com uma vertente autonomista do processo, as mudanças processadas em seu texto, mormente nos anos 1990 e na primeira década do século XXI, e mais o acréscimo de leis extravagantes no sistema processual, foram todas influenciadas pelo instrumentalismo, denotando uma evolução notável de concepção no plano lógico-formal do processo.
 - 4 Citamos como exemplo o disposto no art. 12 do texto original do CPC/2015, que determinava a observância cronológica da ordem de conclusão para julgamento das lides. Além de se tratar de uma medida que tolhe a capacidade de gestão processual do magistrado, é dispositivo que tende a se tornar inócuo, seja pela falta de mecanismos hábeis de controle, seja por ser medida de difícil aplicação prática. Afinal, sendo os processos distintos em seu conteúdo e em sua natureza, não faz nenhum sentido que norma exija, em postulado objetivo, que seu julgamento seja feito apenas observando o critério cronológico da conclusão. Em boa hora – antes mesmo da vigência do CPC – o texto foi alterado pela Lei n. 13.256/2016, tornando a cronologia meramente um critério preferencial.
 - 5 Há um estudo interessante de Cassio Scarpinella Bueno em que ele situa uma suposta irregularidade durante o processo legislativo, o que poderia ter contribuído para eventual desfiguração do texto final, com afastamento dos propósitos relevantes que eram preconizados na instalação da Comissão de Juristas. O trabalho se chama *O (In)Devido Processo Legislativo e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/32%20-%20Novo%20CPC%20e%20Devido%20processo%20legislativo%20\(R Revista%20AASP\).pdf](http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/32%20-%20Novo%20CPC%20e%20Devido%20processo%20legislativo%20(R Revista%20AASP).pdf)>. Acesso em: 5 fev. 2016.

até mesmo a exacerba, de forma a desequilibrar a arquitetura oferecida pela Constituição da República⁶.

Ao lado disso, é inconteste que o novo CPC assimila uma visão nitidamente privatista do processo, que se mostra pouco simpática à atuação do Estado-Juiz, transferindo para as mãos das partes uma significativa carga de incumbências, e oferecendo um franco desprestígio à figura e ao papel do magistrado. Em várias das suas disposições, o novo código contraria a diretriz constitucional que confere a exclusividade da jurisdição – e de todos os seus decorrentes atributos – aos órgãos do Poder Judiciário, mais precisamente aos juízes e tribunais relacionados na Constituição. Não parece haver espaço, mormente quando se afirma a universalidade do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV), para que se admita intervenção de particulares no comando do processo judicial. Essa percepção revolve o período inicial do processo, no qual não se lhe distinguia do direito material⁷. Nessa quadra, vê-se um incentivo muito forte ao afastamento da jurisdição como o mais relevante instrumento de pacificação dos conflitos, valorizando-se de modo excessivo do uso de meios “alternativos” de solução dos processos, desatentando-se que “somente a jurisdição tem entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que obviamente está fora de cogitação nos chamados meios alternativos”⁸.

6 Um exemplo manifesto se verifica no desmesurado acento que confere às regras de efetivação do princípio do contraditório e ampla defesa. Não se nega a relevância desse princípio, que consiste em uma das mais importantes garantias constitucionais, como visto no primeiro capítulo deste livro. No entanto, sua inscrição na Constituição, com as características vetoriais próprias dos princípios, não exige regras procedimentais complementares tendentes à sua reafirmação. Algumas, é verdade, decorrem da própria configuração da dialética processual – como é o caso da regulação específica do procedimento de resposta do réu, das contrarrazões recursais, dentre outras. Outras diretrizes, de caráter geral, são totalmente dispensáveis e, além disso, são capazes de causar grandes dificuldades operacionais na gestão do processo. É o caso das disposições dos arts. 9 e 10 do CPC, que assegurariam que não pode ser proferida qualquer decisão contra qualquer das partes sem que ela seja previamente ouvida e que impediriam que o juiz decidisse com base em fundamento sobre o qual as partes não se manifestaram.

7 Uma das impropriedades do Código, nesse particular, está no art. 916 do novo Código. Nele é reprisada a regra do art. 745-A do Código revogado, admitindo-se que o exequente queira o parcelamento do valor do crédito, mediante pagamento imediato do equivalente a 30% da totalidade e o restante em até seis parcelas mensais, devidamente acrescidas de correção monetária e juros. No entanto, ao contrário de seu antecessor, o dispositivo conta com a determinação de que o “exequente seja intimado para manifestar-se sobre o preenchimento dos pressupostos do *caput*” (§ 1º do art. 916 do CPC/2015). Pois bem, o que o Código diz não é a necessidade ou não de concordância do exequente com a proposta de parcelamento, mas, sim, a necessidade de ele pronunciar-se os requisitos formais do texto estariam presentes. Ora, desde sempre a análise dos pressupostos de cabimento de qualquer pedido formulado no processo é incumbência do magistrado. A parte pode, sem dúvida, levantar objeções, inclusive, de ordem formal, mas a verificação desses requisitos é ato judicial. Todavia, como expressão dessa tendência de desprestígio à jurisdição, o Código confere essa “prerrogativa” ao exequente, o que parece uma grande impropriedade, mormente porque os tais requisitos são eminentemente objetivos.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 1999. v. II. p. 215.

Vemos nisso um gravíssimo retrocesso, que remete ainda à primeira fase do processo, superada nos estertores do século XIX: ali, como ensina Dinamarco, a ação estava em um sistema de exercício de direitos e o processo era um conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz. “Era o campo mais aberto, como se sabe, à prevalência do princípio dispositivo e ao da plena disponibilidade das situações jurídico-processuais –, que são direitos descendentes jurídicos do liberalismo político então vigorante”⁹. Ao assimilar institutos como os que foram descritos, o CPC já nasce parcialmente retrógrado, retrocedendo a um modelo metodológico superado há várias décadas atrás.

Nesse particular, o novo Código de Processo Civil contraria a lógica sedimentada desde que se ultrapassou a ideia de que o processo estaria sob o manto do Direito Privado, com o desenvolvimento da ideia publicista do Direito Processual: “A publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos”¹⁰.

Destaca-se, ademais, que “o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais”¹¹.

Portanto, a expectativa de que o CPC/2015 pudesse se postar a favor da efetiva construção de um modelo instrumentalista de processo não se confirmou com a consumação de seu texto final, ante o lamentável afastamento latente de preceitos publicistas que lhe seriam essenciais. Com isso, se a percepção contemporânea do processo tinha notável matriz social, o resultado final do novo CPC o aproxima cada vez mais do ultrapassado pensamento liberal revisitado, tendente a favorecer apenas segmentos minoritários da sociedade, em detrimento da sua maioria.

O PROCESSO DO TRABALHO E AS INFLUÊNCIAS DO NOVO CPC

A par dos nossos postulados críticos à representação ideológica do novo Código, é inevitável o enfrentamento da discussão sobre as influências que o texto pode exercer no processo do trabalho. Afinal, desde sua origem, o

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 18.

10 *Idem*, p. 57

11 *Ibidem*, p. 53. Para confrontar de forma mais precisa com as disposições do art. 190 do CPC, identifica-se, no mesmo texto, a afirmação de que, na ocasião, fora desmentida a crença “de que o processo tivesse a natureza jurídica de um contrato (ou mesmo quase-contrato)” (p. 44).

processo laboral demanda a suplementação normativa do processo comum nas situações em que ele não consegue, pelas disposições legais próprias, solucionar um dado problema que lhe é apresentado. Ainda que se tenha construído um crescente grau de autonomia do processo do trabalho, a incompletude normativa de seu sistema não prescinde do uso do processo comum, ainda de que maneira sucessiva.

A despeito de não ser um tema novo, sua importância vem sendo periodicamente resgatada, mormente a partir das profundas modificações processadas no processo comum, sobretudo na metade da década passada. É certo que o texto do art. 769 da CLT estabelece essa possibilidade de diálogo entre os sistemas diante da sua omissão, e o dispositivo importado veio a ser compatível com o processo do trabalho. Mas sempre que o debate sobre os limites da subsidiariedade do processo comum toma corpo, é frequente a divergência sobre o papel que cada um dos requisitos para esse uso exerce no complexo hermenêutico de integração dos dois sistemas. É inevitável, nesse contexto, levarmos em consideração que a inserção do art. 15 do CPC/2015 traz novos temperos a esse debate¹².

A rigor, costuma-se considerar a *omissão* a referência primária para a possibilidade de assimilação de regras externas ao processo do trabalho, justamente com a suposição de que, se este regula determinado instituto de modo autônomo, isso significa dizer que o legislador especial encontrou uma solução normativa apta a contemplar o espaço regulatório sobre aquele tema, de forma específica. Todavia, dentro da dinâmica das relações processuais, é cada vez mais comum ocorrerem situações que, ainda que tenham regulação própria no processo laboral, são confrontadas com uma total inadequação metodológica, que pode acarretar comprometimento do próprio sistema.

Dessa sorte, desde sempre admitida a aplicação integrativa do processo comum ao processo do trabalho não somente nos casos de lacuna normativa, mas também nas hipóteses de lacuna ontológica e axiológica¹³, o que nos traz um problema adicional, consistente em identificarmos qual seria o parâmetro fundamental para admitirmos essa relação dialética entre as fontes em questão. É precisamente neste ponto que suscitamos *a necessidade de se avaliar a com-*

12 Uma vez que o dispositivo, além de falar na aplicação subsidiária, também afirma a aplicação supletiva do CPC ao processo do trabalho, fixando-se apenas no critério da omissão.

13 As referências às demais modalidades das lacunas jurídicas estão relacionadas à compreensão do fenômeno jurídico como uma realidade tridimensional. Assim, seria lacuna normativa aquela fundada na inexistência de norma jurídica tratando do assunto. Já a lacuna ontológica é aquela em que, a despeito da existência de norma, seu objeto já não mais subsiste no mundo dos fatos. Por fim, será axiológica a lacuna quando a norma existente não mais está suportada em valor assimilado pela sociedade.

patibilidade entre a regra exógena que se pretende aplicar com os elementos estruturais do processo do trabalho.

Com efeito, qualquer sistema de conhecimento só pode ser autônomo se tiver capacidade de cunhar seus próprios preceitos a partir das suas peculiaridades, que se tornam fatores distintivos dos demais. Por isso, sempre que se estabelecem mecanismos de diálogo normativo entre eles, há que se buscar alternativas que não desfigurem o modelo originário, pois isso o desnaturaria enquanto paradigma independente. Fundados nesses pressupostos, temos como indubitado afirmar que *a compatibilidade é o elemento mais consistente*, entre os que compõem a grade de pressupostos necessários a essa integração normativa.

Dito isto, vale dizer que, na ausência de norma própria do processo do trabalho ou a sua presença destituída de validade ética ou social, somente será autorizado o uso supletivo do Processo Civil *se a regra que se pretende utilizar guardar plena compatibilidade com as diretrizes do processo do trabalho*. Caso isso não ocorra, sacrifica-se o processo integrativo mas não se pode afetar o *núcleo principiológico do processo do trabalho*, pois é sua nota de especialidade que o faz um segmento distinto, destinado a regular as ações que tramitam na Justiça do Trabalho. Essa nota é *que deve ser o elemento norteador da subsidiariedade e da supletividade, de modo que, sempre que essa nota se mostra desfigurada, esse é um sinal indicativo de que não se devem usar os atributos do processo comum*.

Dessa maneira, mostra-se inviável o uso do processo comum como fonte supletiva ou subsidiária do processo do trabalho sempre que isso vier a afetar suas estruturas. Portanto, *a regra-matriz que se deve usar nesse processo intelectual é justamente a análise da compatibilidade do instituto do Processo Comum que se pretende usar no processo laboral, sempre de modo a preservar e valorizar os elementos principiológicos e clássicos deste*. Em outras palavras, sempre que o uso de preceitos do processo comum servir para violar a estrutura principiológica do processo do trabalho, temos presente a incompatibilidade e, por consequência, a inviabilidade de sua operacionalização.

Assim, no sopesamento das razões de existência dessa regra processual em harmonia com um dos princípios mais caros do processo laboral, evidencia-se, a um segundo fundamento, a notória incompatibilidade da regra processualista civil – fato que é capaz de afastar por completo sua incidência no plano das relações processuais trabalhistas¹⁴.

14 Outro caso de evidente incompatibilidade refere-se à inquirição direta de testemunhas, estipulado no art. 459 do CPC/2015, conforme já citado. Esse dispositivo não pode ser aplicado ao processo do trabalho, porque o art. 848 da CLT, de plena validade social e axiológica, determina que a inquirição de partes e testemunhas deve ser feita pelo magistrado, preservando-se a modalidade clássica da coleta da prova.

Daí porque temos sustentado que a adoção de preceitos do CPC ao processo do trabalho tem que ser feita respeitando-se a *ontologia do processo do trabalho*, pois se algum desses institutos mudar a natureza deste, não poderá ser aplicado. Ainda que possamos afirmar que o processo do trabalho, com suas particularidades fundadas na simplicidade, tem meios suficientes para uma prestação jurisdicional ampla e abrangente, não se podem ignorar que alguns dos avanços admitidos pelo processo comum poder ser úteis à satisfação dos fins próprios desse ramo especializado. Ainda que muitas práticas definidas pelo novo código já estivessem sendo adotadas pelos aplicadores concretos do processo laboral, a institucionalização das regras é um componente que legitima certas condutas, conferindo um grau de estabilização procedimental que é de extrema relevância para os escopos sociais do processo.

AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Dentro da estrutura sistemática proposta pelo CPC/2015, a Parte Geral é destinada à disciplina dos institutos devem ter aplicação a todas as fases e modalidades do processo, versadas nos livros da Parte Especial. Dessa maneira, o Livro V da Parte Geral é totalmente dedicado a regular aquilo que, genericamente, pode ser classificado como Tutela Provisória. Trata-se de um tópico totalmente inovador, mas que, na realidade, absorveu muitas disposições existentes no Código anterior, sistematizando-as de forma diversa. Na realidade, o novo Código cuidou de dar um “trato sistemático a todas as medidas relacionadas com a mitigação dos males da espera pelas delongas do processo até que sobrevenha a decisão final da causa”¹⁵.

Assim, esse livro contempla, de forma bastante completa, o sistema de medidas judiciais provisórias, em substituição aos institutos do “Processo Cautelar” e da “Antecipação de Tutela”, regulados no texto revogado. Dito de outra forma, desaparecem do ordenamento as figuras referidas, que ficam incorporadas ao regramento das tutelas provisórias, disciplinadas pelos *arts. 294 a 311* do CPC. Nesse sentido, a organização topológica do Código faz com que esses dispositivos sejam aplicados em qualquer processo e em qualquer fase do processo, seja no fluxo cognitivo, no cumprimento da sentença, na execução, nas ações especiais e nos processos que tramitam nos tribunais.

Não podemos negar que essa foi uma evolução de extrema importância. O CPC/73 continha um extenso livro tratando das medidas cautelares, de forma pormenorizada, com alguns dispositivos até desnecessários, como a descrição

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual do trabalho*, cit., v. 1. p. 54.

detalhada de todas as medidas *típicas* ou *nominadas*. Por outro lado, a tutela antecipada – inserida no contexto das reformas ocorridas na década de 1990 – contava com apenas dois dispositivos (arts. 273 e 461), o que acabava por estabelecer um necessário sincretismo entre os institutos, útil de um lado, mas também causador de alguns equívocos conceituais¹⁶.

O texto atual, ao unificar a disciplina dos dois institutos, apresenta uma solução mais racional, inclusive com a eliminação da descrição exauriente das figuras de medidas cautelares típicas admitidas: passou a se referir a algumas delas apenas de maneira exemplificativa, abrindo espaços para o exercício do *poder geral de cautela* dos magistrados, “aos quais será lícito conceder a medida urgente adequada ao caso, sem se apegar a especificidades ou a uma nomenclatura tão particularizada como no Código anterior”¹⁷. Vale consignar, no entanto, que o CPC preservou a distinção conceitual das tutelas de urgência, classificando-as como *cautelares* ou *antecipadas*, de acordo com sua natureza (*art. 200, parágrafo único*)

A propósito, temos que considerar que as tutelas provisórias constituem uma importante medida em prol da prestação de uma jurisdição mais efetiva. Com efeito, é sabido que um dos fatores de maior descrédito no Poder Judiciário reside na extensão do tempo de duração dos processos, o que ocasiona, invariavelmente, provimentos jurisdicionais inefetivos. As tutelas provisórias se prestam a oferecer uma alternativa de viabilização do exercício de direitos, quando ainda não se tem elementos suficientes para o oferecimento de uma solução definitiva para o conflito. Por isso, permitem ao magistrado que, preenchidas as condições previstas na lei, possa dar um provimento temporário “para a consagração da tutela sumária de direitos”¹⁸, sem prejuízo do que virá a ser decidido por ocasião da tutela definitiva.

O critério adotado pelo Código resolve também um problema crônico quanto ao uso das medidas cautelares, no modelo anterior: a substituição do procedimento ordinário por medidas de cunho satisfativo. Como já apontado, a

16 Um dos equívocos mais latentes era o uso do instituto da antecipação de tutela para formular requerimento de natureza cautelar, o que, procedimentalmente, não seria correto. No entanto, em prol da efetividade e na esteira da deformalização processual, foi acrescido ao art. 273 o § 7, que permitia a cognição da pretensão em questão, ainda que formulada de maneira equivocada.

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, v. I, p. 55. O autor lembra que o CPC/2015 “seguiu o bom exemplo do art. 700 do Codice di Procedura Civile italiano, ao falar genericamente em medidas urgentes e medidas cautelares, e não explicitar suas espécies”.

18 FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 56. O autor chama essa modalidade de “tutela de segurança”, e pela leitura da obra já se antevê a nítida inspiração para a elaboração deste Livro, dado que o Ministro, como dito, foi presidente da comissão de juristas que elaborou o Anteprojeto.

tutela cautelar prevista no CPC/73 veio para “atender a interesses nitidamente processuais de resguardo da eficácia prática do processo de conhecimento e de execução”¹⁹. Daí porque o legislador tratou de cuidar do Processo Cautelar como um gênero diverso, disciplinado por livro próprio e com acentuado caráter instrumental e de dependência do processo principal (cognitivo ou executivo). Mas o recorrente atraso da prestação jurisdicional definitiva acabou causando a “vulgarização do processo’ cautelar, denunciando-se a sua utilização promíscua no afã de suprir o retardamento causado pela ‘ordinarização do procedimento’”²⁰.

Ainda que produzindo resultados voltados à efetividade, não se pode negar que esse procedimento contrariava a lógica do modelo adotado pelo sistema processual. Em boa hora, portanto, o CPC/2015 elimina essa configuração autônoma do processo cautelar, assimilando-o ao processo que, igualmente, tornou-se sincrético²¹. Conceitualmente, tem-se uma concentração de provimentos que podem ser demandados e deferidos (cognitivos, acauteladores e executivos) em um único processo, tornando desnecessária a formalização de novas postulações autônomas em cada fase do conflito ou a partir de cada necessidade. Em tal contexto, a tutela provisória pode ser requerida antes ou no curso do processo e cessará por ocasião da sentença, que a revogará ou a confirmará, tornando-a definitiva.

Devemos lembrar que o CPC/2015 traz ainda outro dispositivo relevante em prol da efetividade, mas que não pode ser confundido com as tutelas provisórias ora analisadas. Trata-se do constante no seu *art. 356*, o qual permite a prolação de *sentença parcial de mérito*, que poderá ser proferida quando *um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento*. Não se trata, aqui, de tutela provisória, mas, sim, da tutela definitiva, apta inclusive a ser executada de imediato²².

Apesar de incorporar o quanto afirmado pelo art. 273, § 6º, do CPC/73, temos que o tratamento sistemático ora conferido é muito mais pertinente que o anterior, justamente porque, nesse caso, não há a provisoriedade que é típica

19 *Idem*, p. 52.

20 *Ibidem*, p. 53. É a mesma linha de pensamento de Marinoni, para quem o reconhecimento de que todas as decisões antecipatórias ou “interinais” tomadas pelo juiz em favor da efetividade do processo representaria a redução das medidas cautelares a “remédios destinados à sumarização processual”, com o que “estariamos estabelecendo uma extensão infinita para a tutela cautelar, e desnaturando, de forma incontornável, a sua própria função” (*Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994. p. 58).

21 O que já fora feito pela Lei n. 11.232/05 e mantido pelo CPC/2015.

22 Art. 356, § 2º, do CPC.

das demais tutelas descritas neste Livro. O grande diferencial é a possibilidade de o juiz *julgar antecipadamente o mérito, de maneira parcial*, ou seja, solucionando apenas uma parte da lide, o que não era permitido anteriormente, ante a necessidade de observância da unidade sentencial. Assim procedendo, segundo os pressupostos previstos no Código, a parte julgada pode ser liquidada ou executada, também permitindo que o interessado dela recorra²³; ao lado disso, a parcela da demanda não julgada terá o seu curso normal e regular.

Ainda no aspecto conceitual, tem-se que a disciplina do novo Código consagra a ideia central de distinção da natureza entre as duas modalidades de tutela ali disciplinadas, que se torna mais nítida. Com efeito, podemos chamar de cautelares aquelas tutelas que possuem caráter eminentemente instrumental, que têm por fim assegurar uma pretensão²⁴. Já a tutela sumária antecipatória é a que tem “por fim realizada antecipadamente a pretensão, não se destinando, como a tutela cautelar, a assegurar uma pretensão e, pois, servir a um ‘processo principal’”²⁵. Por certo que o legislador de 2015 não formulou essa distinção de maneira muito clara e expressa, mas o rito apontado para cada situação enuncia claramente que os objetivos de cada providência requerida demandam a sua classificação, evitando-se justamente a notável confusão que o modelo propiciava. Não por outro motivo, o § 7º do art. 273 do CPC/73 já permitia que, sendo requerida providência cautelar, a título de antecipação de tutela, o juiz pudesse deferi-la de maneira incidental. No modelo adotado pelo CPC/2015, isso se consolida, mormente pela desnecessidade de ação cautelar autônoma para que seja deduzida pretensão com essa natureza²⁶.

No plano classificatório, temos que será considerada de *urgência* aquela cujo principal fundamento seja o *periculum in mora*, vale dizer, quando houver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. No entanto, essa modalidade também pressupõe que se tenha a probabilidade do direito, como preconiza o art. 300 do CPC. Já a *tutela de evidência é a tutela provisória que tem como principal fundamento a alta probabilidade de acatamento da pretensão*, nos casos expostos no art. 311 do CPC, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Em uma análise simplificadora, nota-se que, ainda que no primeiro caso sejam exigidos os dois requisitos antes previstos para a adoção de medidas acautelatórias (*fumus boni*

23 Art. 356, § 5, do CPC, que diz que decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento. Vale o registro de que, nos termos do § 2 deste artigo, esse recurso não impede a execução imediata, que se processará independentemente de caução.

24 É o que pensa também MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 58.

25 *Idem*.

26 Nessa linha, o art. 305, parágrafo único, do CPC/2015.

juris e periculum in mora), há uma ênfase mais acentuada no perigo da demora na prestação jurisdicional. Já na segunda hipótese, a preocupação primordial é com a viabilidade do direito, não havendo necessidade, para fundamentar a concessão da tutela, da existência do risco.

Sistematicamente, o Código divide a disciplina em três títulos: as disposições gerais, as tutelas de urgência e as tutelas de evidência. As primeiras, descritas no Título I, são destinadas à descrição dos institutos e o procedimento genérico de sua implementação. Assim, as tutelas de urgência são divididas quanto à sua espécie (*cautelar e antecipada*) ou quanto ao momento de sua concessão (*antecedente ou incidental*). Essas diretrizes aparecem explicitadas no próprio texto do *art. 294* e seu parágrafo único, que são as únicas disposições, neste título, que possuem natureza conceitual, sendo que as demais têm cunho procedimental. Esquemáticamente, teríamos:

Quanto ao procedimento, o Código aponta, nos *arts. 303 e 305*, alguns requisitos que devem constar da petição inicial²⁷, mas não assinala nenhum elemento de índole formal, pressupondo-se, logicamente, que bastam ser seguidos aqueles que constam do *art. 319* do mesmo Código. Há uma novidade significativa, nessa quadra: a já anunciada desnecessidade de postulação autônoma – de modo que o pedido já pode constar da própria peça.

No primeiro aspecto, destaca-se a já citada configuração da tutela cautelar: deixa de ser considerada pretensão a ser deduzida em ação própria, cabendo ao autor formular o pedido, de maneira antecedente – ou seja, simultaneamente ao ajuizamento da ação – ou incidentalmente. Outrossim, se existem requisitos a serem observados para o pleito cautelar antecedente (*art. 305*), não há qualquer formalidade específica para o pedido de tutela cautelar incidental, que pode ser feito por simples peticionamento no curso do processo.

Quanto ao restante, o Código repete diretrizes que já constavam nos diversos dispositivos reguladores do tema – como dito, antes pulverizados entre dois institutos. Permanece a necessidade de *fundamentação da decisão* (*art. 298*), inclusive em homenagem ao princípio constitucional correspondente, bem assim a sua inerente *precariedade*, evidenciada pelo ditame legal que a condiciona à existência do processo, mas permite que seja modificada ou revogada a qualquer tempo (*art. 296*). Neste aspecto, uma novidade relevante, em benefício da efetividade da tutela: a determinação de que, salvo se houver decisão judicial em sentido contrário, as tutelas provisórias continuam a produzir efeitos mesmo diante de situações de suspensão do processo (*parágrafo*

27 O que será objeto de comentários mais adiante.

único do art. 296). Isso evita, portanto, que eventual situação de suspensão torne ineficaz a tutela concedida.

De outra parte, o *art. 297* reproduz o comando do § 5º do art. 461 do Código revogado, mas o faz de maneira mais ampla – já que o dispositivo anterior estava topologicamente situado apenas dentro as obrigações de fazer – e de forma mais genérica, permitindo a adoção de quaisquer medidas destinadas ao cumprimento da tutela, sem nominá-las. Isso significa que, para dar efetivo cumprimento da tutela provisória concedida, o magistrado tem amplos poderes, que não são previamente delimitados pelo texto, mas condicionados apenas e tão somente ao objetivo de efetivação do comando. Já o seu *parágrafo único* reforça a precariedade da decisão, permitindo o seu cumprimento provisório (arts. 520 e seguintes do CPC/2015), na esteira do comando anterior²⁸.

Cumpra observar que o texto sancionado não elimina a possibilidade de cumprimento completo da tutela provisória, mesmo no que diz respeito à indisponibilidade de bens do devedor: mesmo de modo precário, a satisfação da ordem emanada por tutela provisória poderá, a juízo do magistrado, envolver o bloqueio e a penhora de dinheiro, de aplicação financeira ou de outros ativos financeiros. Em referendo dessa tese, há que se observar que o inciso IV do art. 520 do CPC/2015, que trata exatamente do cumprimento provisório da sentença, não veda a penhora de dinheiro, senão somente “o levantamento do depósito e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de direito real”, que só poderiam ser praticados mediante caução idônea e suficiente. Via de consequência, devemos entender que o ato de constrição, ainda que em sede de cumprimento provisório da tutela, é perfeitamente admitido. A leitura conjunta de ambos indica que não há óbice à penhora de dinheiro na tutela provisória, mas somente ao levantamento do depósito e, ainda assim, desde que não haja a prestação de caução.

Ainda no plano procedimental, há duas novidades significativas e que decorrem da nova sistemática eleita pelo Código. Por primeiro, a afirmação de que o requerimento de tutela provisória incidental dispensa o pagamento de custas (*art. 295*). Com efeito, não se processando o pedido em processo autônomo, não há sentido algum na cobrança dessa despesa processual, já satisfeita por ocasião do ajuizamento da própria ação. Se, no entanto, for medida antecedente, as custas seriam devidas pelo próprio ajuizamento da ação.

Em segundo lugar, o disposto no *art. 299*, que cuida estritamente da competência funcional para decidir os pedidos de tutela provisória. As regras, em

28 Art. 273, § 3, do CPC/73.

si, são as mesmas já preconizadas no art. 800 do CPC/73: as tutelas requeridas incidentalmente serão apreciadas pelo juiz da causa; as antecedentes àquele competente para apreciar o pedido principal. No entanto, em se tratando de tutela requerida após a interposição do recurso, ela deve ser apresentada ao tribunal competente para apreciar o mérito recursal (*parágrafo único*). Essa prática substitui o ajuizamento da ação cautelar diretamente perante o tribunal, como previa o parágrafo único do art. 800 do CPC/73: o pedido de tutela provisória em sede de recurso é dirigido ao tribunal que o analisará, por simples petição²⁹.

Um aspecto omitido pelo Título I deste Livro diz respeito à recorribilidade do ato que aprecia a tutela provisória; no entanto, no art. 1.015, I, está previsto o cabimento do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias dessa natureza. O texto não deixa dúvidas quanto ao recurso cabível, *nem tampouco de que são admissíveis tanto da decisão que defere a tutela provisória como daquela que a indefere*, já que a norma não faz nenhuma distinção.

O REGIME NORMATIVO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

Conforme expusemos na análise do título anterior, a tutela de urgência é uma *espécie de tutela provisória que tem como principal requisito o perigo de dano ou o risco no resultado útil do processo (art. 300 do CPC)*. Trata-se do conhecido *periculum in mora*, traduzido como um postulado para todas as modalidades de tutelas dessa natureza, a fim de prevenir o autor da ação de eventuais danos que possam ser causados em seu pretensão caso venha a aguardar a solução definitiva da contenda. É uma medida que se insere no poder geral de cautela do magistrado, que poderá concedê-la quando verificar que os requisitos para a sua concessão foram preenchidos.

Essa diretriz normativa reproduz aquilo que já vinha lavrado nos arts. 273, I, e 804 do CPC/73, adquirindo nova roupagem normativa, com sistematização mais adequada ao tema. Nesse sentido, aliás, tirante a reorganização e a concentração, as inovações são mais voltadas à parte procedimental, sendo o restante uma reprodução quase fiel do que já constava dos dispositivos anteriores. Vale citar que o art. 300 do Código também exige a *probabilidade do direito* como requisito para a tutela de urgência, em substituição à *verossimilhança do direito* inscrita no texto anterior. Parece indubitável que o novo vocábulo utilizado tem uma força conceitual mais definida que seu antecessor: enquanto

29 Esse procedimento terá um impacto relevante no processo do trabalho, mormente em função da recorrente utilização da ação cautelar para obtenção de efeito suspensivo em recursos, como iremos tratar a seguir.

que o é verossímil está no âmbito da mera *possibilidade*, a *probabilidade* é algo muito mais factível e realizável. Pode-se afirmar, com alguma segurança, que no sistema anterior o juiz deveria fiar-se somente na razoável expectativa de que o direito pudesse existir. No novo modelo, tem de se convencer de que há chances reais de ele ser reconhecido³⁰.

Na esteira do já defendido no título anterior, temos que a redação do dispositivo regulatório da tutela de urgência, mormente se comparado com o seu antecessor, e cotejado com o art. 4º do CPC, leva à indubitosa conclusão de que o magistrado poderá deferir-lhe mesmo sem pedido expresso da parte, bastando, para tanto, que os requisitos legais de concessão estejam preenchidos.

De toda sorte, evidencia-se que a tutela de urgência, como dito, está muito mais voltada à preservação do direito provável, em razão dos riscos que o decurso do tempo pode fazer incidir. Por isso, o Código autoriza a sua concessão em caráter liminar ou após justificação prévia (§ 2º do art. 300), na mesma linha do código revogado (art. 804 do CPC/73). Outrossim, o Código veda a concessão da tutela de urgência, de forma antecipada, quando houve perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (§ 3º do art. 300), também reprimando regra do Código anterior (art. 273, § 2º, do CPC/73).

Igualmente repetindo o comando legislativo superado, o art. 302 do CPC estabelece a responsabilidade pelos danos causados à adversa, nas hipóteses ali descritas que, em síntese, denotam a superação da tutela concedida. Além dos ajustes redacionais ao que vinha disposto no art. 811 do CPC/73, o novo Código traz duas novidades: o reconhecimento do instituto do *dano processual*³¹, cuja reparação independe da indenização ali prevista, e a determinação de que a liquidação da obrigação de indenizar deva ocorrer nos mesmos autos, sempre que possível³². Para assegurar essa indenização, o § 1º do art. 300 estipula a possibilidade de ser exigida, pelo juiz, caução real ou fidejussória idônea, o que também poderá ser dispensado se a parte for hipossuficiente economicamente e não puder oferecê-la. Essa ressalva não existia no texto revogado (art. 804 do CPC/73).

30 Esse foi o entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em seu Enunciado n. 143: “A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada” (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. *Enunciados da V Reunião*. Curitiba/PR, out. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2016).

31 Já afirmado no art. 79 do CPC/2015.

32 Essa deliberação, naturalmente, é feita em consonância com a inexistência de ação cautelar autônoma.

Conforme já salientamos, a despeito da unificação do trato normativo, o CPC/2015 ainda preservou a distinção conceitual entre tutela cautelar e tutela antecipada. Dessa forma, o *art. 301* substitui uma vasta regulamentação do texto anterior, simplesmente autorizando que os provimentos cautelares sejam efetivados mediante o arresto, sequestro, arrolamento de bens, registo de protesto contra a alienação de bens e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito. Além da eliminação da disciplina específica para cada uma dessas medidas lá chamadas *nominadas*, o legislador ampliou significativamente os poderes cautelares do magistrado ao inserir uma norma de encerramento abrangente. Como afirma Dinamarco, “nisso reside uma decidida outorga de grande poder geral de cautela aos juízes, aos quais será lícito conceder a medida urgente adequada ao caso, sem se apegar a especificidades ou a uma nomenclatura tão particularizada como no Código anterior”³³. Sem sombra de dúvidas, o legislador fez, neste caso, uma opção explícita de prestígio à efetividade da jurisdição.

Também como já exposto, a tutela de urgência, além de ter natureza cautelar ou antecipada, pode também ser requerida de forma incidental ou antecedente. Além das disposições gerais já enfrentadas – que estão no Capítulo I do Título II – não existem regras procedimentais próprias para o requerimento de *tutela incidental de urgência*, mas os requerimentos de tutela antecipatória ou cautelar, feitos de maneira *antecedente*, possuem alguns procedimentos específicos, tratados de forma respectiva nos Capítulos II (arts. 303 e 304) e III (arts. 305 a 310) do mesmo Título.

No primeiro caso, será configurada a hipótese se a urgência demandada for contemporânea à propositura da ação, situação em que a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final (inclusive com valor da causa que já o leve em consideração, nos termos do § 4º), com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Esses requisitos já são suficientes para a cognição precária pelo juiz, que poderá, diante dos elementos apresentados, deferi-la ou não, podendo determinar, neste caso, a emenda (§ 6º do *art. 303*).

Neste particular, merece um destaque o modelo adotado pelo Código, ao autorizar que a pretensão do autor seja limitada à tutela que pretende ver concedida de maneira urgente, permitindo a complementação da argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, após a concessão da medida (*art. 303, § 1º, I*). De início, já se nota que há um relevante prestígio à celeridade, admitindo-se que a pretensão da tutela seja

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. I. p. 55.

apresentada de maneira sumarizada, estritamente com a exibição dos requisitos necessários à concessão do provimento que se denota urgente. Isso dispensa o autor de ter de cumprir exaustivamente todos os requisitos do art. 319 do CPC, o que poderia comprometer não apenas a proposição do seu pedido mais urgente como também dificultar a cognição sumária do magistrado a seu respeito.

Podemos imaginar uma hipótese em que o autor se encontra diante de um caso de maior complexidade, e que demanda estudos normativos e jurisprudenciais mais aprofundados para o ajuizamento da ação. No entanto, esse mesmo caso pode ter determinadas medidas que exigem uma tutela de urgência, para a qual já há indicativos relevantes sobre sua pertinência. Tais condições habilitariam o autor a formular o pedido em questão que, se acolhido, permitiria que tivesse um prazo maior – de 15 dias ou mais, na dicção do dispositivo – para a devida suplementação da sua pretensão.

De outra parte, há casos em que, quando tutela de urgência não é deferida, pode tornar inócua a tutela final, situação na qual o autor nem teria necessidade de complementar o pedido, resultando na extinção do expediente processual (*art. 303, § 2º, do CPC*). Parece-nos, de qualquer dos lados, uma interessante medida de racionalização do processo e voltada à sua efetividade³⁴.

Cabe o registro de que, a despeito de não ser explícito a respeito, a *ratio* do Código, neste particular, nos induz a algumas ponderações significativas. Por primeiro, parece intuitivo que a adoção desse modelo é uma prerrogativa do autor da ação que, no entanto, pode desde logo formular o pedido de tutela de urgência juntamente com a pretensão de tutela final, em sua inteireza. A faculdade da lei processual civil cria uma solenidade mais reduzida com vistas, como dito, a uma entrega mais racional da prestação jurisdicional. Mas nada objeta que sua pretensão seja apresentada de maneira completa, desde a origem, o que naturalmente dispensa a providência do inciso I do art. 303, tornando inócuos, para aquele caso, os §§ 3º, 4º e 5º do mesmo artigo.

Em segundo lugar, não nos parece que a “complementação” da argumentação referida no dispositivo limite o autor a formular, no arrazoado do pedido de tutela final, exclusivamente aquilo que foi declinado como motivação para a tutela de urgência. Além de ser contraditório com os fundamentos do modelo instituído pelo Código, esse pensamento produziria um resultado ostensiva-

34 A despeito disso, há quem repare – não sem alguma razão – que o sistema é confuso, como é o caso de GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015 – parte geral*. São Paulo: Forense, 2015. p. 893-894. No entanto, parece-nos que será apenas uma questão de a comunidade jurídico-processual se habituar à nova realidade, muito mais tendente a produzir efeitos razoáveis no processo.

mente contrário à lógica da efetividade: praticamente inviabilizaria, em casos dessa natureza, que houvesse cumulação objetiva, quando a tutela de urgência fosse relacionada a apenas parte das postulações. A subsistir essa interpretação, mesmo em situações típicas de conexão, não poderia o autor cumular pedidos se uma das suas pretensões fosse albergada por tutela de urgência e outra não.

Por evidente que essa interpretação não parece razoável. Se o autor tem pretensões conexas e que a lei processual admite que sejam cumuladas em uma única ação, nada obsta que formule o pedido de tutela de urgência antecipada antecedente na forma do art. 303 e, obtendo a medida, venha a complementar ampliativamente seu arrazoado, nos termos do inciso I do § 1º desse artigo. Naturalmente – repita-se – a cumulação objetiva só será admitida nos casos que a própria lei processual venha a assimilar essa possibilidade; caso contrário, não seria pertinente, ainda que não houvesse pedido de tutela de urgência.

Por fim, há que se considerar que, na apresentação da complementação indicada no texto, a parte não poderá desnaturar a pretensão originária – e que foi usada como fundamento para a concessão da tutela requerida –, caso contrário poderá ensejar até mesmo a revogação da medida deferida.

Na sequência do procedimento, o § 1º do art. 303 ainda determina a citação do réu e sua intimação para a audiência de conciliação ou de mediação (*art. 334*), a partir da qual fluirá seu prazo para contestação, caso não haja auto-composição, complementando a conformação do quadro processual necessário à resolução do conflito.

Ainda na linha das inovações, um destaque relevante ao que se abstrai do *art. 304*: trata-se da chamada *estabilização da tutela de urgência*, configurada quando o réu não interpõe recurso da decisão que foi proferida. Tal medida faz com que a tutela continue a produzir efeitos, já que a parte adversa não se mostrou interessada em sua superação pela via recursal pertinente. Isso justifica a desnecessidade de um aprofundamento da argumentação sobre a tutela final, como se extrai do art. 303, já que a inércia da parte contra quem foi proferida implica a extinção do processo (§ 1º do art. 304).

Não há dúvidas de que esse dispositivo vai ao encontro das demandas de efetividade e instrumentalidade, que deveriam ser as características de todo modelo processo infraconstitucional – dado que esses atributos estão na Constituição. Não havendo questionamento sobre a tutela provisória, ela tem seus efeitos estabilizados, até que sobrevenha decisão que a revise, a reforme ou a

invalide por decisão de mérito (§§ 3º e 6º do art. 304)³⁵, que pode ser provocada por qualquer das partes (§ 2º do art. 304), no prazo de dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo (§ 5º do art. 304). Ainda que alguns enxerguem nessa hipótese uma inusitada e despicienda figura, temos que está consonante com a lógica da deformalização e com o intuito da efetividade processual.

De outra parte, a *tutela cautelar antecedente* exige, para seu requerimento, que a petição indique a lide e seu fundamento, além de conter a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 305). Nota-se, mais uma vez, a preocupação do legislador com a instrumentalidade, pois permite que o juiz, caso entenda que o pedido formulado tem natureza de tutela antecipada, adote as medidas do art. 303, não havendo fundamento para a extinção do processo (art. 305, parágrafo único)³⁶.

Nesse caso, por se tratar de tutela completa, já se pressupõe que todos os elementos da pretensão estejam presentes na inicial, sendo que o ato seguinte será o de citação do réu para oferecer sua contestação, em cinco dias (art. 306), sem o que terá contra si os ônus da presunção (art. 307). Se contestado o pedido, adota-se desde então o procedimento comum aplicável a todas as ações³⁷.

O art. 308 reprisa regra do Código anterior, ao exigir que, uma vez efetivada a tutela cautelar, o pedido principal deverá ser formulado pelo autor no prazo de 30 dias, sob pena de ser tornada ineficaz (art. 309, I e II), situações que não admitirão renovação do pedido (art. 309, parágrafo único). A novidade, nesse caso – e de forma coerente com o sistema adotado –, é que o pedido principal não dependerá de ajuizamento de ação própria, devendo ser feito nos mesmos autos do pedido de tutela cautelar, não se exigindo pagamento de novas custas processuais (art. 308, caput). O Código autoriza, ainda, que o pedido principal seja feito em conjunto com o pedido de tutela cautelar, acentuando a inexistência de autonomia nessa pretensão (§ 1º do art. 308).

Finalizando o livro das tutelas provisórias, o Código regula a chamada tutela de evidência. Conforme assinalamos, a nova sistematização do Código distinguiu as situações em que há necessidade de demonstração do risco para a concessão de uma tutela provisória daquelas em que isso não é necessário. Basta, em tais casos, a indicação da notoriedade do direito.

35 Observe-se que o Código afirma expressamente, no § 6º, que essa decisão não produz coisa julgada, mas continua a vigor até que venha outra que lhe altere o conteúdo.

36 Aqui, como dito, resta reproduzido o sentido do § 7º do art. 273 do CPC/73.

37 Inclusive a designação de audiência de conciliação ou de mediação e o fluxo do prazo a partir delas, caso não haja autocomposição (art. 308, §§ 3º e 4º).

A nosso juízo, essa distinção é de extrema relevância, dado que a evidência do direito nem sempre é acompanhada da urgência do provimento. Por outro lado, parece inócuo admitir-se que o processo tenha seu curso regular quando repousa a controvérsia em situações que poderiam ser resolvidas de plano.

As hipóteses já apareciam no art. 273 do CPC/73 e ficam preservadas no art. 311 do CPC/2015. Assim, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, o juiz poderá conceder a tutela provisória quando: a) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; b) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; c) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; e d) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

São hipóteses eloquentes e que denotam, mais uma vez, uma notável preocupação com a celeridade e com a efetividade processuais. Nada justifica que, em casos dessa índole, não se profira uma decisão de efeitos imediatos, inclusive em caráter liminar (o que o *parágrafo único* admite, para as hipóteses dos incisos II e III) ou mesmo de forma parcial (art. 356, §§ 1º a 4º).

AS TUTELAS PROVISÓRIAS E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

A despeito das críticas estruturais que fazemos à conformação final do Código de Processo Civil, e da defesa incondicional da autonomia e da eficiência do processo do trabalho, não negamos que existem avanços interessantes na nova disciplina do processo comum e que podem, segundo os parâmetros já delineados anteriormente, ser úteis à efetividade do processo laboral.

Em tal contexto, devemos observar que o processo do trabalho nunca teve disciplina própria sobre as ações cautelares. No entanto, diante da necessidade dos provimentos por elas oferecidos, aliados à compatibilidade da maior parte dos seus institutos³⁸, a doutrina já vinha defendendo, de forma praticamente uníssona, a possibilidade de sua assimilação³⁹, inclusive porque, em determi-

38 À exceção de algumas medidas cautelares específicas, que se afastavam do processo do trabalho em razão da competência especializada da Justiça Laboral.

39 Nesse sentido, temos desde autores clássicos, como Coqueijo Costa (*Direito processual do trabalho, cit.*, p. 689) e Wagner Giglio (*Direito processual do trabalho, cit.*, p. 333), até os contemporâneos, como Bezerra Leite (*Curso de direito processual do trabalho, cit.*, p. 1.259).

nados casos, mostram-se até mais necessários do que no processo comum⁴⁰. Também a jurisprudência juslaboral vem sendo receptiva com relação ao uso das ações cautelares, como se observa da jurisprudência majoritária consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho⁴¹.

Por outro lado, desde a década de 1970, a CLT já contemplava a possibilidade da concessão de uma tutela antecipada de segurança, em casos de transferência ilícita de empregados⁴². Posteriormente, novo dispositivo foi acrescido para também permitir a concessão da medida antecipatória da tutela definitiva nos casos de reclamação trabalhista que visassem reintegrar dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.⁴³ Inevitável o reconhecimento de que as figuras em questão são muito mais próximas àquela descrita no art. 273 do CPC/73, dado que dispensavam o ajuizamento de ação própria para sua implementação: em ambos os casos, o simples pedido na reclamação trabalhista já o tornaria apto a ser apreciado⁴⁴. Assim, parece inequívoco que o texto do CPC era francamente compatível com o processo laboral, como reconhecido na doutrina e na jurisprudência⁴⁵.

Diante da nova sistemática adotada pelo CPC/2015, unificando os procedimentos cautelar e da antecipação de tutela, não vemos razão substancial para que a essência desses institutos não possam vir a ser aplicados ao processo do trabalho. Como dito, as lides trabalhistas contemplam incontáveis situações que demandam o exercício do poder geral de cautela conferido ao juiz, que pode ser aperfeiçoado por uma tutela provisória de urgência ou de evidência. Do contrário, a nova sistemática vai ao encontro da essência do processo laboral, sempre marcado pela simplicidade e pela deformalização. A adoção da lógica instrumentalista no trato das tutelas de segurança parece estreitamente ligada aos fins do processo trabalhista, e por isso defendemos a sua aplicação, em linhas gerais, em tudo o quanto aqui assinalamos, com pontuais exceções⁴⁶.

Cabe lembrar que, na esteira do que já fora apontado, a organização temática do novo CPC faz com que as tutelas provisórias possam ser utilizadas

40 Wagner Giglio cita que “Amauri Mascaro Nascimento, escrevendo ainda sob o regime do Código de Processo Civil de 1939, frisava enfaticamente a necessidade das medidas cautelares no processo do trabalho: ‘É maior do que no processo civil’ (...)” (*Op. cit.*, p. 332).

41 Cita-se, p. ex., a Súmula n. 425 e as Orientações Jurisprudenciais da SDI-II ns. 63,76, 100, 113 e 131.

42 Art. 659, IX, da CLT, inserido pela Lei n. 6.203/75.

43 Art. 659, X, da CLT, inserido pela Lei n. 9.270/96.

44 Não por acaso, os dois textos fazem referência expressa à possibilidade de inserção dos pedidos nas próprias reclamações.

45 Nesse sentido, p. ex., a Súmula n. 405 e as OJs ns. 64, 68, e 142 da SDI-II do TST.

46 Uma das restrições é a situação disposta no art. 295 do CPC, que se mostra incompatível com o processo do trabalho em razão do princípio da gratuidade, que lhe é inerente.

em todas as fases do processo, inclusive no plano recursal e em sede de cumprimento da sentença, o mesmo podendo ocorrer no processo laboral.

Foi esse o vetor assumido pelo Tribunal Superior do Trabalho que, em sua Instrução Normativa nº 39, expressamente reconheceu o cabimento das tutelas de urgência no processo do trabalho (art. 3º, VI, e § 2º do art. 6º daquele ato). Da mesma forma, no Fórum Nacional do Processo do Trabalho, no qual diversas autoridades debateram vastamente as relações entre o processo comum e o laboral, os participantes chegaram a idêntica conclusão, como indicam os Enunciados ns. 20 e 21:

“ART. 769 DA CLT E ART. 294 DO CPC. TUTELA CAUTELAR. O art. 294, *caput* e parágrafo único, do CPC, é aplicável ao processo do trabalho no que diz respeito à concessão de tutela provisória de urgência cautelar, seja de forma antecedente ou incidental, ou de tutela provisória de urgência antecipada em caráter incidental. Inteligência do art. 769 da CLT e art. 294 do CPC.” (Enunciado nº 20)

“ART. 769 DA CLT E ART. 297 DO CPC. Nas tutelas de urgência, autorizado pelo poder geral de cautela, o juiz poderá conceder tutela diversa da pleiteada para assegurar resultado prático à demanda, e, principalmente para asseguarção de direitos e garantias fundamentais (art. 769 da CLT c/c art. 297 do CPC).”⁴⁷ (Enunciado nº 21)

Há, no entanto, algumas adequações conceituais a serem feitas, a fim de serem preservadas as estruturas do processo laboral, além de algumas adaptações pontuais de procedimento a fim de se preservar as diretrizes do rito específico para os conflitos processuais trabalhistas, consagrado nos arts. 843 a 850 da CLT.

Nesse sentido, merece destaque a possibilidade de o juiz do trabalho conceder as tutelas provisórias de ofício, uma vez preenchidos seus pressupostos de direito. É sabido que parte relevante da doutrina rechaçava essa hipótese, fundada, de um lado, no princípio dispositivo, próprio do processo comum e, de outro, na dicção do art. 273 do CPC/73. Nunca nos convencemos dessa impossibilidade, a uma porque fazemos uma leitura distinta do princípio dispositivo⁴⁸; a duas porque defendemos uma análise sistêmica e não literal do texto legal. De qualquer forma, na análise em confronto do regramento dos dois Códigos – arts. 273 do CPC/73 e 303, 305 e 311 do CPC/2015 – denota

47 Fórum Nacional de Processo do trabalho. *Enunciados da 1ª Reunião*. Curitiba, PR, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.forumtrabalhista.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2016.

48 Ao contrário do que defendem uma interpretação clássica do princípio dispositivo, entendemos que ele não elimina o impulso oficial do processo pelo juiz, tanto assim que o próprio CPC/73 consagrava diversas situações em que se permitia ao magistrado adotar medidas de ofício.

que não aparece, no novo texto, qualquer referência à necessidade de “requerimento da parte” para que se possa deferir a tutela provisória. Do contrário, em todos os dispositivos aparece apenas a autorização legal ao magistrado, sem condicioná-la a qualquer pedido da parte.

Associando essa pertinência normativa com o espírito enunciado pelo novo Código – mormente o discurso relacionado à efetividade da tutela jurisdicional –, temos a convicção de que essa interpretação é a mais adequada. Com efeito, apresentados os elementos substanciais de cognição do pedido, ainda que não esteja presente a postulação expressa de concessão de tutela provisória, o juiz terá poderes para deferi-la, caso verifique os pressupostos legais para tanto, seja na modalidade de urgência, seja na de evidência. Isso se coaduna, inclusive, com uma das diretrizes estabelecidas como norma fundamental do processo civil: o art. 4º do Código estabelece que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. A concessão de uma tutela provisória de ofício, portanto, vem ao encontro dessa proposição.

Demais disso, temos que o processo do trabalho alberga o princípio inquisitivo, que autoriza o magistrado a agir invariavelmente de ofício, com vistas à efetividade da prestação jurisdicional. Demais disso, as duas hipóteses de tutela de segurança previstas na CLT (art. 659, IX e X) não exigem pedido exposto da parte para que o juiz possa deferir imediatamente o comando. Logo, para guardar harmonia com os propósitos do processo laboral, temos que há franca pertinência na adoção dessas medidas, ainda que sem provocação específica.

A título de exemplo, pode-se tomar como base a situação descrita no § 2º do art. 133 do CPC. O *caput* regulamenta o incidente de descon sideração da personalidade jurídica das sociedades, que seria indispensável para a responsabilização dos seus sócios no curso dos processos em andamento. No entanto, o dispositivo citado permite que esse pedido seja feito na própria petição inicial, circunstância que dispensa a instauração do incidente, acarretando a citação do sócio ou da pessoa jurídica. Em uma hipotética situação como essa, o autor da ação pode narrar uma relevante preocupação com eventual dilapidação patrimonial do sócio, quando vier a ser citado para integrar a relação processual. Nesse caso, verificado que existe um risco ao resultado útil do processo, o juiz poderá deferir a tutela de urgência visando à indisponibilização do patrimônio do sócio até que se resolva, em definitivo, o pedido feito pelo autor da ação⁴⁹.

49 Cumpre aqui registrar que o Tribunal Superior do Trabalho, em sua Instrução Normativa n 39, reconheceu a aplicabilidade do incidente em comento ao processo do trabalho, fazendo expressa ressalva à possibilidade do uso da tutela de urgência.

DOCTRINA

Da mesma maneira, entendemos pertinente a aplicação do disposto no art. 356 do CPC/2015, igualmente compatível com o processo laboral. Como já fora dito em outras oportunidades, o processo do trabalho tem dentre suas características a possibilidade de cumulação objetiva, sendo recorrente a existência de ações com multiplicidade significativa de pedidos. Com isso, é natural que sejam encontradas demandas em que há pedidos aptos a serem apreciados de imediato, em cognição definitiva, e outros ainda pendentes de dilação probatória. Tomemos como exemplo uma reclamação na qual o trabalhador demanda o recebimento de horas extras de todo o contrato e as verbas rescisórias que não foram pagas ao se despedido. Ao contestar, o empregador impugna as horas extras alegadas, o que exige produção de provas da sobrejornada afirmada, mas confessa o não pagamento rescisório. Nesse caso, o juiz do trabalho poderá decidir, em sentença definitiva, o cabimento das verbas rescisórias – inclusive passíveis de execução imediata –, deixando o feito prosseguir quanto ao restante do pedido. Trata-se de medida totalmente consonante com os fins substanciais do processo do trabalho e, por isso, deve ser por ele assimilado.

Da mesma sorte, temos como pertinente a aplicação do parágrafo único do art. 297, com as ponderações que fizemos, inclusive com relação à sua extensão. Nesse contexto, entendemos que a redação da Súmula nº 417, III, do TST haverá de ser devidamente ajustada à nova realidade normativa. Com efeito, o verbete em comento restringe, nas execuções provisórias, a constrição de dinheiro do devedor, por se tratar de medida por demais gravosa a ele. Na esteira do que argumentamos, à falta de disposições específicas da CLT, e pela compatibilidade das diretrizes do novo CPC com o processo laboral, temos que os textos citados, autorizam, em qualquer modalidade decisão provisória, não somente a penhora em dinheiro, mas o seu próprio levantamento, caso haja prestação de caução idônea e suficiente, conforme já defendido. Por isso, com o devido acatamento, entendemos que há necessidade de uma adequação da jurisprudência nesse particular, mormente porque, *data venia*, a exigência de caução parece ser notoriamente incompatível com o processo do trabalho, ante o princípio da gratuidade.

Há ainda uma questão essencial, que decorre exatamente da eliminação da ação cautelar do sistema processual. Como dito, o processo do trabalho tomava por empréstimo a regulação do processo comum sobre o tema, ante a falta de disposições próprias na CLT. Assim, construíram-se hipóteses de cabimento da ação cautelar, algumas com finalidades muito específicas. É o que se nota, p. ex., do disposto no inciso I da Súmula nº 414 do TST:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (OU LIMINAR) CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 50, 51, 58, 86 e 139 da SBDI-2) – Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005

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

Essa interpretação decorre do fato de que o processo do trabalho, por regra, não admite efeito suspensivo nos recursos (art. 899 da CLT). Assim, a jurisprudência foi construída no sentido de admitir que houvesse pedido de efeito suspensivo a determinados recursos mediante o uso de ação cautelar, distribuída ao tribunal competente para julgar o apelo. Ocorre que, com o fim da ação cautelar autônoma, providências dessa natureza somente poderão ser requeridas pelo procedimento da tutela provisória (no caso, na modalidade *tutela de urgência*), com pedido incidental no próprio feito, e cuja competência funcional para apreciação é do tribunal – ou mais especificamente, do relator, como determina a Orientação Jurisprudencial nº 68 da SDI-II do TST⁵⁰.

Dessa maneira, entendemos que o inciso I da Súmula nº 414 do TST resta prejudicado em razão do novo código, por haver desaparecido do ordenamento a figura da ação cautelar. A situação específica retratada pela súmula, a nosso juízo, deve merecer outro trato procedimental. Com efeito, a pretensão do recorrente de obter efeito suspensivo ao recurso denota uma espécie de *tutela provisória recursal antecipada incidente*, representada pelo intento de um provimento precário estritamente relacionado com a tutela final apresentada no recurso (acolhimento do recurso e reforma da decisão originária), que é apresentada no curso do processo.

Logo, o pedido de tutelar recursal deverá ser apresentado ao próprio juízo *a quo*, responsável pelo recebimento do recurso interposto (art. 997, I, do CPC) e a quem compete remeter o recurso para a apreciação do órgão competente. Destaca-se, aqui, que o CPC promoveu uma alteração relevante no que diz respeito ao juízo de admissibilidade, antes feita, inicialmente, pelo próprio órgão *a quo*. O art. 1.010, § 3º, determina que a apelação deverá ser enviada ao

50 OJ n 68 da SDI-II do TST: “ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. COMPETÊNCIA (nova redação) – DJ 22.08.2005. Nos Tribunais, compete ao relator decidir sobre o pedido de antecipação de tutela, submetendo sua decisão ao Colegiado respectivo, independentemente de pauta, na sessão imediatamente subsequente”.

tribunal independentemente dessa análise e o mesmo comando vinha inscrito no parágrafo único do art. 1.030. No entanto, este último dispositivo foi alterado, antes mesmo do início de sua vigência, pela Lei nº 13.256/2016, resgatando, em linhas gerais, o modelo anterior. Por outro lado, embora o citado § 3º do art. 1.010 tenha sido preservado, o TST entendeu-o inaplicável ao processo laboral⁵¹.

Dessa maneira, em termos de recursos trabalhistas o seu recebimento e processamento não teve qualquer alteração com o novo texto do CPC. É natural que, pela dicção do texto normativo já citado, não cabe ao juízo prolator da decisão decidir sobre a tutela provisória requerida: deverá, nesse caso, submeter o pedido imediatamente ao juízo *a quo*, *independente de processamento integral do apelo*, a fim de que ele se pronuncie sobre a postulação. Dessa forma, submete-se o pedido incidental àquele que será o relator do processo – ou a quem o regimento interno do tribunal designar para essa análise preliminar –, a quem competirá acolhê-lo ou não. Após a decisão, o apelo tem seu regular processamento, como de direito.

Por fim, com relação ao recurso cabível contra as decisões proferidas no contexto das tutelas provisórias, tem-se que não se pode utilizar o agravo de instrumento previsto no CPC, visto que a CLT contempla essa figura, mas, exclusivamente, para destrancamento de recurso (art. 897 da CLT). Além disso, o § 1º do art. 893 da CLT estipula que os incidentes decididos no processo poderão ser atacados por ocasião da interposição do recurso principal.

Em razão disso, a jurisprudência consolidada tem reconhecido o cabimento do mandado de segurança contra a decisão que defere tutela antecipada antes da sentença⁵², mas não o admite quando houver indeferimento⁵³. Entendemos, respeitosamente, que há dois equívocos conceituais a serem enfrentados. Na primeira situação, o mandado de segurança não é sucedâneo recursal, e nem deve ser usado simplesmente em substituição a recurso. Ele só será cabível se houver direito líquido e certo violado com a decisão lavrada na tutela provisó-

51 Art. 2, XI, da Instrução Normativa n 39.

52 Súmula n 414, II, do TST: “MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (OU LIMINAR) CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 50, 51, 58, 86 e 139 da SBDI-2) – Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.05 (...) II – *No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio.* (ex-OJs ns. 50 e 58 da SBDI-2 – inseridas em 20.09.2000)”

53 Súmula n 418 do TST: “MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À CONCESSÃO DE LIMINAR OU HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 120 e 141 da SBDI-2) – Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005. A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança. (ex-OJs da SBDI-2 ns. 120 – DJ 11.08.2003 – e 141 – DJ 04.05.2004)”

ria, o que nem sempre ocorre.⁵⁴ Em segundo lugar, e pelos mesmos motivos, entendemos que a não concessão da tutela provisória, uma vez preenchidos os requisitos legais para seu deferimento, é direito líquido e certo violado, e por isso desafiaria a segurança⁵⁵. A nosso modesto juízo, o regramento estabelecido pelo novo CPC pode oferecer uma excelente oportunidade para que o Tribunal Superior do Trabalho rediscuta sua jurisprudência, ajustando-a, se for o caso, à nova realidade normativa.

No aspecto procedimental, temos que são necessárias, da mesma forma, algumas adequações para a aplicação dessas disposições nos processos trabalhistas. Dessa sorte, ao receber uma petição com pedido de tutela provisória, o juiz despachará e designará audiência na forma consolidada (art. 841), ocasião em que a reclamada deverá ofertar sua defesa (art. 847). Não deverá, dessa forma, aplicar o disposto nos arts. 334 e 335 do CPC, sobretudo porque se denotam incompatíveis com o processo do trabalho⁵⁶.

Por outro lado, em razão do princípio da gratuidade, inerente ao processo do trabalho, não se deve exigir a caução prevista na parte final do § 1º do art. 300, como condição para a concessão da tutela, por incompatibilidade principiológica.

De outra parte, é igualmente apropriada a adoção das disposições do art. 303 do CPC, que trata do pedido de tutela antecipada antecedente. Conforme já enunciado, o modelo adotado pelo Código tende a favorecer a deformalização, sempre muito bem-vinda ao processo do trabalho. Outrossim, sendo natural a cumulação objetiva, nada obsta que o pedido de tutela antecipada antecedente seja feito apenas com base naquilo que é objeto específico da demanda urgente, sendo certo que o aditamento previsto no inciso I do § 1º do art. 303 permite a complementação da petição inicial dentro das características próprias das demandas trabalhistas. É certo, ainda, que, para a estrita observância do rito procedimental trabalhista, não se pode aplicar o disposto no inciso II do mesmo parágrafo, devendo ser, após a concessão da medida, designada audiência para o devido prosseguimento do feito, na forma do art. 841 da CLT.

De outro lado, tema que demanda um pouco mais de reflexão é o da estabilização das tutelas, dado que, como dissemos, não existe recurso específico

54 É o que se colhe, aliás, da própria jurisprudência da SDI-II do TST, ao reconhecer o cabimento do Mandado de Segurança nas hipóteses assinaladas nas Orientações Jurisprudenciais ns. 57, 63, 65 e 137, mas entendendo inexistir o direito líquido e certo nas hipóteses das OJs ns. 64, 65 e 67, p. ex.

55 Nesse sentido, *vide* DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. Novas reflexões sobre os mandados de segurança na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, 74-06, jun. 2010, p. 678-686.

