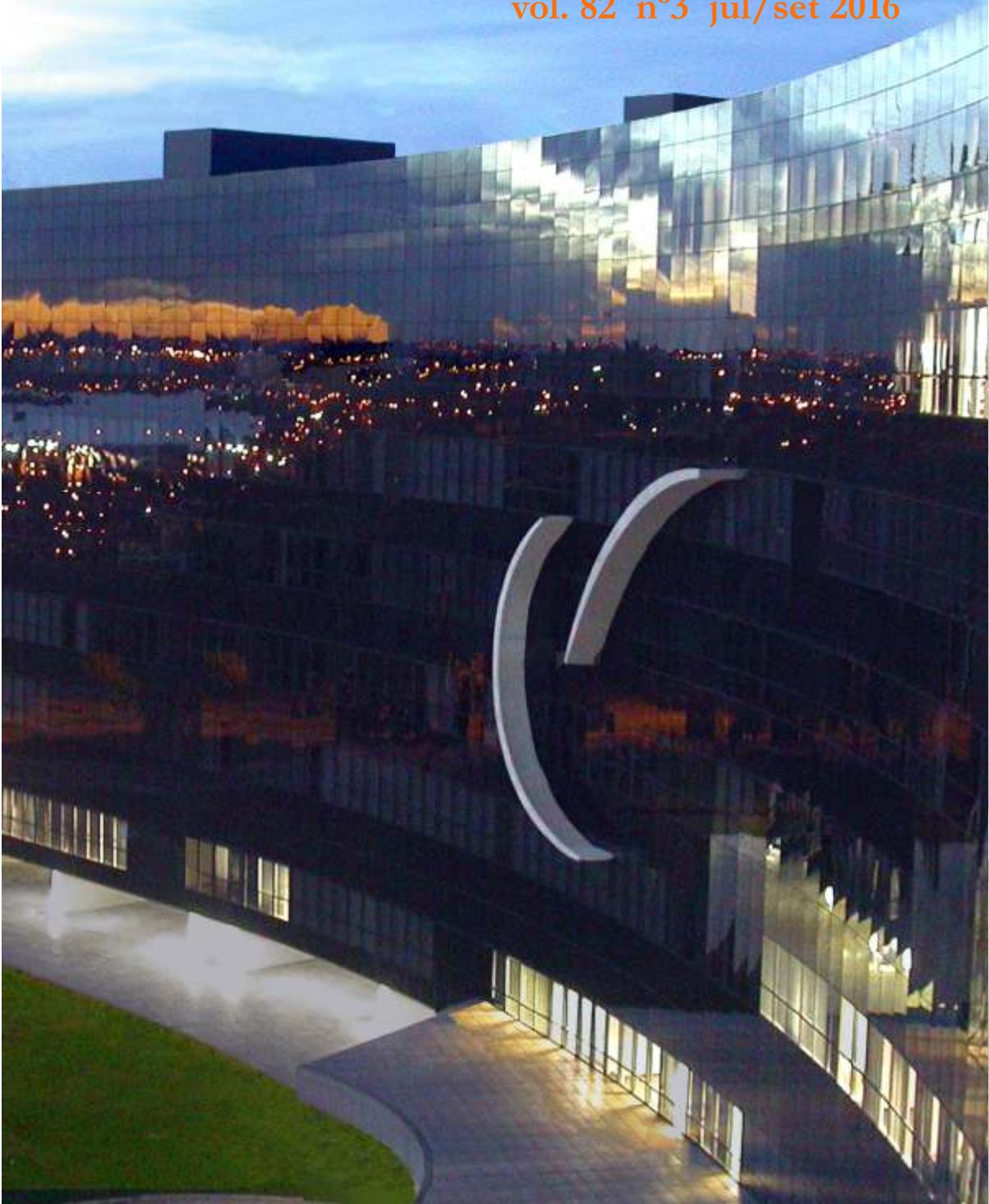


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 82 n°3 jul/set 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 – n° 3 – jul. a set. – 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 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 Cláudio Mascarenhas Brandão

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

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

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**

Apresentação

O Tribunal Superior do Trabalho, a propósito da impactante chegada do CPC de 2015, atendeu, com temperamento, à expectativa 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”, ao editar a Instrução Normativa nº 39/2016 (Resolução nº 203, de 15 de março de 2016).

Seguiu-se a tradição de o TST acautelar-se ante o advento de novos contextos legais mediante instruções normativas que revelam a primeira inclinação da corte de cúpula da Justiça do Trabalho acerca de ritos inéditos – os quais, se aplicados diferentemente por cada um dos juízes e 25 Tribunais trabalhistas, conduziriam a um estado de absoluta perplexidade.

Dir-se-ia que a sanção premial ou punitiva qualifica, regra geral, a norma jurídica. As instruções normativas do TST, que tratam de novos procedimentos, não são formalmente vinculantes, salvo para o próprio TST – em cujo âmbito são *normas de consenso*. A única sanção jurídica de que se pode cogitar – qual seja a nulidade do ato processual destoante – não decorre da violação da instrução normativa, mas, sim, da incidência das normas legais de direito processual segundo a compreensão que delas tem o Tribunal Superior do Trabalho, investido que está da autoridade de fixar jurisprudência, inclusive no tocante a questões processuais.

Augurando a estabilidade das relações jurídico-processuais, o TST não assumiu compromisso com a imutabilidade, ou com o engessamento das primeiras posições que externou por meio das suas instruções normativas editadas entre 2014 e 2016, pois é esperado que os juízes de todas as instâncias, ao aplicarem as novas regras, modelem e aperfeiçoem o sistema com a sua atividade intelectual. Além das contribuições doutrinárias e de outras tantas contribuições hauridas em seminários jurídicos, levadas em conta na elaboração da IN nº 39/2016, outras sobrevirão e, posto dissonantes, serão decerto persuasivas, com aptidão para inflectir no primeiro texto.

O esforço de todos, apenas incrementado pelo Tribunal Superior do Trabalho, provavelmente convergirá, contudo, para um pretensioso resultado: o de reservar ao processo, com suas inovações e complexidades, o papel muito relevante, mas meramente instrumental, de fazer efetivo o rol de direitos sociais

fundamentais, de matiz trabalhista, indisponíveis por definição e inegociáveis em tempo de crise econômica, moral e política.

Esta é, em 2016, a segunda das revistas trimestrais do TST dedicada à aplicação do novo CPC ao processo do trabalho. Os que apresentaram sua contribuição, e aqui a tem retratada por meio de artigos jurídicos relativos ao tema de interesse, associaram sua análise ao texto da Instrução Normativa nº 39 do TST, com liberdade crítica para explorar o seu conteúdo e prospectar os seus fundamentos.

Há a forte expectativa de que esta coletânea proporcione leitura fecunda e instigante.

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Membro Presidente da Comissão Permanente de Documentação

Sumário

DOCTRINAS

1. Impressões provisórias: contextualizando as tutelas provisórias do novo CPC no universo normativo trabalhista
Antonio Umberto de Souza Júnior 19
2. Admissibilidade de recursos no novo CPC e sua repercussão no Processo do Trabalho
Augusto César Leite de Carvalho 53
3. Os precedentes judiciais e a sua adequada divulgação: em busca da correta compreensão da publicidade de julgados no CPC/2015
Dierle Nunes e André Frederico de Sena Horta 77
4. Incidente de descon sideração da personalidade jurídica: forma de aplicação no Direito Processual do Trabalho
Élisson Miessa 101
5. Novo CPC e Processo do Trabalho à luz da IN nº 39
Estêvão Mallet 142
6. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC
Fernando da Fonseca Gajardoni e Maurício Bearzotti de Souza 165
7. O julgamento de recursos de revista repetitivos e a IN nº 39/2016 do TST: o processo do trabalho em direção aos precedentes obrigatórios
Fredie Didier Jr. e Lucas Buril de Macêdo 188
8. Limites constitucionais dos precedentes judiciais: uma análise na perspectiva justrabalhista
Gabriela Neves Delgado e Ricardo José Macedo de Britto Pereira 215
9. O instituto da reclamação e a Instrução Normativa nº 39/2016
Gisele Fernandes Góes 232
10. A mediação na Justiça do Trabalho e o novo Código de Processo Civil: uma impossibilidade
Gustavo Tadeu Alkmim 245
11. A decisão surpresa no novo Código de Processo Civil e a sua aplicação subsidiária ao processo trabalhista
Júlio Bernardo do Carmo 257

12. Do juiz e dos auxiliares da Justiça	
<i>Luiz Ronan Neves Koury</i>	283
13. A impenhorabilidade dos salários e dos demais valores destinados ao sustento do devedor e da sua família, à luz do CPC de 2015, no Processo do Trabalho: da impenhorabilidade absoluta à impenhorabilidade relativa	
<i>Paulo Marcelo de Miranda Serrano</i>	300
14. Recurso de revista e agravo de instrumento no processo trabalhista	
<i>Victor Russomano Jr.</i>	314

Doutrina

IMPRESSÕES PROVISÓRIAS: CONTEXTUALIZANDO AS TUTELAS PROVISÓRIAS DO NOVO CPC NO UNIVERSO NORMATIVO TRABALHISTA

Antonio Umberto de Souza Júnior*

1 – INICIANDO A PROSA

O novo assombra. O novo seduz. Às vezes nos cega – como o ardoroso espectador d’*O Grande Circo Místico*, de Chico e Edu, que, sem refletir sobre aquela súbita chuva de flores, vira colibri. Às vezes nos anima a ver além do espelho.

Certamente, essas sensações, desde a reta final de aprovação congressista e a *vacatio legis* do novo CPC, em vigor desde 18 de março de 2016, assediam todos aqueles que vivem, respiram, manejam e pensam o processo judicial. E, no nosso caso, estudiosos, intérpretes e operadores do processo do trabalho, a relação sempre tumultuada pela constante emergência de possibilidades de importação ou repúdio de novas soluções normativas de outros subsistemas processuais transforma o cenário em uma zona de transição em enorme burburinho.

Dentro desse clima e desse espírito dedico este pequeno estudo a examinar um dos aspectos mais inovadores, em conteúdo e em reestruturação, trazidos pelo novo CPC: as tutelas provisórias.

Como plano de trabalho, começo por uma breve referência ao mecanismo renovado de integração de lacunas processuais trabalhistas, com destaque para o texto (talvez revolucionário – o tempo dirá) do art. 15 do CPC/2015 e o papel e o alcance da Instrução Normativa nº 39/2016/TST. Depois visito o regime

* *Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; professor da ENAMAT/TST – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho; professor da EJUD10 – Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região; professor e coordenador acadêmico dos cursos de especialização em Direito e Processo do Trabalho do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, em Brasília, e da ATAME Cursos e Pós-Graduação, em Brasília e Goiânia; professor licenciado do UniCEUB – Centro Universitário de Brasília; juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Brasília; conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2007-2009).*

DOCTRINA

legal das tutelas provisórias do novo CPC e problematizo algumas questões que, embora neste momento teóricas, podem oferecer subsídios para reflexão de resolução de situações práticas aparentemente incômodas.

Entre o solo e o voo corre uma longa história. Que este artigo ajude a todos a tornar a decolagem mais segura e suave.

2 – PREENCHENDO ESPAÇOS: SILÊNCIOS NORMATIVOS E INTEGRAÇÃO

O direito processual do trabalho foi concebido com a ambiciosa missão de servir de plataforma de estruturação e funcionamento de um instrumento de composição de conflitos decorrentes de uma relação jurídica em que o desequilíbrio econômico (e, inevitavelmente, jurídico) entre os protagonistas contratuais e a natureza, via de regra, eminentemente alimentar dos créditos perseguidos, forjam a necessidade de procedimentos peculiares que conspiram a favor de uma prestação jurisdicional – ao menos em sua arquitetura e espírito – mais célere e efetiva.

No momento em que se consolidou esse modelo jurisdicional (inicialmente pelo Decreto-Lei nº 1.237/1939 e depois pela CLT – Decreto-Lei nº 5.452/1943), o figurino do sistema processual comum (civil e penal) revelava uma silhueta extremamente pesada, burocratizada, formalista e, por consequência, bem desgarrada de qualquer preocupação mais saliente com a celeridade judicial. Tudo aquilo que não rimava com os propósitos de um mecanismo de solução de conflitos trabalhistas...

Ao mesmo tempo, não convém esquecer o contexto jurídico e social em que emergiu esse modelo processual trabalhista.

Do ponto de vista jurídico, era um processo originalmente vinculado a um contencioso administrativo – a Justiça do Trabalho era uma instituição alojada dentro da estrutura orgânica do Ministério do Trabalho (só incorporada ao Poder Judiciário com o advento da Constituição Federal de 1946), com julgadores leigos (representantes classistas paritários) e profissionais (juristas com função desempatadora, na fase de conhecimento, e com a responsabilidade de gestão administrativa das unidades – as juntas de conciliação e julgamento) e controvérsias usualmente singelas (dissídios por inadimplência de salários, adicionais e verbas rescisórias ou para reconhecimento de vínculos informais de emprego).

DOCTRINA

No plano social, era imensa a legião de analfabetos e reduzida a quantidade de advogados no país (daí a tolerância com as figuras dos rúbulas e solicitadores).

Esta conjugação de um modelo processual tradicional (profundamente identificado – ainda que involuntariamente – com a morosidade) com a necessidade de um modelo que ensejasse acesso fácil e tramitação rápida (dada a dependência alimentar direta dos trabalhadores em relação aos rendimentos de sua atividade laboral), independentemente da assistência de advogados (*jus postulandi*) e do uso da escrita nas manifestações dos litigantes (a ponto de somente admitir a defesa oral), abriu as portas para a invenção vanguardista do direito processual do trabalho.

Para alcançar tais propósitos, estabeleceu o legislador de 1943 uma premissa quase onipresente na fisionomia do processo do trabalho: a simplicidade. Natural que, guiado pela bússola da simplicidade, o legislador imaginasse um sistema normativo de regulação dos processos trabalhistas com um reduzido número de regras – por volta de 150 artigos no Título IX da CLT (“Do Processo Judiciário do Trabalho”). Enquanto isso, o CPC então vigente (1939) dispunha de 1.052 artigos e o CPP (1941), ainda hoje em vigor, dispõe de 811 artigos.

Consciente da precariedade normativa da CLT nas matérias processuais, os mentores do procedimento trabalhista previram o socorro integrador das lacunas por meio das normas processuais comuns (ou seja, normas processuais cíveis e penais), como regra geral, ou das normas regentes das execuções fiscais, como regra especial para as execuções trabalhistas (CLT, arts. 769 e 889, respectivamente)¹.

Porém, ao mesmo tempo em que instituiu um “passaporte normativo” para acudir os aplicadores da legislação processual trabalhista nas hipóteses de omissões desta, a CLT previu, impositivamente, uma espécie de “visto de entrada”: o ingresso da norma processual comum ou de regência das execuções fiscais dependeria da percepção positiva da harmonia da norma a ser importada para o interior do processo do trabalho com princípios, regras e características deste subsistema processual peculiar.

1 Em verdade, no diploma processual antecessor da CLT (Decreto-Lei n. 1.237/1939), já havia regras com o mesmo teor:

“Art. 39. O direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, salvo naquilo em que for incompatível com as normas deste decreto-lei.”

“Art. 71. Nos transmites e incidentes dos processos de execução são aplicáveis naquilo em que não contravierem aos presentes decreto-lei, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Publica.”

DOCTRINA

Em outras palavras, a integração de lacunas processuais trabalhistas submete-se a um dique de contenção voltado à prevenção contra a deformação do subsistema processual laboral, evitando a colonização de sua fisionomia simples e o retorno à sua pré-história (naquele fenômeno que induziu a criação de um neologismo: a “cepecização”).

Esta relação entre processo do trabalho e processo comum, centralizada na subsidiariedade, gerou uma metodologia judicial composta, fundamentalmente, de três etapas: (1^ª) detecção da existência de uma omissão normativa total (silêncio normativo acerca de determinado aspecto procedimental ou instituto), (2^ª) identificação de norma potencialmente útil fora do arcabouço normativo trabalhista e (3^ª) verificação da compatibilidade da solução estranha cogitada em relação ao subsistema processual trabalhista.

Tal metodologia, como regra, resultava em três possíveis desfechos: aplicação subsidiária plena, aplicação subsidiária parcial (com remoção de fragmentos normativos desconfortáveis) ou inaplicabilidade, hipótese em que se confiava a superação do impasse ao juiz, criando as soluções necessariamente conformadas à fisionomia do processo do trabalho e aos princípios processuais constitucionais (normalmente assimilados como garantias fundamentais individuais de que são bons exemplos os direitos de acesso à Justiça, contraditório e ampla defesa, licitude das provas, razoável duração do processo e gratuidade judicial em relação aos contendores considerados juridicamente pobres).

Com a chegada do novo CPC surge uma novidade normativa a que não pode o direito processual do trabalho se esquivar de considerar no fluxo metodológico da atividade de integração normativa: o art. 15 do CPC contém norma de integração de lacunas nos campos dos processos administrativos, eleitorais e trabalhistas. Diz a nova regra: “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Duas expressivas novidades traz o novo texto em relação ao disposto nos arts. 769 e 889 da CLT: em primeiro lugar, vislumbra-se no texto legal a expansão das possibilidades de integração das lacunas em matéria processual trabalhista, envolvendo agora não apenas a aplicação subsidiária, mas também supletiva do direito processual civil; em segundo lugar, a (aparente) abolição da terceira etapa da metodologia integradora tradicional, ou seja, a literalidade da norma sob exame permite a compreensão de que não mais se condicionaria a aplicabilidade subsidiária (ou supletiva) autorizada pelo art. 15 do novo CPC à averiguação de compatibilidade entre a regra processual civil aventada e as normas (princípios e regras) e as características do processo do trabalho.

Em relação ao primeiro aspecto destacado há mais que uma novidade: a possibilidade de incidência de normas do CPC subsidiária e supletivamente ostenta um potencial revolucionário. Ainda que parem dúvidas semânticas entre as duas expressões, num verdadeiro pêndulo doutrinário terminológico², ninguém tem dúvidas de que doravante não apenas as omissões totais guardarão a senha de abertura do subsistema processual trabalhista para a migração normativa integradora, mas igualmente as omissões parciais. O purismo normativo, que muitas vezes serve como bloqueio ao assédio de normas nocivas à fisionomia e à dinâmica singulares dos instrumentos de composição de litígios laborais, também funciona por vezes como um indesejável muro para impedir a evolução do direito processual do trabalho a partir do aproveitamento de soluções de subsistemas alheios bem mais eficazes e benéficas ao atingimento dos objetivos cruciais desta seara processual – rapidez, simplicidade e efetividade.

Pela nova conformação das possibilidades integradoras, vários desvios jurisprudenciais hoje incoerentes com a premissa operacional adotada pelo TST (omissão total), embora bem-vindos (pense-se na multa por embargos declaratórios, no manejo do edital fora da situação de criação de embaraços pelo reclamado ou na expansão das hipóteses de matérias agitáveis em sede de embargos à execução fundada em título judicial, para ficar em uns poucos exemplos), estarão ao abrigo de uma permissão legal explícita.

2 Se partimos da etimologia dos vocábulos comparados, *supletivo* vem do verbo latino *supplare*, que significa “encher de novo, suprir”, prover completar; *subsidiário* vem do adjetivo *subsidiarium*, que quer dizer “que é da reserva, que vem na retaguarda, que é de reforço”, “que subsidia, ajuda, socorre”, “que reforça, aumenta, contribui”, “de importância menor, secundário, acessório”, “que reforça ou dá apoio a (algo anteriormente apresentado)” (*Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa 1.0*). Traduzindo a distinção etimológica para o linguajar jurídico, a aplicação *supletiva* compreenderia as situações em que não há norma disponível no sistema a ser integrado e a aplicação *subsidiária* alcançaria as situações em que o sistema precisa ser reforçado, ou seja, há norma disponível, mas ela não abarca todas as necessidades de regulação jurídica.

Comungando da mesma diferenciação entre *supletividade* e *subsidiariedade*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 75; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A hermenêutica do novo CPC e suas repercussões no processo do trabalho. In: *Idem* (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27; e EÇA, Vítor Salino de Moura. A função do magistrado na direção do processo no novo CPC e as repercussões no processo do trabalho. In: LEITE (Org.). *Novo CPC...*, p. 43-44.

Defendendo teor semântico ao avesso aos referidos vocábulos: MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 35-36.

Há de se reconhecer, todavia, que a precedência do texto do art. 769 da CLT tem incutido a preservação da ideia de aplicação subsidiária vinculada ao suprimento das omissões normativas totais.

Para aprofundamento sobre a questão das lacunas no direito processual do trabalho e as possibilidades de integração, conferir, por todos, CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma do processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

Quanto ao segundo aspecto, não há, a rigor, novidade. Se é certo que, de fato, o art. 15 do novo CPC não menciona o requisito legal da compatibilidade sistêmica das regras processuais civis a serem exportadas para o interior do processo do trabalho, não é menos verdadeiro que as regras dos arts. 769 e 889 da CLT permanecem intactas – e ambas preveem tal exigência de compatibilidade. Assim, por diversos prismas argumentativos, pode-se afirmar a subsistência íntegra do requisito da compatibilidade como condição inafastável para integração das lacunas processuais trabalhistas:

“a) A Lei Complementar nº 95/96 baniu do processo legislativo as revogações ou as derrogações tácitas (art. 9º) e não há, no novo CPC ou fora dele, nenhuma norma a revogar ou a alterar o teor dos dispositivos celetistas que exigem a compatibilidade (embora outras leis tenham sido alteradas pelo novo CPC como a Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais);

b) Ao indicar os processos trabalhistas, eleitorais e administrativos, no texto legal, o Parlamento reconheceu, uma vez mais, a autonomia ontológica de outros subsistemas processuais ao lado do civil; e

c) A atenção à compatibilidade sistêmica é inerente à atividade de integração normativa como garantia de um subsistema coerente. A solução inversa seguramente desfiguraria qualquer ordenamento jurídico.”

Logo, a tarefa de integração subsidiária e supletiva das lacunas processuais laborais passa a observar um dueto normativo interativo – de um lado o art. 769 ou, conforme o caso, art. 889 da CLT e do outro lado o jovem art. 15 do CPC/2015.

Considerando que por vezes a própria CLT remete o operador judiciário a suprir as suas omissões com dispositivos do CPC expressamente indicados e tendo em conta que, a par das omissões normativas, temos também as omissões ontológicas e axiológicas, podemos esboçar uma tipologia das aplicações das normas do CPC nos processos trabalhistas:

“a) *Aplicação direta ou preferencial*: aqui a própria CLT determina, explicitamente, a aplicação de determinada regra alojada no CPC, como a disciplina da ação rescisória e da ordem preferencial de bens a serem penhorados³. Como a própria CLT autoriza a aplicação de dispositivo

3 O legislador teve o cuidado de determinar a substituição automática de todas as referências normativas ao CPC revogado pelas disposições legais correspondentes do novo CPC (CPC, art. 1.046, § 4º), quando houver, naturalmente. Exemplo de orfandade normativa no direito processual do trabalho, a partir da vigência do novo CPC, é o incidente de uniformização da jurisprudência, previsto ostensivamente no art. 896, § 3º, da CLT, na redação trazida pela Lei nº 13.015/2014, com remissão expressa aos respectivos preceitos do CPC/73, abolido na ordem processual cível atual. Para evitar o vácuo normativo, o TST editou outra Instrução Normativa (nº 40/2016), determinando que os tribunais regionais do trabalho estabeleçam o procedimento do incidente nos seus regimentos internos.

legal específico, não há necessidade de se realizar o juízo de compatibilidade, presumida pela opção ostensiva do legislador;

b) *Aplicação subsidiária*: suprimento das omissões normativas totais, isto é, abre-se a hipótese de migração normativa ante a constatação de silêncio completo da legislação processual trabalhista acerca de determinado instituto (servem como bons exemplos a reconvenção, a inspeção judicial e os embargos de terceiro – esta última ação mencionada como incidente gerador de custas processuais e ensejadora do recurso de agravo de petição, mas sem qualquer regulação procedimental no corpo da CLT);

c) *Aplicação supletiva*: com menor pudor hermenêutico a partir da importante inovação que o art. 15 do CPC carrega, será possível a aplicação de disposições do novo CPC em caráter complementar para suprimento de omissão parcial (a multa por embargos declaratórios procrastinatórios e as normas para saneamento da petição inicial servem como exemplos desta modalidade integradora); e

d) *Aplicação subversiva*⁴ ou *derrogatória*: neste caso, opera-se o aproveitamento de normas mais efetivas do CPC colidentes com a legislação processual trabalhista expressa⁵, em vários aspectos superada pelo descompasso no ritmo de modernização e aprimoramento dessa legislação especial em comparação com a legislação processual comum.”

Em suma, a visualização de um maior diâmetro de normatividade alheia aproveitável não significa a defesa de um processo de colonização do processo do trabalho pelo CPC. Afinal, muito mais importante do que constatar a existência de omissão (total ou parcial; normativa, axiológica ou ontológica)

4 A locução talvez seja nova, mas a ideia que transporta, não: “mesmo que a CLT não seja omissa, não se pode recusar a incidência do CPC, quando este esteja mais avançado no aspecto específico” (MAIOR, Jorge Luiz Souto. Relação entre o processo civil e o processo do trabalho. In: MIESSA, Éliison [Org.]. O novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 164).

5 A expressão utilizada talvez assuste, mas não representa um fenômeno recente ou juridicamente beligerante. Bem ao contrário, a aplicação subversiva do CPC (ou seja, em contraste com norma expressa na legislação processual trabalhista, atualmente menos efetiva) está presente na realidade forense laboral há algum tempo. Para ilustrar as situações de aplicação subversiva da legislação processual civil vem bem a calhar a lembrança das seguintes situações: (a) a Súmula n. 303/TST (que, em afronta elogiável ao disposto no art. 1, V, do Decreto-Lei n. 779/69, flexibilizou a remessa dos autos para reexame necessário sempre que a Fazenda Pública sofra condenação judicial, dando prevalência ao disposto no art. 475 do CPC/73, hoje art. 496); (b) a aceitação de outras matérias de defesa nos embargos à execução fundada em título judicial (CPC/73, art. 475-L; CPC, art. 525, § 1), a despeito da clareza do disposto no art. 884 da CLT, que enumera, aparentemente de modo taxativo, as alegações aceitáveis na Justiça do Trabalho; e (c) o cabimento de multa para repressão a embargos declaratórios de cunho procrastinatório (CPC/73, art. 538, parágrafo único; CPC, art. 1.026, § 2, apesar do regramento aparentemente exauriente contido no art. 897-A da CLT).

é proceder ao teste de diapasão para verificar o nível de afinação da norma do CPC cogitada com regras, princípios e características do processo do trabalho.

Como essa afinação para aferição da compatibilidade das normas processuais comuns com o subsistema processual trabalhista não é uma operação mecânica e totalmente previsível – nem sempre será fácil identificar se a norma a ser importada mostra-se mais vantajosa ou mais danosa, é natural que se valorizem os contributos da doutrina e, em especial, da jurisprudência para a definição das disposições aplicáveis do CPC no processo do trabalho. São vários os exemplos de diretrizes jurisprudenciais que incorporam institutos processuais civis para o interior do processo do trabalho: Súmulas ns.164 (juntada de procuração por advogado), 175 (recurso adesivo) e 263/TST (emenda e inépcia da inicial), para ficar em alguns exemplos ilustrativos.

Com a chegada de uma nova legislação processual civil com novas potencialidades integradoras, é previsível que os primeiros tempos de sua vigência venham a ser uma era de grandes incertezas no âmbito da Justiça do Trabalho até a decantação progressiva das indicações da jurisprudência predominante.

Procurando acelerar o processo de pacificação da jurisprudência em matéria processual, o Tribunal Superior do Trabalho, a exemplo do que fizera em outro momento de grande expectativa jurídica (o início da vigência da Emenda Constitucional nº 45/04 e a expressiva ampliação de competência da Justiça do Trabalho), tomou a iniciativa de editar, após um breve período de discussões internas, uma norma apontadora de situações de aplicabilidade e de inaplicabilidade do novo CPC ao direito processual do trabalho – a Instrução Normativa nº 39/2016.

Em tal ato, o TST distribui parte dos dispositivos do novo CPC em três grupos:

- a) dispositivos absolutamente inaplicáveis ao processo do trabalho (arts. 2º e 11);
- b) dispositivos plenamente aplicáveis, sem ressalvas (arts. 3º, 13 e 17); e
- c) dispositivos aplicáveis com reservas (arts. 4º a 10, 12, 14, 15 e 16).

Antes de avançar no tema específico deste estudo, soa interessante discutir a juridicidade da aludida instrução normativa.

É indubitável que aos Tribunais se atribui poder normativo, porém limitado à auto-organização – poder normativo autônomo (CF, art. 96, I, *a*) ou, em caráter regulamentar ou suplementar, nas matérias expressamente delegadas pelo legislador (por exemplo: CLT, art. 909; e CPC, arts. 148, § 3º, 930, 937, IX, e 1.021, *caput*).

No sistema constitucional brasileiro de divisão funcional de poder, o protagonismo na edição de normas processuais é do Congresso Nacional (CF, arts. 22, I, e 44). Logo, nenhum tribunal superior, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, tem competência para legislar sobre matéria processual fora das situações explicitamente permitidas pela Constituição Federal ou por delegação legislativa específica.

Portanto, sendo de se presumir a conformidade do ato normativo editado com as normas constitucionais, não se pode imputar índole normativa à Instrução Normativa nº 39/TST, por mais aparentemente paradoxal que possa parecer a afirmação, ou seja, tal diploma é totalmente desprovido de vinculatividade.

Resta à Instrução Normativa nº 39/TST o caráter meramente orientador, pois, de um lado, as resoluções administrativas (atos de aprovação das normas internas dos tribunais) não têm efeito vinculante ou inibitório, porque não decorrem de atividade jurisdicional e, de outro lado, atos internos dos tribunais, como instruções normativas e outros ordenamentos regulamentares (regimentos internos, provimentos das corregedorias, ofícios-circulares, portarias, ordens de serviço, etc.), não podem reger relações externas às suas fronteiras, salvo quando haja delegação legislativa com tal conteúdo. Afinal, o art. 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal confere poder normativo aos tribunais para elaborarem seus regimentos internos, “com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”, ou seja, salvo delegação legislativa, inexistente para regulamentação das possibilidades integratórias do direito processual do trabalho pelo CPC, as instruções normativas do TST não dispõem de força normativa imperativa própria para implementação de normas processuais com a amplitude da norma comentada⁶. Compreensão distinta da função meramente orientadora de instruções normativas nos moldes daquela aqui focalizada implicaria a inadmissível e abominável usurpação da competência legislativa da União em matéria processual (CF, art. 22, I).

6 “(...) Tribunal que não dispõe de poderes normativos para disciplinar matéria recursal em contrariedade à lei. Inteligência do art. 96, I, *a*, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade formal da alteração regimental. Garantia da razoável duração do processo (art. 5, LXXVIII, da CF) que não a legitima. Violação dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5, LIV e LV, da CF). Ilegalidade flagrante. (...) Assim como o legislador não pode se imiscuir em matéria reservada ao regimento interno dos tribunais, a esses é vedado desbordar de seus poderes normativos e dispor sobre matéria de competência privativa da União (art. 22, I, da CF), sob pena de inconstitucionalidade formal. Precedentes. 2. A atribuição de poderes aos tribunais para instituir recursos internos e disciplinar o procedimento dos recursos que devam julgar não lhes outorga competência para criar requisito de admissibilidade recursal não previsto em lei. Inteligência do art. 96, I, *a*, da Constituição Federal (...). A garantia constitucional da duração razoável do processo não pode ser hipertrofiada em prejuízo da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5, LV, da CF), salvo quando nítido o abuso do direito de recorrer (...).” (STF, Pleno, HC 125.768, Toffoli, j. 24.06.2015, DJe 28.09.2015)

Assim, a Instrução Normativa nº 39/TST deve ser encarada como um conjunto de orientações, emanadas de uma fonte de altíssimo nível e que permite “adivinhar” algumas inclinações jurisprudenciais da Corte Maior em matéria trabalhista em torno da aplicabilidade do novo CPC na Justiça do Trabalho⁷. Porém, sem nenhuma eficácia vinculante ou constrangedora sobre a formação da convicção dos magistrados de primeiro e de segundo grau. Antes de uma norma, a instrução é um sério convite à reflexão sobre alguns aspectos pontuais e relevantes acerca da incidência do novo CPC no processo do trabalho. É com este espírito que se encara o problema central neste estudo.

3 – TUTELAS PROVISÓRIAS: RAZÃO DE SER

Ao lado das tutelas cognitivas (nas quais o autor persegue o reconhecimento judicial de um direito) e das tutelas executivas (moldadas para satisfação de um direito pré-constituído estampado em um documento a que a lei confira o *status* de *título executivo*) estavam as tutelas cautelares – vocacionadas a assegurarem o resultado prático útil do futuro provimento jurisdicional.

Na nova arquitetura processual civil, as tutelas cautelares subsistiram, mas agora como uma subespécie do conjunto das *tutelas provisórias*, fazendo companhia às outrora formas de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (CPC/73, art. 273), agora nominalmente divididas em *tutelas antecipadas* e *tutelas de evidência*. A ideia de valorização das tutelas provisórias arranca do propósito legislativo de promover uma melhor distribuição dos ônus decorrentes da “natural” demora do tempo processual. A distribuição “equitativa” do tempo processual até o advento do novo CPC revelava-se, no fundo, extremamente iníqua. Afinal, “o ônus do tempo do processo não pode ser atribuído àquele que aparentemente tem razão”⁸.

Como um dos antídotos a tais males decorrentes do tempo, a par da tendência contemporânea pela “desjudicialização” de certas ações (como as consignações em pagamento “bancárias”, as recuperações extrajudiciais e as escrituras públicas de divórcio e de inventário e partilha) e pela sumarização dos ritos (de que são bons exemplos os juizados especiais cíveis, criminais e

7 Este caráter orientador está nas entrelinhas dos *consideranda* que fundamentaram a referida Instrução Normativa:

“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.”

8 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2. p. 223.

DOCTRINA

fazendários e o rito sumariíssimo trabalhista), assume grande relevo o aprimoramento das tutelas satisfativas e de apoio – mais conhecidas no jargão jurídico como “tutelas antecipadas” e “tutelas cautelares”.

O novo CPC, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, implementou um novo regime destinado a aperfeiçoar tais modalidades de tutelas, com o propósito de emprestar-lhes maior efetividade. Para tanto, dentre outras inovações:

“a) reúne, sob a categoria eclética das tutelas provisórias, a jovem antecipação dos efeitos da tutela, por urgência ou por evidência, e as antigas ações cautelares, introduzindo, para tanto, a ideia de um novo dualismo jurisdicional no texto legal – o novo CPC assimila em seu texto inédita divisão das tutelas jurisdicionais em tutelas definitivas e tutelas provisórias, nas quais foram congregadas as tutelas de urgência (fundadas prioritariamente nos riscos da demora do provimento da tutela definitiva) e as tutelas de evidência (fundadas prioritariamente na forte plausibilidade da pretensão de fundo). As tutelas de urgência compreendem a tutela antecipada (satisfativa) e a tutela cautelar (assecuratória da efetividade da futura tutela definitiva) e ambas podem ser concedidas antecedentemente (antes da propositura da ação judicial a que estejam vinculadas) ou incidentalmente (inclusive liminarmente ou após justificção prévia). As tutelas de evidência podem ser concedidas liminarmente ou incidentalmente (não há previsão de tutela de evidência antecedente no texto do novo CPC);

b) abole, na nova arquitetura das tutelas provisórias delineada no CPC, como categoria autônoma, o processo cautelar;

c) confere autonomia a uma modalidade peculiar de tutela antecipada (satisfativa) cuja concessão não está atrelada diretamente aos malefícios do tempo, mas aos malefícios da resistência defensiva irrazoável – a tutela de evidência (documentada ou punitiva);

d) elimina, como ritos especiais autônomos, praticamente todas as cautelares nominadas previstas na legislação processual revogada que ostentavam, de direito, a real natureza cautelar (isto é, medidas devotadas a resguardar o resultado útil do processo judicial), e não medidas meramente acauteladoras (como notificações, protestos e interpelações, reclassificadas agora, mais adequadamente, como procedimentos de jurisdição voluntária, nos arts. 726 a 729 do CPC) – basicamente, remanesceu apenas a produção antecipada de provas como medida cautelar nominada com rito próprio (CPC, arts. 381 a 383);

DOCTRINA

e) dispensa a caução dos autores economicamente hipossuficientes nas tutelas de urgência (CPC, art. 300, § 1º);

f) exige que a fundamentação da decisão que defira ou negue a tutela provisória não se valha de fórmulas genéricas jurídica e retoricamente insignificantes, proscrevendo expressões usuais como ‘presentes os pressupostos específicos, defiro a liminar’ (arts. 298 e 489, § 1º, III);

g) elimina o dualismo instrumental das tutelas cautelares (ou seja, a necessidade de duas ações – a ação principal e a ação cautelar acessória, preparatória ou incidental) mediante a inserção do pedido alusivo à ação principal dentro dos autos da tutela cautelar preparatória – agora rebatizada de ‘antecedente’ – e *vice-versa* (autorizando que os requerimentos incidentais de tutela cautelar prescindam doravante de nova base isolada de suporte – ou seja, novos autos físicos ou eletrônicos, correndo nos mesmos autos da ação a que aluda o pleito urgente);

h) inventa a antecipação autônoma dos efeitos da tutela à qual há de ser acoplada, mais adiante, a petição inicial alusiva ao pedido principal (tutela antecipada antecedente); e

i) abre, inspirado em institutos do direito processual francês (*procédure de référé* e *procédure sur requête*) e italiano (*provvedimenti d’urgenza*), a possibilidade exótica de estabilização da tutela antecipada antecedente em caso de conformismo processual do réu, ainda que criando um instituto inexistente no direito comparado.⁹⁹

Pode-se visualizar a divisão das tutelas segundo a literalidade do novo CPC, a partir do seguinte quadro sinótico:

TUTELA JURISDICIONAL						
TUTELAS PROVISÓRIAS					TUTELA DEFINITIVA (SENTENÇA)	
Tutelas de urgência				Tutela de evidência		
Antecipada		Cautelar				
Antecedente	Incidental	Antecedente	Incidental	Liminar		Incidental

4 – TUTELAS PROVISÓRIAS TRABALHISTAS

Se a ideia-guia fundamental das tutelas provisórias em geral consiste em mitigar ou evitar os males que o tempo provoca sobre a eficácia da atividade jurisdicional, não soa perturbador afirmar, de cara, que as normas sobre tutelas

99 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo Curso...*, p. 226.

provisórias são bem-vindas ao processo do trabalho. Afinal, a fisionomia do processo do trabalho deita raiz na natureza alimentar dos créditos normalmente perseguidos nas reclamações trabalhistas. Essa natureza alimentar impõe um regime de urgência permanente nas diversas formas de tutela jurisdicional trabalhista, visível na simplificação do acesso à Justiça (possibilidade de ajuizamento oral da ação, imprevisão de preparo para propositura da reclamação), na hiperconcentração dos atos processuais (audiência una), eficácia imediata potencial de toda sentença condenatória, executável provisoriamente de imediato, e na executividade de ofício dos títulos judiciais, para ficar em alguns poucos exemplos.

Portanto, se a entrega efetiva da jurisdição trabalhista é, por inerência ao tipo de conflito que ela procura pacificar, urgente, é o processo laboral naturalmente vocacionado a receber bem as soluções processuais alheias que permitam maior celeridade na satisfação do direito ou maior garantia de êxito da atividade estatal de distribuição de Justiça.

A guiar-se pela literalidade da diretriz lacônica oriunda da Instrução Normativa nº 39/TST, que, sem nenhuma observação ou ressalva, declara plenamente aplicáveis os dispositivos alusivos às tutelas provisórias (art. 3º, VI), a tarefa parece muito singela. Também alguma doutrina pioneira tem sinalizado na mesma direção¹⁰.

Porém, aproximando, com postura reflexiva, o olhar do operador judiciário trabalhista sobre o novo conjunto de normas reguladoras das tutelas provisórias, percebe-se que a missão não é assim tão banal.

Importante recordar, inicialmente, que a CLT e a legislação que a complementa são indigentes nesta matéria.

A rigor, vamos encontrar, como normas de tutelas provisórias especialmente voltadas ao processo do trabalho, apenas alguns dispositivos esparsos a cuidar de situações bem específicas – a possibilidade de concessão de liminares para reversão de transferência ilícita de empregado e para reintegração de dirigente sindical “afastado, suspenso ou dispensado” (CLT, art. 659, IX e

10 Dentre muitos autores que já dedicaram estudos ao tema, entendendo pelo cabimento irrestrito das regras relativas à tutela provisória do CPC no processo do trabalho: SILVA, Bruno Freire e. *O novo CPC e o processo do trabalho*. I: Parte Geral. São Paulo: LTr, 2015. p. 204-216; em termos, tendo por duvidosa a aplicação: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.697; com críticas a determinados aspectos da regulamentação das tutelas provisórias: SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira (Coord.). *Comentários ao novo CPC e a sua aplicação ao processo do trabalho atualizado conforme a Lei nº 13.256/2016*. São Paulo: LTr. v. I. p. 281-313.

X)¹¹ e a vedação de concessão de liminares para saque imediato do FGTS (Lei nº 8.036/90, art. 29-B)¹².

A singeleza do texto celetista – o único a interessar para o estudo, vez que a outra norma (no seio da legislação do FGTS) simplesmente proíbe a antecipação dos efeitos da tutela, não trazendo nenhum ingrediente de interesse do ponto de vista meramente processual – tem suscitado o curioso debate sobre a natureza das respectivas hipóteses de tutela provisória. Seriam elas tutelas antecipadas ou cautelares?

Para alguns, as duas medidas liminares previstas na CLT confinam-se no âmbito das tutelas antecipadas de urgência¹³. Todavia, é preciso convir que as tutelas antecipadas, como espécie do gênero “tutelas de urgência” (CPC, art. 294, parágrafo único), pressupõem, como traço causal comum, o risco na demora do provimento judicial final (CPC, art. 300). Ocorre que do texto legal celetista não se deduz, senão com grande capacidade de transcendência interpretativa, nenhuma exigência de revelação do *periculum in mora* como premissa essencial para deferimento das medidas ali contempladas. A urgência da concessão das liminares contempladas no texto da CLT é presumida *ope legis* pelos transtornos que a dispensa de dirigente sindical e a transferência ilícita de empregado geram.

Tampouco tais liminares podem ser encaradas como cautelares, pois, a par da inexigibilidade da demonstração de urgência, as cautelares visam assegurar o resultado útil do processo (CPC, art. 305)¹⁴ e não se infere esta índole mera-

11 “Art. 659. Competem privativamente aos Presidentes das Juntas [atualmente Juizes do Trabalho], além das que lhes forem conferidas neste Título e das decorrentes de seu cargo, as seguintes atribuições:
(...)

IX – conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 desta Consolidação;

X – conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.”

12 “Art. 29-B. Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS.”

A remissão legislativa a dispositivos legais agora revogados é juridicamente irrelevante porque o art. 1.046, § 4, do CPC resguardou-a, determinando expressamente a aplicação automática dos dispositivos correlatos no novo Código.

13 Neste sentido: LEITE, *Curso...*, p. 1.659; SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1.350-1.351; e CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 1999. v. II. p. 83-84.

14 O CPC repete uma locução que também é uma noção conceitual do que seja a tutela cautelar: providências judiciais destinadas a assegurar o “resultado útil do processo”. A pergunta que pode surgir quando relemos essa expressão jurídica clássica é: a quem serve esse resultado útil do processo? Embora seja

mente instrumental nas duas hipóteses legais analisadas, pois não se limitam a resguardar os efeitos práticos da prestação jurisdicional, ao fim do processo, mas a satisfazer de imediato direitos subjetivos violados de trabalhadores¹⁵.

Sendo espécies inequívocas de tutela provisória (vez que se cogita da concessão de medidas liminares)¹⁶, não sendo tais situações correspondentes a tutelas de urgência e ostentando claro cariz de medidas tipicamente satisfativas (restauração imediata do gozo do direito individual violado à estabilidade geográfica ou à estabilidade sindical), as hipóteses legais vislumbradas na CLT mais se afinam com as tutelas de evidência – modalidade de tutela provisória em que a satisfação imediata do direito perseguido pela parte é autorizada por expressa previsão legal, independentemente da existência de qualquer risco imediato de perecimento do direito ou de frustração do resultado útil do processo. Assim, mais uma vez, o processo do trabalho revela mais um episódio de vanguarda ao contemplar a possibilidade de liminares para satisfação imediata de determinados direitos, independentemente da demonstração do perigo na demora do provimento jurisdicional final.

relevante ao Estado ter a garantia de que seu pronunciamento não será apenas um pedaço de papel, despojado de qualquer efetividade, inegavelmente o maior e final beneficiário da tutela cautelar é o titular do direito material que dá suporte ao pedido de proteção judicial provisória. Talvez esta constatação permita a conclusão de que o que distingue a tutela antecipada da tutela cautelar não seja apenas o caráter instrumental desta e satisfativo daquela. No fundo, não dá para desconsiderar que ambas ostentam cunho satisfativo. O elemento que realmente distinguirá as duas importantes tutelas provisórias é, curiosamente, o tempo: a tutela antecipada tem por alvo a satisfação imediata do direito material; a tutela cautelar tem por alvo a satisfação diferida do direito material. Em sentido convergente, discorrendo sobre os objetivos principais das tutelas cautelares antecedentes, soa oportuna a transcrição da seguinte lição: “seu objetivo é: *i*) adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar; e *ii*) assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa” (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2. p. 627).

15 Daí ser difícil concordar com a insinuação de que se revistam de natureza cautelar as hipóteses de liminar na CLT, extraída a partir do Enunciado n.º 28/FNPT: “ART. 769 DA CLT E ARTS. 305 E 310 DO NCP. TUTELA DE URGÊNCIA ANTECEDENTE E INCIDENTAL. (...) A tutela cautelar, em suas modalidades, é compatível com o processo do trabalho e com as medidas liminares previstas no art. 659, IX e X, da CLT, devendo o autor indicar, na petição inicial, quando antecedente, ‘a lide e seu fundamento’ e a ‘exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo’ (NCP, art. 300, *caput*)”.

16 “Chamam-se medidas liminares, no direito brasileiro, aquele grupo de providências – proferidas no curso de um determinado processo, e necessariamente antes e até que a providência final, à obtenção da qual ele se destina, possa ser emitida – que antecipam os ‘efeitos práticos’ que resultariam dessa mesma providência final, se ela acolhesse o pedido do autor” (GUERRA, Marcelo Lima. As liminares na reforma do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. *Liminares*. São Paulo: RT, 1995. p. 186). O novo CPC, contudo, ora atribui ao vocábulo um sentido mais restrito a designar decisões, em sede de tutela provisória, logo no início do procedimento, sem oitiva do réu e quando desnecessária a realização de audiência de justificação prévia (CPC, art. 300, § 2º). Em outra passagem, a expressão identifica a tutela provisória solicitada no bojo da petição inicial, sendo um tipo singular de tutela incidental (CPC, art. 311, parágrafo único).

Entretanto, o louvável pioneirismo normativo da CLT não acode a grande gama potencial de situações subjetivas provisoriamente tuteláveis na seara laboral. Não somente os empregados estáveis pelo exercício de mandato sindical e empregados indevidamente transferidos têm interesse num socorro jurisdicional imediato. E para os demais (e numerosos) casos em que empregados, empregadores ou terceiros de algum modo a eles vinculados tivessem a necessidade de uma medida judicial imediata, sempre se buscava o amparo integrativo do CPC. Seja no campo das tutelas antecipadas, seja no âmbito das tutelas cautelares, os institutos processuais civis respectivos sempre foram importados para o processo do trabalho sem questionamentos relevantes ante a omissão da legislação processual trabalhista e a indiscutível compatibilidade das normas então existentes.

Se num ambiente normativo cuja literalidade textual exigia omissão total da legislação processual trabalhista para o aproveitamento das normas processuais civis (CLT, art. 769) já se aceitava a incidência das regras sobre tutela antecipada e processos cautelares (apesar da existência de tutelas provisórias específicas no corpo da CLT), mais facilmente será aceitável, em geral, a nova regulamentação das tutelas provisórias ante o passaporte normativo ampliativo que o CPC se outorgou por intermédio da regra estampada em seu art. 15¹⁷. Afinal, como já visto, expressamente autoriza tal disposição (inérita no direito brasileiro) a incidência de normas processuais civis nos processos trabalhistas não só subsidiária, como sempre disse o art. 769 da CLT, mas também supletivamente, dando mais substância à construção de um novo princípio processual trabalhista emergente – o “princípio da prevalência da norma mais efetiva”¹⁸.

Neste cenário, é tranquila a admissão do novo regime de tutelas provisórias para o interior do processo do trabalho¹⁹. Porém, é preciso verificar se não há situações pontuais de incompatibilidade que exijam a rejeição ou a adaptação da jurisdição trabalhista²⁰.

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

18 Sobre o tema: SOUZA Jr., Antonio Umberto de. Um olhar invejoso de uma velha senhora: a execução trabalhista no ambiente da Lei n. 11.381/2006. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 73, n. 1, jan./mar. 2007, p. 135. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/2007-vol.-73/-/document_library_display/w681/view/1312858/8048?_110_INSTANCE_w681_redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fbiblioteca%2F2007-vol.-73%3Fp_p_id%3D110_INSTANCE_w681%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D5>. Acesso em: 1 maio 2016.

19 CALVET, *ob. cit.*, p. 175.

20 Cf., por todos que defendem a subsistência do quesito de compatibilidade principiológica das regras a importar com o sistema processual trabalhista, ainda que não reconhecendo a autonomia do direito processual do trabalho: MEIRELES. *O novo CPC...*, p. 31-54.

Passa-se ao exame de algumas particularidades acerca das tutelas provisórias em interação com o processo do trabalho.

5 – TUTELAS CAUTELARES TRABALHISTAS

No campo da tutela cautelar, as mudanças são pouco perceptíveis e, por isso, não oferecem sementes onde possam brotar dúvidas muito relevantes.

As alterações mais significativas dizem respeito ao veículo processual dos pedidos de tutela cautelar. Anteriormente, as medidas preventivas eram postuladas em ações próprias – preparatórias ou incidentais, mas sempre autônomas e acessórias a uma ação principal, a ser proposta (preparatórias) ou já em curso (incidentais). Agora, o legislador simplificou, unificando tutela cautelar e tutela definitiva em um só corpo processual:

“a) se a medida cautelar precede a ação judicial voltada à tutela definitiva, estaremos diante de uma tutela cautelar antecedente. Nela, a parte autora indica, resumidamente, a lide e o seu fundamento, o direito a ser resguardado e o risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 305), podendo requerer a concessão de liminar sem audiência da parte contrária ou após justificação prévia (art. 300, § 2º)²¹. Se vier a ser concedida a tutela de urgência, o autor deverá formular, nos mesmos autos, no prazo de 30 dias contados da efetivação da medida judicial provisória, o pedido principal (CPC, art. 308);

b) se a medida cautelar acompanha a ação judicial ou é postulada depois de seu ajuizamento (tutela cautelar incidental), as providências serão solicitadas nos mesmos autos da ação a que esteja vinculada;

c) antecedente ou incidental a tutela cautelar, correrão nos mesmos autos, em momentos distintos, o prazo para contestar a cautelar e o prazo para contestar a ação a que a cautelar esteja atrelada, ainda que por uma única citação (CPC, arts. 306 e 308, § 4º).”

6 – TUTELA ANTECEDENTE TRABALHISTA E RECLAMAÇÕES PLÚRIMAS

Outra questão que aflora da análise da aplicabilidade do novo regime de tutelas provisórias do CPC consiste em saber como proceder para formular o pedido principal nas corriqueiras hipóteses em que a tutela antecedente

21 Salvo quando requerida a Fazenda Pública, hipótese em que a lei proíbe a concessão de tutela provisória sem oitiva anterior da ré (CPC, art. 1.059).

(cautelar ou antecipada) for requerida por sindicato, na condição de substituto processual, e o pedido principal (geralmente, uma reclamação trabalhista) exigir, pela heterogeneidade dos direitos em xeque ou pela imprescindibilidade da produção de prova oral para cada caso, que cada trabalhador substituído tenha de formular seu pedido isoladamente ou, quando muito, em pequenos grupos de pessoas com situações assemelhadas.

No regime anterior, o sindicato propunha uma ação cautelar inominada preparatória (às vezes, de caráter indisfarçavelmente satisfativo, o que não obstava seu processamento pelo princípio da fungibilidade de tais tutelas de urgência – CPC/73, art. 273, § 7º) e, deferida e efetivada a medida cautelar assecuratória do sucesso das prováveis execuções futuras, eram ajuizadas as reclamações individuais ou em grupos em idêntica situação fática, distribuídas ao mesmo juízo receptor da ação cautelar.

No novo ambiente do CPC de 2015, a ação cautelar preparatória foi substituída, como já destacado, pela tutela cautelar antecedente e criou-se a tutela antecipada antecedente quando a parte deseje, num primeiro momento, apenas a satisfação imediata de direito violado. Em ambos os casos (tutela cautelar antecedente e tutela antecipada antecedente)²², temos uma ação judicial mutante que começa como tutela provisória e, posteriormente, transforma-se na ação de conhecimento ou execução a que esteja atrelada a pretensão definitiva, sem a necessidade do ajuizamento de uma nova ação²³.

Agora, portanto, se se seguir à risca o que programa o art. 308 do CPC, gerar-se-ia um transtorno de enorme dimensão ao se exigir que o pedido principal seja apresentado nos autos da tutela cautelar ou antecipada antecedente,

22 Outro aspecto em que o CPC foi omissos consiste no tratamento desta ação mutante ante a implantação do processo judicial eletrônico, presente em todas as unidades judiciárias trabalhistas no momento em que entrou em vigor. Em torno do problema, confira-se o Enunciado n 15/EJUD10: “PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO. TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. PROPOSITURA DO PEDIDO PRINCIPAL NOS MESMOS AUTOS, POR SIMPLES PETIÇÃO. MUDANÇA DE CLASSE PROCESSUAL. Aplica-se ao Processo do Trabalho a regra do art. 308, *caput*, do CPC, segundo a qual, efetivada a tutela cautelar requerida em caráter antecedente, o pedido principal, sob pena de extinção da tutela cautelar, terá de ser formulado pelo autor, no prazo de 30 dias, por mera petição, nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar. A Secretaria, apresentado o pedido principal, procederá, para fins de apuração estatística, à retificação da atuação dos autos eletrônicos, inserindo a nova classe processual atinente à ação tida por principal”.

23 A fungibilidade entre as tutelas persiste, sendo irrelevante que o texto legal, com o mesmo defeito redacional do diploma revogado, teime em indicar, agora em ordem inversa ao que estatuiu o art. 273, § 7, do CPC/73, a fungibilidade apenas em um sentido – a receptividade judicial da tutela cautelar como antecipada (CPC, art. 305, parágrafo único). Evidentemente, a recíproca é verdadeira, pois a ideia que permeia o dispositivo é evitar que um formalismo exacerbado sirva como pretexto para o não conhecimento do pedido de tutela provisória. Neste sentido da fungibilidade de mão dupla: SCHIAVI, *Manual...*, p. 1.351-1.352; e SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira (Coord.), *Comentários...*, p. 306.

pois, de um lado, há restrições para a formação do litisconsórcio ativo trabalhista bem mais severas que aquelas estabelecidas no processo civil (o art. 842 da CLT exige total homogeneidade dos pedidos formulados pelos trabalhadores nas reclamações plúrimas, enquanto o art. 113 do CPC tem por suficiente a comunhão de direitos ou obrigações, a conexão pelo pedido ou pela causa de pedir ou simplesmente a afinidade de questões trazidas pelos litisconsortes) e, por outro lado, a pulverização de ações individuais (inclusive para obtenção da tutela cautelar ou antecipada antecedente) tornaria impossível ou bem difícil a boa condução do caso e mais ainda o seu acompanhamento pelos interessados.

Neste cenário temerário, a solução passa pela inevitável adequação do (novo) regime do CPC às (velhas) características do processo do trabalho.