56 Assim também exprime a Instrução Normativa n. 39 do TST, em seu art. 3, IV e V.

contra esse tipo de decisão no processo laboral. Na linha do que já defendemos, devemos compreender pertinente a aplicação das disposições do art. 304 do CPC/2015 se a tutela antecedente deferida não for atacada por mandado de segurança, como vem reconhecendo a jurisprudência do TST⁵⁷. Por certo que esse quadro tende a causar algum embaraço quando consideramos que o prazo decadencial para o exercício do mandado de segurança é bastante superior ao prazo do agravo, o que torna mais difícil a concretização de uma tutela estabilizada pela inércia do demandado. Todavia, ainda que hipoteticamente e de forma coerente como a jurisprudência trabalhista tem tratado as decisões concessivas de tutelas provisórias, temos que esse instituto deve ser admitido no processo laboral.

Por derradeiro, temos que, conforme razões já assinaladas, a disciplina relativa à *tutela de evidência* é figura compatível com o processo do trabalho, inclusive em situações muito recorrentes, como pedidos de entrega de alvarás para requerimento do Seguro-Desemprego ou levantamento dos depósitos do FGTS. Nesses casos, ante a evidências documentais de que houve despedimento injusto, não é necessário que se perquirira o perigo de dano para que se possa aferir a pertinência do pedido, que poderá ser conhecido e acolhido de forma imediata. Essa também é a linha adotada pelo TST, na IN nº 39 (art. 3º, VI) que, inclusive, admite o julgamento antecipado parcial de mérito (art. 5º)⁵⁸.

57 A essa conclusão também chegaram os magistrados do TRT da 10ª Região, em evento instituído pela Escola Judicial correspondente. É o que diz o Enunciado n. 14 lá produzido: “MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO CONTRA DECISÃO QUE DEFERE TUTELA ANTECIPADA. PRAZO DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE. No caso de deferimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente ou de tutela de evidência, por não ser cabível agravo de instrumento contra decisões concessivas de tutela provisória, na Justiça do Trabalho, deve ser impetrado mandado de segurança para impugná-las, operando-se a estabilização da tutela antecipada antecedente (CPC, art. 304) após o decurso do respectivo prazo de decadência de 120 dias” (Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Enunciados do Seminário de Formação Continuada para Magistrados do TRT da 10ª Região*. Brasília/DF, nov. 2015. Disponível em: <www.trt10.jus.br>. Acesso em: 25 maio 2016).

58 No mesmo sentido o Enunciado n. 29 do Fórum Nacional de Processo do trabalho, de Curitiba: “ART. 769 DA CLT E ART. 311 DO CPC. TUTELA DE EVIDÊNCIA. A tutela de evidência é compatível com o Direito Processual do Trabalho e deve ser amplamente utilizada. Pode ser requerida na petição inicial junto com o pedido principal, bem como no curso do processo, mas sempre nos mesmos autos do pleito atinente à tutela de mérito (analogia do *caput* do art. 303, § 1, II, *c/c caput* dos arts. 305 e 308). A tutela da evidência, que não pressupõe demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, mas apenas de uma das situações legalmente elencadas (CPC, art. 311, I a IV), pode ser concedida liminarmente nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC (arts. 9, parágrafo único, II, e 311, parágrafo único) e guarda compatibilidade com o processo do trabalho, notadamente por propiciar celeridade, razoável duração do processo e efetividade” (Fórum Nacional de Processo do trabalho. *Enunciados da 1ª Reunião*. Curitiba/PR, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.forumtrabalhista.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2016).

CONCLUSÕES

Ainda que o novo Código de Processo Civil não tenha abraçado, de modo definitivo, a instrumentalidade que permeia o modelo constitucional brasileiro, é certo que trouxe alguns avanços pontuais na legislação. A despeito da timidez e do notável retrocesso ao regular determinados institutos, tem-se que o regramento normativo de alguns institutos comporta inovações que, de alguma maneira, podem ser incorporados ao processo do trabalho, desde que respeitadas as características principiológicas dele e preservada a sua ontologia.

O novo trato normativo das Tutelas Provisórias vem a suprir importante lacuna, disciplinando tema que era tratado na norma anterior com um regramento distinto. A eliminação da autonomia da ação cautelar e sua conjugação com a disciplina da tutela antecipada vão ao encontro das diretrizes deformalizantes e instrumentalistas que se espera no atual contexto metodológico.

Esse panorama vai ao encontro das estruturas fundantes do processo do trabalho, de modo que, feitas algumas adequações conceituais e realizadas adaptações procedimentais, os dispositivos relacionados ao tema são compatíveis com o processo laboral e devem ser a ele aplicados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1986. v. I.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O (in)devido processo legislativo e o novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/32%20-%20Novo%20CPC%20e%20Devido%20processo%20legislativo%20\(Revista%20AASP\).pdf](http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/32%20-%20Novo%20CPC%20e%20Devido%20processo%20legislativo%20(Revista%20AASP).pdf)>. Acesso em: 5 fev. 2016.

COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2014. v. III.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. Novas reflexões sobre os mandados de segurança na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, 74-06, jun. 2010, p. 678-686.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 1999. v. II.

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO. *Enunciados do Seminário de Formação Continuada para Magistrados do TRT da 10ª Região*. Brasília/DF, nov. 2015. Disponível em: <www.trt10.jus.br>. Acesso em: 25 maio 2016.

FÓRUM NACIONAL DE PROCESSO DO TRABALHO. *Enunciados da 1ª Reunião*. Curitiba/PR, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.forumtrabalhista.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2016.

DOCTRINA

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados da V Reunião*. Curitiba/PR, out. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2016.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Relatório ICJ Brasil*. 2º e 3º trim. 2014, p. 13. Disponível em: <www.bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 10 mar. 2015.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Impactos do novo CPC no processo penal. *Revista JOTA*. Disponível em: <<http://jota.info/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%C2%B9>>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015 – parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.

GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorin de Assunção. *Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2015.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira (Coord.). *Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. v. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

O AMICUS CURIAE NO PROCESSO DO TRABALHO

Carolina Tupinambá*

1 – INTRODUÇÃO

Idos os tempos de configuração tríplice do processo balizada nas figuras de autor, juiz e réu. O panorama clássico de visualização dos personagens processuais mostra-se insuficiente diante da atual realidade e possibilidades de arranjos de participação de diferentes sujeitos no processo. Nesta concepção ampla dos sujeitos participantes do processo insere-se a figura do *amicus curiae*, a qual ganha espaço na medida em que supõe um *link* do processo com a sociedade, máxime com sujeitos potencialmente abaláveis pelo resultado da demanda¹.

Em sistemas estrangeiros, é possível notar que a participação dos *amici*, via de regra, justifica-se de forma atrelada a fundamentos diversos, quais sejam: (i) como via de conferir maior legitimidade às decisões; (ii) como possibilidade de investigação e obtenção de mais informações a respeito da realidade subjacente à lide; (iii) ou mesmo como instrumento de assistência e equilíbrio entre os sujeitos processuais.

De todo modo, o *amicus curiae* é personagem alçado pelos novos tempos a uma espécie de porta-voz da pluralidade de ideais, valores e anseios da sociedade. Segundo Cassio Scarpinella, “(...) a oitiva do *amicus curiae* pode contribuir para o proferimento de uma decisão que melhor equacione, que

* Advogada; mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; pós-doutoranda no Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos – Direito, Política, História e Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; professora adjunta de Processo do Trabalho e Prática Trabalhista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; professora assistente de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual; membro do Instituto dos Advogados Brasileiros; membro do Centro de Estudos Avançados de Processo; membro da American Bar Association.

1 Em outra oportunidade, começamos a refletir sobre a participação deste terceiro. Ver o capítulo de livro de nossa autoria na obra coletiva: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

melhor leve em consideração, que melhor pondere os fatos subjacentes às normas jurídicas aplicáveis e suas consequências práticas em todos os campos que, vimos, cada vez mais – e de forma consciente – definem (condicionam) a sua própria interpretação e aplicação em cada caso”².

A Instrução Normativa nº 39 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho dispõe sobre a aplicabilidade das normas do Código de Processo Civil de 2015 advertindo expressamente acerca da incidência do art. 138 e parágrafos do novel Código, o qual admite a participação do *amicus curiae*.

A novel regra será particularmente agregadora no processo laboral.

O processo do trabalho lida com a efetivação de direitos sociais – por parte de trabalhadores – e econômicos – por parte da livre-iniciativa ou do setor público, quando sustentem direitos derivados de relações de trabalho – detendo, portanto, um germe de interesses coletivos especialmente destacados³. Nesse contexto, o processo, além de via instrumental, percebe-se, também, importante canal de diálogo construtivo entre interesses do capital ou do setor público e do trabalho. Daí, evidencia-se em singular oportunidade de, concomitantemente, ser um meio de realização de Justiça e um fim equivalente à compreensão e construção evolutiva de direitos econômicos e sociais.

Sendo um caminho e um objetivo a ser alcançado, o processo do trabalho deve realizar-se na maior medida possível pela oralidade, pelo confronto direto e aberto dos interesses opostos, sempre prestigiando a solução derivada do diálogo participativo. Deve ter sua luta travada perante uma Justiça verdadeiramente apaziguadora, solidária e que interaja francamente com os jurisdicionados, ampliando o debate e dialogando com atores sociais potencialmente domesticados a partir de diagnósticos verbalizados pelo Estado-juiz.

Em trabalhos diversos⁴, temos teorizado princípios que reputamos garantidores de um justo processo do trabalho. Nesse contexto, seriam linhas

2 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

3 Por oportuno, traz-se a lume a transcrição de parte da obra de Evaristo de Moraes Filho acerca do tema, o qual expõe: “mas, ainda nos conflitos individuais, não existe causa propriamente só individual no processo trabalhista. Na mais despreziosa questão desta natureza pode estar em jogo todo o ordenamento jurídico que rege a categoria envolvida (à qual pertence o empregado) ou mesmo todo o mundo do trabalho. Daí os amplos poderes de que devem gozar os sindicatos, em qualquer modalidade de conflito, desde que esteja ou possa vir a estar em jogo o interesse abstrato da categoria. Sempre defendi o direito de poder estar em justiça o sindicato, como substituto processual, ainda nas ações individuais, desde que prove o seu legítimo (da categoria) interesse” (*Direito do trabalho: páginas de história e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 1982. p. 282).

4 Por todos, ver TUPINAMBÁ, Carolina. *As garantias do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

condutoras de atuação do processo trabalhista os seguintes princípios: (i) do equilíbrio de armas processuais, que importa no dever do juiz de equilibrar as oportunidades de participação das partes no processo; (ii) da valorização do diálogo, que admite visão transcendental do processo, voltada propriamente para compreensão e construção evolutiva de direitos econômicos e sociais, valorizando a simplicidade, oralidade, adaptação procedimental com ampliação de poderes do juiz no processo; e (iii) da estabilidade da ordem econômica, com vocação para incremento dos escopos sociais e políticos do processo a efetivar uma justiça pragmática-reativa e programática-ativa com instituições de normas nos dissídios coletivos, a valorização dos precedentes nos dissídios individuais e o relevante papel da fundamentação das decisões em quaisquer espécies de lides.

2 – O INSTITUTO DO *AMICUS CURIAE* E SUAS PREMISAS TEÓRICAS

A consciência do processo do trabalho como germe de interesses coletivos de classes com aptidão para direcionar atuações no mercado de trabalho cristaliza singular empatia com as premissas teóricas que embasam a concepção do *amicus curiae*. Vamos desenvolvê-las a pretexto de ilustrar quão agregadora a novidade trazida pelo CPC de 2015 nas lides trabalhistas.

(i) É concreta a possibilidade de defesa de interesses e posições jurídicas para além das partes processuais.

A antiga concepção de interesse processual amarrada ao binômio necessidade e utilidade do provimento para as partes está em franco declínio. O amadurecimento da dinâmica dos precedentes e a coletivização de demandas são tendências significativamente responsáveis pelo quanto se afirma. Isso porque tanto a valorização da jurisprudência como as técnicas de julgamento de processos repetitivos importam dizer que demandas originariamente individuais guardam potencial concreto de impactar toda a sociedade, na medida em que passam a parâmetro de julgamento de questões idênticas ou análogas.

Neste contexto de abertura da compreensão e identificação de possíveis “interessados” nos fundamentos que justificam decisões de processos aparentemente individuais, o *amicus curiae* emerge como instituto extremamente rico. Nos sistemas da *common law*, apegados ao chamado modelo do *stare decisis*, justamente a elevada força vinculante das decisões jurisprudenciais diante dos casos semelhantes ocorridos posteriormente revelou-se fecundo solo para o desenvolvimento da prática de participação de *amicus curiae*.

*Em suma, a força do precedente judicial extraída dos mais diversos instrumentos a valorizá-lo, bem como a perene latência da aglomeração de processos individuais repetitivos poderão fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum modo efeitos em relação a todos os outros atuais ou futuros processos de mesma natureza. Daí a necessidade da adoção de mecanismos que possibilitem a influência dos setores sociais nas decisões da justiça tal qual o *amicus curiae*.*

O interesse que justifica a participação do *amicus curiae* poderá até ser neutro ou voltado apenas a um resultado virtuoso, independente de favorável a uma ou outra parte. Sua participação, quando neutra, será servil ao incremento da qualidade da decisão proferida após abastecimento de informações técnicas ou específicas, naturalmente desconhecidas do magistrado.

A evolução do instituto no Direito Comparado é servil a ilustrar a dinâmica e a pluralidade de interesses que possam ser veiculados com a participação dos *amici curiae*.

Inicialmente, a intervenção do *amicus curiae* no direito norte-americano era justificada e legitimada em função do interesse público. Portanto, a atuação do *amicus* era restrita aos casos em que a Administração Federal ou algum outro ente federado fosse parte, ou em lides entre particulares que fizessem emergir questões de interesse público⁵.

Paulatinamente, a jurisprudência norte-americana foi permitindo também a intervenção do *amicus* para tutelar interesses particulares, máxime defendidos por pequenas associações privadas. Devido à explosão de causas que instigavam a participação de *amici curiae*, a *Supreme Court* americana, em 1938, decidiu regulamentar a intervenção, editando, para tanto, a *Rule* nº 27, a qual tinha como disposição, dentre outras, a exigência de prévio consentimento dos sujeitos originários do processo em relação à participação do *amicus*, salvo se entes governamentais, que, como representantes em juízo do interesse público, dispensariam a prévia concordância para participação.

Nesse contexto, se desenvolveram duas formas distintas de *amicus*, denominadas pela doutrina norte-americana como os “*amici* governamentais” e os “*amici* privados”, com regimes jurídicos distintos. Aos primeiros, concedida possibilidade de intervenção mais ampla, em oposição, aos “*amici* privados” com possibilidades mais restritas de atuação. Os *amici* privados, inclusive,

5 Os estudiosos da matéria citam, nesse contexto, o caso “*The Schooner Exchange vs. McFadden*”, do ano de 1812, no qual a participação do *Attorney General* dos Estados Unidos foi permitida a fim de que ele pudesse opinar sobre o caso em questão relativa à Marinha.

passaram a ser conceituados pela doutrina como “litigant *amici*”, terceiros que apresentam em juízo a pretensão de tutela de um direito próprio. Esta modalidade de intervenção assistiu a intenso crescimento na prática processual, com gradual ampliação de poderes para atuar em juízo.

A Suprema Corte americana alterou a Regra nº 37 de suas *Rules*. Em sua atual redação, a regra preceitua que a intervenção do *amicus* propicie ao juízo novas questões, não exauridas na discussão das partes, sob pena de não ser deferida a participação. Exige-se, ainda, que o *amicus* de pronto revele quem o patrocina e quais seus interesses⁶. Outrossim, em 1998, a Suprema Corte alterou a Regra nº 29 do *Federal Rules of Appellate Procedure*⁷.

A conclusão que se quer demonstrar é uma só, qual seja a de que o *amicus curiae* está comprometido com o debate e com a pluralidade, mas não necessariamente com a imparcialidade.

Caberá ao julgador a malícia e a maturidade para diagnosticar o interesse que move a intervenção, distinguindo quando o *amicus* quer colaborar com o ofício do Judiciário e quando quer auxiliar diretamente a parte, ciente de algum benefício indireto que se valerá com a sua vitória. Ainda que sem querer, o *amicus* será, em quaisquer das hipóteses, um *amicus curiae*, uma vez que levará a voz da sociedade ou de um setor civilizado para animar, ampliar, demonstrar repercussões sociais e efeitos colaterais da futura decisão.

O *amicus* parcial ou com interesses próprios não se confunde com a assistência. A diferença, todavia, é sutil. O assistente só tem compromisso com a parte que auxilia. O *amicus*, não. Seu viés é institucional. Ele pode ter compromisso com a parte, mas deve voltar o debate do processo para sujeitos da categoria, setor ou instituição que representa. Ele ajuda a parte enquanto integrante deste núcleo da sociedade o qual representa. Ele leva os resultados do processo para um grupo individualizado. Se sua participação não tiver repercussão social, será mero assistente. Esse o raciocínio-chave a ser superado para a visualização do efeito agregador da participação do amigo da Corte: a repercussão social de uma determinada demanda. Certamente, interessa aos

6 A justificativa para a alteração normativa é uma só: diante da admissão dos amigos privados, é necessário transparência na atuação. A admissão do *amicus* privado passa a depender do maior número possível de informações que revelem, de forma clara e precisa, a razão pela qual ele pretende ingressar em juízo. Não apenas como forma de assegurar a aplicação do regime jurídico relativo às partes e às modalidades interventivas de terceiros, mas para que o real “interesse” do *amicus* possa ser correta e objetivamente aferido pela corte perante a qual ele pretende comparecer.

7 Vale destacar que diversos Estados americanos, com algumas variações, possuem suas próprias *Rules* a respeito da intervenção do *amicus curiae*.

potencialmente impactados com o resultado do processo a chance de participação nos debates⁸.

Em outras palavras, via de regra, o *amicus curiae* representa os interesses gerais da coletividade ou de grupos ou classes sociais, constituindo terceiro com interesse, sim, mas interesse meramente social, econômico, político, moral, etc., não se confundindo com o interesse jurídico na resolução da causa de acordo com (ou contra) o pleito inicial⁹. Em suma, maioria das vezes, não há somente o interesse do Judiciário em demandar a exposição dos *amici curiae*, mas também destes em apresentar manifestação sobre o tema em discussão e as consequências da decisão, destacando a perspectiva potencial dos integrantes do órgão ou entidade a serem afetados pela decisão¹⁰.

Nesse mesmo sentido, assevera, finalmente, Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá que, hodiernamente e após a evolução do instituto, é possível identificar um aspecto que se afigura indissociável: a figura do *amicus curiae* “é instrumento de participação em processos cuja questão debatida possua caráter, transcendência ou interesse público. Ou seja, ainda que se trate de lide individual, a transcendência do objeto do processo para além das partes litigantes parece justificar sua admissão”¹¹.

Portanto, é correto afirmar ser atualmente concreta a possibilidade de defesa de interesses e posições jurídicas para além das partes processuais, sendo a questão extremamente sensível no processo do trabalho, porquanto demandas individuais poderão trazer vozes de toda a categoria respectiva, em decisões certamente mais comprometidas e integradas à realidade social de determinados setores do mercado e da economia.

(ii) *É louvável um mecanismo que implique absorção facilitada de características e informações acerca do contexto social e da realidade subjacente ao conflito judicializado.*

8 Contribui ainda para esse entendimento Cassio Scarpinella Bueno, que distingue o instituto do *amicus curiae* da figura do assistente, nos seguintes termos: “A finalidade que deve nortear a atuação do *amicus* é diversa, guiada, necessariamente, por outra lógica, que vai além dos seus próprios interesses ‘pessoais’” (*Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 444).

9 AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: Juspodivm, 2005. p. 4.

10 Todavia, justificando esta espécie de interesse institucional, há quem sustente que o autêntico amigo da Corte deve se manter sempre neutro na discussão judicial, defendendo o interesse da sociedade e não o das partes (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Amicus curiae: afinal, quem é ele? Direito e Democracia*, v. 8, n. 1, Canoas, jan./jun. 2007, p. 76-80).

11 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30.

A segunda premissa teórica é uma espécie de evolução da anteriormente tratada.

Perspectiva interessante do aproveitamento do *amicus curiae* pode dizer respeito estritamente à investigação qualificada da matéria fática envolvida, ou da apreensão do contexto em que desenvolvida a demanda.

No direito francês, por exemplo, a figura do *amicus curiae* está vinculada a uma espécie de entidade apta a auxiliar o juízo, fornecendo-lhe informações propícias à resolução da demanda, com atuação semelhante à do perito, porém mais informal. Ou seja, na França, o *amicus* tem sido entendido como uma “técnica de informação” que o juízo pode utilizar sem levar em conta as regras tradicionais da colheita da prova. A regulação mais compatível com a figura do *amicus curiae* encontra-se no art. 181 do *Nouveau Code de Procédure Civile*¹², que versa sobre a possibilidade de o juiz requerer a oitiva de qualquer pessoa que lhe pareça proveitosa para a formação de seu convencimento.

Esta lógica também se verifica no processo italiano. O art. 68 do Código de Processo Civil italiano¹³ atribui ao magistrado a liberdade para valer-se de auxiliares para a realização de seu convencimento. O dispositivo é genérico; não há referência de um rol exaustivo dessas figuras às quais o juiz pode valer-se, o que acaba por legitimar a figura do *amicus curiae* entre os “outros auxiliares”, como denomina a lei. Na Itália, a atuação do amigo da Corte tem sido determinada de maneira análoga ao que ocorre no processo do trabalho, no qual o juiz tem possibilidade de reclamar, de ofício ou a requerimento das partes, que os sindicatos forneçam certas informações perante o juízo (art. 421, *comma* 2º, e art. 425 do Código de Processo Civil italiano¹⁴).

É interessante notar que, também no que diz respeito ao *amicus* como auxiliar para obtenção de informações, a mudança transcende, de igual modo, conceitos arraigados na teoria do processo individualista, como sói ser o interesse e o princípio do dispositivo. Em função deste, nos sistemas de *civil law*, as partes apresentam ao juízo somente os fatos e informações que as próprias

12 Art. 181 do Código de Processo Civil francês, *verbis*: “Le juge peut, au cours des opérations de vérification, à l’audience ou en tout autre lieu, se faire assister d’un technicien, entendre les parties elles-mêmes et toute personne dont l’audition paraît utile à la manifestation de la vérité”.

13 “Art. 68: (Altri ausiliari) Nei casi previsti dalla legge o quando ne sorge necessità, il giudice, il cancelliere o l’ufficiale giudiziario si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che egli non è in grado di compiere da sé solo.”

14 Cassio Scarpinella Bueno afirma que a autora Elisabetta Silvestri ainda defende que não deve haver uma prévia fixação dessas entidades que possam intervir na função de *amicus curiae*, sob pena de pouca utilização do instituto, mesmo que fique a sua atuação condicionada à anuência das partes do processo (In: *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113).

ponderam ser importantes para o desenvolvimento do processo e formação da decisão judicial que lhes favoreçam.

Nesse contexto, a produção da decisão a partir de informações porventura omitidas propositalmente pelas partes não se compromete apenas com fatos ou valores sociais que possam estar ligados ao conflito. O *amicus* como possível portador dessas informações e interesses relevantes, para além das pretensões das partes originais da demanda, é capaz de auxiliar o magistrado a proferir uma melhor e mais adequada sentença. Nesse enfoque a intervenção pode até mitigar o princípio dispositivo perante o juiz¹⁵, em prol de uma decisão mais lúcida sobre os contornos do direito material discutido.

Em suma, a participação do amigo nas causas trabalhistas configurará certamente um *up grade* nos instrumentos disponíveis para ilustração dos fatos e até dos fundamentos jurídicos do pedido, porquanto será fonte expressiva de testemunho ou informações técnicas que não necessariamente os juízes e as partes fechados nos limites cognitivos do processo possuiriam.

(iii) O processo deve ser cooperativo, ilustrado pela interação de sujeitos para obtenção de resultado mais justo.

Além das premissas teóricas que admitem o *amicus curiae* como catalisador de interesses sustentados por terceiros potencialmente abaláveis pelos resultados e como facilitador do trânsito de informações e dados específicos sobre o contexto em que inserida a parte demandante, não se pode desprezar o ambiente cooperativo fértil ao amadurecimento do instituto.

O movimento de constitucionalização do processo atualizou o princípio do contraditório¹⁶. A abertura do sistema para a participação de agentes institucionais, outrossim, revela tendência resultante da compreensão democrática do processo, enquanto instrumentalizador de escolhas constitucionais e de direitos fundamentais, qual seja a visão cooperativa da dinâmica processual.

15 Cassio Scarpinella Bueno cita, nesse contexto, outrossim, o art. 363 do Código de Processo Civil italiano, segundo o qual “o procurador geral que atua perante a Corte de Cassação pode interpor recurso para pedir a cassação de sentença no interesse da lei” excepcionando, ainda, que “as partes não podem pretender que a nova decisão tenha incidência também sobre a sua específica situação concreta” (*Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113).

16 Segundo Cassio Scarpinella Bueno, o contraditório é princípio compõe-se de um binômio, o qual titula de ciência e resistência ou informação e reação, sendo o primeiro elemento sempre indispensável e o segundo, eventual. Ainda de acordo com o referido autor, é o elemento informação ou ciência que se relaciona com a possibilidade de inserção na elaboração do provimento jurisdicional, ou seja, influenciar a decisão do Estado. E é, exatamente, essa participação pelos destinatários dos atos, nas manifestações estatais, que as legitimam (*Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

DOCTRINA

O novel princípio da cooperação expressa verdadeira integração entre o magistrado e as partes, para a elaboração do mais adequado provimento jurisdicional à causa controvertida. Destarte, essa simbiose implica, apesar dos interesses colidentes dos sujeitos parciais e da imparcialidade do juiz, um tipo de interesse comum a todos, que é a preocupação de resolver a causa da melhor maneira possível, almejando não só a estabilidade das relações jurídicas como também a prevalência da justiça.

É nesse sentido de cooperação e de diálogo entre os sujeitos do processo que o *amicus curiae* deve ser devidamente inserido, tendo em vista ter a possibilidade de munir o magistrado de informações necessárias que possam auxiliá-lo a julgar a lide, tornando viável, dessa forma, a absorção e o conhecimento pelo juiz dos valores e anseios dispersos no meio social.

O *amicus curiae* inserido no contexto do contraditório e do princípio da cooperação possibilita a legitimação das decisões judiciais como atos do Estado e concretiza a democracia. Legitima-se sua participação como catalisador de informações e valores extra-autos que contribuem no processo de elaboração de uma sentença mais adequada e justa.

O princípio da cooperação (ou da colaboração) parte da concepção de que o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes. Deve o juiz, portanto, ser ativo e participativo, disposto a investigar e a compreender o conflito verdadeiramente, conferindo tratamento isonômico às partes, é dizer, iguais oportunidades de participação e influência sobre o resultado. O amigo, nesse contexto, pode ser fator de mediação de forças e equilíbrio corretor entre os litigantes, atuando como mais um agente colaborador do processo.

Aliás, o *amicus* chegará ao processo espontaneamente ou incitado pelo próprio juiz, quem deixa de ser mero fiscal de regras, assistindo apático às manifestações das partes, para passar a envidar esforços múltiplos em prol da construção de solução justa.

O princípio da colaboração, ademais, significa, cada vez mais, a necessidade de responsabilização dos vários agentes do processo por seus atos no *iter* processual, exigindo-lhes a observância de deveres anexos comuns a qualquer relação contratual, tais quais de lealdade, boa-fé objetiva e informação.

Nesse cenário, o processo do trabalho será estruturalmente enriquecido com a atuação dos *amici*, que cumprirão deveres típicos de um ambiente cooperativo, quais sejam esclarecimento, auxílio, advertência, prevenção, etc.

(iv) Decisões proferidas a partir de diálogos sociais tendem a ter mais qualidade e legitimidade perante destinatários.

Além de inquisitorial, pela evidente contaminação do interesse público adjacente, o processo do trabalho deve ser voltado para o diálogo¹⁷. Deve permitir a evolução do debate, prestigiando o mais profundo entendimento do embate de forças a culminar com a lide. Em suma, nas disputas que desafiam o processo trabalhista, a valorização do diálogo importa, muitas das vezes, a superação do fim pelo meio, ou seja, o curso processual tem patente capacidade de evidenciar fatores sociais e econômicos relevantes para a solução da lide em si, bem como seus eventuais efeitos multiplicadores.

Para além desse perfil positivo proporcionado pelo debate, a relevância do espaço dialógico é, outrossim, extrato de legitimidade das decisões judiciais.

A concepção publicista da jurisdição, característica marcante da doutrina nos últimos tempos, identifica, no exercício da jurisdição, a busca do Estado em realizar objetivos outros que precedem os interesses das partes envolvidas. Destarte, o processo é vivenciado por seus escopos e objetivos (i) sociais, de educação social e pacificação de conflitos; (ii) políticos, no sentido de preservar as liberdades públicas, afirmar o poder estatal e assegurar a participação popular por meio do processo, dentre outros valores exógenos que extrapolam a lide a ser solucionada¹⁸.

Nesse contexto, a participação democrática não existe somente no âmbito legislativo e executivo, por meio da iniciativa popular do voto, plebiscito e referendo. Qualquer meio de pressionar, influenciar e reivindicar decisões estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação¹⁹.

Portanto, nesse ambiente de legitimação democrática pela vivência do contraditório participativo, a atuação do *amicus curiae* desponta como meio autêntico e genuíno de abertura do processo para vozes sociais. Como lembra José Joaquim Calmon de Passos, é o princípio democrático que deve ditar as

17 Como explana Barbosa Moreira: “A tendência a dar maior realce ao papel do juiz corresponde, como bem se compreende, a uma acentuação mais forte do caráter *publicístico* do processo civil. O interesse do Estado na atuação correta do ordenamento, através do aparelho judiciário, sobrepõe-se ao interesse privado do litigante, que aspira acima de tudo a ver atendidas e satisfeitas as suas pretensões. É a antiga visão do ‘duelo’ entre as partes, ao qual assistia o juiz como espectador distante e impassível, que cede o passo a uma concepção do processo como atividade ordenada, ao menos tendencialmente, à realização da justiça” (Temas de direito processual. In: *As bases do direito processual civil*. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 11).

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 80-81.

19 A provocação do Poder Judiciário, por exemplo, nas ações populares, nas quais o cidadão atua fiscalizando e controlando a moralidade pública, os atos lesivos ao patrimônio público, meio ambiente e outros ilustra uma rica possibilidade de diálogo democrático perpassado e concretizado diante do Judiciário.

Outrossim, os mecanismos das ações coletivas, que podem ser manejadas por associações, sempre encorajaram, pelo Judiciário, a denúncia e reivindicação da melhoria dos serviços públicos e a proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural, oxigenando o sistema através do opinamento e da participação da sociedade no processo. Em suma, o processo fornece instrumentos para que a sociedade civil contribua para a definição dos rumos políticos da nação.

regras do processo civil, visto que “(...) direito é decisão; destarte a participação no processo decisório, em todos os seus pressupostos e fases, revela-se um elemento constitutivo da dimensão democrática do Estado de Direito, uma garantia para o cidadão e um espaço real de liberdade e de efetiva autodeterminação, indispensáveis para haver geral cidadania. Digo mais: é a única forma de realizar os direitos fundamentais, bem como os que deles decorrem como seus desdobramentos, tirando-os do mundo do faz de conta dos enunciados bombásticos para colocá-los no mundo real dos acontecimentos”²⁰.

Em suma, pode-se apontar como quarta premissa teórica a concepção de democracia deliberativa e participativa. É dizer, a sociedade para a qual se destina a norma deve participar do seu processo de conformação, a fim de que o direito não se esvazie em si mesmo, pois o mito da imparcialidade dos juízes não pode sobrepor-se à legitimação da sociedade e a seu direito de ser ouvida acerca do conteúdo do processo democrático de tomada de decisão.

O *amicus curiae* configura, assim, instituto processual que prevê a possibilidade de as entidades atuarem no sentido da universalização e realização do direito²¹, cujo núcleo essencial contém o espírito do princípio democrático, pluralizando os debates e legitimando a decisão judicial perante a sociedade.

Isto porque, sem dúvidas, o *amicus curiae* retrata eficaz neutralização do aparente déficit democrático do Poder Judiciário²². Com representantes não eleitos pelo povo sequer por via indireta, a tábua de salvação para o Judiciário concretizar o primeiro comando constitucional de nossa Carta²³⁻²⁴ é a abertura

20 Apud USTÁRROZ, Daniel. A experiência do *amicus curiae* no direito brasileiro. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, a. XV, 2009.

21 Cf. SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Ponto final: o *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro. *Correio Braziliense*, 14190/12, Brasília, 25.03.02, Caderno Direito e Justiça.

22 Nas discussões sobre o Poder Judiciário ou sobre a crise do sistema judicial, é recorrente se mencionar a questão da legitimidade dos juízes ou de que existe um déficit de legitimação democrática da jurisdição. Os ataques emergem principalmente quando se julga a inconstitucionalidade de uma lei, quando a Corte Suprema cassa ou impede a realização de um ato do Poder Legislativo. Nessa situação, alega-se que o juiz, não eleito diretamente pelo povo, não conta com legitimidade para revisar atos daqueles a quem foram conferidos poderes pela soberania popular. O sistema de recrutamento dos juízes, através de provas e títulos ou por nomeação do chefe do Executivo com participação do Poder Legislativo, é objeto de contestação, porque os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo sufrágio universal. Esses constituem, para muitos, as características que retiram a legitimidade democrática do Poder Judiciário.

23 Em outras palavras, o Judiciário, que exerce o controle sobre as leis, não possui os membros de sua corte escolhidos de forma diretamente democrática e, além disso, não existe nenhum tipo controle democrático sobre ela. Em função dessa contradição é que deve haver uma constante interação entre a sociedade civil e, não só a corte constitucional, mas o Poder Judiciário como um todo, a fim de que o exercício da atividade jurisdicional possa ser legítimo e democrático. E é neste ponto que, novamente, ressalta-se a figura do *amicus curiae* como propiciador desse necessário diálogo.

24 O parágrafo único do art. 1 da Constituição Federal reza o seguinte: “Todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

do contraditório entre as partes. Mais do que isso, a disposição para se ouvir a sociedade, via participação do *amicus curiae*, certifica o processo judicial como de caixa de ressonância dos anseios sociais²⁵.

A aceitação do *amicus curiae*, por fim, no Brasil, tem superado um mito de antiga resistência. É que quando um dos Tribunais Superiores decide algum caso de grande relevância e influência sobre a sociedade ou o Poder Público, em geral, é comum que pessoas interessadas, ou até mesmo a mídia, afirmem que o Judiciário tenha decidido a causa de forma política²⁶. Que seja. Nesse aspecto, a participação do *amicus* convola a crítica desconcertante em uma experiência real de abertura de espaço para que interessados se manifestem regularmente no processo, legitimando democraticamente a decisão, que deixa de ser vista como fruto de *lobbies* não confessados, para ser o resultado do debate público e transparente de pessoas representativas da sociedade, de determinadas categorias ou associações, de organizações governamentais e não governamentais, expondo fundamentadamente suas opiniões jurídicas, políticas, econômicas, sociais e culturais acerca da questão a ser julgada.

3 – OS CONTORNOS POSSÍVEIS DA ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO

O CPC de 2015 não trouxe propriamente um instrumento novo e inédito.

No Brasil, o *amicus curiae* vem sendo paulatinamente incorporado à ordem processual desde 1976, quando, pela vez primeira²⁷, encontrou apoio legislativo na lei que criou a Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385/76) com a missão, dentre outras, de servir de elo entre o mercado e o Poder Judici-

25 O Supremo Tribunal Federal já havia realçado a participação dos *amici curiae* como um elemento de pluralização dos debates e de legitimação democrática e social, por meio da abertura processual a entidades de destacada representatividade quanto aos interesses da coletividade (ADI 2.130/SC, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.00, DJ 02.02.01; ADI-MC 2.321/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.10.00, DJ 10.06.05, p. 4).

26 Em obra singular, Ronald Dworkin esclarece que as decisões dos juízes são naturalmente políticas, mas não no sentido de partidarismo político e sim com base em fundamentos políticos, ou seja, em regras, princípios e objetivos escolhidos pela sociedade e pelo legislador, concretizados na Constituição e nas leis infraconstitucionais (*Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 20-39).

27 “Art. 31. Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

(...)

§ 3 A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram.”

ário, auxiliando este a definir os litígios que possam, por via direta ou reflexa, repercutir nas relações das companhias abertas²⁸.

O *amicus* foi conquistando a prática com o tempo. Um dos grandes precedentes remonta à Medida Cautelar na Ação Direta Inconstitucionalidade 2.130/SC, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. Fundamentadamente atrelado aos processos objetivos, o *amicus curiae* foi regulamentado em diversas leis dedicadas à jurisdição constitucional. Assim, fora disciplinado nas ações diretas de controle de constitucionalidade – Lei nº 9.868/99²⁹ –, na arguição de descumprimento de preceito fundamental e no incidente de inconstitucionalidade³⁰⁻³¹.

O incidente de uniformização de jurisprudência perante os Juizados Especiais, previsto na Lei nº 10.259/01³², admite manifestação de terceiros, tal

28 TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como *amicus curiae*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 690, 1993, p. 286. Sublinha o autor que “o juiz, pela própria natureza de sua formação profissional, não está em condições de resolver todos os problemas que se apresentam à sua apreciação. Depende, portanto, dos esclarecimentos que lhe são fornecidos pelos técnicos da CVM. Assim, a Comissão de Valores Mobiliários deverá traduzir para o juiz aquelas impressões e conclusões que colheram no exame dos fatos do processo, tomando acessível ao conhecimento do magistrado aquilo que normalmente ele não poderia conseguir sozinho, ou somente conseguiria após um ingente esforço. Embora não fique o juiz adstrito ao parecer e aos esclarecimentos da CVM, podendo dela divergir, o certo é que a opinião do técnico do Mercado de Capitais é essencial ao esclarecimento dos fatos e forma um contingente imprescindível para a boa compreensão das questões postas ao debate”.

29 “Art. 7 Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...)

§ 2 O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

30 “Art. 6 Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1 Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

31 “CAPÍTULO II

DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. 480. Arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

(...)

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juizes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

(...)

§ 3 O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999)”

32 “Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

qual a Resolução nº 390/04 do Conselho da Justiça Federal³³. Outras intervenções análogas ou similares são eventualmente classificadas como *amicus curiae*. Assim, a intervenção das pessoas jurídicas de direito público, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.469/97³⁴, do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, de acordo com os arts. 57, 118 e 175 da Lei nº 9.279/96³⁵ e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, como previsto no art. 89 da Lei nº 8.884/94³⁶.

Outras iniciativas normativas são expressivas para ilustrar o incremento do papel de amigos da Corte, quais sejam o art. 49 da Lei nº 8.906/94³⁷, que

- (...)
- § 7 Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.
- § 8 Decorridos os prazos referidos no § 7, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os *habeas corpus* e os mandados de segurança.”
- 33 “Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente.
- § 1 O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não governamentais, etc., na função de *amicus curiae*, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral.
- § 2 Antes de iniciado o julgamento, ou depois, os juízes, por intermédio do presidente, poderão convocar, caso se encontrem presentes, os advogados, os peritos e as partes para prestarem à Turma esclarecimentos sobre matéria de fato relevante.
- § 3 Em primeiro lugar, falará a parte que requereu o incidente.”
- 34 “Art. 5 A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.
- Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.”
- 35 “Art. 53. Havendo ou não manifestação, decorrido o prazo fixado no artigo anterior, o INPI emitirá parecer, intimando o titular e o requerente para se manifestarem no prazo comum de 60 (sessenta) dias.
- (...)
- Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.
- (...)
- Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.”
- 36 “Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.”
- 37 “Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.
- Parágrafo único. As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.”

autoriza a intervenção de Presidentes dos Conselhos e das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, a Lei nº 9.784/99³⁸, que regulamenta o Processo Administrativo Federal, prevendo a abertura de “consultas públicas”, bem como a legislação regulamentadora da elaboração de propostas de súmula vinculante, que admite manifestação de terceiros que possam colaborar com a discussão³⁹.

Na vigência do Código anterior, para o julgamento de questões de repercussão geral, então reguladas pelo CPC/73, art. 543-A, bem como de recursos repetitivos, previstas no CPC/73, art. 543-C, também havia previsões a respeito.

Apesar de plurais e da omissão da CLT, tais fontes não alcançavam o processo do trabalho.

Na seara trabalhista, a Lei nº 13.015/2014, que alterou os arts. 894, 896, 897-A e 899 da CLT e introduziu os arts. 896-B e 896-C, representa a legislação que trouxe a mais ampla modificação do sistema recursal trabalhista já realizada.

Com a adoção da técnica de julgamento dos recursos repetitivos, a lei facultou a participação de terceiros “com interesse na controvérsia”, adotando no processo, antes mesmo do novo CPC, técnica a permitir o conhecimento da questão controvertida sob diferentes perspectivas, considerando-se possíveis desdobramentos das várias soluções para o problema. O instrumento estaria restrito às Cortes Superiores.

Doravante, a previsão do *amicus curiae* no Código de Processo Civil reafirma a possibilidade de o instrumento muito colaborar com o processo do trabalho, a partir das premissas teóricas apresentadas. A novidade passa a abarcar os processos em trâmite no primeiro grau. O novo Código trata do tema como uma hipótese de intervenção de terceiros:

38 “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1 A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2 O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.”

39 Lei n 11.417/06:

“Art. 3 São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

(...)

§ 2 No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

“CAPÍTULO V

DO *AMICUS CURIAE*

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

O art. 3º, II, da Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho adverte acerca da aplicabilidade do instituto ao processo laboral. Procurou-se desenvolver alguns parâmetros para que a participação do *amicus* seja otimizada, com o maior ganho possível de eficiência processual:

(i) *A transparência sobre o interesse que lhe move* – superado o mito de que o *amicus* é sujeito imparcial do processo, mister que sua participação seja sincera. Deve o *amicus* admitido no feito esclarecer qual interesse real o demove, se acaso é patrocinado por alguém, como pode ser beneficiado por um ou outro desfecho do processo, etc.;

(ii) *O enriquecimento do debate* – o *amicus* deve colaborar com a qualificação da decisão judicial, deve levar ao conhecimento do Judiciário conjecturas sociológicas da lide, deve explorar consectários de possíveis desfechos, deve anunciar o potencial multiplicador da demanda trabalhista ou mesmo os prognósticos do aproveitamento da mesma *ratio decidendi* em outras demandas similares. Esse o papel do *amicus*, sem o qual dispensável sua intervenção: o incremento do diálogo entre o Judiciário e a sociedade. Assim, o *amicus* deve permitir que o juiz medite sobre a realidade subjacente à causa e os efeitos da decisão. Isso porque o *amicus curiae*, por sua atuação pretérita, invariavelmente possui ampla experiência para aportar aos autos indicativos seguros acerca da realidade discutida;

DOCTRINA

(iii) *A objetividade dos argumentos* – o *amicus* deve simplificar, esclarecer, focar o debate. Não se quer ampliar inutilmente o objeto de cognição, mas compreendê-lo profunda e totalmente. Assim, não se espera, máxime no processo do trabalho, informado pela simplicidade, que o *amicus* complique ainda mais a solução do caso, crie embaraços, cause *frisson*, medo ou insegurança em relação a um dos possíveis resultados da lide. Esse, definitivamente não é o seu papel, sob pena de torna-se um *inimicus curiae*⁴⁰;

(iv) *O contraditório sobre a conveniência da abertura do processo* – as partes devem ser ouvidas acerca da intervenção do *amicus*, antes da admissibilidade de seu ingresso;

(v) *A representatividade adequada* – é imprescindível identificar o melhor porta-voz da sociedade civil e os critérios de aferição não serão estanques, cabendo ao julgador decidir motivadamente sobre a representatividade daquele que se candidata a participar dos debates. O amigo da corte será uma pessoa física, de idoneidade e saber incontestáveis e específicos; ou jurídica, que reúna continente significativo de membros e simpatizantes⁴¹. Deverá existir, ainda, pertinência temática entre a matéria discutida no processo e os fins institucionais do *amicus curiae*. Cada setor da sociedade intervém nas demandas que lhe dizem respeito, não se justificando a utilização da figura para satisfazer curiosidades, vaidades ou caprichos;

(vi) *A oportunidade da intervenção* – omissa o Código, a admissão do *amicus* pode se dar a qualquer momento, desde que oportunizado o contraditório para ambas as partes com ele dialogarem eficaz e satisfatoriamente. Entretanto, salvo melhor juízo, na fase de cumprimento de sentença e no processo de execução, a intervenção não se mostra apta a auxiliar ao magistrado a proferir decisão mais densa qualitativamente, razão pela qual o ingresso do amigo não deverá ser permitido, em princípio, após o processo de conhecimento;

(vii) *A capacidade postulatória do amigo da Corte* – é dispensável, salvo melhor juízo, que a intervenção do *amicus* se dê através de advogado, máxime

40 Tal expressão é de autoria da Ministra Ellen Gracie, na ADIn 3.685, na qual os Ministros se depararam com um memorial de *amicus curiae* contendo 100 páginas. Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou a necessidade de “profissionalização do *amicus curiae*”, a fim de que advogados e consultores se especializem nos procedimentos referentes ao ingresso no processo na qualidade de *amicus*. A própria Suprema Corte dos EUA já enfrentou impasse semelhante a ponto de criar regras específicas de atuação do *amicus*, conforme o teor da Regra n. 37 de seu regimento interno.

41 O papel pode ser desempenhado por organizações não governamentais, universidades, fundações, sindicatos, escolas, associações, federações e tantos outros entes que, no seio da sociedade, desfrutem de prestígio em razão da excelência de seu trabalho.

no processo do trabalho em que as próprias partes detêm o *jus postulandi*. Aliás, o custo de contratação fatalmente representaria entrave em sua participação⁴².

Ora, se a ideia do instituto é justamente trazer o diálogo para mais perto do povo e da vida real, não faz qualquer sentido se exigirem maiores tecnicismos.

Neste sentido, andou mal a Corte Constitucional alemã, conforme noticiado pelo Professor André Pires Gontijo⁴³. Segundo o autor, o Professor Leonardo Martins, em palestra proferida na UnB sobre o lançamento de seu livro⁴⁴, afirmou que qualquer pessoa ou entidade de classe poderia submeter um memorial na qualidade *amicus curiae* perante a Corte Estadual. Todavia, para que se intervenha como *amicus* perante a Corte Federal, haveria uma “cultura” estabelecida nesse procedimento, no sentido de que o cidadão ou as entidades de classe (associações, igrejas, partidos políticos) precisariam submeter seus memoriais à análise de um catedrático de uma universidade, a fim de que ele os proponha perante o TCF. Segundo o mesmo autor, cada juiz do TCF possui à sua disposição três professores catedráticos para lhe auxiliar em seus julgamentos. Nesse sentido, ao que parece, a intervenção do *amicus* deixa de ilustrar um acesso plural à Corte Constitucional e acaba se tomando um debate dialético entre catedráticos em uma linguagem técnica, fazendo com que o espírito do cidadão ou da entidade colocado no memorial original se dilua em uma discussão teórica.

(i) *Custas processuais* – por ser um colaborador no processo, o amigo deve estar isento do pagamento de custas processuais. Ainda que intervenha com interesse no pedido mediato, eventual benefício que determinado resultado trará será apenas indireto, razão pela qual seria extremamente injusto exigir-lhe o custeio da causa;

(ii) *Possibilidades de atuação* – caberá ao julgador definir os poderes do amigo da Corte casuisticamente, devendo motivar sua decisão a partir dos fundamentos constitucionais do instituto como a cidadania (art. 1º, II, da CF/88); o pluralismo político (art. 1º, V, da CF/88); o exercício dos poderes constitucio-

42 De acordo com Scarpinella, quando a oitiva do *amicus* for determinada pelo juiz, a representação por advogado não se faz necessária, devendo o *amicus* apresentar-se diretamente ao juízo (*Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 553).

43 GONTIJO, André Pires; OLIVEIRA, Christine Peter da Silva. O papel do *amicus curiae* no processo constitucional: a comparação com o *decision-making* como elemento de construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: RT, ano 16, n. 64, jul./set. 2008, p. 60-61.

44 MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Montevideo/Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

nais diretamente pelo povo (CF, art. 1º, parágrafo único) a livre-manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF/88); o direito à livre-convicção política e/ou filosófica (art. 5º, VIII, da CF/88), ao acesso à informação (art. 5º, XIV, da CF/88) e ao devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF/88); e a representação da legitimidade ativa na propositura de ações constitucionais (art. 1º, parágrafo único, c/c o art. 103 da CF/88). Em suma, limitar a atuação do *amicus curiae* pode significar restrição a garantias e direitos constitucionais, razão pela qual, em princípio, a atuação desse agente plural não deve sofrer entraves desnecessários. Não se pode perder de foco que o *amicus curiae* é um instituto que visa a auxiliar o Poder Judiciário no processo de tomada de decisões e definições de rumos e destinos, sustentando teses jurídicas em defesa de interesses públicos ou privados, em proteção ativa de (i) direitos de grupos identificados ou (ii) direitos difusos inerentes a toda a sociedade. É necessário que sejam conferidos ao *amicus*, “poderes-meios” que assegurem a sua atuação judicial. Finalmente, a exposição dos *amici curiae* pode se referir a questões de direito, de fato ou a interpretação de espécie normativa em discussão⁴⁵;

(iii) *Legitimidade recursal* – não obstante a restrição recursal expressa no Código⁴⁶, atente-se que o art. 996 do Código de Processo Civil assegura legitimidade recursal ao Ministério Público e a qualquer terceiro prejudicado. A referência ao “terceiro” no dispositivo da norma designa aquele que seja estranho ao processo, mas titular da relação jurídica atingida, ainda que por via reflexa. É dizer, o terceiro legitimado a recorrer é aquele que tem relação jurídica conectada com a que está sub *judice*, de modo que a decisão proferida tenha algum impacto em sua esfera jurídica. Sendo, por qualquer hipótese, o *amicus curiae* atingido, ainda que indiretamente, pelo *decisum* proferido, possuirá legitimidade recursal como terceiro interessado;

(iv) *A coisa julgada em relação ao amicus curiae* – os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada diante da atuação do *amicus curiae* são bem ana-

45 A manifestação sobre questões fáticas abrange também as repercussões (sociais, econômicas, políticas, etc.) da decisão. In: AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: Juspodivm, 2005. p. 5.

46 Contra a opção do NCPC “não há como se lhe negar a legitimidade recursal para manifestar sua insurgência contra as decisões que não acolherem seus argumentos. Ensina Sérgio Bermudes que a finalidade dos recursos é a de proporcionar o ‘aperfeiçoamento das decisões judiciais’. Assim, não há motivo lógico para que ao *amicus curiae* seja assegurado o direito de apresentar seus argumentos, por escrito e oralmente, perante o Tribunal e, como desdobramento natural, não possa se insurgir contra as decisões que contrariem tais argumentos, por meio dos recursos cabíveis” (BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2005).

lisados por Cassio Scarpinella Bueno⁴⁷, que conclui que “ele não tem qualquer interesse seu, muito menos no sentido tradicional e individual do termo, na causa que intervém. Ou seja, o objeto litigioso não lhe diz respeito; ele seria muito mais um portador dos interesses que o movimentam do que seu usufrutuário. Desse modo, não devem incidir os efeitos da coisa julgada a esse terceiro estranho ao objeto da lide”.

Quanto aos limites subjetivos, o mesmo entendimento se opera. Ao estudar quais os sujeitos que se submetem aos efeitos da coisa julgada, o *amicus curiae* não apareceria nesse rol⁴⁸, já que sua atuação não ocorre em razão de uma titularidade de direitos. Ademais, o *amicus* não possui a prerrogativa de condução do processo, o que facilita e ratifica a compreensão da não sujeição à coisa julgada⁴⁹.

4 – CONCLUSÕES

A função jurisdicional, em si mesma considerada, é insuficiente para a prestação de tutela suficiente e satisfatória. Isso porque, cada vez mais, diante da complexidade dos fatos e do direito da vida moderna e das relações de trabalho, o juiz necessita de informações não jurídicas espalhadas na sociedade.

Vários são os pontos positivos e potencialmente enriquecedores da prática de abertura do processo do trabalho para a participação de terceiros:

(i) O instrumento de participação do processo pela admissão de amigos da Corte tem íntima correlação com o que se pensou para a conceituação da Justiça do Trabalho como justiça classista e paritária, ideologia que, infelizmente, na prática, acabou comprometida por interesses estranhos aos objetivos de um processo extraído pelo diálogo, o que acarretou a extinção da representação paritária;

(ii) O julgamento influenciado por representantes das classes e categorias a que pertencem as partes confere maior legitimidade à decisão;

(iii) O amadurecimento das questões pode ser melhor alcançado pelo debate, ao passo que decisões isoladas tendem a exibir ideias preconcebidas do julgador;

47 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 588-600.

48 Ao apresentar distinções entre o *amicus curiae* e as intervenções típicas de terceiro, Antônio do Passo Cabral esclarece que a grande diferença entre essas modalidades (intervenção típica e atípica) situa-se nos efeitos decorrentes da decisão do processo em que houve a interferência. Para o autor, “o *amicus curiae* não se sujeita a essa peculiar preclusão resultante da coisa julgada, podendo livremente discutir a matéria a qual motivou sua intervenção em outros processos” (Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 117, p. 9-41, set./out. 2004, p. 20).

49 BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 593-595.

DOCTRINA

(iv) Alguns tipos de trabalhos são especialmente complexos, detendo condições absolutamente diferenciadas, como o trabalho marítimo ou aquele ligado à segurança privada, por exemplo. O *amicus curiae* tem a oportunidade de trazer ao processo as características e o detalhamento destas espécies próprias de prestação de serviços, enriquecendo a prestação jurisdicional, bem como a aproximando da realidade;

(v) A presença do *amicus curiae* é uma forma de diálogo com a sociedade a partir do momento em que o julgador considera as repercussões sociais da demanda, abstraindo o conflito de interesse motivador do caso concreto e exercitando uma consideração macroscópica da lide, por seu potencial efeito multiplicador, bem como por seus impactos e possíveis reações sociais;

(vi) A ampla participação de *amici curiae* é condizente com uma Justiça apaziguadora e voltada para a comunidade, fundamentos que devem orientar a Justiça do Trabalho e o processo trabalhista;

(vii) A ampla participação de *amici curiae*, outrossim, melhor se adéqua aos conceitos de informalidade e de justiça realizável de forma menos técnica e mais preocupada com o estabelecimento da paz; o contato das partes e juízes com agentes sociais no processo, conhecedores dos dramas particulares das respectivas categorias, favorece um clima conciliador, estimulando a mediação e o solucionamento amigável da disputa.

Assim, é possível afirmar que a participação de entidade sindical, por exemplo, em controvérsia cuja solução possa ter repercussões, ainda que como mero precedente, em futuros litígios de empregados ou empresas integrantes das categorias profissionais ou econômicas tem potencial de ganho de extrema qualidade da decisão a ser proferida.

Será agregadora, outrossim, a manifestação de especialistas, como juristas, sociólogos, economistas ou administradores, “pessoas com experiência e conhecimento na matéria”, na expressão de ato normativo do Tribunal Superior do Trabalho editado para regulamentar a aplicação da Lei nº 13.015/2014⁵⁰.

Enfim, os amigos da Justiça do Trabalho sentirão na pele a melhoria que o instituto tem a proporcionar para as lides sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: Juspodivm, 2005.

50 Ato n 491/SEGJUD.GP, art. 16.

DOCTRINA

ALVIM, Arruda (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 117, set./out. 2004, p. 9-41.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONTIJO, André Pires; OLIVEIRA, Christine Peter da Silva. O papel do *amicus curiae* no processo constitucional: a comparação com o *decision-making* como elemento de construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: RT, ano 16, n. 64, jul./set. 2008.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Montevideo/Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

MORAES FILHO, Evaristo. *Direito do trabalho: páginas de história e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 1982.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual. In: *As bases do direito processual civil*. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. *Revista de Processo*, ano 28, v. 109, jan./mar. 2003, p. 39-44.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus curiae, direito e ação afirmativa*. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 7, n. 76, dez. 2005/jan. 2006.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Ponto final: o *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro. *Correio Braziliense*, 14190/12, Brasília, 25.03.02, Caderno Direito e Justiça.

TUPINAMBÁ, Carolina. *As garantias do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

USTÁRROZ, Daniel. A experiência do *amicus curiae* no direito brasileiro. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, a. XV, 2009.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Amicus curiae: afinal, quem é ele? Direito e Democracia*, Canoas, v. 8, n. 1, jan./jun. 2007.

FUNDAMENTAÇÃO EXAURIENTE OU ANALÍTICA. APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO

Cláudio Brandão*

Aprovado o CPC, iniciou-se longo debate na doutrina em torno de alguns dos seus institutos e dispositivos, particularmente no que toca à sua aplicação ao processo do trabalho.

Desde então, inúmeros artigos e livros analisam as novidades nele inseridas, como os princípios fundamentais do processo, especialmente o do contraditório efetivo e vedação da “decisão surpresa” (arts. 9º e 10); os limites de sua aplicação ao processo do trabalho (art. 15); o incidente de desconside-
ração da pessoa jurídica (arts. 133 a 137); a negociação processual (art. 190 e parágrafo único); o julgamento parcial de mérito (art. 355); o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 988); o regramento pertinente à fundamentação exauriente (art. 489, § 1º), dentre muitas outras.

Pretendo, em rápidas pinceladas, examinar esse último tema, a partir do seguinte questionamento: o novo regramento constitui, de fato, novidade? Causa prejuízo ao andamento do processo? Traduz problema insolúvel ao juiz do trabalho? Dificultará, em demasia, a prolação de decisões? É inconstitucional?

Para facilitar a compreensão do raciocínio que pretendo desenvolver, transcrevo, de início, o *caput* do citado dispositivo:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA; membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho e membro eleito da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; professor convidado da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região e da pós-graduação da Faculdade Baiana de Direito.*

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.”

Da sua leitura, percebe-se que trata dos requisitos da sentença, ao dispor sobre os elementos estruturais que a compõem: o relatório, os fundamentos e o dispositivo.

O primeiro, de caráter meramente descritivo, registra os dados relevantes do processo (identificação das partes e do caso, com referência ao pedido e à contestação, além das principais ocorrências) e possui a finalidade de demonstrar que foi efetivamente analisado pelo magistrado, além de também possibilitar a comparação entre o caso julgado com outros que ainda o serão, “a fim de que casos iguais ou semelhantes recebam igualmente o mesmo tratamento (*treat like cases alike*)”¹.

O segundo contém a sua base intelectual, as razões adotadas pelo magistrado para fundamentar a conclusão; a dialética entre o caso e as normas utilizadas para a sua solução.

O terceiro é o dispositivo propriamente dito; a conclusão, com o acolhimento ou a rejeição do pedido.

A primeira indagação a ser feita consiste em saber se essa regra pode ser aplicada ao processo do trabalho, diante da circunstância de haver outra na CLT, específica quanto aos mesmos elementos estruturais. Ao serem confrontados, percebe-se que, na essência, não diferem. O *caput* do art. 832 menciona que da decisão deverão constar os nomes das partes, o resumo do pedido e da defesa (ou seja, o relatório), os fundamentos (a base intelectual) e a conclusão (dispositivo), como se constata:

“Art. 832. 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.”

Diante da semelhança de conteúdo entre os dois dispositivos, não há necessidade de se recorrer ao CPC, mesmo porque nada acrescenta, nem modifica a regra consolidada.

Quando os olhos se voltam para os parágrafos, porém, o assunto ganha outros contornos. De logo, destaque que a regra é igualmente dirigida aos tribu-

1 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015. p. 415.

DOUTRINA

nais, não apenas pela menção contida no § 1º do art. 927² como também pelo amplo alcance do comando contido no § 1º do artigo em análise, decorrente da expressão “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”. Confira-se:

“§ 1º Não se considera fundamentada *qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão*, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º 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 na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

Haveria vícios incontornáveis nesse dispositivo, a ponto de não poder ser aplicado ao processo do trabalho?

Segue-se a análise.

Primeiro, não identifico inconstitucionalidade. Isso porque não indica ao magistrado como fundamentar a sua decisão, nem tolhe ou cerceia o exer-

2 “§ 1 Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1, quando decidirem com fundamento neste artigo.”

cício da função jurisdicional, especificamente quanto ao ato de julgar. Apenas “corporificou, de forma minudente e escrupulosa, os principais aspectos do conceito de ‘decisão fundamentada’”³. Indica o que não constitui fundamento de decisão judicial ou, em outras palavras, relaciona defeitos de natureza grave nela contidos, capazes de levar à sua nulidade, e não há regra semelhante na CLT; portanto, possível se mostra a sua aplicação.

A ausência de fundamentação, muito mais do que simples nulidade, constitui violação de direito fundamental contido no art. 93, IX, da Constituição⁴, pois todo cidadão tem o direito inalienável de saber qual foi a motivação adotada pelo julgador para condená-lo, para lhe impor o cumprimento de determinada prestação contida na decisão.

Pode-se, então, falar em direito fundamental à decisão motivada⁵.

E a pergunta que deve ser feita é: o que verdadeiramente significa fundamentar uma decisão? A resposta não pode ser outra: fundamentar é indicar como, a partir dos elementos contidos no processo e com base em princípios e regras, o julgador, singular ou colegiado, chegou a determinada conclusão em detrimento de outras.

Significa dizer à parte os motivos que levaram o Estado-juiz a pronunciar determinada solução da controvérsia posta à sua apreciação, em função de regras previamente estabelecidas, sejam de direito material, sejam de direito processual.

Fundamentar não é construir decisão de forma vaga e imprecisa de tal modo que não explique onde, nos autos, se encontram as premissas fundantes da conclusão; não é, por exemplo, o emprego de textos genéricos em que a simples inserção da negativa conduziria à solução distinta, tais como: “a prova dos autos permite concluir que o autor tem razão” ou, em sentido contrário, “a prova dos autos permite concluir que o autor não tem razão”. Nas duas situações não há fundamento; são decisões inconstitucionais.

3 HIGA, Flávio da Costa. Comentários sobre a parte geral do novo CPC. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLEY, Estêvão (Org.). *Processo do trabalho*. Coleção Repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. p. 145.

4 “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n 45, de 2004)”

5 A respeito do detalhamento do dever de fundamentação à luz do CPC: DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2. p. 326-349.

Assinalam Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

“Em outras palavras, para que uma decisão possa ser considerada *como fundamentada* à luz dos arts. 93, IX, da CF e 7º, 9º, 10, 11 e 489 do CPC, exige-se: i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão julgador judicial para: i.i) individualização das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; ii) contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente apropriada.”⁶

Pretendeu o legislador combater práticas identificadas pela doutrina como:

“(i) *fundamentação fictícia*, ou seja, a que se apresenta dissociada das circunstâncias do caso concreto; (ii) *fundamentação apenas implícita*, *i.e.*, a que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; (iii) *fundamentação per relationem*, que simplesmente faz referencia outra; (iv) *fundamentação que se limita a reproduzir jurisprudência*; e (v) *fundamentação incompleta*.”⁷

Nessa perspectiva, o dever de fundamentar assenta-se em três postulados básicos: a) garantia da atuação equilibrada e imparcial do magistrado; b) garantia de controle da legalidade das decisões judiciais; c) garantia das partes, ao permitir constatar se o juiz levou em conta argumentos e provas apresentados no processo⁸.