Assim, no exercício de seus amplos poderes de direção do processo (CLT, art. 765), soa mais adequado que o juiz do trabalho determine que apenas uma reclamação (individual ou de um grupo com situação fática homogênea) seja incluída aos autos da tutela cautelar ou antecipada antecedente – que se transformará em uma ação de conhecimento ou execução –, com o propósito de controlar a conservação da eficácia da tutela provisória deferida (mantém-se, no novo diploma processual, a obrigatoriedade de apresentação da ação principal no prazo de 30 dias, contados da efetivação da tutela cautelar – CPC, arts. 308 e 309, I – e impõe-se, nas tutelas antecipadas antecedentes, o aditamento da inicial em 15 dias para inserção da narrativa completa e os pedidos almejados em caráter definitivo). Quanto às demais ações dependentes, devem elas ser distribuídas ao mesmo juízo, preventivo, e autuadas separadamente em relação ao processo em que tenha sido obtida a tutela cautelar ou antecipada antecedente. Deve ser averbada a existência da tutela cautelar ou antecipada antecedente em cada uma das ações individuais e estas devem ser informadas nos autos “principais” da ação que abriga a tutela provisória antecedente, que correrá como uma espécie de processo piloto.

Outra alternativa, tecnicamente viável, mas de prognóstico com prováveis tumultos, seria o ajuizamento das reclamações individuais com pedidos liminares de tutela cautelar (CPC, art. 308, § 1º) ou antecipada²⁴. Afinal, a tutela cautelar ou antecipada liminar equipara-se, em termos procedimentais, à tutela cautelar ou antecipada incidental e, assim, não haveria a preocupação com o ajuizamento das reclamações individuais logo após a concessão da

24 É certo que o texto do novo CPC não menciona a tutela antecipada liminar – figura intermediária entre a tutela antecipada antecedente e a tutela antecipada incidental. Porém, a imprevisão não permite a dedução de que o novo regime das tutelas provisórias rejeite tal possibilidade. O tema será abordado mais adiante, neste estudo.

tutela provisória. O problema é que se corre o risco de dispersão de esforços, inclusive no plano estratégico da atividade jurisdicional, muito mais eficiente quando concertada, evitando redundâncias e desperdício de atos processuais e de tempo de tramitação do processo.

7 – TUTELAS TRABALHISTAS DE EVIDÊNCIA

Outra modalidade muito útil de tutela provisória do CPC, na Justiça do Trabalho, é a tutela de evidência.

Enquanto nas tutelas de urgência o fator decisivo é o tempo, nas tutelas de evidência a questão preponderante é a inconsistência ou inocuidade (concreta ou potencial) da defesa do réu. O autor candidata-se à tutela imediata de evidência (CPC, art. 311) por perseguir direito de fortíssima plausibilidade.

Na arquitetura do CPC, as tutelas de evidência podem ser requeridas liminarmente (ou seja, concomitantemente com o ajuizamento da reclamação) ou incidentalmente (ou seja, com a reclamação já em curso).

Poderá ser requerida liminarmente ou incidentalmente a tutela de evidência documentada quando o pedido da ação judicial se alicerce em matéria favoravelmente contemplada em recursos repetitivos ou súmula vinculante cujo direito seja suscetível de revelação mediante prova documental exclusivamente ou quando o pleito compreenda a devolução de bem objeto de contrato de depósito documental comprovado (CPC, art. 311, II, III e parágrafo único).

Poderá a tutela de evidência ser requerida apenas incidentalmente (após a verificação da possibilidade de exercício do contraditório) quando fundada em abuso do direito de defesa, inclusive por manobras protelatórias (tutela de evidência punitiva), ou, no ambiente das tutelas de evidência documentada, quando fundadas na ineficácia da defesa por não trazer contraprova documental suficiente para gerar dúvida razoável em relação ao acervo documental acostado à inicial (CPC, art. 311, I, IV e parágrafo único)²⁵.

Seriam as tutelas de evidência do CPC aplicáveis ao processo do trabalho?

Pense-se nas demandas individuais multitudinárias em que a jurisprudência já tenha sinalização clara e pacífica no sentido de procedência da pretensão, dependente apenas de prova documental (por exemplo, a incorporação

25 A concessão de liminares ocorrerá sem a audiência prévia da parte contrária, não havendo sacrifício, mas mera postergação do exercício do contraditório (LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. São Paulo: RT, 1993. p. 74-75). Contra, entendendo ser sempre compulsória a oitiva do réu nas tutelas de evidência, ainda que liminares: CALVET, *ob. cit.*, p. 195.

de gratificação de função percebida por mais de 10 anos, injustificadamente suprimida – Súmula nº 372/TST), ou nas rotineiras circunstâncias em que a defesa é mera peça de retórica sem nenhuma força neutralizadora de pujante prova documental ou quando o reclamado provoque uma infinidade de incidentes para retardar a entrega da prestação jurisdicional (por exemplo, mediante sucessivos requerimentos de adiamento da audiência).

Se se imaginar que não é extraordinário, mesmo em relações de emprego, se confiar a guarda de um bem mediante contrato acessório de depósito (um vendedor, por exemplo, que receba do empregador um caro mostruário de produtos para execução de seu trabalho e abandona o emprego sem restituí-lo ou um executivo que receba um *smartphone* para o melhor desempenho de suas tarefas e o retenha indevidamente depois de rescindido o pacto laboral), todas as hipóteses ventiladas no art. 311 do CPC são suscetíveis de ocorrência nos processos trabalhistas²⁶.

Portanto, o processo do trabalho é vocacionado para assimilar as tutelas de evidência reguladas pelo CPC²⁷.

É preciso, porém, distinguir tais situações ensejadoras da tutela de evidência daquelas que, no regime do CPC revogado, propiciavam a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional por incontrovérsia parcial ou total dos pedidos (CPC/73, art. 273, § 6º). No caso da tutela de evidência contemporânea há um contraditório formalmente instaurado, ainda que inócuo ou inconsistente; no caso da incontrovérsia parcial ou total dos pedidos sequer há um contraditório formal instaurado. Exemplo clássico de incontrovérsia é a defesa omissa em torno de certo ponto relevante da demanda (CPC/73, art. 302; CPC, arts. 336 e 341) ou a confissão real do preposto patronal, interrogado antes da entrega da contestação, tornando indiscutível determinado fato relevante da demanda.

26 No mesmo sentido de cabimento de todas as hipóteses aventadas no art. 311 do CPC: SCHIAVI, *ob. cit.*, p. 1.376-1 377; GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo CPC e suas implicações no processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 404. Contra, descartando a hipótese do inciso III do art. 311: OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 308; MARTINS, *ob. cit.*, p. 908.

27 Enunciado n 29/FNPT: “ART. 769 DA CLT E ART. 311 DO NCPC. 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* o *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 (NCPC, art. 311, I a IV), pode ser concedida liminarmente nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do NCPC (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”.

DOCTRINA

Para tais situações de incontrovérsia, a nova ordem processual previu outro instrumento à disposição do julgador – o julgamento antecipado parcial de mérito (CPC, art. 356, I), cuja decisão, no processo civil, é atacável por agravo de instrumento (CPC, art. 356, § 5º), o que, considerando o objetivo limitadíssimo de tal modalidade recursal no processo do trabalho (CLT, arts. 893, § 1º, e 897, *b*), deixaria a sentença parcial imediatamente irrecorrível, sendo atacável apenas por reles impugnação na primeira oportunidade que coubesse à parte falar nos autos (CLT, art. 795, *caput*), resguardando o direito de discutir a condenação incidental por ocasião da interposição do recurso ordinário e sem prejuízo de eventual impetração do mandado de segurança pela irrecorribilidade imediata da decisão prolatada.

No entanto, foi outro o entendimento externado pelo Tribunal Superior do Trabalho ao indicar o cabimento imediato do recurso ordinário contra a sentença parcial de mérito (Instrução Normativa TST nº 39/2016, art. 5º), com claro afastamento do espírito desestimulador do ímpeto recursal que parece ter norteado a arquitetura do instituto no novo CPC.

8 – SOBREVIVÊNCIA DA ANTECIPAÇÃO LIMINAR DOS EFEITOS DA TUTELA POR URGÊNCIA

Seria um silêncio eloquente ou uma mera distração do legislador a falta de menção à possibilidade de concessão liminar da antecipação dos efeitos da tutela fundada em urgência? Em outras palavras, como interpretar o aparente silêncio normativo quanto à possibilidade de deferimento de tutela antecipada requerida dentro de uma petição inicial completa: irrelevante ou terá o CPC banido esta modalidade de tutela antecipada?

Tal hipótese de tutela antecipada era, sem sombra de dúvidas, a mais frequente no cotidiano dos foros trabalhistas desde o nascimento da tutela antecipada, em 1994 (CPC/73, art. 273): a parte autora, ao formular completamente a sua petição inicial, com indicação suficiente da causa de pedir e dos pedidos correspondentes, abria um capítulo especial de sua peça inicial para tentar convencer o juiz de primeiro grau acerca da plausibilidade de suas alegações, da força probante do acervo documental trazido e do perigo da demora do provimento final.

É certo que será possível, pelo novo texto legal, a concessão de tutela liminar cautelar (CPC, art. 308, § 1º) e de tutela liminar de evidência (CPC, art. 311, parágrafo único) no momento de propositura da ação a que se vincu-

lem, merecendo o mesmo tratamento jurídico-processual conferido às tutelas incidentais.

No entanto, não há disposição expressa a prever que possam as tutelas antecipadas ser requeridas concomitantemente com a ação. Talvez se pudesse apontar o art. 300, § 2º, do CPC como regra autorizadora da concessão liminar de qualquer das tutelas de urgência (“a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia”)²⁸. Porém, o dispositivo trata de outra coisa – a possibilidade de deferimento das tutelas de urgência sem oitiva nem ciência prévia da parte ré e sem necessidade de dilação probatória (liminar) ou após a realização de audiência para coleta de provas orais voltadas a convencer o magistrado a conceder a tutela provisória (justificação prévia)²⁹.

Porém, mesmo constatado o silêncio normativo quanto à postulação da tutela antecipada simultaneamente com o ajuizamento da ação, não há nenhum motivo juridicamente sustentável para repelir tal possibilidade, senão por uma limitadíssima (e improvável) postura judicial amparada em um positivismo exacerbado que guarde um apego desmedido à literalidade do texto legal. Ora, se até mesmo antes do ajuizamento da ação é possível perseguir a tutela antecipada, como sustentar a proibição de ventilá-la no instante de propositura da reclamação trabalhista? Qual sentido haveria em se tolher tal possibilidade quando o autor poderia, em petição avulsa apresentada horas depois do ingresso da ação, formular pedido de tutela antecipada incidental, já que a norma processual não estabelece nenhuma barreira quanto ao momento de se postular tal medida urgente?

28 Enunciado n. 27/FNPT: “ART. 769 DA CLT E ART. 300, § 2º, DO NCPC. TUTELA DE URGÊNCIA LIMINAR. É aplicável ao processo do trabalho o § 2º do art. 300, segundo o qual as tutelas de urgência podem ser concedidas liminarmente ou após justificação prévia”.

29 A audiência de justificação prévia é reservada para situações em que a prova preconstituída, documental, não se mostre suficiente à formação da convicção do magistrado, no juízo de cognição sumária, para concessão da tutela de urgência. A depender do grau desta urgência ou da possibilidade de inocuidade da medida antecipatória desejada caso o réu saiba da possibilidade de seu deferimento antes da hora, a audiência pode ser realizada com ou sem a presença do réu. Caso seja convocado, tal comparecimento não antecipa o momento de apresentação da contestação. Representa apenas uma oportunidade para que o réu influencie na formação do convencimento do julgador quanto à sorte do pedido de tutela provisória. Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008. p. 754). Curiosamente, de modo bem diverso, confira-se a opinião dos dois últimos juristas, em obra mais recente, sustentando que a audiência de justificação prévia se destinaria à oitiva do réu, sem mencionar a finalidade de coleta de provas orais para reforço ou produção da prova dos pressupostos ensejadores da concessão dos efeitos antecipados da tutela e sem ventilar a hipótese de fazê-la sem a ciência do réu: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 313.

DOCTRINA

Portanto, a despeito do silêncio normativo, não proscreveu o novo CPC a tradicional possibilidade de se almejar a antecipação dos efeitos da tutela concomitantemente ao ajuizamento da ação a que se refira. Admitida a postulação da tutela em foco antes e depois do ajuizamento da ação judicial a que estejam vinculadas, não faria nenhum sentido vedá-la quando a parte, no instante da propositura da ação, tivesse interesse na satisfação imediata de direito de que se julgasse titular. Interpretação contrária e tão bizarra imporá uma previsível manobra de ajuizamento da ação e, no mesmo dia ou no dia seguinte, a apresentação de petição avulsa para veicular o pedido de tutela antecipada antecedente. Convenhamos inexistir qualquer razoabilidade numa interpretação literal nesta situação.

Sobra ainda uma dúvida desdobrada da primeira indagação: em que categoria se encaixam as tutelas antecipadas requeridas no ventre da petição inicial? Inegavelmente, tais tutelas liminares são espécie de tutela incidental, pois o momento processual de sua postulação exime o autor de aditar a inicial, já completa. Consequentemente, a tutela liminar não é aspirante à estabilização (CPC, art. 304), peculiar às tutelas antecipadas antecedentes³⁰.

Logo, a tutela antecipada liminar sobreviveu ao advento do novo CPC, a despeito do silêncio textual do jovem diploma legal.

9 – TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

Como último estágio deste passeio pelas tutelas provisórias do novo CPC e suas possíveis interações com o processo do trabalho, analisa-se a questão da estabilização da tutela antecipada antecedente.

Em arroubo inovatório espetacular, criou o novo CPC um novo instituto atrelado às tutelas antecipadas antecedentes – a estabilização da demanda.

A estabilização da demanda compreende a possibilidade de extinção precoce do processo sem necessidade de apresentação da demanda principal. Assim, a tutela antecipada antecedente, inicialmente satisfativa e provisória, converte-se em tutela satisfativa estável³¹. Mas, não se pode iludir, uma estabi-

30 Em sentido convergente, veja-se o Enunciado n. 13/EJUD10: “TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE. PETIÇÃO INICIAL. INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO. Na hipótese de formulação de pedido de tutela antecipada nas petições iniciais trabalhistas, não se aplicam as regras específicas de tutela antecipada antecedente, em especial o instituto da estabilização, sendo considerada como tutela incidental”.

31 Um pormenor omitido, dentre vários outros no texto do CPC sob exame, é a responsabilidade pelo ônus da sucumbência, no caso de estabilização da demanda. Ante o silêncio normativo, soa razoável a

lidade eminentemente provisória, pois qualquer das partes, independentemente da emergência de algum fato novo ou da presença de nulidade ou outro vício a macular o feito estabilizado, pode, por mero ato de vontade (no exercício de claro direito potestativo), postular a retomada da ação precocemente abreviada pela estabilização, se ajuizada a respectiva ação revisional no prazo decadencial de dois anos³².

A apresentação da ação revisional conduz à retomada da ação anterior até a concessão da tutela definitiva, convalidatória ou não da decisão judicial inicialmente tomada. Ou seja, inicialmente, dentro dos dois anos seguintes à decisão antecipatória, a dita estabilização é completamente instável, pois a qualquer momento, no biênio seguinte ao decurso do prazo recursal aberto contra a decisão antecipatória antecedente, despertar-se-á o litígio hibernado pela estabilização e, neste caso, a impressão que fica é de que a inércia ocasional do réu pode significar mera postergação da solução da lide.

aplicação analógica da exoneração do pagamento de custas processuais como fator de estímulo à passividade do réu, previsto no ritual da ação monitoria (CPC, art. 701, § 1). Neste sentido o Enunciado n 18/ENFAM: “Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, *caput*, c/c o art. 701, *caput*, do CPC/2015)”. Tais enunciados sobre a interpretação do novo CPC estão disponíveis no sítio: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2016.

- 32 A novidade e a indigência de regras no CPC conferem à estabilização decorrente da tutela antecipada antecedente um enorme repertório de dúvidas no processo civil e que podem projetar-se para outros sistemas processuais que a admitam: a extinção precoce do processo estabilizado gera coisa julgada meramente formal ou também material? A despeito do silêncio do CPC, será cabível a estabilização nas demais espécies de tutelas provisórias (cautelares antecedentes e de evidência)? A inicial da tutela antecipada antecedente precisa ser aditada para a estabilização ou é desnecessária tal providência a cargo do autor, se escoado o prazo de insurgência para o réu antes do decurso do prazo legal para o aditamento? Frustrada a estabilização pelo indeferimento da tutela antecipada antecedente, a ação continuará a tramitar, devendo o autor aditar a inicial, ou deve o processo ser extinto sem resolução do mérito quando do indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela antecedente? A emenda à inicial derivará do indeferimento da concessão da tutela antecipada antecedente ou de declaração judicial de ainda não ter formado convencimento sobre a viabilidade da medida judicial provisória? O autor terá realmente interesse na ação revisional como sugere a lei? Caberá tutela antecipada ou cautelar (antecedente ou incidental) à ação revisional para desestabilização da tutela deferida sem reação imediata do réu? Será viável uma ação rescisória para desconstituição da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, dentro ou depois do biênio legal para a ação revisional ou esta descarta a possibilidade de manejo daquela? Se descabida a ação rescisória, remanesceria alguma medida judicial disponível, como a ação revisional genérica (CPC, art. 505, I) por alteração das circunstâncias fáticas da época da concessão da tutela estabilizada depois do biênio legal? A invulnerabilidade da decisão estabilizada, após o biênio revisional, harmoniza-se ou se atrita com os direitos fundamentais à proteção judiciária efetiva, ao devido processo legal e ao contraditório e à ampla defesa? Somente a reflexão doutrinária e a decantação jurisprudencial nos darão as respostas às instigantes questões. Neste estudo, dados os propósitos mais modestos de averiguação apenas da aplicabilidade do instituto das tutelas provisórias na seara laboral, o autor esquiva-se de se esforçar em procurar possíveis respostas às indagações formuladas.

DOCTRINA

Tem sido comum a comparação da estabilização da tutela antecipada antecedente com a ação monitória. O que une tais institutos é que a vantajosidade da adoção dos dois procedimentos dependerá diretamente do comportamento omissivo do réu. Contudo, analisados os dois institutos mais atentamente, as semelhanças terminam neste aspecto. Afinal, na ação monitória, na qual também se trabalha com a ideia do contraditório eventual, a não oposição dos embargos monitórios pelo réu provocará a conversão do mandado de pagamento em mandado executivo (CPC, art. 701, § 2º), sem que haja uma segunda chance para que o réu possa reverter o resultado decorrente de sua inércia. Ou seja, a estabilização na ação monitória é definitiva e irreversível – restará apenas o universal remédio excepcional da ação rescisória³³. Na tutela antecipada antecedente, o réu pode, no fundo, escolher tranquilamente entre reagir logo contra a tutela perseguida e provisoriamente deferida ou diferir a sua resistência, suportando, no segundo caso, os efeitos imediatos da tutela antecipada, mas com a possibilidade de reversão por meio de uma mera ação revisional a ser distribuída ao mesmo juízo onde a tutela provisória foi deferida³⁴.

Em resumo, é óbvia a infidelidade semântica da estabilização instituída no CPC.

Seja como for, em homenagem à dicção legal, continuar-se-á a usar aqui o vocábulo “estabilização”. A demanda será estabilizada, posteriormente à conquista da tutela antecipada antecedente, quando concorrentes as seguintes condições, segundo o disposto na nova legislação processual civil:

“a) indicação expressa do desejo do autor em se beneficiar da estabilização, na inicial de seu pedido de tutela provisória satisfativa (CPC, art. 303, § 5º). A omissão em fazer essa indicação expressa será compreendida como renúncia tácita à estabilização da demanda, ou seja, ao não explicitar tal propósito, presumir-se-á que o autor terá preferido, ao eventual conforto de um processo precocemente resolvido sem necessidade de transformação da tutela antecipada antecedente, obter de imediato, ainda que isso possa demorar pela necessária observância dos rituais da ação aforada, a tutela jurisdicional definitiva, sem se sujeitar ao fantasma ou às surpresas de uma eventual ação revisional;

b) inexistência de requerimento, na inicial, para prosseguimento do feito após a eventual concessão da tutela antecipada antecedente³⁵, por

33 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Código...*, p. 686.

34 No mesmo sentido: CALVET, *ob. cit.*, p. 190.

35 DIDIER Jr. *et al.*, *ob. cit.*, p. 619-620.

DOCTRINA

configurar a postura inversa de preclusão lógica a prejudicar o advento da estabilização da demanda, isto é, havendo o requerimento, estará apontando o autor que quer seguir adiante – e imediatamente – até a obtenção da tutela definitiva;

c) o deferimento judicial, liminarmente ou após justificação prévia (CPC, art. 300, § 2º), da tutela antecipada antecedente. O deferimento judicial após o aditamento à inicial já não surtirá o efeito potencial estabilizador, pois, a rigor, já não será uma tutela provisória antecedente, mas incidental e inexistente previsão legal para a estabilização fora do momento anterior à metamorfose da tutela antecipada antecedente em ação de conhecimento ou execução; e

d) a ausência de interposição do agravo de instrumento contra a decisão concessiva da tutela provisória satisfativa (CPC, arts. 303, § 1º, II, 304, *caput*, e 1.015, I).”

Dois perguntas assolam o estudioso do processo do trabalho após o conhecimento do funcionamento do instituto da tutela antecipada antecedente estabilizada: seria aplicável ao processo do trabalho? Sendo afirmativa a resposta à indagação anterior, como compatibilizar o rito de estabilização no CPC com as características do processo do trabalho, em especial a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, grupo dentro do qual estão os atos jurisdicionais que defiram a tutela provisória?

Como indicado no início deste estudo, o Tribunal Superior do Trabalho tem como cabíveis as tutelas provisórias no processo laboral sem qualquer ressalva ou observação. Contudo, é preciso conjugar a lacônica regra com aquela outra que recomenda atenção à irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias trabalhistas (Instrução Normativa TST nº 39/2016, arts. 1º, § 1º, e 3º, VI).

Assim, é fora de dúvida que, em geral, são aplicáveis as normas do CPC sobre as tutelas provisórias nos processos trabalhistas, como sugere a Instrução Normativa TST nº 39/2016, mas a ausência de ressalvas ali não autoriza ao intérprete supor que todas as regras se compatibilizam com o processo do trabalho. E, no tocante à estabilização, são legítimos os questionamentos atinentes à sua sintonia com o sistema processual trabalhista.

O Enunciado nº 20 do Fórum Nacional de Processo do Trabalho parece apontar a incompatibilidade da tutela antecipada antecedente com o processo do trabalho ao asseverar que “o art. 294, *caput* e parágrafo único, do NCP 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”, omitindo, ao que tudo indica propositalmente, a tutela antecipada antecedente.

À guisa de exemplo de incompatibilidade óbvia de normas pontuais do CPC quando levadas para o processo do trabalho, veja-se a obrigatoriedade de designação de audiência de conciliação ou mediação³⁶ e a fluência do prazo de contestação, no CPC, apenas após a realização frustrante de tal audiência (art. 303, § 1º, II e III). Tais regras são duplamente impróprias à integração no direito processual do trabalho³⁷.

Em primeiro lugar, tais normas regem tema disciplinado expressa, diferente e inteiramente na CLT (arts. 764 e 843 a 852), que prevê a unicidade entre as etapas de tentativa conciliatória, defesa, instrução e julgamento da causa, todas as etapas sob a direção presencial e permanente de magistrado de carreira, enquanto as audiências prévias de mediação e conciliação correspondem a um momento isolado do processo de conhecimento cível, a cargo de mediadores e conciliadores leigos (CPC, arts. 139, V, e 334, § 1º).

Em segundo lugar, a arquitetura procedimental cível conspira contra a celeridade tão valorizada no processo do trabalho. Enquanto neste as audiências poderão ser realizadas com a antecedência mínima de cinco dias, os intervalos entre as audiências são livremente definidos pelo juiz ao programar suas pautas e a defesa, recusada a conciliação, deve ser apresentada em seguida, em audiência (CLT, arts. 841, *caput*, e 847), no processo civil as audiências de mediação ou conciliação devem ser marcadas com no mínimo 30 dias de antecedência, com tempo de duração planejado, nas pautas, de no mínimo 20 minutos cada, e o prazo de defesa só começará a correr no primeiro dia útil seguinte à frustrada audiência prévia (CPC, arts. 303, § 1º, III, 334, *caput* e § 12, e 335, I)³⁸.

36 A mediação trabalhista continua órfã de legislação própria, não se lhe estendendo o conjunto de regras da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015, arts. 24 e 42, parágrafo único).

37 Na mesma direção apontam os arts. 2, IV e V, e 3, III, da Instrução Normativa TST n. 39/2016.

38 Em sentido oposto, o Enunciado n. 151/FPPC: “Na Justiça do Trabalho, as pautas devem ser preparadas com intervalo mínimo de uma hora entre as audiências designadas para instrução do feito. Para as audiências para simples tentativa de conciliação, deve ser respeitado o intervalo mínimo de vinte minutos”.

Há, no entanto, soluções aproveitáveis em matéria de conciliação, em especial a adoção de incentivo financeiro indireto à composição consensual antes da sentença mediante a exoneração das partes de qualquer pagamento de custas (CPC, art. 90, § 3), a despeito de regra própria (CLT, art. 789, I e § 3), em mais um episódio de bem-vinda aplicação subversiva do art. 15 do CPC. Neste sentido, aponta o Enunciado n. 112/FPPC: “No processo do trabalho, se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais, se houver”.

DOCTRINA

Voltemos ao foco deste último mergulho das tutelas provisórias do CPC dentro das águas do processo do trabalho.

Da doutrina de primeira hora colhem-se opiniões bem divergentes quanto à incidência do instituto da estabilização no direito processual do trabalho.

José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva enumera a inexistência de recurso trabalhista para manifestação imediata da insurgência do réu para impedir a estabilização, a usual cumulação de pedidos e a insegurança jurídica a que é lançado o trabalhador conquistador da tutela antecipada antecedente como argumentos para repelir a estabilização da demanda³⁹.

Mauro Schiavi tem posição diametralmente oposta, defendendo a compatibilidade da estabilização e a impetração do mandado de segurança como alternativa instrumental à falta de recurso imediato disponível para ataque à decisão concessiva da tutela antecipatória⁴⁰. Manoel Antonio Teixeira Filho sustenta posição bem parecida⁴¹.

Otávio Amaral Calvet igualmente tem por compatível o instituto da estabilização do CPC em relação ao processo do trabalho. Destaca ele que a invenção legislativa conspira a favor da simplicidade e da celeridade e enaltece o “incentivo à conduta de não se litigar sem finalidade”, considerando a extensão da gratuidade de custas do processo, quando não houver resistência, por extensão analógica da isenção preconizada no art. 701, § 3º, do CPC, nas hipóteses de não oferta de embargos nas ações monitorias⁴².

No balanço da doutrina majoritária produzida até o momento, parece razoável absorver a estabilização como afinada com o direito processual do trabalho, em especial porque a perspectiva de estabilização da tutela antecipada antecedente fica, inicialmente, nas mãos do reclamante. Como visto, a tutela provisória jamais será estabilizada se na inicial não for cogitada a estabilização. Logo, caberá ao autor (ou, mais realisticamente, ao seu advogado, eis que cada vez mais raro o exercício do *jus postulandi* e certamente mais rara ainda será a postulação de tutela antecipada antecedente em ação sem assistência de advogado) escolher entre perseguir, ou não, a estabilização imediata da demanda ou, ainda, optar entre ajuizar o pedido de tutela antecipada antecedente e

39 SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. *Comentários...*, p. 305.

40 SCHIAVI. *Manual...*, p. 1.359.

41 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 318-319.

42 CALVET, Otávio Amaral. As tutelas de urgência e da evidência e suas repercussões no processo do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 190-191.

ajuizar a ação completa com pedido liminar de tutela antecipada (neste caso, como já visto, incidental).

Particularmente, não entendo haver incompatibilidade entre estabilização da tutela provisória e processo do trabalho, pois, em tese, a solução propicia a composição do litígio de forma extremamente abreviada. Pode-se debater, isto sim, a inconveniência deste exótico ritual inédito pela insegurança gerada às partes pela constante ameaça de retomada da discussão judicial, dentro do biênio seguinte à concessão da tutela provisória antecedente⁴³, por meio da ação revisional. E insegurança não rima com a fragilidade jurídica do trabalhador, em especial quando a lide envolver empregado com contrato de trabalho em curso. Quem procura o Judiciário busca a definição de uma situação jurídica, e não uma solução reticente e, por razoável período, reversível. Assim, pode haver enorme dúvida quanto à conveniência de se adotar o rito de estabilização, mas soa exagerado afirmar que tal instituto seja desafinado com as características e os princípios do processo do trabalho.