E o que indicam os incisos do questionado parágrafo? Informam que não é fundamento e que, portanto, atingem a Constituição:

a) decisão genérica, construída ou não sob a forma de paráfrase de lei ou qualquer outro ato normativo (inciso I), de enunciado de súmula de jurisprudência de tribunal superior (inciso V) ou mediante a utilização de motivação aplicável em qualquer caso (inciso III). Solução, portanto, cabível em qualquer caso, porque não aprecia os elementos efetivos da controvérsia; é construída

6 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015. p. 443.

7 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.047.

8 GUNTHER, Luiz Eduardo. A fundamentação da sentença no novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). *Novo CPC – repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 148.

a partir de fórmulas pré-concebidas e se limita a dizer com outras palavras o que está escrito no texto normativo que, supostamente, se aplicaria ao caso⁹;

b) decisão que se vale de conceitos jurídicos indeterminados sem promover a necessária e imprescindível adequação ao caso concreto (inciso II), como ocorre, por exemplo, com a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem indicar porque é razoável e porque é proporcional a solução adotada, a alternativa escolhida. Nesse caso, é a aquela que se limita a repetir o conceito sem particularizar a sua incidência no caso concreto;

c) decisão que não analisa todos os argumentos relevantes da causa, capazes de conduzir a solução diversa (inciso IV). A respeito desse inciso, aliás, tem-se dito que, a partir dele, o julgador estará obrigado a analisar, um a um, os argumentos contidos na petição inicial e na defesa, tal qual um autômato, olvidando, quem assim pensa, que o legislador menciona “argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Se, por exemplo, o debate girar em torno do número de horas extras, o empregador alegar quitação e esta alegação não houver sido apreciada na sentença, evidente que se mostra defeituosa a decisão porque, se acolhida, o resultado seria alterado, se for demonstrado não mais haver créditos a serem ressarcidos. O mesmo ocorreria, por exemplo, se a defesa invocasse a existência de acordo de prorrogação de jornada, na mesma situação; o resultado final seria modificado.

Não são, portanto, todos, mas aqueles que, se acolhidos, possibilitariam solução distinta, ou seja, argumentos relevantes e, nesse aspecto, nada há de novo.

Não houve inovação significativa na forma de apreciação da prova, quando comparada a redação do art. 131 do CPC/73¹⁰ com a do art. 371 do CPC¹¹. Neste último, menciona-se que o julgador, ao fazê-lo – no seu conjunto (“apreciará a prova constante dos autos”) –, deverá indicar “as razões da formação do

9 Veja-se, a propósito, decisão do STF: “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 juridicamente, 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” (RE 217.631, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 09.09.97, DJ 24.10.97 PP-54194 Ement Vol-01888-12 PP-02408).

10 “Art. 131. 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. (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1973)”

11 “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

seu convencimento” e, naquele, embora houvesse referência à apreciação livre da prova produzida nos autos, também se afirma que lhe incumbe “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Em ambas as hipóteses, mantém-se a prerrogativa quanto à interpretação dos fatos e à aplicação da norma, a sua autonomia e liberdade de valoração da prova, de lhe atribuir o significado que os autos permitem e igualmente em ambos se identifica o dever de apontar a motivação.

Na essência, o debate havido em torno da mudança promovida decorre de equivocada compreensão do princípio do livre-convencimento motivado, previsto no primeiro dos dispositivos citados, isto é, a liberdade de apreciação e valoração da prova, com o dever de indicar, na decisão, as razões que o levaram a adotar determinada conclusão. Ao longo da vigência do diploma processual de 1973, identificaram-se, em algumas decisões, distorções na aplicação desse princípio, ao ser compreendido como a total e completa ausência de fundamentação ou a possibilidade de o juiz decidir da forma como bem lhe aprouvesse, distanciado dos elementos contidos nos autos, revelados pela prova produzida. Liberdade para interpretar confundida com liberdade para decidir.

Essa autorização não havia no Código de 1973, nem há agora. A exclusão da expressão “livremente”, identificada na comparação entre as duas realidades normativas, não alterará o cenário, pois qualquer espécie de desvirtuamento na constatação do que as provas demonstraram nunca foi nem será autorizado por lei, diante do direito fundamental contido no art. 93, IX, da Constituição. Livre-convencimento motivado não se confunde com a liberdade de escolha da decisão e não encontra óbice na força vinculante da tese do precedente judicial, no novo cenário normativo.

Evidentemente, também é necessário que os argumentos das partes sejam coerentes entre si e guardem pertinência com a questão jurídica controvertida. Argumentação irrelevante, ainda que faça parte da defesa ou da petição inicial, carecerá de exame, pois não será capaz de alterar a decisão; se o for, a obrigação de hoje será a de amanhã, como foi a de ontem: apreciá-la, e nisso não há nada de novo, repita-se.

Por outro lado, o dever de fundamentação imposto ao magistrado possui correlação direta com o dever de argumentação atribuído às partes. É resposta devida às questões jurídicas que integram a controvérsia. Corresponde ao

“dever de dialogar com a parte a respeito dos *argumentos capazes de determinar por si só* a procedência ou a improcedência de um pedi-

do – ou de determinar por si só o conhecimento, o não conhecimento, o provimento ou o desprovimento de um recurso”,

de que falam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para, em seguida, concluírem:

“Isso quer dizer que todos os *demais argumentos* só precisam ser considerados pelo juiz com o fim de *demonstração de que não são capazes de determinar conclusão diversa* daquela adotada pelo julgador.”¹²

Uma palavra também deve ser dirigida aos argumentos genéricos formulados pelas partes, não raras vezes lançados sem qualquer correlação com o tema controvertido. Em quase todos os recursos de revista interpostos consta preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sem que seja indicado, de modo preciso, o defeito contido na decisão, como também faz parte dos agravos de instrumento a alegação de usurpação de competência pelo do Presidente do TRT, ao negar seguimento ao recurso de revista. Para tais afirmações, a resposta deve ser prestada de maneira idêntica;

d) decisão que deixar de observar a força obrigatória do precedente judicial, sem apontar as razões da distinção ou da superação, elementos comuns à teoria consagrada, de modo expresso, desde a Lei nº 13.015/2014, e constitui importante inovação: impor ao magistrado o dever de mencionar as razões pelas quais o caso por ele examinado não se enquadra no precedente, diante de sua força obrigatória. Ademais, caberá ao tribunal indicar os fundamentos que evidenciam a sua superação, técnicas próprias do sistema de precedentes judiciais, que fazem parte do processo do trabalho desde setembro de 2014.

Nesse último aspecto, convém assinalar que o Código inova e o faz de modo a consagrar a força obrigatória dos precedentes judiciais, ao prever que caberá reclamação nas hipóteses previstas no art. 985, § 1º¹³, e no art. 988¹⁴.

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: RT, 2015. p. 445-446.

13 § 1 Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

14 “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I – preservar a competência do tribunal;

II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei n. 13.256, de 2016)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei n. 13.256, de 2016)”

DOCTRINA

Convém ressaltar que não é suficiente à parte simplesmente arrolar precedentes nas peças de ataque e de defesa, com o intuito de obter o pronunciamento do órgão do julgador na análise de cada um deles.

Em face do dever de argumentação que lhe é imposto, a indicação de cada precedente deve estar acompanhada das razões que justificam a sua aplicação ao caso em exame, sob pena de constituir alegação genérica, contrária, por conseguinte, ao princípio da dialeticidade, e que autoriza o relator a não conhecer do recurso (art. 932, III¹⁵), aplicável também nas demais instâncias como decorrência natural da previsão contida no art. 341¹⁶.

É certo que a regra legal menciona “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte” e, como se sabe, não possuem o mesmo significado, nem produzem o mesmo efeito no processo.

Enquanto o precedente, editado à luz do Microsistema de Formação Concentrada de Precedentes, possui força obrigatória e, por isso mesmo, se impõe às demais instâncias e ao próprio Tribunal, o mesmo não ocorre com as súmulas anteriores à Lei nº 13.015/2014 e ao CPC, dotadas, como visto, de caráter persuasivo.

De maneira semelhante, a “jurisprudência” deve ostentar as características de estabilidade, integridade e coerência (art. 926).

Em qualquer dessas hipóteses deverá a parte indicar as razões pelas quais se aplicariam ao caso concreto os julgados que indicar; não é suficiente apenas relacioná-los.

Ao promover a compatibilização de tais regras com o processo do trabalho, o TST, por meio da Instrução Normativa nº 39/2016, pronunciou-se afirmativamente, ao incluí-lo entre os dispositivos aplicáveis (art. 3º).

15 “Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;”

16 “Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

I – não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III – estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.”

DOCTRINA

“Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao processo do trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

(...)

IX – art. 489 (fundamentação da sentença).”

Na sequência, detalhou, com maior precisão, no inciso I, os contornos dessa aplicação subsidiária. Inicialmente, ao esclarecer o conceito de “precedente”, para fins de amparar o julgamento liminar de improcedência (art. 332) e de indicar aqueles que possuem força obrigatória (art. 927).

Fê-lo em virtude da peculiaridade da existência de Orientações Jurisprudenciais da SBDI-I, que podem vir a ser editadas, se assim entender o Colegiado, no julgamento das demandas repetitivas que a ela estão submetidas, além de também contemplar a nova realidade da tese jurídica prevalecente como resultado do julgamento dos incidentes destinados à uniformização da jurisprudência:

“Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no processo do trabalho observará o seguinte:

I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao processo do trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se ‘precedente’ apenas:

a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1046, § 4º);

b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);

e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado.”

DOCTRINA

No inciso II, deixou-se claro que os precedentes, ainda que pertençam às espécies indicadas no inciso I, somente serão dotados de força obrigatória se possuírem, explicitamente, os fundamentos que a sustentam, a denominada *ratio decidendi*. Não constitui precedente enunciado meramente genérico, que não contém o suporte fático-jurídico no qual tenha sido amparada a conclusão final adotada pelo órgão julgador:

“II – para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).”

Esse esclarecimento se mostra particularmente importante para afastar qualquer espécie de dúvida quanto à natureza jurídica das súmulas e orientações jurisprudenciais expedidas pelos TST no período anterior à vigência da Lei nº 13.015/2014: em regra, são meramente persuasivas e, por isso, não dotadas de força obrigatória.

Como visto, se fizerem parte da defesa ou da peça inicial precedentes dos tipos referidos, especialmente uma das súmulas ou OJs emitidas antes da vigência da Lei nº 13.015/2014, deverão estar acompanhadas de argumentação formulada pelo advogado, para demonstrar a pertinência temática com a tese nele contida; só dessa forma caberá a manifestação do juiz.

De igual modo, relevante o esclarecimento contido no inciso III, ao se referir à necessidade de manifestação do juiz sobre todos os argumentos deduzidos no processo. Todavia, não inclui a apreciação de questão na qual houver relação de subordinação com outra anteriormente apreciada (questão subordinante) ou, como afirma José Carlos Barbosa Moreira, “questões prioritárias”¹⁷, entre as quais há precedência lógica, a exemplo do que ocorre com as questões preliminares e prejudiciais:

“III – não ofende o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.”

17 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito processual civil* – ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 76.

Com objetividade, esclarece Fredie Didier Junior¹⁸:

“O exame das questões prévias (ou prioritárias) sempre pressupõe a existência de ao menos duas questões: a que precede e subordina e a que sucede e é subordinada. Quando entre duas ou mais questões houver relação de subordinação, dir-se-á que a questão subordinante é uma questão prévia. As questões prévias dividem-se em prejudiciais e preliminares.”

Essa mesma ausência de obrigatoriedade de manifestação se verifica em relação aos fundamentos jurídicos invocados pela parte, que tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula, caso sejam coincidentes com os fundamentos da decisão, ou quando é aplicada a tese jurídica firmada no precedente, desde que presente o mesmo universo fático-jurídico que deu origem à decisão paradigma. É o que consta nos incisos IV e V:

“IV – o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula.

V – decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.”

A alforria concedida ao órgão julgador decorre da lógica que preside o sistema de precedentes judiciais. Se houve debate exaustivo em derredor do universo fático e dos elementos jurídicos que ampararam a fixação da tese jurídica e constituíram o precedente judicial obrigatório, não há mais necessidade de ser novamente reavivado; é suficiente a demonstração de que a *ratio decidendi* dele extraída se aplica ao caso objeto de julgamento, em virtude de possuir este último os mesmos elementos de fato e de direito que deram origem àquele.

Isso porque a tese firmada no precedente deverá ser aplicada em todos os casos semelhantes e somente se admitirá o seu afastamento se for demonstrada, fundamentadamente, a existência de distinção, em virtude de hipótese fática

18 DIDIER Jr., Fredie. *Parecer*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/parecer-conexao-preliminaridade.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2016.

ou de questão jurídica não examinada que justifique a solução adotada, ônus atribuído à parte interessada, como indica o inciso VI:

“VI – é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.”

É a presença do que se pode denominar de “elementos de distinção”, ou *distinguishing* (ou *distinguish*) no *common law*, ao caso. Não havendo identidade entre as questões debatidas no caso paradigma e no objeto de julgamento, ônus a cargo da parte.

Consiste na “recusa de um órgão judicial em aplicar um precedente a um caso atual por considerar este distinto o bastante, de tal modo que a aplicação do precedente a ele geraria injustiça, tendo em vista as peculiaridades do caso atual”, afirmam José Miguel Garcia, Alexandre Freire e Alonso Reis Freire¹⁹.

Cabe o alerta feito por Fábio Rodrigues Gomes²⁰:

“(…) uma leitura equivocada (ou mal-intencionada) do significado do *distinguishing* pode soterrar de vez a vinculação decisória, bastando ao aplicador sublinhar esta ou aquela filigrana para correr a passos largos da solução anterior. Por esta razão, o cerne da diferenciação encontra-se na identificação, caso a caso, dos fatos relevantes (*material facts*) para a tomada de decisão. Mas qual seria o critério de seleção do que é ou não é relevante? Sinto informar que não há um critério seguro *a priori*. Caberá ao destinatário da decisão e aos demais órgãos de fiscalização avaliar a construção hermenêutica do julgador e, mediante uma radiografia argumentativa, indicar se é ou não o caso de uma distinção inapropriada ou inconsistente (*inconsistente distinguishing*).”

Para Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, constitui técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente

19 MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 695.

20 GOMES, Fábio Rodrigues. *Distinguishing, overruling e overriding: apertem os cintos, o caso-piloto sumiu*. In: BELMONTE, Alexandre Agra. *A nova lei de recursos trabalhistas: Lei n. 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015. p. 91.

e, com base nas lições de Marcelo Alves Dias de Souza, Celso de Albuquerque Silva e José Rogério Cruz e Tucci²¹, afirmam que estará presente quando

“(…) houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caos em julgamento afasta a aplicação do precedente. (...) É o método de confronto pelo qual ‘o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma’.”

Alertam, todavia, que

“(…) muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencie do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada.

Notando, pois, o magistrado que há *distinção* (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).²²

Ainda no processo de individualização das normas aplicáveis, o TST definiu o alcance dos arts. 9º e 10, relativamente ao princípio do contraditório, particularmente quanto à vedação da “decisão surpresa”, ao qualificá-la como sendo aquela que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

Assim o fez em virtude da regra existente na parte final do *caput* do art. 893 da CLT que consagra o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões

21 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2. p. 406.

22 Autores e obra citada, p. 406-407.

interlocutórias, regente da atividade recursal no processo do trabalho, o que revela a possibilidade de preservação do que se pode denominar de “contraditório diferido” ou “contraditório postergado”, que dilata a possibilidade de impugnação das questões decididas ao longo do processo, apenas quando da interposição do recurso à decisão que lhe puser fim.

Além disso, também levou em consideração o princípio da celeridade, pedra angular do processo do trabalho, ao lado da natureza alimentar do crédito nele perseguido, o que reclama, sempre, urgente e efetiva solução.

De igual modo, valendo-se de experiências constatadas em Portugal, como registrado na Exposição de Motivos que acompanhou a norma, afastou desse conceito a decisão que, “à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário”.

Instrução Normativa nº 39/2016:

“Art. 4º Aplicam-se ao processo do trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os artigos 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa.

§ 1º Entende-se por ‘decisão surpresa’ a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

§ 2º Não se considera ‘decisão surpresa’ a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.”

Representou, de fato, mitigação justificada do princípio do contraditório, mas para torná-lo compatível com o processo do trabalho, em face de suas peculiaridades (concentração, oralidade, celeridade, etc.) e da natureza alimentar do crédito, como afirmado.

É certo que se trata de norma de conteúdo aberto, mas caberá à jurisprudência, aos poucos, identificar as situações em que não existirão obstáculos para a prolação de decisão do juiz, diante da obrigação de ser prevista pelas partes, pois resultantes de condições da ação, de pressupostos de admissibilidade de

recurso e dos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário, como ocorre com a regularização da representação processual (art. 76²³).

Por conseguinte, para o processo do trabalho, a garantia de respeito ao contraditório: i) não estará violada, se a decisão basear-se em fundamento submetido anteriormente ao contraditório, em qualquer fase do processo; ii) não estará violada, se reconhecer a ausência de pressupostos processuais, pressupostos recursais e qualquer outro requisito necessário à constituição do processo ou ao seu desenvolvimento regular, assim como para o julgamento do mérito da demanda ou conhecimento do recurso, salvo os casos expressamente previstos; iii) estará violada, se adotar fundamento que não tenha sido submetido ao contraditório prévio, quando do julgamento final do mérito da controvérsia.

Retornando ao art. 489, os demais parágrafos complementam as exigências contidas no § 1º.

No § 2º, o legislador procurou corrigir prática bastante comum relativamente à ocorrência de conflito entre normas ou, na expressão de Norberto Bobbio, a antinomia, por ele conceituada como a “situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade” ou “o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas”²⁴.

Nessa hipótese, é muito comum serem invocados princípios sem que se desenvolva o juízo de pertinência ao caso concreto. Como consequência, razões idênticas são adotadas para soluções inteiramente distintas e discrepantes, como ocorre nos casos de pretensões reparatórias decorrentes de danos materiais ou morais: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são invocados para elevar, manter ou reduzir valores de indenização, sem que o magistrado explicita as razões pertinentes ao caso concreto.

23 “Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

§ 1 Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:

I – o processo será extinto, se a providência couber ao autor;

II – o réu será considerado revel, se a providência lhe couber;

III – o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.

§ 2 Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:

I – não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente;

II – determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.”

24 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. reimpr. Brasília: Polis; Universidade de Brasília, 1991. p. 88-91.

DOCTRINA

Invocar princípio, enquanto norma jurídica, como fundamento, não exige o julgador de indicar a razão de pertinência ao caso concreto:

“§ 2º 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 na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

Em outras palavras:

“O Código fala em *ponderação*, mas pode ser o caso de o conflito normativo ser resolvido com o emprego da *proporcionalidade*. No primeiro caso, deve o juiz ‘justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão’. No segundo, deve o juiz retratar a relação entre meio e fim e justificar argumentativamente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da decisão. O emprego genérico de postulados normativos, sem qualquer referência às suas funções e àquilo que no caso concreto autoriza o respectivo emprego, constitui violação ao *dever judicial de fundamentação analítica*.”²⁵

Finalmente, em caso de omissão quanto à observância de qualquer uma das regras inseridas no dispositivo em foco (§ 1º do art. 489), o legislador previu o cabimento dos embargos de declaração (art. 1.022, parágrafo único, II):

“Art. 1.022. (...)

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I – (...)

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.”

De passagem, outra forma comum de fundamentação banida pelo Código é a repetição, no julgamento do agravo interno, dos fundamentos contidos na decisão agravada, para julgá-lo improcedente, conforme previsto no § 3º do art. 1.021:

25 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015. p. 449.

DOCTRINA

“Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

(...)

§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.”

Essa afirmação, contudo, comporta ponderação. Isso porque igualmente decorre do dever de argumentação imposto ao agravante. É evidente que ele deve se manifestar sobre a decisão impugnada e, para tanto, invocar fundamentos que autorizariam a sua revisão. Se se limita a repetir o quanto já afirmado no recurso anteriormente interposto, não caberá ao relator outro caminho senão o mesmo já percorrido: repetir a fundamentação.

Essa é a constatação extraída da conjugação do citado § 3º com o § 1º do mesmo artigo, que impõe ao agravante o dever de impugnar, de modo especificado, os fundamentos da decisão agravada:

“§ 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.”

Atento a essa obrigação, o TST, no art. 15, VI, da IN nº 39/2016, reafirmou o dever de argumentação atribuído à parte que se vale de precedente:

“VI – é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.”

Não quer dizer, em absoluto, que tenha havido proibição à decisão monocrática, mesmo porque expressamente autorizada no art. 932. O que se combate é a decisão genérica, estéril, distanciada dos fatos da causa. O julgador pode, desde que rebata os argumentos contidos no apelo, aproveitar fundamentos que já externou e acrescentar outros que entenda cabíveis e adequados. A mera repetição automática, esta, sim, não mais é possível.

Uma última manifestação cabe em torno da aplicabilidade aos processos submetidos ao rito sumaríssimo, diante da regra contida no art. 852-I, que transcrevo:

“Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

DOCTRINA

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

§ 3º As partes serão intimadas da sentença na própria audiência em que prolatada. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)”

Percebe-se que, ao dispor sobre a estrutura da sentença nesse rito procedimental, o legislador tingiu-a com as cores do resumo e da informalidade. É suficiente que nela conste o resumo dos fatos relevantes ocorridos no curso do processo (menciona-se “ocorridos em audiência”), além de ser dispensada a elaboração do relatório.

Contudo, também indicou que deve conter “os elementos de convicção do juízo”, e estes nada mais são do que a fundamentação de que trata o art. 489 e seu § 1º.

É evidente que poderá fazê-lo de forma sintética, mesmo porque essa é a ilação que se extrai do dispositivo, mas igualmente está vinculado às regras gerais contidas no § 2º ora analisado, pois, mesmo que limitados a patamar de até 40 salários mínimos, nos processos submetidos ao rito sumaríssimo igualmente são asseguradas as garantias constitucionais aos litigantes.

Resumindo:

a) a regra prevista no art. 489 e seus parágrafos não é inconstitucional. Muito ao contrário, observa e respeita o direito fundamentação à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição da República);

b) não acarreta prejuízos ao andamento do processo;

c) não constitui novidade, exceto quanto à força obrigatória dos precedentes judiciais invocados pela parte, os quais, todavia, devem ser acompanhados da respectiva argumentação, como corolário do princípio da dialeticidade;

d) alegações genéricas não ensejam resposta particularizada do órgão julgador;

e) não constitui problema insolúvel para os magistrados que, verdadeiramente, fundamentam as suas decisões.

Portanto, decisão corretamente fundamentada à luz do CPC/73 não sofrerá impacto com o novo regramento.

O ARTIGO 220 DO NOVO CPC E OS TRIBUNAIS DO TRABALHO

João Batista Brito Pereira*

1 – INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil, inserido no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.105/2015, com vigência a partir de 18 de março de 2016, introduz significativas novidades nas normas de processo e no sistema jurídico-processual existente até então, com novos institutos objetivando emprestar maior eficiência ao sistema processual brasileiro.

Enquanto na visão do CPC de 1973 a priorização eram as normas procedimentais, o novo CPC introduziu sistema de valorização do processo como meio de atingimento da pretensão deduzida em juízo. Vale dizer: a realização do direito. Agora, prioriza-se o fim almejado pelas partes, saneando-se defeitos procedimentais que antes eram obstáculos ao prosseguimento do feito.

São inúmeros os excertos doutrinários que têm como objeto o novo CPC ou suas disposições específicas, abordando sempre as inovações introduzidas pela atual sistemática processual nos diversos campos do direito.

Entretanto, o objetivo deste ensaio, de forma despretensiosa, é abordar apenas a inovação trazida pelo art. 220 do CPC e suas repercussões no 1º e 2º graus de jurisdição da Justiça do Trabalho.

2 – INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016 DO TST

Diante das alterações legislativas operadas com o novo CPC (Lei nº 13.105/2015) e da nova ordem instituída pela Lei nº 13.015/2014, o Tribunal Superior do Trabalho, em atitude de verdadeira vanguarda, instituiu comissão para estudar o novo diploma processual. Essa Comissão foi constituída pelos Senhores Ministros João Oreste Dalazen (Coordenador), Ives Gandra da Silva Martins Filho, Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Walmir Oliveira da Costa, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

DOCTRINA

Freire Pimenta, Alexandre de Souza Agra Belmonte e Cláudio Mascarenhas Brandão, tendo sido os demais Ministros do Tribunal oficiados a oferecer contribuições que entendessem pertinentes.

Do estudo apresentado pela Comissão resultaram as Instruções Normativas ns. 39 (*ver Anexo I*) e 40/2016, publicadas no DEJT de 16 e 17 de março de 2016, respectivamente.

A Instrução Normativa nº 39/2016 dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, de forma não exaustiva, e a Instrução Normativa nº 40/2016 trata sobre o cabimento de agravo de instrumento em caso de admissibilidade parcial de recurso de revista.

Note-se que com a Instrução Normativa nº 39/2016, como dito e se lê da sua exposição de motivos, o Tribunal não pretendeu ser taxativo ao mencionar o rol dos dispositivos e dos institutos aplicáveis, mas apenas exemplificar num primeiro momento quais os principais pontos seriam impactantes para o processo do trabalho, de modo que a ausência de referência a um ou outro dispositivo não significa sua inaplicabilidade *a priori*.

Mostrou-se louvável a preocupação do Tribunal Superior do Trabalho de, no primeiro momento, proceder a uma leitura sistematizada do Novo Código e destacar as normas mais relevantes e as questões inovatórias, que certamente despertarão maiores indagações e que poderão ser aplicadas parcialmente, e compatibilizá-las com o processo do trabalho, fazendo-se as adaptações necessárias.

Emerge cristalino da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST o cuidado em preservar a essência do processo do trabalho, mas modernizando-o e compatibilizando-o com a nova regra processual, o que está espelhado nos arts. 2º e 3º, que, respectivamente, trazem um rol (não exaustivo) das normas processuais civis inaplicáveis e aplicáveis ao processo do trabalho.

Entre as normas aplicáveis em parte (tratadas na IN nº 39/2016 do TST a partir do art. 4º), destacam-se principalmente as referentes à vedação de “decisão surpresa” (art. 4º da IN nº 39/2016 do TST e arts. 9º e 10 do CPC) e à fundamentação das decisões (art. 15 da IN nº 39/2016 do TST e art. 489, § 1º, do CPC), diante da necessária adequação às normas específicas do processo do trabalho.

Esse procedimento se mostrou de extrema relevância, porquanto o TST, ao velar pela uniformização dos procedimentos, acabou por resguardar o princípio da duração razoável dos processos e zelar pela segurança jurídica, evi-

tando, sem sombra de dúvidas, diversos incidentes processuais que certamente surgiriam debatendo justamente a escolha da norma processual a ser aplicada.

3 – ART. 220 DO CPC

3.1 – Suspensão dos prazos processuais. Art. 220 do CPC. Histórico

Acerca do art. 220 do CPC, cumpre fazer, inicialmente, um apanhado histórico.

Com a finalidade de apresentar projeto de lei sobre um novo Código de Processo Civil, foi instituída “Comissão de Juristas – Novo CPC” pelo Ato nº 379, de 30 de setembro de 2009, do Presidente do Senado Federal.

A referida Comissão foi assim constituída: Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.

Ao final do período de estudos e da realização de audiências públicas nas cinco regiões do país, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado – PLS nº 166/2010.

O texto oriundo da Comissão de Juristas intencionava estabelecer, no art. 175, um recesso processual, consoante se observa do teor do referido dispositivo: “Art. 175. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive”.

Fundamentou-se a Comissão de Juristas na necessidade de, conquanto ininterrupta a prestação jurisdicional, proporcionar um período de descanso aos advogados, com a suspensão dos prazos processuais no período assinalado.

Entre os mais de 150 projetos apensados, dois que tratavam sobre o tema (PLC nº 6/07 e PLS nº 39/06) foram rejeitados ao argumento de prejudicialidade, tendo em vista o art. 175.

Durante a tramitação do Projeto de Lei no Senado Federal, foram apresentadas propostas e substitutivos, passando o tema a ser tratado no art. 187, com a inserção de parágrafos, a saber:

“Art. 187. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

DOCTRINA

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período a que se refere o *caput*.

§ 2º Durante o prazo a que se refere o *caput*, não serão realizadas audiências ou julgamentos por órgão colegiado.”

Apresentado o relatório final na forma de substitutivo em 24.11.2010, foi ele aprovado pela Comissão Especial em 01.12.2010 e pelo Plenário em 15.12.2010, renumerando-se o dispositivo para art. 184.

Seguiu-se a tramitação perante a Câmara dos Deputados, sob a forma de Projeto de Lei – PL nº 6.025/05, com apresentação de diversas propostas de emendas e substitutivos. Em toda a tramitação perante a Câmara dos Deputados foi ressaltado não se tratar de férias coletivas no Poder Judiciário, mas de fixação de um razoável período do ano durante o qual os prazos processuais não fluirão.

Durante os debates nas duas Casas, foi explicitado tratar-se de medida reclamada por todos os profissionais do foro, de modo a garantir que os advogados pudessem usufruir de um período de descanso sem a preocupação de cumprir prazos.

Explicitou-se, também, não haver paralisação dos serviços forenses, porquanto o dispositivo esclarecia que juízes, promotores e defensores continuariam a exercer suas atribuições normalmente.

A questão passou a ser tratada no art. 201, com o seguinte teor:

“Art. 201. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período a que se refere o *caput*.

§ 2º Durante o prazo a que se refere o *caput*, não serão realizadas audiências nem julgamentos por órgão colegiado.”

Após a apresentação de substitutivos e emendas, a questão foi tratada no art. 220, quando importante contribuição para o texto final foi apresentada no segundo parecer em 02.07.2013, aprovado em 16.07.2013, que importou na alteração do § 2º, a saber:

DOCTRINA

“Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período a que se refere o *caput*.

§ 2º Durante a suspensão do prazo a que se refere o *caput*, não serão realizadas audiências nem julgamentos por órgão colegiado.” (sem grifos no original)

Em 25.03.2014, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou a redação final do Projeto de Lei, submetendo o relatório final ao Senado Federal. O projeto foi apresentado como Substitutivo da Câmara dos Deputados e tomou o número de SDC nº 166/2010, ao qual foram apresentadas quatro emendas.

Apresentado parecer na forma de substitutivo pelo relator, em 27.11.2014, foi proposta alteração do § 2º do art. 220. Merece destaque a fundamentação do parecer sobre o dispositivo:

“Dentre as inovações introduzidas pelo SCD, destacamos as seguintes:

(...)

2. Suspensão dos prazos processuais entre 20 de dezembro e 20 de janeiro de cada ano, sem prejuízo do expediente interno no Judiciário, atendendo a antiga reivindicação dos advogados, que não podem correr o risco de perder prazos no gozo de suas férias (art. 220).

(...)

2.3.2.72. Art. 220, § 2º, do SCD (Emenda nº 150, do Senador Jorge Viana, Emenda nº 9, do Senador João Durval, Emenda nº 63, do Senador Pedro Taques, e Emenda nº 122, do Senador Ricardo Ferraço).

Nos termos do disposto no art. 220 do SCD, durante o período de 20 de dezembro a 20 de janeiro, inclusive, os que militam perante o Poder Judiciário, especialmente os advogados, gozarão de um direito fundamental a uma espécie de ‘férias’. Os prazos ficarão suspensos, e os órgãos judiciários não praticarão atos que exigirão a atuação ou a presença do causídico. Decisões podem ser prolatadas nesse período, mas a suspensão do prazo garantirá nesse período o descanso dos interessados.

DOCTRINA

Nesse contexto, o § 2º desse mesmo artigo carece de esclarecimento em sua redação, para que esse espírito da norma seja bem assimilado pelos aplicadores do Direito e não dê ensanchas a atos judiciais que, por meio do agendamento de audiências, frustrem o intento desta norma.

O retoque redacional no referido dispositivo não é o mero retorno à versão correlata do Senado Federal, como sugere a Emenda nº 150, do Senador Jorge Viana, mas a manutenção da redação da Câmara, com ajustes de redação que não lhe alteram a substância, nos termos das demais emendas supracitadas.

Acolhe-se, pois, parcialmente a Emenda nº 150, do Senador Jorge Viana, e acolhem-se integralmente as demais emendas em epígrafe, de maneira que o § 2º do artigo 220 do SCD assumirá este texto:

‘Art. 220. (...)

§ 2º Durante a suspensão do prazo, não se realizarão audiências nem sessões de julgamento (...).’”

A matéria passou a ser tratada no art. 218, incluindo o termo “suspensão” no § 2º, terminando por ser positivada no art. 220, após a aprovação da redação final da proposição no Plenário do Senado Federal, no dia 17.12.2014:

“Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período previsto no *caput*.

§ 2º Durante a suspensão do prazo, não se realizarão audiências nem sessões de julgamento.”

Em 17 de março de 2015, o projeto foi sancionado e transformado na Lei nº 13.105/2015.

3.2 – O art. 220 do CPC e a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST

Da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST não constou referência ao art. 220 do CPC. Mas certamente esse tema não escapou da cuidadosa análise da comissão, que, fundada em sólidos argumentos, certamente entendeu imprópria ou desnecessária sua inclusão naquele texto.

DOCTRINA

Consoante se lê da exposição de motivos da aludida Instrução Normativa (*ver Anexo 2*), o Tribunal não pretendeu exaurir o rol dos dispositivos e dos institutos aplicáveis, mas apenas identificar os principais pontos que se ajustam ao processo do trabalho, por isso que a ausência desse dispositivo não significa sua inaplicabilidade no âmbito da Justiça do Trabalho.

No presente ensaio, pretendo abordar apenas a inovação trazida pelo art. 220 do CPC e suas implicações na Justiça do Trabalho, em razão do feriado forense instituído no art. 62, inciso I, Lei nº 5.010/66.

O referido preceito da nova lei processual tem o seguinte teor:

“Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período previsto no *caput*.

§ 2º Durante a suspensão do prazo, não se realizarão audiências nem sessões de julgamento.”

Há que se traçar, inicialmente, um paralelo entre a suspensão de prazos prevista no *caput* do preceito legal e o recesso (ou feriado) forense de que cogita o art. 62, inciso I, Lei nº 5.010/66, ressalvado no § 1º daquele preceito do novel CPC.

Assim, entende-se por suspensão de prazos o período em que os prazos processuais não fluem e em que não se realizam audiências nem sessões de julgamento, mas os demais serviços judiciários funcionam.

Recesso forense, por sua vez, é estritamente aquele tratado pela Lei nº 5.010/66, isto é, o período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, inclusive, e que a referida Lei tratou como dias de feriado, nos seguintes termos: “Art. 62. Além dos fixados em lei, serão feriados na Justiça Federal, inclusive nos Tribunais Superiores: I – os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive”.

Um e outro diferem por várias razões: um decorre de ato do juízo, o outro de lei; um diz respeito apenas aos prazos, o outro ao expediente forense e à atividade jurisdicional (exceto as causas urgentes, assim definidas por lei – art. 215, incisos I, II e III, do CPC – ou por ato do juízo, e nos limites também definidos); um afeta principalmente as partes, o outro atinge todos os jurisdicionados, auxiliares do juízo, advogados. Enquanto com a suspensão

dos prazos apenas esses são afetados; no recesso, ficam suspensos os prazos processuais, as publicações e as intimações, além do expediente forense (exceto o plantão judiciário).

Quando exerci o cargo de Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, tive conhecimento de inúmeras demandas dirigidas aos Tribunais Regionais do Trabalho, formuladas pelas Seccionais da OAB, requerendo a prorrogação do recesso forense e a concessão de “férias para os advogados”.

Ocorre que não na havia na ocasião, assim como hoje também não há, fundamento legal para a pretendida prorrogação do recesso, porque o art. 220 do CPC não dispõe sobre feriado forense. Os dias de feriado (recesso) forense, além de serem fixados na Lei nº 5.010/66, não acarretam apenas a suspensão do curso dos prazos processuais. Portanto não se confunde o recesso forense com o recesso processual previsto aludido art. 220 do atual CPC.

O art. 93, inciso XII, da Constituição da República é expresso ao dispor que “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau”, sendo o recesso forense limitado ao período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, nos termos do art. 62, inciso I, da Lei nº 5.010/66.

Há que se considerar, também, que não há férias coletivas nem no 1º, nem no 2º grau de jurisdição da Justiça do Trabalho; que é necessário evitar paralisação ou atraso no julgamento dos feitos em curso nos diversos órgãos do Poder Judiciário; e, principalmente, que a fixação do recesso forense não se insere na competência atribuída aos Tribunais para elaborar seus regimentos internos (art. 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição da República).

De outro lado, é inconcebível cogitar que um órgão do Poder Judiciário, ente estatal, possa conceder férias a advogados. Esses, conquanto essenciais para a administração da Justiça (art. 133 da Constituição da República), são, para todos os efeitos, empregados ou sócios de escritórios de advocacia ou autônomos, sem subordinação nenhuma ao Tribunal ou ao juízo em que tramitam as causas que patrocinam.

Inspirado nesses fundamentos, editei, quando Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, o Provimento nº 2/2014 (DEJT de 22.05.2014) (*ver Anexo 3*), em cujo art. 1º, invocando o princípio da reserva legal, assinalei não ser dado a Tribunal Regional do Trabalho fixar ou prorrogar o recesso forense, uma vez que esse se encontra previsto para o período de 20 de dezembro a 6 de janeiro (art. 62, inciso I, da Lei nº 5.010/66), sem exceção.

DOCTRINA

Não obstante, é inquestionável que os Tribunais detêm autonomia administrativa para suspender os prazos processuais na respectiva região desde que haja fato específico que assim o justifique e a eles compete assim proceder, independentemente da disposição do mencionado art. 220 da nova lei processual.

Diante disso, é relevante mencionar que os Tribunais Regionais do Trabalho podem editar ato fixando período destinado a realização de inspeção geral nas unidades judiciárias da Região, dispensando a realização de sessões de julgamento e audiências nas Varas do Trabalho, com determinação de suspensão dos prazos processuais, ou até mesmo inserir disposição nesse sentido em seus regimentos internos. Situação diversa e estranha à autonomia dos Tribunais Regionais é a instituição de recesso ou feriado forense, visto que este somente pode ser instituído mediante lei.

O CPC de 2015, no art. 220, ao determinar a suspensão do curso dos prazos processuais no período de 20 de dezembro a 20 de janeiro, estabeleceu um “recesso processual” (não recesso ou feriado forense), com duração maior, mas com dimensão menor que o período de feriado forense estabelecido na Lei nº 5.010/66.

Com efeito, enquanto o CPC contempla indistintamente todos os ramos do Poder Judiciário, e institui esse recesso processual limitado à suspensão do curso dos prazos processuais e à realização de audiências e sessões de julgamento, a Lei nº 5.010/66 instituiu “feriados na Justiça Federal, inclusive nos Tribunais Superiores” os dias compreendidos entre 20 de dezembro a 6 de janeiro, inclusive, e outras datas (art. 62).

Não se deve cogitar de derrogação dessa disposição da Lei nº 5.010/66 pelo novel CPC, por dois motivos principais, a saber: a) o § 1º da nova lei processual em estudo ressalva “os feriados instituídos por lei”; b) esses diplomas, nas normas mencionadas, como se percebe, disciplinam questões diversas.

Uma consequência me parece inevitável: na Justiça Estadual, esse período está limitado à suspensão do curso dos prazos processuais e da realização de audiências e sessões de julgamento, mas os demais serviços judiciários funcionarão, visto que não há férias coletivas para os juízes de 1º e 2º graus, ficando, portanto, respeitada a norma do art. 93, inciso XII, da Constituição da República.

Enquanto isso, na Justiça Federal e nos Tribunais Superiores, no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro não haverá expediente forense e os serviços judiciários não funcionarão, senão em regime de plantão. Em regra, por se tratar de feriado, não estaria suspenso o curso dos prazos processuais.

DOCTRINA

Na vigência do CPC de 1973, somente nas férias forenses os prazos processuais tinham seu curso suspenso (art. 179). Assim, o recesso forense não suspendia os prazos processuais, por força do art. 178, do seguinte teor: “Art. 178. O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados”.

Entretanto, a jurisprudência do TST, concentrada na Súmula nº 262, item II, consolidou o entendimento de que os prazos processuais serão suspensos no período do recesso forense. *Vide* os termos da referida Súmula:

“PRAZO JUDICIAL. NOTIFICAÇÃO OU INTIMAÇÃO EM SÁBADO. RECESSO FORENSE (redação do item II alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 19.05.2014) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014 (...). II – O recesso forense e as férias coletivas dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho suspendem os prazos recursais. (ex-OJ nº 209 da SBDI-1 – inserida em 08.11.2000).”

Essa solução resultou na norma regimental do art. 183 do Regimento Interno do TST:

“Art. 183. A contagem dos prazos no Tribunal será feita segundo as normas estabelecidas nas leis processuais, aplicáveis ao processo do trabalho, ainda que se trate de procedimento administrativo.

§ 1º O recesso forense e as férias coletivas dos Ministros suspendem os prazos recursais.

§ 2º Nos casos deste artigo, os prazos começam ou continuam a fluir no dia de reabertura do expediente forense.”

Agora, a discussão em torno dessas duas orientações perde importância, porque o período do recesso forense previsto no art. 62 da Lei nº 5.010/66 encontra-se alcançado pelo período de recesso processual instituído no art. 220 do NCPC.

Remanesce apenas distinção no que se refere à continuidade dos serviços judiciários: enquanto na Justiça Federal os serviços judiciários não funcionarão no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, senão em regime de plantão, na Justiça Comum esses serviços funcionarão em todo o período, conforme a diretriz do art. 220 do CPC, que estabelece que os juizes e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período mencionado (20 de dezembro a 20 de janeiro).

Pois bem, daí se vê que há uma interseção, vale dizer, a incidência de duas normas sobre contagem de prazos processuais no período de 20 de de-

zembro a 20 de janeiro de cada ano, sendo que, na Justiça Federal, no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, os serviços judiciários não funcionam, por se tratar de período de feriado forense, ao passo que, na Justiça Comum de 1º e 2º graus, os serviços judiciários funcionarão, porquanto a Lei nº 5.010/66 é restrita à Justiça Federal e aos Tribunais Superiores.

Essa diferença de tratamento contraria a ideia de unidade do direito processual que preside o novel CPC. Embora a questão dos efeitos processuais do feriado forense em uma norma e a mera suspensão de prazos em outra não seja senão questão de política judiciária, a meu ver parece importante, na medida em que se estabeleceu aí uma diferença entre o funcionamento dos serviços judiciários na Justiça Federal e na Justiça Estadual.

É de se esperar que logo essa questão seja equacionada pelo legislador processual, que não contemplou a universalidade dos órgãos do Poder Judiciário com o feriado forense de 20 de dezembro a 6 de janeiro, em prejuízo da garantia constitucional da igualdade de todos perante a lei.

Sobre a suspensão do curso dos prazos processuais no período de 7 a 20 de janeiro no âmbito da Justiça do Trabalho, parece-me não haver dúvida, porque, como se percebe, a divisão do Poder Judiciário em especialidades, ou ramos (1 – Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar e 2 – Justiça Estadual), tem por objeto disciplinar e otimizar a prestação jurisdicional, mas o CPC é a norma central do sistema. Não por acaso o CPC regula o processo eleitoral, do trabalho e administrativo, seja de modo supletivo, seja de modo subsidiário (art. 15).

Conforme a lição do Professor Humberto Theodoro Junior referindo-se à função subsidiária do atual Código de Processo Civil, “cabe ao Código de Processo Civil não apenas disciplinar a jurisdição civil, mas também funcionar como a principal fonte do direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, prevê o art. 15 do NCPC que ‘na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva ou subsidiariamente’. Cabe, pois, ao estatuto civil o papel de fonte de preenchimento de todas as lacunas dos outros diplomas processuais” (*Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I. p. 99).

Nem se argumente que a suspensão do curso dos prazos processuais até 20 de janeiro por força do art. 220 do CPC atenta contra a autonomia do processo do trabalho, porquanto essa regra sugere uma uniformidade da política (ou critério) de contagem dos prazos processuais no que concerne à suspensão

DOCTRINA

de seu curso no período que indica, para atender justa reivindicação dos advogados, que, somente mediante lei podem mesmo usufruir de período sem ocupar-se do tormentoso acompanhamento e controle dos prazos processuais.

Essa unidade de procedimento favorece a segurança jurídica no que se refere ao critério de contagem dos prazos processuais, ao se estabelecer a suspensão dos prazos processuais nesse período e garantir aos destinatários dos prazos em qualquer juízo ou Tribunal (juiz, Ministério Público, advogados e serventuários) uma só diretriz, uma só disciplina.

Essa suspensão dos prazos não se confunde com recesso forense (ou feriado forense). Não é recesso do Judiciário. Os serviços funcionam e possibilitam aos órgãos judiciários promover uma organização anual, a reorganização das secretarias, a atualização dos procedimentos e dos andamentos processuais, a realização de treinamentos e inspeções gerais, etc.

A realidade mostra que em grande número de Varas do Trabalho se promovem mutirões em finais de semana e até em feriados para cumprir despachos, tais como de arquivamento, expedientes que no dia a dia não é possível realizar sem prejuízo da tempestiva execução de inúmeras tarefas, tais como audiências, expedição de atos, intenso atendimento a partes e advogados e cumprimento de prazos, de tal modo que, se interessar à unidade e ao juízo, os órgãos judiciais poderão se programar para realizar essa reorganização interna anual no período de 7 a 20 de janeiro, que resultará em melhor dinâmica nos serviços durante o ano.

Além disso, a observância dessa norma evidencia uma igualdade formal na tramitação do processo. Essa é uma questão de política judiciária, que garante coerência e harmonia do sistema nacional do processo.

Não é coerente com a ideia de harmonia processual o fato de em determinado período todos os prazos processuais estarem suspensos e em um dos ramos do Poder Judiciário esses prazos fluírem normalmente.

Embora cada ramo, cada especialidade, guarde seus traços específicos e sua autonomia, o Poder Judiciário é um só. Por isso esses ramos possuem traços comuns e, aqui e ali, certa dependência. Não é exagero reconhecer que o direito processual civil mantém relações com todos os ramos do direito processual.

Penso firmemente que, com a inserção da nova regra inscrita no art. 220 do CPC e sua aplicação ao processo do trabalho, a questão estará bem dimensionada.

DOCTRINA

Na remota possibilidade de se deixar de observar essa regra no âmbito da Justiça do Trabalho, salvo melhor discernimento, estar-se-ia dificultando a implementação da padronização e da isonomia, no que se refere ao modo de administração do processo judicial, com o risco de se esvaziar a garantia constitucional da igualdade de todos perante a lei, um dos pilares do Estado de Direito.

4 – CONCLUSÃO

O art. 220 do novo CPC vem como pá de cal sobre a questão, abrangendo tanto a suspensão dos prazos (*caput*) quanto à manutenção do recesso forense (§ 1º).

De fato, ao tempo em que se mantém o recesso forense previsto na Lei nº 5.010/66 quando faz a ressalva no § 1º quanto aos feriados instituídos por lei, determina a suspensão dos prazos processuais no período de 20 de dezembro a 20 de janeiro, inclusive, o que acarreta a não realização de audiências e sessões de julgamento.

Note-se que a segunda situação já é observada no Tribunal Superior do Trabalho, nas férias coletivas dos ministros, período em que não há fluência dos prazos processuais das decisões proferidas pelo TST e não são realizadas sessões de julgamento, mas todo o serviço judiciário é mantido, com funcionamento dos gabinetes dos ministros, das secretarias das Turmas, das Seções Especializadas, do Órgão Especial e do Tribunal Pleno.

Estou convicto, dessa forma, da plena aplicabilidade do art. 220 do novo CPC também à Justiça do Trabalho, uma vez que a Justiça, como poder estatal, é una, conquanto estrategicamente “repartida” internamente apenas para efeitos de especialização e competência, e quero crer que o dispositivo sinaliza para a necessidade premente de estabelecer férias coletivas também no 2º grau de jurisdição.

A observância dessa norma – art. 220 do CPC – constitui procedimento que importa em integração do sistema e concorre para a segurança processual, além de reforçar a garantia constitucional da igualdade de todos perante a lei, sem prejuízo para a autonomia do processo do trabalho.

5 – ANEXOS

5.1 – Anexo I

Resolução nº 203, de 15 de março de 2016.

Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

O egrégio pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em Sessão Extraordinária hoje realizada, sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente do Tribunal, presentes os Excelentíssimos Senhores Ministros Emmanoel Pereira, Vice-Presidente do Tribunal, Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, João Oreste Dalazen, Antonio José de Barros Levenhagen, João Batista Brito Pereira, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Aloysio Corrêa da Veiga, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Maria de Assis Calsing, Dora Maria da Costa, Guilherme Augusto Caputo Bastos, Márcio Eurico Vitral Amaro, Walmir Oliveira da Costa, Maurício Godinho Delgado, Kátia Magalhães Arruda, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Alves Miranda Arantes, Hugo Carlos Scheuermann, Alexandre de Souza Agra Belmonte, Cláudio Mascarenhas Brandão, Douglas Alencar Rodrigues, Maria Helena Mallmann e a Excelentíssima Vice-Procuradora-Geral do Trabalho, Dra. Cristina Aparecida Ribeiro Brasileiro

considerando a vigência de novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 17.03.2015) a partir de 18 de março de 2016,

considerando a imperativa necessidade de o Tribunal Superior do Trabalho posicionar-se, ainda que de forma não exaustiva, sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho,

considerando que as normas dos arts. 769 e 889 da CLT não foram revogadas pelo art. 15 do CPC de 2015, em face do que estatui o art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,

considerando a plena possibilidade de compatibilização das normas em apreço,

considerando o disposto no art. 1.046, § 2º, do CPC, que expressamente preserva as ‘disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis’, dentre as quais sobressaem as normas especiais que disciplinam o Direito Processual do Trabalho,

considerando o escopo de identificar apenas questões polêmicas e algumas das questões inovatórias relevantes para efeito de aferir a compatibilidade ou não de aplicação subsidiária ou supletiva ao Processo do Trabalho do Código de Processo Civil de 2015,

considerando a exigência de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e órgãos da Justiça do Trabalho, bem assim o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento da desejável celeridade,

DOCTRINA

considerando que o Código de Processo Civil de 2015 não adota de forma absoluta a observância do princípio do contraditório prévio como vedação à decisão surpresa, como transparece, entre outras, das hipóteses de julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 332, *caput* e § 1º, conjugado com a norma explícita do parágrafo único do art. 487), de tutela provisória liminar de urgência ou da evidência (parágrafo único do art. 9º) e de indeferimento liminar da petição inicial (CPC, art. 330),

considerando que o conteúdo da aludida garantia do contraditório há que se compatibilizar com os princípios da celeridade, da oralidade e da concentração de atos processuais no Processo do Trabalho, visto que este, por suas especificidades e pela natureza alimentar das pretensões nele deduzidas, foi concebido e estruturado para a outorga rápida e impostergável da tutela jurisdicional (CLT, art. 769),

considerando que está *sub judice* no Tribunal Superior do Trabalho a possibilidade de imposição de multa pecuniária ao executado e de liberação de depósito em favor do exequente, na pendência de recurso, o que obsta, de momento, qualquer manifestação da Corte sobre a incidência no Processo do Trabalho das normas dos arts. 520 a 522 e § 1º do art. 523 do CPC de 2015,

considerando que os enunciados de súmulas dos Tribunais do Trabalho a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC de 2015 são exclusivamente os que contenham os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi* – art. 926, § 2º),

Resolve:

Aprovar a Instrução Normativa nº 39, nos seguintes termos:

Instrução Normativa nº 39/2016.

Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

Art. 1º Aplica-se o Código de Processo Civil, subsidiária e supletivamente, ao Processo do Trabalho, em caso de omissão e desde que haja compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho, na forma dos arts. 769 e 889 da CLT e do art. 15 da Lei nº 13.105, de 17.03.2015.

§ 1º Observar-se-á, em todo caso, o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, de conformidade com o art. 893, § 1º da CLT e Súmula nº 214 do TST.

§ 2º O prazo para interpor e contra-arrazoar todos os recursos trabalhistas, inclusive agravo interno e agravo regimental, é de oito dias (art. 6º da Lei nº 5.584/70 e art. 893 da CLT), exceto embargos de declaração (CLT, art. 897-A).

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

- I – art. 63 (modificação da competência territorial e eleição de foro);
- II – art. 190 e parágrafo único (negociação processual);
- III – art. 219 (contagem de prazos em dias úteis);

DOCTRINA

IV – art. 334 (audiência de conciliação ou de mediação);

V – art. 335 (prazo para contestação);

VI – art. 362, III (adiamento da audiência em razão de atraso injustificado superior a 30 minutos);

VII – art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes);

VIII – arts. 921, §§ 4º e 5º, e 924, V (prescrição intercorrente);

IX – art. 942 e parágrafos (prosseguimento de julgamento não unânime de apelação);

X – art. 944 (notas taquigráficas para substituir acórdão);

XI – art. 1.010, § 3º (desnecessidade de o juízo a quo exercer controle de admissibilidade na apelação);

XII – arts. 1.043 e 1.044 (embargos de divergência);

XIII – art. 1.070 (prazo para interposição de agravo).

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

I – art. 76, §§ 1º e 2º (saneamento de incapacidade processual ou de irregularidade de representação);

II – art. 138 e parágrafos (*amicus curiae*);

III – art. 139, exceto a parte final do inciso V (poderes, deveres e responsabilidades do juiz);

IV – art. 292, V (valor pretendido na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral);

V – art. 292, § 3º (correção de ofício do valor da causa);

VI – arts. 294 a 311 (tutela provisória);

VII – art. 373, §§ 1º e 2º (distribuição dinâmica do ônus da prova);

VIII – art. 485, § 7º (juízo de retratação no recurso ordinário);

IX – art. 489 (fundamentação da sentença);

X – art. 496 e parágrafos (remessa necessária);

XI – arts. 497 a 501 (tutela específica);

XII – arts. 536 a 538 (cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa);

XIII – arts. 789 a 796 (responsabilidade patrimonial);

XIV – art. 805 e parágrafo único (obrigação de o executado indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos para promover a execução);

XV – art. 833, incisos e parágrafos (bens impenhoráveis);

DOCTRINA

- XVI – art. 835, incisos e §§ 1º e 2º (ordem preferencial de penhora);
- XVII – art. 836, §§ 1º e 2º (procedimento quando não encontrados bens penhoráveis);
- XVIII – art. 841, §§ 1º e 2º (intimação da penhora);
- XIX – art. 854 e parágrafos (BacenJUD);
- XX – art. 895 (pagamento parcelado do lance);
- XXI – art. 916 e parágrafos (parcelamento do crédito exequendo);
- XXII – art. 918 e parágrafo único (rejeição liminar dos embargos à execução);
- XXIII – arts. 926 a 928 (jurisprudência dos tribunais);
- XXIV – art. 940 (vista regimental);
- XXV – art. 947 e parágrafos (incidente de assunção de competência);
- XXVI – arts. 966 a 975 (ação rescisória);
- XXVII – arts. 988 a 993 (reclamação);
- XXVIII – arts. 1.013 a 1.014 (efeito devolutivo do recurso ordinário – força maior);
- XXIX - art. 1.021 (salvo quanto ao prazo do agravo interno).

Art. 4º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os arts. 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa.

§ 1º Entende-se por ‘decisão surpresa’ a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

§ 2º Não se considera ‘decisão surpresa’ a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.

Art. 5º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 356, §§ 1º a 4º, do CPC que regem o julgamento antecipado parcial do mérito, cabendo recurso ordinário de imediato da sentença.

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

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

DOCTRINA

III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC.

Art. 7º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 332 do CPC, com as necessárias adaptações à legislação processual trabalhista, cumprindo ao juiz do trabalho julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior do Trabalho (CPC, art. 927, inciso V);

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4º);

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de Tribunal Regional do Trabalho sobre direito local, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que não exceda à jurisdição do respectivo Tribunal (CLT, art. 896, *b*, *a contrario sensu*).

Parágrafo único. O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência.

Art. 8º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos arts. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

§ 1º Admitido o incidente, o relator suspenderá o julgamento dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam na Região, no tocante ao tema objeto de IRDR, sem prejuízo da instrução integral das causas e do julgamento dos eventuais pedidos distintos e cumulativos igualmente deduzidos em tais processos, inclusive, se for o caso, do julgamento antecipado parcial do mérito.

§ 2º Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, dotado de efeito meramente devolutivo, nos termos dos arts. 896 e 899 da CLT.

§ 3º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho será aplicada no território nacional a todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito.

Art. 9º O cabimento dos embargos de declaração no Processo do Trabalho, para impugnar qualquer decisão judicial, rege-se pelo art. 897-A da CLT e, supletivamente, pelo Código de Processo Civil (arts. 1.022 a 1.025; §§ 2º, 3º e 4º do art. 1.026), excetuada a garantia de prazo em dobro para litisconsortes (§ 1º do art. 1.023).

Parágrafo único. A omissão para fins do prequestionamento ficto a que alude o art. 1.025 do CPC dá-se no caso de o Tribunal Regional do Trabalho, mesmo instado mediante embargos de declaração, recusar-se a emitir tese sobre questão jurídica pertinente, na forma da Súmula nº 297, item III, do Tribunal Superior do Trabalho.

DOCTRINA

Art. 10. Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do parágrafo único do art. 932 do CPC, §§ 1º a 4º do art. 938 e §§ 2º e 7º do art. 1.007.

Parágrafo único. A insuficiência no valor do preparo do recurso, no Processo do Trabalho, para os efeitos do § 2º do art. 1.007 do CPC, concerne unicamente às custas processuais, não ao depósito recursal.

Art. 11. Não se aplica ao Processo do Trabalho a norma do art. 459 do CPC no que permite a inquirição direta das testemunhas pela parte (CLT, art. 820).

Art. 12. Aplica-se ao Processo do Trabalho o parágrafo único do art. 1.034 do CPC. Assim, admitido o recurso de revista por um fundamento, devolve-se ao Tribunal Superior do Trabalho o conhecimento dos demais fundamentos para a solução apenas do capítulo impugnado.

Art. 13. Por aplicação supletiva do art. 784, I (art. 15 do CPC), o cheque e a nota promissória emitidos em reconhecimento de dívida inequivocamente de natureza trabalhista também são títulos extrajudiciais para efeito de execução perante a Justiça do Trabalho, na forma do art. 876 e segs. da CLT.

Art. 14. Não se aplica ao Processo do Trabalho o art. 165 do CPC, salvo nos conflitos coletivos de natureza econômica (Constituição Federal, art. 114, §§ 1º e 2º).

Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:

I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se ‘precedente’ apenas:

a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4º);

b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);

e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho.

II – para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).

DOCTRINA

III – não ofende o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

IV – o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula.

V – decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.

VI – é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.

Art. 16. Para efeito de aplicação do § 5º do art. 272 do CPC, não é causa de nulidade processual a intimação realizada na pessoa de advogado regularmente habilitado nos autos, ainda que conste pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome de outro advogado, se o profissional indicado não se encontra previamente cadastrado no Sistema de Processo Judicial Eletrônico, impedindo a serventia judicial de atender ao requerimento de envio da intimação direcionada. A decretação de nulidade não pode ser acolhida em favor da parte que lhe deu causa (CPC, art. 276).

Art. 17. Sem prejuízo da inclusão do devedor no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (CLT, art. 642-A), aplicam-se à execução trabalhista as normas dos arts. 495, 517 e 782, §§ 3º, 4º e 5º do CPC, que tratam respectivamente da hipoteca judiciária, do protesto de decisão judicial e da inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

Art. 18. Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data da sua publicação.
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Presidente do Tribunal Superior do Trabalho

5.2 – Anexo 2

Breve Exposição de Motivos

A preocupação com os profundos impactos do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 17.03.2015) no processo do trabalho, mais que aconselhar, impõe um posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria, mediante Instrução Normativa.

DOCTRINA

A proposta que ora se apresenta toma como premissa básica e viga mestra a não revogação dos arts. 769 e 889 da CLT pelo art. 15 do CPC de 2015, seja em face do que estatui o art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, seja à luz do art. 1.046, § 2º do NCPC.

Daí que a tônica central e fio condutor da Instrução Normativa é somente permitir a invocação subsidiária ou supletiva do NCPC caso haja omissão e também compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho. Entendemos que a norma do art. 15 do NCPC não constitui sinal verde para a transposição de qualquer instituto do processo civil para o processo do trabalho, ante a mera constatação de omissão, sob pena de desfigurar-se todo o especial arcabouço principiológico e axiológico que norteia e fundamenta o Direito Processual do Trabalho.

Nesta perspectiva, a Instrução Normativa identificou e apontou três categorias de normas do NCPC, com vistas à invocação, ou não, no processo do trabalho: *a)* as não aplicáveis (art. 2º); *b)* as aplicáveis (art. 3º); *c)* as aplicáveis em termos, isto é, com as necessárias adaptações (as demais referidas na IN a partir do art. 4º).

Não se quis, nem se poderia, exaurir na Instrução Normativa o elenco de normas de tais categorias. O escopo primacial foi o exame de algumas das mais relevantes questões inovatórias e, em especial, das questões jurídico-processuais mais controvertidas que o NCPC suscita, com os olhos fitos no campo trabalhista.

A aplicação no processo do trabalho da nova concepção de princípio do contraditório adotada pelo NCPC (arts. 9º e 10), no que veda a decisão surpresa, constituiu-se em uma das mais tormentosas e atormentadoras questões com que se viu a braços a Comissão. Prevaleceu uma solução de compromisso:

a) de um lado, aplica-o na plenitude no julgamento do mérito da causa (art. 4º, § 1º, da IN) e, portanto, na esfera do direito material, de forma a impedir a adoção de fundamento jurídico não debatido previamente pelas partes; persiste a possibilidade de o órgão jurisdicional invocar o brocardo *jura novit curia*, mas não sem audiência prévia das partes;

b) de outro lado, no plano estritamente processual, mitigou-se o rigor da norma (art. 4º, § 2º, da IN); para tanto, concorreram vários fatores:

b1) as especificidades do processo trabalhista (mormente a exigência fundamental de celeridade em virtude da natureza alimentar das pretensões deduzidas em juízo);

b2) a preservação pelo próprio CPC/2015 (art. 1.046, § 2º) das ‘disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis’, dentre as quais sobressai a CLT;

b3) o próprio Código de Processo Civil não adota de forma absoluta a observância do princípio do contraditório *prévio* como vedação à decisão surpresa;

b4) a experiência do direito comparado europeu, berço da nova concepção de contraditório, que recomenda algum temperamento em sua aplicação; tome-se, a título de ilustração, a seguinte decisão do Tribunal das Relações de Portugal de 2004:

‘A decisão surpresa apenas emerge quando ela comporte uma solução jurídica que, perante os factos controvertidos, as partes *não tinham* obrigação de *prever*.’

DOCTRINA

Daí a diretriz assumida pela IN, a *contrario sensu*: não se reputa ‘decisão surpresa’ a que as partes *tinham* obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais. Ainda aqui, todavia, a IN ressalva os casos excepcionais em que, a propósito desses institutos, há disposição legal *expressa* determinando a audiência prévia da parte, a exemplo das normas dos §§ 2º e 7º do art. 1.007 e §§ 1º a 4º do art. 938 do CPC de 2015.