Quanto à dificuldade decorrente da corriqueira cumulação de pedidos nas reclamações trabalhistas, é preciso dizer que a tutela antecipada antecedente pode ser monotemática ou politemática. Imagine-se um trabalhador recém-dispensado de emprego sem que lhe seja dada a opção de prorrogar seu vínculo com o plano de saúde suplementar contratado por iniciativa de sua ex-empregadora na vigência do pacto laboral e que necessite urgentemente da assistência para a esposa, prestes a dar à luz seu primeiro filho. A pressa na obtenção de tutela antecipada antecedente para restauração imediata do vínculo assistencial pode levar a parte ou seu advogado a preferir apresentar o pedido solteiro de medida restrita à questão do plano de saúde e, no aditamento, agregar, por exemplo, além da confirmação da tutela provisória concedida, pedidos de indenização das despesas médico-hospitalares efetuadas no interregno entre a dispensa e a efetivação da tutela antecipada antecedente e de danos morais pelos constrangimentos, angústia e tristeza da família, por exemplo. Assim, a apresentação do aditamento com reclamação de outros direitos desatrelados da tutela concedida não interfere nem perturba a execução da medida.

Porém, é preciso ressaltar que a eventual estabilização tem diâmetro de alcance limitadíssimo: apenas os pedidos diretamente associados à antecipação dos efeitos da tutela de modo antecedente serão beneficiados da omissão.

43 Entendendo inconstitucional a barreira decadencial imposta pelo CPC em ambiente de tutela jurisdicional estabilizada sem o exercício da plenitude da atividade jurisdicional: MITIDIERO, Daniel. Art. 304. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 790-791.

Entender diferentemente atribuiria à petição de aditamento eficácia processual retroativa totalmente desprovida de apoio na lei.

Concluindo, pois, pela viabilidade jurídica e pela frequente inconveniência prática da tutela antecipada antecedente na esfera trabalhista, avança-se para a última escala desta investigação.

Aspirando o autor, na inicial, a que se alcance a estabilização decorrente da tutela antecipada antecedente, como harmonizar o regramento processual civil com o processo do trabalho, considerando que neste as decisões interlocutórias, como são as decisões concessivas de tutela antecedente, não são imediatamente irrecorríveis?

Na doutrina processual trabalhista desbravadora dos mistérios e das dúvidas que cercam a aplicação do novo CPC na Justiça do Trabalho, tem-se sustentado que, inexistindo recurso imediato para ataque às decisões interlocutórias trabalhistas, incluídas aí as tutelas provisórias antecedentes, a indisponibilidade do agravo de instrumento eclético (e não apenas para destrancamento de recursos inadmitidos no juízo recorrido) compele o réu a impetrar o mandado de segurança como mecanismo obstativo da estabilização da demanda, invocando o socorro da diretriz da Súmula nº 414/II/TST⁴⁴.

A primeira ponderação a tecer na matéria consiste na percepção da função do agravo de instrumento no âmbito da tutela antecipada antecedente, no juízo cível.

O CPC impõe a interposição de agravo de instrumento pelo réu que deseje evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente concedida (CPC, arts. 304, *caput*, e 1.015, I). Importante destacar que bastará, para a não estabilização da demanda antecipada antecedente, a interposição do agravo de instrumento, sendo indiferente para tal propósito o posterior juízo positivo de admissibilidade do agravo ou o seu provimento, ao final. Bem vistas as coisas, a interposição do agravo de instrumento cível é obrigatória se o réu não quiser a imediata estabilização da demanda antecedente provisória. Ou seja, mesmo que eventualmente o réu não se incomode de aturar a vigência temporária da medida

44 “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.”

Em tal sentido, aponta o Enunciado nº 14/EJUD10: “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”.

judicial provisória de urgência, sequer tendo sincero interesse recursal, será ele compelido a agravar da decisão para imunizá-la da indesejada estabilização.

Embora isso não seja afirmado claramente na doutrina pioneira que tem debruçado sobre o regime de tutelas provisórias do novo CPC, parece que tal constatação do inusitado uso de recursos sem a necessária meta de reforma da decisão provisória está por trás de algumas sugestões mitigadoras da exigência de interposição recursal: a apresentação de contestação ou qualquer outra manifestação inequívoca do réu contra a estabilização da demanda serve para neutralizá-la⁴⁵.

No fundo, a função do agravo de instrumento cível, aqui, seria prioritariamente de impugnação obstativa da estabilização, sendo suficiente, para atingir tal objetivo, o protocolo da peça com observância dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade (endereçamento ao tribunal, identificação correta do processo, das partes e da decisão e assinatura do advogado do agravante e protocolo tempestivo da peça respectiva).

Pode-se indagar, com os olhos (teimosos) no retrovisor do CPC revogado: por que não ensejar que tal impugnação, no juízo cível, seja efetuada mediante agravo retido nos autos? A resposta é singela: não se pode mais utilizar o agravo retido para a hipótese porque tal modalidade recursal foi abolida no novo CPC (arts. 1.009, § 1º, e 1.015)⁴⁶, em mais um capítulo nesta longa história de aproximação entre o processo civil e o processo do trabalho (CPC, art. 893, § 1º)⁴⁷. Porém, diferentemente do processo civil, no qual não haverá preclusão pelo silêncio da parte prejudicada pela decisão interlocutória de que não caiba agravo de instrumento, a impugnação das decisões interlocutórias no recurso ordinário trabalhista dependerá da prévia insurreição da parte prejudicada a ser apresentada, oralmente ou por escrito, conforme o momento processual, na primeira chance que lhe for aberta para falar nos autos (CLT, art. 795, *caput*).

45 Entendendo que a contestação, pelo intuito de resistência ao pedido, supre a eventual falta de interposição de recurso: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários...*, p. 512.

46 Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Novo Código...*, p. 945-946.

47 A comparação dos textos legais mostra-se bem reveladora desta nova aproximação dos sistemas processuais trabalhista e cível:

CLT: “Art. 893. (...)”

§ 1 Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”.

CPC: “Art. 1.009. (...)”

§ 1 As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

Se a interposição de agravo de instrumento contra a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente tem, em relação à estabilização, a função modesta de impugnação obstativa, o antiquado sistema recursal trabalhista mostra-se, curiosamente, mais racional e funcional que o moderníssimo sistema recursal cível, no tocante à prevenção da imunização da tutela antecipada antecedente. Afinal, a discutibilidade da regularidade da decisão interlocutória trabalhista é postergada para a ocasião da interposição do recurso ordinário contra a sentença. Porém, a matéria decidida em caráter interlocutório, incluída a liminar de tutela antecipada antecedente, somente poderá ser debatida em sede de recurso ordinário se houver manifestação expressa de insurgência na primeira oportunidade que a parte incomodada tiver para falar nos autos (CLT, art. 795, *caput*), lançando, então, os “protestos” – expressão jurídica inventada pela praxe forense para designar aquilo que o direito processual civil denominava, no ambiente da legislação revogada (CPC/73, art. 522), de agravo retido.

Portanto, bastará, no processo do trabalho, que a parte ré manifeste sua rebeldia contra a concessão da tutela antecipada antecedente na primeira oportunidade que lhe caiba falar nos autos, em petição singela de protesto revelador de tal inconformismo ou em registro oral em audiência, se a decisão for tomada ou conhecida em tal momento, para que se imunize a decisão interlocutória da estabilização de que cuida o art. 304 do CPC.

Ainda é possível desdobrar um derradeiro questionamento: o protesto trabalhista substitui o mandado de segurança recomendado pela Súmula nº 414/II/TST como instrumento hábil à reversão da decisão concessiva da liminar em sede de tutela provisória?

Impõe-se uma resposta ambígua: não e sim.

Não, o protesto não substitui o mandado de segurança como instrumento judicial voltado à reversão da tutela provisória (reversão que é algo bem diverso da prevenção contra a estabilização), pois é dirigido ao mesmo juízo prolator da decisão combatida, dificilmente sensível a mudar de posição tão rapidamente. Já o mandado de segurança contará, em tese, com maior possibilidade de sucesso por ser distribuído a magistrado diverso, no tribunal. E, imprevisto remédio recursal imediato, a via do mandado de segurança é apropriada para atacar aquela decisão interlocutória, embora seu êxito dependa de um grande nível de clareza da liquidez e certeza do direito do impetrante a ser demonstrada por prova documental preconstituída. Portanto, se o propósito insurgente não for evitar a estabilização, mas invalidar, sobrestar ou reformar a decisão concessiva da tutela antecedente, o mandado de segurança é o meio judicial hábil mais eficaz.

DOUTRINA

Por outro lado, sim, o protesto imediato apresentado contra a decisão deferitória da tutela antecipada antecedente substitui, com larga vantagem, o mandado de segurança como impugnação obstativa da estabilização da demanda porque (i) sua elaboração é bem mais singela (protesto mediante curta petição avulsa ou manifestação em audiência em que se consigne o inconformismo com a decisão concessiva da antecipação dos efeitos da tutela) e prescinde de qualquer prova; (ii) permite a estabilização em prazo tendencialmente bem mais curto, pois a audiência inaugural ou una poderá ser realizada bem antes do prazo decadencial de 120 dias para impetração do mandado de segurança, sem falar na possibilidade (recomendável em prol da maior celeridade na definição da sorte processual da tutela provisória em foco) de instar o juiz, ao deferir a medida liminar antecipatória, que o réu requeira o que entender de direito no prazo de cinco dias, sob pena de estabilização da demanda, abreviando a definição em torno da estabilização ou não da tutela provisória; e (iii) evita uma maior trivialização do mandado de segurança que, previsivelmente, passaria a ser manejado, independentemente do preenchimento dos pressupostos para a admissão e procedência do pedido, simplesmente para impedir a estabilização, gerando um expressivo número de ações absolutamente inúteis.

10 – PRA ENCERRAR

Hora de fechar o livro e recordar as principais descobertas.

Do exposto, conclui-se que as tutelas provisórias disciplinadas no CPC/2015 são de extrema utilidade para o direito processual do trabalho. Abreviar o tempo para conquista do direito violado ou para assegurar o resultado útil da futura execução guarda enorme harmonia com as características e os propósitos do processo do trabalho. Daí o acerto da orientação genérica da Instrução Normativa nº 39/TST ao preconizar a aplicabilidade dos respectivos preceitos do CPC para o interior do processo do trabalho.

Todavia, a necessidade do uso das tutelas provisórias na seara laboral não deve negligenciar a atenção do intérprete e do operador judiciário quanto à necessária adaptação do regime processual civil às singularidades do direito processual do trabalho, em especial quanto à irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias e à relevância da substituição processual sindical.

ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS NO NOVO CPC E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho*

1 – O PROBLEMA CULTURAL DA RECORRIBILIDADE E SUA DIMENSÃO

Entre as tantas mudanças trazidas com o novo Código de Processo Civil, destacam-se aquelas que dizem sobre a admissibilidade de recursos ordinários e extraordinários, quer pela clara aproximação ao sistema de precedentes que caracteriza o *common law*, quer pela estratégia de acrescer à forma de interposição a exigência de que se indiquem pormenorizadamente os tópicos recursais, o seu prequestionamento e a base normativa ou jurisprudencial da pretensão deduzida em recurso, com o escopo de promover a dialetização e a dinamização da atividade jurisdicional nos tribunais.

Não se sabe ao certo se o remédio será o adequado para a enfermidade, mas não se pode ter dúvida quanto à existência de um sistema enfermo que reclamava alguma profilaxia. As razões de ordem quantitativa são expressivas e estão contempladas em relatórios disponíveis nas páginas virtuais do CNJ (relatório Justiça em Números¹) e do TST (Movimentação Processual – Série Atual²):

a) enquanto as varas do trabalho julgaram 2.371.312 processos em 2014, os tribunais regionais julgaram 771.743 processos e o tribunal superior julgou 256.114 processos nesse mesmo ano;

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; professor de Direito do Trabalho no Instituto de Educação Superior de Brasília e na pós-graduação do Curso de Direito Constitucional do Trabalho na UnB, convênio com o TST, e de Direito dos Contratos em curso de mestrado em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa; mestre em Direito Constitucional; doutor em Direito das Relações Sociais; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da Academia Sergipana de Letras Jurídicas.*

1 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/09/4c715b2994da3187c127bd1b10011f07.swf>>.

2 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/situacao-actual>>.

DOCTRINA

b) *per capita*, a pirâmide se inverte: cada juiz de primeiro grau julgou em média 1.148 processos em 2014 (4,4/dia), cada desembargador julgou em média 1.434 processos (5,5/dia) e cada ministro julgou em média 9.436 processos (36/dia);

c) das sentenças proferidas em primeiro grau, 69,2% foram objeto de recurso ordinário que transferiu a solução da lide para o TRT correspondente;

d) dos acórdãos proferidos pelos tribunais regionais, 72,8% geraram recursos de revista que transferiram a solução da lide para o TST;

e) em 2014, 77,2% das decisões denegatórias de recursos de revista foram objeto de agravos de instrumento para apreciação do TST;

f) mais de 80% dos recursos que chegam ao TST se apresentam como agravos de instrumento puros³; e

g) em média, 91,38% dos agravos de instrumento são desprovidos pelo TST, mantendo-se incólume a decisão exarada em instância ordinária⁴.

Os números revelam que há uma enorme concentração de poder nas mãos dos ministros do TST, pois é expressiva a parte percentual dos processos que lhes cabe decidir, mas os números igualmente revelam que a quase totalidade dos processos que acessam o TST estão em consonância com a jurisprudência por ele sedimentada e por isso as decisões dos tribunais regionais não se modificam na instância extraordinária. Se é assim, por que esses processos transitam até a mais alta jurisdição trabalhista?

Outro aspecto interessante e correlacionado: a quantidade de agravos de instrumento, sobretudo em comparação com a de outros recursos, e o insucesso dos agravantes na quase totalidade dos casos retratam a consonância entre os julgamentos proferidos em todos os graus de jurisdição. É de se perguntar uma vez mais: se é assim, por que esses processos percorrem todas as instâncias e sobem à apreciação do TST?

Parece lógico que o problema não reside na pluralidade de ideias e valores que servem de fundamentação a diferentes decisões de juízes diferentes, embora essa diversidade exista e enriqueça a atividade judicial, fazendo-a coerente com a extensão de nosso território, com a heterogeneidade de nossa gente, com a variedade de nossa cultura. O problema está nos estímulos que o atual

3 Em 2015, dos 206.954 novos recursos, 168.083 foram agravos de instrumento e os demais foram agravos combinados com recursos de revista, recursos ordinários e recursos de revista, estes na quantidade de 30.964.

4 Dado (letra “g”) proveniente de pesquisa realizada pelo Ministro Cláudio Brandão, do TST.

sistema recursal oferece à recorribilidade graciosa, inconsequente, anódina, a qual congestionava o tempo de magistrados que deveriam estar desatrelados de obrigações estatísticas e concentrados na missão de solucionar conflitos reais ou de definir teses, ou modelos hermenêuticos de alcance transcendente.

Tais estímulos à recorribilidade podiam, há algum tempo, ser identificados e entre eles enumeraríamos: a) o desprestígio dos elementos de distinção – de fato ou de direito – que eram percebidos pelos juízes de primeiro grau e não impediam que recursos fossem interpostos com vistas à adoção de tese em nível de abstração que desconsiderava essas particularidades do caso concreto; b) o desprestígio da jurisprudência regional, alusiva a aspectos da realidade próprios de certo Estado da Federação, ante a inexistência de mecanismos processuais que promovessem, com eficiência, a uniformização da jurisprudência no âmbito de cada região jurisdicional; e c) o desprestígio, perante as partes, da jurisprudência assentada pelo TST, dado que inexistiam fórmulas impeditivas da admissibilidade de recursos, sobretudo de agravos de instrumento, aforados contra a orientação jurisprudencial antes consolidada.

Cabe verificar em que medida as reformas trazidas com a Lei nº 13.105/2015 e com o novo CPC (Lei nº 13.105/2015) contribuem para inibir a sanha recursal e imunizar a jurisprudência regional ou nacional já uniformizada.

2 – APROXIMAÇÃO DO *STARE DECISIS* E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ

Não há, propriamente, uma mudança de paradigma ideológico quando se atribui aos órgãos colegiados de jurisdição a tarefa de definir a jurisprudência a ser seguida por ele e pelos demais juízes. A uniformização da jurisprudência é da tradição e da lógica do nosso modelo processual, conforme explicava Barbosa Moreira em tempo em que a novidade era o CPC de 1973:

“A fixação de uma tese jurídica reflete entendimento necessariamente condicionado por diversas circunstâncias. Mutável que é a realidade social, compreende-se que mude também, com o correr do tempo, o entendimento das normas de direito, ainda quando permaneça invariável o respectivo teor literal (...).

Outro é, pois, o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma *pluralidade* de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de

enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – *sem* variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução *homogênea* da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o ceticismo quanto à efetividade da garantia constitucional.

Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformização da jurisprudência. Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma camisa de força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, 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 a este ou àquele órgão.⁵⁵

Caso recorrêssemos a algum pragmatismo jurídico, poderíamos sublinhar, inclusive, que a autonomia funcional do juiz deveria remeter à força de sua decisão, mais que à vaidade de expor razões que seriam somente suas; e deveria remeter igualmente à independência do ato de decidir sem apego a influências externas (*vide* “liberdade” em Kant), mais do que à prerrogativa de decidir com base apenas em certa visão de mundo. O motivo é simples: o juízo de primeiro grau resulta debilitado, porque assume papel residual, se em 69,2% dos processos a seu cargo a solução da controvérsia é transferida para o segundo grau de jurisdição, que igualmente se debilita quando tem 72,8% de suas decisões submetidas ao crivo do TST.

Por outro lado, a propósito do modo como o magistrado vê a realidade, e pretensiosamente almeja que todos a vejam, haverá sempre uma matriz normativa – formada pelas normas constitucionais e tantas leis – a limitar a atividade jurisdicional. A eventual rebeldia contra a jurisprudência consolidada, ao tempo em que se reverencia a ordem legal, não parece condizente com o esforço de valorizar o papel social do juiz – os interesses egoístas ou espasmos nefelibatas de algum juiz são irrelevantes na procura do melhor sistema processual – e com

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. V. p. 13.

a necessária percepção de que é esse um esforço coletivo, como bem dilucida Uriarte, com endosso em Couture:

“O momento supremo do direito não é o momento do grande tratado doutrinário’. Isso é muito importante. Sem isso, não podemos aplicar o direito. É importante, mas não é o momento supremo do direito. Acrescentava ele (Eduardo Couture): ‘O momento supremo do direito tampouco é o momento do grande código, a grande codificação, essa grande catedral do direito, que é o Código Civil, o Código Penal, a Consolidação das Leis do Trabalho’. Isso é muito importante, mas não é o essencial. Tampouco o momento supremo do direito é o momento da grande constituição. Claro que é fundamental. Estamos advogando pela sua aplicação correta pelos juízes. É fundamental, é importante, mas não é o momento supremo do direito. ‘O momento supremo do direito’ – diz Couture – ‘é aquele em que ele, essas obras monumentais, faraônicas, essas catedrais aterrissam na realidade’. E esse momento está nas mãos do juiz. ‘O momento supremo do direito é aquele em que um desconhecido juiz de província de uma perdida cidade do interior, sozinho, diante da sua consciência, assina uma sentença reconhecendo ou não um direito a um cidadão, fundado’ – disse Couture – ‘no Preâmbulo da Constituição, aplicando um princípio constitucional’. Está nas mãos dos juízes fazer com que os grandes discursos, as grandes fantasias jurídicas, sejam ou não realidade. Evidentemente, os juízes não estão sozinhos, não podem estar sozinhos. Para isso, é necessário que a doutrina desenvolva realmente um pensamento fundado nos direitos e lhes forneça um corpo conceitual que permita a aventura de aplicar corretamente a Constituição, a norma internacional, etc. É também necessário o apoio dos advogados. Os juízes não vão sentenciar nesse sentido, se não houver um advogado que opine na demanda e que a fundamente apropriadamente.”⁶

Do *common law* o novo sistema recursal não colhe a prevalência de normas consuetudinárias, pois isso, sim, significaria grande retrocesso. O *civil law* que historicamente adotamos oferece-nos gama expressiva de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, direitos da personalidade e tutela processual que concorre para o aprimoramento das relações sociais e a elevação de nosso patamar civilizatório. O que se colhe do sistema *common*

6 URIARTE, Ermida. Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. Conferência proferida em 2004 no “Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais”, evento promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, e reproduzida na *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 2, abr./jun. 2011. Disponível também em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25360/011_uriarte.pdf?sequence=4>. Acesso em: 2 jan. 2016.

DOCTRINA

law é somente a técnica de atribuir força vinculativa aos precedentes, assim entendidos como a combinação de *ratio decidendi* e tese jurídica.

Conforme sustentamos em escrito anterior⁷, as súmulas da jurisprudência de um tribunal normalmente não inovam a ordem jurídica no sistema *civil law*, pois servem tão somente para revelar a orientação jurisprudencial que já existia e consolidá-la definitivamente. No sistema *common law*, malgrado alguma dissensão teórica⁸, a norma jurídica nasce com o precedente e este não veicula um modelo exegético, com teor abstrato, como fazem as nossas súmulas de jurisprudência.

Os precedentes, no sistema *common law* (e agora também em nosso sistema jurídico-processual), decidem casos concretos e servem à solução de outros conflitos cujo contorno factual seja semelhante. Por isso a composição necessariamente binária do precedente: a *tese jurídica* por ele veiculada se vincula à sua *ratio decidendi*. Em boa parte, seguem esses outros povos o princípio *stare decisis*⁹, que é como se resolve, para eles, o adágio latino *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido¹⁰).

7 CARVALHO, Augusto César Leite de. Modulação da Súmula 277 do TST na perspectiva do novo sistema recursal. In: DELGADO, Gabriela Neves *et alli* (Coord.). *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2013. p. 263.

8 Dworkin observa que “os juristas levam décadas discutindo esse assunto (se os precedentes criam a norma ou declaram a norma preexistente), não porque ignorem quais são as decisões que tomam os juizes ou as razões que dão, senão porque não se sentem esclarecidos acerca do que significa realmente o conceito de seguir as normas. Nos casos fáceis (por exemplo, quando se acusa um homem de violar uma disposição que proíbe exceder um limite de velocidade), parece correto dizer que o juiz se limita a aplicar uma regra anterior a um caso concreto. Porém, podemos dizer o mesmo quando a Suprema Corte desatende os precedentes e ordena a desagregação nas escolas dos Estados Unidos ou declara ilegais procedimentos usados pela polícia e tolerados pelos tribunais há décadas? Em casos tão chamativos, a Corte dá razões, não cita leis, apenas apela a princípios políticos e de justiça” (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução para o espanhol de Marta Guastavino. Tradução livre para o português. Barcelona: Ariel, 2002. p. 47).

9 Em texto que serviu à sua dissertação de Mestrado, Augusto César de Carvalho Leal, citando Alfred Simpson, Thomas de Rosa de Bustamante, Arthur Hogue e outros, observa que até o século XIX o sistema *common law* não adotava a doutrina do *stare decisis*, pois não se havia consolidado o uso de os juizes, ao decidirem, recorrerem a sentenças anteriores, inclusive em razão de as decisões serem manuscritas e sequer poderem ser distribuídas amplamente até o advento da imprensa no fim do século XV (LEAL, Augusto César Carvalho de. *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica*: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf>.

10 Tradução preconizada por: LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito*: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>.

DOCTRINA

Porquanto se reportem a casos (*law cases*), não a regras abstratas, os tribunais afetados pelo *common law* desenvolveram as técnicas da distinção (*distinguishing*), da superação (*overruling*) e da substituição (*overriding*), com vistas a descolar-se do precedente ou caso-líder sempre que haja, respectivamente, elementos diferenciados no caso sob julgamento (ou diferenças sensíveis na *ratio decidendi*), necessidade de suplantar inteiramente ou de substituir parcialmente a tese antes sufragada, porque novos seriam os fundamentos de fato ou jurídicos.

Essas técnicas de distinção, superação e substituição estão afinadas com o princípio norteador do sistema de precedentes, qual seja o propósito de estabelecer tratamento isonômico para além do processo, igualando, assim, a solução judicial que todos, em situação substancialmente idêntica, possam pretender. À igualdade, assim compreendida como igualdade externa ao processo, soma-se o postulado da segurança jurídica – mas também o conceito “segurança jurídica” ganha, então, novo e auspicioso alcance que se descola da associação tão comum com a prescrição de pretensões trabalhistas (ou seja, com a consolidação de violações ao direito do trabalho) para augurar a sensação, por toda a sociedade, de que a jurisdição é una e coerente, não se confundindo o processo com uma aposta lotérica.

3 – O SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CPC E NOS NOVOS PRECEITOS DA CLT

O novo CPC inclui os precedentes judiciais e também os verbetes da súmula de jurisprudência entre as fontes formais de direito, como se pode extrair da leitura do art. 489, § 1º, V e VI, bem assim do seu art. 927, com incisos e parágrafos que não somente impõem a observância da jurisprudência consolidada, mas também balizam a eventual necessidade de se proceder à mutação jurisprudencial (*overruling*).

Para que os processos atendam à prioridade de servir à definição de precedentes, o CPC de 2015/2016 consolida o incidente de recursos especiais ou extraordinários repetitivos e inova a assunção de competência (art. 947) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987). Parece haver absoluta compatibilidade entre esse “microsistema de litigiosidade repetitiva”¹¹ e o processo do trabalho, tanto que o art. 896, § 13, da CLT¹² corresponde à

11 Expressão preferida por Dierle Nunes (NUNES, Dierle. *O IRDR do Novo CPC*: este “estranho” que merece ser compreendido. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 20 fev. 2016).

12 Art. 896, § 13, da CLT: “Dada a relevância da matéria, por iniciativa de um dos membros da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, aprovada pela maioria dos integrantes da Seção, o julgamento a que se refere o § 3º poderá ser afeto ao Tribunal Pleno”.

assunção de competência pelo Pleno do TST e há forte expectativa de que as Cortes trabalhistas, especialmente os tribunais regionais, adotem o incidente de resolução de demandas repetitivas sempre que houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976 do CPC). O art. 8º da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST recomenda a sua adoção¹³.

A necessidade de estabelecer precedentes é, além do mais, a mesma que tem motivado a atribuição de efeitos *erga omnes* ou pelo menos *in utilibus* em processos coletivos instaurados com base na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) ou no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), ambas as leis de inquestionável aplicação subsidiária para a solução de conflitos de massa ambientados no mundo do trabalho. A preocupação, no caso, é a de estender a outros, que protagonizem interesses de igual natureza, uma solução judicial única e atenta ao caráter coletivo da demanda, como anota Manoel Jorge e Silva Neto:

“Fenômeno interessante ocorreu no momento da consolidação do Estado de Direito Social – substitutivo do modelo liberal-individualista das sociedades políticas predominantes até o início do século XX: a coletivização dos direitos, o prestígio conferido aos direitos sociais como forma de obstar o ímpeto dos movimentos sociais, não foi acompanhada da respectiva coletivização do processo.

Convivia-se dentro de um contexto absolutamente antagônico entre o direito material, corporificado em prestações positivas do Estado, direitos de segundo grau, e o processo, ainda preso ao velho paradigma de solução de conflitos individuais.

Se houve sensível modificação do direito material, tornando-o consentâneo às reivindicações populares, era injuntiva a atualização do processo, sob pena de não se consumir a tutela integral do direito substantivo, pois ali onde não residir uma pronta e expedita resposta do Poder Judiciário diante da ameaça ou efetiva lesão a interesses transin-

13 Art. 8 da IN n 39/2016: “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). § 1 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. § 2 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. § 3 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”.

DOCTRINA

dividuais, não se pode aventar de presenta uma efetiva proteção estatal ao direito garantido na norma.”¹⁴

A diferença está na contingência de as ações coletivas serem propostas com o objetivo preconcebido de solucionar uma demanda massiva, enquanto os incidentes de que ora tratamos permitem a adoção de mecanismos aptos ao redirecionamento de processos (individuais ou coletivos) inicialmente desvestidos desse propósito. Sem embargo, porém, de somente as ações coletivas estarem originariamente vocacionadas à resolução de conflitos metaindividuais, é certo que a existência de conflitos de massa, ou repetitivos, é a razão de existirem uma e outra técnica processuais.

A propósito da consequência de as instâncias extraordinárias fixarem tese jurídica, o art. 1.039 do CPC autoriza os tribunais a darem por prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia, caso a tese já esteja posta na decisão recorrida. A emissão de tese, em qualquer incidente de causas repetitivas, tranca os recursos que contra ela se interponham. E é possível afirmar que o mesmo sucede, a partir de quando se tornou eficaz a Lei nº 13.015/2014, em processos trabalhistas.

Basta perceber que os citados dispositivos do CPC estão estreitamente afinados com aqueles da CLT que já se encontram em vigor desde a edição da Lei nº 13.015/2014, especialmente quando estatuem que os recursos de revista “terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho” (art. 896-C, § 11, I, da CLT) e esclarecem que a alteração da tese jurídica deve dar-se “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” (art. 896-C, § 17, da CLT). A modulação temporal da eficácia da nova tese jurídica corresponde ao que a doutrina usa denominar *prospective overruling*.

Portanto, e ressalvando sempre a existência de elemento de distinção (*distinguishing*) que excepcione o procedimento, os recursos especial e de revista sequer serão examinados, em seu mérito, quando insurgirem contra a jurisprudência assentada pelo STJ e pelo TST, respectivamente.

E, ao modificar os preceitos legais atinentes à admissibilidade dos recursos de revista, a Lei nº 13.015/2014 conferiu efeito semelhante às teses jurídicas

14 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001. p. 58.

fixadas pelos tribunais regionais. É que a Lei nº 13.015/2014 não apenas aparelhou a obrigação de os tribunais regionais uniformizarem sua jurisprudência mediante a possibilidade de tal uniformização ser imposta ao exame da admissibilidade dos recursos de revista – pelo presidente (ou vice-presidente) do TRT a quem couber o primeiro juízo de admissibilidade ou ao relator do recurso de revista no TST (art. 896, §§ 4º e 5º, da CLT) –, mas igualmente acresceu ao art. 896 da CLT o § 6º para estabelecer que, após o TRT uniformizar sua jurisprudência, “unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência”.

Para consolidar o sistema de precedentes, o CPC incrementa dois institutos de direito processual que exigem cautela extrema em sua adoção, pois, do contrário, desbordarão para prática que se revestiria de viés autoritário. Referimo-nos à *reconsideração* pelo órgão judicial de decisão anterior que tenha destoado da tese jurídica uniformizada e à *reclamação* contra o órgão judicial recalitrante.

A reconsideração pelo juízo de origem, quando definida tese destoante em julgamento de recurso especial repetitivo, está disciplinada no art. 1.041, I, do novo CPC, em perfeita consonância com o art. 896-C, § 11, II, da CLT, que, a propósito de recursos de revista sobrestados enquanto se julga incidente de recursos de revista repetitivos, prescreve: “serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria”¹⁵.

A reclamação está prevista no art. 988 do CPC e cabe, por provocação da parte ou do Ministério Público, para preservar a competência do tribunal, garantir a autoridade das decisões do tribunal, garantir a observância de enunciado de súmula vinculante ou de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade e, na fração de maior interesse, para “garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência”. Antes de se concluir a sua *vacatio legis*, o novo CPC sofreu modificação para, após ratificar-se essa chancela legal para a reclamação e confirmar-se que a reclamação será inadmissível quando a decisão reclamada já houver transitado em julgado, acrescer-se, enfim, que também não será admitida a reclamação “proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reco-

15 É o que se extrai, igualmente, do art. 21, II, do Ato n 491/SEGJUD.GP, de 23 de setembro de 2014, Ato da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho.

nhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias” (art. 988, § 5º, II, do CPC).

A preocupação do legislador, ao encetar essa pequena, mas significativa, modificação nas regras de cabimento da reclamação, foi certamente a de não congestionar a pauta das instâncias superiores com reclamações movidas em face de decisões de primeira instância, reservando aos tribunais regionais a competência natural de rever, antes e em recursos ordinários, as sentenças que destoem da jurisprudência uniformizada.

4 – A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ORDINÁRIO – CHANCE PERDIDA

Enquanto não sobreveio a Lei nº 13.105, de 2015, que regula o novo CPC, vigorou entre nós o art. 518, § 1º, do CPC de 1973 (modificado, para acréscimo desse dispositivo, pela Lei nº 11.276/06), que autorizava o juiz de primeiro grau cuja decisão estava em consonância com súmulas do STF e do STJ a trancar a apelação. *Ipsis litteris*: “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. As súmulas seriam, portanto, impeditivas de recurso.

A adoção supletiva dessa regra pela Justiça do Trabalho impediria que acudissem ao TST recursos de revista quando desde o primeiro grau de jurisdição já se houvesse observado orientação jurisprudencial, súmula do TST ou do STF. A denegação do recurso ordinário poderia ser objeto de agravo de instrumento, mas contra a decisão do TRT não caberia a interposição de recurso de revista, conforme enuncia a Súmula nº 214 do Tribunal Superior do Trabalho.

O mencionado artigo do CPC de 1973 não foi, porém, repristinado pelo CPC de 2015/2016 em razão de este haver eliminado o primeiro juízo de admissibilidade da apelação, que haverá de ascender ao tribunal local sem que o juiz de primeiro grau analise se ela é ou não admissível (art. 1.010, § 3º, do novo CPC). Aparentemente, o fim do primeiro juízo de admissibilidade das apelações estaria, por via oblíqua, a impedir a aplicação supletiva de igual regra no processo do trabalho – dado que inexistente essa regra na nova sistemática processual.

Temos, contudo, alguma resistência a esse entendimento, que parece ser resignadamente aceito pelos primeiros e qualificados intérpretes da nova ordem processual. É que o sistema processual civil, faz algum tempo, dispõe coeren-

DOCTRINA

temente acerca de serem insusceptíveis de reforma as decisões que envolvem matéria estritamente jurídica se essa matéria já estiver definitivamente decidida por jurisprudência que se houver uniformizado em instância extraordinária. Ao juiz de primeiro grau cabia trancar a apelação (art. 518, § 1º, do CPC de 1973), porque ao tribunal, em segunda instância, não competia decidir em contraste com a orientação jurisprudencial antes estabilizada.

O respeito aos precedentes (*ratio decidendi* + tese jurídica) e às súmulas ou teses fixadas em julgamentos de casos repetitivos potencializou-se, bem se sabe, com o CPC de 2015/2016 e, no âmbito trabalhista, com a Lei nº 13.015/2014. O novo CPC autoriza o juiz de primeiro grau a indeferir liminarmente a petição inicial quando o pedido contrariar enunciado de súmula do STF ou do STJ, julgamento de casos repetitivos ou súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332). A interpretação lógica e sistêmica do ordenamento jurídico permite concluir que aos juízes de todos os graus de jurisdição cabe impedir que se inicie ou se desenvolva o processo voltado à vulneração da jurisprudência já consolidada.

O indeferimento da petição inicial estaria facultado também ao juiz do trabalho, dado que incidiriam, combinadamente, os arts. 15 e 332 do CPC de 2015/2016, consoante recomendam os arts. 1º e 15, I, da IN nº 39/2016. Se ao juiz do trabalho, em primeira instância, cabe proceder ao primeiro juízo de admissibilidade do recurso ordinário, pois *legem habemus* (art. 897, b, da CLT), e aos tribunais de segundo grau não compete examinar a matéria de fundo quando a sentença recorrida houver adotado a jurisprudência sumulada ou assente em julgamento de casos repetitivos (art. 932, IV, do novo CPC e art. 6º, § 1º, III, da IN nº 39/2016), o juiz do trabalho poderia, *a fortiori*, negar seguimento a recurso ordinário que investisse (somente) contra decisão sobre matéria jurídica se essa decisão estivesse consonante com precedentes em casos repetitivos, súmulas e orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores.

Mas o TST, ao editar a Instrução Normativa nº 39/2016, preferiu conter-se e não autorizar esse entendimento *de lege ferenda*, o que conota a intenção, inclusive, de não interferir demasiadamente em matéria que comporta alguma controvérsia e terá seus desdobramentos naturais aos cuidados dos juízes de primeira e segunda instâncias. De toda sorte, a Lei nº 13.256/2016 trouxe modificação que impedirá o acesso ao TST desses processos que contenham decisões respaldadas em julgamento de casos repetitivos, pois o art. 1.030, § 2º, do CPC prevê, para a impugnação de tais decisões, apenas o agravo interno.

5 – A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA QUANTO AOS PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

As funções do Tribunal Superior do Trabalho atendem ao princípio federativo e, nessa medida, restringem-se, no tocante ao recurso de revista – o mais importante dos recursos que aprecia –, à função de garantir a aplicação das normas constitucionais e legais de incidência em todo o território nacional e à de definir a interpretação adequada de leis nacionais e de normas estaduais, convencionais ou regulamentares de abrangência suprarregional. Assim está detalhadamente regulado no art. 896 da CLT, cabendo aqui a palavra consciente de Ricardo José Macêdo de Britto Pereira:

“É necessário compreender a função de zelar pelo direito e por sua uniformidade de interpretação, a partir de referências textuais que se abrem para outras disposições e fatores externos e são apreendidas diferentemente, segundo experiências particularizadas e valores compartilhados pela coletividade em cada tempo e lugar. Essas leituras feitas desde variados pontos de vista dão lugar a uma pluralidade de significados. A jurisprudência dos tribunais superiores atende em parte o ideário da unidade, previsibilidade e segurança jurídica, estando ao mesmo tempo sujeita às modificações de entendimento, para impedir a exclusão de indivíduos e grupos dos direitos assegurados no ordenamento jurídico, numa sociedade altamente dinâmica e aberta.”¹⁶

Durante algum tempo, coube ao TST resolver a divergência entre turmas de um mesmo tribunal regional, uma vez que até antes de vigor a Lei nº 9.756/98 o art. 896, *a*, da CLT previa o cabimento do recurso de revista quando acórdão regional desse ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houvesse dado “o mesmo ou outro Tribunal Regional”. A mencionada Lei modificou o texto legal para facultar o recurso de revista em razão da divergência com interpretação dada por “outro Tribunal Regional do Trabalho”, mas nada esclareceu sobre o órgão judicial ao qual caberia dirimir as divergências internas, entre turmas dos tribunais regionais.

A consequência é conhecida: os recursos de revista não eram admitidos quando visavam à solução de dissensos internos dos tribunais regionais, mas o eram quando a divergência se apresentava entre turmas de tribunais diferentes. Obviamente, o desentendimento entre turmas de regionais distintos não significa, necessariamente, a discordância entre as correspondentes Cortes re-

16 PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST: recurso de revista e embargos de divergência*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 49.

gionais. E como foi insuficiente prescrever que os tribunais regionais deveriam uniformizar sua jurisprudência para evitar que o entendimento minoritário, em cada qual, ensejasse a apreciação de recursos de revista (art. 896, § 3º, da CLT), sobreveio a Lei nº 13.015/2014 e, com ela, a regra de que os presidentes (ou vice-presidentes) de tribunais regionais, responsáveis pelo primeiro exame de admissibilidade das revistas, e bem assim os ministros-relatores no âmbito do TST, devem determinar a uniformização da jurisprudência regional sempre que constatem a “existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista” (art. 896, §§ 4º e 5º, da CLT).

A partir de quando uniformizada a jurisprudência regional, “unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência” (art. 896, § 6º, da CLT). São muitos os incidentes de uniformização de jurisprudência regional instaurados pelos ministros do TST e assim se procura atribuir ao Tribunal Superior do Trabalho a incumbência de dissipar a divergência jurisprudencial entre tribunais regionais, não mais entre órgãos fracionários do mesmo tribunal ou de tribunais distintos.

5.1 – Vetores impeditivos da admissibilidade do recurso de revista

Antes de sobrevir a Lei nº 13.015/2014, o art. 896, *a*, da CLT já previa que o recurso de revista interposto em razão de divergência jurisprudencial não seria admitido se a decisão recorrida estivesse em consonância com súmula do TST e, nessa senda, a Súmula nº 333 do TST emprestava amplitude a essa restrição legal ao preconizar: “não ensejam recurso de revista decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”. Vale dizer: ainda que estivesse revelado o dissenso entre os tribunais regionais, ou entre eles e a SBDI-1, a afinidade entre o acórdão regional e a jurisprudência uniformizada pelo TST era um vetor contrário à admissibilidade, impedindo-a enfim.

O texto normativo inaugurado com a Lei nº 13.015/2014 veio em endosso dessa restrição ao incluir, entre os parágrafos do art. 896 da CLT, o § 7º: “A divergência apta a ensejar o recurso de revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”.

DOCTRINA

Vê-se que pelo menos três outros vetores impeditivos da admissibilidade do recurso de revista surgiram com a Lei nº 13.015/2014:

a) o primeiro, a impedir que acesse o TST recurso interposto contra decisão que discrepa de outras decisões do mesmo tribunal regional, caso em que se determina o retorno à Corte desavinda, a fim de uniformizar ela a sua jurisprudência (art. 896, § 4º, da CLT: “Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência”);

b) o segundo, a impedir que decisão de qualquer dos tribunais regionais possa servir para demonstrar dissenso jurisprudencial após uniformizar-se a jurisprudência em âmbito local (art. 896, § 6º, da CLT: “Após o julgamento do incidente a que se refere o § 3º, unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência”); e

c) o terceiro, a obstar que suba à apreciação do TST recurso interposto em relação à matéria a ser apreciada em julgamento de recurso repetitivo, sempre que o ministro responsável pela decisão de afetação ordenar a suspensão dos processos sobre o mesmo tema (art. 896-C, § 5º, da CLT e art. 5º da IN nº 38/2015), cabendo à presidência (ou vice-presidência) do TRT, a quem caiba o primeiro juízo de admissibilidade, aguardar o julgamento do incidente de recurso repetitivo e, após, negar seguimento ao recurso de revista quando o acórdão recorrido coincide com a tese adotada pelo TST (art. 896-C, § 11, I) ou encaminhá-lo à reconsideração pela turma regional na hipótese de ela não haver adotado a tese paradigma (art. 896-C, § 11, II).

Em rigor, o advento do novo Código de Processo Civil acresceu, a nosso ver, mais um vetor impeditivo do recurso de revista. É que o incidente de resolução de demandas repetitivas pode gerar tese que haverá de ser aplicada em toda a instância regional (art. 985) ou, havendo recurso para o TST, em todo o território nacional (art. 987, § 2º). Logo, a alegação de divergência jurisprudencial entre tribunais regionais será inidônea se fundada em tese jurídica que contrarie aquela adotada em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). O cabimento do

IRDR no processo do trabalho tem hoje, como visto, o beneplácito do art. 8º da IN nº 39/2016.

5.2 – Novas exigências formais para viabilizar a análise dos pressupostos intrínsecos

Os pressupostos intrínsecos, normalmente associados ao *modo de recorrer*¹⁷ ou, para outros, a *fatores internos da decisão*¹⁸, devem ser sustentados analiticamente, pois assim exige o art. 896, § 1º-A, da CLT (com rigor maior que o previsto pelo art. 1.029 do CPC para outros recursos de natureza extraordinária). Segundo o mencionado dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho, caberá à parte que interpuser o recurso de revista: I – indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista; II – indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a decisão regional; e III – expor as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentos jurídicos da decisão recorrida, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial cuja contrariedade aponte.

Tais elementos formais se somam a outros que desde sempre foram exigidos para a análise dos pressupostos intrínsecos, a exemplo da apresentação de aresto divergente, sendo esse o caso, em conformidade com a Súmula nº 337 do TST. As turmas do TST têm sido austeras quanto à observância dessas novas exigências formais a serem cumpridas pela parte a fim de obter o exame, em juízo de admissibilidade, dos pressupostos intrínsecos acima referidos.

17 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p. 1.051. Os autores enumeram, como pressupostos ou requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal: o cabimento, o interesse recursal, a legitimidade para recorrer e a inexistência de fato extintivo do direito de recorrer. Como requisitos extrínsecos, relacionados ao *poder de recorrer*, os autores citam a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer e o preparo.

18 NERY Jr., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. p. 240-241. Embora o autor afirme adotar o critério de Barbosa Moreira, que dá aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos os significados referidos na nota anterior (Marinoni *et alii*), prefere ele definir os pressupostos intrínsecos como “aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesmo considerada” e os pressupostos extrínsecos como os que “respeitam aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar”. Alexandre Simões Lindoso, em capítulo reservado a essa distinção, traz comparativo interessante sobre o modo como vários renomados processualistas se referem aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos (LINDOSO, Alexandre Simões. *Técnica dos recursos trabalhistas extraordinários*. São Paulo: LTr, 2010. p. 132).

A saber, a indicação do trecho da decisão que consubstancia o prequestionamento normalmente se dá mediante a transcrição do segmento do acórdão regional que contém os fundamentos adotados pelo TRT, não se aceitando que a parte transcreva todo o capítulo da decisão recorrida se apenas parte dela serve à indicação precisa do objeto do recurso¹⁹. Não basta, por outro lado, dizer contrariada a lei, outra espécie normativa ou verbete da jurisprudência, pois se impõe à parte explicitar os motivos pelos quais a norma, a súmula ou a orientação jurisprudencial foi vulnerada. E a pretensão recursal deve estar não apenas fundamentada, mas assim se apresentar em relação a todos os fundamentos da decisão recorrida, indicando-se de que forma cada dispositivo ou enunciado sofreu violação ou contrariedade.

Essas exigências formais atendem, a nosso ver, a dois claros propósitos: o da *dialeitização* e o da *dinamização* da atividade jurisdicional. Para que a instância recursal esteja segura de que provê jurisdição nos limites do interesse deduzido em juízo, a parte recorrente deve estabelecer um diálogo claro com o órgão de jurisdição, especificando suas razões e seus objetivos, pois somente assim poderá ter a expectativa de uma decisão exaustivamente fundamentada (art. 489, § 1º, do CPC) – a exigência de argumentação exaustiva é a contraparte da exigibilidade de decisão fundamentada, tal por qual.

A seu turno, a admissibilidade mais restrita dos recursos extraordinários, inclusive do recurso de revista (consulta-se, agora e além do mais, a existência de conflito interno na Corte regional, a preexistência de julgamento de caso repetitivo e a suprarregionalidade do conflito), está a recomendar que a parte recorrente e seu contraposto entreguem pronta a matéria recursal, com todos os seus claros delineamentos, de modo a evitar que o juízo *ad quem* consuma tempo excessivo, ou tempo não razoável, a investigar se estão presentes os pressupostos intrínsecos (que reclamam a unificação da jurisprudência) ou seus vetores impeditivos (que inibem, porque já antes satisfeita, a pretensão de unidade jurisdicional).

6 – A PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO COMO VETOR POSITIVO PARA A ADMISSIBILIDADE – SANEAMENTO DE VÍCIOS FORMAIS

O rigor exigido na demonstração dos pressupostos intrínsecos não deve, portanto, ser compreendido como um método de *jurisprudência defensiva* que

19 Nesse sentido: RR 172000-12.2003.5.03.0060, Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 11.05.2016, 6ª T., Data de Publicação: DEJT 13.05.2016; RR 216-96.2014.5.03.0054, Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 11.05.2016, 6ª T., Data de Publicação: DEJT 13.05.2016.

se prestaria apenas a dificultar o acesso dos recursos de revista ao TST. Atende, como se tentou alinhar, aos propósitos da dialetização e da dinamização da atividade jurisdicional. Tanto é assim que as alterações sofridas pela CLT e pelo processo civil exaltam, em contraponto, o *princípio da primazia da decisão de mérito*, cujo conteúdo jurídico é sintetizado por Fredie Didier Junior:

“O CPC consagra o princípio da primazia da decisão de mérito. De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. A demanda deve ser julgada – seja ela a demanda principal (veiculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental.”²⁰

No CPC de 2015, o professor Didier Junior ilustra o postulado da preeminência das decisões de mérito fazendo remissão, dentre tantos, ao art. 4º (“as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”), ao art. 6º (“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”), ao art. 76 (prevê o direito geral de o juiz determinar seja sanada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte) e ao art. 139, IX (o juiz tem o dever de determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais).

No processo do trabalho, é igualmente ilustrativo desse princípio o art. 896, § 11, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.015/2014: “Quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Tribunal Superior do Trabalho poderá desconsiderar o vício ou mandar saná-lo, julgando o mérito”. Em igual sentido, mas voltado à Justiça Comum, o art. 1.029, § 3º, do CPC: “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

Ao editar a Instrução Normativa nº 39/2016, o TST não precisou endossar, porque desnecessária, a aplicação do art. 1.029, § 3º, do CPC, mas esteve atento à aplicação, até por similitude, do art. 932, parágrafo único, do novo CPC – “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível” – e o disse compatível com o processo do trabalho²¹.

20 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 137.

21 *Vide* art. 10 da Instrução Normativa n 39/2016.

DOCTRINA

A Instrução Normativa nº 39/2016 indica, ainda e no que interessa a este tópico, a compatibilidade com o processo do trabalho, por igual, dos §§ 1º e 2º do art. 938 e dos §§ 2º e 7º do art. 1.007, a saber:

“Art. 938. (...)

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

§ 2º Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

(...)

Art. 1.007. (...)

§ 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

(...)

§ 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.”

Como nota Cláudio Brandão, o art. 896, § 11, da CLT, há pouco transcrito, tem a “virtude de representar menos uma regra, e mais a ampliação e concretização do princípio da instrumentalidade das formas, especificamente em matéria recursal”²². O eminente professor e ministro do TST submete o preceito legal à análise e então observa que ele estabelece: a) uma *cláusula de barreira* que é a tempestividade do recurso cujo vício se pretende sanar; b) a existência de “defeito formal”, o que remete “à maneira pela qual o ato jurídico é praticado, seja no que diz respeito ao elemento externo à vontade manifestada (...), seja em relação aos requisitos indicados na lei como imprescindíveis para ser considerado existente ou válido”; e c) vício que não se repute grave, o que estaria relacionado, em princípio, a nulidades relativas (quando a norma atingida é de natureza cogente de tutela de interesse privado) ou a casos de anulabilidade (se a norma atingida é meramente dispositiva).

22 BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista*. São Paulo: LTr, 2015. p. 81-88.

A pergunta que se faz é acerca de quais os vícios formais releváveis, ou seja, quais os que podem ser sanados. Parece-nos, em uma primeira reflexão, que é preciso distinguir, com apoio nas lições de Carnelutti, dois significados para *forma*, pois tanto é formal o ato que soleniza cada um dos fatos processuais²³ (ex.: atas ou termos) quanto é formal o modo como se realiza a progressão entre um e outro fato do processo²⁴ (ex.: indicação de qual a pretensão recursal e seu fundamento).

O defeito no ato formal (ex.: guia de custas ilegível ou incompleta²⁵, procuração inidônea, fotocópia sem nitidez de ato de investidura em cargo diretivo de entidade sindical que outorga procuração, etc.) haverá, ao que inuímos, de ser relevado, permitindo-se que a parte o saneie e assim se proceda à decisão de mérito.

O mesmo não deve suceder em relação à *forma-progressão*, ou seja, ao modo de a parte conduzir-se com vistas a atender aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do recurso por ela interposto. As petições se prestam à *forma-progressão* enquanto os documentos (atas, termos, guias de depósito, etc.) se revelam *atos formais*. É como dizer:

a) a pessoa que recorre deve ter legitimidade para fazê-lo, por ser parte sucumbente, terceiro interveniente ou *amicus curiae* (este nos casos do art. 138, § 1º, do CPC), sendo tal um pressuposto extrínseco a ser atendido desde a primeira hora, não sanável; mas o documento, ou ato formal, que revela o

23 Como ilustra Carnelutti, “para apreender a forma do real, ou o real na sua forma, basta abrir os olhos. Abri-los, digo, embora logo a seguir se fechem de novo. Insisto na comparação com a fotografia: a forma é o resultado de um instantâneo (como se costuma dizer), isto é de um abrir e fechar de forma objetiva. A forma é, portanto, um aspecto da realidade, aquela parte da realidade que se revela, ou seja, que se ilumina em cada percepção. O primeiro aspecto que de si a realidade mostra é a sua forma” (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 17)

24 Nesse caso, “a essência do fato formal é, portanto, a transformação. Este conceito deve construir-se muito cautelosamente, devendo ter-se, sobretudo, presente que a transformação supõe não só a sucessão, como também a progressão. Podemos defini-la como uma sucessão contínua de situações espacial e formalmente diferenciadas, ou como uma progressão de situações qualitativamente diversas. O essencial do conceito está também aqui na continuidade, a qual, referida à diversidade formal entre o princípio e o evento, se resolve na existência, entre as duas situações extremas, de uma multiplicidade de situações intermediárias, ligando a forma do primeiro à do segundo (...)” (CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 66).

25 A jurisprudência que emana das turmas do TST já se tem posicionado no sentido de relevar defeitos de impressão (RR 1201-11.2013.5.03.0051), autenticação mecânica ou bancária parcialmente ilegível (RR 626-51.2011.5.01.0205, RR 1728-39.2012.5.01.0055, RR 974-67.2014.5.23.0006 e RR 191-11.2012.5.06.0009), preenchimento incorreto das guias de custas e depósito recursal (RR 2027-88.2013.5.03.0034), ausência de identificação do processo (RR 917-86.2011.5.02.0055), irregularidade no preenchimento da guia do depósito recursal (RR 296-76.2012.5.04.0030, RR 755-68.2014.5.06.0122, RR 1757-92.2014.5.11.0006 e RR 11515-13.2014.5.03.0073).

interesse do terceiro, se defeituoso, pode ser corrigido para que então se avance para o exame do mérito;

b) o advogado que subscreve a petição do recurso deve ser mandatário da parte e esse é um pressuposto extrínseco não relevável; mas os atos ou instrumentos de mandato ou substabelecimento podem ser regularizados, se inicialmente defeituosos;

c) a tempestividade do recurso é, como antecipa o art. 896, § 11, da CLT, pressuposto extrínseco que não pode ser relevado, mas o documento que revela feriado local, apto a fazer tempestivo o apelo, pode ser conduzido aos autos em um momento seguinte, conforme já recomenda a Súmula nº 385, III, do TST;

d) o depósito recursal compõe o preparo do recurso e não pode ser postergada a sua realização integral ou a sua comprovação (art. 10, parágrafo único, da IN nº 39/2016), mas os eventuais defeitos na guia comprobatória do depósito recursal, a exemplo de sua parcial ilegibilidade, podem ser relevados ou sanados, em prazo para tanto assinado²⁶; e

e) as exigências formais previstas no art. 896, § 1º-A (indicação do trecho do acórdão regional que consubstancia a controvérsia, alegação fundamentada de violação de lei ou contrariedade a verbete de súmula e cotejo analítico), ou, ainda, a existência de dissenso com a jurisprudência atual, permitem, alternativamente, a progressão do recurso de revista e afetam a pressupostos intrínsecos que devem ser atendidos no momento da sua interposição, mas o documento que comprova a divergência jurisprudencial (ex.: cópia de acórdão juntado na íntegra para atestar a dissonância entre os seus fundamentos e a decisão recorrida) pode ter defeitos físicos ou materiais (ex.: cópia sem autenticação, ou com fonte de publicação imprecisa) que comportam saneamento.

Ao que se apresenta no contexto do novo CPC e em achegas da IN nº 39/2016, ao menos uma exceção a esse modelo hermenêutico – segundo o qual o vício material em atos formais pode ser sanado, não o podendo ser as exigências de rito (que são também formais, mas não são atos formais instantâneos e meramente documentais, conotando *progressão* ou *transformação*) –, deve ser mencionada: ao referir-se ao art. 1.007 do novo CPC, a IN nº 39/2016 do TST afirma serem aplicáveis apenas os seus §§ 2º e 7º, acima transcritos, com um importante remate:

26 Vide nota de rodapé anterior.

DOCTRINA

“Art. 10. (...)”

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.”

Em suma, a insuficiência percebida no recolhimento das custas importa o não atendimento de pressuposto extrínseco do recurso, não significando um vício, apenas, no documento (ou ato formal) comprobatório do preparo. Mas é interessante observar que o CPC não regula essa matéria no art. 1.029, § 3º (que corresponderia, como visto, ao art. 896, § 11, da CLT e seria alusivo ao defeito de atos formais). O art. 1.007 do novo CPC está inserido em capítulo que contempla as disposições gerais dos recursos e confere, exclusivamente ao pressuposto objetivo atinente ao preparo, um tratamento diferenciado, qual seja o de o seu atendimento poder ser protraído.

Conforme se percebe, o TST entendeu, na ocasião em que se debruçou sobre o tema, que somente as custas podem ser complementadas se o forem quando o relator notificar a parte recorrente, por seu advogado, para fazê-lo. Deixou claro, neste primeiro momento, que lhe pareceu inconciliável com o processo do trabalho a possibilidade de franquear-se ao recorrente o complemento do depósito recursal, sobretudo porque o art. 1.007, § 4º, do CPC prevê que essa diferença haveria de ser recolhida em dobro e tal cominação deu ares de ser incompatível com os limites estabelecidos nos parágrafos do art. 899 da CLT.