A Comissão reputou inafastável a aplicação subsidiária ao processo do trabalho da nova exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º). Cuidou, contudo, de algumas regras elucidativas e atenuadoras, sobretudo de modo a prevenir controvérsia sobre o alcance dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC (art. 15, incisos I a VI da IN).

Anoto, de outra parte, que a aprovação da Instrução Normativa, tal como proposta, acarretará impacto substancial ou de atualização formal em dezenas de súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho.

Enfim, no que tange às normas aplicáveis, a Comissão buscou, de forma bastante criteriosa e seletiva, transpor para o processo do trabalho as inovações relevantes que valorizam a jurisprudência consolidada dos tribunais, privilegiam a qualidade da tutela jurisdicional e não descumram da segurança jurídica.

Brasília, 10 de março de 2016.

Ministro João Oreste Dalazen

Coordenador da Comissão de Ministros

5.3 – Anexo 3

Provimento nº 2/CGJT, de 22 de maio de 2014.

Dispõe sobre a vedação da prorrogação do recesso forense pelos Tribunais Regionais do Trabalho.

O Ministro Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 6º, inciso V, do Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho e 39 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho,

Considerando que, segundo preceitua o art. 93, inciso XII, da Constituição da República, ‘a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau’;

Considerando a existência de norma editada por Tribunal Regional do Trabalho prorrogando o recesso forense até o dia 24 de janeiro;

Considerando que o recesso forense é limitado ao período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, nos termos do art. 62, inciso I, da Lei nº 5.010/1966;

Considerando que não há *férias coletivas* nem no primeiro grau, nem no segundo grau de jurisdição, e que é necessário evitar paralisação ou atraso no julgamento dos feitos autuados e registrados nos Tribunais Regionais do Trabalho;

DOUTRINA

Considerando que a fixação do recesso forense não se insere na competência atribuída aos tribunais para elaborar seus regimentos internos (art. 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição da República),

Resolve

Art. 1º Ante o princípio da reserva legal, não é dado a Tribunal Regional do Trabalho fixar ou prorrogar o recesso forense, uma vez que esse se encontra previsto para o período de 20 de dezembro a 6 de janeiro (art. 62, inciso I, da Lei nº 5.010/1966), sem exceção.

Art. 2º Este Provimento entra em vigor na data da sua publicação.

Publique-se.

Dê-se ciência aos Desembargadores Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho e aos Corregedores Regionais, mediante ofício, do inteiro teor deste Provimento.

Brasília, 22 de maio de 2014.

Ministro João Batista Brito Pereira

Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

O SISTEMA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS E O MICROSSISTEMA DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA NO PROCESSO DO TRABALHO

José Roberto Freire Pimenta*

1 – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO E A LEI Nº 13.015/2014

É absolutamente consensual, entre os doutrinadores e demais operadores do direito de nosso país, que uma das mais profundas e significativas inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro (aprovado pela Lei nº 13.105, de 16.03.2015, alterado pela Lei nº 13.256, de 04.02.2016, e que entrou em vigor, depois de uma *vacatio legis* de um ano, em 18.03.2016) foi a adoção do *sistema de precedentes judiciais obrigatórios* e do denominado *microssistema de litigiosidade repetitiva* (composto pelos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e de julgamento dos recursos de natureza extraordinária repetitiva).

Tais inovações, na verdade, já haviam, em boa parte, sido antecipadas na esfera processual trabalhista pelas significativas alterações no sistema recursal disciplinado pelos arts. 893 a 901 da Consolidação das Leis do Trabalho

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; doutor em Direito Constitucional pela UFMG e professor adjunto III da Faculdade de Direito da PUC Minas, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho; integrante da Comissão de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho constituída pelo seu então Presidente, Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, com a finalidade de elaborar a proposta da Instrução Normativa nº 39 do TST, aprovada por sua Resolução nº 203, de 15.03.2016, que dispôs sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho de forma não exaustiva.*

promovidas pela Lei nº 13.015, de 21.07.2014¹, e por sua regulamentação no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho².

A questão que de imediato se colocou na data da vigência do novo CPC é se esses *sistemas* são ou não aplicáveis ao processo do trabalho e, em caso afirmativo, se de forma integral ou apenas parcial, na medida em que seu art. 15 (que não revogou os arts. 769 e 889 da CLT) reafirma que, na ausência de normas que regulem processos trabalhistas, suas disposições ser-lhes-ão aplicadas não só de forma subsidiária (como já ocorria, por força das referidas normas processuais trabalhistas), mas também de forma *supletiva*. Foi esse o problema fundamental que se procurou equacionar na Instrução Normativa nº 39/2016, aprovada pela Resolução nº 203, de 25.03.2016, do Órgão Especial do TST³.

Como ficou expresso em seus *considerandos* e em sua Exposição de Motivos, para atender à exigência de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e aos órgãos da Justiça do Trabalho e com o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento de desejável celeridade, nela pretendeu-se identificar apenas questões polêmicas e algumas das mais relevantes inovações do novo Código de Processo Civil. Para tanto, a referida norma busca expressar, *ainda que de forma não exaustiva*, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre os preceitos do referido Código considerados *não aplicáveis* (art. 2º da IN nº 39), *aplicáveis* (art. 3º) e *aplicáveis em termos*, isto é, com as necessárias adaptações (os demais referidos na IN a partir de seu art. 4º). Como não poderia deixar de ser, o fio condutor dessa

1 Sobre o tema, vejam-se: DALAZEN, João Oreste. Apontamentos sobre a Lei n 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 204-263; PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei n 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *A nova lei de recursos trabalhistas: Lei n 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015. p. 25-70; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 95-162; PIMENTA, José Roberto Freire. A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015. p. 225-267.

2 Vejam-se o Ato n 401/SEGJUD.GP, de 23.09.2014, da presidência do TST e a Resolução n 38/2015, aprovada pela Resolução n 201 do Órgão Especial do TST, de 10.11.2015, publicada no DEJT de 17.11.2015.

3 Essa norma teve origem no trabalho da Comissão de nove Ministros constituída pelo ainda então Ministro-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho Antônio José de Barros Levenhagen e integrada pelos Ministros João Oreste Dalazen (Coordenador), Ives Gandra da Silva Martins Filho, Aloysio Corrêa da Veiga, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Walmir Oliveira da Costa, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, Alexandre de Souza Agra Belmonte e Cláudio Mascarenhas Brandão, com o propósito de examinar os profundos impactos do novo CPC no processo do trabalho e desde logo definir o posicionamento do TST a respeito, na medida do possível e sem esgotar a matéria.

norma foi somente admitir a invocação subsidiária ou supletiva do novo CPC se houver, de forma cumulativa, omissão (total ou parcial) das normas processuais trabalhistas sobre a matéria, mas também se existir compatibilidade das normas processuais do novo CPC com as normas e princípios do direito processual do trabalho.

Especificamente com relação aos temas objeto deste trabalho (que serão examinados de forma detalhada a seguir), a Comissão buscou “transpor para o processo do trabalho as inovações relevantes que valorizam a jurisprudência consolidada dos tribunais” (Exposição de motivos, *in fine*), o que fez de maneira expressa ao proclamar *aplicáveis por inteiro* ao processo do trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do novo Código que regulam os temas da *fundamentação da sentença* (art. 489, com as adaptações previstas no art. 15 da referida IN), da *força da jurisprudência dos Tribunais* (arts. 926 a 928), do *incidente de assunção de competência* (art. 947 e parágrafos), da *reclamação* (arts. 988 a 993) e, com as necessárias adaptações e restrições desde logo explicitadas nos arts. 7º e 8º da IN nº 39, do *julgamento de improcedência liminar do pedido* (art. 332 do CPC, em parte) e do *incidente de resolução de demandas repetitivas* (arts. 976 a 986 do CPC, com as adaptações dos §§ 1º a 3º do referido art. 8º).

É ainda relevante observar que os próprios arts. 896-B e 896-C da CLT (introduzidos pela Lei nº 13.015/2014) já haviam disciplinado, na esfera recursal trabalhista, o *incidente de recursos de revista repetitivos*, com expressa determinação, no primeiro desses preceitos consolidados, de aplicação à esfera trabalhista, no que couber, das normas processuais civis relativas aos recursos extraordinário e especial repetitivos⁴.

2 – A CRISE DA JUSTIÇA E AS CAUSAS DA CRESCENTE INEFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL TRABALHISTA NO BRASIL

Para bem compreender a profundidade da mudança de paradigma promovida pelas recentes reformas do processo civil e do processo do trabalho

4 Embora o art. 896-B da CLT, como não poderia deixar de ser, tenha feito referência expressa às normas da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (o Código de Processo Civil em vigor na data da promulgação da Lei nº 13.015/2014 que o introduziu), o art. 1.046, § 4º, do novo CPC estabelece expressamente que “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”, o que equivale a dizer que, no caso do *incidente dos recursos de revista e embargos repetitivos* (regulamentado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, repita-se, pela sua Instrução Normativa nº 38/2015), ser-lhe-ão aplicáveis, no que couber, os arts. 1.036 a 1.041 do novo diploma processual comum.

brasileiros quanto à *força dos precedentes judiciais* em nosso país, é preciso, antes de mais nada, compreender o que levou os legisladores a essa verdadeira aposta no desconhecido.

Como já temos descrito de forma reiterada em trabalhos anteriores⁵ e embora isso também esteja ocorrendo nos outros ramos do Poder Judiciário brasileiro, a denominada *crise da justiça* tem assumido proporções dramáticas na esfera trabalhista nas últimas décadas. Com efeito, o simples exame dos dados estatísticos da Justiça do Trabalho, em geral, e dos seus Tribunais, em particular, tem revelado, ao longo dos últimos anos, uma verdadeira explosão de demandas, que não para de crescer a cada ano e que dá origem a um número muito maior de processos judiciais do que o que ocorre em outros países de igual expressão econômica e social. Em outras palavras, o número de processos judiciais em andamento no Brasil é hoje maior que a capacidade operacional dos órgãos do Poder Judiciário constitucionalmente competentes para sua adequada e tempestiva apreciação e julgamento, e, a cada ano, o número de processos novos aumenta de forma geométrica, em proporção maior que o aumento apenas eventual e meramente aritmético do número de juízes e servidores correspondentes (os quais, é de justiça reconhecer, têm-se esforçado, com competência, crescente produtividade e sacrifício de sua vida pessoal e familiar, para dar conta dessa demanda progressiva).

Se nas instâncias ordinárias trabalhistas as denominadas *taxas de congestionamento* não param de aumentar (tanto na fase de cognição quanto na decisiva fase da execução), na esfera recursal extraordinária as estatísticas são ainda mais alarmantes, comprometendo de forma gradativa a capacidade do Tribunal Superior do Trabalho de exercer, com a necessária celeridade, sua

5 PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Mauricio Godinho; BORJA, Cristina Pessoa Pereira (Coord.). *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 337-339; Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica. In: VIANA Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FATTINI, Fernanda Carolina; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Costa (Coord.). *O que há de novo em direito do trabalho – homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 462 e ss.; A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei n. 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *Op. cit.*, p. 27-30; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho, op. cit.*, p. 97-100; A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Op. cit.*, p. 225-227.

função constitucional de órgão uniformizador da jurisprudência trabalhista em todo o território nacional⁶.

Vive-se hoje, portanto, uma situação paradoxal: de um lado, o sistema judiciário mostra-se incapaz de absorver o crescente número de processos ajuizados por ano, de modo a dar-lhes solução de mérito que assegure à parte que tem razão a tutela jurisdicional efetiva e célere que lhe é constitucionalmente prometida – nesse estado de coisas, a consequência é natural e inevitável: uma justiça assoberbada por um número excessivo de processos é, necessariamente, uma justiça lenta e de baixa qualidade; de outro lado, é também notória a existência de importantes vazios de tutela, nos quais as dificuldades de acesso aos serviços judiciais por setores desassistidos e carentes da população inibem a realização da plena cidadania.

Esse é um fenômeno que tem causas múltiplas e inter-relacionadas, que se alimentam de forma recíproca e exponencial.

6 São oportunas e acertadas, a esse respeito, as lúcidas considerações do Juiz do Trabalho da 15ª Região Firmino Alves Lima (A Lei n. 13.015/2014 como introdutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 131-132), ao tratar especificamente da *ratio* que justifica a adoção do procedimento de julgamento dos recursos repetitivos:

“Não é novidade brasileira a preocupação em racionalizar o uso dos recursos processuais, principalmente em matérias já decididas ou com jurisprudência já assentada, evitando-se, assim, a apreciação de demanda recursal inútil. Esta existe quando a providência jurisdicional pretendida não revela qualquer utilidade, eis que o resultado decorrente é perfeitamente previsível, porém, apenas congestionaria a máquina judiciária. A demanda inútil consome muitos recursos humanos e financeiros dos órgãos judicantes sem qualquer resultado prático mais relevante, salvo o interesse daqueles que litigam, principalmente os devedores contumazes dotados de grande poderio econômico capaz de sustentar a movimentação de tantas causas. Os recursos especial, extraordinário e de revista são recursos de natureza *excepcional* e não se prestam ao amplo reexame da causa, porém acabam por se tornar, na prática, meios de novas apelações ou novos agravos. (...)”

O que acontece nos dias atuais e que não parece fazer mais nenhum sentido é um Tribunal cuja maior missão é a unificação do entendimento do direito laboral permanecer reapreciando continuamente questões idênticas, aos milhares, dia após dia, quando a imensa maioria das questões apreciadas já se encontra pacificada, ou seja, a jurisdição extraordinária do Tribunal Superior do Trabalho vem se transformando em mais uma instância ordinária além dos regionais. Quando se verifica a interposição de milhares de recursos de revista buscando revolver matéria fática, ou mesmo pretendendo rediscutir decisões que se encontram consoantes com matéria sumulada, verifica-se que o instrumento recursal extraordinário passa a ser uma etapa corriqueira dentro de um processo, principalmente na mentalidade dos grandes litigantes. E pouca efetividade é obtida nos rigorosos exames de admissibilidade pelos regionais, quando quase toda a movimentação recursal reproduz-se na apreciação dos respectivos agravos.

Consome-se um precioso tempo e diversos recursos de toda ordem reexaminando causas cujo entendimento jurídico já se encontra firmado, ou mesmo incabíveis para aquela fase processual. Tais recursos poderiam ser melhor aproveitados no exame das causas mais recentes e controvertidas, e que muitas vezes dependem de exame extremamente mais aprofundado. Ou seja, esta cultura recursal, muitas vezes fundada na geração de demanda recursal inútil, visando ao proveito de poucos, é totalmente inadequada à própria finalidade do Tribunal Superior do Trabalho, cujo profícuo trabalho deva ser melhor aproveitado em favor de todos os jurisdicionados de uma nação de dimensão continental.”

A ciência processual mais autorizada⁷ tem ultimamente acentuado que este quadro de asoberbamento do Poder Judiciário é o resultado de três tipos de litigiosidade: (a) *individual ou “de varejo”*: envolvendo lesões e ameaças a direitos isoladas, e para as quais tanto o estudo e a dogmática quanto os sistemas judiciários tradicionais foram construídos e desenvolvidos; (b) *coletiva*: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, patrocinados por legitimados extraordinários (Ministério Público, associações representativas, entidades sindicais, etc.); e (c) *em massa ou de alta intensidade*: que dá margem à propositura de *ações repetitivas ou seriais*, as quais possuem como base *pretensões isomórficas*, com especificidades, mas que apresentam *questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns* para a resolução da causa.

Como é evidente, a grande causa da crescente explosão de demandas, nos últimos anos, em nosso país, não está ligada aos dois primeiros tipos de litígios citados, já que as controvérsias individuais de caráter apenas eventual nunca atingiram um número capaz de ameaçar a funcionalidade dos sistemas judiciários que, desde o apogeu do liberalismo, foram concebidos exatamente para solucioná-las. De outra parte, as ações que envolvem direitos coletivos e difusos (de natureza indivisível e não individualizável por natureza) são, por definição, em pequeno número (embora de grande repercussão social). A verdadeira causa da explosão do número de processos verificada no Judiciário brasileiro está, sem sombra de dúvida, no desvio dos denominados *litígios em massa* para o inadequado canal das demandas e processos individuais, canal esse que é incapaz de dar uma resposta célere, efetiva e adequada para as lesões repetitivas aos denominados *direitos individuais homogêneos* que constituem o seu objeto⁸ e que só o novo e alternativo canal processual das ações coletivas ou metaindividuais tem capacidade de proporcionar⁹.

7 THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, nov. 2010, p. 24.

8 Na concisa e acertada dicção do inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), são “os decorrentes de *origem comum*”.

9 Sobre as transformações estruturais das sociedades de massa contemporâneas, a coletivização de seus conflitos e a necessidade de superação do modelo individualista do processo civil liberal pela construção de um modelo processual alternativo destinado a concretizar o *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional* e a implantar um sistema de *processo justo e equo*, baseado em princípios e em técnicas procedimentais muito diferentes (entre as quais assume papel central o denominado *microsistema de tutela jurisdicional coletiva ou metaindividual*), consulte-se o nosso trabalho: A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi (Coord.). *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 9-50. No mesmo sentido, consulte-se também: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Proteção coletiva aos direitos trabalhistas. *Revista Trabalhista Direito e Processo – Anamatra*, São Paulo: LTr, v. 35, nov. 2010, p. 72-86.

Na mesma linha, o i. magistrado trabalhista Marcos Neves Fava aponta, entre as diferentes espécies de direitos que são tradicionalmente objeto da atuação da Justiça do Trabalho brasileira por meio de dissídios individuais, o grupo dos direitos trabalhistas comuns, os quais denomina de *direitos-organismo*, e que, violados em massa por ato único do mesmo empregador, correspondem a um elevado número de trabalhadores interessados. Em razão dessa afronta generalizada, metódica e reiterada ao ordenamento trabalhista, a proteção apenas pelo canal processual individual redonda ineficaz, como demonstra o crescente número de reclamações trabalhistas idênticas contra o mesmo reclamado, sem que isso provoque a correspondente inibição do descumprimento das leis¹⁰.

A outra face desse mesmo problema se manifesta na existência, também bem conhecida na esfera trabalhista (e não apenas nas Justiças Comum, Estadual e Federal, nas causas de interesse dos consumidores), dos denominados *litigantes habituais*¹¹, que, na Justiça do Trabalho, correspondem aos empregadores e tomadores de serviços que, de forma deliberada, sistemática e generalizada, adotam uma postura de não quitar os mais elementares direitos e obrigações trabalhistas em relação à totalidade ou à grande maioria dos trabalhadores que lhes prestam serviço (gerando as chamadas *lesões em massa*) e que, em consequência, figuram como reclamados na maior parte das ações trabalhistas ajuizadas nesta Justiça Especial. O simples exame das estatísticas anuais indicadoras dos nomes dos reclamados e dos seus respectivos ramos de atividade permite identificar com facilidade esse tipo de litigante e perceber que são eles, em grande parte, os grandes responsáveis pelo assoberbamento que grassa na Justiça Trabalhista de nosso país.

10 Sobre esse terceiro grupo de direitos trabalhistas, observa ele, de forma irresponsável, que “a pulverização da luta contra a violação sistêmica do ordenamento em reclamações individuais não resulta profícua, porque possibilita uma cruel matemática: do total de descumprimentos perpetrados, apenas uma parcela deságua em reclamação trabalhista, em regra dos já demitidos, e desta, grande parte dos trabalhadores acaba por aceitar acordo para recebimento parcial de seus créditos. O efeito da equação estimula a manutenção dos descumprimentos, alijando o quadro protetivo e banalizando a interferência jurisdicional” (FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 58-62).

11 Para o conceito de *litigantes habituais*, consulte-se: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 25 e ss. e 132 e ss.; GALANTER, Mart. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal changes (Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias). *Law and Society Review*, v. 9, 1974, p. 95; e PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n. 2, 2001, p. 151-162; e Trabalhos da Escola Judicial do TRT da 3ª Região. Belo Horizonte, 2001. *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte: Escola Judicial do TRT da 3ª Região, 2001. p. 305-334.

E por que isso ocorre em nosso país? Alguns ilustres autores e especialistas apontam como causas do problema a tendência cultural, que atribuem aos brasileiros, de recorrer sempre ao Estado-juiz para a solução de seus conflitos intersubjetivos de interesses (em contraposição à tendência hoje predominante em outros países desenvolvidos, especialmente nos anglo-saxões, de resolver esses conflitos pelas vias da negociação coletiva, da conciliação extrajudicial e da arbitragem), bem como o que consideram uma exagerada intervenção do Estado nas relações laborais, consubstanciada em normas trabalhistas de origem estatal que, a seu ver, pecariam por ser demasiado complexas, abrangentes e detalhadas (o que, por sua vez, aumentaria artificialmente o número de controvérsias e inibiria a sua solução pelas vias da transação individual e coletiva)¹². No entanto, não nos parecem ser essas as causas fundamentais do número excessivo de demandas trabalhistas hoje em curso entre nós.

Embora deva ser reconhecida a conveniência da implantação de mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas de intensidade e de complexidade menores (para cuja solução afigura-se mesmo desnecessária, em princípio, a intervenção do Estado-juiz), bem como a utilidade de racionalizar e modernizar as normas legais trabalhistas para tornar clara e incontestável, para todos os interessados, a vontade concreta da lei no campo das relações laborais (eliminando controvérsias desnecessárias na interpretação das normas legais e coletivas que disciplinam essas relações), não nos parece que a solução desses problemas seria suficiente para diminuir, na proporção necessária, o enorme número de ações trabalhistas em nosso país. O verdadeiro problema, pura e simplesmente, é que o direito material trabalhista brasileiro tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável¹³.

Nessa perspectiva, é fácil concluir que chega a ser elementar a causa fundamental de tão elevado número de litígios trabalhistas (sendo relevante

12 Esses críticos também apontam como uma consequência indesejável desse estado de coisas o que consideram o custo excessivo da utilização da Justiça do Trabalho para a solução dos litígios trabalhistas. No entanto, desconsideram eles, *data venia*, que a prestação de tutela jurisdicional trabalhista é *serviço público essencial* e, como tal, expressão de direito e garantia fundamentais, assegurados pela Constituição a todos os jurisdicionados que dele necessitem e que, por isso mesmo, não deve necessariamente dar lucro, nem mesmo ser autossustentável do estrito ponto de vista financeiro. Ademais, essa crítica ignora, indevidamente, a relevante circunstância de que, hoje, nem sequer se pode mais afirmar que a Justiça do Trabalho é, em si mesma, excessivamente dispendiosa para o orçamento federal, diante da expressiva arrecadação resultante de sua competência para a execução *de ofício* das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças por ela proferidas (e das conciliações a elas legalmente equiparadas, nos termos do parágrafo único do art. 831 da CLT), atribuída pelo § 3º do art. 114 da Constituição da República.

13 Todo e qualquer sistema jurídico só será operacional e funcional se as normas jurídicas que o integrarem forem, em sua grande maioria, espontaneamente observadas por seus destinatários. O i. constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da*

observar que sua grande maioria termina, na fase de cognição, com uma sentença de procedência integral ou parcial dos pedidos iniciais dos reclamantes): é que, no Brasil, as normas materiais trabalhistas deixam de ser espontaneamente cumpridas por seus destinatários em frequência muito maior do que seria razoável em qualquer sociedade capitalista do século XXI. Isso obriga os beneficiários dos direitos por elas instituídos a escolher entre conformar-se, pura e simplesmente, com essa lesão (o que, como é de conhecimento geral, costuma ocorrer em boa parte dos casos, caracterizando o fenômeno que os processualistas contemporâneos denominam de *litigiosidade contida*) ou recorrer ao Judiciário trabalhista, em busca da tutela jurisdicional a todos constitucionalmente prometida, como contrapartida da proibição estatal da autotutela. Deve-se concluir, portanto, que o número excessivo de reclamações trabalhistas é simples efeito, e não a verdadeira causa do problema.

As empresas razoavelmente organizadas sempre fazem uma análise global da *relação custo-benefício*, sabendo muito bem quando lhes é vantajoso, ou não, cumprir a lei trabalhista¹⁴. Isso não ocorre apenas no Brasil – nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais com certeza também operam e atuam movidos por objetivos similares e com base em considerações da mesma natureza. A diferença fundamental é que lá, em última análise, é mais vantajoso (ou melhor, menos desvantajoso) para os empregadores, como regra habitual de conduta, cumprir a legislação trabalhista do que descumpri-la. *Essa é, a nosso ver, a questão essencial.*

Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 239-240) nos adverte exatamente para isto:

“De regra, como já referido, um preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia ‘racional ou intelectual’, por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas essa é a exceção. Como bem intuiu André Hauriou, se não houvesse, em grande parte, uma obediência espontânea, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível.”

- 14 O que, embora insustentável do ponto de vista jurídico, é até compreensível na estrita ótica empresarial, movida essencialmente por considerações de natureza econômica e administrativa, com vistas à maximização da citada *relação custo-benefício*. A responsabilidade maior pela manutenção desse lamentável estado das coisas, evidentemente, é daqueles operadores do direito que, tendo ou devendo ter noção disso, nada fazem para inverter essa equação, de modo a tornar essa relação desvantajosa na prática, mediante a plena e efetiva aplicação das normas jurídicas materiais em vigor, com a rigorosa aplicação de todas as sanções materiais e processuais legalmente previstas para a hipótese de seu descumprimento.

Como já afirmamos reiteradamente em trabalhos anteriores¹⁵, hoje, o verdadeiro problema do direito do trabalho em nosso país é *a falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista* (que torna muito vantajoso, do ponto de vista econômico e para grande número de empregadores, descumprir, de forma deliberada e massiva, as mais elementares obrigações trabalhistas), criando, por uma decisão estratégica empresarial, uma verdadeira *cultura do inadimplemento*, em flagrante concorrência desleal com a parcela ainda significativa dos empregadores que cumprem com rigor suas obrigações trabalhistas, legais e convencionais¹⁶.

- 15 PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*, op. cit., p. 340-343; *Revista do TRT da 15ª Região*, op. cit., p. 201-202; e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, op. cit., p. 102-104; A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*, op. cit., p. 25-26; A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 22-24.

No mesmo sentido, veja-se ainda: PIMENTA, José Roberto Freire; PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais. In: ÁVILA, Ana; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). *Mundo do trabalho – atualidades, desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 247-254.

- 16 Esse grave estado de coisas foi analisado pioneiramente na doutrina brasileira por Antônio Álvares da Silva, em seu trabalho *A Desjuridicização dos Conflitos Trabalhistas e o Futuro da Justiça do Trabalho no Brasil* (In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 256-258), no qual disse, com lucidez e precisão, a respeito das normas materiais trabalhistas: “se estas normas não são cumpridas e se o Estado, que prometera a prestação jurisdicional, não as faz cumprir, há um colapso, embora parcial, da incidência do ordenamento jurídico”. E completava: “se a incidência não se opera, mutilam-se a vigência e a eficácia. A lei se transforma num ente inoperante que, embora existente e reconhecido para reger o fato controvertido, nele não incide em virtude da omissão estatal”. O resultado da inefetividade da tutela jurisdicional é por ele bem apontado:

“Cria-se na sociedade a *síndrome da obrigação não cumprida*, revertendo-se a valoração das normas de conduta: quem se beneficia das leis é aquele que as descumprir, e não o titular do direito. Quem procura justiça sofre a injustiça, pois o *lapsus temporis* que se forma entre o direito e o seu exercício, entre o fato jurídico e a fruição de suas vantagens pelo titular, beneficia o sonegador da obrigação que, escudado na demora, não cumpre a obrigação jurídica.

A lesão é múltipla e afeta o próprio conceito de ordem jurídica eficaz, ou seja, a crença, por parte dos cidadãos, de que a vida social se rege efetivamente pelas regras vigentes, podendo tanto o Estado quanto os indivíduos programarem por elas suas condutas no relacionamento social.”

É preciso também reconhecer, por outro lado, como também temos frequentemente ressaltado em palestras e aulas proferidas, que essa situação de baixo índice de cumprimento das normas materiais, no Brasil, não é exclusiva da esfera trabalhista: é notório, no campo do direito penal, o baixo índice de solução dos crimes de homicídio ou o grande número de mandados de prisão não cumpridos; no campo do direito tributário, é também muito elevada a evasão fiscal, em suas múltiplas formas; no direito empresarial, o fenômeno do denominado “caixa dois” é recorrente, com suas variadas e ilícitas consequências; o cancro da corrupção, nas esferas pública e privada, é uma mazela que só agora começa a ser desvendada, em suas lamentáveis e multifacéticas manifestações, ou seja, o fenômeno

DOCTRINA

Quanto mais efetiva a máquina jurisdicional, menos ela vai ter que atuar concretamente no futuro ou a médio prazo. Simetricamente, quanto mais os destinatários das normas jurídicas souberem que, por absoluta falta de melhor alternativa, só lhes resta cumprir a lei, menos será necessário o acionamento da máquina jurisdicional e maiores eficácia e efetividade terão as normas jurídicas materiais. Essa é, portanto, a perspectiva final com a qual os operadores do direito em geral, em especial os que exercem a função jurisdicional do Estado, têm que trabalhar.

Repita-se, à guisa de conclusão parcial, quanto mais eficaz for a jurisdição, menos ela terá que ser acionada. Enquanto o direito processual do trabalho e o Poder Judiciário trabalhista não forem capazes de tornar antieconômico o descumprimento rotineiro, massificado e reiterado das normas materiais trabalhistas, os Juízes do Trabalho de todos os graus de jurisdição continuarão sufocados e angustiados pela avalanche interminável de processos individuais, repetitivos e, em boa parte, incapazes de prestar a tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente prometida a todos os jurisdicionados.

Somam-se a essa causa fundamental outros fatores que, incidindo de forma acumulada, sem dúvida também contribuem para a multiplicação de demandas individuais trabalhistas no Brasil: a) o caráter cíclico e recorrente das crises econômicas que assolam o país; b) a fragilidade histórica e atual das entidades sindicais brasileiras (em especial no polo dos trabalhadores), a qual se reflete em sua estrutura e em seu funcionamento notoriamente deficientes e nos baixíssimos índices de sindicalização, comprometendo, por sua vez, a eficácia de sua atuação no campo das negociações coletivas e na assistência aos trabalhadores que integram as respectivas categorias profissionais nas demandas individuais de seu interesse; e c) a complexidade e a frequente ambiguidade da redação das normas materiais trabalhistas (heterônomas e autônomas), que também contribuem para o seu baixo índice de cumprimento espontâneo.

O efeito negativo desse estado de coisas, porém, não incide apenas no campo processual, com o comprometimento da eficiência da máquina judiciária. É que, no campo do direito material, as generosas promessas da Assembleia Nacional Constituinte relativas aos *direitos constitucionais sociais*, que se consubstanciaram na Constituição Democrática de 1988, acabam não se con-

do descumprimento consciente e generalizado das normas constitucionais, legais e administrativas em nosso país sem que, em consequência, se desencadeie a pronta e integral resposta sancionatória legal que o torne desvantajoso para quem o pratica tem raízes históricas, culturais, econômicas e jurídicas bem mais profundas e ainda clama por um enfrentamento mais intenso e efetivo do Estado Democrático de Direito que, a duras penas, ainda se tenta construir e concretizar nas últimas décadas.

cretizando no dia a dia e no campo decisivo da realidade empírica de cada um dos cidadãos e jurisdicionados.

Se a Justiça do Trabalho mostra-se cada vez menos capaz de assegurar aos trabalhadores destinatários das normas constitucionais e legais trabalhistas, a tempo e a modo, o mesmo e específico resultado útil que lhes teria sido proporcionado caso essas normas houvessem sido cumpridas por inteiro por seus empregadores e destinatários no momento devido, tal situação, além de configurar o já denunciado incentivo ao descumprimento massivo e deliberado dessas normas, acarretará, na prática, um indevido rebaixamento do patamar mínimo desses direitos materiais e do próprio direito do trabalho em nosso país. Este, na esfera do *ser*, não corresponderá àquilo que está normativamente assegurado ao conjunto dos trabalhadores brasileiros, na esfera do *dever-ser*.

Essa situação, por sua vez, configurará a existência de duas *ofensas constitucionais* que se interpenetram: em primeiro lugar, no campo do direito material, uma grave e direta violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo flagrante desrespeito *a seus direitos sociais constitucionalmente assegurados*; em segundo lugar e ao mesmo tempo, na esfera do direito processual, uma não menos grave afronta ao *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, também estabelecido em favor de todos os jurisdicionados, em contrapartida à genérica proibição estatal da autotutela.

A contrario sensu, quanto mais efetiva for a atuação da Justiça do Trabalho ao proferir suas decisões e em assegurar o seu cumprimento integral e em tempo oportuno, mais poderosa será sua atuação como instrumento indutor do futuro cumprimento, pleno e espontâneo, das normas trabalhistas por seus destinatários, com a previsível diminuição significativa do número excessivo de demandas judiciais (como já aconteceu nos outros países mais desenvolvidos), quebrando-se esse verdadeiro *círculo vicioso* que, nas últimas décadas, tem aprisionado tanto os trabalhadores quanto os operadores do direito do trabalho comprometidos com a sua efetividade¹⁷.

17 Esta situação em que os direitos humanos de segunda geração (ou os direitos sociais constitucionalmente assegurados), assim como os demais direitos em abstrato consagrados nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), são reduzidos à triste condição de meras promessas demagógicas feitas pelos legisladores às grandes massas caracteriza aquilo que os constitucionalistas da atualidade, como, por exemplo, Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 280), têm, de forma incisiva, denominado de *hipocrisia constitucional e legal*.

Este fenômeno, que consiste na criação e na ampliação de direitos materiais apenas no campo legislativo, mas desacompanhadas da paralela e indispensável instituição de garantias e de mecanismos instrumentais capazes de assegurar aos seus titulares a fruição dos correspondentes bens da vida, nos casos de seu não cumprimento espontâneo, pelos destinatários dos comandos normativos, é também conhecido na

3 – A INSTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O REAL SENTIDO DAS NORMAS DE DIREITO MATERIAL COMO OUTRO IMPORTANTE FATOR DE ENFRAQUECIMENTO DA SUA EFETIVIDADE E DA CORRESPONDENTE TUTELA JURISDICIONAL

Há, no entanto, um outro fator importantíssimo que, nos últimos anos, tem contribuído de forma decisiva para o fenômeno, que acabamos de descrever, de enfraquecimento da efetividade das normas materiais do trabalho em nosso país, por sua vez decorrente do já descrito fenômeno da *litigiosidade em massa ou de alta intensidade*, que tem inundado de forma crescente o Poder Judiciário com um verdadeiro dilúvio de processos repetitivos, que veiculam demandas individuais versando sobre controvérsias essencialmente iguais: a instabilidade da jurisprudência a respeito do real sentido dessas normas de direito material, a qual se reflete na enorme variação do conteúdo das milhares de decisões judiciais sobre casos iguais em sua substância, quanto às questões de direito que constituem o seu objeto.

Como já tivemos a oportunidade de observar em trabalhos anteriores¹⁸, uma possível e recomendável solução, já predisposta pelo legislador processual brasileiro desde as décadas de 80 e 90 do século passado, seria a utilização intensiva e prioritária do denominado *microsistema de tutela dos direitos ou interesses coletivos ou metaindividuais*. Como se sabe, foi ele instituído em princípio para a proteção específica, mediante ações coletivas, dos direitos ou interesses metaindividuais dos consumidores (mediante todo o Título III do Código de Defesa do Consumidor, constituído por seus arts. 81 a 104, e, especialmente, por meio de seu art. 83, que dispõe ser admissível toda e qualquer ação capaz de propiciar a adequada e efetiva defesa dos direitos e interesses protegidos por aquele Código, a título individual ou coletivo, mas com acerto

doutrina como a busca da *legitimação pela mera promessa*. Cappelletti e Garth citam manifestação do professor norte-americano Handler de que “símbolos (tais como [...] novas leis [...]) são utilizados pelos adversários para pacificar grupos dissidentes, dando-lhes a sensação de que cumpriram seus objetivos, quando, de fato, resultados mais tangíveis são retardados” (*Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. nota 138. p. 68).

18 PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi (Coord.). *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 9-50; PIMENTA, José Roberto Freire. Tutela metaindividual trabalhista e efetividade da jurisdição. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; FERNANDES, Nadia Soraggi; CARVALHO, Ricardo Wagner Rodrigues de (Org.). *Tendências do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 178-213. No mesmo sentido, consulte-se também: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Proteção coletiva aos direitos trabalhistas. *Revista Trabalhista Direito e Processo – Anamatra*, São Paulo: LTr, v. 35, nov. 2010, p. 72-86.

generalizado a todos os casos de defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais pelos arts. 110 e 117 do mesmo CDC, que, respectivamente, deram nova redação ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e acrescentaram novo art. 21 a essa mesma Lei¹⁹).

Por seu intermédio, é mesmo possível, por meio de um autor que não seja o titular dos direitos ou dos interesses que se pretende defender em juízo, mas a quem o ordenamento jurídico atribui a *legitimidade ativa* para ajuizar a ação metaindividual correspondente, enfrentar as *lesões em massa* de forma unificada e sem necessidade de depender da iniciativa de cada um dos numerosos indivíduos atingidos pela conduta alegadamente ilícita do réu ou dos réus. Como é hoje consensual, esse canal processual alternativo e concorrente com as demandas iniciais de cada um dos interessados tem o potencial de obter uma solução mais rápida, preventiva e mais onerosa para aquele que tenha descumprido de forma coletiva o ordenamento jurídico, além de proporcionar uma solução única para todas as situações individuais litigiosas decorrentes daquela controvérsia, atendendo também, por seu intermédio, à exigência constitucional de isonomia. Essa alternativa processual coletiva, no entanto, apesar dos bons resultados que tem produzido de forma pontual ao longo das últimas décadas, em decorrência da iniciativa do Ministério Público e das associações e sindicatos aos quais a lei atribuiu a correspondente legitimidade ativa *ad causam*, não se mostrou, por muitas e complexas razões, capaz de substituir por inteiro as demandas individuais repetitivas e com idêntico objeto que são, na atualidade, o maior fator do comprometimento da efetividade do sistema judiciário nacional, na esfera comum e na esfera trabalhista, e que se passará a examinar em seguida.

É preciso, antes de mais nada, entender por que a multiplicação de demandas repetitivas, com idêntico objeto, gera uma intolerável instabilidade jurisprudencial.

Em primeiro lugar, é preciso afirmar, com todas as letras, que isso não é culpa dos magistrados que julgam essas ações, em um sistema em que a jurisprudência (e os enunciados de súmulas e orientações jurisprudenciais decorrentes de sua uniformização) tinha, até agora, valor apenas *persuasivo*.

É que a excessiva variação dos entendimentos dos magistrados e dos Tribunais do Trabalho para casos e processos iguais é uma consequência natural e quase inevitável do novo papel que os juízes, mesmo nos países filiados aos *sistemas jurídicos romano-germânicos* como o nosso (tradicionalmente baseados na prevalência e na centralidade das leis como fonte principal do direito

19 E que é expresso ao estabelecer que são aplicáveis, no que for cabível, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, os dispositivos do Título III do CDC, o qual, como já mencionado, disciplina exatamente a defesa individual e metaindividual do consumidor em juízo.

aplicável, pelos julgadores, para a solução dos litígios), foram levados a assumir, a partir da segunda metade do século passado, nas sociedades democráticas de massas e em um ambiente pós-positivista (ou neoconstitucionalista), não se tratando esse fenômeno, absolutamente, de manifestação de indevido *ativismo judicial*, com ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes e ao princípio da legalidade, por meio de exercício arbitrário e abusivo de verdadeiro poder legiferante em suas decisões judiciais.

Foi a combinação de dois fenômenos que transformou o juiz dos dias de hoje de mera *bouche de la loi* (a “boca da lei” preconizada por Montesquieu, pelo Estado Liberal de Direito e pelo positivismo jurídico) em um (a) *juiz concretizador* das normas constitucionais e dos direitos fundamentais num ambiente pós-positivista e em um (b) *legislador intersticial ou subsidiário*, que tem o dever de aplicar normas constitucionais ou legais que são *princípios* ou que, sendo *regras*, possuem redação *polissêmica ou ambígua* ou, então, que estão repletas de *conceitos vagos* e de *conceitos jurídicos indeterminados* cujo sentido final ele deverá completar em cada caso concreto, diante das suas circunstâncias e peculiaridades.

O primeiro desses fenômenos (o impacto do *constitucionalismo pós-positivista* nos sistemas romano-germânicos da atualidade) é bem descrito por Luiz Guilherme Marinoni:

“A noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Entre outras coisas, vivenciou-se a experiência de que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça.

Assim, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios da justiça. Esta ‘substância’ e estes ‘princípios’ foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem ‘rígidas’, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia, passando a se subordinar a ela.

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém, depende da sua adequação aos direitos

fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.”²⁰

Canotilho, por sua vez, ao explicar o conceito de *concretização da Constituição*, esclarece que ele se traduz, fundamentalmente, no *processo de densificação de regras e princípios constitucionais*. Acrescenta que “densificar uma norma” significa *preencher, complementar e precisar* o espaço normativo de um preceito constitucional que seja demasiado genérico para ser diretamente aplicado, para que se torne possível a sua utilização para a solução de determinado problema concreto.

O ilustre constitucionalista português afirma que a concretização das normas constitucionais é um trabalho técnico-jurídico diverso da simples interpretação do texto da norma: é, sim, *a construção de uma norma jurídica*. Por fim, observa que a *concretização* implica sempre a necessidade de “introduzir a realidade”, isto é, os elementos não normativos, a análise dos conflitos de interesses e dos resultados no procedimento concretizante. Em tais casos, o juiz torna-se um verdadeiro *centro de produção normativa*²¹.

Esse primeiro fenômeno, portanto, já aumenta de modo exponencial o campo de atuação e a correspondente responsabilidade do juiz nas sociedades contemporâneas: ao ter o dever de aplicar diretamente as normas constitucionais por si sós instituidoras e garantidoras de direitos fundamentais (sem a necessidade da intermediação do legislador infraconstitucional), mas de natureza predominantemente principiológica (e, assim, muito mais genéricas, flexíveis e meramente indicativas, por conseguinte incompletas, que as normas-regra), exige-se dele, cada vez mais, que passe a ser um verdadeiro “centro de produção normativa”, sendo essencial para a efetiva *concretização* da Constituição.

Em segundo lugar, uma significativa mudança na natureza, no conteúdo e na própria estrutura das leis promulgadas nessas sociedades de massas, democráticas, conflituosas, permanentemente submetidas a um intenso e veloz processo de crises e de transformações estruturais e tecnológicas, também torna a atividade judicante mais complexa.

De início, a própria redação das leis, hoje, não mais corresponde à clareza, à coerência lógico-sistêmica e à completude das *normas-regra* contidas nos Códigos do período de apogeu dos Estados Liberais de Direito, editadas

20 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 67.

21 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. texto e nota 2. p. 201-204.

por Parlamentos muito diferentes das casas legislativas de agora, nas quais a disputa democrática entre vários partidos representativos de diferentes filiações ideológicas e de distintos grupos de interesse com frequência tem levado à edição de normas legais muitas vezes fragmentárias, contraditórias com outros diplomas legais e com uma redação pouco clara e incompleta (que, se fosse mais explícita e menos ambígua, tornaria impossível a sua aprovação pelo consenso da maioria dos legisladores).

O resultado, como se sabe, ou é a pura e simples falta de edição de uma legislação abrangente sobre temas extremamente importantes e conflituosos da realidade nacional²², ou, em outros casos, a promulgação de diplomas legais com redação deliberadamente genérica ou até mesmo ambígua (que terá sido, com toda certeza, a única capaz de obter o número de votos necessários para sua aprovação no Parlamento), que tem o evidente efeito de adiar o embate entre os vários grupos de interesse antagônicos afetados pela nova legislação por meio da transferência de sua decisão final para o Poder Judiciário, que acabará tendo que escolher entre os vários sentidos possíveis daquele texto *polissêmico*, à luz da principiologia e da coerência do próprio sistema jurídico-normativo em que ele esteja inserido²³. Ao mesmo tempo, constata-se uma crescente *judicialização* de casos sobre matérias que, antes, não eram objeto de disputas judiciais. É com base nessa nova realidade que surgem denúncias sobre os mal denominados fenômenos da *judicialização da política* ou da *politização da justiça*, quando, na verdade, são os legisladores que, ao se omitirem de resolver por completo, eles próprios, os conflitos de interesses sobre os quais são instados a legislar, remetem a sua arbitragem final ao Poder Judiciário, postergando o inevitável desgaste político correspondente.

Paralelamente, há também uma outra razão – e esta muito mais legítima e justificável – que tem levado o Poder Legislativo a, alterando a maneira de

22 Como é o caso, no Brasil, da falta, até esta data, de uma lei geral trabalhista sobre as terceirizações, o que obrigou o Tribunal Superior do Trabalho, nas últimas décadas, a consolidar sua jurisprudência predominante sobre o tema nas suas sucessivas Súmulas ns. 256 e 331, conferindo certa estabilidade ao tratamento jurídico da questão.

23 Como também tem sido o caso das decisões da Justiça do Trabalho (e, mais especificamente, da Subseção I em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho – SbDI-1) que têm, em reiteradas decisões por maioria, interpretado o correto sentido e alcance da expressão “atividades inerentes” contida no § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 (Lei sobre Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos) e no art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 (Lei dos Serviços de Telecomunicações), concluindo que ela não pode ser interpretada como uma expressa autorização legislativa para a terceirização das atividades de *call center* desenvolvidas no âmbito das empresas concessionárias de telecomunicações, mesmo que elas sejam consideradas atividades-fim dessas empresas tomadoras de seus serviços, por ser possível outra interpretação dessa expressão mais restritiva e que não seja incompatível com os princípios e as regras do direito do trabalho brasileiro (de forma mais específica os arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que definem as figuras do empregador e do empregado).

redigir as leis, ampliar o espaço de atuação do Poder Judiciário. O motivo, nesse caso, é que a própria complexidade das sociedades modernas de massas, com transformações tecnológicas, econômicas e sociais crescentemente mais velozes, permanentes e imprevisíveis, torna praticamente impossível aos legisladores editarem, com a mesma velocidade, novas leis capazes de acompanhar por inteiro as transformações da realidade e o surgimento das correspondentes novas situações jurídicas que o ordenamento positivo ainda não pôde prever e disciplinar.

Em tal quadro, o legislador, se ainda assim quiser editar leis sobre uma realidade cada vez mais mutável e imprevisível, será obrigado a usar uma técnica de redação das leis bem diversa, que se explica pelo fato de que as necessidades do direito material assumem contornos variados conforme os casos concretos e se transformam dia a dia, sendo impossível que o legislador anteveja todas essas necessidades. Dessa forma, o direito, para que possa absorver e resolver de forma adequada a crescente complexidade e a novidade dos casos concretos trazidos a juízo, causadas pelas mudanças das sociedades contemporâneas, passa a adotar poros por meio dos quais a realidade social pode penetrar e que lhe dão, também, maior longevidade. Abandonando, em primeiro lugar, a ilusão de completude que o dogma da codificação pressupunha, o legislador contemporâneo passou a editar leis especiais (frequentemente configurando verdadeiros *microsistemas normativos*) para regular situações específicas que envolvem, como seus titulares, grupos e posições sociais determinados que exigem tutelas material e processual diferenciadas.

Mas isso não é o principal: em segundo lugar, a própria forma de legislar sobre essas situações teve que mudar profundamente para enfrentar o perigo, crescente e mais frequente, de envelhecimento e de superação prematuros das disposições legislativas casuísticas, exaustivas e detalhadas de outrora, diante de uma realidade cada vez mais mutável.

Isso se fez, essencialmente, pelo emprego generalizado dos *conceitos jurídicos indeterminados* e das *cláusulas gerais* nos textos legais.

Os primeiros, nas autorizadas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, são

“(...) palavras ou expressões de sentido impreciso. Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados ou exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial,

e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de preencher claros, de cobrir os ‘espaços em branco’. A doutrina costuma falar, a propósito, em *conceitos juridicamente indeterminados*.²⁴

Luís Roberto Barroso, por sua vez, é também lapidar ao discorrer sobre o tema:

“Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido destinadas a lidar com situações em que o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras. Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva.”²⁵

As *cláusulas gerais*, de sua parte, são um conceito mais amplo e complexo do que o *conceito vago*: são *expressões linguísticas em que há, nelas, conceitos vagos e que, além disso, incorporam, em si mesmas, princípios jurídicos*. São, por isso mesmo, um vetor interpretativo de outras normas (assemelhando-se a *normas-princípio*)²⁶. Elas criam uma ponte entre as palavras da lei e o sentido mais amplo de justiça que existe na comunidade²⁷.

24 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual* – segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 64. São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados contidos na legislação atual as expressões: a) *pessoas de baixa renda*; b) *meios de comunicação*; c) *relevância do fundamento da demanda* do § 3º do art. 461 do CPC de 1973; d) *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* do art. 273, I, do mesmo CPC ou *abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu* no inciso II do mesmo dispositivo legal.

Para maior aprofundamento sobre a atuação do juiz quando aplica os *conceitos indeterminados* e as *regras abertas*, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 85-88.

25 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 312.

26 São exemplos de *cláusulas gerais* consagradas na legislação atual as expressões: a) *função social da propriedade*; b) *poder de direção empresarial*; e c) *bem comum*.

Nicola Picardi observa com precisão que as *cláusulas gerais* são caracterizadas por vagueza ou imprecisão de conceitos, tendo o objetivo de permitir o tratamento de particularidades concretas e de novas situações inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da norma (La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, 2004. p. 46 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, texto e nota 95. p. 153).

27 Para maior aprofundamento da questão da crescente adoção, nos dias atuais, da técnica legislativa das *cláusulas gerais* ou abertas, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 151-160.

A aplicação das leis contendo conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais aos casos concretos de litígios submetidos à apreciação e ao julgamento dos juízes dá aos mesmos, como é óbvio, um espaço de atuação e, correspondentemente, um papel constitucional e um grau de responsabilidade bem maiores do que aquele tradicionalmente atribuído ao juiz que atuava no Estado Liberal de Direito²⁸. Nos casos em que não ocorra o cumprimento pleno e espontâneo das normas de direito material aplicáveis por seus destinatários e, em decorrência do princípio da demanda, o dissídio correspondente seja regularmente submetido ao Poder Judiciário, se estas normas materiais não tiverem a natureza de *regra* suficiente para regular, por si só, o litígio, a completa e específica realização da vontade concreta da lei apenas ocorrerá depois da atuação *criativa*, em última análise, dos juízes de cada causa (ou seja, do Estado-juiz), ainda que só para *complementar* o sentido das normas constitucionais e legais aplicáveis.

Resumindo tudo o que até aqui se disse, hoje o ordenamento jurídico dos Estados Democráticos de Direito opera e é aplicado por seus destinatários em etapas escalonadas de normas jurídicas (de forma semelhante à operação da pirâmide normativa descrita por Kelsen): em primeiro lugar, parte-se da Constituição (que precisa ser interpretada e aplicada através do *método da concretização*, com técnicas específicas e mais refinadas de hermenêutica constitucional, e não mais por mera *subsunção*); em seguida, interpreta-se e aplica-se a lei respectiva, mas apenas como as primeiras normas de regulação dos fenômenos sociais; a seguir, quando isso não é suficiente (o que ocorre com frequência cada vez maior, pelos motivos aqui expostos), passa-se ao momento de sua incidência aos casos específicos, quando as normas constitucionais e legais serão concretizadas e completadas apenas no momento de sua interpretação e de sua aplicação – isto se fará de modo espontâneo pelas próprias partes interessadas (como ocorre na imensa maioria dos casos, na normalidade das relações sociais) ou, em substituição da vontade destas, pelo juiz (quando, nos casos de conflitos intersubjetivos de interesses, surgir a lide posta em juízo, que exigirá do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional efetiva, constitucionalmente prometida)²⁹.

28 Na feliz e expressiva síntese de Marinoni (*Precedentes obrigatórios, op. cit.*, p. 88), “o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei”.

29 Como bem observa o mesmo Marinoni, “para Kelsen, todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição e da execução de sentença, pois a primeira seria só criação e a segunda pura aplicação do direito. Por isso, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual. (...) A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes” (*Precedentes obrigatórios, op. cit.*, nota 130 p. 91.).

Na feliz observação de Marinoni e aplicando o que se acabou de acentuar, “se um juiz se vale da cláusula geral para chegar na regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral é norma legislativa incompleta e a decisão é a verdadeira norma jurídica do caso concreto”³⁰.

Note-se que, em momento algum, o pós-positivismo proclama ou admite que o juiz da causa, ao exercer a sua função jurisdicional, pode ignorar ou contrariar aquilo que está claramente estabelecido *como normas-regra* nas normas constitucionais ou infraconstitucionais. Em tais casos, o princípio de hermenêutica constitucional da *supremacia da Constituição*³¹ ou os princípios da *separação de poderes* e da *legalidade*, igualmente consagrados na norma fundamental, incidirão com toda a sua força e plenitude, de modo a impedir que o Poder Judiciário profira uma decisão aplicando, no caso concreto, uma *norma de decisão* exclusivamente por ele produzida, mas frontalmente contrária aos ditames das *normas-regra* constitucionais e legais aplicáveis àquele caso concreto³².

Em outras palavras, somente nesses casos em que o ordenamento constitucional e legal se mostra insuficiente para regular determinada relação social o Poder Judiciário pode atuar para *completar* o sentido final e concreto da norma constitucional ou infraconstitucional que o próprio Poder Legislativo decidiu deixar incompleta – sua atuação, portanto, é a de um *legislador intersticial* que, na feliz colocação de Teresa Arruda Alvim Wambier³³, atua apenas nos *poros* por meio dos quais a realidade social pode penetrar e que mitigam o excessivo apego à letra da lei e permitem ao Poder Judiciário adaptar o direito a mudanças e também às particularidades do caso concreto.

30 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 154.

31 Sobre o princípio de interpretação constitucional da *supremacia da Constituição*, veja-se, por todos: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 156-167; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 229-230.

32 É o que também salienta de forma incisiva e com propriedade Humberto Ávila, ao relembrar que as regras não se submetem ao mesmo processo discursivo, argumentativo e justificativo para a sua aplicação que os princípios:

“Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia o caráter descritivo da conduta, ou a definição de um âmbito de poder, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de uma regra que não pode ser simplesmente desprezada pelo legislador, ainda que haja internamente alguma margem de indeterminação para a definição de seu sentido. Assim, se a Constituição estabelece regras que proíbem a utilização de prova ilícita ou garantem a presunção de inocência, não cabe ao intérprete desconsiderar essa rigidez e flexibilizar o comando normativo como se ele fora um conselho descartável ou afastável diante de outros elementos.” (*Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 160)

33 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, jun. 2009, p. 137-139.

O que hoje se reconhece como legítimo e não só admissível, mas também exigido pela própria Constituição, é que esse julgador, nos casos em que não houver regra clara capaz de, por si só, solucionar o litígio e em que tenha que aplicar *normas-princípio* constitucionalmente consagradas ou *conceitos jurídicos indeterminados* ou *cláusulas gerais* de que se valeu o legislador, não se abstenha de *completar* o sentido das normas aplicáveis ao litígio editadas pelo poder constituinte ou pelo Poder Legislativo, *construindo* a norma que ao final de todo esse processo hermenêutico vai regular o caso concreto, à luz das suas circunstâncias fáticas peculiares.

Em tais situações, a decisão judicial que configura um *precedente* ou o conjunto de decisões judiciais em determinado sentido predominante, proferidas pelos Tribunais constitucionalmente competentes para firmar a *melhor interpretação* para determinada norma constitucional ou legal que se aplica a certa *questão de direito*, torna-se, sim, *fonte primária do direito*.

Repita-se: um sistema jurídico que, ao exigir do juiz que aplique normas constitucionais de natureza principiológica para concretizar direitos fundamentais e leis contendo *conceitos jurídicos indeterminados* e *cláusulas gerais ou abertas*, na verdade lhe confere e reconhece o poder e a responsabilidade de criar novas normas jurídicas para os casos concretos que completem as primeiras. Se assim é, isso não acarreta obrigatoriamente que, para casos iguais, haja uma multiplicidade de normas jurídicas individuais de diferentes sentidos, geradas apenas pela natural variação de entendimentos de numerosos e distintos julgadores.

Se hoje a vinculação estrita dos juízes à letra da lei já não é possível nem desejável, a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação aos juízes traz, inevitavelmente, *um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas jurídicas sejam interpretadas e aplicadas de modo diferente por juízes diversos*, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os atores sociais pautem sua conduta e façam suas escolhas de vida com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor. Com isso, o direito como um todo deixa de ser capaz de desempenhar sua função precípua: a de ordenar e de regular as relações sociais.

Outro perigo correlato é a consagração do chamado *decisionismo judicial* que o pospositivismo abomina (proclamando, ao contrário, que, em qualquer conflito de interesses submetido à decisão judicial, só pode haver *uma única solução justa*, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis a este caso concreto, tais como compreendidos em determinado momento histórico). Como compatibilizar esse entendimento com a possibilidade de cada juiz de uma

determinada causa poder livremente interpretar e aplicar as normas que regulam aquele litígio de acordo com o seu próprio e livre-entendimento pessoal acerca de seus significado e alcance, sem sequer cogitar da possibilidade de aplicar o entendimento jurisprudencial já consolidado acerca da questão?

É aqui que entra a jurisprudência, como um mecanismo a um só tempo *flexibilizador da letra fria da lei* (permitindo sua aplicação mais justa a um sem número de situações diversas que nenhum legislador pode prever ao editar uma norma, como sempre foi o seu papel tradicional nos sistemas de direito romano-germânicos), mas, por meio da utilização de mecanismos para sua uniformização e para a observância dos entendimentos jurisprudenciais daí resultantes, também *estabilizador do conteúdo das normas jurídicas em vigor*, definindo *em um precedente*, para casos concretos substancialmente iguais ao que foi decidido no *leading case*, o *sentido único de uma norma jurídica* que hoje é, na maioria das vezes, genérica, principiológica e que exige sua complementação mediante uma *interpretação concretizadora* do Poder Judiciário³⁴.

4 – OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES OU OBRIGATÓRIOS COMO REMÉDIO PARA A EXCESSIVA INSTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

Embora o modelo de súmulas e orientações jurisprudenciais meramente *persuasivas*, pioneiramente adotado, entre nós, pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em 1963, tenha trazido resultados positivos no sentido da aceleração e da racionalização da atividade de todos os Tribunais brasileiros, mostrou-se incapaz, nos últimos anos, de evitar essa instabilidade da jurisprudência em relação aos processos repetitivos, provocando o tratamento desigual a litigantes em situação jurídica essencialmente igual e atuando como mecanismo de retroalimentação e de perenização do ajuizamento de novas demandas com esse mesmo objeto.

É este o perigo principal que a adoção de todas essas técnicas hermenêuticas e legislativas destinadas a ampliar o espaço de atuação do julgador nos

34 Lucas Buril de Macêdo, depois de observar que os precedentes judiciais são importantíssimos para garantir razoabilidade ao direito, considera-os de modo expresso *uma forma de contenção ou de fechamento do processo criativo do juiz como seu aplicador*, significativamente acrescido, na atualidade, pelo desenvolvimento dos princípios como normas, evitando o que denomina “uma produção irresponsável de direito jurisprudencial”. E acrescenta de forma incisiva:

“Isso mesmo: *os precedentes são uma forma de garantir limites à atividade criativa dos juízes, e não de reforçar a criatividade ou de dar mais poderes aos magistrados.*” (O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 237, nov. 2014, p. 373-374)

Estados Democráticos de Direito contemporâneos faz surgir: a possibilidade de uma mesma situação jurídica substancial regulada de modo apenas parcial pelas normas constitucionais e legais gerar, em uma enorme multiplicidade de casos concretos iguais, interpretações judiciais diversas, com resultados também diferentes para os litigantes de cada processo³⁵. A ofensa ao princípio constitucional da igualdade (ou da isonomia), aqui, é evidente e não é diminuída (sendo, na verdade, exacerbada) pela circunstância de que terá ocorrido justamente no âmbito do Poder Judiciário³⁶.

Também a esse respeito se manifesta de forma incisiva Teresa Arruda Alvim Wambier. Depois de ressaltar que a obtenção da igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law* e de lembrar que, nos sistemas romano-germânicos como o brasileiro, a pauta de conduta dos jurisdicionados não está exclusivamente na letra da lei, mas, sim, “está na lei, enquanto *compreendida* pela doutrina e pelos Tribunais”, completa ela com precisão e propriedade:

“Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção *acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados*. Tudo depende de que juiz e de que Tribunal tenha decidido o seu caso concreto.

Temos convicção de que o sistemático desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam

35 Discorrendo sobre a necessidade da previsão, na lei, de mecanismos que assegurem a *uniformização da jurisprudência* e que evitem o que, de forma pejorativa, se denomina de *loteria judiciária*, há muito já advertia José Carlos Barbosa Moreira que a simples existência de uma pluralidade de órgãos judicantes estatais que têm que enfrentar iguais questões de direito para enunciar teses jurídicas em idêntica matéria gera a possibilidade de que, num mesmo instante histórico, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, aplicando-se teses jurídicas divergentes ou até opostas a espécies semelhantes. Para ele, essa estabilização da jurisprudência, portanto, visa evitar que se comprometa a *unidade do direito* e que se semeiem, entre os membros da comunidade, o descrédito e o ceticismo quanto à efetividade da garantia constitucional do acesso à justiça, tratando-se de evitar, por seu intermédio e na medida do possível, que *a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso* (Comentários ao Código de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. p. 5).

36 A esse respeito, é notório ser um dos principais corolários do sistema de *stare decisis*, consagrado nos países de *common law* para assegurar o respeito aos precedentes judiciais anteriores dos seus Tribunais Superiores tanto pelos juízes das demais instâncias a eles vinculados quanto por eles próprios (a não ser nos casos excepcionais de sua revisão ou superação pelo próprio órgão judicial que produziu o precedente – os denominados casos de *overruling*), o princípio consagrado na parêmia *treat like cases alike*, ou seja, em tradução livre, *casos similares devem ser decididos da mesma forma*.

Como se sabe, o nome *stare decisis* vem da parêmia latina *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser livremente traduzida por “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”.

DOCTRINA

a ocorrer como se houvesse várias ‘leis’ regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade. (...)

Ora, de que adianta ter-se uma só lei com diversas interpretações possíveis? Tantas pautas de conduta haverá quantas forem estas interpretações. É como, repetimos, se houvesse *várias leis* disciplinando a mesma situação.”³⁷

Trazendo tudo o que até aqui se disse para a esfera trabalhista e para o cenário de crise crescente da Justiça do Trabalho brasileira, com sua explosão de demandas individuais repetitivas que a cada ano só aumentam, pode-se perceber que aí com certeza está um dos seus principais fatores determinantes: além da já descrita flagrante ofensa ao princípio constitucional da isonomia, a instabilidade da jurisprudência trabalhista a respeito de casos iguais em sua substância estimula a persistência e a expansão da litigiosidade.

Especificamente na esfera juslaboral, é forçoso concluir que, se diferentes juízes e Tribunais trabalhistas interpretam de modo distinto as mesmas normas legais, os titulares do mesmo direito material delas objeto terão, na prática, resultados diversos, embora como resultado da incidência do mesmo dispositivo: será como se, na realidade, existissem diversas leis, de conteúdo diferente, regulando a mesma matéria e regendo exatamente os mesmos fatos. A mesma autora, mais recentemente, observou, de forma concisa, que “quanto mais flexíveis são os parâmetros que orientam as decisões do juiz, maior é a relevância de que se respeitem as decisões dos Tribunais Superiores”³⁸.