CONCLUSÕES

Os estímulos à recorribilidade, tradicionais no direito processual brasileiro, não correspondem a alguma virtual tendência de reforma, pelas instâncias extraordinárias, das decisões regionais. As estatísticas denunciam, a um só tempo, a afinidade entre a maior parte das sentenças e acórdãos trabalhistas à jurisprudência consolidada pelo TST e a ascensão da maior parte dos processos ao TST para que ele ultime a prestação jurisdicional por meio de veredictos apenas confirmatórios.

A Lei nº 13.015/2014 e o CPC de 2015, com o beneplácito de instruções normativas do Tribunal Superior do Trabalho, conferem ao sistema de recursos maior racionalidade, pois blindam as instâncias regionais e extraordinárias contra processos em que já se aplicou a jurisprudência sedimentada e exigem das Cortes recursais a verificação de elementos de distinção identificados pelas instâncias de primeiro ou segundo grau, sem que se possam apegar os tribu-

DOCTRINA

nais, como o fazem atualmente, a teses jurídicas abstratas que potencialmente desconsideram as especificidades da causa.

O novo sistema processual adota técnicas do *stare decisis* sem impregnar-se de outras características do sistema *common law*; mas incorpora a reclamação e a reconsideração de decisões, dois instrumentos de proteção aos precedentes judiciais que exigem prudência e uso restritivo, para não impedirem o fluxo normal de processos em que se identificam elementos factuais ou jurídicos de distinção.

A par de inovar vetores impeditivos do recurso de revista (em especial o incidente prévio de uniformização da jurisprudência regional e a suspensão de processos durante julgamento de casos repetitivos), o novo sistema recursal estabelece exigências formais inéditas para a veiculação de pressupostos intrínsecos do recurso de revista, com vistas a atender aos propósitos de maior dialetização e dinamização da atividade jurisdicional que se realiza em instância extraordinária.

A primazia da decisão de mérito é princípio informante das novas regras de direito processual e ganha substância na possibilidade, que elas estatuem, de os tribunais relevarem ou permitirem sejam sanados vícios formais que não repute graves, impedindo que atos formais ou documentais defeituosos embacem a admissibilidade dos recursos e a apreciação da matéria de fundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista*. São Paulo: LTr, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, Augusto César Leite de. Modulação da Súmula 277 do TST na Perspectiva do Novo Sistema Recursal. In: DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). *Direito constitucional do trabalho*: princípios e jurisdição constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2013.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução para o espanhol de Marta Guastavino. Tradução livre para o português. Barcelona: Ariel, 2002.

LEAL, Augusto César Carvalho de. *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica*: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf>.

LINDOSO, Alexandre Simões. *Técnica dos recursos trabalhistas extraordinários*. São Paulo: LTr, 2010.

DOCTRINA

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. V.

NERY Jr., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 2000.

NUNES, Dierle. *O IRDR do novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 20 fev. 2016

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST: recurso de revista e embargos de divergência*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001.

URIARTE, Ermida. Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. Conferência proferida em 2004 no “Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais”, evento promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, e reproduzida na *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 2, abr./jun. 2011. Disponível também em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25360/011_uriarte.pdf?sequence=4>. Acesso em: 2 jan. 2016.

OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A SUA ADEQUADA DIVULGAÇÃO: EM BUSCA DA CORRETA COMPREENSÃO DA PUBLICIDADE DE JULGADOS NO CPC/2015

Dierle Nunes*
André Frederico de Sena Horta**

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo constitucionalizado, pressuposto da compreensão de qualquer atividade de aplicação de direitos, prima pelo respeito a três dimensões, quais sejam a participação efetiva de todos os sujeitos envolvidos, o diálogo genuíno entre os mesmos e, finalmente, o controle de suas atividades de modo a proporcionar uma *accountability* (*fiscalidade*).

Se excluirmos esta abordagem tridimensional, o “processo” não servirá de contraponto ao exercício de poderes, deveres e ônus pelos sujeitos processuais e poderá servir como fonte de legitimação indevida de escolhas subjetivas (e enviesadas) do decisor ou de atividades estratégicas (abusivas) das partes.

Dentro deste pressuposto, uma das garantias de fiscalidade do sistema processual, ao lado da fundamentação, seguramente é a de devida publicidade de toda atividade processual, com ênfase para a decisória.

Este aspecto ganha especial destaque quando se percebe que um dos principais pilares do CPC/2015 é exatamente o de se construir um modelo deliberativo de formação e aplicação de precedentes sem o qual não seria possível a construção e a aplicação de uma jurisprudência coerente, íntegra e estável (art. 926).

* *Doutor em Direito Processual pela PUC Minas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”; mestre em Direito Processual pela PUC Minas; professor permanente do PPGD da PUC-MG; professor adjunto na PUC Minas e na UFMG; secretário adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual; membro fundador do ABDPC; membro da International Association of Procedural Law, Instituto Panamericano de Derecho Procesal e Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO); diretor executivo do Instituto de Direito Processual – IDPro; diretor do Departamento de Direito Processual do IAMG; membro da Comissão de Juristas que assessorou no Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados; advogado.*

** *Mestrando em Direito na Faculdade de Direito da UFMG; advogado.*

DOCTRINA

Nesse desiderato, precisamos analisar nosso novo sistema dogmático em conformidade com as normas fundamentais processuais¹ constantes na Constituição da República e na nova lei, verificando o pano de fundo das reformas processuais que antecedeu o CPC/2015 e analisando os arts. 927, § 5º, e 979 do mesmo diploma legal de modo a de se discutir a necessidade de se garantir uma publicidade adaptável a esta nova realidade normativa que viabilize a aludida fiscalidade, além da transparência, essencial ao respeito da integridade do trato do Direito jurisprudencial.

De imediato, precisamos perceber que tanto nos países tradicionalmente filiados aos sistemas de *common law* como nos de direito europeu-continental (*civil law*), o papel dos tribunais na formação do Direito jamais foi completamente desconsiderado:

“Não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do Direito, qualquer que seja o momento histórico, sob pena de o Direito positivo entrar em contradição com a própria ideia de sistema, a qual pressupõe a aplicação do Direito como algo racional e coerente. Qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de certo grau de aderência ao precedente, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas na ideia de Estado de Direito. Portanto, a evolução do *common law* inglês e do *ius commune* continental para uma teoria moderna de precedente judicial pode ser vista como uma certa consequência natural da evolução desses ordenamentos jurídicos, pois um Direito não codificado e dotado de uma pretensão de racionalidade não pode prescindir de mecanismos de racionalização e desenvolvimento coordenado coerente do Direito.”²

No entanto, vivenciamos uma tendência de “crença” que estes precedentes brasileiros (art. 927) poderiam cumprir um papel de fechamento argumentativo para os problemas trazidos nos processos, notadamente os idênticos, de modo a resolvê-los todos de forma quase mecânica, promovendo uma igualdade forçada e o “esvaziamento de escaninhos”, dentro de uma pauta eminentemente utilitarista.

1 Tratadas de modo extenuante em obra de fôlego: THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

2 BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 82.

De outro lado, há de se perceber que uma decisão não se torna um verdadeiro precedente somente porque a lei atribuiu à mesma esta alcunha (art. 927) ou porque a mesma é fruto de um determinado procedimento (*vide* arts. 947, 976 *et seq* e 1.036 *et seq*), pois a metodologia legislada deve ser somada ao conteúdo decisório que atendeu ao perfil deliberativo que permita extrair da decisão um pressuposto decisório convincente para os casos futuros, inclusive com extração de fundamentos determinantes na parte majoritária, sob pena de reduzirmos o que o CPC/2015 criou a um modelo metodológico de criação de padrões decisórios que devam ser mecanicamente reproduzidos nos casos repetitivos.

Para que os precedentes facilitem o uso dos aplicadores, não podemos reduzi-los a específicas metodologias, pois já se vivenciou no passado, a exemplo do período nazista, modelos de legitimação pelo procedimento. Aqui e agora, exige-se legitimação pelo devido processo constitucional em seus aspectos formal e material.

Por isso, devemos levar em consideração a advertência de Taruffo ao salientar:

“A maior utilização dos precedentes em qualquer sistema e o papel essencial que eles atingiram na prática judicial de todos os países são importantes fatores de mudança. Isto não quer dizer que as Cortes tenham um poder ilimitados de criar o direito. É preciso compreender que, mesmo nos sistemas de *civil law*, atualmente, a interpretação dos códigos e dos estatutos é grandemente baseada nos precedentes que já interpretaram esses códigos e estatutos. Os precedentes se tornaram uma forma inevitável de ‘concretização’ de regras e princípios. Muitas situações relevantes são ‘legalizadas’ ou ‘jurisdificadas’ pelas Cortes de acordo com os precedentes, e muitas questões jurídicas são decididas com base neles. A ideia de um verdadeiro conflito entre os precedentes e a lei perdeu completamente o sentido mesmo em sistemas de *civil law*. Ao contrário, precedentes são um constante e onipresente fator de interpretação judicial da lei.”³

3 Tradução livre de: “[t]he general growth in the use of precedents in every system and the essential role that precedents achieve in the judicial practice of all countries are important factors of change. This is not to say that courts have an unlimited power to create law. Rather, it should be acknowledged that, even in civil law systems, the interpretation of codes and statutes is now based largely upon precedents already interpreting these codes and statutes. Precedents have become unavoidable means for the ‘concretization’ of legal rules and principles. Many relevant situations are ‘legalized’ or ‘jurified’ by courts according to precedents, and many legal issues are decided on the basis of precedents. The idea of a true conflict between precedents as such and law as such has lost any actual meaning even in civil law systems. On the contrary, precedents are a constant and omnipresent factor in the judicial interpretation of law” (TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997. p. 459).

Além disso, se o Estado Democrático de Direito impõe uma construção argumentativa das decisões judiciais e dadas as crises da legalidade e da noção de soberania no Estado Constitucional, com a inauguração de uma comunidade não apenas de regras como também de princípios, a diferença que marcou, especialmente do século XIX em diante, o comportamento do juiz em cada um dos sistemas – no *common law*, as regras eram buscadas no precedente; e no direito europeu-continenta, na lei – é substancialmente reduzida, porque a aplicação de princípios, que exige a sua concretização e densificação à luz do caso concreto, demanda um processo rigorosamente idêntico em ambas as tradições⁴.

Desse modo, reunimos os três fatores que, a nosso ver, constituem as razões da aproximação entre as tradições⁵ (sem completa equiparação) entre os sistemas jurídicos:

(I) os precedentes, nos países de *civil law*, desempenham importante função na formação de novas decisões e desenvolvimento do direito (atribuição de racionalidade e coerência);

(II) há uma tendente valorização das leis nos países de *common law*, ainda que elas se embasem em entendimentos extraídos do *case law*; e

(III) no marco do constitucionalismo contemporâneo, a importância cada vez maior de concretizar os princípios e interpretar as regras de acordo com eles.

No Brasil, apesar de se anunciar uma convergência de sistemas – por razões nem sempre corretas –, verifica-se, com frequência, uma deturpação da utilização dos precedentes, pois se ignora, por exemplo, o método de sua elaboração (especialmente antes no Novo CPC) ou a sua finalidade, isto é, o precedente como meio de racionalização do sistema e exigência do princípio da segurança jurídica.

Apenas para ilustrar, são flagrantes as desonerações, por partes dos juízes e tribunais, quando da utilização de verbetes sumulares, pois isto se dá de forma absolutamente dissociada do contexto fático e jurídico que lhes é subjacente (algo agora normativamente dimensionado no § 2º do art. 926). Não se pode,

4 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 116.

5 De acordo com MacCormick e Summers, “nenhuma ordem jurídica contemporânea é concebível se não se utilizar dos dois métodos”. Tradução livre de: “No contemporary legal order is conceivable that does not make large use of both”. Por outro lado, os mesmos autores aduzem que, apesar disso, existem efetivas diferenças entre os sistemas jurídicos, dentre elas o modo como o precedente é percebido e utilizado à luz do Direito de cada país (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 5, 12).

por exemplo, equiparar as súmulas dos tribunais superiores ao precedente; a diferença entre ambos pode ser resumida na seguinte frase, da lavra de Lenio Luiz Streck e de Georges Abboud: “o precedente não cabe na súmula”⁶.

Em tom de crítica, os mencionados autores apontam que, no Brasil,

“é prática recorrente – afinal não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de ‘pautas gerais’.”

Como pondera Leonard Ziesemer Schmitz⁷, “o reflexo mais pernicioso da propagação da cultura de ementas é a formação de um ciclo vicioso: se os tribunais superiores ditam os rumos do Direito, desde as Universidades até a vida prática do jurista será pautada em reproduzir o que aquelas Cortes têm como ‘interpretação correta’ de determinada questão jurídica. O espaço argumentativo para novas possibilidades hermenêuticas é praticamente nulo”.

O que sobressai no discurso brasileiro – perceptível na interpretação que alguns ofertam às reformas de valorização das decisões judiciais – é a crença no poder do texto (ressurgimento de uma Escola da Exegese), a utilização da jurisprudência e dos precedentes como forma de redução quantitativa de litígios e de sumarização da cognição, e a aplicação mecânica de paradigmas decisórios, bastando uma verificação *superficial* de semelhanças entre o caso concreto e determinado paradigma – o que não se verifica na Inglaterra e nos Estados Unidos⁸.

Há, pois, muito que se aprender com os precedentes⁹, principalmente sobre sua produção e funcionalidade, a fim de evitar que sejam utilizados de modo superficial em nosso Direito. A mera criação de técnicas que colocam

6 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 84.

7 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Ementa. Função Indexadora. (Ab)uso mecanizado. Problema hermenêutico. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2016. v. 3.

8 SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo judicial no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Pouso Alegre/MG, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012. p. 114.

9 Isto porque, “diferentemente do *civil law*, o *common law* deixou-nos como legado um rico conjunto de ferramentas metodológicas para interpretar e aplicar precedentes judiciais” (BUSTAMANTE, Thomas. *Op. cit.*, p. 252).

DOCTRINA

os precedentes e as decisões judiciais em destaque não nos livra desse risco, pelo contrário, pois o coloca em maior evidência, principalmente quando nos atentamos para a prática de nossos tribunais: uma aplicação mecânica e rasa de decisões, sem uma análise apropriada das circunstâncias fáticas e, mais importante, de uma argumentação democraticamente adequada.

BREVE PANORAMA DO MODELO REFORMISTA PRÉ-NOVO CPC

Antes de continuarmos, precisamos perceber o contexto implementado a partir da década de 1990 com o desenvolvimento de um neoliberalismo processual, uma maior preocupação com a diversidade das litigiosidades e a dispersão crônica de entendimentos jurisprudenciais.

Uma tendência do Estado brasileiro, que teve início na década de 1990, decorreu de um conjunto de medidas propostas por instituições financeiras, como o FMI e o Banco Mundial, na tentativa de implementação de um ajustamento macroeconômico de países em desenvolvimento, especialmente na América Latina, após a década de 1980, lembrada como a “década perdida”. Difundi-se no Brasil um discurso neoliberal de livre-mercado e de privatização que repercutiu na ciência processual e na estruturação do modelo processual, que se distancia do modelo constitucional, ao se afastar de uma “justiça de qualidade” e agasalhar uma “justiça em números”.

Ao invés de termos promovido um planejamento organizacional e gerencial do Judiciário que permitisse a absorção das novas demandas quando percebemos o aumento exponencial de ingresso de ações plúrimas fruto da cláusula de acesso à justiça, preferimos fazer (supostas) “reformas do judiciário” cosméticas tão somente de índole legislativa que não se adaptaram aos novos desafios postos.

E essa infeliz escolha sistêmica precisa ser problematizada quando percebemos o fortalecimento dos fundamentos típicos de outras tradições.

Ugo Mattei e Laura Nader, em obra de referência, vêm advertindo que a hegemonia jurídica norte-americana vem promovendo há um bom tempo um sofisticado modelo de transferência de normas jurídicas e instituições formais¹⁰ que busca o convencimento ideológico de sua natureza superior de ordem e de civilização em comparação com os demais sistemas jurídicos (subordinados)¹¹.

10 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem*: quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 141.

11 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Op. cit.*, p. 142.

Mattei e Nader demonstram que tal desiderato, de exportação americana de institutos e de sua racionalidade (em grande medida ligada a uma concepção econômica de direito), é alcançado mediante a sofisticada indução de seus pressupostos, especialmente os neoliberais, em setores das elites de outros países¹², de modo a fornecer institucionalidade ao seu poder hegemônico¹³ e a naturalizar no discurso dessas elites profissionais (geradoras de consenso) legitimidade ao poder empresarial que fazem o Direito renunciar “de modo natural” seu papel de refrear o comportamento oportunista dos agentes de mercado¹⁴.

Nesses termos, o argumento de adoção irrefletida de parcela do ideário jurídico anglo-americano jamais deve encampar um suposto discurso de que seríamos vira-latas perto da comunidade jurídica estrangeira.

Temos, no Brasil, características muito próprias e uma litigiosidade com números mais que expressivos, mas isto não nos torna envolvidos em relação a qualquer outra tradição por vícios de origem: só nos traz a necessidade de levar a sério nossa situação.

No entanto, como explicado em outro momento, encampamos desde a década de 1990 os pressupostos do neoliberalismo processual¹⁵ e fomos paulatinamente introduzindo um peculiar reforço do papel da jurisdição, especialmente dos órgãos de cúpula, que não ofereceria riscos aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla, a exemplo da legitimação jurisdicional das absurdas taxas de juros praticadas no Brasil pelas instituições financeiras, de modo que o modelo neoliberal de processo deveria assegurar: (a) uniformidade decisional, para permitir alta produtividade decisória em perspectiva de

12 “(...) Outras vezes é mais descentralizada, como no caso do pensador muito admirado que, sozinho, realiza todo um circuito de conferências a convite dos departamentos das universidades locais. A postura acrítica destas pessoas em relação a seu próprio sistema jurídico e político pode funcionar, por si só, como uma poderosa justificativa ideológica do estado de subordinação, uma vez que fornece, em última instância, os modelos conservadores das elites locais.” (MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 143).

13 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Op. cit.*, p. 142.

14 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Op. cit.*, p. 256.

15 “Poder-se-ia argumentar que seria contraditório intitular esse movimento processual no Brasil de neoliberal, uma vez que ele se embasa no aumento do papel judicial – ou seja, do Estado no processo. No entanto, ocorre que a) não se busca (e nem mesmo se assegura) uma infraestrutura institucional para o exercício socializador da prática decisória, mas somente a produtividade; b) se esvazia o papel formador das decisões, técnico e institucional, do processo, relegando sua estrutura problematizante a segundo plano; c) se busca uma aplicação massificante e em larga escala de provimentos; d) se busca a máxima sumarização da cognição e e) o papel do juiz é fortalecido para o atendimento dos imperativos do mercado. Isso significa dizer que o aumento do papel judicial não busca nenhum objetivo socializante. Desse modo, a denominação *neoliberalismo processual* é a que reflete a ressonância do modelo estatal no campo processual.” (NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 166)

eficiência quantitativa; e (b) a sumarização da cognição, esvaziando o papel do contraditório¹⁶.

Como assinala Barroso, vivemos em tempos que, na política, o espaço privado é ampliado e o Estado é desregulamento; no comportamento, consolida-se o gosto pelo superficial, pelo dinâmico; e, no campo do Direito, impera o “pragmatismo interpretativo, antes ideológico que científico, que se nutre da paranoia do horror econômico e da hegemonia do pensamento único”, sendo que, “nessa variante, princípios constitucionais voltados para a segurança jurídica (...) são tratados como estorvos reacionários”, concluindo, com pesar, que “os tempos não parecem estar para miudezas como pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas”¹⁷.

Partindo desse contexto, várias reformas processuais antes do CPC/2015 foram empreendidas a fim de equacionar técnicas que visassem à uniformidade decisional e à sumarização da cognição, muito embora se afirme que elas se alinham aos princípios processuais constitucionais, sendo que a inclusão do princípio da razoável duração do processo, por meio da Emenda Constitucional nº 45, facilitou esse discurso¹⁸.

A questão torna-se ainda mais preocupante em razão da crise institucional que atravessa os Poderes estatais: “vemos uma democracia representativa em crise e um Parlamento sem agenda”, “um Executivo que não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais” e “temos acompanhado que a cada novo governo a CRFB passa por uma série de emendas para permitir a ‘governabilidade’, quando ela que deveria ditar os fundamentos das políticas públicas”¹⁹.

O Poder Judiciário não escapou a essa crise, pois ele foi chamado a compensar os déficits dos demais Poderes, principalmente em razão dos movimentos pelo acesso à Justiça e de um discurso de ativismo judicial – que ganhou força

16 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Juruá: Curitiba, 2009. p. 159.

17 BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica da era da velocidade e do pragmatismo. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br>>.

18 NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático, op. cit.*, p. 163.

19 THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do 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*, ano 35, n. 189, São Paulo, RT, nov. 2010, p. 14-15. Partindo dos estudos empreendidos por Marilena Chauí, os autores explicam que a crise tem diversos fatores: o encolhimento do espaço público, com o alargamento do privado (neoliberalismo), a destruição da esfera da opinião pública, o *marketing* político, que oferece soluções prontas e inescapáveis ao cidadão consumidor, dentre outros, como o atraso na implementação (que ainda se arrasta) de uma cultura democrática.

após a Segunda Guerra Mundial –, pelo qual o magistrado funcionaria como “garantidor das promessas e de engenheiro social”²⁰.

O fenômeno, que pode ser denominado *judicialização da política*, no qual a função do processo é potencializada como meio de asseguramento dos direitos fundamentais, reforçando a necessidade de estruturação de um modelo constitucional de processo, conduz a abertura para a chamada litigância de interesse público, fenômeno equacionado no estrangeiro desde as décadas de 1960 e 1970, mas que, entre nós, somente obteve solo fértil após a constitucionalização plena de 1988 e a judicialização de questões complexas envolvendo direitos lastreados em normas de conteúdo trabalhista, econômico, previdenciário, etc.

Um fenômeno, criado pela profusão de leis e da condição bastante similar que milhares de cidadãos ostentam em face de determinadas instituições, que não pode ser ignorado é o da litigância repetitiva ou de alta intensidade, gerada pela propositura de ações que refletem pretensões isomórficas, as quais, embora tenham especificidades, são representadas por questões jurídicas e/ou fáticas comuns, agravando o quadro de abarrotamento do Judiciário²¹.

No contexto do neoliberalismo, essa cadeia de eventos cria o espaço ideal para o surgimento de reformas processuais que visam à padronização decisória em prol da celeridade processual, da sumarização da cognição e do reforço da jurisdição.

Em resumo, dados os fatores apresentados (surgimento de litigâncias repetitivas e de interesse público e uma tendente valorização da eficiência quantitativa), instaurou-se “uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais”, ainda que isso “ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos ‘resolvidos’”²².

Verifica-se, portanto, a relevância cada vez maior conferida às decisões judiciais, ao próprio Judiciário e a seus tribunais superiores, em razão da função que desempenha em dimensionar a litigância de interesse público (além da tradicional) e do constante desrespeito aos direitos fundamentais gerado pela crise institucional do Legislativo e do Executivo, e por ele próprio, Legislativo, quando privilegia uma eficiência decisional quantitativa e é conivente com uma jurisprudência, que, se não padronizada, é inconstante, prejudicando a

20 THEODORO Jr. *et al.* Breves considerações, *op. cit.*, p. 18.

21 NUNES, Dierle *et al.* *Curso de direito processual civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 40.

22 THEODORO Jr. *et al.* Breves considerações, *op. cit.*, p. 21-23.

estabilidade do ordenamento e a previsibilidade do jurisdicionado com relação à tutela que receberá.

Há um desrespeito crônico à jurisprudência, que, muitas vezes, sequer chega a se consolidar porque cada tribunal e cada órgão fracionário que o compõe insistem em decidir da forma como bem entendem, sem a preocupação com os efeitos nocivos que geram para a sociedade e com o próprio descrédito que fazem cair sobre o Poder Judiciário.

Wambier, citando Albert Kocourek ao escrever há quase 100 anos sobre os males da dispersão de entendimentos jurisprudenciais, arrola os seguintes perigos da existência reiterada de decisões conflitantes, perigos esses que continuam atuais: negócios comerciais frequentemente não são concluídos até as partes terem certeza de qual é o local onde os riscos serão menores, *a litigiosidade é estimulada nos casos duvidosos*, a incerteza jurídica compromete a força moral do direito, a administração da justiça carecerá de uniformidade nos casos de incerteza²³.

Em boa medida, a dispersão jurisprudencial ocorre em razão da profusão de demandas ajuizadas diariamente em todo o território nacional e do fato de que, em regra, cada magistrado quer partir do marco zero interpretativo na aplicação do Direito. Sobre esta realidade, Lenio Streck²⁴ critica que, no Direito, ainda hoje se acredita no que ele denomina interpretação *cronofóbica e a-histórica*.

Entretanto, prossegue o autor, a interpretação integra a condição humana, pois fosse a nossa memória perfeita não seria necessária a escrita, com a qual registramos os fatos e transmitimos as ideias. Assim, “um livro fala de outros livros”, não havendo primeira nem última palavra sobre as estórias, as quais não pertencem a ninguém e podem ser utilizadas à vontade, desde que com o respeito à sua “história institucional” (a justificação que melhor retrate uma comunidade), e não a partir de um “grau zero”, no qual impera uma arbitrariedade interpretativa.

Este aspecto torna imperativa a preocupação com a publicidade dos julgados e dos precedentes (art. 979 – como comentaremos mais à frente).

Aliás, o valor do precedente decorre da ausência de “grau zero” interpretativo. Ou seja, a resposta a determinado caso não constitui a primeira palavra sobre o tema, pois, quando o intérprete se vê diante da atividade hermenêutica,

23 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 33.

24 STRECK, Lenio Luiz. *A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil*. Artigo publicado em junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>.

“ele não pode atribuir sentidos aleatoriamente, como se nada estivesse a guiá-lo, como se a história se iniciasse e terminasse com suas palavras”²⁵.

Não é o fato de existirem súmulas e decisões vinculantes, repercussão geral e julgamento de recursos repetitivos que os problemas, dentre eles o da (in)segurança jurídica, serão resolvidos. Isto porque todas as técnicas de padronização e de encerramento de alguns poucos julgados em súmulas nada mais representam do que um ressurgimento da Escola da Exegese, agora com nova roupagem: não são mais os códigos que seriam capazes de conferir certeza ao Direito, mas, sim, a jurisprudência padronizada e sumulada.

Partindo dessa visão (que não reputamos correta) em voto proferido no julgamento do Recurso Especial 14.945-0/MG, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira assim se manifestou:

“Não se justifica que os órgãos julgadores se mantenham renitentes à jurisprudência sumulada, cujo escopo, dentro do sistema jurídico, é alcançar a exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém ficará seguro de seu direito ante jurisprudência incerta.”²⁶

Em contrapartida, confira-se o seguinte excerto²⁷, que sintetiza com precisão a crítica à visão exegética da jurisprudência:

25 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95.

26 BRASIL, STJ, REsp 14.945-0/MG, Rel. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJU 13.04.92.

27 THEODORO Jr. *et al.* Breves considerações, *op. cit.*, p. 38. Confira-se, também: “Uma vez constatado o fato de que a lei não possui um sentido único, verdadeiro, mas que, ao invés, diferentes juristas e juízes externam múltiplas interpretações à mesma lei, são criados/reforçados mecanismos que visam gerar uniformidade de interpretação. A existência de tribunais superiores (tanto os de cassação, quanto os de revisão) é um meio através do qual a divergência jurisprudencial, tanto no tempo (para prevenir futuras divergências) quanto, principalmente, no espaço (para acabar com divergências atuais) tenta ser equacionada (...). A partir disso foram criadas as ‘súmulas’, como o objetivo de facilitar o trabalho dos juízes (já que estes saberiam qual o entendimento oficial do tribunal a que estão vinculados) e prevenir recursos inúteis das partes. Com as súmulas, os ‘problemas’ da norma, isto é, a variedade de interpretações estaria resolvida. A súmula surge como um texto que deveria ser enxuto e claro a fim de se evitar interpretações diversas (...). Ocorre que a súmula é um texto e, como tal, sujeito às mesmas imperfeições das normas. Assim é que (tomando-se os instrumentos de Kelsen agora quanto às Súmulas), percebeu-se que a doutrina (e também os juízes) conferiam diferentes interpretações, de forma que, não raro, viam-se os tribunais (os mesmos que editaram o texto) às voltas com divergências e discussões internas sobre o real sentido daquelas. Mais recentemente, no Brasil, foram criadas as Súmulas Vinculantes pela Emenda Constitucional n. 45/04, que acrescentou à Constituição o art. 103-A: assim, quando o Supremo Tribunal Federal editar uma súmula com efeito vinculante, todos os demais órgãos jurisdicionais (exceto, pois, o próprio STF) e administrativos terão que aplicá-la, sob pena de reclamação e imposição do entendimento sumulado (Art. 103-A, § 3, da CR/88 e Lei n. 11.417/06). Por tudo o que vimos, terá a súmula vinculante melhor sorte que a lei ou as súmulas comuns? Parece-nos que não. A tentativa de ‘vinculação’ parece debitária da crença oitocentista de proibir o juiz de interpretar a lei (e, havendo dúvidas, recorrer ao legislador). Como vimos, tal suposto se mostrou errôneo, tanto pela profusão

“Não há lei, princípio, súmula ou jurisprudência que possam prevenir todas suas situações de aplicação, toda norma (ou similar) é pensada para um certo número de situações, porém a realidade é muito mais rica/diversa e colocará novas situações que desafiam o aplicador, inclusive porque causarão conflito entre aquelas normas: são os dados do caso concreto que, ‘complementando’ as normas, darão subsídios à decisão.”

De outra perspectiva, é interessante a percepção de um fenômeno: o relatório do Projeto *Firenze*²⁸, que previu mecanismos de acesso à justiça e influenciaram sobremaneira as reformas no final do século XX, realmente trouxeram acesso, mas, com o aumento exponencial das demandas, a preocupação passou a girar em torno da celeridade.

Passou-se, então, a uma nova fase, caracterizada pela criação de técnicas de redução do acesso, não no sentido de impedir o cidadão de bater às portas do Judiciário, mas por meio da sumarização da cognição e da padronização decisória, técnicas estas que, sem passar pelo filtro do processo constitucionalizado e de suas normas fundamentais²⁹, ignoram as bases constitucionais sobre as quais a ciência processual deve ser construída, muitas vezes sem a implementação do debate democrático esperado e do necessário período de amadurecimento dos argumentos em todos os sentidos possíveis, porque a única eficiência que se busca é a quantitativa³⁰⁻³¹.

de métodos de interpretação quanto pelo legado da teoria kelseniana (isso para não falar da hermenêutica gadameriana e outras escolas de interpretação). A súmula, mesmo vinculante, é um texto e, como tal, estará, como sempre, sujeita a diferentes interpretações. Mesmo com a reclamação, o interessado poderá demonstrar ou que seu caso não se encaixa na hipótese da súmula ou que os supostos fáticos em que esta se fundou foram alterados ou ainda que a ‘atual’ interpretação da norma, base da súmula, está alterada” (BAHIA, Alexandre. Súmulas estão sujeitas a diversas interpretações, *op. cit.*).

28 Cf. NUNES, Dierle. Processo jurisdicional democrático, *op. cit.*

29 THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, *op. cit.*

30 “Segundo Taruffo, há dois tipos de ‘eficiência’ no sistema processual: uma primeira perspectiva de eficiência ‘quantitativa’ se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução de conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, completaríamos, democráticas para aplicação do Direito.” (NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Fórum: Belo Horizonte, 2011. p. 64)

31 Apenas para ilustrar, segundo Pedro Villeroy, no artigo “análise da sistemática dos recursos especiais repetitivos, com o advento da Lei n. 11.672/08”, publicado, em 2014, na Revista Eletrônica de Processos Coletivos, “a adoção deste remédio recursal [a introdução da técnica de julgamento de recursos especiais repetitivos] ocorreu com intuito de agilizar e tornar mais efetiva a prestação jurisdicional, bem como amenizar o excesso de demanda”. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net>>.

E há verdadeira ausência de preocupação com o cenário de imposição de escalas industriais e de entrega de “prestação jurisdicional” (como se a Justiça fosse um serviço qualquer, e o jurisdicionado, consumidor). Como já se pontuou, “não se preocupa com uma participação cidadã, mas, sim, com uma justiça de números”, e se de um lado “alterações legislativas no campo do Direito processual devem, em certa medida, buscar resultados práticos para a melhoria da aplicação da tutela”, de outro “isso não significa que se possa negligenciar o papel importantíssimo que o processo possui como estrutura dialógica de formação de provimentos”³².

É essa negligência que se verifica no cenário brasileiro, pois há uma tendência em se promover uma padronização decisória prematura, com o esvaziamento do contraditório – julgam-se teses, e não casos³³ –, na tentativa de resolver o problema do congestionamento e da litigância massiva:

“A profusão de demandas (litigiosidade em massa e repetitiva) exige a criação de dogmática específica para seu dimensionamento, e, nestes termos, vem se defendendo no Brasil uma padronização decisória preventiva com aplicação muito peculiar da jurisprudência como fonte imediata de aplicação do direito em nosso país.”³⁴

E já que levamos adiante a ideia da padronização decisória mediante a adoção de um modelo deliberativo de formação de precedentes, tanto na Lei nº 13.015/2014 quanto no Novo CPC, que ela seja implementada, pelo menos, de acordo com os princípios constitucionais, seguindo um procedimento específico: o esgotamento prévio da temática antes da utilização de determinado julgado como padrão decisório, a integridade da reconstrução histórica institucional de aplicação da tese ou do instituto, estabilidade horizontal, no tribunal, na aplicação de suas próprias decisões e a aplicação discursiva do padrão, com a criação de mecanismos capazes de revelar se o caso ao qual se pretende aplicá-lo realmente é, em essência, idêntico, e não apenas semelhante³⁵.

32 NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Edição Especial, 2008, p. 22.

33 NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporâneo, *op. cit.*, p. 16.

34 NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 262.

35 NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: *Direito jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 263-267. No mesmo sentido: “Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial, em que, previamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros” (CUNHA, Leonardo José Carneiro apud SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: *Direito jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 176).

DOCTRINA

Assim, devemos perceber que, de modo absolutamente inovador, o CPC/2015 busca dimensionar um microsistema de dimensionamento da litigiosidade repetitiva e de formação de precedentes na construção de um verdadeiro direito jurisprudencial embasado normativamente em deveres cooperativos de estabilidade, coerência e integridade (art. 926).

A previsão normativa busca corrigir infundáveis equívocos de nosso trato das decisões dos tribunais, a começar pela completa ausência de estabilidade de entendimentos e do constante desprezo ao modo como um tribunal já vinha decidindo.

Torna-se necessário que suplantemos o velho modelo revogado no qual velocidade dos julgamentos se impunha na forma dos arts. 543-B ou 543-C do CPC/73, quando, “às vezes, em poucos minutos e com pouquíssimo debate, questões de extrema relevância para a sociedade [eram] pacificadas”³⁶, atropelando-se a correta construção de precedentes, sendo que deveria ser o oposto, ou seja, com o incremento da participação processual (arts. 10, 933, 1.036 e seguintes), dada a abrangência dos efeitos da decisão que resultará daquele julgamento em todo o território nacional.

Nesse sentido, o Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Recurso Especial 911.802/RS, lamentando a afetação de um recurso especial oriundo de uma ação individual proposta por uma única consumidora, triplamente hipossuficiente, quando havia recursos interpostos no bojo de ações coletivas com potencialidade de oferecer um quadro muito mais panorâmico sobre o tema posto em julgamento, e a ausência de participação dos “litigantes-sombra”, assim se manifestou:

“Aqui, contudo, afloram as peculiaridades que desaconselhariam tal ‘afetação’, na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controversas que acompanham esta demanda. Os pontos complexos que este processo envolve – e são tantos, como veremos no decorrer deste voto – não se submeteram ao crivo de debates anteriores entre os membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira

36 SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 184.

direta, mais de 30 milhões de assinantes. Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez.³⁷

Por tais razões, a sensação que ficava era que ou as decisões padrão nasciam ultrapassadas, ou que existiriam argumentos, antes não analisados ou devidamente ponderados (dada a prematuridade do “julgamento” da tese), que recomendariam a sua revisão – porém, infelizmente, uma vez estabelecida a tese³⁸, fechava-se o debate, e não havia tribunal no Brasil que estivesse disposto a rejulgar tão cedo a matéria.

Estabelecidas as teses – já carecedoras de legitimidade democrática – no momento de sua aplicação, a situação não melhorava, pois não se oferecia espaço (ou, acaso existente, era reduzido) para o jurisdicionado discutir a aplicabilidade dos padrões ao seu caso tendo em vista eventuais particularidades que o tornariam diferente, exigindo o domínio de técnicas apropriadas (pouco desenvolvidas pelos tribunais pátrios), a fim de se averiguar em que medida essas eventuais particularidades afastariam, ou não, a aplicação de determinada decisão ao caso concreto, pois se concentrava apenas na tese que o tornava superficialmente idêntico ao caso que deu lhe origem.

Precisamos, como o novo CPC e suas normas fundamentais, suplantar esse estado da arte decisória.

Na realidade brasileira, na qual o direito jurisprudencial ganha cada vez maior relevância, torna-se imperativo uso das novas técnicas de *distinguishing* (arts. 489, § 1º, e 1.037, §§ 9º e seg.) capazes de permitir uma discussão mais efetiva e democrática dos casos.

Essa questão ganha destaque com a utilização das técnicas de julgamento por amostragem, especialmente quando os tribunais superiores são provocados a

37 BRASIL, STJ, 1ª Seção, REsp 911.802/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 24.01.07, DJe 01.09.08, trechos do inteiro teor do voto do Min. Herman Benjamin.

38 Sobre o tema, cf. NUNES, Dierle; BUSTAMANTE, Thomas; MOREIRA, Ana Luisa de Navarro. *Admissão de recursos: novo CPC exige reforma de norma do STF*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-16/recurso-extraordinario-previsto-cpc-exige-reforma-norma-stf#_ftnref5_9662>.

se manifestar sobre a adequação das decisões que determinam o sobrestamento dos casos “idênticos” ou a aplicação de determinado paradigma.

Não podemos coadunar com o panorama anterior ao CPC/2015, no qual se adotava “o posicionamento absolutamente restritivo que os Tribunais [vinham] adotando em relação à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas firmados”³⁹, especialmente quando esses paradigmas não eram fruto do respeito à consistência material do julgado, mas buscavam, tão somente, um engessamento do Direito e a supressão de discussões sobre teses jurídicas já decididas, a despeito da existência de razões peculiares que recomendariam as *departures* (rupturas) – o *distinguishing* e o *overruling* –, o que era agravado em razão da dificuldade de promoção da formação de padrões decisórios realmente panorâmicos, quando não se levavam em consideração todos os argumentos relevantes como o CPC/2015 impõe (arts. 10 e 489, § 1º, IV).

Deve-se perceber que cada caso específico que é colocado sob apreciação do Judiciário não é nem o primeiro, nem o último, o que induz ao questionamento sobre a adequação de se tentar resolver todos os casos com a mesma regra, trabalhando por atacado ou amostragem⁴⁰.

Nesta intelecção de ideias, Carvalho Netto e Scotti sustentam que:

“É a integridade do Direito a exigir atenção permanente às especificidades únicas e irrepetíveis dos casos concretos, com vistas à promoção simultânea das pretensões à justiça (*Justice*) e à segurança jurídica (*fairness*), que também permite que nos libertemos do mito da possibilidade de decisão padrão capaz de se autoaplicar a todos os casos semelhantes. Cada decisão que assim se apresentar configurará, outra vez, como norma geral e abstrata, estruturalmente indeterminada, introdutora de maior complexidade social, vez que na qualidade de orientação voltada ao futuro também incentivará, por seu turno, pretensões abusivas em relação a ela, as quais só poderão ser desmascaradas mediante o exame reconstrutivo e criterioso da unicidade irrepetível de cada caso concreto que venha a se apresentar.”⁴¹

39 NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Daniel Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013, p. 21.

40 RAMIRES, Maurício. *Op. cit.*, p. 111.

41 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 15.

DOCTRINA

A respeito da presença – jamais prescindível – de peculiaridades fáticas, o Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática proferida em sede de suspensão de tutela antecipada, consignou o seguinte:

“Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.”⁴²

Nestes termos, não podemos constituir (ou ser) uma doutrina que consolida e legitima projetos de poder já institucionalizados ou que buscam a promoção do imperialismo promovido por (e em) outras tradições ao longo das últimas décadas das quais, por variadas razões, estamos nos aproximando, lembrando que, como Mattei e Nader ponderam, esses intelectuais que capitulam essa postura legitimadora (não libertária) do Direito “não precisam compartilhar nenhuma motivação especial, a não ser, talvez, algum ‘projeto profissional’ ditado pela lealdade à disciplina que ensinam”⁴³.

A nova geração de juristas, preocupada com os fundamentos de sua disciplina, precisa se autocriticar para evitar a cegueira diante destes sofisticados mecanismos persuasivos de engenharia de consentimento.

Ao encamparmos um sistema de precedentes e compará-lo com seu uso no âmbito anglo-americano, precisamos absorver o que ele tem a nos oferecer no âmbito dogmático, mas sem deixar de levar a sério nossas contingências e exigências de legitimação pela garantia do processo constitucionalizado e pela participação de todos os afetados, inclusive, preocupando-nos com a sub-representação que técnicas como a da causa-piloto (do IRDR e Recursos Repetitivos) trazem consigo.

Desse modo, devemos nos afastar de discursos de protagonismo judicial das cúpulas como se os demais tribunais, juízes, advogados e, especialmente, estudiosos tivessem pouco a contribuir pela assunção da última voz pelos tribunais superiores e como se houvesse possibilidade de se legitimar a prática cotidiana dos mesmos de criar teses como se precedentes fossem.

42 BRASIL, STF, STA 244, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 24.09.09.

43 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Op. cit.*, p. 144.

É o momento de nos abirmos para todas as inovações trazidas (especialmente no discurso que gravita em torno do CPC/2015), mas com o olhar crítico para tudo que nos é apresentado.

O PROBLEMA DA INADEQUADA PUBLICIDADE DOS JULGADOS E PRECEDENTES

Na tradição do *common law*, já se percebeu há muito⁴⁴ a necessidade de se ofertar a devida publicidade às suas decisões mediante a consolidação de relatórios (*reports*) hábeis a dar conhecimento de seu teor à comunidade jurídica, e prioritariamente dos fundamentos daquelas decisões para a consolidação de uma teoria dos precedentes obrigatórios.

Dentro desta temática, recente notícia⁴⁵ divulgada pelo STJ revela que esse tribunal reformulou e disponibilizou uma nova página de recursos repetitivos com a nítida pretensão de aprimorar a divulgação de seus “precedentes”⁴⁶.

Tal postura decorre do advento do CPC/2015 e da consolidação do já aludido modelo deliberativo de formação e de aplicação de precedentes, no qual a publicidade vem encampada em seus aspectos mínimos por seu art. 979⁴⁷, e em que tal divulgação torna-se capítulo extremamente delicado e essencial, pelo que elogiável a iniciativa do STJ, mas ainda insuficiente.

Isto porque, quando não se divulgam bem os precedentes como no sistema atual⁴⁸, de modo a facilitar o acesso de seu teor a todos os profissionais, corre-se

44 Sobre a história dos *Law Reporting* dos séculos XIII a XX conferir HOLDSWORTH, W. *A history of English law*. London: Sweet & Maxwell, 1927. No século XVIII, tais relatórios deixaram de ser uma compilação privada e se tornou, paulatinamente, uma tarefa pública dos próprios tribunais com participação de *experts* (desde a fase dos *authorized reports*). Pontue-se que durante muito tempo tais *reports* funcionavam como verdadeiros manuais da prática mediante a compilação por pessoas que assistiam aos julgamentos, mas sua mudança foi essencial para consolidação da força vinculante (*binding force*) do sistema inglês.

45 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-reformula-e-disponibiliza-a-sua-nova-página-de-recursos-repetitivos>.

46 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/>.

47 “Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 1 Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. § 2 Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. § 3 Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.”

48 De fato, até mesmo a própria divulgação pelo STF de suas decisões – desde as que não reconhecem a repercussão geral dos recursos extraordinários até as que julgam o seu mérito – é feita como se elas (decisões) pudessem ser reduzidas a temas – basta conferir os informativos de jurisprudência

o risco, como alude Duxbury no sistema anglo-americano, de os precedentes serem utilizados como verdadeiros “precedentes-surpresa”, provenientes de situações em que o julgador “saca” do banco de dados um julgado para dar fundamento à sua decisão que não foi devidamente publicizado à comunidade jurídica. Esse fenômeno, que deve ser enfrentado, é mais recorrente em países onde os meios de catalogação decisória impedem o conhecimento adequado do direito jurisprudencial pelos profissionais.

No novo sistema normativo, não se pode ignorar que o uso de precedentes dessa forma configurará nulidade da decisão, caso não precedido de alerta na fase preparatória, facultando-se às partes manifestação específica, nos termos dos arts. 10, 357, 933 e 1.037.

Essa questão ganha maior relevância no atual sistema (pós-CPC/2015), pois a ausência de acesso adequado ao teor dos precedentes poderia, por exemplo, levar o advogado a não se atentar ou não levar a sério importantes pronunciamentos judiciais carentes de divulgação adequada (notadamente os prescritos pelo art. 927⁴⁹), prejudicando a formulação prévia de argumentos de distinção ou de superação. Ao contrário, submete-se o advogado e a parte

do citado tribunal. Esta confusão entre decisão jurisdicional e tema é tão grave que a admissão dos recursos extraordinários (para sua posterior análise pelos ministros) é feita por servidores despidos de poder jurisdicional e sem qualquer preocupação com, pelo menos, uma leitura atenta de cada peça. É o disposto na Portaria n. 138/09, cuja finalidade é bem estabelecida em seu art. 1, *in verbis*: “Determinar à Secretaria Judiciária que devolva aos tribunais, turmas recursais ou Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais os processos múltiplos ainda não distribuídos relativos a matérias submetidas a análise de repercussão geral pelo STF, os encaminhados em desacordo com o disposto no § 1º do art. 543-B do Código de Processo Civil, bem como aqueles em que os ministros tenham determinado sobreestamento ou devolução”. A análise da repercussão geral formal nos diversos recursos extraordinários interpostos constitui matéria de competência concorrente do STF e dos tribunais de justiça dos Estados e tribunais regionais federais, enquanto que a repercussão geral material (a efetiva existência de questões de alta relevância) é privativa do STF. O preocupante é que a mencionada Portaria confere verdadeiros poderes decisórios a meros serventuários na averiguação da existência de repercussão geral nos recursos (considerados além do necessário para a representação da controvérsia), o que é atestado pela aposição de um carimbo na peça com a indicação de um número (cada tema teria um número específico), sem maiores indagações de adequação, o que, na prática, tem permitido até mesmo o reenvio do recurso para a instância de origem, a fim de que o Relator possa exercer o seu juízo de retratação, no momento oportuno, sem que qualquer ministro, juiz, ou mesmo um assessor tenha assumido formalmente a responsabilidade por esta decisão. Sobre o tema, cf. NUNES, Dierle; BUSTAMANTE, Thomas; MOREIRA, Ana Luisa de Navarro. *Admissão de recursos*: novo CPC exige reforma de norma do STF. Artigo publicado em 16 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-16/recurso-extraordinario-previsto-cpc-exige-reforma-norma-stff_ftnref5_9662>.

49 “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.”

ao enorme perigo de serem surpreendidos por uma sentença liminar de improcedência do pedido (art. 332), e a mesma espécie de risco afeta situações similares, a exemplo do que ocorre nas decisões liminares do sistema recursal (art. 932, IV e V), entre inúmeras outras hipóteses.

Além disso, é importante perceber que a divulgação dos precedentes não é relevante apenas no contexto processual. Os precedentes judiciais criam expectativas normativas para os jurisdicionados, que passam a confiar que o seu comportamento será juridicamente valorado segundo as leis e a interpretação que os tribunais fazem dessas leis:

“No Direito, usamos duas noções de tempo diferentes. O tempo do relógio e sua contagem de maneira unidimensional. E, no sistema jurídico, falamos ainda de tempo autêntico, multidimensional, que mescla passado, presente e futuro em suas operações internas. Se as decisões judiciais se voltam precipuamente para o *input* (passado) do sistema, trabalham – por meio das leis, dos precedentes e da dogmática – as informações seletivamente, através de conceitos mais universalísticos e de tipos (quer sejam conceitos cerrados ou tipos propriamente ditos), técnica a partir da qual elas envolvem o futuro, possibilitando a extensão das decisões a partes desconhecidas, em casos ainda não ocorridos. As decisões, sobretudo, permitirão prever as decisões futuras, internas ao sistema, formando-se expectativas normativas, o que significará mais segurança, mais confiança em um sistema próprio das sociedades de alto risco (com isso, mais risco será possível suportar).”⁵⁰

Nessa linha de raciocínio, a ampla divulgação dos precedentes é condição imprescindível para a formação de expectativas normativas e para a promoção da confiabilidade do jurisdicionado nos tribunais, de modo a possibilitar que as pessoas em geral tomem conhecimento do conteúdo dos precedentes e possam planejar e projetar suas vidas segundo o que os tribunais devem decidir de forma estável, coerente e íntegra.

O precedente judicial e a argumentação jurídica pautada no Direito jurisprudencial não pode se limitar ao processo judicial, que pressupõe a realização e a concretização de atos e fatos ocorridos no passado, os quais serão julgados segundo o Direito vigente na época de sua ocorrência. É essencial que, nesse passado, o jurisdicionado tenha podido tomar conhecimento e compreender qual era a interpretação conferida pelo Judiciário às normas relevantes que incidiriam nos atos por ele praticados, caso contrário a aplicação do precedente continuará

50 DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações na jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 219.

sendo utilizada como um argumento-surpresa, ainda que colocado em debate processual desde a fase de conhecimento, pois a decisão final sempre decide algo consolidado no passado, e não no momento de sua prolação.

Onde não há condição de conhecimento, não há efetiva liberdade para deliberação particular e informada, e o jurisdicionado poderá ser surpreendido por um precedente cuja existência lhe faltou, não por negligência ou ignorância censurável, mas por ausência de condições externas para tanto – nesse caso, dificilmente se poderão realizar distinções consistentes quando judicializado o conflito, o que reforça o argumento segundo o qual a divulgação de precedentes não é relevante e necessária apenas para que os advogados possam trabalhá-los desde a primeira oportunidade que lhes é facultada. Mas fosse razoavelmente possível o prévio conhecimento daquele precedente, os processos internos de deliberação teriam sido outros, ainda que para assumir um risco de forma consciente, legitimando democraticamente eventual debate judicial acerca da aplicabilidade desse ou daquele precedente ao caso concreto.

Em síntese, o precedente judicial não deve ser divulgado apenas para a comunidade de pessoas formadas em Direito (comunidade de especialistas) e que atuarão de modo técnico no processo: o precedente judicial deve ter como público-alvo as pessoas em geral, o cidadão que diariamente realiza planos para sua vida, celebra negócios, pratica atos que interferirão na vida de outras pessoas, confia nas instituições públicas e que, por tudo isso, têm o legítimo direito de tomar prévio conhecimento do que é o Direito e de como ele é interpretado pelos tribunais, sob pena de transformá-lo em um mero jogo de argumentos restrito aos magistrados, advogados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, em absoluto prejuízo das pessoas, que não podem ser reduzidas a peças naquele obscuro e complexo jogo, ficando à mercê de quem tem o melhor argumento, quando deveriam ser capazes de se colocarem como verdadeiros participantes do Direito.

Em assim sendo, percebe-se que a adoção de um sistema normativo de precedentes induz uma mudança brutal tanto da racionalidade de se decidir e de se postular quanto no modo de se promover a publicidade dos julgados dos tribunais, mostrando a completa insuficiência de se divulgar prioritariamente (com destaque) as ementas, que possuem função eminentemente catalográfica e, com recorrência, não espelham os principais fundamentos decisórios dos arestos⁵¹.

51 Sobre isso ver, *e.g.*, NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Precedentes no CPC/2015 por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 17-52, jul./set. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98634/precedentes_compreensao_constitucionalmente_nunes.pdf>.

Nesse sentido, com razão Leonard Schmitz, que pontua⁵²:

“Indexadores devem ser utilizados com cautela. É preciso percorrer os catálogos de decisões até encontrar uma que tenha sido escorada em fundamentos jurídicos aplicáveis como justificativa legitimadora da norma que está sendo construída para um caso concreto. E a mera leitura da ementa não entrega, desde logo, os fundamentos; apenas explicita as questões decididas no ‘precedente’ que se quer invocar. Os enunciados e ementas precisam ser abordados como o símbolo de um passado a ser respeitado, nunca de um futuro ao qual ser submetido: a ementa de um julgado deve ser vista como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida. (...) O resumo catalográfico de um pronunciamento que conste do rol do art. 927 deve servir de convite para a leitura da *íntegra* dos votos que compõem o julgado. A ementa não pode, então, querer ter a pretensão de ser utilizada ela mesma. Nesse contexto, diante dos ‘precedentes’ previstos no CPC/2015, a função do ementário de jurisprudência fica ainda mais claramente relegada à indexação e facilitação de busca através dos mecanismos virtuais de pesquisa de cada tribunal. Extrapolar esse caráter e utilizar-se do texto da ementa em um julgado representa no CPC/2015 uma impropriedade muito maior do que já o era no código revogado. (...) Se as ementas, e bem assim as súmulas, são indexadas (isto é, redigidas) tendo em vista o que foi *pedido e julgado*, e não com foco na *causa de pedir* e no *fundamento* da decisão, a busca por uma *ratio decidendi* jamais será possível pela mera pesquisa de jurisprudência catalogada. Assim, como pelo título do presente artigo, o leitor consegue ter apenas uma vaga ideia a respeito do que será abordado (e apenas a leitura integral pode fornecer elementos sobre seu conteúdo), os enunciados apresentam tão somente a casca daquilo que é a jurisprudência; para conhecê-la, não basta contentar-se com a aparência. Direito jurisprudencial, assim, é tema que exige uma caminhada (hermenêutica) firme, mas sem pressa e sem superficialidade.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há bons anos, vêm sendo denunciados os problemas provenientes do desconhecimento do modo como os tribunais decidem⁵³: não é incomum, numa

52 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Ementa. Função Indexadora. (Ab)uso mecanizado. Problema hermenêutico. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2016. v. 3.

53 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-24/dierle-nunes-aos-tribunais-atribuida-forma-julgamento>>.

mesma câmara ou turma de um tribunal, encontrar-se decisões díspares sobre o mesmo tema, chegando-se ao absurdo de o mesmo julgador, na condição de relator (ou vogal), proferir decisões diferentes em casos idênticos, inclusive na mesma sessão de julgamento.

Todo esse quadro seria sensivelmente reduzido se houvesse uma mudança real do uso da publicidade das decisões judiciais em que se ofertasse, de modo temático, a cadeia de decisões do tribunal sobre determinado assunto, desde o seu primeiro julgado (*leading case*), de modo que se indicassem, além da ementa, os argumentos suscitados pelas partes, os fundamentos determinantes, os dispositivos normativos a ela relacionados e as questões e teses enfrentadas no pronunciamento. Para o sucesso de um trabalho dessa magnitude, seriam necessários profissionais capacitados que conseguissem criar técnicas de extração dos julgados das reais razões utilizadas pelos sujeitos processuais, e o CNJ poderia conduzi-lo criando objetivos qualitativos e quantitativos e estabelecendo um método para assegurar sua eficiência.

A simples compilação das decisões, com acesso ao inteiro teor (quase não consultado por parcela considerável dos aplicadores), a partir de critérios de palavras-chave (decisor, órgão julgador, temas, etc.), sem esmiuçar as questões que foram objeto de apreciação e sem se facilitar o acesso a toda a cadeia decisória proferida (salvo mediante uma pesquisa extenuante no *site* do tribunal), dificulta sobremaneira o cumprimento do comando prescrito no art. 926⁵⁴ do CPC/2015, por ser necessário um esforço hercúleo e extremamente técnico (o que exclui a maior parte da população) para se conhecer a história institucional daquele tribunal ao julgar no passado questões análogas, sem desprezar que a tarefa do julgador não é menos espinhosa para cumprir o disposto no art. 489, § 1º, V e VI⁵⁵.

É imperativo perceber que só conseguiremos suplantar a barreira institucional de efetivo respeito dos comandos do Novo CPC se percebermos, desde já, que, sozinho, não terá o condão de criar um modelo deliberativo de formação e aplicação dos precedentes, corrigindo a jurisprudência lotérica que vige(ia)

54 “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.”