É preciso também que se perceba que os efeitos gravemente anti-isonômicos de decisões judiciais divergentes sobre a mesma questão de direito e, principalmente, sobre litígios repetitivos em sua essência iguais, também do ponto de vista fático, não afetam apenas os empregados que são partes em cada um desses processos. Também os empregadores serão por igual afetados: como esperar que um deles cumpra certas normas trabalhistas no sentido pretendido por seus próprios empregados (o que, certamente, lhe será mais oneroso) depois de ver que seus concorrentes as aplicam em uma linha de interpretação que lhes é mais favorável (e menos onerosa), mas que ainda está sendo adotada como a mais correta pelo menos por parte da jurisprudência de todas as instâncias da Justiça do Trabalho?

37 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de processo, op. cit.*, p. 144 e 146.

38 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 261.

Em uma economia de mercado de massas, de acirrada competição e que privilegia a livre-iniciativa, a instabilidade e a conseqüente imprevisibilidade do entendimento judicial sobre as normas trabalhistas em vigor naturalmente levam os empregadores delas destinatários a não cumprirem de forma espontânea (ou melhor, a cumprirem o menos possível) as obrigações trabalhistas sobre as quais ainda haja controvérsia razoável (ou melhor, sobre as quais ainda estejam sendo proferidas decisões judiciais de conteúdo variado sobre a questão jurídica em discussão).

Ou seja, sem uma clara, rápida e prévia definição do padrão de conduta esperado para cada um dos atores sociais, a norma de direito material sobre a qual ainda persistam dúvidas interpretativas necessariamente terá um baixo nível de cumprimento espontâneo, sendo também inevitável um crescimento diretamente proporcional dos litígios judiciais que tenham por objeto os seus reais significado e alcance, na medida em que os empregados interessados também terão, nas decisões que lhes sejam mais favoráveis, proferidas na mesma ocasião em outros processos, um forte estímulo para que adotem sempre a linha interpretativa menos favorável possível a seus empregados, aguardando que estes, se quiserem, também batam às portas do Judiciário para tentar obter as vantagens que pelo menos parte dos trabalhadores na mesma condição fática e jurídica já estarão obtendo em seus próprios processos trabalhistas.

Mesmo nos sistemas jurídicos que não adotaram o modelo de precedentes (ou súmulas) obrigatórios ou vinculantes, a necessidade de se obter uma única interpretação para as mesmas questões de direito subjacentes aos numerosos litígios de idêntico objeto (evitando a disfunção causada pela multiplicidade de decisões judiciais divergentes sobre a mesma controvérsia e o estilhaçamento do sentido das normas de direito material em vigor, em múltiplos e divergentes entendimentos a seu respeito) levou ao estabelecimento de uma estrutura hierarquizada de seu Poder Judiciário, com a criação dos denominados *Tribunais de Superposição*, acima dos órgãos jurisdicionais ordinários de primeiro e de segundo grau de jurisdição (que, no Brasil de hoje, são os Tribunais Superiores e, no ápice dessa estrutura piramidal, o Supremo Tribunal Federal).

Competentes para julgar, precipuamente, os recursos *de natureza extraordinária*, desempenham eles três funções primordiais:

a) a *função nomofilática*, pela qual buscam assegurar, por suas decisões, que a lei seja interpretada e aplicada de uma só maneira, exata e uniforme, tal como proclamado por esses mesmos Tribunais (prestigiando-se, assim, a igualdade, a previsibilidade e a eficiência na prestação jurisdicional);

DOCTRINA

b) a *função uniformizadora da jurisprudência*, mediante a qual se busca controlar a interpretação e a aplicação da lei pelos vários julgadores das instâncias ordinárias, a fim de se evitar o caos na jurisprudência, assegurando, para os *mesmos* fatos relevantes das numerosas controvérsias judiciais, o *mesmo* significado da *mesma* lei; e

c) a *função paradigmática (persuasiva ou vinculante)*, por meio da qual as decisões desses *Tribunais de Superposição* (o STF e os Tribunais Superiores) servem de *precedentes* e, em alguns casos, *firmam jurisprudência* para orientar o julgamento dos casos futuros iguais ou análogos pelos demais magistrados e Tribunais (e também o julgamento desses mesmos Tribunais em casos futuros análogos – em decorrência da denominada *eficácia horizontal* dos precedentes).

Foi exatamente nessa terceira função que o novo Código de Processo Civil promoveu uma profunda alteração no modelo processual brasileiro, com base na constatação de que o anterior modelo de *súmulas meramente persuasivas* fracassou – a partir de agora, atribuiu-se, com muita clareza, efeito *obrigatório ou vinculante* para os *precedentes* e os *enunciados de súmula* a eles correspondentes, como se passará a demonstrar em seguida³⁹.

5 – O MODELO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS ADOTADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo CPC, de 08.06.2010, ficou expressa sua preocupação central com a tutela da segurança jurídica e com a uniformidade da jurisprudência. Ali se disse expressamente que

“(…) não se pode tolerar diversos posicionamentos jurisdicionais acerca de uma mesma situação jurídica substancial, em detrimento dos jurisdicionados, seja em relação aos que estão em situações idênticas e recebem um tratamento menos favorável ou àqueles que planejam suas atuações com fundamento na orientação dada pelos Tribunais. Conforme se observou, a insegurança nas decisões judiciais ‘gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade’.”

39 Hermes Zaneti Junior (Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de [Coord.]. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 410-411) é incisivo ao afirmar que

“o direito processual civil brasileiro acertou ao reconhecer formalmente, no texto legal, a força normativa dos precedentes. Com isto, tornou-os obrigatórios e vinculantes, induzindo a passagem do direito jurisprudencial – vinculado apenas à lei e ao livre-convencimento do juiz, na sua falta – para o direito de *precedentes*, no qual os juízes e os Tribunais são responsáveis por suas escolhas, escolhas que irão vincular a si e aos seus pares no futuro; portanto, não são mais ‘livres’, se é que um dia o foram.”

Depois de várias modificações do anteprojeto no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, a versão final do novo Código de Processo Civil acabou por inserir os dispositivos principais sobre o sistema de precedentes obrigatórios nas disposições gerais de seu Título I (*Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais*), do Livro III (*Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais*) da Parte Especial do Código.

O papel central dos precedentes obrigatórios para a consecução dos escopos centrais do novo sistema está consagrado nos arts. 926 a 928 do referido Código⁴⁰.

O primeiro deles⁴¹ é o mais relevante, por consagrar o *dever geral de tutelar a segurança jurídica nas decisões judiciais, especialmente nas proferidas pelos Tribunais Superiores*. Comentando a redação muito semelhante que se dava ao art. 520 da versão do projeto aprovada na Câmara Federal, Lucas Buril de Macêdo afirma que esse é o dispositivo mais importante sobre a teoria dos precedentes judiciais do novo CPC, por fornecer material suficiente para a construção do *stare decisis* brasileiro e para a institucionalização, no Brasil, dos *precedentes obrigatórios*.

Identifica ele, nesse preceito, a consagração dos seguintes deveres:

a) *uniformização* – em virtude da qual será inadmissível que qualquer Tribunal sustente mais de um entendimento simultaneamente, uniformizando o mais rapidamente possível suas eventuais decisões divergentes;

b) *estabilidade* – pela qual será necessário respeitar a *ratio decidendi* dos precedentes pelo próprio Tribunal que os tiver adotado, evitando-se a sua superação de forma instável ou irracional e exigindo-se, para tanto, uma justificação adequada;

c) *integridade* – em decorrência da qual não se admitirá que os Tribunais assumam posicionamentos inconsistentes e conflitivos, devendo manter sua jurisprudência racional, por meio de precedentes que levem em conta o

40 Aplicáveis por inteiro ao processo do trabalho (art. 3, XXIII, da Instrução Normativa n. 39/2016 do TST). O primeiro desses preceitos consagra de modo expresso o dever dos Tribunais brasileiros de manter a uniformidade e a estabilidade de sua jurisprudência.

41 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1 Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2 Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

que antes já foi por eles decidido a respeito e que sua modificação se faça de maneira justificada e sem contradições; e

d) *coerência* – no sentido de que as orientações oferecidas aos jurisdicionados pelos precedentes judiciais devem ser vistas como um produto do Poder Judiciário como um todo, sem contradições e consistente, exigindo-se, em decorrência, que os desvios particulares ou as mudanças desses precedentes sejam específica e solidamente justificados.

Tratando do mesmo tema, Hermes Zaneti Junior define o dever de a jurisprudência observar sua *coerência/consistência em sentido estrito*, compreendida esta como a não contradição com as decisões anteriores do mesmo julgador, do mesmo Tribunal e do mesmo ordenamento jurídico, e o dever de manter a sua *integridade/coerência em sentido amplo* (ou *integridade*), compreendida como a conformidade da decisão com a unidade do ordenamento jurídico como um todo (art. 926, *caput*), e, ao mesmo tempo, o caráter normativo da norma precedente (arts. 927, § 1º, e 489, § 1º, VI)⁴².

A seguir, o § 1º do citado art. 926 estabelece que esses precedentes judiciais configuradores da jurisprudência dominante desses Tribunais deverão ensejar a edição, por esses órgãos judiciários, de *enunciados de súmula*, distanciando-se claramente do modelo de precedentes obrigatórios adotado pelos países do *common law*⁴³.

Isso, de um lado, corresponde exatamente à concepção peculiar e *expansiva* dos precedentes obrigatórios que equipara a sua *ratio decidendi* aos *motivos ou fundamentos determinantes* da decisão e que, no entender *retro* citado de Luiz Guilherme Marinoni, deverá ser dada ao *stare decisis* no Brasil.

No entanto, por outro lado e para doutrinadores igualmente expressivos⁴⁴, o citado preceito se equivoca ao confundir as *súmulas* com os *precedentes*

42 ZANETI Jr., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes, *op. cit.*, p. 415.

43 Isso porque, nos países filiados ao *common law*, os precedentes judiciais nascidos do julgamento dos casos específicos são aplicados diretamente aos casos futuros similares, sem necessidade de se consagrar previamente a sua *ratio decidendi* em um enunciado verbal que a sintetize, à semelhança de um texto de lei.

44 Por todos: MACÊDO, Lucas Buriel de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 383-386. Esse autor chega a concluir, incisivamente, nesse artigo (p. 386), que “é natural que a caminhada à direção à fortificação dos precedentes obrigatórios no Brasil passe pelo esquecimento e supressão das súmulas, vinculantes ou não, instituto que só tem razão de ser em um sistema que desconsidera o precedente judicial”.

No mesmo sentido de distinguir súmulas e precedentes judiciais, vejam-se ainda: LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo à súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 234, ago. 2014, p. 275-301; e ABOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 165, nov. 2008, p. 218-230.

*judiciais*⁴⁵. Com isso, para esses autores, isso fará surgir o risco de tratar os precedentes (que necessariamente têm uma fortíssima ligação com os fatos relevantes das causas em que foram gerados) como textos genéricos e abstratos que, por isso mesmo, sempre exigirão interpretação e que tenderão a ganhar excessiva autonomia em relação às circunstâncias peculiares do processo que ensejou a fixação de sua correspondente *ratio decidendi* e que, reproduzindo os defeitos das *súmulas vinculantes*⁴⁶, teria um viés autoritário, que impediria a atuação do direito pelos demais órgãos jurisdicionais, dos quais se passaria a exigir tão somente o uso renascido e exacerbado dos métodos e dos postulados da Escola da Exegese do século XIX.

É bem verdade que o § 2º desse mesmo dispositivo, ao exigir que os Tribunais, ao editarem esses enunciados de súmulas, atenham-se às *circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*, tende a atenuar esse problema, por vincular os verbetes de jurisprudência consolidada aos fatos relevantes que serviram de suporte à adoção da *ratio decidendi* desses preceden-

45 Para Lucas Buril de Macêdo, a *jurisprudência* (termo de enorme maleabilidade semântica) não se confunde com o *precedente judicial*. Enquanto a teoria dos precedentes trabalha com base na importância de uma única decisão para a produção do direito, respeitados determinados requisitos, reconhecendo o importante papel do Judiciário para a criação de normas, a força normativa da jurisprudência, em sentido contrário, pressupõe a inexistência de relevância da decisão em sua unidade, mas a autoridade somente se apresentaria a partir de um grupo de precedentes e, mais ainda, da repetição de julgados no mesmo sentido.

Daniela Pereira Madeira cita quatro acepções do termo *jurisprudência*, pelos seus diferentes graus de eficácia: no sentido técnico-jurídico da expressão, é “a coleção ordenada de acórdãos, consonantes e harmônicos sobre determinada matéria, no âmbito de uma dada justiça ou de um dado Tribunal”; *jurisprudência dominante* (embora nem sempre expressa em um enunciado formalmente aprovado pelo Tribunal respectivo) é próxima, em seus efeitos processuais, do conceito de *súmula* (O novo enfoque dado à jurisprudência e à sociedade moderna. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT. v. II. p. 335-345).

As *súmulas* são, tradicionalmente, o “instrumento de revelação da jurisprudência dominante ou pacificada” de um determinado Tribunal, como estava previsto no CPC de 1973 no incidente de uniformização de jurisprudência; agora, para a teoria dos precedentes do novo CPC, elas são o extrato da *ratio decidendi* de seus *precedentes*, devendo estar necessariamente ligadas aos fundamentos determinantes de fato e de direito dos casos que lhes deram origem e ser, com eles, conjuntamente interpretadas.

46 Para nossas críticas às *súmulas vinculantes* exatamente nesse sentido, vejam-se: PIMENTA, José Roberto Freire. Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica. In: BARROS, Alice Monteiro de. *Compêndio de direito processual do trabalho* – obra em memória de Celso Agrícola Barbi. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 470-472; e *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 54, jul. 1994/jun. 1995, p. 245-248; e PIMENTA, José Roberto Freire. *Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica*, *op. cit.*, p. 467-475.

Nesse mesmo sentido crítico, vejam-se, ainda: THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória, *op. cit.*, p. 24-25.

tes⁴⁷. Porém, persistirá o risco de que isso não ocorra na prática, fazendo nascer, em certos casos, verbetes sumulares desconectados das circunstâncias fáticas que terão sido decisivas para determinar o sentido das decisões paradigmáticas, como infelizmente já ocorreu na experiência passada dos Tribunais brasileiros.

Regulando a forma de cumprimento específico do art. 926 do novo CPC, o *caput* de seu art. 927⁴⁸ cria uma verdadeira hierarquia entre os precedentes judiciais e os institutos processuais destinados a assegurar a sua autoridade e efetividade. Ele também deixa muito claro que, tanto nos casos das decisões paradigmáticas proferidas pelos Tribunais em geral, nos incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e no julgamento dos recursos de natureza extraordinária pelos Tribunais Superiores⁴⁹ (inciso III) quanto nos casos em que forem aplicáveis as súmulas do STF, em matéria constitucional, e dos Tribunais Superiores, em matéria infraconstitucional (inciso IV), os demais juízes deverão observar as suas *rationes decidendi*. Mas o que é tão ou mais importante é que o mesmo efeito obrigatório alcançará também a *orientação* (isto é, a *ratio decidendi*) das decisões que configurarem precedentes do Plenário ou do órgão especial, que terão o mesmo efeito obrigatório em relação aos demais juízes que lhes estiverem vinculados (inciso V).

47 Ou seja, a súmula serve exatamente para explicitar, de forma densa e concisa, a *ratio decidendi* ou *holding* (para os norte-americanos) do(s) precedente(s) que deverá ser aplicada para os casos futuros substancialmente iguais, o que pode ser uma vantagem em relação ao sistema do *common law*, no qual são os julgadores dos casos subsequentes àquele em que se firmou o *precedente* que, em cada caso futuro, terão que extrair a *ratio decidendi* do *leading case*, o que pode também gerar resultados não uniformes na sua aplicação subsequente por julgadores diferentes.

48 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – *os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*;

IV – *os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional*;

V – *a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados*.”

49 Somos do entendimento de que não pode haver qualquer dúvida razoável quanto à aplicabilidade integral desses arts. 926 a 928 do novo CPC à esfera processual trabalhista. Em primeiro lugar, isto se dá pela aplicação direta do disposto no art. 769 da CLT, que continua em vigor e que determina a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho, nos casos omissos (como aqui ocorre) e exceto naquilo em que for incompatível com as normas processuais trabalhistas (o que, evidentemente, não é o caso). Ademais, agora também incide nesse caso a disposição harmônica e convergente do art. 15 do novo diploma processual civil, a qual é também expressa ao dispor que “*na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições desse Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”.

DOCTRINA

Esse efeito vinculante ou obrigatório dos precedentes é ainda mais reforçado no art. 311, II, do novo CPC⁵⁰, quando esse prevê, como uma das hipóteses de concessão da denominada *tutela de evidência*, a *existência de tese favorável ao requerente firmada pelos Tribunais Superiores em julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante*. No mesmo sentido, a improcedência liminar dos pedidos iniciais prevista no art. 332 do novo CPC⁵¹ é autorizada desde que, além de ser dispensável a fase instrutória, a pretensão do autor *contrarie enunciado de súmula do STF ou de STJ, acórdão proferido por esses Tribunais em julgamento de recursos repetitivos ou em incidente de resolução de demandas repetitivas, ou enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local*. Ademais, nos termos do § 4º do art. 496 do mesmo Código⁵², a remessa necessária não se efetivará se a sentença estiver fundada em súmulas ou acórdãos proferidos em sede de resolução de demandas repetitivas ou em julgamento de recursos repetitivos.

Os §§ 2º a 4º desse mesmo art. 927, por sua vez, tratam da hipótese de alteração da tese jurídica adotada em súmula, em julgamento de casos repetitivos ou de jurisprudência dominante ou pacificada do STF e dos Tribunais Superiores (o denominado *overruling*), que só poderá ser feita pelo próprio Tribunal que prolatou a decisão anterior ou por outro que esteja em posição hierárquica superior e que, em alguns casos, poderá ter seus efeitos modulados apenas para o futuro ou a partir de uma data específica, “no interesse social ou no da segurança jurídica”. Em tais casos de modificação ou de superação do

50 Aplicável por inteiro ao processo do trabalho (art. 3 , VI, da Instrução Normativa n 39/2016 do TST).

51 Aplicável ao processo do trabalho com as necessárias adaptações, nos termos do art. 7 da Instrução Normativa n 39/2016 do TST, *in verbis*:

“Art. 7 Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 332 do CPC, com as necessárias adaptações à legislação processual trabalhista, cumprindo ao juiz do trabalho julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior do Trabalho (CPC, art. 927, inciso V);

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4);

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de Tribunal Regional do Trabalho sobre direito local, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que não exceda à jurisdição do respectivo Tribunal (CLT, art. 896, b, a *contrario sensu*).

Parágrafo único. O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência.”

52 Também aplicável por inteiro ao processo do trabalho (art. 3 , X, da Instrução Normativa n 39/2016 do TST).

precedente, será necessária *fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia* (§ 4º do art. 927).

Como se não bastasse a clareza dessas disposições, elas são ainda mais reforçadas pelo que estabelece o § 1º do mesmo art. 927 em análise, que determina que “os juízes e os tribunais observarão o disposto (...) no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”.

Esse art. 489 do novo CPC⁵³, de sua parte, depois de estabelecer em seu *caput* (e sem maiores novidades) quais são os elementos essenciais da sentença, reforça visivelmente a eficácia *vinculante* não só das súmulas, mas também dos *precedentes judiciais* no inciso VI de seu § 1º, ao dispor que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI – deixar de seguir enunciado de *súmula, jurisprudência ou precedente* invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”⁵⁴.

Isso, evidentemente, significa que, se os julgadores do novo caso não seguirem enunciado de súmula ou precedente invocados pela parte, só lhes será permitido deixar de aplicá-los em sua decisão, sob pena de ela ser considerada desfundamentada (e, portanto, *nula*), se ali se demonstrar a existência de *distinção* no processo em julgamento (*distinguishing*) ou de *superação ou revisão do entendimento* (pelo próprio Tribunal que produziu o precedente em decisão anterior, ou seja, no caso de *overruling*, ou por legislação superveniente, configurando caso de *overriding*), ou seja, nesse novo sistema processual, nunca será possível aos julgadores deixarem de aplicar o precedente simplesmente por considerarem equivocada a sua *ratio decidendi* quanto à questão de direito objeto da controvérsia – eis aqui, com todas as letras, o denominado *efeito obrigatório ou vinculante dos precedentes judiciais*.

Outro poderoso reforço da autoridade das decisões dos Tribunais Superiores que configurarem *precedentes obrigatórios*, também previsto no novo Código de Processo Civil (já com a nova redação dada pela Lei nº 13.256, de

53 Também aplicável por inteiro ao processo do trabalho (art. 3º, IX, da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST).

54 É relevante notar que o art. 1.013 do novo CPC estabelece em seu § 3º, inciso IV, que, quando o Tribunal, ao julgar apelação, decretar a nulidade de sentença *por falta de fundamentação* (ou seja, em todas as hipóteses previstas nos incisos I a VI do § 1º do seu art. 489), deverá decidir desde logo o mérito, se o processo estiver em condições de imediato julgamento – ou seja, deverá o Tribunal, nesses casos, aplicar desde logo o enunciado de *súmula, jurisprudência ou precedente* invocado pela parte que não foi aplicado pelo julgador de primeiro grau sem invocar *distinção* para tanto.

04.02.2016), consistirá no uso generalizado do instituto da *reclamação*, disciplinado nos seus arts. 988 a 993⁵⁵.

Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público (art. 988, *caput*) para garantir a autoridade das decisões do Tribunal (inciso II) e a observância de *enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade* (inciso III) e de *acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência* (inciso IV), assim como, *a contrario sensu* do que estabelece o inciso II do § 5º desse mesmo artigo, também para assegurar a observância de *acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos*, desde que esgotadas as instâncias ordinárias. Esta reclamação pode ser proposta perante qualquer Tribunal, competindo o seu julgamento ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir (§ 1º). A hipótese do inciso IV anteriormente referido compreenderá tanto *a aplicação indevida da tese jurídica* quanto *a sua não aplicação aos casos que a ela correspondam* (§ 4º do mesmo art. 988).

Nos termos do seu seguinte art. 989, o relator da reclamação, ao despachá-la, requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, a serem prestadas em 10 dias, e, se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável, além de determinar a citação do beneficiário da decisão impugnada para apresentar a sua contestação no prazo de 15 dias.

Se a reclamação for julgada procedente, o Tribunal *cassará a decisão exorbitante de seu julgado* ou *determinará medida adequada à solução da controvérsia* (art. 992), cabendo ao presidente do Tribunal determinar o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente (art. 993).

Diante de todos esses dispositivos do novo Código, todos eles subsidiária e supletivamente aplicáveis ao processo do trabalho (alguns com as necessárias adaptações, nos termos dos artigos já indicados da Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho), não pode restar nenhuma dúvida

55 A nosso ver, também perfeitamente aplicáveis por inteiro ao direito processual do trabalho, nos precisos e convergentes termos dos arts. 769 da CLT e 15 do novo CPC.

de que é inteiramente aplicável, na esfera trabalhista, o sistema de *precedentes obrigatórios ou vinculantes* aqui delineado⁵⁶.

6 – A OPERACIONALIZAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Estabelecida a plena aplicabilidade, à esfera trabalhista, do modelo de precedentes obrigatórios instituído pelo novo CPC, é preciso agora definir os critérios para sua boa aplicação.

Em outras palavras: a) em que consiste, exatamente, o precedente judicial? b) qual é a parte do precedente que realmente vincula? c) como se estabelece se determinado precedente é ou não aplicável a um caso futuro aparentemente igual ou semelhante? d) em que medida é possível distinguir entre *questões de fato* e *questões de direito*, para aplicar ou não um precedente a casos futuros?

Para começar, é preciso compreender qual é o conteúdo de uma decisão judicial, qualquer que seja. A esse respeito, a Juíza Federal e Mestre em Direito Processual pela UERJ Daniela Pereira Madeira observa com propriedade que,

“(…) ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, *duas normas jurídicas*: uma de caráter individual, que constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise; e outra de caráter geral, que é fruto de sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao direito positivo”,

concluindo que

“a regra (o cerne ou núcleo do precedente) é equivalente à *ratio decidendi*, sendo que essa regra pode ser delimitada pelo próprio juiz ao proferir a decisão ou pode ser delimitada pelo juiz posterior/sucessivo ao analisar a decisão anteriormente proferida.”⁵⁷

56 Apesar de alguns ilustres doutrinadores já terem afirmado que, a seu ver, é inconstitucional a atribuição, por lei ordinária, desse *efeito vinculante ou obrigatório* aos precedentes judiciais (e às súmulas a eles correspondentes, nos termos do § 2º do art. 926 do novo CPC), não foi essa a conclusão a que chegou a Comissão de Ministros que elaborou a proposta que resultou na Instrução Normativa nº 39/2016, devendo, evidentemente, a palavra final a respeito ser oportunamente proferida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no exercício da competência constitucional que para tanto lhe foi conferida. Para um exame dos fundamentos favoráveis à constitucionalidade das normas processuais civis, aqui já apontadas, que consagraram esse tão discutido efeito, veja-se, por todos: ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes* – teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 366 e ss.

57 MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro*: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 529-530.

DOCTRINA

Ninguém põe em dúvida que *like cases should be treated alike* (casos iguais ou parecidos devem ser tratados do mesmo modo). Porém, *o que torna os casos iguais?*

É indispensável, para bem responder a essa relevante questão, compreender qual é a parte ou o elemento da decisão que, constituindo um precedente para as decisões futuras de casos semelhantes, terá efeito *vinculante*: de pronto, é preciso salientar algo absolutamente incontroverso a esse respeito – não é toda a decisão que gerará o precedente que vinculará os futuros julgadores que decidirem casos iguais ou similares.

A parte efetivamente *vinculante* ou *persuasiva* da decisão que constituirá o precedente jurisprudencial é o que a doutrina denomina de *ratio decidendi*, conceito que, até a introdução do *sistema de precedentes obrigatórios*, não teve correspondente no direito processual brasileiro, mas a cujo respeito a doutrina processual dos países de *common law* já se aprofundou bastante, suscitando intensas e complexas discussões a respeito, cujas linhas gerais é preciso expor a seguir.

Teresa Arruda Alvim Wambier, advertindo que isto consiste em drástica simplificação, começa por noticiar que os ingleses chamam de *ratio decidendi a parte efetivamente vinculante da decisão*, esclarecendo que ela é *a proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão*, acrescentando a seguir que a *ratio decidendi* pode ser considerada o *núcleo do precedente*, cujas proposições jurídicas devem ser necessariamente seguidas num sistema de precedentes vinculantes. Conclui que a regra produzida pela decisão paradigmática (a *rule* – o cerne ou o núcleo do precedente) é equivalente à *ratio decidendi*.

Adverte ela, ainda, que nem todos os fundamentos das decisões judiciais que constituirão um precedente integrarão a sua *ratio decidendi*: por exclusão, tudo o que é dito numa decisão e não integra a *ratio decidendi* é *obiter dicta* ou *gratis dicta* (que, literalmente, significa *o que é dito para morrer* ou *o que é dito gratuitamente*, ou seja, o que é dito por nada, inutilmente).

Embora as decisões judiciais, nos sistemas de *common law*, também sejam fundamentadas, e essa fundamentação seja necessariamente constituída por um resumo das provas, das considerações a respeito dos fatos da causa e dos argumentos deduzidos pelas partes, a i. processualista de São Paulo esclarece que, em princípio, pode-se afirmar que “um precedente é um pronunciamento do juiz *sobre o direito* e que as questões de fato não integram o precedente”.

Mas dizer que os precedentes só versam sobre *questões de direito*, evidentemente, não pode nem quer dizer que os fatos da causa em que foi gerado

o precedente judicial são irrelevantes ou indiferentes para determinar o sentido e a aplicabilidade deste aos casos futuros – muito ao contrário. Nesse sentido, Teresa Wambier é lapidar:

“Mas é extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos. Isso nos faz pensar poder se afirmar que, em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*. Quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito, devendo ser seguido o precedente.”⁵⁸

Daniela Pereira Madeira, por sua vez, começa por definir a *ratio decidendi* (ou, para os norte-americanos, a *holding*), que é a única parte do precedente que, nos países que adotam o *stare decisis*⁵⁹, adquire força vinculante para os casos futuros semelhantes, como o *ponto comum de todos os precedentes de uma súmula ou orientação jurisprudencial como tese jurídica, acolhida pelo órgão julgador em cada um dos casos concretos que lhe serviram de precedentes*, sendo, em síntese, *a regra jurisprudencial que se incorpora ao direito e que deve, a esse título, ser seguida no futuro em casos similares*. Acrescenta que é nela que se encontram *os motivos determinantes da decisão judicial* (isto é, os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão) ou, em outras palavras, *a regra de direito necessária à decisão* (ou seja, a opção hermenêutica adotada na decisão, sem a qual essa não teria sido proferida como foi).

Expõe ela, a seguir, com base no que ensina a respeito Patrícia Perrone Campos Mello⁶⁰, os dois principais métodos adotados nos países de *common law* para definir e, assim, identificar e delimitar a *ratio decidendi* dos precedentes⁶¹:

58 Acrescenta ela, em nota, que “os fatos não precisam ser absolutamente idênticos, mas devem permitir o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão (= o precedente) (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, *op. cit.*, texto e nota 32, p. 133.

59 *Stare decisis et non quia movere* – respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido (Black).

60 CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127-130.

61 É preciso salientar uma vez mais que esses métodos são mais necessários nos sistemas do *common law*, nos quais o Tribunal que emite a decisão que se tornará o *precedente com efeito obrigatório* para os casos futuros iguais ou similares não aprova um enunciado de súmula que servirá exatamente para sintetizar a sua *ratio decidendi* (ao contrário do que agora estabelecem os já citados §§ 1 e 2 do art. 926 do novo CPC brasileiro), obrigando os demais julgadores desses futuros casos a extrair ou a deduzir de todo o seu conteúdo aquela parte essencial (os seus *fundamentos determinantes*, na dicação do inciso V do § 1 do art. 489 do CPC) que realmente será aplicável e terá *efeito vinculante* para a decisão dos casos futuros semelhantes. No atual sistema brasileiro, a aprovação de um enunciado de súmula correspondente ao entendimento predominante fixado nos precedentes torna, em princípio, mais fácil e uniforme a sua aplicação aos casos subsequentes semelhantes (embora, por outro lado, suscite novos riscos e problemas, como se analisará mais adiante).

1) *para o método fático-concreto*, ela corresponde à regra extraída de um conjunto de fatos (em qualquer situação em que estejam presentes os fatos relevantes A e B e presente ou não o fato irrelevante C, o resultado sempre deverá ser X); mais importante do que disse o Tribunal é o que ele decidiu acerca de certos fatos; a ênfase maior, aqui, é para a realidade fática; os fatos não precisam ser absolutamente idênticos, mas devem permitir o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada nas decisões anteriores que servem de precedente⁶².

2) *para o método abstrato-normativo*, os Tribunais, quando decidem o caso concreto, solucionam a lide de um modo mais amplo, enunciando, explícita ou implicitamente, uma regra capaz de solucionar não só a própria demanda em exame, mas também outros casos a ela assemelhados que possam surgir no futuro; portanto, ao decidir determinado caso, o julgador deve decidir com base no que é mais adequado para todos os casos que se encontrem dentro de uma apropriada categoria – ou faixa – de similitude, razão pela qual, ao contrário do que considera o primeiro método, os *fundamentos justificantes* (as razões oferecidas pelo Tribunal) são mais importantes do que a parte dispositiva dessa decisão individual, tanto para a enunciação da regra vinculante quanto para a determinação de sua generalidade; aqui, ao revés do que ocorre no primeiro método em relação aos fatos relevantes da causa, os fundamentos adotados pelo julgador para a sua decisão são mais importantes⁶³.

Acrescenta essa autora que, de qualquer forma, deverá haver *igualdade nos aspectos relevantes do caso a ser julgado e dos precedentes*, situando-se não somente na parte dispositiva da decisão, mas também e principalmente na sua fundamentação⁶⁴.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, começa por salientar que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo da decisão que constituiu o precedente, acrescentando que, no *common law*, ela é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Como no sistema do *stare decisis* só a *ratio decidendi*

62 Parece-nos, ao menos numa primeira análise, que esse *método fático-concreto* é mais restritivo, porque exige uma maior identidade fática entre o precedente e os casos subsequentes para que a *ratio decidendi* do primeiro lhes seja aplicável.

63 Ao contrário do que ocorre com o primeiro método aqui exposto, o *método abstrato-normativo* tende a produzir resultados mais ampliativos, por seu caráter dedutivo (pois extrai, dos fatos relevantes da primeira controvérsia, uma regra de direito que, por seu caráter abstrato, será mais facilmente aplicável a casos futuros cujos fatos controvertidos não sejam necessariamente os mesmos do caso que constituiu o precedente).

64 MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil), *op. cit.*, texto e nota 11. p. 529.

do precedente tem efeito vinculante ou obrigatório (o que ali se denomina como seu *binding effect*), também relata ele que, nos países do *common law*, foram desenvolvidos vários métodos ou testes para permitir aos julgadores dos casos futuros identificar os limites e o alcance da *ratio decidendi* do caso anterior que gerou o precedente, aos quais deverá ela ser aplicada *por analogia*.

Relata ele, também, que os dois métodos mais consagrados para tal delimitação no sistema de precedentes norte-americano são:

a) o teste de *Wambaugh*, para quem a *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma⁶⁵, acrescentando que, se a inversão hipotética do sentido da proposição de direito que se examina não for capaz de determinar igual inversão do sentido da decisão proferida, permitindo que seja proferida igual decisão à anterior, a proposição objeto desse teste será mero *obiter dictum*; e

b) o método de *Goodhart*, que, dando maior ênfase aos fatos da causa⁶⁶, propõe que a sua *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais (ou *materiais*, na expressão usualmente utilizada no *common law* em tal contexto) pelo juiz, de modo que ela seja identificada como a parte da decisão que foi proferida a respeito daqueles fatos considerados *materiais* (ou fundamentais) para o delineamento da *questão de direito* decidida, assegurando que, no futuro, fatos *relevantes* similares recebam o mesmo tratamento jurídico pelos julgadores⁶⁷.

Buscando trazer e adaptar esse conceito ao direito brasileiro à vista de suas particularidades, o i. processualista paranaense sustenta que, em nosso país, a *ratio decidendi* deve ser considerada como uma premissa para a solução não simplesmente dos casos, mas também das questões jurídicas que neles foram discutidas, por meio dos próprios *fundamentos ou motivos determinantes daquela decisão*, adotando-se aqui um conceito claramente mais amplo do que aquele adotado pelos sistemas de *common law*.

Conclui ele que, no direito brasileiro, será, mediante a análise da fundamentação da decisão que constitui o precedente, possível analisar os seus *motivos determinantes* ou a sua *ratio decidendi*, os quais terão os efeitos vinculantes que o sistema processual lhes atribuir, com profundos e transformadores

65 Correspondendo, em certa medida, ao método *abstrato-normativo retro* descrito.

66 Desse modo identificando-se, em boa parte, com o método *fático-concreto* acima referido.

67 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 221-253.

efeitos nos regimes da coisa julgada e da eficácia *erga omnes* dessas decisões paradigmáticas⁶⁸.

É de grande relevância notar que o novo Código de Processo Civil de 2015 claramente adota essa concepção de *ratio decidendi* no § 1º, *caput* e seu inciso V, do art. 489, ao estabelecer que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial (...) que (...) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar *seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*”⁶⁹.

Exatamente nessa mesma linha também se posicionou a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, ao tratar do conceito de *precedente* para os efeitos do art. 489 do novo CPC, nos seguintes termos:

“Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:

I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se ‘precedente’ apenas:

a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4º);

b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

c) decisão do Supremo Tribunal do Trabalho em controle concentrado de constitucionalidade;

d) tese jurídica prevaiente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);

68 MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 253-325.

69 Para maior aprofundamento da questão da identificação da *ratio decidendi* e de sua distinção dos fundamentos que constituem *obiter dictum*, nos países de *common law* e também no Brasil, veja-se: MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 234, ago. 2014, p. 303-327. No mesmo sentido e com densa abordagem doutrinária, veja-se também: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259-282.

Para uma clara e erudita exposição do atual significado constitucional dos precedentes judiciais nos Estados Unidos da América e de sua autoridade normativa, veja-se: GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

DOCTRINA

e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho.

II – para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).”

Convém, por derradeiro, sofisticar um pouco mais a análise para evitar aplicações mecânicas e simplistas dos métodos acima expostos: em que medida é possível distinguir entre *questões de fato* e *questões de direito* para aplicar ou não um precedente a casos futuros?

Como bem observam Lenio Streck e Georges Abboud⁷⁰, “o mero juízo de identificação entre casos, tida como *semelhança entre fatos*, não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente”, pois não existe uma separação cirúrgica entre a *questão de fato* e a *questão de direito* imaginada pela dogmática tradicional. Salientam eles, em seguida, que o exame desses aspectos de fato e de direito possui um elemento circular e interdependente: assim como no *common law*, aqui também não pode haver um exame estanque desses aspectos, como se fossem “etapas” ou “fatias” argumentativas. Todos os elementos são atravessados pela hermenêutica, o que implica a *facticidade dos casos*. É impossível, portanto, tratar um precedente como se fosse “um conceito sem coisa”.

Quando se trata de aplicar um precedente, é fundamental entender que é absolutamente inadequado tratar a sua *ratio decidendi* como se fosse uma regra de direito abstrata, desligada por inteiro da controvérsia fática e jurídica que o gerou – ou seja, do *caso litigioso*. O perigo dessa prática equivocada é o denunciado por Maurício Ramires: o “uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe”⁷¹.

Como bem salientam esses autores, tanto nos sistemas do *common law* como, agora, no sistema de precedentes obrigatórios brasileiro, não pode existir

70 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 178.

71 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 149.

aplicação mecânica ou meramente subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar, por atacado e por mero efeito cascata, diversos casos futuros; mesmo quando se aplicar uma súmula vinculante, nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso concreto. Se há um texto, ele tem um significado semântico, que deve ser lido, interpretado e bem aplicado, ou seja, *não há clareza que dispense a interpretação*. Tal aspecto, agora, deverá ser examinado de forma mais aprofundada.

7 – A INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO SISTEMA BRASILEIRO RECÉM-INSTITUÍDO

Implantado em nosso país o sistema de *precedentes obrigatórios*, o momento decisivo para seu sucesso ou insucesso será o de sua aplicação, tanto na esfera processual comum quanto na trabalhista. Essa responsabilidade recai sobre todos os operadores do direito, mas, especialmente, sobre os advogados, aos quais caberão bem invocar os precedentes em cada caso concreto (e demonstrar ser ou não aplicável a técnica da *distinção* ou o momento de se postular a sua *revisão*), e sobre os magistrados, que deverão bem interpretar e aplicar esses precedentes. Daí a necessidade de aprofundar, nessa oportunidade, o exame dessas delicadas e difíceis questões: até que ponto é possível aplicar de forma ampliativa os precedentes obrigatórios? O que realmente permite concluir que um caso posterior é, em sua essência, igual ao caso (ou aos casos) que deu origem ao precedente ou ao conjunto de precedentes que deu origem à edição de uma súmula de jurisprudência predominante?

O primeiro perigo a evitar, nesse novo sistema, é dar ao precedente (e, principalmente, ao enunciado de súmula dele decorrente, nos termos do § 1º do art. 926 do novo Código) o mesmo valor que tem um texto normativo legal e interpretá-lo e aplicá-lo como se lei fosse.

Segundo o professor Thomas da Rosa de Bustamante, seria extremamente ingênuo se imaginar que em algum sistema de *civil law* os juristas não sigam precedentes. O que ocorre, na prática, é uma *forma diferente* de utilizar os precedentes na argumentação jurídica⁷².

72 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 288.

Adverte ele, ainda, que a principal crítica que os teóricos mais atentos fazem à forma de argumentação por precedentes nos sistemas de *civil law* é a de que nesses sistemas não ocorre o *método casuístico de interpretação de precedentes do common law*, o que gera uma desatenção às particularidades do caso e uma perigosa tendência à abstrativização exagerada, o que dificulta ainda mais a importante atividade de fundamentação de analogias entre casos.

A mesma crítica é feita por Dierle Nunes e André Frederico Horta, que advertem que “o modo como as súmulas são aplicadas no Brasil, além de não se aproximar do método de *common law* de aplicação de precedentes, em certa medida dialoga com uma variante do positivismo jurídico alemão, qual seja a *jurisprudência dos conceitos*, que sustentava a capacidade de os Tribunais criarem conceitos universais em ‘um sistema fechado que parte do geral para o singular e que chega a *esse* geral com a negligência às singularidades’”.

E pior: ao se recorrer ao uso dos enunciados sumulares como se leis fossem (o que constitui outro equívoco), o entendimento neles consubstanciado é utilizado de forma desvinculada dos julgados que lhes deram origem, isto é, sem a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas que justificaram a sua edição. Embora hoje se tenha amplo acesso aos julgados dos quais os enunciados foram extraídos, os Tribunais costumam aplicá-los descontextualizados da moldura jurídica e fática que os embasam, como se o enunciado constituísse um texto normativo independente. Isto é agravado quando os Tribunais, ao “fundamentarem” as suas decisões, apenas indicam a existência de determinado enunciado que, em tese, constituiria fundamentação idônea e suficiente para a decisão proferida⁷³⁻⁷⁴.

Lembrando que o limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação ou de justificação do que foi dito, Lenio Streck e Georges Abboud afirmam, incisivamente, que o juiz não pode considerar que é a súmula que resolve o litígio – até porque as palavras não refletem as essências das coisas, assim como as palavras não são as coisas, mas,

73 NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. nota 7. p. 304.

74 No novo CPC isto é vedado, por força do § 1º, inciso V, do art. 489, que, é importante relembrar, considera não fundamentada qualquer decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. A nova lei passa a tornar obrigatória a perquirição dos casos e do contexto em que o enunciado foi elaborado, a fim de que seja conferida a vinculação da motivação de sua adequação ao caso concreto em exame. O novo comando atende ao que a melhor doutrina sempre reclamou.

sim, que é ele mesmo juiz, o intérprete, que faz uma *fusão de horizontes* para dirimir o conflito. Também para esses autores a aplicação de um precedente é um ato hermenêutico e não mecânico: nenhum provimento vinculante elencado no art. 927 do novo CPC e no art. 15, I, da IN nº 39/2016 do TST dispensa a atividade interpretativa para sua aplicação, sendo indispensável a superação da ideia simplista e incorreta de que isso seria possível por meio da aplicação de um mero silogismo. Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os casos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta do novo caso a ser julgado à *ratio decidendi* do primeiro.

Citam eles, por fim, Maurício Ramires, que diz que a pedra de toque para o bom funcionamento desse sistema está na *applicatio* do precedente:

“É preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta; o comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se estivesse descolado da situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em uma abstração etérea.”⁷⁵

Isso não significa, por outro lado, que a aplicação do precedente deva ser feita sempre de forma extremamente restritiva. Em trabalho mais recente⁷⁶, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que há técnicas de uniformização decisória que têm como pressuposto a identidade integral das situações: os fatos e a questão jurídica, *stricto sensu* , são absolutamente iguais. Não necessariamente o quadro fático subjacente considerado por inteiro, mas, dentre os fatos, aqueles tidos como relevantes pelo direito para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute. Seriam, então, idênticos os traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese de incidência da consequência.

Salienta ela, entretanto, que há maneiras de uniformizar o entendimento dos Tribunais muito mais refinadas, nas quais o que há de comum nos casos nada mais é do que *um núcleo pequeno, mas fortemente significativo* , em torno dos quais podem estar *fatos completamente diferentes* . Dá ela um exemplo extremo, mas muito significativo: poderíamos considerar contraditórias decisões em que se tivesse concedido indenização de 10 mil reais pela perda de uma perna e de 50 mil reais por um dedo decepado.

75 STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedents – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes* . Salvador: Juspodivm, 2015. p. 177 e ss.

76 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes, op. cit.* , p. 263-300.

DOUTRINA

Para essa autora, o único modo de uniformizar a jurisprudência em casos mais complexos, que ocorrem no que ela denomina de *ambientes decisoriais frouxos* ou *flácidos* (em que o juiz pode e deve levar em conta peculiaridades do caso concreto e nuances da situação ou alterações sociais recentemente ocorridas ao decidir), os quais não se mostram passíveis de serem tratados de forma coletiva por não serem idênticos, é que sejam adotadas técnicas mais refinadas de interpretação das decisões, de modo a que lhes seja extraído o *core* (a sua *essência jurídica*), exatamente como se procede em situações semelhantes no *common law*.

Em casos como esses, adota-se, para a vinculação a precedentes, o método da *identidade essencial* (e não da *identidade absoluta*). Esse método (que, ela reitera, é o método usado nos países de *common law* quando se interpreta um precedente) é o mais adequado quando os Tribunais decidem casos envolvendo padrões flexíveis de decidibilidade (como conceitos vagos, princípios jurídicos ou cláusulas gerais). Em tais situações, as decisões uniformizadoras reconhecem haver *identidade essencial* entre os casos, embora os fatos não sejam os mesmos. Neles, *a controvérsia jurídica é substancialmente a mesma, embora haja fatos diferentes subjacentes a cada uma delas* – só que se reconhece que tais diferenças são irrelevantes para a solução da mesma controvérsia.

Em outras palavras e em síntese, quando se trata de decisões proferidas em ambientes *frouxos*, os casos quase nunca são idênticos, em sua conformação fática. Há, todavia, formas de identificar a essência de casos cujos fatos são diferentes, mas que reclamam a mesma solução jurídica para a *questão de direito* controvertida que lhes é comum, permitindo a aplicação, a todos eles, da *ratio decidendi* do precedente.

De tudo o que até aqui se expôs, é possível concluir que o magistrado que se defrontar com a questão de aplicar ou não determinado precedente ao caso posterior submetido a seu julgamento estará entre dois polos opostos: de um lado, não poderá ele jamais ignorar o âmbito mais limitado e concreto do precedente em comparação com as leis, devendo sempre aplicá-lo sem o grau maior de abstração que o texto legal necessariamente tem, ou seja, com os olhos sempre voltados para as circunstâncias fático-jurídicas essenciais e relevantes dos casos que o geraram; do outro lado, não poderá ele também desconsiderar a possibilidade de aplicar a *ratio decidendi* do precedente a casos que, embora não possuam todos os elementos fático-jurídicos dos *leading cases*, também têm a eles subjacente a mesma *questão de direito* solucionada pelo precedente ou enunciado de súmula em questão, sendo portanto admissível e até mesmo recomendável a aplicação analógica daqueles seus *fundamentos determinantes*.

DOCTRINA

É exatamente aqui que se torna imprescindível examinar e bem compreender outro elemento fundamental do sistema de precedentes obrigatórios, que tem o escopo de lhe conferir, a um só tempo, maior flexibilidade e evitar que esses precedentes sejam aplicados a casos futuros para os quais eles absolutamente não foram editados: é a denominada *técnica das distinções* (ou *distinguishing*, como é denominada nos sistemas do *common law*).

A própria Lei nº 13.015/2014, que reformou o sistema de recursos trabalhistas, já havia consagrado expressamente essa *técnica de diferenciação* para o incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos disciplinado pelos arts. 896-B e 896-C da CLT, por ela introduzidos.

Com efeito, assim dispõe o § 16 do art. 896-C da CLT, *in verbis*:

“Art. 896-C (...)

(...)

§ 16. A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos.”

Da mesma forma, desta vez incidindo em todos os casos em que se pretenda aplicar determinado precedente ou correspondente enunciado de súmula a um caso subsequente, o § 1º, inciso VI, do art. 489 do novo Código de Processo Civil também define com clareza essa técnica essencial à boa aplicação do sistema de precedentes obrigatórios, *in verbis*:

“Art. 489. (...)

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, *sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento* ou a superação do entendimento.”

Segundo os autores mineiros Dierle Nunes e André Frederico Horta, a distinção (*distinguishing*) é uma técnica essencial no sistema de precedentes,

“que possibilita à parte demonstrar que seu caso se diferencia dos precedentes ou dos padrões decisórios que gravitam em torno da matéria nele tratada”⁷⁷.

Daniela Pereira Madeira, por sua vez, observa que o *distinguishing* permite que a regra jurisprudencial sobreviva, embora seu sentido se torne menos abrangente. Em outros termos, há uma referência ao precedente, contudo, por causa de uma peculiaridade, a regra deve ser reformulada para se adaptar a esta nova circunstância, em virtude de uma peculiaridade existente no primeiro caso que não existia no segundo.

Em tais ocasiões, chega-se à conclusão de que a situação fático-jurídica é distinta da anteriormente decidida. Em tais circunstâncias, a regra do precedente não é propriamente abandonada, mas formula-se, para tais circunstâncias substancialmente diferentes, uma nova *regra de decisão*, a qual, por sua vez, poderá constituir um novo e distinto *precedente* que solucionará, a partir de então, todos os outros casos futuros essencialmente iguais, levando em consideração características substancialmente distintas e relevantes do caso específico em que se fez a *distinção*⁷⁸.

O magistrado, notando que realmente existem diferenças fático-jurídicas entre o caso que originou o precedente e o processo que agora deve julgar, pode seguir dois caminhos:

a) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva. Neste caso, o magistrado, entendendo que peculiaridades do caso concreto, por serem relevantes, impedem a aplicação, a ele, da mesma tese jurídica firmada no *precedente*, julgará o seu processo livremente, isto é, sem vinculação ao precedente (é o caso da *restrictive distinguishing*, ou seja, da distinção para restringir a incidência do precedente);

b) alternativamente, ele poderá estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores que constituíram o precedente, por entender que, a despeito da existência de peculiaridade concretas distintas no caso a ser julgado, elas não são relevantes para impedir a aplicação, a ele, da tese jurídica firmada naquele *precedente* (é o caso do *ampliative distinguishing*, ou seja, da aplicação ampliativa do precedente).

É relevante notar, uma vez mais, que dificilmente haverá uma identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no julgamento e no caso

77 NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 301.

78 MADEIRA, Daniela Pereira. O novo enfoque dado à jurisprudência e à sociedade moderna. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. v. II. p. 323.

que deu origem ao precedente. Neste caso, se o caso concreto revelar alguma peculiaridade que o diferencie do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* extraída do precedente lhe seja aplicada. Há, portanto, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais obrigatórios, que não podem ser operacionalizados como verdadeiras camisas de força – razão pela qual, por seu intermédio, os juízes não se tornam verdadeiros autômatos (ou computadores), sem nenhuma outra opção senão a de aplicar ao seu processo a solução dada pelo outro órgão judicial que produziu o *precedente vinculante*.

Para concluir, é preciso também observar que jamais o precedente será anunciado de forma completa e única, formando aquilo que a doutrina mais recente e autorizada dos sistemas do *common law* denomina de *linha* ou *cadeia de precedentes* (mediante a qual será ele confirmado e especificado, conferindo-se-lhe estabilidade ou, ao invés, pode ele ser pouco a pouco modificado em relação à *ratio decidendi* do primeiro elo de precedentes, na medida em que ela é aplicada aos casos subsequentes de forma ampliativa e analógica, por um lado, ou restritiva, por outro).

É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais), à luz das novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente. Será da acumulação gradativa dessas pequenas modificações no sentido e no alcance da *ratio decidendi* do precedente original ao longo do tempo, aliás, que poderá resultar, ao final desse processo, a *revisão* total ou parcial desse precedente ou enunciado de súmula, configurando aquilo que os sistemas de *common law* denominaram, respectivamente, de *overruling* ou *overriding*.

Essa nova figura, também essencial para o bom funcionamento do sistema de precedentes obrigatórios, na medida em que evita o engessamento da jurisprudência ao longo do tempo e permite a sua adaptação às naturais e gradativas alterações da realidade sobre a qual atuam os Tribunais, foi também prevista expressamente no novo art. 896-C, § 17, da CLT (introduzido pela Lei nº 13.015/2014), especificamente para os casos de julgamento de recursos repetitivos trabalhistas⁷⁹, e, além da parte final do já citado inciso VI do § 1º do art. 489 do novo CPC (que prevê a não aplicação do precedente ou do enunciado

79 “Art. 896-C. (...)

(...)”

§ 17. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.”

de súmula nos casos de *superação de seu entendimento*), nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 927 do mesmo diploma processual comum⁸⁰.

Discorrendo sobre a utilização dos precedentes vinculantes no sistema do *common law*, Daniela Pereira Madeira observa que ela não prejudica a evolução do direito vigente, visto que, em cada julgado, buscar-se-á apreciar todas as situações fáticas nele existentes e, em havendo diversidade, nova decisão (não vinculada ao precedente anterior) será formulada, estabelecendo, por sua vez, novo precedente.

Salienta ela que o *overruling* consiste no mecanismo utilizado para que se reconheça a existência de fundamento para o abandono do precedente anteriormente consagrado, por terem sido alteradas as razões que autorizaram a sua edição. Apenas o próprio Tribunal que firmou o precedente é que pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. É o afastamento do precedente por nova decisão sobre caso idêntico ao que levou à edição do primeiro e à declaração de que este foi superado.

Assim, quando ocorre o *overruling*, uma nova regra jurisprudencial é criada para o julgamento dos processos subsequentes substancialmente iguais aos que foram objeto do primeiro precedente e do segundo que o substituiu. Em consequência, o *overruling* exige como pressuposto uma carga maior de motivação, sendo necessário que se tragam argumentos até então não suscitados, com a justificação complementar da necessidade da superação do precedente.

Citando Teresa Arruda Alvim Wambier, esclarece Daniela Madeira que o *overruling* ocorre quando se detecta a necessidade de mudança por dois motivos: ou porque (a) se considera no momento a norma errada, ou porque (b) se considera no momento a norma errada, embora ela não estivesse errada quando foi criada. Esta substituição pode ser expressa ou tácita⁸¹.

80 “Art. 927. (...)

(...)

§ 2 A alteração da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3 Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4 A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

81 MADEIRA, Daniela Pereira. O novo enfoque dado à jurisprudência e à sociedade moderna. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. v. II. p. 321.

Há casos em que o mesmo Tribunal que editou o *precedente* anterior apenas limita o seu âmbito de incidência, em função da superveniência de uma regra ou princípio geral – ocorre, então, não o seu *overruling* (ou superação), ma, sim, o seu *overriding*. Neste há apenas a superação parcial do precedente, e não a sua superação total (é, portanto, uma espécie de revogação parcial do precedente). No regime do novo CPC e da CLT, ambos os conceitos estão abrangidos nas hipóteses do art. 927, §§ 2º e 4º, do primeiro e do § 17 do art. 896-C da segunda.

Merece especial atenção a expressa possibilidade de modulação dos efeitos da revisão do precedente, para assegurar o respeito aos princípios constitucionais de proteção à segurança jurídica, à boa-fé objetiva e à confiança legítima, o que deve ser feito pelo mesmo Tribunal que promove a *revisão* ou a *superação* do precedente no mesmo momento em que é proferida a decisão revisora⁸²⁻⁸³.

-
- 82 O entendimento de que a modulação poderá ser feita posteriormente, ainda que pelo mesmo órgão judicial competente para proferir a decisão revisora (e que, obviamente, só pode ser o mesmo órgão que editou o precedente anterior agora superado ou modificado), não se mostra compatível nem com a literalidade dos dispositivos legais que autorizam nem com a teleologia do instituto da modulação. Mais equivocado ainda, *data maxima venia* dos entendimentos em contrário, é o entendimento de que essa modulação possa ser feita posteriormente pelos órgãos judiciais fracionários encarregados de aplicar o novo precedente ou enunciado de súmula produto da *revisão* (*overruling*): em primeiro lugar, porque essa modulação, pelos profundos e graves efeitos que produz, não pode ser simplesmente deduzida ou extraída do novo precedente ou enunciado de súmula que não o tenha expressamente previsto. Ademais, porque admitir que cada órgão julgador fracionário possa promover ou não a modulação dos efeitos do precedente revisado (e definir, cada qual a sua amplitude) poderá provocar resultados divergentes entre si (na exata medida da variação das decisões posteriores, que poderão aplicar ou não a modulação em tela e, nos casos de sua aplicação, em extensões variáveis), comprometendo gravemente a segurança jurídica e a uniformidade jurisprudencial que se pretendeu alcançar.
- 83 Sobre os institutos da *distinção* (*distinguishing*) e da *revisão ou superação* (*overruling*) dos precedentes, consultem-se: NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes, op. cit.*, p. 301-333; PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 248, out. 2015, p. 331-355; PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 537-563; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Efeito prospectivo na alteração de súmulas pelos Tribunais Superiores: uma abordagem à luz do embate entre os anseios fundamentais de justiça e segurança jurídica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, out./dez. 2012, p. 96-111; PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 591-605; PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 183-208.

8 – O MICROSSISTEMA DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA E SUA REPERCUSSÃO NA ESFERA TRABALHISTA. INCIDENTES DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA, DE JULGAMENTO DE DEMANDAS REPETITIVAS E DE JULGAMENTO DE RECURSOS DE REVISTA E DE EMBARGOS REPETITIVOS: UMA VISÃO PANORÂMICA

Neste trabalho que já se afigura extenso, buscar-se-á apenas proceder a uma análise panorâmica do tema em questão, sem o exame minucioso e aprofundado de procedimentos tão complexos.

Como já se acentuou logo ao seu início, uma das principais finalidades da introdução do sistema de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro foi eliminar, por seu intermédio, o estilhaçamento das normas materiais pela variação frequente e excessiva dos entendimentos jurisprudenciais a seu respeito, a um só tempo potencializada e causadora, em um verdadeiro círculo vicioso, de uma explosão de processos individuais repetitivos que, nos últimos anos, vêm inundando o sistema judiciário nacional, comprometendo a sua efetividade e, ao mesmo tempo, dando tratamento não isonômico a milhares de litigantes em situações jurídicas substanciais essencialmente idênticas e colocando em dúvida o próprio conteúdo das normas jurídicas objeto dessas demandas judiciais.

Paralelamente ao *microsistema de litigiosidade coletiva ou metaindividual* que continua indubitavelmente em vigor, o legislador processual brasileiro, em reforço ao novo regime de precedentes, também instituiu o novo *microsistema de litigiosidade repetitiva*, que, fundamentalmente, visa gerar um *precedente obrigatório* capaz de decidir, de modo uniforme, todos os processos repetitivos dele objeto, mediante a utilização de uma *causa piloto* e de um *processo teste* (ampliados por um acervo de *processos repetitivos* que amplie o exame da controvérsia).

Para Dierle Nunes, esse novo *microsistema*, que foi introduzido de forma incipiente pela EC nº 45/04 e regulamentado pelos arts. 543-B e 543-C do CPC de 1973, visa à solução de *demandas seriais*, de alta intensidade ou de massa. Ele engloba demandas motivadas por *pretensões isomórficas*. Busca-se, por seu intermédio, *uma padronização decisória viabilizada pela técnica recursal extraordinária*, após uma análise panorâmica da temática comum objeto de numerosos processos repetitivos. A partir de então, os recursos não se contentam tão somente com a elevada função de impugnação de decisões que geram gravame, passando eles também a ser um dos principais instrumentos de formação dos *precedentes*, especialmente quando gerados estes no âmbito dos Tribunais

Superiores. Salienta ele que o objetivo evidente deste *microsistema* é otimizar o funcionamento dos Tribunais reduzindo sua carga numérica de trabalho e induzindo que esses analisem em menor número de vezes casos idênticos.

Esclarece esse autor que, no CPC de 1973, no entanto, a técnica era ainda primitiva e deficiente, não sendo incomum que os argumentos superficiais de um único recurso servissem de subsídio para um *julgado* (erroneamente denominado de *precedente*, diante da ausência de fundamento determinante – *ratio decidendi* – definido) que, apesar disso, passava a ser aplicado a milhares de casos idênticos. Faltava, além disso, a predisposição legal de técnicas de distinção (*distinguishing*) hábeis a resolver problemas de aplicação. Além disso, os dispositivos do CPC/73 trouxeram inúmeros problemas de aplicação e de qualidade, além de não estabelecer, com a desejável clareza, a sistemática da suspensão e do rejuízo dos recursos especiais repetitivos perante os Tribunais Superiores, ficando, assim, atribuída a cada um dos Tribunais a competência para a regulamentação dessa regra através dos dispositivos dos seus Regimentos Internos.

Foi esta, portanto, para ele, a finalidade geral das inovações e dos aprimoramentos que o CPC/2015 trouxe a respeito: produzir uma melhoria do dimensionamento dogmático da litigiosidade repetitiva, mediante a padronização e o refinamento dessa técnica recursal, e melhorar a aplicação das garantias fundamentais do processo⁸⁴.

Pode-se aqui, desde logo, indicar seus objetivos comuns:

a) assegurar a isonomia de tratamento dos jurisdicionados em situação fático-jurídica substancialmente igual objeto dos numerosos processos individuais já ajuizados ou futuros, pela uniformização das decisões finais neles proferidas, mediante a aplicação do precedente editado ao final desse procedimento;

b) racionalizar a atuação dos órgãos jurisdicionais inundados desses processos iguais (no todo ou em parte), mediante economia de escala e concentração da decisão final da questão de fato ou de direito controvertida, *per saltum*, nos Tribunais constitucional e legalmente competentes para proferi-la, gerando um *precedente obrigatório*;

c) concretizar também, nesses casos, o direito fundamental à duração razoável desses processos (CF, art. 5º, LVIII);

84 NUNES, Dierle. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p. 2.320.

d) democratizar o amplo debate e o efetivo e dinâmico contraditório acerca das questões relevantes desses processos repetitivos; e

e) produzir um *precedente vinculante*, a ser aplicado nos *processos paradigmáticos ou representativos*, nos processos com o mesmo objeto já suspensos ou em andamento em todo o Poder Judiciário e também nos processos futuros com esse mesmo objeto, com os efeitos de uniformização das decisões dos processos pendentes e futuros e de prevenção dos futuros litígios judiciais sobre a questão.

São estes, em linhas gerais, os institutos do *microsistema de litigiosidade repetitiva*:

a) *incidente de assunção de competência* – cabível quando for identificada a existência, em determinado processo (em julgamento de recurso ou de remessa necessária ou em julgamento de feito de competência originária), de *relevante questão de direito com grande repercussão social*, identificada por seu relator, *mas sem repetição em múltiplos processos*; sua atual disciplina normativa se dá pela aplicação combinada do art. 947 do novo CPC, do art. 896, § 13, da CLT (acrescentado pela Lei nº 13.015/2014) e do art. 20 da Instrução Normativa nº 38, de 10.11.2015, do TST⁸⁵;

b) *incidente de resolução de demandas repetitivas* – seu objetivo primordial é a *tutela isonômica e efetiva dos direitos individuais homogêneos*; trata-se de *incidente processual* (não dando origem, portanto, a uma nova relação processual nem significando a avocação da competência para julgar todas as demais demandas repetitivas) que tem o escopo de, mediante julgamento único e vinculante, assegurar *interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas* que busquem tutela jurisdicional a *direitos individuais homogêneos*; sua atual disciplina normativa está nos arts. 976 a 987 do novo Código de Processo Civil⁸⁶;

85 Procura-se, com a assunção, otimizar a prestação jurisdicional ao se evitar que *relevante questão de direito com repercussão social* seja julgada por órgãos fracionários, com possibilidade de divergência (através do pronto e imediato pronunciamento, por um colegiado superior no âmbito do Tribunal, sobre *questão relevante de direito com repercussão social*, definindo a tese aplicável com efeito vinculante no âmbito daquele Tribunal respectivo).

Embora pareça ter função semelhante, esse incidente não pode ser aplicado quando já houver repetição em múltiplos processos, problema que deverá ser enfrentado através dos instrumentos próprios, do CPC, sobre demandas e recursos repetitivos.

Não se trata de uma simples seleção de processos – trata-se, sim, de tratar questões relevantes com grande repercussão na sociedade de uma forma mais prudente e diferenciada das questões corriqueiras e ordinárias.

86 Em termos práticos, ele funciona como *fracionamento na cognição e no julgamento da causa*; a fixação da tese pelo órgão julgador competente para o IRDR contém não apenas cognição da *questão de direito*, mas também decisão da mesma (mas não de todo o processo).

DOCTRINA

c) *incidente de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos* – sua atual disciplina normativa está nos arts. 1.036 a 1.041 do novo Código de Processo Civil, aplicáveis, no que couber, ao julgamento dos recursos de revista e embargos repetitivos na esfera trabalhista, por força do art. 896-B da CLT c/c o art. 1.046, § 3º, do novo CPC; e

d) *incidente de julgamento dos recursos de revista (e embargos) repetitivos* – visa, fundamentalmente, produzir um *precedente* (e, se for o caso, um *enunciado de súmula* novo ou que reafirme a jurisprudência predominante anterior) que solucione, de maneira global e uniforme, uma *questão de direito* objeto de um número expressivo de recursos de natureza extraordinária (recursos de revista ou embargos) repetitivos; sua atual disciplina normativa está nos arts. 896-B e 896-C (acrescentados pela Lei nº 13.015/2014) e, no que couber, nos arts. 1.036 a 1.041 do novo Código de Processo Civil, bem como na Instrução Normativa nº 38, de 10.11.2014 (que revogou os arts. 7º a 22 do Ato nº 491/SEGJUD.GP, de 23.09.2014).

Pode-se, por fim, apontar as seguintes características peculiares e comuns desses procedimentos:

a) objetivação da demanda, ou seja, o interesse geral de se produzir um *precedente* capaz de prevenir ou de solucionar a massa de processos repetitivos ganha prioridade em relação aos interesses individuais dos litigantes de cada um deles, especialmente em relação às partes dos processos tidos como *representativos da controvérsia*;

b) com exceção do que ocorre no *incidente de assunção de competência* (em que ainda não existe, senão em potencial, a multiplicação de processos repetitivos com idêntica questão de direito controvertida, ainda assim considerada relevante), pluralidade de processos tipo ou *paradigmas* – isto é, *representativos da controvérsia*;

c) em complemento, ampliação e democratização do debate das questões neles controvertidas, mediante a intensa utilização de audiências públicas e do instituto do *amicus curiae*;

d) exigência de uma fundamentação ampla, específica e mais qualificada, tendo em vista a necessidade de assegurar essas mesmas qualidades para os precedentes neles produzidos, de forma a restringir a possibilidade de não aplicação deles em casos futuros, pela técnica das *distinções*;

e) produção de um precedente obrigatório, a ser necessariamente aplicado pelos julgadores dos futuros processos semelhantes, nos termos dos disposi-

tivos legais antes já indicados, se não for caso de *distinção* ou de *superação* do mesmo; e

f) possibilidade de utilização do remédio excepcional da *reclamação* prevista nos arts. 988 a 993 do novo CPC para assegurar, após o esgotamento das instâncias ordinárias, a observância do *precedente* gerado nesses incidentes.

9 – OS RISCOS E AS VANTAGENS DA IMPLANTAÇÃO DESSES NOVOS SISTEMAS: UMA VISÃO PROSPECTIVA

Toda vez que profundas alterações são introduzidas em um sistema jurídico, material ou processual, surgem sérias dúvidas acerca dos resultados que serão por elas produzidos. Em primeiro lugar, não há certeza de que os operadores do direito compreenderão perfeitamente, em toda a sua extensão e profundidade, a finalidade e o alcance das modificações empreendidas.

Ademais, há que se contar com a natural e humana resistência de todos aqueles que se formaram sob a égide do paradigma anterior e que, consciente ou inconscientemente, terão a tendência de ler as novas normas com os olhos que utilizavam para aplicar e interpretar as antigas que por elas foram substituídas – com o resultado de limitarem e mitigarem os efeitos pretendidos pelas alterações promovidas pelo legislador, configurando aquilo que José Carlos Barbosa Moreira e Luís Roberto Barroso há muito já denominaram de *interpretação retrospectiva*.

Finalmente, mesmo aqueles que se dispuserem, de boa-fé e em toda a medida de sua capacidade, a aplicar por inteiro este novo sistema de precedentes obrigatórios correrão o risco de cometer os seguintes equívocos:

a) sua não aplicação, nos casos em que cabível – aqui ocorrerá o que a doutrina⁸⁷ chama de *desintegração do direito*, gerada pela especificação exagerada do caso, cujas distinções com outro caso não justificariam o tratamento diferenciado, justamente porque as partes (os dois casos) estão conectadas a uma totalidade; e

b) sua má aplicação (restritiva ou ampliativa), com um retorno ao positivismo primitivo (exegético), que, no caso, ensejará uma aplicação literal e mecânica dos precedentes e de seus correspondentes enunciados de súmula; em outras palavras, ocorrerá, neste caso, *um retrocesso incabível à exegese ou*

87 NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes, op. cit.*, 2015. texto e nota 9. p. 305.

ao *metodologismo*, como se súmulas fossem leis (ampliando seus preceitos a casos para os quais não foram editados).

Nos casos de aplicação das súmulas a casos para os quais elas não foram editadas (em que se dará tratamento igualitário a casos substancialmente distintos, como se fossem – mas não são – objetos subsumíveis à mesma regra geral), fora, portanto, do *paradigma constitucional*, ocorrerá o que a mesma doutrina chama de *hiperintegração do direito* (a virtude, aqui, estaria no meio-termo: *a integridade do direito*, preconizada por Ronald Dworkin).

Convém aqui reiterar a já antes mencionada crítica feita por alguns doutrinadores ao § 1º do art. 926 do novo CPC, o qual, ao determinar que, ao ser produzido um precedente por um Tribunal, deverá ser por ele editado o correspondente enunciado de súmula, confunde equivocadamente as *súmulas* com os *precedentes judiciais*. Com isso, para esses autores, surgirá o risco de se tratar os precedentes (que necessariamente têm uma fortíssima ligação com os fatos relevantes das causas em que foram gerados) como se fossem textos genéricos e abstratos que, por isso mesmo, sempre exigirão interpretação e que tenderão a ganhar excessiva autonomia em relação às circunstâncias peculiares do processo que ensejou a fixação de sua correspondente *ratio decidendi*. Isso, por sua vez, reproduziria os defeitos das *súmulas vinculantes*, tendo, pois, um viés autoritário, o qual impediria a atuação necessariamente criativa e flexível do direito pelos demais órgãos jurisdicionais, dos quais se passaria a exigir, tão somente, o uso renascido e exacerbado dos métodos e dos postulados da Escola da Exegese do século XIX.

É bem verdade que o § 2º desse mesmo dispositivo, ao exigir que os Tribunais, ao editarem tais enunciados de súmulas, atenham-se *às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*, tende a atenuar o problema, por vincular esses verbetes de jurisprudência consolidada aos fatos relevantes que serviram de suporte à adoção da *ratio decidendi* desses precedentes. Porém, persistirá o risco de que isso não ocorra na prática, fazendo nascer, em certos casos, verbetes sumulares desconectados das circunstâncias fáticas decisivas para determinar o sentido das decisões paradigmáticas, como infelizmente já ocorreu na experiência passada dos Tribunais brasileiros.

Os incidentes processuais aqui analisados, agora instituídos pelo legislador para a solução unificada e racional dos milhares de processos repetitivos que cada vez mais são ajuizados em nosso país através da geração de precedentes obrigatórios pelos Tribunais Regionais e Superiores, afiguram-se promissores, mas o seu sucesso dependerá da qualidade de sua instrução (por meio de criteriosa e ampla seleção dos processos representativos da controvérsia e da

amplitude do contraditório que se assegurar às partes e aos terceiros interessados, de modo que abranja todas as questões relevantes desses litígios, assim assegurando que o precedente deles decorrente mostre-se realmente capaz de resolver, com justiça e amplitude, a *questão de direito* comum a todos eles e de ser aplicado a todos os futuros casos essencialmente iguais). Por outro lado, o julgamento desses incidentes deverá observar necessariamente o prazo máximo de um ano para tanto fixado, para limitar os efeitos inevitavelmente negativos causados pela necessária suspensão, em todo o território nacional, de todos os processos com idêntico objeto⁸⁸. Por fim, a formulação equivocada das questões controvertidas deles objeto ou a sua instrução e julgamento insuficientes ou incompletos poderão resultar na formulação de enunciados de súmula ou de tese jurídica predominante imprecisos, obscuros ou simplesmente inadequados para a justa solução desses numerosos processos.

Em síntese, os precedentes obrigatórios e os novos procedimentos para o julgamento dos processos e recursos repetitivos que hoje inundam o sistema judiciário brasileiro não serão uma panaceia universal e milagrosa, que contenham, em si mesmos, a norma pronta para resolver todos os diversos casos futuros semelhantes e de estancarem a inundação de demandas individuais em número superior à capacidade de os Tribunais brasileiros prestarem, com a necessária qualidade e rapidez, a tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente prometida – mas talvez estes possam contribuir para dar um pouco mais de coerência, respeito à isonomia, integridade e previsibilidade às decisões da Justiça do Trabalho e, por extensão, às normas trabalhistas materiais delas objeto e que são, em última análise, a razão de ser desse ramo especial do Poder Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 165, nov. 2008, p. 218-230.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5.

88 Problema sem dúvida potencializado pela peculiaridade, presente na imensa maioria das demandas trabalhistas em curso no Brasil, de serem elas o resultado da cumulação de numerosas pretensões iniciais independentes, o que na prática significará que a suspensão da maior parte dos processos, em decorrência da instauração dos incidentes de julgamento das demandas ou recursos repetitivos, se dará em função de apenas um ou de poucos dos vários pedidos iniciais neles formulados, paralisando, no entanto, a prestação da tutela jurisdicional em relação à totalidade de seu objeto.

DOCTRINA

_____. *Temas de direito processual* – segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DALAZEN, João Oreste. Apontamentos sobre a Lei nº 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 204-263.

FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo à súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 234, ago. 2014, p. 275-301.

LIMA, Firmino Alves. A Lei nº 13.015/2014 como introdutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 112-142.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 234, ago. 2014, p. 303-327.

_____. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 237, nov. 2014, p. 369-401.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. O novo enfoque dado à jurisprudência e à sociedade moderna. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, v. II.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

NUNES, Dierle. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.

DOCTRINA

_____.; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 248, out. 2015, p. 331-355.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Efeito prospectivo na alteração de súmulas pelos Tribunais Superiores: uma abordagem à luz do debate entre os anseios fundamentais de justiça e segurança jurídica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, out./dez. 2012, p. 96-111.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Proteção coletiva aos direitos trabalhistas. *Revista Trabalhista: Direito e Processo – Anamatra*, São Paulo: LTr, v. 35, nov. 2010, p. 72-86.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n. 2, 2001, p. 151-162; e In: *Trabalhos da Escola Judicial do TRT da 3ª Região*. Belo Horizonte, 2001. *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte: Escola Judicial do TRT da 3ª Região, 2001.

_____. A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014.

_____. A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *A nova lei de recursos trabalhistas: Lei nº 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 95-162.

_____. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica. In: BARROS, Alice Monteiro de. *Compêndio de direito processual do trabalho – obra em memória de Celso Agrícola Barbi*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002; e *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 54, jul. 1994/jun. 1995, p. 245-248.

_____. Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FATTINI, Fernanda Carolina; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Costa (Coord.). *O que há de novo em direito do trabalho – homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DOUTRINA

_____. Tutela metaindividual trabalhista e efetividade da jurisdição. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; FERNANDES, Nadia Soraggi; CARVALHO, Ricardo Wagner Rodrigues de (Org.). *Tendências do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Mauricio Godinho; BORJA, Cristina Pessoa Pereira (Coord.). *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004; *Revista do TRT da 15ª Região*, São Paulo: LTr, n. 24, jun. 2004, p. 199-255; e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 6, ns. 11 e 12, 1º e 2º semestres de 2003, p. 100-153.

_____; PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais. In: ÁVILA, Ana; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). *Mundo do trabalho – atualidades, desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2014.

PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, nov. 2010, p. 9-52.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, jun. 2009, p. 121-174.

_____. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm.

ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes – teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: O NOVO CPC E OS CONFLITOS TRABALHISTAS

Maria de Assis Calsing*
Carolina C. Salomão Leal de Viveiros**

1 – MEDIAÇÃO NO TERRITÓRIO BRASILEIRO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Com a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, é possível verificar sem maiores esforços que o pensamento seguido pelo constituinte foi o da adoção de mecanismos de resolução pacífica dos conflitos. É o que se depreende do teor do Preâmbulo, ao fixar o objetivo da busca por uma sociedade “comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Tem-se, assim, a atmosfera adequada para o início dos debates sobre a positivação de instrumentos de pacificação dos conflitos sociais, os quais resultaram na edição de diversas leis priorizando a criação de um espaço propício para o diálogo. Citem-se, como exemplos, a Lei nº 9.099/95 – que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais –, a Lei nº 9.307/96 – que tratou da arbitragem – e a Lei nº 10.101/01 – que em seu art. 4º, inciso I, previu a adoção da mediação, “caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse”. Aliás, o Decreto-Lei nº 5.452/1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, já previa, em seu art. 764, a conciliação – mecanismo de autocomposição – como ponto de partida no exame dos dissídios tanto individuais como coletivos, caminho processual referendado pela Constituição Federal de 1988, conforme dito.

A mediação de conflitos, especificamente, passa a ter espaço no cenário brasileiro no início dos anos 1990, momento em que eram poucos os que tinham uma noção conceitual clara sobre o instrumento de autocomposição, não raras vezes confundido com a arbitragem e, muitas vezes, com a conciliação.

* *Ministra do Tribunal Superior do Trabalho.*

** *Analista judiciário; assessora de ministro no Tribunal Superior do Trabalho.*

DOCTRINA

Em razão da presença frequente de especialistas estrangeiros no território brasileiro, em sua maioria europeus, argentinos e americanos, os quais vieram ministrar cursos e palestras sobre as experiências em se adotar a mediação como instrumento para a solução dos conflitos, o interesse pela institucionalização do mecanismo de pacificação aumentou, bem como a preocupação com a inexistência de profissionais brasileiros capacitados para difundirem e atuarem no novel instituto.

Assim, nesse cenário permeado de interesse, curiosidade e enlevo, surge, em 1994, o IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, idealizado pelo professor argentino Juan Carlos Vezzulla, considerado a instituição mais antiga no país e uma das mais respeitadas na área da mediação e arbitragem.

Fato curioso é que no Brasil, diferentemente dos outros países, a arbitragem e a mediação nasceram de forma integrada, apesar de serem conceitualmente distintas e terem campo de atuação diferenciado.

Em 1997, buscando reunir as mais conhecidas instituições de arbitragem e mediação, é criado o movimento “Operação Arbiter 2”, o qual passa a prever parâmetros mínimos para a boa atuação dos modelos de autocomposição, bem como a enumerar os princípios éticos a serem respeitados. Nascem, daí, os regulamentos, tidos como modelos, de arbitragem e mediação e os códigos de ética a serem observados pelos árbitros e mediadores, documentos cujas estrutura e princípios passaram a ser referência mundial e propulsores da criação do Conima – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, órgão que auxiliou os estudos da mediação e da arbitragem em diversos países, resultando na realização de seminários e programas de implantação do instituto em Lisboa/Portugal, a partir de 2000.

Em 2010, a mediação passa a ser oficialmente reconhecida como uma política pública, cujo objetivo primordial não se restringe ao acesso à justiça, e sim à criação de um mecanismo encorajador e enraizador da participação social do cidadão, restabelecendo-se o liame perdido da comunicação.

A Resolução nº 125, editada pelo CNJ, reconheceu à mediação e à conciliação o atributo de tratamentos adequados aos conflitos. A mediação passa a ser vista, portanto, como uma metodologia “de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma um que o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”¹.

1 WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1. p. 5.

Com a edição do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, sancionado em 16 de março de 2015, publicado em 17 de março de 2015 e com vigência a partir de 18 de março de 2016, os conciliadores e mediadores passaram a ter destaque na busca da solução dos conflitos. O novel Código confere preferência à adoção do método autocompositivo no deslinde das contendas e incumbência ao juiz de promover, a qualquer tempo, a autocomposição. É o que se depreende do teor dos §§ 2º e 3º do art. 3º do Novo CPC, inserido no Título “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”, Capítulo “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”.

A preferência pela solução pacífica dos conflitos é novamente ressaltada no art. 139, inciso V, que descreve como incumbência do magistrado “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”. Finalmente, nos arts. 165 a 175, a Lei nº 13.105/2015 dispõe sobre a atuação dos conciliadores e mediadores judiciais.

Paralelamente à regulamentação da mediação no âmbito judicial pelo Novo CPC, é editada a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre “a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública”. A referida Lei surge da compilação de três projetos de lei – PLS nº 517/2011, PLS nº 434/2011 e PLS nº 405/2013 –, traçando os princípios básicos que devem nortear a mediação, os requisitos mínimos para que o terceiro atue como mediador, tanto no âmbito extrajudicial quanto no âmbito judicial, e, por fim, estipulando o procedimento que deve ser adotado na utilização do instrumento de autocomposição. Em relação ao Direito do Trabalho, e já antevendo as peculiaridades que circundam os créditos de natureza alimentar, a Lei nº 13.140/2015 previu em seu art. 42, parágrafo único, que “a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”.

Tem-se, assim, em apertada síntese, o cronológico histórico do surgimento da mediação no território brasileiro, que, como visto, foi recentemente positivada, razão pela qual ainda sofrerá diversas e profundas transformações em sua interpretação, em face do amadurecimento dos debates jurídicos e experiências práticas ao longo do tempo.

2 – A MEDIAÇÃO E O DIREITO COMPARADO

Nas lições de Daniela Monteiro Gabbay, em seu estudo direcionado à aplicação da mediação no Judiciário norte-americano, o início dos debates sobre a adoção de mecanismos alternativos para as soluções dos conflitos se deu em 1970, sendo a *Pound Conference*, realizada em 1976, o marco histórico da

exteriorização pela busca de soluções pacíficas para os conflitos, alicerçada na crescente preocupação com os custos e com o tempo destinado ao acesso à via ordinária do Poder Judiciário. Destacam-se, nesse período, os estudos para a adoção de um mecanismo conhecido como “sistema multiportas de solução de conflitos” (*Multi-door Courthouse*), permitindo-se aos litigantes novas formas de tratamento das contendas, e não mais apenas a via ordinária do Judiciário.

Em 1980, as discussões são amadurecidas, e a adoção dos mecanismos alternativos passa a ser vista com maior familiaridade entre os operadores do Direito, culminando, na década de 1990, na institucionalização do método. Entra em vigor o *Alternative Dispute Resolution Act – ADR Act*, “que reconheceu a importância dos meios alternativos de solução de conflitos como parte da política nacional de administração judicial, além de requerer que cada *District Court* desenvolvesse e implementasse o seu próprio programa de meios alternativos de solução de conflitos”².

Em 2001, é editado o *Uniform Mediation Act*, cujo objetivo principal foi a uniformização da regulação da mediação nos Estados Unidos. Destaca-se, ainda, a figura do *special master*, cuja atuação pode se dar como terceiro avaliador, mediador, perito técnico, em ações coletivas ou de indenização de difícil liquidação, dentre outras atribuições. “A atuação dos *special masters* pode ser indicada pelo juiz ou requerida consensualmente pelas partes. Em Connecticut, as audiências com os *special masters* são realizadas fora da Corte e ao final é apresentado ao juiz um relatório de atividades, sobre o qual a partes se manifestam”³.

Na Itália, a introdução dos métodos alternativos de resolução das controvérsias sofreu forte influência da União Europeia, a qual vem incentivando a adoção de tais mecanismos como forma de assegurar a facilidade e a celeridade do acesso à justiça. Cite-se, como exemplo, o *memorandum* da Comissão Europeia apresentado em 1985, cuja proposta foi acolhida pelo Conselho da União Europeia, culminando na edição da Resolução de 25.06.87. Recentemente, a Comissão Europeia editou a Resolução no 2001/310/CE, instituindo princípios a serem observados pelos órgãos que atuam nos métodos alternativos de solução das controvérsias e incentivando a criação de mecanismos facilitadores de acesso a tais métodos, inclusive do meio eletrônico.

Verônica Beer, em estudos sobre a mediação na Itália, sinaliza que a legislação que regulamenta a mediação não segue uma linha uniforme, visto

2 GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 131-132.

3 GABBAY, Daniela Monteiro. *Op. cit.*, p. 134.

DOCTRINA

que a introdução do instituto se deu por leis esparsas, direcionadas a diversos setores. Há, ainda, a indicação de que os termos “conciliação” e “mediação” têm sido utilizados muitas vezes como sinônimos.

No âmbito judicial, há a previsão no Código de Processo Civil italiano da tentativa de mediação no início do processo, sendo permitida nova tentativa em qualquer fase processual. “O Código também faz referência ao juiz de paz, como competente para efetuar uma tentativa de mediação no curso do processo, e os arts. 199 e 200 preveem a possibilidade de que o perito nomeado pelo juiz também promova a tentativa de mediação entre as partes e relate ao juiz o comportamento e a declarações destas no curso desse procedimento”⁴.

Na esfera extrajudicial, o mediador é um terceiro, imparcial, que atua na tentativa de solucionar pacificamente as controvérsias. Há na legislação italiana a tentativa obrigatória, prévia ao início da ação judicial, nos casos que envolvam controvérsias relacionadas a contratos agrários, a conflitos individuais do trabalho e a contratos de terceirização de serviços. “Nos conflitos individuais de trabalho, a mediação obrigatória prévia à ação judicial está disciplinada pelos arts. 410 e seguintes do Código de Processo Civil (alterados pelo Decreto Legislativo nº 80/80). O procedimento, que suspende o prazo prescricional, deve ocorrer até 60 dias antes do início da ação e pode ser conduzido em sede sindical ou perante uma comissão formada por representantes dos empregados e dos empregadores. Um ponto que merece atenção em relação a essa modalidade de mediação é a possibilidade de o juiz levar em consideração, para atribuir as despesas processuais, as informações inseridas no termo de tentativa de mediação, quando não obtido o acordo”⁵.

Cite-se, ainda, o “Projeto Conciliamo”, de iniciativa do Tribunal de Milão, em parceria com a Câmara de Mediação e Arbitragem de Milão, Associação dos Advogados e outras instituições ligadas à questão, cujo objetivo foi criar “um centro de informação e orientação direcionado à mediação extrajudicial”, incentivando e orientando os cidadãos a buscarem meios alternativos para a solução dos conflitos e consolidando-se uma interação direta entre o Poder Judiciário e as instituições que cuidam da mediação extrajudicial. “O fato de os próprios juízes reconhecerem a importância da mediação e estimularem que ela seja realizada fora do processo judicial e por profissionais especializados

4 BEER, Verônica. Mediação da Itália. In: *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 213.

5 BEER, Verônica. *Op. cit.*, p. 214.

contribuiu para que as partes envolvidas no conflito e seus advogados vejam a mediação por uma nova ótica”⁶.

3 – MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO. DIFERENÇAS CONCEITUAIS E DE APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO TERRITÓRIO NACIONAL

A mediação e a conciliação são métodos autocompositivos que buscam a solução das controvérsias mediante práticas que envolvam consenso e autonomia, devolvendo às partes envolvidas a capacidade de lidar com a litigiosidade, ínsita à própria existência do ser humano como parte de uma coletividade. A utilização dos instrumentos deve ser vista não apenas como um meio de amenizar a sobrecarga do Poder Judiciário e de limitação às dificuldades de sua inclusão no processo judicial, mas como a implementação de mudanças profundas de resgate da habilidade dos cidadãos de dialogar, de solucionar os conflitos de maneira pacífica, permitindo-se, assim, a permanência do convívio.

“O desejo de conviver em harmonia ou a almejada convivência pacífica, respeitosa e cooperativa recebe os contornos de uma utopia, justificada na inevitável manifestação de conflitos de interesse. Não restam dúvidas, portanto, de que os conflitos se apresentam como eventos naturais, cuja manifestação se revela inevitável no cotidiano da vida em sociedade. O problema dos conflitos de interesses não estaria, assim, na sua manifestação ou mesmo na ameaça que representam para a sociedade quando se tornam manifestos, mas, sim, nos perigos em torno da inexistência de padrões e métodos que possam garantir a necessária pacificação e restabelecimento da desejada, ainda que utópica, ordem nos processos de relações sociais.”⁷

A distinção entre os instrumentos de pacificação social objeto de análise – mediação e conciliação – é visível tanto no campo conceitual como nos limites e objetivos de atuação do terceiro interveniente – mediador/conciliador – e no tipo de conflito, o qual ditará o melhor método a ser seguido.

Visando à reconstrução de laços anteriores rompidos pelo litígio, e não apenas à prolação de uma decisão judicial em que se fixe “ganhador” e “perdedor”, surge a figura da mediação. O instrumento de pacificação dos conflitos conta com a participação de um terceiro – o mediador –, o qual auxilia os envolvidos a tratar da situação conflituosa, permitindo-se, assim, a continuidade das relações anteriormente existentes.

6 BEER, Verônica. *Op. cit.*, p. 223.

7 SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 9.

DOCTRINA

Os métodos adotados pelo mediador são os mais variados possíveis, tais como:

a) técnica do resumo, a qual, nas lições de Fabiana Marion Spengler, “faz com que as partes percebam o modo e o interesse com o que o mediador tem focalizado a controvérsia, bem como possibilita a este testar sua compreensão sobre o que foi indicado”⁸;

b) técnica de perguntar, que, nos termos da obra em exame, consiste em um dos principais instrumentos do trabalho da mediação, visto que “serve para acolher os medandos, para esclarecer os sentimentos, os interesses e as questões envolvidas no conflito, para construir uma lista de opções de solução do acordo e para testá-lo”⁹; e

c) técnica da despolarização do conflito, apostando “na necessidade de mostrar às partes que ambas têm interesse na resolução da disputa e que a solução partirá delas mesmas”. Nesse panorama, caberá ao mediador demonstrar “que na maioria dos casos os interesses reais das pessoas são congruentes e conexos entre si e isso só não foi verificado antes porque ocorreram falhas na comunicação”¹⁰.

A autora cita outras diversas técnicas, a saber: paráfrase, identificação de questões, interesses e sentimentos, afago, silêncio, inversão de papéis, escuta ativa e identificação de opções.

Há de se considerar que o mediador não tem poder decisório e que o deslinde da controvérsia está integralmente calcado em um acordo proposto pelas próprias partes envolvidas no conflito.

Diferentemente, na conciliação, o terceiro interveniente – o conciliador – pode sugerir, orientar, interferir, aconselhar e pontuar soluções para a controvérsia. O objetivo é chegar a um acordo, sem a análise em profundidade do conflito, evitando-se, assim, o processo judicial. Por essa razão, estudiosos do assunto têm estabelecido que a utilização dos métodos dependerá da origem do conflito. Se tratar-se de relação continuada e, portanto, de caráter subjetivo, como, por exemplo, direitos que envolvam família, sucessão e relação entre empregado e empregador, há de se preferir pela adoção da mediação. Caso se trate de relação esporádica, denotando o traço objetivo, tendo-se como exemplo clássico a relação de consumo, utilizar-se-á a conciliação.

8 SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos – da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 50.

9 SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, p. 53.

10 SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, p. 61-62.

“A conciliação tem por objetivo principal a pacificação do litígio processual mediante a elaboração de um acordo. Já a mediação pretende humanizar o conflito, restabelecendo a comunicação rompida entre os litigantes e tornando-a viável e, se possível, harmoniosa. O acordo é efeito secundário da mediação, e não objetivo principal a ser perseguido, como é o caso da conciliação.”¹¹

Por essa razão, o processo de mediação que não resulte necessariamente em um acordo não pode ser visto como improdutivo, principalmente se se permitiu o retorno do diálogo entre as partes envolvidas.

Nas lições de Petrônio Calmon, “conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção de autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na resposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes”¹².

Destacando as diferenças entre mediação e conciliação, o estudioso Ricardo Goretti Santos assevera que, na conciliação, não se tem por relevante observar a permanência do relacionamento, visto que o método deve ser adotado para o tratamento de conflitos que envolvam relações circunstanciais, tais como acidentes de trânsito. “O interesse das partes conflitantes, nessas situações, restringe-se à resolução da controvérsia por meio de acordo: objetivo imediato da conciliação”. A mediação, no entanto, é recomendada para “a condução de conflitos entre indivíduos inseridos em relações qualificadas pela existência de múltiplos vínculos, que por serem continuadas não devem ser interrompidas após a resolução da controvérsia. As relações conflituosas de natureza familiar, trabalhista, empresarial e de vizinhança figuram dentre as que fazem transparecer, com frequência, a continuidade das relações entre os conflitantes: particularidade que requer do mediador uma atuação mais complexa do que a de simples facilitação do acordo”¹³.

Ressalte-se que as considerações até então pontuadas partem de construções doutrinárias, bem como do exame das situações vivenciadas em outros países que adotam os instrumentos de pacificação de conflitos ora em análise. Após estudos e debates, chegou-se à conclusão de que é importante diferen-

11 SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, p. 76.

12 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 144.

13 SANTOS, Ricardo Goretti. *Op. cit.*, p. 117.

ciar os institutos, visto que cada um dos métodos possui suas características e aplicações próprias, destinadas a tratamento de conflitos específicos.

A busca por uma diferenciação conceitual positivada, no âmbito do território brasileiro, só se deu recentemente, com o Novo Código de Processo Civil, especificamente nos §§ 2º e 3º do art. 165. A já mencionada Resolução nº 125 do CNJ, apesar de classificar a mediação e a conciliação como “políticas judiciárias nacionais de tratamento adequado dos conflitos”, tratou dos institutos da mesma forma, como se fossem aplicados indistintamente para todos os casos, o que acabou por gerar ainda mais celeumas sobre o campo de atuação da mediação e da conciliação.

Há de se considerar, portanto, que, com a edição da Lei nº 13.105/2015 (Novo CPC) e, ainda, com a Lei nº 13.140/2015 (que dispõe sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública), tem-se por consolidados os estudos prévios sobre a conciliação e a mediação, suas diferenciações e campos de atuação, na medida em que o Novo Código de Processo Civil seguiu a classificação majoritária, já exposta, de que a adoção da conciliação e da mediação se dará, preferencialmente, com base na origem do conflito – se de caráter subjetivo ou objetivo.

4 – A MEDIAÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil evidencia o estímulo pela adoção de medidas alternativas para a solução dos conflitos. A nova tendência pode ser vista claramente já em seus primeiros dispositivos, especificamente nos §§ 2º e 3º do art. 3º, inseridos no Capítulo I (“Das Normas Fundamentais do Processo Civil”) do Título Único (“Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”) do Livro I (“Das Normas Processuais Cíveis”) da Parte Geral.

Nos termos do *caput* do referido dispositivo legal, “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. O § 2º, no entanto, delibera que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”; e o § 3º estatui que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. No art. 139, inciso V, ao se tratar “Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz”, fica registrado que incumbe ao magistrado “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”. Por fim, a atuação dos conciliadores e dos mediadores bem como a diferenciação dos institutos são

tratadas nos arts. 165 a 175, na Seção V (“Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais”) do Capítulo III (“Dos Auxiliares da Justiça”), do Título IV (“Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça”).

É outorgada aos Tribunais a incumbência de criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, nos quais serão realizadas as sessões de conciliação e mediação, bem como serão desenvolvidos programas de orientação e estímulo à utilização dos métodos autocompositivos. Os referidos centros serão organizados pelos respectivos Tribunais, por meio de regulamentos internos, observados os parâmetros fixados pelo CNJ, mais especificamente a Resolução nº 125/2010.

O Novo Código de Processo Civil, seguindo a linha doutrinária, diferencia os institutos da mediação e da conciliação, partindo-se do critério da origem do conflito, prevendo nos §§ 2º e 3º do art. 165 o seguinte:

“Art. 165. (...).

§ 1º (...).

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

“Considerando que a mediação e a conciliação são institutos diferenciados, também se diferencia o papel desenvolvido pelo mediador e pelo conciliador. O primeiro aproxima as partes e estimula o diálogo e a criação de propostas de composição do conflito. A ele não se permite a tarefa de sugerir propostas, de orientar os conflitantes e/ou aconselhar condutas. Por outro lado, essas últimas hipóteses poderão ser atribuídas ao conciliador que possui em sua lista de posturas a sugestão e a orientação. Porém, nenhum dos dois profissionais tem, como prerrogativa, a hipótese de impor acordos ou decisões que somente poderão ser construídos ou aceitos pelos envolvidos no conflito.”¹⁴

14 SPENGLER, Fabiana Marion. *Op. cit.*, p. 105.

DOCTRINA

Já no art. 166, são fixados os princípios que deverão nortear a mediação e a conciliação, a saber:

a) independência – princípio voltado aos mediadores/conciliadores cuja orientação permite a adoção dos trâmites procedimentais que entendam mais adequados para o andamento das sessões, descabendo a adoção de qualquer regra procedimental que pressione resultados;

b) imparcialidade e confidencialidade – princípios também direcionados aos mediadores/conciliadores, que os impedem de privilegiar uma das partes envolvidas e os autorizam a adotar uma postura intermediária e neutra na sessão. Há, ainda, previsão expressa de que as informações obtidas nas sessões não poderão ser utilizadas para fim diverso, permitindo-se, assim, que as partes se manifestem espontaneamente e enaltecendo, ainda, a confiança que deve existir entre as partes envolvidas e o mediador/conciliador;

c) autonomia da vontade – princípio relacionado ao poder de decidir dos conflitantes, não havendo de se falar na obrigatoriedade de submissão a um dos métodos de autocomposição e, muito menos, na imposição de uma solução final. Ademais, o art. 168 assegura até mesmo a escolha, pelas partes, do conciliador ou do mediador, ainda que não cadastrado no Tribunal;

d) oralidade e informalidade – dois princípios interligados, que visam à simplificação do procedimento e à busca pelo melhor resultado, ainda que por meio de soluções alternativas, desde que observadas as regras da moral e do bom costume e não sejam proibidas por lei. Prima-se pela observância da celeridade, hoje inserida de forma expressa na Constituição Federal de 1988 como garantia fundamental; e, por fim,

e) decisão informada – este último princípio tem por objetivo esclarecer a atuação dos mediadores/conciliadores diante das partes conflitantes, as quais têm o direito de serem informadas do funcionamento da sessão, da inexistência de obrigatoriedade na participação ou do alcance de resultados finais.

O art. 167 trata da necessidade de inscrição dos mediadores, dos conciliadores e das câmaras privadas de conciliação e mediação “em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça e de tribunal regional federal”, e dispõe sobre os requisitos mínimos para investidura na função de conciliador e mediador. Prescreve, ainda, a possibilidade de o Tribunal optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, que deverá ser preenchido por meio de concurso de provas e de títulos.

Os demais dispositivos legais inseridos na Seção IV – arts. 169 a 175 – tratam da forma de remuneração do mediador/conciliador, dos casos de im-

pedimento, impossibilidade temporária do exercício, motivos para exclusão do cadastro e possibilidade de a Administração Pública direta criar câmaras de mediação e conciliação com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Outro ponto a ser observado se refere à necessidade de capacitação dos mediadores para, assim, se alcançar o fim a que se propõe o instituto. “A mediação não deve ser feita sem a capacitação do facilitador. Por mais que uma pessoa tenha habilidade e talento como negociador ou gestor de conflitos, a mediação exige estudo específico, técnicas, experiência e constante aprendizado para aprimoramento do conhecimento. Repita-se, a capacitação é indispensável à correta utilização deste valioso instrumento”¹⁵.

Conforme se vê, a Lei nº 13.105/2015 ressalta a relevância e a preferência pela adoção de medidas autocompositivas, as quais devem ser estimuladas e utilizadas em qualquer fase do processo, bem como evidencia a importante atuação dos conciliadores e mediadores. Não se adotam, no entanto, os métodos de solução pacífica das controvérsias como regra obrigatória a ser observada.

A novel concepção adotada é elogiável, porque, conforme ressaltado, sugere uma mudança cultural de se ver o conflito; projeta uma verdadeira reestruturação do direito diante das relações humanas. Abandona-se a figura do direito como ordem rígida, cogente e impreterível e abre-se espaço para a adoção de soluções que passam pelo crivo das partes envolvidas. A norma jurídica imposta passa a ser utilizada em segundo plano, isto é, para os casos em que não se alcance um consenso entre os litigantes.

Não se quer dizer, no entanto, que o ordenamento jurídico positivado deixará de ser observado. Ao revés, as soluções alcançadas pelas partes continuam tendo por base a legislação vigente, mas se fixam independentemente delas. A nova sistemática não se limita à busca de soluções para o colapso do ordenamento jurídico, indo além, ao possibilitar às partes envolvidas verem no conflito a oportunidade de elaboração de estratégias singulares e de conquistas mútuas.

Há de se ressaltar, nesse trilhar, que a roupagem trazida pelos métodos autocompositivos e, principalmente, pela mediação, a qual propõe um tratamento da controvérsia de forma autônoma, tendo as partes envolvidas como atores principais, é uma visão inovadora, que envolve mudanças culturais a respeito dos conflitos sociais. Por essa razão, não serão poucas as polêmicas

15 CAHALI, José Francisco. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, Resolução CNJ 125/2010. 4. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 77.

ao se colocar a teorização em prática. A leitura da nova regulamentação deve ser feita com cautela, sabendo-se de antemão que os debates e o amadurecimento da matéria provavelmente trarão extensas alterações na interpretação e na aplicação dos métodos de solução pacífica dos conflitos.

5 – MEDIAÇÃO. APLICAÇÃO NOS DIREITOS MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO

Conforme explanado anteriormente, a mediação é um novo método de conciliação pacífica dos conflitos, recentemente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, e, como todo novo instituto, deve ser examinado e aplicado de forma ponderada. A mediação tem sido vista não apenas como mais uma forma de solucionar antagonismos, mas como uma tentativa de resgatar laços rompidos, criando-se uma cultura de responsabilização dos envolvidos, os quais buscarão juntos o recurso mais adequado para a resolução do conflito, por meio do diálogo e da participação ativa.

Partindo-se de tal premissa, o sucesso na implementação deste método autocompositivo resultará na criação de um novo protótipo de cidadania, fortalecendo o seu exercício e melhorando as relações interpessoais, propondo o abandono da cultura da competição como único meio de solucionar conflitos, visão ínsita ao processo judicial, e criando um ambiente propício para o entendimento e a interação.

O anseio por uma metodologia que vai além de solucionar conflitos – consequência considerada secundária – e de estimular o exercício da cidadania é facilmente perceptível no texto positivado. O Novo Código de Processo Civil indica campos de atuação da mediação e da conciliação, deixando cristalina a pretensão de se ter um método que vise fundamentalmente à manutenção ou ao resgate das relações preexistentes e de caráter continuativo, como as existentes nas relações de família, entre vizinhos e, também, entre empregado e empregador.

“Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a reduzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito.”¹⁶

16 WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 88.

Seguindo tal raciocínio, a aplicação da mediação na seara trabalhista é possível em diversos setores e questões.

No âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, não há maiores questionamentos sobre sua aplicação, pois existe legislação expressa nesse sentido desde 1995 – o Decreto nº 1.572. O art. 2º, *caput*, do referido diploma legal estabelece que, “frustrada a negociação direta, na respectiva data-base anual, as partes poderão escolher, de comum acordo, mediador para composição do conflito”.

E outro não poderia ser o entendimento, visto que o Direito Coletivo do Trabalho é campo fértil para negociação, debates e reivindicações.

Assim, o novel texto de lei, criado para regular a aplicação da mediação, tanto no âmbito judicial quando no âmbito extrajudicial, deve ser observado em razão da lacuna legislativa dos Direitos Material e Processual do Trabalho.

Com efeito, apesar de alguns textos esparsos preverem a aplicação da mediação como método de solução das contendas, não há, na esfera trabalhista, regulamentação conforme os termos propostos pelo Novo Código de Processo Civil e pela Resolução nº 125 do CNJ, que preveem, inclusive, criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos. A própria Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), como visto, dispõe sobre a necessidade de se elaborar, no âmbito da Justiça do Trabalho, regulamentação própria. Logo, por força dos arts. 8º e 769 da CLT, os quais orientam a aplicação subsidiária do Direito Comum no âmbito do Direito Material e do Direito Processual do Trabalho, respectivamente, entendo plenamente possível a aplicação das disposições do Novo Código de Processo Civil na regulamentação da mediação na jurisdição trabalhista.

Já na seara do Direito Individual do Trabalho, divergentes são os posicionamentos acerca da possibilidade de se transacionar direitos trabalhistas e, portanto, de se aplicar métodos autocompositivos para a solução dos conflitos. Isso porque existem princípios específicos que regem a relação empregado/empregador. Citem-se, como exemplos, os princípios da indisponibilidade dos direitos, na medida em que as normas trabalhistas são de ordem pública, e o da proteção do trabalhador, o qual é considerado hipossuficiente na relação empregatícia.

Tendo como ponto de partida os mencionados pilares, doutrina e jurisprudência têm entendido, ainda que haja alguma divergência quanto ao alcance, a possibilidade de se transacionar alguns direitos trabalhistas, permitindo-se, assim, a adoção de métodos autocompositivos para a solução das controvérsias que surgem durante a contratualidade. Nasce, daí, a necessidade de se adotar

uma concepção a respeito de direitos trabalhistas indisponíveis e direitos trabalhistas de disponibilidade relativa.

Na conhecida conceituação do Ministro Mauricio Godinho Delgado, os direitos trabalhistas indisponíveis, denominados direitos de indisponibilidade absoluta, são direcionados aos de interesse público, traduzindo “um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”. São exemplos os direitos ao salário mínimo e ao cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho (direito ao intervalo mínimo para repouso e alimentação, intervalo mínimo entre duas jornadas, entre outros). Já o conceito de indisponibilidade relativa será direcionado a “interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”, como, por exemplo, a jornada de trabalho e a forma do pagamento do salário¹⁷.

Respeitados, portanto, os direitos mínimos garantidos por lei ao trabalhador e salvaguardados direitos que visem à proteção da segurança e da saúde do empregado, torna-se possível, e até preferível, que se adotem métodos autocompositivos para a solução dos conflitos.

E mais: a adoção da mediação na resolução das adversidades seria de suma importância em casos específicos em que a manutenção de um bom convívio entre empregado e empregador é fundamental para a efetivação de um comando judicial.

O caso emblemático é o pedido de reintegração ao emprego, o qual, muitas vezes, mesmo deferido, não permite a adoção na prática, tendo em vista todo o desgaste sofrido pelas partes no decorrer do processo judicial. Há, ainda, o pedido de indenização por danos morais, no qual, não raras vezes, o só ressarcimento pecuniário não é suficiente para amenizar o abalo sofrido em face de um assédio moral ou de uma humilhação no ambiente do trabalho. Propiciar meios e métodos para o resgate dos laços rompidos é essencial para a reintrodução do empregado no mercado de trabalho, seja na mesma empresa, seja em estabelecimento distinto. Abre-se, ainda, a possibilidade de o empregador entender as falhas na execução do contrato de trabalho, permitindo-lhe rever a forma de lidar com problemas que se repetem constantemente no ambiente laboral.

A adoção da mediação como método de solução dos conflitos individuais do trabalho deve ser encarada, inclusive, como possível mudança cultural da busca pelo Poder Judiciário e como tentativa de se manter a continuidade das relações trabalhistas. Isso porque, não raras vezes, o empregado busca a via

17 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 217-218.

judicial quando a relação empregatícia já não mais se sustenta. Criar mecanismos que estimulem o diálogo entre empregado e empregador, afastando-se a ideia de litigiosidade e as figuras de “ganhador” e “perdedor”, poderá ser um louvável caminho para a busca da manutenção do contrato de trabalho, princípio basilar desta Justiça Especializada.

É, conforme ressaltado, a tentativa de retomada do exercício da cidadania, da responsabilização direta dos envolvidos, de forma consciente e autônoma; é a tentativa de salvar relações rompidas, de humanizar as soluções encontradas. Tais casos, dentre tantos outros, não se solucionam por intermédio de um comando judicial frio e distante da realidade das partes envolvidas, porque são indiscutivelmente vocacionados ao diálogo. Não demandam mera resolução dos conflitos, “mas principalmente como meio de administração deles, permitindo o encontro com o outro, não apenas para barganhar interesses, mas para ouvir, ser ouvido, tomar decisões e transformar a si mesmo e ao conflito vivenciado”¹⁸.

Ademais, os fundamentos que nortearam a positivação da mediação na esfera do Direito Processual Comum – preferência pela solução consensual dos conflitos e observância, entre outros, dos princípios da oralidade e da informalidade – são ínsitos ao Direito Processual do Trabalho, consoante se observa do teor dos arts. 764, 765, 831 e 846 da CLT.

Têm-se, assim, como oportunas e de possível aplicação na esfera trabalhista, as novas disposições legais que conceituam a mediação e a conciliação, as quais, reitera-se, criam os centros judiciários de solução consensual dos conflitos e regulamentam a investidura e a atuação dos conciliadores e mediadores.

Não se olvida que a adoção da mediação no Direito Individual do Trabalho está condicionada ao desafio de se delimitar o campo de atuação do método autocompositivo, já que o contrato laboral envolve diversos direitos indisponíveis, de caráter alimentar. Há de se considerar, ainda, a inquestionável disparidade entre as figuras envolvidas – empregado e empregador –, o que precisa ser cautelosamente observado, visto que o mediador, nos termos em que proposto pela Lei nº 13.105/2015, não tem poder decisório nem pode intervir na solução do conflito, a qual será alcançada, quando possível, pelas próprias partes envolvidas.

Assim, o mediador que for atuar na seara trabalhista deverá ter um nível de sensibilidade apurado para guiar a sessão de maneira que ambas as partes

18 SILVA, Nathane Fernandes da. Para além da resolução de conflitos: a mediação voltada à cidadania. In: *Mecanismos de solução de controvérsias trabalhistas nas dimensões nacional e internacional*. São Paulo: LTr, 2015. p. 138-139.

se sintam o mais confortável possível, adotando técnicas que facilitem o pleno diálogo e afastando possíveis intimidações.

O treinamento adequado dos profissionais que atuarão como mediadores será decisivo para o sucesso da implementação do instituto no âmbito das relações trabalhistas; sucesso este que, se atingido, permitirá alcançar pontos específicos da relação entre empregado/empregador, impossíveis de serem satisfatoriamente solucionados apenas com a prolação de um comando judicial, o qual é voltado com muito mais ênfase aos fatos passados do que à situação futura. O ponto crucial será, portanto, adotar mecanismos de capacitação dos mediadores e medidas para o pleno funcionamento dos centros judiciários de solução pacífica dos conflitos.

“A questão do acesso não tem a ver com a assistência judiciária, mas antes com a capacitação das partes em função das posições estruturais que ocupam. Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder socioeconômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes, etc.), a informalização da justiça pode ser um genuíno fator de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios), é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua, assim, para a consolidação das desigualdades sociais; a menos que os amplos poderes do juiz profissional ou leigo possam ser utilizados para compensar a perda das garantias, o que será sempre difícil, uma vez que esses Tribunais informais tendem a estar desprovidos de meios sancionatórios eficazes.”¹⁹

Diante de tais considerações, não se espera que a utilização da mediação se dê ao alvedrio de debates para o amadurecimento de suas vantagens e desvantagens. Não se pode aceitar, no entanto, que a metodologia e os nobres objetivos, que se pretendem alcançar com a adoção do novel instrumento de pacificação dos conflitos, sejam extirpados da esfera trabalhista, na medida em que, conforme explanado, sua adoção seria de grande valia em casos específicos trabalhistas, principalmente quando a reclamação trabalhista é interposta com o vínculo empregatício em curso. Por esses motivos é que fui firme na proposição de que o art. 14 da Instrução Normativa nº 39, editada pelo TST, não limitasse a aplicação do instituto da mediação aos conflitos coletivos de natureza econô-

19 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 179-180.

mica. Aliás, até mesmo a lei específica da mediação – Lei nº 13.140/2015 – não impediu a adoção do método nesta Justiça Especializada, prevendo, conforme consignado, em seu art. 42, parágrafo único, que “a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”.

Registro que, a despeito das observações expendidas quanto à redação do art. 14 da Instrução Normativa nº 39 do TST, não se pode desconsiderar sua relevância. O trabalho detalhado realizado pela Comissão e aprovado pelo Pleno do TST teve por objetivo apresentar um norte aos magistrados e aos demais operadores do Direito do Trabalho das inúmeras polêmicas que surtirão ao longo do exame da compatibilidade dos dispositivos do CPC de 2015 à esfera trabalhista, cumprindo-se, assim, a atribuição primordial de uniformizar nacionalmente a aplicação e a compreensão do direito objetivo. O principal escopo foi o de impedir que discussões periféricas oportunizassem grave morosidade aos feitos trabalhistas, os quais, por abarcarem condenações de natureza alimentar, demandam exame célere. Ademais, talvez decorressem anos para que as questões processuais chegassem ao TST, o que geraria instabilidade jurídica. Não se olvida que a Instrução Normativa não tratou das questões de forma exaustiva, nem se defende a impossibilidade de posteriores alterações. Ao revés, as questões poderão e deverão ser objeto de debates, mas sempre visando ao objetivo principal da efetiva entrega da prestação jurisdicional, de forma segura e célere.

Por fim, como ponto de reflexão, e não menos importante, há de se destacar que adotar o entendimento de que métodos alternativos de solução dos conflitos são bem aceitos não significa romper ou desmerecer a intervenção estatal. O processo judicial não é sinônimo de burocratização ou ineficiência institucional. A tutela jurisdicional é direito constitucional fundamental, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88, tendo valor e aplicação irrefutáveis quando se está diante de desigualdades socioeconômicas, as quais são niveladas pelo permanente cuidado do juiz na direção da marcha processual.

Os institutos da mediação e da conciliação, portanto, hão de ser vistos não como uma alternativa para reduzir o número de demandas a serem julgadas por meio do processo judicial, mas como política pública de acesso à justiça, sob pena de se abandonar a gênese da criação dos métodos autocompositivos em exame, que é a humanização das contendas e o resgate do convívio social, por meio da participação ativa dos envolvidos.

6 – A CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O Direito Processual do Trabalho, apesar de adstrito aos princípios constitucionais do processo e de ser permeável à aplicação de diversos princípios do Direito Processual Civil, é constituído de alguns princípios que lhe são próprios, fato garantidor de sua criação e de sua permanência como ramo processual especial.

A título de exemplo, temos o princípio da isonomia substancial, dada a desigualdade recorrente da figura do trabalhador diante do empregador; os princípios da informalidade e da simplicidade, os quais se conjugam para flexibilizar em parte o rigor do trâmite processual civil; os princípios da celeridade e da oralidade, que, apesar de não serem exclusivos do Direito Processual do Trabalho, podem ser vistos com maior ênfase nesta Justiça Especializada, principalmente ao se considerar o bem de caráter alimentar pretendido pelo trabalhador.

Há de se destacar o princípio da conciliação.

Nos termos do art. 764 da CLT:

“Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.”

O processo ordinário trabalhista prevê dois momentos obrigatórios para a proposta judicial da conciliação: abertura da audiência (art. 846 da CLT) e término da instrução e da apresentação das razões finais pelas partes (art. 850 da CLT).

Por isso mesmo, a Justiça do Trabalho é usualmente conhecida como a Justiça Conciliatória. As Juntas de Conciliação e Julgamento, primeiros órgãos de solução das lides trabalhistas, criadas por Getúlio Vargas em 1932, tinham, em seu âmago, a conciliação, e, mesmo após o reconhecimento da autonomia da Justiça do Trabalho e a posterior extinção das Juntas de Conciliação e Jul-

gamento, pela Emenda Constitucional nº 24/99, a busca pela solução pacífica do conflito permaneceu na essência do Direito Processual do Trabalho.

Muitas têm sido as medidas alternativas adotadas pela Justiça do Trabalho, buscando a pacificação dos litígios, mediante adoção de técnicas conciliatórias e mais céleres. A utilização dos métodos autocompositivos encontra maior destaque no Direito Coletivo, cujas soluções rápidas e efetivas têm resultado em ganho para a sociedade como um todo, pois pacificam as relações entre o capital e o trabalho.

O emprego de técnicas alternativas para a solução de litígios na esfera trabalhista tem sido, inclusive, alvo de premiações.

As chamadas “reuniões de mediação”, realizadas no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, têm alcançado vários acordos, encerrando paralisações de serviços essenciais, como o transporte coletivo, e diminuindo prejuízos causados por demissões em massa.

Cite-se, como exemplo, a questão que envolveu a demissão de 7,5 mil trabalhadores após a conclusão da obra da Plataforma P-58 da Petrobras. As controvérsias foram solucionadas após sete “reuniões de mediação”, resultando na responsabilização das empresas envolvidas pelo pagamento de haveres trabalhistas não adimplidos por empresas terceirizadas, “pagamento de despesas de viagem de cerca de cinco mil trabalhadores de outros Estados, registrados pelos empregadores como se fossem residentes do Rio Grande” e recontração de dois mil empregados pelo estaleiro vencedor da licitação para a construção de novas plataformas.

A medida adotada pelo TRT da 4ª Região lhe rendeu o “V Prêmio Conciliar é Legal”, concedido pelo CNJ, na categoria “Demandas Complexas ou Coletivas”.

Outro bom exemplo, datado de janeiro de 2015, foi o anúncio, pelo frigorífico Marfrig, da demissão de 600 empregados, em razão do fechamento da empresa na cidade de Alegrete. “As partes solicitaram a mediação do TRTRS. Após três reuniões no Tribunal, conduzidas pelo Juiz Lontra, a Marfrig se comprometeu a manter 300 trabalhadores na planta de Alegrete por pelo menos um ano, bem como relocar até 120 em outras unidades do Estado. Também ficou acordado um Programa de Demissões Voluntárias (PDV), que consistiu no pagamento de todas as verbas rescisórias correspondentes à despedida imotivada, no fornecimento de três cartões de alimentação (no valor de R\$150,00 cada) e na oferta de cursos profissionalizantes aos trabalhadores desligados da empresa. Para os empregados que optassem pela transferência para outras unidades do

Estado, a Marfrig garantiu que arcaria com as despesas de hospedagem em hotel (por 30 dias) e de mudança, além do pagamento de um salário adicional”²⁰.

Seguindo o raciocínio traçado ao longo do estudo de que a mediação é muito mais direcionada ao resgate de laços rompidos do que à busca de um acordo, pode-se dizer que nos dois casos citados encontram-se as figuras tanto da mediação como da conciliação.

A conciliação, inquestionavelmente, evitou o ajuizamento de milhares de ações trabalhistas individuais. Teria gerado, ainda, no caso da construção da Plataforma P-58, grande impacto social em relação aos cinco mil empregados contratados mediante fraude como residentes do Rio Grande do Sul, e desempregados teriam sérias dificuldades para retornar aos Estados de origem. A mediação permitiu, sem traumas, a continuação da relação de emprego daqueles que foram reaproveitados ou realocados.

Ademais, considerando as atribuições inerentes ao CNJ, diversas políticas judiciárias têm sido adotadas na busca da célere, acessível, responsável e efetiva prestação jurisdicional, tendo destaque o constante estímulo à conciliação. O “Movimento pela Conciliação”, iniciado em agosto de 2006, a Recomendação nº 8/07, que sugere aos Tribunais a adoção de medidas conciliatórias, a criação da premiação “Conciliar é Legal”, iniciada em 2010, e a edição da Resolução nº 125/2010 são bons exemplos da crescente busca pela adoção dos métodos alternativos de composição dos conflitos.

Ainda, seguindo as novas diretrizes traçadas pelo CNJ, bem como os princípios que, conforme explanado, são ínsitos à esfera processual trabalhista, várias e novas medidas vêm sendo adotadas por esta Justiça Especializada, no esforço de ver garantido o acesso à solução justa e célere para os conflitos trabalhistas e, por conseguinte, garantindo-se o exercício pleno dos direitos de cidadania.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região já conta com um “Núcleo de Conciliação Permanente” desde 2011, hoje dividido em “Central de Conciliação de 1º Grau” e “Central de Conciliação de 2º Grau”, a primeira direcionada a pedidos de conciliação em processos físicos e eletrônicos em tramitação nas Varas do Trabalho, na fase de conhecimento ou execução, e a segunda voltada para a obtenção de acordos nos processos físicos e eletrônicos em fase de recurso ordinário ou de admissibilidade do recurso de revista. Ambas contam com quadro próprio de servidores, inclusive com a presença de conciliadores que atendem aos requisitos estabelecidos pelo CNJ, em sua Resolução nº 125/2010.

20 Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?action=2>>. Acesso em: 1 fev. 2016.

DOCTRINA

O mesmo se diga em relação aos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª e 10ª Regiões, que, desde 2011, criaram o “Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução dos Conflitos” (Nupemec-2) e o “Núcleo Permanente de Incentivo à Conciliação”, respectivamente.

No Tribunal Superior do Trabalho foi criado o Núcleo Permanente de Conciliação – Nupec. Para ver o processo submetido ao Nupec, o requerimento pode ser feito por quaisquer das partes, por seu advogado, por meio da internet ou, ainda, no Tribunal Regional do Trabalho de origem ou na própria Vara do Trabalho onde se iniciou o trâmite processual. O Núcleo de Conciliação foi instituído pelo Ato nº 732/TST.GP, de 8 de novembro de 2012, enaltecendo a necessidade de se estimular a prática dos meios consensuais de solução dos litígios, buscando mecanismos de integração com os núcleos de conciliação já instituídos em alguns Tribunais Regionais do Trabalho e adotando medidas necessárias à realização de audiências de tentativa de conciliação nos dissídios individuais que tramitem no Tribunal Superior do Trabalho.

O que se constata, portanto, é que o novo balizamento apresentado pelo Código de Processo Civil de 2015, na esteira das disposições da Resolução nº 125/2010 do CNJ – estimular a solução consensual de conflitos –, não só é aplicável no processo trabalhista como é complementar às disposições já existentes, que sempre tiveram como propósito a busca por uma solução pacífica, justa e célere na solução dos conflitos de natureza juslaboral. Ao se abordar a conciliação e a mediação, o que se constata é que os institutos não são novidades na Justiça do Trabalho, a qual já vem, ao longo dos anos, empregando técnicas voltadas à qualidade da decisão e à isonomia no tratamento dos jurisdicionados.

O Novo Código de Processo Civil trouxe, no entanto, uma revisão dos métodos autocompositivos, buscando adequá-los aos mecanismos mais modernos de conciliação e mediação. E é exatamente sob esse enfoque que deve ser vista a inserção das modificações trazidas pela Lei nº 13.105/2015 ao domínio do processo do trabalho. Há de se aproveitar a ênfase que as novas disposições do CPC de 2015 trouxeram ao assunto e, no âmbito trabalhista, de se refletir sobre a necessidade de se implementar a revisão dos procedimentos até então aplicados com o fim de solucionar pacificamente os conflitos, além de se adotar técnicas mais modernas e políticas de incentivo para que as partes tenham conhecimento dos métodos alternativos de solução das contendas e a eles queiram se submeter. Assim, estaremos assumindo verdadeiro comprometimento com os meios alternativos de deslinde das controvérsias, garantindo a plena preparação e o comprometimento dos conciliadores e dos mediadores e o aperfeiçoamento dos programas permanentes de incentivo à conciliação, à

DOCTRINA

mediação e à adoção de outros métodos de solução pacífica dos antagonismos já existentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEER, Verônica. Mediação da Itália. In: *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

CAHALI, José Francisco. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, Resolução CNJ 125/2010. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SILVA, Nathane Fernandes da. Para além da resolução de conflitos: a mediação voltada à cidadania. In: *Mecanismos de solução de controvérsias trabalhistas nas dimensões nacional e internacional*. São Paulo: LTr, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos – da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CPC

Mauro Schiavi*

1 – DO CONCEITO E DA FINALIDADE DA PROVA

Diante da importância da prova para o processo, Carnelutti chegou a afirmar que as provas são *o coração do processo*, pois é por meio delas que se definirá o destino da relação jurídico-processual.

No nosso sentir, provas são os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda.

O direito à prova transcende o aspecto individual para adquirir feição publicista, pois não interessa somente às partes do processo, mas também a toda a sociedade, que os fatos discutidos em juízo sejam esclarecidos. Além disso, na fase probatória do processo, devem ser observados, com muita nitidez, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça.

Portanto, o direito à prova constituiu garantia fundamental processual e também um direito fundamental da cidadania para a efetividade do princípio do acesso à justiça e, acima de tudo, para o acesso a uma ordem jurídica justa.

O Código de Processo Civil não define o conceito de prova, apenas o art. 369 assevera: “As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”¹.

Desse modo, além dos meios legais de prova elencados no Código de Processo Civil, há a admissão de qualquer meio moralmente legítimo de

* Juiz titular da 19ª Vara do Trabalho de São Paulo; doutor e mestre em Direito pela PUC-SP; professor no Curso de Especialização do Mackenzie/SP; professor convidado do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da PUC-SP.

1 Tampouco a CLT, nos arts. 818 e seguintes, traz o conceito de prova.

DOCTRINA

prova, vale dizer, o meio probatório que não atente contra a moral e os bons costumes. Com isso, nota-se a amplitude probatória que consagra o Código de Processo Civil, a fim de facilitar o acesso do cidadão à justiça e a possibilidade de demonstrar a veracidade de suas alegações em juízo. De outro lado, como é princípio fundamental da nova codificação processual civil, o contraditório deve ser observado com ênfase na fase probatória, possibilitando às partes o direito de influir eficazmente na convicção do juiz.

Conforme vem sustentando a moderna doutrina processual civil, o art. 369 do CPC consagra o princípio da *atipicidade das provas*, permitindo que sejam aceitos no processo outros meios processuais, além dos nominados no Código de Processo Civil, desde que não sejam contrários à lei, à moral e aos bons costumes.

O Código de Processo Civil fala em demonstração *da verdade dos fatos* em que se funda o pedido ou a defesa. Entretanto, a verdade dos fatos alegados pelas partes é simples proposição, não significa, necessariamente, que corresponda à realidade. Somente após ampla dilação probatória será possível verificar a verossimilhança das alegações das partes. Muitas vezes, as alegações das partes, na inicial e na defesa, não são verdadeiras, sendo certo que a atividade probatória das partes será no sentido de demonstrar em juízo que pareçam verossímeis.

Enquanto os meios de prova são os instrumentos legais ou admissíveis em Direito para se demonstrar a veracidade das alegações em juízo, as fontes da prova são os fatos naturais ou humanos que tenham relevância na esfera jurídica, bem como as coisas corpóreas ou incorpóreas existentes na natureza ou criadas pelo homem, das quais se originam os meios de prova.

O direito à prova decorre do princípio do devido processo legal consubstanciado no art. 5º, LIV, da CF. Entretanto, a atividade probatória das partes no processo deve observar não só os ditames da lei processual, mas também o da moral, segundo preconiza o art. 369 do CPC.

O objeto da prova são os fatos, pois o Direito deve ser conhecido pelo juiz (*juria novit curia*), exceto as exceções do art. 367 do CPC.

O fato a ser provado deve ser relevante e pertinente ao esclarecimento do processo, ou seja, que possa influir na convicção do juiz. Além disso, há necessidade de que haja controvérsia sobre sua existência, vale dizer, que o fato seja

afirmado por uma parte e contestado pela outra. A finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os fatos relevantes e pertinentes da causa².

Como bem adverte Manoel Antonio Teixeira Filho³, a prova não tem apenas a finalidade de convencer, mas, sobretudo, de restringir e nortear a formação do seu convencimento, pois sabemos que, por força de disposição legal, o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença. O princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC vigente, desautoriza o juiz a julgar segundo a sua íntima convicção, impondo-lhe que o faça de maneira fundamentada; a fundamentação, no caso, é feita com vistas à prova produzida e traduz uma exigência constitucional (art. 93, IX).

A obtenção da verdade tem sido colocada como o motivo e a finalidade última da prova no processo. Nesse sentido, é expressivo o já referido art. 369, do CPC.

No dizer de Mittermaier, a verdade é a concordância entre um ato ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele.

Na clássica visão de Carrara, *a certeza está em nós; a verdade está nos fatos*.

Pensamos que a definição de verdade para fins processuais significa *acontecimento que ocorreu na realidade, o qual não fora objeto de alteração por vontade humana ou alterado em razão de erro na sua percepção*.

A doutrina clássica costuma realizar uma divisão da verdade em *real* (também chamada de substancial) e em *formal* (também chamada de processual ou verossimilhança). Verdade real é aquilo que aconteceu na realidade, independentemente da vontade humana. Verdade formal é a verossimilhança, ou seja, a verdade que se extrai dos autos do processo.

Durante muito tempo, a doutrina defendeu que no processo penal se persiga a verdade real (ou substancial), pois os interesses envolvidos são indisponíveis. Já no processo civil, que lida, em regra, com interesses disponíveis (patrimoniais), é suficiente ao julgamento a verdade formal. Desse modo, na

2 Como bem destaca Márcio Túlio Viana: “Se o juiz tem de conhecer os fatos, é a ele que a prova se destina. Afinal, como nota Russomano, a prova ‘é o pilar da sentença’. Mas ela também diz respeito aos outros personagens do processo, como as partes e o Ministério Público. Em última análise, afeta a sociedade por inteiro, pois é do interesse de todos a solução dos conflitos” (Aspectos gerais da prova no processo do trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de [Coord.]. *Compêndio de direito processual do trabalho*: estudos em homenagem a Celso Agrícola Barbi. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 340).

3 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 65.

DOCTRINA

esfera cível, o juiz poderá julgar, com base em regra de ônus da prova, presunções, sem a necessidade de investigação mais profunda da verdade.

Tanto o processo civil como o processo trabalhista lidam com direitos fundamentais do cidadão, como o patrimônio e, muitas vezes, os próprios direitos da personalidade, o que justifica também a busca da verdade real.

A obtenção da verdade real, inegavelmente, atende aos princípios de justiça e efetividade do processo, sendo, portanto, um dos escopos da jurisdição, que é pacificar o conflito com justiça. Desse modo, a moderna doutrina defende a tese da superação da diferenciação entre verdades real e formal, dizendo que a verdade é uma só, a real, mas esta é praticamente impossível de ser atingida. Não obstante, todos que atuam no processo, principalmente o julgador, devem envidar esforços para se chegar ao acerto mais próximo da realidade (verdade substancial).

De outro lado, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da necessidade de se proferir uma decisão no processo, pois o atual sistema constitucional não admite o chamado *non liquet*, não é possível que o processo fique aguardando a obtenção da verdade real. Caso tal fosse autorizado, comprometeria a duração razoável do processo e inviabilizaria a tomada de decisão. Além disso, diante das divergências dos fatos invocados no processo pelas partes, das vicissitudes que enfrenta o processo e da falibilidade humana na interpretação dos fatos, é tarefa das mais difíceis para o julgador apurar a verdade real. Ainda, o próprio julgador realiza valoração subjetiva dos fatos e da realidade.

2 – DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

As máximas de experiência são conhecimentos adquiridos pelo juiz, pela sua cultura e pelo seu exercício funcional que o fazem presumir a existência de determinadas situações ou coisas. O Código de Processo Civil não disciplinou as presunções, mas tratou das máximas de experiência, o que denota a importância de tal instituto no campo probatório. Com efeito, diz o art. 375 do CPC:

“O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.”

O presente dispositivo constitui inovação em face do anterior, uma vez que o art. 335 do CPC/73 somente permitia a aplicação de regras de experiência na ausência de normas jurídicas particulares. Doravante, a utilização das regras

de experiência não está submetida à ausência de normas, incidindo, diretamente, na valoração dos fatos do processo.

No mesmo sentido, o art. 852-D da CLT:

“O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

Conforme os referidos dispositivos, no nosso sentir, as máximas de experiência constituem o conhecimento adquirido pelo juiz durante sua vida e também pelo que normalmente acontece, considerando-se o padrão médio da sociedade. Esse conhecimento também pode advir de determinado comportamento ou fato que se repetem nos processos. Tais dispositivos são de grande utilização no processo do trabalho, cujas matérias discutidas em juízo são eminentemente fáticas.

Segundo a melhor doutrina, as regras de experiência se destinam tanto à interpretação do direito, suprimento de lacunas da legislação (art. 140 do CPC), como à interpretação do material probatório no processo. Atuam, principalmente, na interpretação de conceitos genéricos, como “amizade íntima”, “inimigo capital”, “duração razoável do procedimento probatório”, etc., bem como na valoração da prova do processo, em compasso com os ditames de justiça e razoabilidade.

No nosso sentir, o Juiz do Trabalho poderá utilizar-se das regras de experiência como as poderosas aliadas para valorar e interpretar a prova dos autos, principalmente se esta se encontrar dividida, se mostrar inverossímil ou fora da razoabilidade. O referido art. 852-D da CLT realça a possibilidade de o juiz dar valor especial às *regras de experiência comum ou técnica*.

Por fim, adverte-se que o juiz, mesmo possuindo conhecimentos técnicos, se a matéria exige a prova pericial, não poderá dispensá-la.

No aspecto, relevante destacar a ementa que segue:

“PROVA. Regras de experiência do que ordinariamente acontece. *Convicção livre do juiz*. RECURSO ORDINÁRIO. VALORAÇÃO DO CONTEÚDO DO DEPOIMENTO DA ÚNICA TESTEMUNHA OUVIDA. A MM. Juíza afastou a veracidade do depoimento da única testemunha trazida pelo autor, sob o fundamento de que faltara com a verdade, uma vez que no mesmo dia a mesma MM. Juíza realizara

DOCTRINA

audiência em diversa ação trabalhista patrocinada pelo mesmo patrono que representa o reclamante nestes autos, em face também da reclamada, na qual aquela testemunha afirmara sobre o mesmo fato informação diametralmente oposta. Em oportunidade anterior, instruindo outra reclamação trabalhista, patrocinada pelo mesmo causídico, em face da mesma reclamada, a então testemunha já proferira declaração contrária à dada nestes autos e alinhando-se à dada pela alienígena. Cediço é que no campo de atuação do Processo do Trabalho vige o princípio da verdade real em contraponto ao princípio da verdade formal. O juiz na atividade judicante vai adquirindo experiência, conhecimento, e com isso aprimorando o próprio exercício do seu *munus* público. Não se trata de prejulgamento ou quebra do dever de imparcialidade, mas tão somente de utilização da prerrogativa conferida pelo art. 375 do CPC: ‘o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece’. Não vislumbro nenhuma mácula ao procedimento adotado pela MM. Juíza prolatora da r. sentença. Essa adotou sua experiência de trabalho, e com ela concluiu pela inveracidade dos termos do depoimento da testemunha destes autos. Considerando que a única prova que o recorrente intencionou produzir foi a testemunhal e que a validade desta foi afastada, a manutenção do julgado é medida que se impõe.” (TRTSP, 01041009420085020373 [01041200837302002] RO Ac., 12ª T., 20110314195, Rel. Francisco Ferreira Jorge Neto, DOE 25.03.2011)

As regras de experiência também constituem um poderoso aliado na fixação do convencimento para o deferimento das tutelas de urgência (cautelar e antecipatória) no Processo do Trabalho, a fim de se demonstrar a probabilidade do direito invocado.

O art. 300 do CPC exige, para a concessão da tutela de urgência, a presença de elementos que evidenciem que o direito seja provável, vale dizer, que exista probabilidade de ser acolhido em juízo. Em princípio, sempre há probabilidade de a pretensão do autor ser acolhida, entretanto, há situações em que a probabilidade é remota, a exemplo do pedido juridicamente impossível, ou aquele que contraria entendimento jurisprudencial já sumulado. A avaliação da probabilidade do direito será realizada pelo juiz em cognição sumária, segundo o conjunto probatório dos autos e também segundo as máximas de experiência do que ordinariamente acontece. O magistrado poderá determinar a produção de provas para firmar sua convicção sobre a probabilidade do direito.

DOCTRINA

Para bem valorar a probabilidade do direito, deve também o Juiz do Trabalho considerar: “i) o valor do bem jurídico ameaçado ou violado; ii) a dificuldade de o autor provar a sua alegação; iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência; e iv) a própria urgência alegada pelo autor”⁴.

3 – A PROVA EMPRESTADA

Segundo Moacyr Amaral Santos⁵, prova emprestada é a “prova de um fato, produzida num processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que pode ser trasladada para outro por meio de certidão extraída daquele”.

Em outras palavras, a prova emprestada consiste no aproveitamento do material probatório produzido em outro processo para o processo em questão (atual), desde que presentes determinados requisitos.

Muitos se mostram contrários à utilização da prova emprestada, em razão de esta violar alguns princípios probatórios, quais sejam:

- a) imediatidade do juiz na colheita da prova;
- b) princípio da identidade física do juiz; e
- c) contraditório imediato na produção da prova.

Os argumentos mencionados não são, salvo melhor juízo, obstáculos para se evitar a utilização da prova emprestada, uma vez que o Tribunal, ao apreciar a prova produzida em primeiro grau, não a colhe diretamente, inobservando os princípios da imediatidade e da identidade física do juiz. Além disso, a prova documental também é produzida antecipadamente, não havendo o contraditório na sua colheita, mas somente após sua juntada aos autos.

Pensamos não ser possível impedir a utilização da prova emprestada, que foi legitimamente produzida em processo anterior, sob o argumento de ela desconsiderar, em tese, alguns princípios processuais na colheita da prova, pois não se pode obstar, a quem tem um direito, prová-lo em juízo por todos os meios legais, além de moralmente legítimos, como decorrência lógica dos princípios constitucionais do acesso real e efetivo à justiça, bem como do devido processo legal. Em razão disso, indeferir a produção da prova emprestada,

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2. p. 203.

5 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. II. p. 365.

por ser incompatível com alguns princípios processuais da prova, configura manifesto cerceamento de defesa.

Por outro lado, sempre que possível, a produção ou a renovação da prova no processo atual deve ser deferida. Entretanto, nos casos em que não há possibilidade de se produzir a prova ou esta se tornar excessivamente dificultada, a prova emprestada é um recurso que não pode ser sonogado à parte.

A Consolidação das Leis do Trabalho nada dispõe sobre a prova emprestada, entretanto, tal meio de prova é perfeitamente compatível com o Direito Processual do Trabalho em razão da omissão da Consolidação e da compatibilidade com a sistemática processual trabalhista (art. 769 da CLT), uma vez que a prova emprestada propicia, no Processo do Trabalho, o acesso real do trabalhador à justiça, a efetividade processual e a busca da verdade real⁶.

No Processo do Trabalho, é comum a utilização da prova pericial emprestada quando o local de trabalho estiver desativado⁷ ou se alterarem as condições ambientais, e também dos depoimentos, tanto pessoais como de testemunhas produzidos em processo anterior⁸, quando a prova oral não pode ser renovada no processo atual.

As partes, conjuntamente, podem pactuar a utilização da prova emprestada, como acontece, muitas vezes, quando há muitas ações com o mesmo objeto em face de uma mesma empresa.

-
- 6 No Direito Material do Trabalho, este princípio é definido como *principio da primazia da realidade*. Carnelutti dizia que prestigiar a realidade é prestar um tributo à verdade.
 - 7 Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa: “PROVA EMPRESTADA. INSALUBRIDADE. PERÍCIA. DESATIVÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO. PROVA EMPRESTADA. Embora a regra do art. 195, § 2., da CLT determine a realização de perícia para a aferição de insalubridade no local de trabalho, é certo que, na hipótese em que se encontre este desativado e não ofereça as mínimas condições de reprodução das condições ambientais imperantes quando em atividade, pode referido meio de prova ser satisfatoriamente suprido pela juntada de laudos emprestados de outros processos, desde que estabelecida perfeita correspondência entre a situação periciada e o caso *sub judice*, flagrando-se comprovadamente as mesmas condições ambientais a que estava o autor submetido” (TRT da 2ª R., RO 19990441149, Ac. 20000541086, 8ª T., Relª Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, DOESP 16.01.01).
 - 8 “Prova testemunhal. Juntada pertinente. Depoimento testemunhal indeferido. Livre-condução do processo pelo juiz. Cerceamento de defesa. Nulidade não configurada. A pertinência da prova emprestada, em face da harmonia entre o seu teor e os limites da *litiscontestatio*, autoriza o juiz a anexá-la aos autos, podendo inclusive determinar o encerramento da instrução processual, sem oitiva das testemunhas presentes, se convencido sobre a realidade fática controvertida (art. 765 da CLT c/c o art. 130 do CPC). Sua decisão não macula a ampla defesa, notadamente se o documento juntado contiver depoimento de testemunha levada pela própria parte que invoca a nulidade. Trabalho externo. Existência de mecanismos de controle da jornada de trabalho. Horas extras devidas. O vendedor externo que exerce suas atividades submetidas, direta ou indiretamente, a controle de horário faz jus a horas extras.” (TRT da 15ª R., RO 532/2004.079.15.00-5, 6ª T., Relª Maria Cecília F. Álvares Leite, DJSP 02.12.05, p. 98) (RDT 01, jan. 2006)

DOCTRINA

A prova emprestada pode ser requerida por qualquer das partes, por estas em conjunto e até mesmo de ofício pode ser determinada pelo juiz, à luz dos arts. 370 do CPC e 765 da CLT.

Destaca-se, em razão do princípio da unidade da jurisdição, que a prova emprestada pode ser produzida no Processo do Trabalho, mesmo que tenha sido colhida nas esferas criminal ou cível ou mesmo na Justiça Federal.

Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa:

“Prova emprestada. Possibilidade de que sejam consideradas as provas produzidas no processo criminal, relativo ao mesmo fato, pois perfeitamente resguardado o contraditório.” (RSTJ 104/304)

Como toda prova produzida no processo, a prova emprestada deve preencher alguns requisitos para que possa ser utilizada no processo.

A doutrina e a jurisprudência têm fixado alguns requisitos para que a prova emprestada conserve sua eficácia inicial. São eles:

a) que tenha sido colhida em processo judicial entre as mesmas partes ou uma das partes e terceiro; e

b) que tenham sido, na produção da prova, no processo anterior, observadas as formalidades estabelecidas em lei, mormente o princípio do contraditório⁹;

c) que o fato probando seja idêntico.

No nosso sentir, para que a prova emprestada possa ser admitida no processo, há a necessidade apenas de que no processo anterior a prova tenha sido colhida com as formalidades legais, observado o contraditório, e que o fato probando seja idêntico, ou se relacione, diretamente, com os fatos discutidos no processo em questão (atual). Não há necessidade de que, no processo anterior, figurem as mesmas partes ou uma parte e terceiro. O fato de a prova anterior ter sido colhida entre as mesmas partes ou entre uma parte e terceiro é um elemento de valoração da prova (art. 371 do CPC), e não de admissibilidade da prova emprestada.

A prova emprestada passa por três fases no Processo do Trabalho: a) admissão; b) possibilidade de impugnação pelas partes; e c) valoração pelo juiz, segundo o princípio do livre-convencimento motivado.

9 “Não vale a prova emprestada quando colhida sem caráter contraditório (v. CF, art. 5, LV, neste sentido) e sem a participação daquele contra quem deve operar, como é o caso de prova colhida em inquérito policial.” (RJTJESP 99/201)

DOCTRINA

Na fase de admissão, o juiz aprecia se é possível a produção da prova emprestada nos autos, devendo sempre fundamentar o deferimento ou o indeferimento. Num segundo momento, se a prova emprestada foi determinada pelo juiz ou produzida por uma das partes, a parte contrária, ou até as duas partes (se o juiz tomou a iniciativa), poderá impugná-la. No terceiro momento, na sentença, o juiz irá valorar a prova emprestada, em cotejo com as demais provas, se houve, podendo firmar livremente sua convicção¹⁰.

Nesse sentido, o art. 372 do CPC, pela primeira vez no campo legislativo, estabeleceu parâmetros para utilização da prova emprestada. Com efeito, dispõe o referido dispositivo legal:

“O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”

Conforme o referido dispositivo legal, de nossa parte manifestamente correto, o valor da prova emprestada deve ser avaliado pelo juiz no caso concreto, independentemente de quem a produziu ou das partes que figuraram no processo anterior, para apenas exigir que, no referido processo, tenham sido observados as formalidades legais para a produção da prova e o efetivo contraditório. Além disso, no processo atual, a prova emprestada, indiscutivelmente, será submetida a novo contraditório.

Alguns autores asseveram que a prova emprestada, uma vez trasladada do processo anterior para o atual, adquire a natureza de prova documental¹¹, ou seja, prova emprestada deve ser avaliada como se documento fosse.

Para outros, a prova emprestada, uma vez trasladada, conserva a mesma natureza jurídica com que foi produzida no processo anterior, ou seja, se a prova é testemunhal, será trasladada como prova testemunhal, se documental, como prova documental, e assim por diante.

10 Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa: “Ao juiz incumbe a direção do processo (art. 125 c/c o art. 130 do CPC). Portanto, ante uma prova emprestada, que sofreu impugnação de uma das partes, pode determinar que seja repetida na ação a fim de ficar com elementos para dirimir a impugnação, aceitá-la ou repudiá-la, com base em técnico de sua confiança. Além de tudo, pelo que se apurou, está feita e não há como desfazê-la. Problema de valorá-la é tema de decisão e não formal do agravo. Não há como impor-se ao juiz uma prova emprestada, pois nem mesmo está ele adstrito àquela produzida nos próprios autos, podendo renová-la” (RT 506/212).

11 Nesse diapasão é a opinião de Renato Saraiva: “A prova emprestada será inserida no processo como mera prova documental, devendo ser utilizada apenas excepcionalmente, uma vez que, em regra, as provas devem ser produzidas no mesmo juízo onde corre a demanda” (*Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 375). No mesmo contexto é a visão de Emília Simeão Albino Sako (*A prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 102).

No nosso sentir, a segunda vertente está correta, pois a lei não impõe que a prova emprestada seja trasladada como documento, este é apenas o instrumento de transporte da prova. Além disso, conservando a prova emprestada a mesma natureza jurídica com que foi produzida no processo anterior, o contraditório fica mais visível e dilatado. Assim, por exemplo, se a prova emprestada for pericial, no processo atual, haverá a possibilidade de se ouvir o perito que elaborou o laudo original em audiência e até mesmo de a parte juntar laudo do assistente técnico. Se a prova emprestada for testemunhal, a parte poderá arguir todas as hipóteses de incapacidade, impedimento ou suspeição da testemunha, etc.

4 – A QUESTÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Não há uniformidade na doutrina sobre o conceito de ônus da prova. Não obstante, não se trata de obrigação, tampouco de um encargo processual, já que não há uma sanção imediata para seu descumprimento. Até mesmo seu descumprimento pode não acarretar consequências, caso o juiz entenda que o ônus da prova pertence à parte contrária.

O ônus da prova, no nosso sentir, é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e uma situação favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.

A doutrina costuma classificar o ônus da prova em subjetivo e em objetivo. O primeiro (subjetivo) pertine às partes, que têm o ônus de comprovar os fatos que alegam, segundo as regras de distribuição do ônus da prova. O segundo (objetivo) é dirigido ao juiz, pois se reporta ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas.

No nosso sentir, o ônus da prova no processo somente é dirigido às partes, uma vez que o julgador tem o dever constitucional de julgar e de fundamentar em compasso com os elementos dos autos. Portanto, o ônus da prova somente se dirige às partes, e não à figura do julgador.

A Consolidação das Leis do Trabalho disciplina a regra de distribuição do ônus no art. 818, que tem a seguinte redação: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Diz o art. 373 do CPC:

“O ônus da prova incumbe:

DOCTRINA

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.”

Os arts. 818 da CLT e 373, incisos I e II, do CPC consagram o chamado ônus estático da prova, ou seja o ônus tarifado da prova, independentemente da natureza do processo e dos fatos da causa.

Não há uniformidade de interpretação do ônus da prova no Processo do Trabalho. A CLT, como já dito, apenas menciona que o ônus da prova incumbe à parte que a fizer.

Vários intérpretes se esforçaram para excluir o real alcance do art. 818 da CLT, mas não se chegou a um consenso sobre de quem seria a carga probatória no processo à luz da CLT. Inegavelmente, existem alguns critérios:

a) o ônus da prova no Processo do Trabalho é do reclamado, pois ele tem melhores condições de produzir a prova no processo;

b) o ônus da prova é do reclamante, pois o autor tem a obrigatoriedade de demonstrar em juízo os fatos da inicial;

c) tanto o reclamante como o empregado devem provar os fatos alegados tanto na inicial como na defesa; e

d) o reclamante deve provar os fatos constitutivos do seu direito, e o reclamado, os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor.

O referido art. 818 da CLT, no nosso entendimento, não é completo e, por si só, é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois, como cada parte tem que comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram tanto na inicial como na contestação.

Além disso, o art. 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode furtar-se a julgar alegando falta de prova nos autos ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova. Por isso, a aplicação da regra de ônus da prova como fundamento de decisão é uma necessidade do processo contemporâneo. Como bem adverte Rosenberg¹², “(...) o juiz não pode chegar a um *non liquet* com relação à questão de direito, pois é obrigado a julgar e, portanto, a declarar as consequências jurídicas para o caso concreto. Assim, na atualidade pode haver um *non liquet* quanto aos fatos, isto é, o juiz pode não ter sido devidamente instruído pela atividade probatória das partes e não ter conseguido esclarecer a questão fática, mas, mesmo assim, não pode deixar de emitir um pronunciamento judicial, uma decisão sobre o caso concreto”.

Embora alguns autores defendam que o art. 818 da CLT basta por si mesmo no Processo do Trabalho¹³, pensamos que a razão está com os que pensam ser aplicável ao Processo do Trabalho a regra do art. 373 do CPC conjugada com o art. 818 da CLT. Desse modo, no Processo do Trabalho, o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, e o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Desse modo, no Processo do Trabalho: a) o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito; e b) o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

O Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento sobre a aplicabilidade do entendimento vazado no art. 373 do CPC quanto ao ônus da prova no Processo do Trabalho por meio da Súmula nº 6, VIII, do c. TST, *in verbis*:

12 *La carga de la prueba*. Trad. Erne Krotoschin. Buenos Aires: EJEJA, 1956. p. 2.

13 Nesse sentido defende Manoel Antonio Teixeira Filho (*A prova no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 121). No mesmo diapasão: “Ônus da prova. É da parte que alega o ônus de comprovar os fatos que sustentam suas alegações” (TRT da 12ª R., ROV 1254/2005.046.12.00-0, 1ª T., Ac. 4088/06, Rel. Marcus Pina Mugnaini, DJ 4.4.06, p. 285) (RDT 05, maio 2006).

DOCTRINA

“É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº 68 – RA 9/1977, DJ 11.02.1977)”

Quanto ao fato negativo, prevaleceu na doutrina clássica que ele não deve ser objeto da prova.

Atualmente, a moderna doutrina sustenta que o fato negativo pode ser objeto de prova, pois não há na lei processual nada que inviabilize a prova do fato negativo. Além disso, como dizia Chiovenda, quem faz uma negação, em verdade, realiza uma afirmação. De outro lado, ainda que o ônus da prova pertença ao autor quando o réu nega o fato constitutivo do direito, o réu poderá realizar contraprova no sentido de que o fato não existiu.

A jurisprudência trabalhista tem fixado entendimento no sentido de que, se o empregador nega ter dispensado o empregado, cabe a ele, diante do princípio da continuidade da relação de emprego (Súmula nº 212 do c. TST), provar que o autor tomou a iniciativa de pôr fim ao contrato de trabalho (pedido de demissão ou abandono de emprego).

De outro lado, no caso de inversão do ônus da prova, o fato negativo terá de ser demonstrado pela parte contra a qual o ônus da prova fora invertido. Por exemplo, havendo inversão do ônus da prova quanto à culpa pelo acidente de trabalho. Nesse caso, a reclamada deverá demonstrar que não agiu com culpa, tomando as diligências necessárias para evitar o acidente.

5 – A MODERNA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova. É o que a doutrina tem denominado de *carga dinâmica na produção do ônus da prova*.

Como nos traz Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹⁴, “o grande mérito do pioneiro estudo sobre o ônus dinâmico das provas, dos juristas argentinos Jorge W. Peryrano e Julio O. Chiappini, no ano de 1976, foi o de revelar essa orientação jurisprudencial e sintetizar o princípio que acaba sendo rotineiramente utilizado em tais procedentes: o ônus da prova deve recair sobre a parte

14 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 222-223.

que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato controvertido”.

No Processo do Trabalho, diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando a teoria do ônus dinâmico da prova. O Juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 765 da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.

Parte da doutrina e da jurisprudência é refratária à admissão da presente teoria ao processo civil brasileiro, argumentando que ela majora de forma excessiva os poderes do juiz na condução do processo, surpreende as partes, causando insegurança jurídica e dificultando o contraditório. Além disso, transportado para o Processo do Trabalho, corre-se o risco de se entender que o ônus da prova sempre ficará a cargo do empregador, pois ele estará, na maioria das vezes, em situação de vantagem ou de maior possibilidade para a produção da prova.

Não obstante as ponderações anteriores, pensamos em sentido diverso, uma vez que, conforme já mencionado, a tendência do processo civil contemporâneo sinaliza a majoração dos poderes do juiz na instrução processo. De outro lado, diante dos princípios da cooperação e da boa-fé objetiva das partes, estas devem produzir as provas necessárias à descoberta da verdade. Além disso, os referidos princípios constitucionais da isonomia real, – livre da convicção do magistrado e do acesso real à justiça impõem ao magistrado posturas destinadas a assegurar o equilíbrio do processo, bem como a produção da prova.

De outro lado, a moderna doutrina vem sustentando que o ônus da prova, além de ser regra de julgamento, é também uma regra de instrução processual, devendo o juiz, antes de realizar os atos instrutórios, analisar as teses da inicial e da defesa, bem como os fatos e as circunstâncias do processo, e fixar o ônus da prova à parte que esteja em melhores condições de produzi-la.

Trata-se, inegavelmente, de uma tendência mundial do processo de majoração dos poderes do juiz na direção do processo, a fim de que os litigantes sejam tratados com isonomia real e a justiça seja implementada com maior efetividade. Não se trata de arbítrio do juiz, pois terá que justificar, com argumentos jurídicos, sob o crivo do contraditório, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da carga dinâmica da produção da prova.

DOUTRINA

A presente teoria não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora com ela tenha contatos, pois a inversão pressupõe a presença dos critérios previstos na lei e que exista uma regra prefixada para o ônus da prova. De outro lado, carga dinâmica se assenta no princípio da aptidão para a prova, não necessitando da presença de verossimilhança da alegação do autor.

O atual Código de Processo Civil consagra a regra do ônus dinâmico da prova no art. 373, §§ 1º e 2º, *in verbis*:

“§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

Diante do referido dispositivo legal, o ônus dinâmico da prova (ou teoria da carga dinâmica) pode ser aplicado quando houver:

- a) excessiva dificuldade probatória da parte que detém o ônus da prova, diante das peculiaridades do caso concreto; e
- b) maior facilidade de produção da prova pela parte que não detém o ônus da prova.

De outro lado, deve o magistrado fundamentar a decisão ao atribuir o ônus da prova de forma diversa da regra geral e possibilitar à parte contra quem o ônus fora fixado de se desincumbir do encargo.

No Processo do Trabalho, o juiz, ao sanear o processo na própria audiência ou em outro momento processual, deve fundamentar a aplicação do ônus dinâmico da prova antes do início da instrução processual. Desse modo, o ônus probatório não pode ser alterado por ocasião do julgamento, por violar o direito da parte à produção da prova, bem como violar o contraditório sob a perspectiva da decisão surpresa.

Na esfera trabalhista, o ônus dinâmico pode ser utilizado em hipóteses em que o reclamante pretende reparações por danos morais, assédio moral, assédio sexual ou discriminação, uma vez que a dificuldade probatória do trabalhador é muito acentuada e o reclamado, via de regra, tem maiores possibilidades de produção da prova. No entanto, mesmo nessas situações, deve o magistrado

DOCTRINA

sopesar a boa-fé do trabalhador e a seriedade da alegação e todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da IN nº 39, corretamente entendeu aplicáveis os §§ 1º e 2º do art. 373 do CPC ao processo trabalhista. Com efeito, dispõe o art. 3º, VIII, da referida instrução:

“Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

(...)

VII – art. 373, §§ 1º e 2º (distribuição dinâmica do ônus da prova).”

Recentemente, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho adotou, de certa forma, a presente teoria em sua Súmula nº 443, a seguir transcrita:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

Diante do referido entendimento sumular, ao empregador cumpre o ônus da prova de demonstrar que não discriminou o trabalhador portador de doença grave, uma vez que tal prova é extremamente difícil ao trabalhador, e o empregador detém maior aptidão para produzi-la, visto que tem a obrigação legal de zelar para que a discriminação não aconteça.

6 – A REVELIA E A PRODUÇÃO DE PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Um dos temas mais polêmicos da revelia é a produção de provas. Doutrina e jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de produção de provas diante da revelia.

O autor, em muitos casos, pretende produzir provas, pois há o receio de a revelia ser reconsiderada, de não poder trazer suas testemunhas em outra oportunidade e da possibilidade de o Tribunal ter entendimento divergente.

O réu que ingressar na relação jurídico-processual após o decreto de revelia pretende, a todo custo, minorar as consequências da revelia, mas encontra limites de não poder renovar fases processuais já atingidas pela preclusão e

inúmeras vezes se vê impossibilitado de produzir qualquer prova, uma vez que não controverteu os fatos, conforme os arts. 341 e 374, III, do CPC.

Os entendimentos, tanto da doutrina como da jurisprudência, são variados. Alguns sustentam a impossibilidade absoluta da produção de provas diante da revelia, sob consequência de o instituto perder a razão de ser. Já outros sustentam ser possível a produção de provas somente em algumas hipóteses, *v.g.*, quando os efeitos da revelia não se verificam (art. 345 do CPC), em se tratando de matérias de ordem pública ou que possam ser alegadas em qualquer grau de jurisdição ou matérias de ordem técnica. Já outros entendem que é possível conjugar a revelia com a produção probatória. Embora a amplitude da dilação probatória fique mitigada, é possível tanto ao autor como ao réu produzi-las e ao juiz determinar a produção de provas em algumas hipóteses. O autor pode produzir provas quando não se verificarem os efeitos da revelia, quando a discussão é eminentemente técnica e quando, a cargo do juiz, fora determinado. Já o réu pode produzir provas para contrariar os fatos articulados pelo autor, desde que ingresse a tempo na relação jurídico-processual.

No nosso sentir, a maior participação do réu na fase probatória tem suporte no próprio conceito de revelia, que para nós configura preclusão quanto ao direito de responder, e, no Processo do Trabalho, esse direito decorre do fato de o reclamado não ter comparecido à audiência em que poderia responder (art. 844 da CLT). Não obstante o revel não ter controvertido os fatos, a revelia gera uma presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, mas não derruba o contraditório processual, que é o direito de reagir a cada ação do *ex adverso*, que fora fortalecido pelos arts. 9º e 10 do CPC. Ora, revelia não é pena, não é um ônus, é uma situação processual. O revel não pode ser visto como um fora da lei porque não veio a juízo se defender. Ainda que não tenha controvertido os fatos, o revel, caso compareça em momento oportuno, poderá derrubar essa presunção de veracidade dos fatos invocados pelo autor. Não poderá fazer prova de fatos que não alegou, ou seja, não poderá fazer prova de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Caso o revel consiga, com a produção de provas, derrubar a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, este último terá de fazer prova do fato constitutivo do seu direito. Não se está com o presente entendimento desconsiderando o instituto da revelia, mas possibilitando ao réu o direito de, efetivamente, exercer o contraditório e buscar minorar os efeitos da revelia. Em razão do princípio da proporcionalidade a que já nos referimos, no nosso sentir, o revel que comparece e ingressa na relação jurídico-processual possui maiores faculdades processuais do que o revel que jamais comparece. Sob outro enfoque, pode, inclusive, ser benéfico ao autor o comparecimento do revel, pois há a possibilidade da conciliação,

DOCTRINA

também a possibilidade de o autor produzir a prova dos fatos constitutivos do seu direito e sepultar a possibilidade de anulação da revelia em sede recursal, bem como a certeza de que irá encontrá-lo para futura execução.

O Código de Processo Civil atual, ao contrário da doutrina e da jurisprudência dominantes à época do CPC/73, consagra o presente entendimento. Com efeito, dispõe o art. 349 do CPC, *in verbis*:

“Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.”

No mesmo sentido a Súmula nº 231 do STF, editada sob a égide do CPC/1939, *in verbis*:

“O revel, em processo civil, pode produzir provas, desde que compareça em momento oportuno.”

Diante do art. 349 do CPC, de aplicação subsidiária do Processo do Trabalho (arts. 769 da CLT e 15 do CPC), caso o revel compareça em momento oportuno e com relação às fases processuais em que ainda não se operou a preclusão, poderá: a) produzir provas a fim de derrubar a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor; b) requerer o depoimento pessoal do autor; c) juntar documentos para contrariar os fatos articulados na inicial; d) indicar assistentes técnicos e formular quesitos; e) contraditar testemunhas; f) produzir provas sobre matérias que possam ser invocadas em qualquer grau de jurisdição como as previstas no art. 337 do CPC e a prescrição; g) aduzir razões finais; e h) recorrer e contra-arrazoar recurso.

De outro lado, o juiz apreciará livremente os efeitos da revelia, vale dizer, se a matéria fática está incontroversa ou não, nos termos do princípio do convencimento motivado (art. 371 do CPC e também à luz do art. 765 da CLT). Caso entenda o juiz que a pretensão do autor não é verossímil ou se mostra fora da razoabilidade, poderá determinar a produção de provas, inclusive por parte do autor.

Como bem adverte Júlio César Bebber¹⁵, “a revelia não violenta a livre-consciência do juiz para ditar-lhe o seu convencimento, não inibindo, igualmente, o amplo poder instrutório que, no dizer do próprio José Roberto dos Santos Bedaque, ‘é elemento indissociável da efetividade do processo’. O juiz não tem

15 BEBBER, Júlio César. Revelia e livre convencimento. In: *Processo do trabalho*: temas atuais. São Paulo: LTr, 2003. p. 69.

DOCTRINA

o compromisso de satisfazer a vontade do legislador. Cabe-lhe, sim, atender à vontade objetiva da norma, que possui vida independente de seu criador”.

Por outro lado, no nosso sentir, o juiz tem de considerar que a revelia gera uma presunção de veracidade (art. 344 do CPC). Sendo assim, caso não esteja convencido da verossimilhança ou da ocorrência dos fatos declinados na inicial, deverá, num primeiro momento, fundamentadamente (art. 93, IX, da CF), em sede de decisão interlocutória, justificar, segundo o seu livre-convencimento, a necessidade de produção das provas que entende necessárias (arts. 370 do CPC e 765 da CLT) e, posteriormente, quando da sentença, valorar o conjunto das provas constantes dos autos.

Como bem adverte Cândido Rangel Dinamarco¹⁶, “como toda presunção relativa, também essa não tem o valor tarifado e invariável próprio aos sistemas de prova legal. No sistema da livre-apreciação de prova, segundo os autos, o juiz dar-lhe-á o valor que sua inteligência aconselhar, feito o confronto com o conjunto dos elementos de convicção eventualmente existente nos autos e levando em conta a racional probabilidade de que os fatos hajam ocorrido como disse o autor”.

No mesmo sentido é o art. 345, IV, Código de Processo Civil atual, que consagra o entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência. Com efeito, dispõe o referido dispositivo legal:

“A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344¹⁷ se:

(...)

IV – as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.”

7 – VALORAÇÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

A valoração da prova é um dos momentos mais importantes do processo, no qual o julgador, de forma discricionária, mas fundamentada, analisará as provas produzidas nos autos, primeiramente de forma isolada e, depois, confrontando as provas existentes, chegando a uma conclusão sobre a melhor

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2002. v. III. p. 535.

17 Art. 344 do CPC: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”.

DOCTRINA

prova e sobre o fato ou os fatos que comprovam. Diante dos fatos que entendeu provados, o juiz aplicará o direito, acolhendo ou rejeitando o pedido.

O juiz, como destinatário da prova, tem liberdade para valorá-las, segundo o princípio da persuasão racional (ou do livre-convencimento motivado), que vigora em sede processual civil, *ex vi* do art. 371 do CPC, *in verbis*:

“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

Diante do que dispõe o referido dispositivo legal, o juiz pode firmar sua convicção com qualquer elemento de prova constante dos autos, ainda que não alegado na inicial ou na contestação. Por isso, qualquer prova constante dos autos é apta a firmar a convicção do juiz. De outro lado, por mandamento constitucional (art. 93, IX, da CF) e da lei processual civil, deve o julgador mencionar na fundamentação da sentença qual ou quais provas existentes nos autos lhe formaram a convicção. Sob outro enfoque, em compasso com a nova sistemática do contraditório no CPC de 2015, se o juiz firmar sua convicção com elemento de prova constante dos autos, mas que sobre ele não tenham se manifestado reclamante ou reclamado, deverá oportunizar, antes do julgamento, manifestação das partes.

O Código de Processo Civil de 2015 não menciona mais a expressão *livre-convencimento motivado*, que estava no art. 131 do CPC/73, mas apenas *convencimento motivado*. Para alguns doutrinadores, não houve alterações, pois a valoração da prova é discricionária e a lei processual não traça um procedimento tarifado para a avaliação da prova constante dos autos. Para outros, a alteração do Código de Processo Civil modificou a sistemática de valoração da prova, pois atrela a discricionariedade judicial à motivação em compasso com os elementos probatórios constantes dos autos.

De nossa parte, nunca houve, na verdade, livre-convencimento do juiz mesmo na vigência do CPC/73, uma vez que o convencimento sempre teve que estar fundamentado nos elementos probatórios constantes dos autos. Não obstante, diante do atual Código de Processo Civil, o juiz não poderá julgar com suporte em convicção íntima ou pessoal. Também não poderá contrariar a prova dos autos com suporte em máximas de experiência. Deverá, outrossim, valorar todos os elementos de provas constantes dos autos e fundamentar sua convicção, dizendo quais provas o convenceram e quais não o convenceram. Não se nega que há uma carga considerável de discricionariedade judicial, mas os elementos dos autos deverão ser apreciados e a convicção fundamentada.

DOCTRINA

Não há, no ordenamento jurídico processual vigente, uma regra preestabelecida para valoração da prova pelo juiz. Entretanto, o magistrado deve considerar a prova existente nos autos. Não havendo prova nos autos, ainda que o juiz possa estar convencido da veracidade de algum fato, não poderá julgar com base em convicção íntima ou pessoal. De outro lado, pensamos que deve o juiz valorar a prova no conjunto, considerando o ônus de cada parte, a verossimilhança das alegações, a dificuldade probatória, a razoabilidade e o que ordinariamente acontece. Outrossim, a prova se valora pela qualidade, e não pela quantidade.

Como já assinalado, deve o juiz sopesar todas as circunstâncias dos autos, principalmente o Juiz do Trabalho, que lida, preponderantemente, com matéria fática e analisa provas orais.

Além disso, o Juiz do Trabalho deve não só avaliar a qualidade de uma prova isoladamente, mas também confrontá-la com as demais existentes nos autos e, muitas vezes, escolher, diante de tal confronto, a que lhe é mais coerente e que se aproxima da verdade. Inegavelmente, a valoração da prova é subjetiva, decorrendo do livre-convencimento motivado do magistrado, que é uma garantia constitucional; entretanto, o convencimento firmado deve ser fundamentado.

O comportamento das partes no processo e em audiência pode influir significativamente na convicção do Juiz do Trabalho. Desse modo, a personalidade, o grau de humildade ou a arrogância, a cooperação com a justiça, a firmeza no depoimento, a segurança ou a insegurança ao depor, a boa-fé, a honestidade dos litigantes, entre outros comportamentos, devem ser considerados pelo órgão julgador.

Como destaca Isolde Favoretto¹⁸:

“Pode o juiz se apropriar não só do que contém o corpo processual, mas, sobretudo, daquilo que é a essência para este convencimento e que não está escrito, mas foi percebido pelo julgador através de suas observações quanto às manifestações e aos comportamentos das partes não traduzidas no papel que se poderia chamar de *fumus* processual. Está inserida nesta linha uma sensibilidade de quem julga, cuja teoria é mais de aplicabilidade prática do que pelo conhecimento da teoria.”

No mesmo sentido, sustenta Marcos Destefenni¹⁹:

18 FAVORETTO, Isolde. *Comportamento processual das partes como meio de prova*. Porto Alegre: Livraria Editora Acadêmica, 1993. p. 53.

19 DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113. v. 1. t. II.

“O tema, contudo, nos parece bastante complexo e suscita um estudo multidisciplinar, pois o comportamento da parte pode ser analisado de diferentes perspectivas. De lembrar que a lei já valora várias situações do comportamento da parte. Pode-se citar, por exemplo, o fato de a parte se negar a depor. Essa inércia é valorada juridicamente, pois da negativa em depor é possível extrair-se uma *confissão ficta*. A doutrina costuma lembrar, também, da relevância do comportamento processual da parte que nega submeter-se à inspeção judicial. Não há, no caso, tecnicamente, uma confissão, mas, com toda certeza, trata-se de situação que deve ser considerada e valorada pelo juiz no momento da decisão. Outro aspecto recentemente disciplinado pela lei, referente ao comportamento da parte como meio de prova, está no art. 232 do CC, que determina ao juiz a valoração da recusa à perícia médica. Como se vê, o comportamento da parte deve ser valorado pelo julgador.”

Por isso, estamos convencidos de que o princípio da identidade física do juiz deve ser implementado²⁰ e impulsionado no Processo do Trabalho, para que a valoração da prova seja realizada com efetividade e a decisão reflita justiça e realidade.

8 – DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DO TRABALHO

Doutrina e jurisprudência divergem quanto à possibilidade da iniciativa probatória do juiz²¹. A matéria é polêmica e tem gerado acirradas discussões na doutrina e na jurisprudência.

A doutrina clássica mostrou-se contrária à iniciativa probatória do juiz. Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos: “Dá-se, assim, no processo probatório, uma perfeita interdependência de atribuições das partes e do juiz. Apenas aquelas não podem ter ingerência na função específica deste, de emitir provimentos relativos a qualquer dos atos probatórios e de avaliar e estimular as provas, porque, então, transformariam-se em juízes das próprias alegações. Por sua vez, o juiz não pode, a não ser dentro do critério legal e com o propósito de esclarecer a verdade, objetivo de ordem pública, assumir a função de provar fatos não alegados ou de ordenar provas quando as partes delas descuidam ou negligenciam”²².

20 Infelizmente, o princípio da identidade física do juiz, expressamente previsto no CPC/73, não fora reprisado no CPC/2015.

21 A doutrina denomina a expressão *poderes instrutórios do juiz* como a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a produção das provas que entende necessárias ao seu convencimento sobre os fatos da causa.

22 SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983. v. I. p. 259-260.

DOCTRINA

Para outros doutrinadores, a iniciativa probatória possível ao juiz é aquela de natureza complementar, em sede de excepcionalidade, por exemplo, quando a prova testemunhal restou neutralizada (entre prova e contraprova por igual número de testemunhas), tendo o juiz de primeiro grau dispensado uma testemunha de uma das partes. Em acontecendo a hipótese, haverá a possibilidade de ouvir aquela testemunha dispensada para complementar prova e firmar convicção.

No nosso sentir, diante dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da efetividade e dos princípios infraconstitucionais do livre-convencimento do juiz e da busca da verdade, devem ser deferidos ao magistrado amplos poderes instrutórios.

Com efeito, há muito o juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídico-processual. Na moderna teoria geral do processo, ao juiz cabe zelar pela dignidade do processo, pela busca da verdade real e por uma ordem jurídica justa.

Isso não significa dizer que o juiz está negando vigência ao art. 844 da CLT ou ao princípio de igualdade de tratamento às partes (art. 139 do CPC), está apenas garantindo a dignidade da justiça e da aplicação justa e equânime da lei e uma ordem jurídica justa. O entendimento citado ganha corpo no Direito Processual do Trabalho, pois apresenta o princípio do inquisitivo que permite a iniciativa probatória do juiz (art. 765 da CLT).

Nesse sentido também é o art. 370 do CPC, *in verbis*, que, segundo a doutrina moderna, consagra os poderes instrutórios do juiz:

“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Para o Juiz do Trabalho, não há preclusão na esfera probatória, conforme o já citado art. 765 da CLT. A livre-convicção do juiz é uma garantia da cidadania, do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito.

O juiz da atualidade não pode mais fechar os olhos diante de uma regra processual ou vendar os olhos e prolar uma sentença sem estar convicto (julgamento no escuro). Por isso, o juiz não pode omitir-se, negligenciando a produção de alguma prova necessária. É melhor pecar por excesso do que por omissão. O juiz que se omite é mais nocivo que o juiz que julga mal.

Sob outro enfoque, cumpre destacar que a finalidade do processo é a justa composição da lide, aproximando-se da realidade, bem como dar a cada um

DOCTRINA

o que é seu. Nesse sentido, ensina Jorge Luiz Souto Maior²³: “É verdade que, sob o ponto de vista teórico, o direito processual tem avançado muito em direção à busca da produção de resultados concretos e justos na realidade. Essa mudança vem desde o início do movimento denominado ‘movimento em prol do acesso à justiça’, encabeçado por Mauro Cappelletti, tendo atingido, mais recentemente, a fase da busca pela plena efetividade da prestação jurisdicional, que pode ser traduzida pela conhecida frase de Chiovenda: ‘o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter’. Mas o processo deve almejar mais, pois um processo despreocupado com a justiça das suas decisões pode simplesmente dar a cada um o que é seu, ou seja, ao rico, sua riqueza, ao pobre, sua pobreza”.

De outro lado, no nosso sentir, a efetividade do processo não significa apenas decisão rápida, mas também uma decisão justa e que se aproxime da verdade real, embora esta praticamente seja inatingível.

Pelo exposto, concluímos que

“os poderes instrutórios do Juiz do Trabalho são amplos, devendo sempre ser observados os princípios do livre-convencimento motivado e do contraditório.”

23 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 170.

A RECLAMAÇÃO CONTRA A APLICAÇÃO DAS DECISÕES EM RECURSOS REPETITIVOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Osmar Mendes Paixão Côrtes*

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O novo Código de Processo Civil consolidou a tendência à objetivação do processo, trazendo novos mecanismos de vinculação de decisões e aprimorando os já existentes.

Os Tribunais devem aumentar seu papel de órgãos uniformizadores da jurisprudência e diminuir o papel de julgadores “caso a caso”. Exemplos claros são as demandas repetitivas.

O Código cria um verdadeiro microsistema relacionado a essas demandas, bastando notar que dispositivos sobre a eficácia das decisões tomadas em demandas repetitivas estão presentes em toda a novel legislação: os paradigmas repetitivos devem ser observados sempre pelos julgadores (art. 927) e servem de fundamento para o julgamento liminar de improcedência dos pedidos (art. 332), para o deferimento de tutela de evidência (art. 311), para decisões monocráticas dos relatores nos Tribunais (art. 932), etc.

A reclamação, medida originária de competência dos Tribunais, nesse contexto, ganha papel de destaque, por ser instrumento próprio para fazer valer a autoridade das Cortes e das suas decisões.

A medida, nos termos do novo Código de Processo Civil e da IN nº 39/TST, passou a ser cabível na Justiça do Trabalho.

O presente estudo é dedicado à análise do cabimento da reclamação contra a aplicação das decisões tomadas em recursos repetitivos, tema muito polêmico e controvertido na jurisprudência já à luz da legislação processual revogada.

* *Doutor em Direito pela PUC-SP; mestre em Direito pela UnB; secretário-geral adjunto do IBDP; professor da Pós-Graduação do IDP; advogado.*

São analisadas a natureza das decisões em recursos repetitivos e a experiência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com a reclamação até chegar à legislação vigente e à sua aplicação ao Tribunal Superior do Trabalho.

II – A NATUREZA E A EFICÁCIA DAS DECISÕES EM RECURSOS REPETITIVOS

O novo Código de Processo Civil aprimorou o mecanismo dos recursos repetitivos, introduzido na nossa legislação pela Lei nº 11.672/08, que acrescentou o art. 543-C ao CPC de 1973.

Além de melhor regulamentar detalhes procedimentais, como a desistência dos recursos, a suspensão dos processos, a distinção entre os casos sobrestados e o paradigma, a possibilidade de indeferimento de recurso intempestivo, os poderes dos relatores, a novel legislação preocupou-se em tratar da efetividade das decisões em recursos repetitivos.

A sistemática é simples. Após a identificação de que determinada tese se repete numa multiplicidade de recursos, há a “afetação” da questão para que o Tribunal Superior defina a interpretação da tese e, após a decisão no paradigma, ordene que a diretriz firmada seja observada pelas demais instâncias, a partir da aplicação da tese aos casos sobrestados.

Cabe questionar a respeito das decisões em recursos repetitivos: são precedentes? Precedentes com força vinculante? Meios para fixação de precedentes? Regras decisórias?

Luiz Guilherme Marinoni entende serem “meios para a fixação de precedentes que atribuem sentido ao direito e, apenas por essa razão, devem regular os demais casos”¹. E o que caracteriza um recurso repetitivo é o fato de ele constituir um mecanismo voltado para a criação de um precedente com a preocupação com os casos pendentes. Já os precedentes, na visão do autor, destinam-se a casos futuros.

Georges Abboud defende não serem as decisões em recursos repetitivos precedentes no sentido estrito do termo, “porquanto sua construção não é histórica, foi imposta mediante alteração legislativa motivada na redução da velocidade dos processos”². O autor anota, ainda, que a utilização de um precedente para solucionar um caso concreto exige uma intensa interpretação

1 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 332.

2 Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 520.

e a realização de contraditório entre as partes. Por outro lado, a utilização da técnica dos recursos repetitivos dispensaria nova argumentação das partes, até mesmo porque o processo em que elas atuam estaria sobrestado, aguardando a definição da Corte Superior, para sofrer direta e imediatamente os efeitos da decisão-paradigma. As decisões nos repetitivos seriam mais regras decisórias dos casos concretos, ou seja, “como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e à problematização decisional”³.

José Rogério Cruz e Tucci entende serem as decisões proferidas nos incidentes de processos repetitivos precedentes com eficácia vinculante, ao lado das súmulas do STF e das decisões proferidas pelo STF e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade⁴. Os precedentes com eficácia vinculante, na visão do autor, existem ao lado dos precedentes com relativa eficácia vinculante e dos precedentes com eficácia meramente persuasiva.

No nosso entender, as decisões em recursos repetitivos são decisões paradigma que fixam teses com eficácia vinculante sobre os processos sobrestados (não se aplicando a casos futuros com eficácia vinculante). A natureza é de decisão que fixa tese aplicável a casos outros (existentes e sobrestados), independentemente da análise pormenorizada das circunstâncias específicas do caso que deu origem à decisão.

Ainda, não se aplicam a casos futuros de forma vinculante. Tanto é assim que, contra o desrespeito às decisões em recursos repetitivos, não é cabível imediatamente reclamação, exceto se exaurida a instância ordinária nos casos sobrestados (ao contrário das decisões nos incidentes de resolução de demandas repetitivas).

As decisões em recursos repetitivos servem, dessa forma, para firmar tese acerca de determinada matéria (e de forma desvinculada do recurso que lhe deu origem, tanto que pode haver a desistência do recurso, mas a tese ainda assim será julgada). E a eficácia vinculante atribuída às decisões surte efeitos quanto aos processos sobrestados. Casos futuros terão curso normal e até podem ter a tese aplicada como fundamento das decisões, mas não são atingidos pela eficácia vinculante do paradigma repetitivo.

3 Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 539.

4 Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 119.

Em síntese, quanto aos casos em curso, sobrestados, as decisões paradigma têm eficácia vinculante. Já quanto aos casos futuros, não têm eficácia de convencimento ou relativa eficácia vinculante, pois podem ser utilizados como fundamento para recursos, mas não como fundamento de reclamações.

De qualquer forma, a decisão no repetitivo tem natureza distinta da de simples decisão, até porque a intenção da sistemática dos recursos repetitivos é específica – resolver uma tese e evitar que múltiplos recursos sejam julgados um a um pelos Tribunais Superiores.

A sistemática dos recursos repetitivos (com a eficácia vinculante no que toca aos processos sobrestados) mostra, assim, a consolidação da tendência de as Cortes assumirem papéis mais uniformizadores da jurisprudência. E, uma vez definidas as teses, é necessário um instrumento para impor a observância às suas decisões e preservar a sua competência.

III – O CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES CONTRA A APLICAÇÃO DAS DECISÕES EM RECURSOS REPETITIVOS SEGUNDO A REGULAMENTAÇÃO ANTERIOR AO NOVO CPC

Vale referir o entendimento que vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça antes do novo CPC por dois motivos: no Tribunal Superior do Trabalho não era cabível reclamação (que passou a ser com o novo Código) e a análise da evolução da jurisprudência pode auxiliar na contextualização do cabimento atual.

À luz da legislação anterior ao novo CPC, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça guiava-se mais pela interpretação direta da Constituição Federal e dos Regimentos Internos, já que a Lei nº 8.038/90 pouco tratava do tema. Alguns avanços quanto ao cabimento da reclamação foram observados, como a admissão para impor que os Juizados Especiais respeitassem os julgados do STJ e também para fazer com que fossem observadas decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade.

Por outro lado, algumas limitações foram impostas, como as relativas justamente ao cabimento da medida contra a má aplicação de decisões em recursos repetitivos.

Vale lembrar que o STF, a partir da paradigmática Reclamação 4.335/AC, passou a admitir em alguns casos a medida para impor a observância a decisões tomadas em processos de controle difuso de constitucionalidade.

Fugiu, portanto, da linha tradicional de que apenas decisões tomadas em processos de controle concentrado produzem efeitos vinculantes e *erga omnes* e admitiu a reclamação, mesmo não tendo havido a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal.

Outros estudos já foram dedicados ao assunto⁵, mas vale lembrar, resumidamente, que a Corte Constitucional, pelo voto do relator, considerou que o ato de suspensão de uma lei pelo Senado é meramente político, devendo-se impor a observância a decisões em controle difuso de constitucionalidade até em nome do papel constitucional do Tribunal. Na mesma linha o entendimento tomado nos autos da Rcl 2.280/RJ. Luiz Guilherme Marinoni faz coro ao aumento da vinculação das decisões do STF ainda que não em controle concentrado, pontuando que “não há motivo para limitar a eficácia vinculante apenas às decisões com igual eficácia no controle objetivo”⁶.

Seguindo a mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça ampliou o cabimento da medida, admitindo-a, a partir da Rcl 3.752/GO (que levou à edição da Resolução nº 12/09), contra decisões de Turmas Recursais que desrespeitem a jurisprudência firme da Corte. A partir da Rcl 18.506/SP houve um recuo no procedimento da Resolução nº 12/09 (com a edição da Resolução nº 03/2016 – que transferiu a competência para julgar as reclamações para os Tribunais de segundo grau), mas a manutenção do cabimento da medida bem ilustra a sua importância, notadamente no contexto da objetivação do processo.

Por outro lado, observou-se certa redução no cabimento da reclamação no tocante aos repetitivos. Mesmo sendo a sistemática desses recursos distinta da tradicional, os Tribunais adotaram majoritariamente o entendimento de que não se deve admitir a reclamação quando recursos sobrestados forem mal indeferidos ou forem mal rejudgados após a decisão no caso paradigma.

Em estudos específicos foram exploradas as limitações⁷, merecendo destaque algumas decisões que fixaram *teses restritivas*, como a da Corte Especial na QO no Ag 1.154.599/SP (Rel. Min. Cesar Rocha, DJ 12.05.2011), originariamente quanto ao não cabimento de agravo para o STJ e posteriormente estendida para a reclamação, ao argumento de que a aplicação equivocada de precedente em repetitivo não usurpa a competência do Tribunal Superior.

5 A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. *RePro*, São Paulo: RT, 178, dez. 2009, p. 220-226.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 299.

7 A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento? *RePro*, São Paulo: RT, 244, jun. 2015; A reclamação para os Tribunais Superiores no novo CPC, com as alterações da Lei 13.256/2016. *RePro*, São Paulo: RT, 257, jul. 2016.

DOCTRINA

Outras decisões, como a do AgRg na Rcl 8.264/RN (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, DJ 26.08.2014), reconheceram a ausência de caráter vinculante à decisão tomada no repetitivo, pois “as orientações emanadas em recursos especiais repetitivos não detêm força vinculante ou efeito *erga omnes*, não autorizando, por si só, o ajuizamento da reclamação constitucional contra decisão judicial que venha a contrariá-las”.

O Superior Tribunal de Justiça, assim, vinha interpretando o preceito constitucional viabilizador da reclamação, quanto aos recursos repetitivos, de forma limitada – por regra, apenas em casos de descumprimento de decisão no caso concreto. Aplicado mal um precedente em caso de recurso sobrestado, incabível agravo para o Tribunal Superior ou reclamação. Cabível, apenas, agravo interno para o Tribunal de segundo grau. Da mesma forma, se houver má aplicação do precedente em repetitivo quando do rejulgamento de determinado processo pelo Tribunal de origem.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as limitações seguem a mesma linha, não se admitindo, por regra, reclamação contra decisão que aplica o entendimento firmado em repetitivo ou em repercussão geral. Desde o julgamento da Questão de Ordem no AI 760.358 (Rel. Min. Presidente, Tribunal Pleno, DJ 19.02.2010), foi estabelecido que a reclamação, além do agravo de instrumento, é incabível contra a decisão que aplica (mal) o entendimento firmado em recurso repetitivo. Cabível apenas o agravo interno no próprio Tribunal *a quo*.

No que toca à repercussão geral, também o STF tem entendido que os precedentes não são dotados de eficácia *erga omnes*. Ainda que deva ocorrer a observância ao paradigma, se houver o desrespeito por parte do Tribunal de origem, deve-se tentar resolver o problema no âmbito da própria Corte inferior, não podendo haver, *per saltum*, a atuação do STF. Merece referência a Rcl 17.914/MS (Rel. Min. Lewandowski, Segunda Turma, DJ 04.09.2014), na qual restou consignado que “não cabe reclamação fundada em precedentes sem eficácia geral e vinculante” e que “conquanto o decidido nos recursos extraordinários submetidos ao regime da repercussão geral vincule os outros órgãos do Poder Judiciário, sua aplicação aos demais casos concretos (...) não poderá ser buscada, diretamente, nesta Suprema Corte, antes da apreciação da controvérsia pelas instâncias ordinárias”.

No mesmo sentido, a decisão na Rcl 17.512/SP (Rel. Min. Barroso, Primeira Turma, DJ 25.09.2014), segundo a qual “as decisões proferidas em sede de recurso extraordinário, ainda que em regime de repercussão geral, não geram efeitos vinculantes aptos a ensejar o cabimento de reclamação, que não serve como sucedâneo recursal”.

DOCTRINA

Ou seja, tanto no STJ quanto no STF, o desrespeito à decisão que deveria ser observada (tomada em repetitivo ou com repercussão geral) deve ser atacado de outras formas (notadamente nos Tribunais inferiores), não sendo cabível, por regra, a reclamação diretamente às Cortes Superiores.

Apesar de estarem objetivando o processo em outras hipóteses, no que toca aos repetitivos e à repercussão geral, ao menos quanto ao cabimento direto de reclamação, as Cortes ainda adotam uma linha mais subjetiva (mais típica do CPC de 1973, menos focada em impor a observância da jurisprudência).

IV – O CABIMENTO ATUAL DA RECLAMAÇÃO CONTRA A APLICAÇÃO DAS DECISÕES EM RECURSOS REPETITIVOS CONSIDERANDO AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.256/2016 AO NOVO CPC

Se não fossem as alterações da Lei nº 13.256/2016, o novo CPC alteraria em muito a jurisprudência dos Tribunais Superiores, na medida em que expressamente previa a reclamação direta para a hipótese, entre outras, de garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Com as alterações da Lei nº 13.256/2016, todavia, o art. 988 foi alterado, para limitar a reclamação contra decisões que aplicam mal precedentes em repetitivos ou em repercussão geral. O atual inciso IV do dispositivo estabelece que ela é cabível, quanto aos repetitivos, para garantir a observância a precedentes de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Houve, assim, uma limitação clara quanto ao cabimento direto da reclamação nos casos de repetitivos. Ela é cabível diretamente, agora, apenas para os Tribunais de segundo grau (que julgam os incidentes de resolução de demandas repetitivas), excluindo-se os Tribunais Superiores (que julgam os recursos repetitivos).

No mesmo sentido, o § 5º do art. 988, no inciso II, especifica que é inadmissível a reclamação proposta perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça para garantir a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva.

Mas é curioso (e positivo) que o mesmo parágrafo, ao final, deixa uma margem ao prever que a inadmissibilidade limita-se a casos em que “não esgotadas as instâncias ordinárias”.

DOCTRINA

Ou seja, com as alterações da Lei nº 13.256/2016, a reclamação não será cabível sempre e diretamente para o Tribunal Superior quando for mal aplicado um precedente (seja indeferindo um recurso especial ou extraordinário sobrestado, seja rejuizando-o), mas poderá ser cabível se a parte tentar resolver com os remédios possíveis o problema no Tribunal inferior e não conseguir.

Essa limitação coincide com a linha da jurisprudência firmada à luz da legislação anterior – não se deve reclamar diretamente ao STF ou ao STJ. Devem-se adotar os remédios possíveis no âmbito das Cortes de origem. Apenas em casos extremos, nos quais não se consiga resolver a questão da observância ao precedente firmado em repetitivo no Tribunal inferior, é que se pode abrir a via da reclamação.

Outra não poderá ser a interpretação a ser dada ao art. 988, § 5º, inciso II, alterado pela Lei nº 13.256/2016, pois negar a reclamação em definitivo (mesmo após as tentativas no Tribunal inferior) significa autorizar eventual desrespeito à decisão paradigma do recurso repetitivo, que deve vincular e ser aplicado a outros casos, afrontando a própria intenção e o espírito do novo CPC – impor o respeito à jurisprudência.

O que diferencia as decisões em repetitivos das decisões das Cortes Superiores em casos individuais de rito comum é justamente a possibilidade de produzirem efeitos para além daquele processo (objetivação), afetando os casos sobrestados.

As partes devem, então, após a decisão em repetitivo, se não houver a correta aplicação do paradigma aos processos sobrestados, lançar mão dos remédios previstos na legislação perante as Cortes de origem antes de ajuizar a reclamação.

Se o recurso de natureza extraordinária sobrestado for mal indeferido, deve ser feita petição requerendo a reconsideração da decisão ou o recebimento da petição como agravo interno para que o colegiado reveja a decisão equivocada (que indeferiu recurso que não deveria ter sido indeferido). Destaque-se que a redação original do novo CPC autorizava o agravo para o Tribunal Superior. A Lei nº 13.256/2016 alterou, todavia, o art. 1.042, não mais cabendo o agravo, exceto o interno.

Se o recurso de natureza extraordinária sobrestado for mal “rejuizado” (determinou-se o rejuízo pelo colegiado do Tribunal inferior e o precedente foi mal aplicado), deve-se peticionar no Tribunal de segunda instância requerendo o processamento do recurso, nos termos do art. 1.041, ou interpor novo recurso se for o caso.

DOCTRINA

Apenas se infrutíferas essas tentativas poderá a parte ajuizar reclamação no Tribunal Superior, nos termos do art. 988, § 5º, inciso II, que prevê, repita-se, o exaurimento prévio das vias ordinárias.

Poder-se-ia pensar que esse exaurimento dependeria ainda do ajuizamento de ação rescisória prévio à reclamação no Tribunal Superior. Isso porque o § 5º do art. 966 do novo CPC, incluído pela Lei nº 13.256/2016, prevê que cabe a ação por violação de norma jurídica se a decisão rescindenda aplicar precedente de recurso repetitivo, mas não fizer a correta distinção entre o caso concreto e o paradigma.

Ocorre que se trata de hipótese de ajuizamento de nova ação, distinta, portanto, da necessidade de exaurimento da instância ordinária.

A Lei nº 13.256/2016, portanto, colocou limite ao cabimento direto da reclamação, mas ainda assim a medida foi valorizada não apenas pela brecha do referido inciso II, mas porque a previsão do novo CPC, mesmo com a redação atual, é muito detalhada, fortalecendo a medida.

O curioso é que a Lei nº 13.256/2016 manteve a reclamação para as hipóteses de incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência. Nos Tribunais Estaduais ou Regionais, dessa forma, cabível a medida se desrespeitado por órgão inferior o precedente em repetitivo. E, nos Tribunais Superiores, cabível a reclamação se descumprido precedente firmado em assunção de competência, incidente previsto no art. 947 que pode ser resumido como uma afetação para decisão de questão relevante pelo colegiado maior de um Tribunal, com efeito vinculante.

Por fim, de se anotar que, com a alteração do inciso IV do art. 988, parece ter acabado a possibilidade de reclamação para casos futuros (não sobrestados) que não observem o entendimento firmado em repetitivo ou em repercussão geral, já que a exceção do § 5º, inciso II, é para as hipóteses em que se tenha tentado fazer com que os Tribunais inferiores apliquem a processos sobrestados a jurisprudência consolidada em repetitivo ou em repercussão geral.

V – A RECLAMAÇÃO CONTRA A APLICAÇÃO DAS DECISÕES EM RECURSOS REPETITIVOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho não tinha uma regulamentação geral acerca da reclamação. O Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho previa a medida, até que o Supremo Tribunal Federal, em 2008, julgou o RE 405.031/AL (Rel. Min. Marco Aurélio) e declarou inconstitucionais os dispositivos acerca da matéria.

O STF entendeu que a medida pode ser prevista nas Constituições Estaduais, mas, no âmbito federal, depende de lei. Desde então, a Justiça do Trabalho aguardava previsão específica sobre a reclamação.

Como o novo CPC é aplicável, no que não for incompatível com os preceitos específicos do processo do trabalho, o problema foi resolvido com o § 1º do art. 988, segundo o qual a “reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal”, passando a Justiça do Trabalho a ter a medida por expressa disposição da novel legislação. Nessa linha, a IN nº 39/TST, no seu art. 3º, XXVII, expressamente reconhece a aplicação.

Cabe analisar, então, como será o cabimento da medida contra decisões tomadas em recursos de revista repetitivos.

Consoante já analisado, as decisões proferidas em recursos repetitivos têm natureza distinta das decisões comuns de recursos, notadamente porque elas vinculam. Sejam ou não consideradas tecnicamente precedentes, as decisões proferidas nos casos paradigma repetitivos produzem efeito para além do processo, devendo ser aplicadas a todos os casos sobrestados.

A reclamação é o instrumento próprio para impor o respeito às decisões do Tribunal Superior do Trabalho proferidas em recursos repetitivos, mesmo após as alterações da Lei nº 13.256/2016.

Isso porque, na linha do que já exposto e no sentido da jurisprudência que vinha sendo firmada no âmbito das outras Cortes Superiores já à luz da legislação anterior, a reclamação contra a má aplicação de decisões em repetitivos continua cabível. A diferença entre a redação originária do novo CPC e a atual é que, para que a medida seja ajuizada no Tribunal Superior, deve haver o prévio exaurimento da instância ordinária.

Antes de reclamar ao Tribunal Superior do Trabalho, deve a parte esgotar as possibilidades previstas na legislação para resolver a questão da má aplicação junto aos Tribunais Regionais do Trabalho.

Pelo art. 896-C da CLT e pela IN nº 38/TST, após a publicação do acórdão paradigma do TST surgem duas possibilidades: haver o indeferimento do recurso sobrestado (se a tese do recurso for contrária à do repetitivo) ou o rejuízo do recurso pelo órgão prolator da decisão no TRT (se a tese do recurso coincidir com a do repetitivo).

Se houver o indeferimento equivocado do recurso de revista sobrestado, parece que o agravo de instrumento, nos termos do art. 897 da CLT, é a medida cabível, pois, ao contrário das limitações do novo CPC ao agravo contra de-

DOCTRINA

cisão denegatória de REsp e RE (art. 1.042, *caput*, que prevê o cabimento do agravo interno para essa hipótese), não há restrição à interposição do agravo de instrumento para o Tribunal Superior do Trabalho. Se houver alguma restrição à subida do agravo de instrumento, será cabível a reclamação, nos termos do art. 988, § 5º, II, do novo CPC.

Caso se entenda incabível o agravo para o TST, deverá a parte prejudicada pelo equívocado indeferimento do recurso de revista sobrestado peticionar à Corte de origem com pedido de recebimento como agravo interno e, não sendo resolvido o problema da má aplicação do paradigma repetitivo no Tribunal Regional do Trabalho, deverá ajuizar reclamação para a Corte Superior Trabalhista.

Se houver o mal rejulgamento do recurso pelo Tribunal Regional do Trabalho, após a decisão no repetitivo, nos termos dos arts. 896-C, § 12, da CLT e 15 da IN nº 38/TST, o recurso de revista deverá ser processado para o Tribunal Superior do Trabalho. Se não houver o devido processamento ou se for imposto algum óbice, restará configurado o exaurimento da instância ordinária e será cabível a reclamação perante o TST.

Essa é a linha interpretativa que parece acertada, valendo-se, inclusive, da experiência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que já lidam com a reclamação desde a legislação anterior.

Mesmo que se defenda o cabimento direto da reclamação para o Tribunal Superior do Trabalho, sem o esgotamento das tentativas junto aos Tribunais Regionais do Trabalho, com base nos incisos I e II do art. 988 do novo CPC (preservação de competência e garantia da autoridade das decisões do Tribunal), o disposto no inciso IV e no § 5º, II, do mesmo artigo parece obstar esse entendimento.

VI – CONCLUSÃO

A reclamação é medida importante para a efetivação das diretrizes do novo Código de Processo Civil, que consolida a tendência à objetivação e impõe a observância aos precedentes dos Tribunais.

Seu cabimento na Justiça do Trabalho é fundamental para que as conquistas legislativas próprias do processo trabalhista sejam aperfeiçoadas e tornem-se completas. De nada adianta munir os Tribunais de poderes para a pacificação e a uniformização da jurisprudência se não se admitir o instrumento da reclamação como meio de controle da observância das decisões paradigma em repetitivos.

DOCTRINA

A IN nº 39/TST agiu bem ao, de plano, confirmar a aplicação do disposto no art. 988 do novo CPC ao processo do trabalho.

Devem ser consideradas, todavia, as alterações da Lei nº 13.256/2016, que limitaram a reclamação contra o mal rejuízo ou o mal indeferimento da decisão proferida no recurso repetitivo, condicionando o seu cabimento ao exaurimento prévio das instâncias ordinárias. Isso, sem dúvida, para não sobrecarregar o Tribunal Superior.

Em primeiro lugar, portanto, as partes devem se utilizar dos meios previstos no art. 896-C da CLT e na IN nº 39/TST (junto aos Tribunais Regionais). Mas, não sendo possível resolver o problema na instância regional, terá a reclamação como a medida apta a fazer valer a tese firmada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

Entendimento em sentido contrário retira a eficácia vinculante da decisão nos recursos repetitivos quanto aos casos sobrestados e vai de encontro com a intenção do novo CPC – fortalecer o papel das Cortes Superiores de uniformizarem a jurisprudência e firmarem teses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. *Revista de Processo RePro*, São Paulo: RT, 178, dez. 2009.

_____. A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento? *Revista de Processo RePro*, São Paulo: RT, 244, jun. 2015.

_____. A reclamação para os Tribunais Superiores no novo CPC, com as alterações da Lei 13.256/2016. *Revista de Processo RePro*, São Paulo: RT, 257, jul. 2016.

_____. Reclamação – a ampliação do cabimento no contexto da “objetivação” do processo nos Tribunais Superiores. *Revista de Processo RePro*, São Paulo: RT, 197, jul. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

_____; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

OS TERCEIROS E AS DECISÕES VINCULANTES DO NOVO CPC

Sérgio Cruz Arenhart*

1 – AS DECISÕES VINCULANTES NO NOVO CÓDIGO

Um dos mais importantes marcos do novo Código de Processo Civil é, sem dúvida, a imposição de observância de certas decisões judiciais. O instituto, que vem sendo chamado de “precedente vinculante” pela doutrina nacional – apelando à prática corrente do direito anglo-americano –, impõe que o Judiciário respeite (a dizer, obedeça) algumas decisões tomadas sob certas circunstâncias, porque elas representariam a orientação “definitiva” do Poder Judiciário sobre determinadas questões, sobretudo de direito.

Assim é que o art. 926 do CPC estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. A seu turno, o art. 927 impõe ao Judiciário nacional a observância de uma série de decisões tomadas em processos, recursos ou incidentes específicos ou ainda com certo *quorum* especial.

A lógica dessa observância compulsória inclui uma tentativa de oferecer maior segurança jurídica e maior previsibilidade às decisões judiciais¹.

* Procurador Regional da República; ex-juiz federal; mestre e doutor em Direito Processual Civil pela UFPR; pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Firenze; professor de Direito Processual Civil da UFPR.

1 V., sobre isso: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, *passim*; *Id. Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: RT, 2015. p. 59 e ss.; *Id. O STJ enquanto Corte de precedentes*. São Paulo: RT, 2013, *passim*; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, *passim*; *Id. Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016; ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, *passim*; THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA; Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Wuinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 323 e ss.; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, *passim*; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, *passim*; PESSOA, Paula. *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: RT, 2014, *passim*; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, *passim*; XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais*. São Paulo: RT, 2016. p. 149 e ss.; TARUFFO, Michele. *As funções das Cortes Supremas: aspectos gerais*. Processo civil comparado: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, *passim*.

Indiretamente, essas figuras ainda estão atreladas a uma tentativa de acelerar o julgamento de questões repetitivas, dando solução única para elas. Essa intenção é declarada na Exposição de Motivos do Código², que faz desse objetivo um dos pilares centrais da nova lei.

Poder-se-ia questionar a viabilidade desse prognóstico – afinal, as circunstâncias da vida são ricas e diversas e dificilmente se consegue uma uniformidade de aplicação do direito diante dessas vicissitudes pontuais – e mesmo a opção por privilegiar a segurança jurídica em detrimento de outros valores também fundamentais, a exemplo da justiça do caso concreto³. Seria também possível duvidar da aproximação das figuras criadas pelo Código ao modelo anglo-americano de precedentes. Porém, não há dúvida a respeito da nítida opção feita pelo Código no sentido de tornar obrigatórias certas decisões, restringindo dos magistrados a possibilidade de escolher a interpretação do texto legal que seja mais correta ao caso concreto.

2 Afirma a exposição de motivos do novo CPC: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: ‘A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia’. Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável”.

3 Tecendo interessantes observações críticas sobre os vários modelos de decisões obrigatórias, v.: SILVA, Ovídio Baptista da. *Os recursos – viés autoritário da jurisdição. Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, *passim*. Também com observações dignas de nota, v., no direito norte-americano: PETERS, Christopher J. Foolish consistency: on equality, integrity and justice in stare decisis. *Yale Law Journal*, Yale University, v. 105, 1996, *passim*. No âmbito econômico, v. tb.: KORNHAUSER, Lewis. An economic perspective on stare decisis. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago University, n. 63, 1989, *passim*; ANDERLINI, Luca; FELLI, Leonardo; RIBONI, Allesandro. *Statute law or case law?* Disponível em: <<http://sticerd.lse.ac.uk/dps/te/TE528.pdf>>.

Não é, porém, intenção deste texto fazer a análise detida da “teoria brasileira dos precedentes” nem criticar a opção do legislador. Pretende-se algo muito mais singelo: discutir o interesse de intervir – e, em particular, o interesse recursal – à luz dessas novas figuras e desses novos mecanismos vinculantes criados pela lei brasileira.

Alguém dirá que, para o processo do trabalho, o tema é de menor relevância, na medida em que o modelo seguido nesse campo é distinto. De fato, sabe-se que a Lei nº 13.015/2014 instituiu um sistema próprio de unificação da jurisprudência no campo dos Tribunais do Trabalho, que é bastante diverso daquele posto pelo Código de Processo Civil. Todavia, é de se notar que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa nº 39/2016, expressamente consignou a recepção do modelo de formação e estabilização das decisões criado pelo Código de Processo Civil (arts. 3º, XXIII e XXV, 7º, 8º e 15, I). Assim, em que pese a existência de algumas peculiaridades do processo laboral, é fato que também aqui o problema a ser discutido neste texto tem relevância.

Notada essa importância, é preciso também perceber que os ditos “precedentes brasileiros” (melhor seria chamá-los de decisões vinculantes) são, em sua quase totalidade, substancialmente mecanismos tendentes a aglutinar a solução de questões de direito, de modo a tornar a decisão do Tribunal obrigatória para todos os magistrados a ele submetidos. Por outras palavras, o que se faz com esses instrumentos é ampliar os efeitos de uma decisão judicial, de modo que atinja a esfera jurídica de terceiros – não intervenientes no processo –, tolhendo, ao menos por vezes, o direito destes a apresentarem suas razões (*rectius*, terem essas suas razões examinadas efetivamente pelo Poder Judiciário) em eventual demanda presente ou futura de que possam participar⁴.

Se esse é o objetivo dessas medidas – o de afetar causas que envolvam terceiros, ou seja, sujeitos não participantes da relação jurídica em que dada a decisão –, então é certo que há grave risco de que essas técnicas possam mostrar-se inconstitucionais, por clara violação ao contraditório.

Para evitar esse vício, é necessário tomar diversas cautelas na atuação desses institutos. De início, é necessário que se incluam – nos sujeitos que efe-

4 Em sua essência, esta sempre foi a ideia que norteou a aceitação das formas de intervenção de terceiros (especialmente a assistência). Como pondera Lent, “di regola lo svolgimento del processo interessa unicamente le parti ed i loro rappresentanti, senza che i terzi – non direttamente toccati dal suo esito – abbiano la possibilità di influirvi. Talvolta, però, questi ultimi risentono degli effetti della pronuncia e devono quindi esser messi in condizione di tutelare i loro interessi; in tal caso è concesso loro di aiutare uno dei litiganti, senza divenire parte essi stessi” (*Diritto processuali civile tedesco*. Trad. Edoardo Ricci. Napoli: Morano, 1962. p. 314-315).

tivamente podem participar da formação da decisão que se tornará obrigatória – pessoas capazes de representar os interesses dos ausentes, de modo que esses interesses possam efetivamente ser tutelados naquele processo⁵.

Porém, também parece imprescindível que se repense o conceito de “interesse jurídico” – necessário para a intervenção de terceiro – e, sobretudo, de interesse recursal, condição necessária para que alguém possa opor-se a essa decisão. Isso se mostra necessário, quando menos, para se evitar que esses terceiros – que sofrerão os efeitos vinculantes da decisão judicial – sejam apanhados por tais decisões sem que tenham tido, ao menos, a oportunidade de apresentar seus argumentos e suas versões a respeito daquela controvérsia.

Interessa para a presente análise, em especial, a apreciação do interesse que legitima a assistência (e, de modo mais amplo, todas as formas de verdadeira intervenção de terceiros). Considerando que esta é a via clássica pela qual o terceiro *auxilia* a parte a vencer a demanda (por isso chamada de *Nebenintervention* no direito alemão), para que, com isso, obtenha para si um benefício para interesse jurídico próprio, parece claro que esta é a via que mais se aproxima daquilo que aqui se pretende, ou seja, permitir aos terceiros a participação em processo de que possa resultar mecanismo vinculante para seus próprios interesses.

Na verdade, diante das modificações apontadas, o processo individual tem, paulatinamente, buscado aproximação com o processo coletivo, na medida em que, cada vez mais, tem-se a ampliação dos limites da decisão para além da órbita exclusiva das partes. Impõe-se, talvez, portanto, autorizar – usando como paradigma o processo coletivo – a participação plena dos atingidos no preparo da decisão judicial que os afetará. Realmente, se o processo individual, agora, é capaz de gerar decisão que atinge (direta ou indiretamente) todos aqueles que sejam titulares de um mesmo tipo de interesse, ou cujo interesse se lastreia em uma única *questão de direito*, parece ser razoável admitir que seu tratamento (porque feito de forma única) admita a participação de todos aqueles que se sujeitarão aos efeitos daquela decisão.

Por outro lado, sabe-se que essa participação plena é muitas vezes impossível, gerando um processo tumultuário e praticamente infinito. Daí a necessidade de se buscar um equilíbrio, capaz de permitir repensar a participação (ou representação) dos sujeitos afetados, sem que isso retire as vantagens da aglutinação buscada.

5 Sobre isso, v.: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2. p. 600 e ss.

2 – OS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS EM FACE DE TERCEIROS

Afirma-se que os “precedentes brasileiros” não devem ser confundidos com uma ampliação da coisa julgada para terceiros⁶. De fato, se esses precedentes atingem o fundamento da decisão, parece correto não confundir os institutos. Por isso, alguém poderá sustentar que não há razão para a ampliação do conceito de interesse jurídico de intervenção ou de interesse recursal, já que estes terceiros não sofreriam a imutabilidade da coisa julgada, de onde se concluiria que sempre poderão, em processo posterior em que sejam partes, discutir a decisão tomada no primeiro feito.

De fato, esta faculdade está na essência de toda intervenção de terceiro. Trata-se, aliás, da condição básica para que alguém possa ser considerado como *terceiro interessado* e, assim, estar sujeito aos chamados *efeitos reflexos da sentença*: poder “refletir” os efeitos sofridos pela sentença, opondo-se a ela ou pela intervenção de terceiros, ou pela propositura de demanda própria, tendente a afastar de sua esfera jurídica tais efeitos⁷.

A fim de melhor apreciar esta afirmação, cumpre retomar os conceitos de efeitos da sentença, precisando esta ideia. Conforme já lembrado em outro lugar⁸, o terceiro, ainda que ostente esta condição em face do processo, não está, por isso só, imune a este ou a seus efeitos. A afirmação pode soar estranha, mormente diante da máxima segundo a qual *res inter alios iudicata aliis non praeiudicare* (D. 42.1.63; 44.2.1). Realmente, é corrente dizer-se que a decisão judicial, formada em processo entre as partes, não pode prejudicar terceiros. Todavia, é preciso interpretar adequadamente o brocardo, a fim de evitar a confusão acima indicada e que, aliás, contraria a própria realidade.

6 V., por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 293 e ss.

7 Segundo a clássica lição de Ovídio Baptista da Silva, “tais emanações de *efeitos naturais* da sentença, contudo, no momento em que encontrarem uma relação jurídica ligada à que fora objeto da demanda, por um vínculo de *conexão* ou *dependência*, sofrerão uma espécie de *refração parcial*, de modo a preservar a relação jurídica conexa, continuando, porém, a trajetória inicial, em toda sua dimensão da respectiva eficácia que não ofenda o ponto onde se deu a refração. Precisamente neste ponto, e em razão dessa interferência, dessa entremistura de relações jurídicas, como diz Pontes de Miranda, insere-se o fenômeno a que denominamos *eficácia reflexa* da sentença. Os titulares da *relação jurídica dependente* serão os únicos terceiros legitimados a impugnarem, seja por intervenção ou por recurso de terceiro prejudicado, ou até mesmo por ação rescisória, os efeitos prejudiciais que a sentença lhe haja ocasionado” (*Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 90-91).

8 ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p. 953-960.

Inúmeras situações podem ser apanhadas do ordenamento nacional para demonstrar esta situação. Com efeito, a distinção, proposta há muito por Carnelutti, entre parte em sentido material e parte em sentido formal⁹ deixa bem transparecer a possibilidade dessa extensão a terceiros dos efeitos de certa decisão judicial. Ainda que no processo se apresentem apenas as partes em sentido formal, é evidente que seus efeitos não de afetar as relações das partes em sentido material, mesmo porque a estas pertence o conflito deduzido no processo. Exemplo disso se tem na expressa referência do art. 109, § 3º, do CPC – que, ao tratar da alienação da coisa litigiosa no curso do processo, determina que “estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou ao cessionário” –, bem como na menção da responsabilidade do espólio pelas dívidas do falecido (imposição esta antes de direito material, mas expressamente recepcionada no art. 778, § 1º, II, do CPC)¹⁰.

Os exemplos acima citados não devem fazer crer que a extensão dos efeitos de certa decisão judicial a terceiros depende de expressa previsão legal. A rigor, essa repercussão tem muito mais clara ligação com a natureza das coisas do que com previsões legais específicas. Pense-se, por exemplo, na situação decorrente do cumprimento de ordem judicial que determina a reintegração de alguém em seu posto de trabalho; certamente isto poderá importar remanejamento dos outros empregados e alteração das funções dadas a cada um; ainda assim, não parece razoável cogitar de convocar todos os empregados envolvidos para o processo (em eventual condição de litisconsortes) para autorizar que estes terceiros sofram tais efeitos da sentença.

Pode-se ir adiante na demonstração de situações em que terceiros são abarcados pelos efeitos de decisões judiciais. Costuma-se aludir à chamada eficácia *erga omnes* da sentença constitutiva¹¹, para designar o fato de que as alterações produzidas na realidade jurídica por esta modalidade de provimento judicial são sentidas por todos, independentemente do fato de estarem ou não posicionados como parte no processo do qual a decisão se origina. Deveras,

9 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. II. p. 60-61.

10 O CPC português contém preceito ainda mais incisivo a respeito, ao prever, em seu artigo 57. , que “a execução fundada em sentença condenatória pode ser promovida não só contra o devedor, mas ainda contra as pessoas em relação às quais a sentença tenha força de caso julgado”. José Alberto dos Reis, examinando esse preceito, aponta que ele narra situação distinta da sucessão processual, submetendo à eficácia executiva da decisão pessoas que não foram partes no processo de conhecimento (*Comentário ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1960. v. 1. p. 97), como ocorre no chamamento de terceiro, figura semelhante à denunciação da lide brasileira (v., especialmente, artigo 328. , 2, do CPC português).

11 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. t. I. p. 211.

não se pode deixar de reconhecer que a sentença de divórcio, prolatada entre os cônjuges, espalha seus efeitos para todos, indistintamente, de modo que ninguém poderá deixar de reconhecer o novo *status* jurídico daquelas partes; do mesmo modo, aquele que agora pretender contratar com um desses sujeitos haverá de considerar esta nova situação jurídica e o novo regime de bens do primitivo casal, *mesmo não tendo sido parte no processo*. Tudo isso mostra que os efeitos daquela decisão não se limitam apenas às partes, mas abrangem, indistintamente, todos que se relacionem ou possam relacionar-se com elas.

Mais que isso, essa abrangência a terceiros da sentença *não se limita apenas às sentenças constitutivas*, sendo natural a toda modalidade de decisão judicial (*rectius*, a todos os efeitos de qualquer decisão judicial). Chiovenda há muito percebera tal fenômeno, estatuinto que *todos* estão obrigados a reconhecer a sentença *entre as partes*, não podendo, porém, ser *prejudicados* (juridicamente) por ela¹². Talvez seja mais apropriado dizer, no atual estágio das coisas, que todos devem reconhecer qualquer sentença – ainda quando proferida *inter alios* –, podendo eventualmente ser prejudicados por ela, desde que lhes seja dada possibilidade de reação em face de tais efeitos. Utilizando os exemplos invocados por Chiovenda, vale lembrar que o credor não pode evitar sofrer os efeitos de sentença que condena seu devedor em outras dívidas – ainda que isso possa importar em prejuízo para si, e ainda não participando desse novo processo; o mesmo se pode dizer do herdeiro que se vê prejudicado por sentenças obtidas contra o espólio¹³. Em certos casos, mesmo prejuízos jurídicos a terceiros são admitidos pela legislação nacional, como ocorre com as situações, já mencionadas, do adquirente da coisa litigiosa (CPC, art. 109, § 3º) ou da rescisão das sublocações em decorrência do desfazimento da locação (Lei nº 8.245/91, art. 15)¹⁴.

De fato, o processo jamais consegue limitar ou medir a extensão dos efeitos de determinada decisão judicial. Estes efeitos – diretamente decorrentes da decisão judicial ou agregados a ela por algum elemento externo (a lei ou o ato jurídico) – acabam induzindo a formação de outras consequências, impossíveis de previsão *a priori*. Nesse passo, clara é a lição de Liebman, que ponderava que, “na realidade, o círculo de relações e de pessoas em que operará o *comando* contido numa sentença não pode ser e não é preventivamente determinado em abstrato, mas dependerá do uso que em concreto fizerem as partes da sentença,

12 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1925. t. II. p. 430.

13 *Ob. cit.*, p. 430.

14 Esse efeito é conhecido, no direito anglo-americano, como *transformational effect* (v.: JAMES Jr., Fleming; HAZARD Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992. p. 618) e é amplamente estudado, inclusive com atenuações à sua incidência – como regras que autorizam a discussão pelo terceiro desse efeito e outras que impedem esse tipo de debate ulterior.

e da qualidade e do número das controvérsias que poderão surgir no futuro, e terá por condição certo modo de ser das relações jurídicas, o nexa e o grau de ligação entre elas existentes”¹⁵.

A dificuldade em aceitar naturalmente essa “ampliação” dos efeitos dos provimentos judiciais decorre, ao que parece, da assimilação comum entre extensão dos efeitos da sentença e extensão da coisa julgada. Realmente, seria difícil admitir que aquele que não participou do processo – e, portanto, não pode influir na decisão judicial – venha a ser prejudicado pela decisão aí tomada, sem que possa a esta se opor, o que tornaria a decisão indiscutível para este que, resignado, apenas deveria cumprir o comando judicial.

O equívoco, porém, está nessa assimilação incorreta, e não na admissão da eficácia *ultra partes* das sentenças. Como indica Ovídio Baptista da Silva, “não há de especial, no que respeita ao efeito constitutivo das sentenças que o faça diferente das demais *eficácias internas* (diretas) de quaisquer outras sentenças. Não é só a eficácia constitutiva que opera *erga omnes*, mas todos os efeitos da sentença alcançam os terceiros, sob forma de *efficacia naturale*, na terminologia de Liebman. O fenômeno jurídico-processual que nunca atinge os terceiros é a *imutabilidade* do que foi *declarado* pelo juiz, no sentido de que nem as partes podem, validamente, dispor de modo diverso transacionando sobre o sentido da declaração contida na sentença, nem os juízes dos futuros processos poderão modificar ou, sequer, reapreciar essa declaração. A isso se dá o nome de *coisa julgada material*”¹⁶.

Em síntese, não se deve estranhar o fato de efeitos da decisão judicial atingirem terceiros. O que, como é evidente, não se tolera é que tais efeitos possam atingir essas pessoas sem que se dê a elas possibilidade de esboçarem reação a tanto ou que possam opor-se a esse comando¹⁷. Enfim, o que não pode

15 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945. p. 77.

16 SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 114/115. No mesmo sentido, v.: ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 418; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil, ob. cit.*, p. 675 e ss.

17 Na precisa conclusão de Liebman, “entre as partes e terceiros só há esta grande diferença: *que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece*” (*Eficácia...*, p. 108). No mesmo sentido, v.: CALIXTO, Negi; MARINS, Vitor A. A. Bonfim. Eficácia da sentença e coisa julgada perante terceiros. *Ajuris*, n. 44, Porto Alegre: Ajuris, nov. 1988, p. 249; TESHEINER, José Maria. Autoridade e eficácia da sentença crítica à teoria de Liebman. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, abr-00, v. 774, p. 66; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, nov-87, v. 625, *passim*; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Casos problemáticos: partes ou terceiros? (análise de algumas situações complexas de direito material). In: DIDIER Jr., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p. 1.037.

ocorrer é que esses efeitos atinjam aquele que não foi parte – nem foi chamado para participar do processo – de modo irreversível ou indiscutível (com estabilidade de coisa julgada). Pode-se até ir além e afirmar mais propriamente que essa possibilidade de reação para terceiros circunscreve-se apenas àqueles chamados de *terceiros juridicamente interessados*, ou seja, terceiros que mantêm com uma das partes relações jurídicas dependentes ou conexas com as que constituem o objeto do processo. Para os demais terceiros (*juridicamente indiferentes*, porque destituídos dessa relação jurídica especial), os efeitos da decisão serão sentidos de forma imutável e indiscutível, *não por conta da coisa julgada, mas apenas pela falta de legitimidade para questionarem tais efeitos judicialmente*¹⁸⁻¹⁹.

Desse modo, resta claro que a condição de terceiro *interessado* é pressuposto para que se possa discutir os efeitos que eventual sentença acarrete para a sua específica esfera jurídica. É, portanto, evidente que, em se tratando de terceiro *interessado*, terá ele condições de discutir os efeitos da sentença,

18 “O que há de importante, para a distinção entre a *imutabilidade* que se define como coisa julgada material e a outra *imutabilidade* que atinge os terceiros, como *eficácia natural* da sentença é que, na primeira, tem-se a indiscutibilidade da própria relação jurídica que fora objeto da sentença pelas próprias partes entre as quais a sentença fora dada e que tiveram, assim, declarada *sua* relação jurídica, ao passo que a *imutabilidade* que atinge os terceiros, como *eficácia natural* da sentença, só se manifesta precisamente por serem eles terceiros e, pois, *não terem legitimização* como parte nem legitimização que poderia lhes advir como terceiros titulares de uma *relação jurídica dependente*, o que corresponderia ao *efeito reflexo* da sentença, com base em que poderiam eles afastar, quanto às suas esferas jurídicas ou aos efeitos prejudiciais da sentença, sendo-lhes facultado rediscutir o julgado” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença...*, p. 116). Identicamente, v.: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil, ob. cit.*, p. 675 e ss.

19 O exemplo dado por Ovídio Baptista da Silva é magistral para demonstrar estas circunstâncias. Conforme escreve ele, “tomemos o exemplo da ação proposta por quem se diga proprietário de um determinado imóvel. A sentença que der pela procedência da ação declarará que o autor é o verdadeiro proprietário do imóvel. Como decorrência de tal reconhecimento, o autor vencedor imitar-se-á na posse do imóvel reivindicando. Este resultado é absolutamente definitivo e indestrutível perante toda a comunidade jurídica. Tanto a declaração contida na sentença de que o autor é proprietário quanto os demais *efeitos* diretos expandem-se *erga omnes*. O Fisco, que exigia tributos do demandado sucumbente, terá agora de lançar o tributo em nome daquele que a sentença proclamara ser o titular do domínio. O vizinho que, porventura, pretender litigar sobre alguma relação de vizinhança que tenha esse imóvel como objeto certamente terá de citar não seu antigo vizinho, mas aquele em cujo nome o imóvel fora registrado, em virtude da sentença. O Banco poderá conceder empréstimo sob garantia hipotecária ao titular do domínio que a sentença proclamara ser o verdadeiro proprietário. O credor do demandado, que contava com esse bem como garantia de seu crédito, ver-se-á privado de promover sobre ele a execução. Nenhuma dessas pessoas poderá controverter a respeito do resultado da sentença. Tanto a declaração – enquanto *efeito direto*, não enquanto coisa julgada – quanto os efeitos executivo e constitutivo (formação da nova matrícula no álbum imobiliário) os atingem de maneira irremediável. Porém, nada significarão perante algum terceiro que diga ser o verdadeiro proprietário e, com base nisso, promova uma segunda demanda reivindicatória, perfeitamente capaz de ser julgada também procedente” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. I. p. 261).

já que a imutabilidade da coisa julgada não se sobrepôs a ele. Ainda que tenha sofrido efeitos da sentença, essas não lhe atingiram de forma imutável.

A chave da questão, portanto, parece sempre residir nessa definição de interesse de intervenção (ou interesse recursal, para a modalidade de intervenção qualificada como recurso de terceiro prejudicado). É necessário, portanto, revisitar esse conceito, a fim de examinar com mais detalhes suas peculiaridades.

3 – O INTERESSE DE INTERVENÇÃO

É noção elementar que a intervenção de terceiros não se dá pela simples vontade deste em participar de um processo. Há condições legais para tanto, normalmente traduzidas pela ideia do chamado *interesse jurídico de intervenção*. Nesse sentido, leciona Goldschmidt que todo terceiro, que tenha interesse *jurídico* em que uma das partes de um processo em curso vença, pode ingressar neste feito com o intuito de ajudá-la²⁰. A intervenção (especificamente aquela de que aqui se trata, chamada de intervenção *ad coadiuvandum*) se dá e se molda de maneira a permitir que o terceiro auxilie a parte a ter solução favorável ao interesse desta no processo. Este auxílio se legitima, como visto, porque o resultado da causa pode afetar, reflexamente, o interesse *jurídico* do terceiro, que não é objeto da demanda²¹. Por isso, o *interesse jurídico* é a cláusula de controle que permite admitir ou não a intervenção do terceiro. Não basta, pois, que o terceiro tenha interesse qualquer²² na solução do litígio; é necessário que demonstre *interesse jurídico* naquela decisão²³.

20 GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 447.

21 Na realidade, como demonstra Ovídio Baptista da Silva, esta intervenção responde a interesse do terceiro e também de *ambas* as partes originais do processo. Segundo ele, “é possível constatar que a assistência desempenha, ao lado das outras, uma função processual destinada a beneficiar não o assistente ou a parte assistida, e sim o seu adversário, que, como decorrência da ciência dada ao legitimado a intervir, fará com que este seja atingido pelos efeitos da sentença que lhe venham a ser favorável, permitindo-lhe ‘executá-la’ contra o terceiro. Em última análise, a figura da *assistência voluntária* protege o próprio assistente, permitindo-lhe que vigie, em seu próprio interesse, a conduta processual do assistido; também beneficia o adversário do assistido, fazendo com que o terceiro, uma vez intimado da existência da demanda, fique exposto aos efeitos da sentença pronunciada *inter alios*; por sua vez, oferece igualmente benefício ao assistido, tornando o assistente seu auxiliar na luta contra o terceiro” (*Comentários...*, *ob. cit.*, p. 258).

22 Econômico, social ou humanitário, tal como aconteceria no caso do credor que quisesse ingressar na demanda reivindicatória, proposta por outrem em face de seu devedor, ou no caso de alguém que pretendesse intervir no processo de seu vizinho, porque o considera boa pessoa. Em todos estes casos, evidentemente, não tem o terceiro interesse jurídico, razão pela qual sua intervenção não poderia ser admitida.

23 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, *ob. cit.*, p. 99 e ss.; no mesmo sentido, entre tantos outros, v.: CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1996.

Para o mesmo Goldschmidt, este interesse jurídico está presente em certas circunstâncias específicas, agrupadas por ele em quatro categorias²⁴. A primeira se relaciona às hipóteses em que a força da coisa julgada da sentença deve estender-se ao terceiro. A segunda ordem se liga aos casos em que a execução da sentença deva fazer-se contra o terceiro. No terceiro grupo, apresenta o autor os casos em que a sentença deve produzir efeitos acessórios perante o terceiro. Por fim, na última categoria, estariam os casos em que a sentença deve produzir efeitos probatórios na relação existente entre o terceiro e o adversário da parte assistida²⁵.

Sob a ótica do direito brasileiro, parece que os casos em que se apresenta o interesse jurídico para intervenção – como reconhecidamente aceito pela doutrina – não devem seguir os padrões exatos dos gêneros sugeridos por Goldschmidt. Antes, interessa para aferir a presença do interesse de intervenção a existência de uma *relação jurídica*, mantida pelo terceiro com uma das partes do processo, conexa ou dependente da relação jurídica que constitui objeto do processo. Nas palavras de Liebman, a intervenção do terceiro (na condição de assistente) depende de que este terceiro seja titular de relação jurídica conexa com aquela deduzida em juízo ou dela dependente, “di modo che la sentenza che sarà pronunciata potrà riflettere un effetto favorevole o sfavorevole sulla sua posizione giuridica”²⁶.

Esta é a opinião adotada expressamente pelo texto legal brasileiro, quando afirma que a assistência pode ocorrer sempre que alguém qualificar-se como “terceiro *juridicamente* interessado em que a sentença seja favorável a uma delas [*das partes*]” (CPC, art. 119). Embora a lei não defina precisamente em que consiste este “interesse jurídico” exigido, entende-se ser possível extrair tal

v. II. p. 322-323; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I. p. 214; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. II. p. 214; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. I. p. 485. Evidentemente, excetua-se da necessidade de demonstração de interesse jurídico a hipótese da chamada intervenção anômala do Poder Público (Lei n 9.469/97, art. 5).

24 *Ob. loc. cit.*

25 Criticando a existência destes “efeitos probatórios da sentença”, v.: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença...*, *ob. cit.*, p. 94-95.

26 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile – principi*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992. p. 104-105. No mesmo sentido, v.: CALAMANDREI, Piero. *Instituciones...*, *ob. cit.*, p. 325. De forma semelhante, pondera Attardi que “con riguardo all’interesse del terzo quale criterio di legittimazione ad intervenire è corrente l’affermazione che deve trattarsi di un interesse giuridico, non di mero fatto; e che la giuridicità dell’interesse del terzo sussiste, di regola, quando dall’esistenza del rapporto controverso tra le parti dependa la sussistenza di una posizione di diritto o di obbligo del terzo nei confronti di una di esse; in definitiva, allorché vi sia un nesso di dipendenza tra il rapporto fra le parti e quello tra una parte e il terzo” (*Diritto processuale civile*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1997. t. I. p. 343).

ideia do contido no art. 996, parágrafo único, do Código, que impõe ao terceiro, para a interposição de recurso, a demonstração da “possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual”.

De forma semelhante, mas deixando claro que este interesse resulta da existência de relação jurídica (mantida pelo terceiro) capaz de ser afetada pela decisão da causa, esclarece o artigo 335.º, nº 2, do Código de Processo Civil português que “para que haja interesse jurídico, capaz de legitimar a intervenção, basta que o assistente seja titular de uma relação jurídica cuja consistência prática ou económica dependa da pretensão do assistido”.

Segundo a doutrina, não se exige, para a assistência, que este interesse jurídico seja sobre o objeto do processo. Basta, para admitir a intervenção, que a decisão da causa possa afetar interesse juridicamente protegido do terceiro.²⁷

Seja como for, olhando para essa estrutura da qualificação do interesse jurídico – e, na mesma linha, do interesse recursal –, nota-se a dificuldade de harmonizar esse desenho com as técnicas inseridas pelo novo Código. Em razão dos mecanismos vinculantes instituídos pela nova lei, parece claro que, embora esse terceiro dificilmente possa qualificar-se como “interessado” para participar do processo em que surgirá decisão com possível efeito vinculante, certamente sua participação aí seria fundamental para legitimar a força que esse “precedente” terá sobre sua situação jurídica.

4 – INDISCUTIBILIDADE DA SENTENÇA PARA TERCEIROS E DIREITO À PARTICIPAÇÃO

Conquanto se possa aceitar a clássica ideia de “interesse de intervenção” para limitar o acesso ao processo àqueles terceiros que efetivamente possam sofrer prejuízo *jurídico* com a decisão da causa, é certo que essa exigência se torna demasiada diante das novas técnicas de solução aglutinada de questões jurídicas (os ditos “precedentes brasileiros”) instituídas pelo CPC de 2015.

De fato, estando evidenciada a tendência do direito processual civil em criar mecanismos vinculantes, tornando impositivas as decisões judiciais (em certas circunstâncias, pelo menos), e havendo clara repercussão dessa imposição

27 A respeito, manifesta-se Devis Echandiá, dizendo que “en resumen, el interés debe ser siempre jurídico en la misma causa en los casos de intervención principal litisconsorcial; pero puede ser simplemente económica o moral o familiar, siempre que este jurídicamente tutelado em virtud de una relación jurídica existente entre el interviniente y una de las partes, que no es objeto del proceso, cuando se trate de coadyuvancia o intervención accesoria o secundaria” (*Teoría general del proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997. p. 337-338).

sobre a esfera jurídica de terceiros – que seriam, segundo os critérios tradicionais, *indiferentes* ou *desinteressados* e, portanto, proibidos de intervir no processo *inter alios* –, é preciso repensar o requisito que se exige para admitir a participação destes no feito.

Não há dúvida de que, a rigor, aqueles que não são partes nos processos em que pode ser proferida decisão com caráter vinculante, nos termos do art. 927 do CPC, também não podem ser qualificados como terceiros interessados apenas porque a decisão judicial será necessariamente observada em outros processos²⁸. A vinculatividade se impõe *para o Poder Judiciário*, e não para o jurisdicionado. Por isso, não se confunde com outros institutos que poderiam afetar diretamente a situação jurídica de terceiros. Logo, esses terceiros são, genuinamente, terceiros *não interessados*. Eles não possuem nenhuma relação jurídica conexa ou dependente daquela julgada, nem é possível afirmar que a decisão tomada nessas técnicas de vinculação atingirá direito de que esses terceiros se afirmem titulares ou que pudessem discutir em juízo como substitutos processuais (art. 996, parágrafo único, do CPC).

Logo, perante o Código de Processo Civil, esses terceiros são qualificados como terceiros *indiferentes* e não teriam, ao menos sob a ótica da lei, o direito de intervir no processo e, muito menos, de recorrer de alguma decisão ali tomada. Embora o julgamento proferido dentro desses mecanismos impacte diretamente a forma como será apreciado o seu litígio, não seriam esses terceiros qualificados como “juridicamente interessados”.

Imagine-se, por exemplo, a questão da súmula vinculante. Como resulta do texto expresso da Constituição da República, a súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal será vinculante *para todo o Poder Judiciário e ainda para toda a Administração Pública* (em seus diversos níveis). Assim, poderá ocorrer que uma decisão tomada em causa que diga respeito, por hipótese, à União acabe repercutindo em interesses de um específico município, de autarquias federais ou de Estados da Federação. Esta repercussão, sublinhe-se, poderá ocorrer – tornando a conclusão do Supremo Tribunal Federal indiscutível para este outro

28 Excetua-se desse caso, ao que parece, ao menos em parte, o regime dado ao incidente de resolução de demandas repetitivas. Nesta figura, prevê o legislador o dever de se dar ampla publicidade ao incidente, de modo que terceiros – que possam ser afetados pela decisão – possam também manifestar-se no incidente (arts. 979 e 983 do CPC). De todo modo, mesmo nesse incidente o direito de participação desses terceiros não é amplamente garantido. De um lado, porque sequer se sabe quais são esses “interessados” a que alude o art. 983, que têm o direito de ser ouvidos. De outro, porque certamente aquelas pessoas que *futuramente* possam ajuizar demanda a respeito do tema julgado não serão ouvidas, embora também sejam afetadas pela decisão obrigatória (art. 985, II, do CPC).

sujeito – sem que ele tenha tido condição de sustentar suas razões perante aquele Tribunal e, portanto, sem que tenha sido ouvido a respeito do assunto.

De modo idêntico, pense-se no incidente de assunção de competência, sobretudo naquele disciplinado pelo art. 947, § 4º, do CPC. Um Tribunal, com o intuito de compor ou prevenir divergência na interpretação de questão de direito, afeta um caso específico a certo órgão representativo da Corte e, tomada a decisão sobre a “correta” interpretação do direito naquele caso, tornará indiscutível essa solução *para todos os outros processos em que a mesma questão se ponha* (art. 927, III, do CPC). Vale dizer, todos os outros sujeitos, que sequer participaram da discussão daquela primeira causa, estarão sujeitos ao entendimento firmado pelo Tribunal, de modo que seus argumentos jamais serão examinados ou debatidos.

Parece certo que há, nesses mecanismos, uma grande dose de exclusão, com risco evidente à garantia do contraditório. Todos esses sujeitos, embora não possam participar da formação da decisão judicial, serão afetados por ela, de forma indireta, já que a interpretação dada à questão de direito que também informa seus litígios será aplicada para seus casos, sem possibilidade de questionamento.

Por isso, a fim de salvaguardar seus interesses, parece adequado pensar em mecanismos de representação de seus interesses – à semelhança de figuras típicas da tutela coletiva – de modo que haja alguém no processo em que se formará a decisão obrigatória responsável por tutelar os direitos desses terceiros.

Por outro lado, parece também razoável repensar os conceitos de “interesse de intervenção” e de “interesse recursal”, de forma a harmonizá-los com esses mecanismos vinculantes criados pelo Código.

Nesse passo, havendo nítida inspiração no direito anglo-americano para a atribuição de efeito vinculante às decisões judiciais, pode-se eventualmente colher a experiência daqueles países para imaginar como deva comportar-se a intervenção de terceiros, na sua modalidade clássica (a assistência). O direito norte-americano admite figura semelhante à assistência (*intervention*)²⁹, desde que preenchidos os requisitos da Regra 24 das *Federal Rules of Civil Procedure*. Segundo este

29 V., a respeito, entre outros: MARCUS, Richard L.; REDISH, Martin H.; SHERMAN, Edward F. *Civil procedure – a modern approach*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1995. p. 261 e ss. A equiparação da figura com a assistência não é exata. Como demonstram Fleming James Jr., Geoffrey C. Hazard Jr. e John Leubsdorf, a *intervention* pode ser limitada a certos atos do processo, podendo mesmo a Corte entender por indeferir a intervenção, autorizando, em seu lugar, que o interessado participe do processo na condição de *amicus curiae*, com o único objetivo de apresentar argumentos escritos e orais, mas sem o direito de produzir provas ou de recorrer da decisão judicial (*Ob. cit.*, p. 545).

preceito, a *intervention* é autorizada nos casos previstos expressamente em lei ou quando o interessado afirma a existência de um interesse relacionado à propriedade ou à transação que constitui o objeto da demanda e ele está situado em condição tal que a disposição da ação pode restringir ou impedir sua habilidade em proteger o seu interesse, ressalvada a hipótese em que seu interesse esteja sendo adequadamente representado pelas partes existentes na causa³⁰.

Das exigências postas na Regra 24 (a), acima descritas, vê-se que não há, para a intervenção em tela, a exigência de relação jurídica conexa ou subordinada àquela deduzida no feito. Basta, para justificar a intervenção, que a proteção do interesse do terceiro possa vir a ser restringida ou tolhida em razão da decisão eventualmente adotada no processo em curso. Isto, obviamente, é algo bem mais amplo que a exigência posta no sistema brasileiro e certamente apanha os casos em que a decisão possa vir a refletir suas *conclusões jurídicas* na situação do terceiro. Especialmente, insta lembrar que o direito anglo-americano adota o sistema de precedentes vinculantes, de forma que uma decisão a respeito de certa questão pode importar a inviabilidade completa de proteção ulterior de outros direitos semelhantes³¹.

Com efeito, a literatura norte-americana relata a existência de um caso em que a intervenção (de que aqui se trata) foi admitida justamente por conta dos possíveis efeitos do *stare decisis* que eventual decisão poderia gerar sobre outras situações. Trata-se do caso *Atlantis Development Corp. v. U.S.* (379 F.2d 818 [5th Cir. 1967]), no qual, em um feito envolvendo determinada empresa que explorava conjunto de recifes sem a autorização do governo federal, foi por este processada, sob o argumento de que tal área pertencia aos Estados Unidos da América. A empresa Atlantis Development Corp. requereu sua intervenção no feito, alegando que havia adquirido os direitos sobre a área de recifes do seu descobridor e sustentando que eventual decisão daquela causa (que entendesse que o local seria patrimônio federal) poderia, por conta do *stare decisis*, importar na aniquilação do direito de propriedade alegado pela empresa Atlantis. Por conta disso, entendeu-se por cabível a intervenção³².

30 “(...) the applicant claims an interest relating to the property or transaction which is the subject of the action and he is so situated that the disposition of the action may as a practical matter impair or impede his ability to protect that interest, unless the applicant’s interest is adequately represented by existing parties.”

31 Tratando da ideia do *stare decisis*, v., entre outros: JACOB, Jack I. H. *La giustizia civile in Inghilterra*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 66/67; CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven and London: Yale University Press, 1921. p. 9/50. V., ainda: *Moradi-Shalal v. Fireman’s Fund Ins. Companies*, (1988) 46 Cal.3d 287, 296.

32 A respeito deste caso, v.: EMANUEL, Steven L. *Civil procedure*. 18. ed. Larchmont: Emanuel Publishing Corp., 1996. p. 362. Segundo o autor, embora a maioria dos Tribunais não reconhecesse, em tal caso, a viabilidade da intervenção em sua modalidade tradicional (*intervention of right*), inquestionavelmente admitiriam em sua forma derivada (*permissive intervention*), que constitui hipótese em que a “assistência” é autorizada de forma discricionária pelos Tribunais.

A solução preconizada pelo direito norte-americano, fundado exatamente na tentativa do interessado em evitar uma decisão desfavorável à demanda futura da qual faça parte, pode talvez ser transposta para o Brasil. Com a nova sistemática dos mecanismos vinculantes, certamente o mesmo problema enfrentado naquele país ocorrerá aqui, parecendo bastante razoável a adoção de conclusão semelhante àquela lá acolhida.

Essa solução foi, ao menos parcialmente, acolhida recentemente pelo direito brasileiro, pela Lei nº 11.417/06, que trata da edição, da revisão e do cancelamento de súmulas vinculantes. Como se prevê em seu art. 3º, § 2º, pode o relator admitir a manifestação de qualquer terceiro no procedimento que examina a edição, o cancelamento ou a revisão de súmula vinculante. A alusão a “terceiros”, obviamente, implica concluir que não são só os terceiros *interessados* (em sua acepção clássica) que poderão intervir. Quaisquer terceiros, independentemente da demonstração de interesse jurídico na questão (desde que atendidos os pressupostos fixados no Regimento Interno do Tribunal), podem ser admitidos a manifestar-se nesses procedimentos. Merece esta solução ser ampliada para atender a todos os feitos dos quais possa resultar decisão vinculante.

5 – A NECESSIDADE DE REVISÃO DOS CONCEITOS DE INTERESSE DE INTERVENÇÃO E DE INTERESSE RECURSAL

Poderá alguém imaginar que a ampliação do conceito de interesse de intervenção não merece ser aceita, já que desnaturaria o instituto da assistência (e das formas de intervenção de terceiros como um todo), ampliando demasiadamente a participação de terceiros no processo.

Quanto à primeira objeção, parece ser ela incabível. O direito brasileiro, há muito, convive com hipóteses de intervenção de terceiros em que as exigências postas são muito mais simples do que aquela que autoriza a assistência. Recorde-se, por exemplo, a figura da intervenção anômala, disciplinada pela Lei nº 9.469/97³³. Ainda que se possa cogitar de sua inconstitucionalidade³⁴, o fato é que esta figura tem sido admitida pelos Tribunais e amplamente prati-

33 “Art. 5º. A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter efeitos reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.”

34 V., a respeito: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, ob. cit., p. 106-107.

cada no cotidiano forense. Seu perfil, como se vê claramente das disposições legais pertinentes, dispensa, para a intervenção, a demonstração de qualquer *interesse jurídico*, bastando a simples alegação de prejuízo econômico (ainda que indireto).

Ao lado dessa figura, há ainda o já mencionado instituto criado pela Lei nº 11.417/06, em seu art. 3º, § 2º. Como visto, no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é admissível a participação de terceiros, independentemente da demonstração de qualquer “interesse jurídico”. Evidentemente, trata-se de medida “discricionária” do relator, que sequer comporta recurso. Porém, também aí se tem instrumento que permite a terceiros sem “interesse jurídico” específico participar de um dos procedimentos mais importantes – porque impacta diretamente todo cenário jurídico nacional – de criação de decisões vinculantes.

Pode-se também apontar para a disseminação, no direito brasileiro, do instituto do *amicus curiae*³⁵, atualmente tratado pelo art. 138 do CPC. Esses sujeitos, admitidos por sua “representatividade adequada”, certamente não se confundem com terceiros juridicamente interessados, em sua acepção clássica, embora possam intervir em processos de relevância. Segundo a lei, esses *amici curiae* têm até mesmo o direito de recorrer de pelo menos um dos mecanismos de formação de decisão vinculante, a saber, do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, § 3º, do CPC), a demonstrar que o próprio Código admite que um terceiro que não se amolda com exatidão à figura do “terceiro interessado” possa recorrer de uma decisão vinculante.

A presença de tais figuras já incorporadas à tradição nacional torna, ao que parece, facilmente superável a objeção levantada. O sistema processual nacional já está acostumado a aceitar intervenções que dispensam a demonstração de interesse jurídico, de modo que não deve assustar a ninguém a simples ampliação da admissibilidade de terceiros no processo, para atender ao atual perfil do direito processual civil.

Quanto à outra objeção – de que isto poderia tumultuar o feito, permitindo que muitas pessoas interviessem no processo –, também não merece ela ser aceita.

35 Sobre o *amicus curiae*, v., entre outros: CARNEIRO, Athos Gusmão. Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. Leis 8.437/1992, art. 4.º, e 9.469/1997, art. 5.º. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 363, set./out. 2002, p. 184-188; CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares – o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 117, set./out. 2004, p. 9 e ss.; BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro* – um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, *passim*.

É certo que a ampliação desavisada do conceito de “interesse de intervenção” pode tornar inviável a solução da lide ou da questão jurídica, diante de uma multidão de terceiros no processo formado. Todavia, é preciso pensar também no outro lado do problema: a não admissão desta intervenção ampliada acarretará a violação clara dos direitos de ampla defesa e contraditório de todos estes “terceiros”, que sofrerão (praticamente de forma imutável) os efeitos de uma decisão judicial, sem jamais ter condições de, *efetivamente*, opor-se a ela. De fato, não se pode admitir que o primeiro processo instaurado a respeito de certa controvérsia acabe por resultar em decisão que será indistintamente aplicada para todos os demais casos, sem que os titulares destes outros direitos tenham, *de fato e de maneira concreta*, a possibilidade de apresentar seus argumentos e interferir na decisão judicial. A garantia do contraditório, em sua versão moderna, tem sido vista não como apenas o direito de se manifestar, mas de *influir efetivamente na decisão judicial*³⁶. Não há dúvida de que este direito é violado se a decisão judicial já está pronta, mesmo antes de iniciada a ação em que o interessado pretende apontar seus argumentos³⁷.

Em razão disso, em que pese a preocupante abertura exagerada do processo para a participação de terceiros, a solução oposta também traz semelhante problema: a violação clara ao contraditório e à ampla defesa, o que tornaria inconstitucional todo o processo. É, portanto, preciso compatibilizar estas duas necessidades processuais, encontrando ponto de harmonia entre elas.

Parece que a sintonia entre tais imposições não pode ser encontrada de forma abstrata, não sendo, pois, aconselhável a determinação legal de novo con-

36 “Dal momento che ad ogni pronuncia giudiziale avente contenuto decisorio conseguono potenzialmente effetti per la sfera personale o patrimoniale di un soggetto, il destinatario deve avere la possibilità di influire e di incidere sulla formazione del relativo provvedimento. È il rispetto stesso della personalità umana e della sua dignità come valore fondamentale di un ordinamento giuridico che impone di assicurare al soggetto interessato l’esercizio di poteri di azione, contraddizione e difesa” (TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 378). Nesse mesmo sentido, v., entre outros: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 136 e ss.; CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 126, ago. 2005, p. 59 e ss.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito: temas de direito processual. 2. ed. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 88; SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 158.

37 Nessa mesma linha, v. SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. A súmula vinculante – o contraditório e a ampla defesa. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 120, fev. 2005, p. 68 e ss. Aliás, a preocupação com a situação destes terceiros (que se tornarão parte em processo seguinte) tem levado a doutrina a ponderar da necessidade de prever-se mecanismos de revisão e de atualização, ao menos para as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Como salienta Teresa Arruda Alvim Wambier, esta imposição é medida necessária até por conta do caráter evolutivo do direito (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 98, 2000, p. 302).

ceito de “interesse de intervenção”. De fato, apenas a avaliação ponderada do caso concreto, feita pelo juiz, pode ser capaz de localizar o ponto de equilíbrio entre a exagerada participação no processo e a proteção dos interesses dos terceiros em face dos mecanismos vinculantes previstos no sistema processual atual.

É fundamental perceber, tal como faz Owen Fiss, que não é necessariamente a *pessoa* que deve ter o direito de ser ouvida pelo Tribunal. O que, sim, deve ser sempre preservado é o direito de o *interesse* ser adequadamente aportado à análise da Corte³⁸. O fundamental é que o interesse desses terceiros (e os argumentos que poderiam oferecer) esteja adequadamente representado no processo, sendo indiferente que a defesa desse ponto de vista se dê pessoalmente pela “parte” ou por “terceiro”. Por outras palavras, os conceitos de parte, terceiro interessado ou terceiro indiferente, *para os fins aqui examinados*, acabam mostrando-se irrelevantes. O fundamental é que os diversos interesses e os vários pontos de vista que podem incidir sobre a decisão da questão de direito que se tornará vinculante tenham sido adequadamente demonstrados, debatidos e examinados.

Com essa postura, confere-se adequada proteção aos vários interesses incidentes, evitando que uma multidão de sujeitos ingresse no processo.

Para tanto, deve-se dar crédito ao magistrado para apreciar em que medida a intervenção do terceiro é necessária, quem será admitido a intervir e, aos moldes do que ocorre no direito norte-americano, se a tutela do interesse destes é (ou pode ser) adequadamente feita pela parte do processo ou por outro sujeito que já represente aquele ponto de vista no mecanismo vinculante³⁹. Também é de se outorgar ao magistrado poderes de limitar a extensão desta intervenção, permitindo a alguns terceiros que atuem em certas fases do processo (mas não em outras) ou que, aos que intervêm, sejam oferecidos apenas

38 FISS, Owen. The allure of individualism. *Iowa Law Review*, University of Iowa, n. 78, 1993, *passim* (esp. p. 971).

39 Do próprio texto do art. 24 (a) das Federal Rules of Civil Procedure pode-se extrair que as intervenções (em suas duas modalidades, a *intervention of right* e a *permissive intervention*) só são admissíveis se a proteção do interesse do terceiro não puder ser adequadamente feita pela atuação da parte original. Vale recordar, mais, que a *permissive intervention* (prevista na Regra 24 [b] daquele diploma legal) do direito norte-americano possui alta dose de discricionariedade judicial, sendo a decisão de admissão ou não desta intervenção de conteúdo irrecorrível. De fato, como prevê a Regra 24 (b) em questão, “upon timely application anyone may be permitted to intervene in an action: (1) when a statute of the United States confers a conditional right to intervene; or (2) when an applicant’s claim or defense and the main action have a question of law or fact in common. When a party to an action relies for ground of claim or defense upon any statute or executive order administered by a federal or state governmental officer or agency or upon any regulation, order, requirement, or agreement issued or made pursuant to the statute or executive order, the officer or agency upon timely application may be permitted to intervene in the action. In exercising its discretion the court shall consider whether the intervention will unduly delay or prejudice the adjudication of the rights of the original parties”.

alguns poderes processuais⁴⁰. Normalmente, por exemplo, não será o caso de permitir que o terceiro produza provas, já que sua intenção, ao participar do processo, é defender certa interpretação ou aplicação do direito, e não proteger seu específico interesse.

Realmente, quando se nota que os vários mecanismos definidos no art. 927 do CPC referem-se em sua ampla maioria à fixação de certa interpretação para questões exclusivamente de direito, nota-se que não deve haver espaço para que a participação do terceiro se estenda à demonstração de fatos.

De todo modo, não há dúvida de que esta intervenção deve – embora limitadamente – ser autorizada, já que é a única maneira de preservar os interesses daqueles que não têm seu direito discutido no processo, mas o terão, sem dúvida, atingido pela sentença ou pelo acórdão lá proferido.

Logicamente, seria desejável a previsão legal desta intervenção – com o delineamento de sua estrutura básica. Na ausência desta, todavia, não se pode aceitar sua proibição, sob o argumento simplista de que não há previsão legal para tanto ou de que esses terceiros não se amoldam à clássica definição de interesse de intervenção ou de interesse recursal.

Assim, no modelo instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, parece certo que das decisões tomadas em incidentes de assunção de competência, em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou em outros instrumentos dos quais possam resultar decisões vinculantes devem poder participar – e, evidentemente, quando cabível, também recorrer – não apenas as partes e os terceiros interessados, mas também esses terceiros que eventualmente sofrerão as consequências da tese jurídica fixada.

É certo que essa participação não necessariamente será feita de forma *pessoal*, autorizando que cada um dos sujeitos que possa ser atingido pela tese jurídica deva intervir no feito ou, ao menos, ser convocado para tanto. Porque isso seria impossível – sobretudo diante da eficácia prospectiva da decisão vinculante –, deve-se criar mecanismos que sejam capazes de avaliar se os diversos pontos de vista, os inúmeros argumentos e os vários interesses envolvidos sejam efetiva e adequadamente apresentados, discutidos e examinados.

Com isso, parece ser possível equilibrar a exigência de participação – necessária à preservação do contraditório – e os objetivos de aglutinação da decisão de questão de direito uniforme.

40 Esta possibilidade é amplamente admitida no direito norte-americano, no qual o juiz pode limitar a *intervention* a apenas certas matérias ou disciplinar previamente a conduta do interveniente (cf. JAMES Jr., Fleming; HAZARD Jr., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Ob. cit.*, p. 545). De modo semelhante, é o tratamento do *amicus curiae* no modelo nacional atual (art. 138, § 2º, do CPC).