55 Por isso mesmo, é de extrema relevância e lucidez a metáfora criada por Ronald Dworkin (*Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005), acerca da figura do Romance em Cadeira (ou *Chain in Law*), na qual um conjunto de decisões do judiciário deve ser lido como um corpo coerente e íntegro de provimentos encadeados. Dessa forma uma lógica decisória pode ser apreendida a partir de uma narrativa comum na qual cada magistrado se vincula ao esforço de promover uma sequência construtiva a partir de um diálogo com o passado.

DOUTRINA

antes do sua entrada em vigor, sem que antes mudemos a própria deliberação decisória e o modo como os tribunais divulgam e compilam seus julgados.

A ausência de uma publicidade adequada torna cada vez real o risco de utilização de precedentes-surpresa, pois a dificuldade de pesquisa para acesso aos precedentes do art. 927, especialmente pelos números expressivos de processos que a justiça brasileira padece, continuará a ser uma constante.

Como contramedida ao uso de precedentes-surpresa, encobertos na ineficiência dos mecanismos de pesquisa e catalogação dos tribunais, o advogado deve defender a *nullidade decisória* por ocasião de sua aplicação com fundamento na dimensão normativa prevista no art. 10⁵⁶ (que prescreve o contraditório como garantia de influência, e não surpresa) e que estabelece ao magistrado o dever de provocar preventivamente o debate acerca de um fundamento decisório antes de usá-lo em seu pronunciamento. E não menos importante e independentemente desta dimensão normativa, cabe aos profissionais tornar sua pesquisa jurisprudencial mais sofisticada e profunda.

Pontue-se, assim, por derradeiro que se desejamos levar a sério todas as potencialidades de nosso novel sistema de precedentes, tornar-se-á imperativo se implementar pelo CNJ e pelos Tribunais, entre outras medidas, uma mudança brutal da catalogação e da elaboração de relatórios jurisprudenciais, de modo a se criar, de fato, uma jurisprudência estável, coerente e íntegra disponível às pessoas em geral, que são os verdadeiros protagonistas na criação e no desenvolvimento do Direito.

56 Cf. STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo; FREIRE, Alexandre. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016; THEODORO Jr.; NUNES; BAHIA; PEDRON. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: FORMA DE APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Élisson Miessa*

1 – INTRODUÇÃO

A separação existente entre o patrimônio das sociedades empresárias e de seus sócios, em conjunto com a limitação da responsabilidade dos sócios presente em algumas formas de constituição de sociedades, serve algumas vezes para prejudicar credores, especialmente os trabalhistas. Desse modo, para evitar que tais sociedades deixem de cumprir as obrigações assumidas, ganha relevância a desconsideração da personalidade jurídica, consistente no afastamento, momentâneo e esporádico, da máxima romana *societas distat a singulis*, que reconhece ter as pessoas jurídicas existência diversa da dos seus membros, levantando-se o véu da pessoa jurídica e atingindo os bens do sócio ou, no caso da desconsideração inversa, da pessoa física e alcançando os bens da sociedade.

Conquanto a desconsideração da personalidade jurídica já fosse concretizada pelos Tribunais brasileiros, tínhamos apenas dispositivos referentes ao direito material, tais como o art. 50 do Código Civil e o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Não havia nenhum procedimento legal para sua efetivação, de modo que simplesmente se fazia o redirecionamento da execução em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa).

Com o objetivo de garantir a observância dos princípios do devido processo legal e do contraditório, o NCPC, em seus arts. 133 a 137, passa a disciplinar aspectos processuais necessários para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica.

* Procurador do Trabalho; professor de Direito Processual do Trabalho do curso CERS online; autor e coordenador de obras relacionados à seara trabalhista, entre elas “*Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST Comentadas e Organizadas por Assunto*”, “*Recursos Trabalhistas*” e “*Impactos do Novo CPC nas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST*”, publicadas pela Editora Juspodivm.

DOCTRINA

Analisando referido incidente, a doutrina trabalhista questionou sua aplicação ao processo do trabalho, uma vez que, embora a CLT seja omissa acerca do tema, faz-se necessário analisar sua compatibilidade com o processo laboral, tendo em vista que o art. 15 do NCPC não revogou o art. 769 da CLT, de modo que ambos devem conviver harmoniosamente, sendo aplicados de forma coordenada e simultânea (TST-IN nº 39/2016, art. 1º).

Apesar de os primeiros ensaios sobre o tema, majoritariamente, terem negado a aplicação do incidente de descon sideração ao processo do trabalho, o c. TST expediu a Instrução Normativa nº 39/2016 admitindo-o com certas adaptações.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar o incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), considerando principalmente a disciplina do c. TST constante na Instrução Normativa nº 39/2016. Ademais, ultrapassando os aspectos teóricos sobre o tema, busca-se procedimentalizar o incidente no âmbito trabalhista, como forma de respaldar o dia a dia daqueles que irão conviver com essa nova modalidade de intervenção de terceiros.

2 – EMPRESA E SÓCIO

Empresa é a atividade organizada pelo empresário, tendo como finalidade a obtenção de lucro. Embora seja essa a concepção clássica do conceito de empresa, o legislador utiliza a expressão em diversos sentidos. A CLT, por exemplo, a emprega pelo menos sob três ângulos: a) subjetivo, significando a própria pessoa física ou a jurídica (art. 2º); b) objetivo, representando o conjunto de bens que o empresário tem à sua disposição para exercer sua atividade (art. 448); e c) institucional, considerando a organização de pessoas com um objetivo comum, tendo “existência duradoura no tempo, independentemente do empresário que a exerce e dos seus colaboradores”¹. É o que nos parece estar incluído no art. 448 da CLT.

Embora a utilização de tais sentidos possa provocar críticas da doutrina, especialmente quanto ao conceito de empresa adotado na CLT para definir empregador², já que influenciado pelo institucionalismo, é fato que essa plura-

-
- 1 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial: teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis; introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 1. p. 167.
 - 2 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 443.

lidade de sentidos tem a finalidade de respaldar os direitos dos trabalhadores, valorizando o trabalho humano (CF/88, art. 170).

Disso resulta a existência de interpretações e mecanismos eficazes a respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, como é o caso da despersonalização do empregador na sucessão de empresa, aplicação da teoria objetiva na desconsideração da personalidade jurídica, responsabilização do sócio minoritário, etc.

Isso, porém, não tem o condão de confundir a pessoa física do sócio com a pessoa jurídica, vez que esta é reconhecida como “o conjunto de pessoas ou de bens, dotados de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns”³. As pessoas jurídicas possuem, portanto, personalidade diversa da dos indivíduos que a compõem e, conseqüentemente, autonomia patrimonial em algumas formas de constituição das sociedades (p. ex., sociedades limitadas).

Essa autonomia patrimonial e, principalmente, a limitação da responsabilidade dos sócios em relação às dívidas da pessoa jurídica, ao mesmo tempo em que permite o desenvolvimento de grandes empreendimentos comerciais, não pode servir para afastar o cumprimento de direitos sociais, bem como para possibilitar a realização de práticas abusivas perpetradas pelos sócios, razão pela qual passa a ser de extrema relevância a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, objeto do presente artigo.

3 – DÍVIDA E RESPONSABILIDADE

As pessoas físicas ou jurídicas, corriqueiramente, assumem obrigações, entendidas como “o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”⁴ (grifos no original). Nas palavras dos doutrinadores Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, obrigação pode ser conceituada como a “relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantido o cumprimento, sob pena de coerção”⁵ (grifos no original).

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. I. p. 215.

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: teoria geral das obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II. p. 7.

5 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: obrigações. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 2. p. 34-35.

DOCTRINA

Extraem-se desse conceito as características principais da obrigação: caráter transitório, vínculo jurídico entre as partes, caráter patrimonial e prestação positiva ou negativa.

Na análise da obrigação a doutrina a divide em dois elementos distintos: um de caráter pessoal/subjetivo, correspondente ao débito (*schuld*) e outro de caráter patrimonial, relacionado à responsabilidade (*haftung*).

O débito significa a prestação que deve ser cumprida pelo devedor em determinada relação jurídica. Trata-se, portanto, de vínculo pessoal ou do direito subjetivo do credor à prestação acordada na formação do vínculo obrigacional.

Nos casos em que o devedor adimplir as obrigações assumidas, tem relevância apenas a análise do débito. Todavia, quando a obrigação não é cumprida, faz-se necessário o exame da responsabilidade, a qual permite que o credor, nos casos de inadimplemento, efetue a cobrança patrimonial do devedor. Corresponde, portanto, à sujeição que recai sobre o patrimônio do devedor como garantia do direito do credor em razão do inadimplemento⁶. É, pois, um vínculo patrimonial, de modo que, nos dias atuais, quem responde é o patrimônio, e não o devedor pessoalmente.

Em regra, os dois elementos (débito e responsabilidade) coexistem nas obrigações, recaindo sobre a mesma pessoa (obrigação civil ou perfeita)⁷, qual seja o devedor.

Contudo, em algumas hipóteses, é possível observar a presença dos elementos de forma isolada.

É o caso, por exemplo, das obrigações naturais (p. ex. dívidas de jogo e dívidas prescritas), nas quais se verifica a presença do débito, sem que haja a garantia pelo patrimônio do devedor.

Há ainda situações em que se verifica a presença da responsabilidade patrimonial, sem que haja um débito propriamente dito. É o que ocorre com o sócio quando respondem patrimonialmente pelas dívidas da sociedade, ou seja, embora o débito seja a pessoa jurídica, o sócio responderá com seu patrimônio pelo inadimplemento da obrigação, atenuando a separação patrimonial entre a pessoa jurídica (sociedade empresária) e a pessoa física (sócio).

6 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 2. p. 39.

7 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 2. p. 42.

4 – RESPONSABILIDADE PRINCIPAL E SECUNDÁRIA

No âmbito processual, o conceito da responsabilidade patrimonial ganha grande importância principalmente na fase da execução, ou seja, quando a obrigação não é cumprida voluntariamente pelo devedor.

Em regra, quem responde pela dívida objeto da execução é o patrimônio do devedor, ou seja, aquele que é ao mesmo tempo obrigado e responsável⁸. Tem-se aqui a responsabilidade primária, de modo que o art. 789 do NCPC estabelece que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Além da previsão do art. 789 do NCPC, o art. 790, incisos III, V e VI, do NCPC também determina outros casos de responsabilidade primária, quais sejam bens do devedor na posse de terceiros, bens alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução e bens cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores.

Por sua vez, a responsabilidade será secundária quando aquele, mesmo não tendo participado da relação obrigacional, for responsável patrimonial pela satisfação da obrigação. Nesse caso, não há coincidência dos papéis do obrigado e do responsável no mesmo sujeito.

Para Araken de Assis, mesmo não havendo a cumulação dos dois papéis (obrigado e responsável), os responsáveis secundários não podem ser considerados como terceiros⁹, uma vez que, ao autorizar a constrição de bens sobre seu patrimônio, eles passam automaticamente a serem sujeitos passivos da ação¹⁰.

As hipóteses de responsabilidade secundária são descritas nos incisos I, II, IV e VII do art. 790 do NCPC, estando sujeitos à execução os bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; do sócio, nos termos da lei; do cônjuge ou do companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; e do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

No direito processual do trabalho, a responsabilidade secundária é facilmente verificada quando o responsável pelo pagamento é o sucessor trabalhista

8 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 292.

9 Em sentido contrário: BEBBER, Júlio César. *Processo do trabalho: temas atuais*. São Paulo: LTr, 2003. p. 178.

10 ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 293.

(arts. 10 e 448 da CLT), o tomador de serviços na terceirização lícita (Súmula nº 331, IV, do TST), as empresas de um grupo econômico, o sócio, etc.

Como o objeto do presente artigo corresponde ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica que, como regra, atinge o patrimônio do sócio, é importante destacar que sua legitimidade executiva está prevista em dois incisos do art. 790 do NCPC, como se verifica a seguir:

“Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

(...)

II – do sócio, nos termos da lei;

(...)

VII – do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.”

Embora a análise sistemática desses dois incisos seja de difícil compreensão, o inciso II fica reservado aos casos em que os sócios são corresponsáveis pelas obrigações da sociedade, como ocorre, por exemplo, com as sociedades em nome coletivo (CC/02, art. 1.039)¹¹, e as demais hipóteses para o item VII, no qual a responsabilidade patrimonial secundária dos sócios exige pronunciamento judicial por meio do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

5 – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

5.1 – Histórico

A doutrina majoritária considera que o caso inglês *Salomon v. A. Salomon & Co.*, julgado em 1897, representa o *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine* ou *disregard of legal identity*).

A discussão no mencionado caso teve como objetivo imputar responsabilidade ao sócio, Aron Salomon, pelo pagamento das dívidas da sociedade que havia se tornado insolvente em decorrência de uma série de greves que atingiu o governo inglês, seu principal cliente, o qual teve que diversificar seus fornecedores, diminuindo as vendas para a sociedade de Salomon e levando-a a falência.

11 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil – execução forçada*, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II. p. 314.

As decisões iniciais imputaram responsabilidade a Aron Salomon, já que teria abusado dos privilégios de Constituição e responsabilidade limitada da sociedade, sendo esta utilizada como artifício para fraudar credores. Contudo, a Corte dos Lordes alterou tais decisões, reafirmando a distinção entre a personalidade dos sócios e da sociedade, garantindo a autonomia da pessoa jurídica¹².

Alguns autores ainda citam os casos julgados pela Suprema Corte Americana *Bank of United States v. Deveaux* (1809) e *Booth v. Bounce* (1865) como os primeiros julgados a tratarem do tema da descon sideração da personalidade jurídica das sociedades empresárias¹³.

De qualquer modo, o tema surgiu no interesse de suspender a responsabilidade limitada dos sócios em relação às sociedades empresárias, ou seja, por questões de conveniência econômica e não em relação ao tema da personalidade jurídica propriamente dito¹⁴.

É por isso que a descon sideração da personalidade jurídica não se confunde com a despersonalização da personalidade jurídica. Na despersonalização da personalidade jurídica, a sociedade empresária desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta de alguma das condições de sua existência. Por sua vez, na descon sideração da personalidade jurídica (direta), levanta-se o “véu” da pessoa jurídica para adentrar no patrimônio do sócio, sem que, com isso, se retire a personalidade jurídica da sociedade. Busca-se afastar, momentânea e esporadicamente, a máxima romana *societas distat a singulis*, que reconhece ter as pessoas jurídicas existência diversa da dos seus membros. Dessa forma, uma das principais características da descon sideração da personalidade jurídica corresponde ao fato de ser casuística¹⁵.

No Brasil, a doutrina relacionada à descon sideração da personalidade jurídica foi introduzida por Rubens Requião e teve forte influência dos estudos realizados por Rolf Serick na Alemanha. Em regra, o fundamento utilizado para justificar a descon sideração da personalidade jurídica está ligado à função social

12 Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Da descon sideração da pessoa jurídica – aspectos de direito material e processual. *Revista Jurídica do Ministério Público*, v. 6, maio 2006, p. 53-68; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 521.

13 NUNES, Simone Lahorgye; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. A descon sideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes (Coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 302.

14 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 522.

15 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 525.

da propriedade, já que “a chamada *função social da pessoa jurídica (função social da empresa)* é corolário da função social da propriedade”¹⁶ (grifos no original).

De qualquer maneira, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é fruto de construção judicial, aprimorada pela doutrina e posteriormente contemplada na normal legal.

5.2 – *Previsão legal no direito material*

Inicialmente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi estabelecida no art. 28, *caput* e § 5º do CDC, que vaticina:

“Art. 28. 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.

(...)

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

Em seguida, foi prevista no art. 18 da Lei Antitruste nº 8.884/94, atualmente revogado pela Lei nº 12.529/2011, que prevê, no art. 34:

“Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

Ato contínuo, ao disciplinar as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, o art. 4º da Lei nº 9.605/98 declinou:

16 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 524.

DOCTRINA

“Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Posteriormente, o Código Civil passou a tratar da matéria em seu art. 50, o qual tem o seguinte teor:

“Art. 50. 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.”

Por fim, a Lei nº 12.259/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispôs, em seu art. 34, que:

“Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

5.3 – Teorias da desconsideração da personalidade jurídica

Inspiradas nas construções doutrinárias, jurisprudenciais e especialmente na interpretação, o arcabouço jurídico existente atualmente sobre o tema, ao menos duas teorias são detectadas no plano material para possibilitar a desconsideração da personalidade jurídica: a teoria subjetiva e a objetiva.

A teoria subjetiva (teoria maior) impõe a coexistência de dois requisitos para que possa ocorrer a desconsideração: 1) que os bens da pessoa jurídica sejam insuficientes para o pagamento da dívida; 2) haja comprovação de fraude ou de abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Trata-se da teoria contemplada no art. 50 do CC.

Por sua vez, a teoria objetiva (teoria menor) declina que a personalidade jurídica pode ser desconsiderada quando a pessoa jurídica não tiver bens suficientes para o pagamento da dívida, ou seja, quando, de qualquer forma, a personalidade da pessoa jurídica for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos

causados ao credor. Nas palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marina Silva Fonseca,

“(...) a teoria menor tem a insuficiência patrimonial da sociedade como pressuposto bastante à desconsideração da personalidade jurídica, prescindindo-se da verificação de qualquer conduta abusiva ou fraudulenta dos sócios. Visa-se, precipuamente, à redistribuição dos riscos empresariais, sendo os sócios preferencialmente onerados em relação aos terceiros credores da sociedade. Tal construção adquire relevo diante de bens jurídicos reputados prioritários em face da observância do regime jurídico personificatório, ou diante de relações marcadas pelo desequilíbrio entre as partes, nas quais desprovido o polo vulnerável de poder econômico de negociação ou remuneração pelos riscos incorridos.”¹⁷

Essa teoria vem expressamente prevista no art. 28, § 5º, do CDC.

Na seara trabalhista, prevalece o entendimento de que se aplica a teoria objetiva/menor, incidindo referido dispositivo do Código de Defesa do Consumidor. Isso se justifica porque o CDC e a CLT são normas tuitivas que buscam resguardar o direito do hipossuficiente, sendo, pois, compatíveis. Ademais, impõe-se a aplicação dessa teoria, ante a dificuldade de demonstração de fraude e do abuso de direito dos sócios, bem como pelo caráter alimentar das verbas postuladas em juízo¹⁸.

Aliás, nas ações coletivas na seara trabalhista aplica-se a teoria menor, podendo-se, inclusive, invocar o art. 4º da Lei nº 9.605/98 naquelas destinadas a preservar o meio ambiente.

No entanto, a teoria menor não alcança as ações que não derivem da relação de emprego¹⁹, caso em que se adotarão os pressupostos do art. 50 do CC/02, pois se trata de regra de direito material.

Vê-se, portanto, que sob o aspecto material já existiam e continuam existindo regras acerca dos requisitos para se reconhecer a desconsideração da personalidade jurídica. Não havia, porém, regras processuais sobre a forma

17 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 1.154.

18 SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016. p. 1.078; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 1.156.

19 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 587.

de se atingir o patrimônio do sócio. É nesse contexto que surge o incidente de desconsideração da personalidade, como um mecanismo processual adequado para atingir os bens dos sócios, respaldado no princípio do contraditório substancial e, conseqüentemente, no devido processo legal.

No entanto, antes de adentrarmos no aspecto processual do incidente é preciso ficar claro: o Novo CPC somente trata de procedimento e não de requisitos para caracterização da desconsideração que é regra de direito material. Tanto é assim que o art. 133, § 1º, do NCPC é enfático: “o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei”. Nesse sentido, leciona Alexandre Freitas Câmara:

“É que os pressupostos da desconsideração da personalidade devem ser estabelecidos pelo Direito Material, e não pelo Direito Processual, cabendo a este, tão somente, regular o procedimento necessário para que se possa verificar – após amplo contraditório – se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica, tendo-a por ineficaz.

Repita-se, assim, o fato de que os diversos ramos do Direito Material estabelecem requisitos distintos para que se desconsidere a personalidade jurídica, cabendo verificar, em cada caso concreto, qual o ramo do Direito Material que rege a causa.

Assim é, por exemplo, que nas causas que versem sobre relações de consumo incidirá o disposto no art. 28 do CDC (...).

Nas causas regidas pelo Direito Ambiental, de outro lado, incidirá a norma extraída do art. 4º da Lei nº 9.605/88, por força do qual ‘[p]oderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que de sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente’. Significa isto dizer que nos processos que versem sobre matéria ambiental o único requisito para a desconsideração da personalidade jurídica é que a sociedade não tenha patrimônio suficiente para assegurar a reparação do dano ambiental que tenha causado, permitida, assim, a extensão da responsabilidade patrimonial ao sócio (ou vice-versa, no caso de desconsideração inversa), pouco importando se houve dolo, culpa, fraude, má-fé ou qualquer outra forma de se qualificar a intenção de quem praticou o ato poluidor.

O mesmo poderia ser dito a respeito de causas diversas, como as trabalhistas ou aquelas em que se discute matéria tributária, entre muitas outras. Mas o quanto até aqui se disse é suficiente para demonstrar o que se sustenta: os requisitos da desconsideração variarão conforme

a natureza da causa, devendo ser apurados nos termos da legislação própria. Ao Código de Processo Civil incumbe, tão somente, regular o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (o qual será sempre o mesmo, qualquer que seja a natureza da relação jurídica de direito substancial deduzida em juízo).²⁰

No mesmo caminho, Daniel Assumpção Neves:

“(...) os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica são tema de direito material e dessa forma devem ser tratados pelo Código de Processo Civil.”²¹

Portanto, os pressupostos para a desconsideração são estabelecidos pelos diplomas legislativos de direito material, de modo que, nas ações oriundas da relação de emprego, continua a ser aplicado o art. 28, § 5º, do CDC (teoria menor).

5.4 – Desconsideração inversa da personalidade jurídica

A desconsideração inversa da personalidade jurídica consiste em atingir o patrimônio da sociedade em decorrência de dívidas do sócio, evitando que os sócios desviem seus bens para a sociedade como forma de evitar a execução de dívidas particulares.

Diante da clareza do voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp 948.117 sobre o tema, cabe reproduzir um trecho:

“De início, impende ressaltar que a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio.

Conquanto a consequência de sua aplicação seja inversa, sua razão de ser é a mesma da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita: combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Em sua forma inversa, mostra-se como um instrumento hábil para combater a prática de transferência de bens para a pessoa jurídica

20 CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 455.

21 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 308.

sobre o qual o devedor detém controle, evitando com isso a excussão de seu patrimônio pessoal.”²²

Percebe-se que a desconconsideração inversa não possui regramento no Direito Material, sendo construção jurisprudencial e doutrinária.

No processo do trabalho, ela é facilmente identificada na hipótese de empregador doméstico. Alguns julgados têm utilizado essa modalidade de desconconsideração quando, inicialmente, se desconsidere a personalidade jurídica alcançando o sócio que não possui bens, buscando-se, em seguida, bens em outras empresas que o sócio tem participação societária²³.

De qualquer maneira, o Novo CPC já antecipou e buscou respaldar o procedimento para a incidência dessa teoria, declinando no art. 133, § 2º, que se aplica o disposto no capítulo do incidente de desconconsideração “à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica”.

6 – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como visto, o ordenamento já previa a desconconsideração da personalidade jurídica, porém não existia um procedimento estabelecido para sua incidência, de modo que o Novo CPC incumbiu de tratar de seus aspectos processuais, dando origem ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

6.1 – Procedimento previsto no NCPC

O Novo CPC passa a prever o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos arts. 133 a 137, disciplinando-o como modalidade de intervenção de terceiros.

“Trata-se, na verdade, de um incidente processual que provoca uma intervenção forçada de terceiro (já que alguém estranho ao processo – o sócio ou a sociedade, conforme o caso –, será citado e passará a ser parte no processo, ao menos até que seja resolvido o incidente). Caso se decida por não ser caso de desconconsideração, aquele que foi citado por força do incidente será excluído do processo, encerrando-se assim sua participação. De outro lado, caso se decida pela desconconsideração, o sujeito

22 STJ, REsp 9.498.117/MS, j. 22.06.2010, Rel. Min. Nancy Andrighi.

23 Nesse sentido: TRT da 2ª Região, AP 0127000-08.2002.5.02.0074, Ac. 2016/0251693, Décima Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Davi Furtado Meirelles, DJESP 06.05.2016.

DOCTRINA

que ingressou no processo passará a ocupar a posição de demandado, em litisconsórcio com o demandado original.”²⁴

Tem, portanto, natureza de incidente processual, prescindindo de ação própria para provocar a desconsideração da personalidade jurídica.

O *caput* do art. 133 determina que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. Assim, no direito processual civil não é possível que o incidente seja instaurado de ofício.

O incidente pode ser instaurado em quaisquer fases do processo, seja de conhecimento, seja de execução, inclusive em processos que tramitem perante os Tribunais, em grau de recurso ou mesmo nos casos de competência originária (NCPC, arts. 134, *caput*, e 136, parágrafo único). Não há, portanto, prazo decadencial, sendo um direito potestativo²⁵. De qualquer maneira, a instauração do incidente é obrigatória para que o patrimônio dos sócios ou da sociedade (na desconsideração inversa) responda pela execução (NCPC, art. 795, § 4º).

O requerimento da desconsideração será dirigido ao sócio ou, quando for o caso de desconsideração inversa, à pessoa jurídica, apresentando sua fundamentação (pressupostos legais descritos no direito material que autorizam sua intervenção) e o pedido (desconsideração da personalidade jurídica).

O juiz analisará, superficialmente, o postulado, podendo indeferir liminarmente a instauração.

Quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, não haverá a necessidade de instauração do incidente, uma vez que os sócios já serão citados originariamente (litisconsórcio passivo), havendo pedido expresso em relação a eles. Nessa hipótese, há cumulação objetiva e subjetiva. De qualquer modo, não basta simplesmente incluir o sócio no polo da demanda, devendo ser apresentada a causa de pedir capaz de viabilizar a desconsideração.

Nos termos do art. 134, § 1º, do NCPC, a instauração do incidente deve ser imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas, especialmente acerca do nome do requerido. As anotações possuem como finalidade dar publicidade a terceiros de que os bens do requerido (sócio ou sociedade, na

24 CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 453.

25 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 309.

desconsideração inversa) poderão ser atingidos pela execução, viabilizando a declaração de fraudes à execução (NCPC, art. 137).

A instauração do incidente possui como efeito a suspensão do processo (NCPC, art. 134, § 3º). Trata-se, na verdade, de suspensão imprópria, pois “se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica implicasse mesmo a suspensão do processo, ter-se-ia um paradoxo: o processo ficaria suspenso até a resolução do incidente mas, de outro lado, não se poderia resolver o incidente porque o processo estaria suspenso”²⁶. Dessa forma, há apenas a vedação temporária da prática de atos que não se relacionem diretamente com o incidente, com exceção de atos urgentes.

Após a instauração do incidente, além da necessidade de comunicação ao distribuidor para as anotações devidas e da suspensão do processo, o sócio ou a pessoa jurídica (desconsideração inversa) será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias. Trata-se de contraditório prévio, o que não afasta, excepcionalmente, o contraditório diferido, quando presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória.

Caso a defesa não seja apresentada no prazo assinalado pelo art. 135 do NCPC, haverá a caracterização da revelia, com a consequente presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor (NCPC, art. 344).

Por outro lado, sendo apresentada a manifestação do requerido, se necessário, será iniciada a fase instrutória do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com a apresentação de provas referentes aos fatos controversos, podendo ser produzidos todos os meios legais ou moralmente legítimos de prova (NCPC, art. 369), já que a decisão do incidente será baseada em cognição exauriente²⁷.

Concluída a instrução, o incidente será resolvido por decisão interlocutória (NCPC, art. 136), de modo que, no processo civil, o incidente poderá ser impugnado mediante agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015, IV). Nos casos em que o incidente for instaurado originariamente no Tribunal, caberá ao relator decidi-lo (NCPC, art. 932, VI), admitindo-se da decisão monocrática do relator agravo interno (NCPC, art. 136, parágrafo único).

26 CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 458-459.

27 CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 462.

DOCTRINA

Conquanto se trate de decisão interlocutória, não havendo impugnação, ela produzirá coisa julgada material, sendo impugnável apenas por meio de ação rescisória, desde que presente alguma das situações elencadas no art. 966 do NCPC.

Após acolhido o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, incidirá o art. 790, VII, do NCPC, o qual permite a execução dos bens dos sócios ou da sociedade (na desconsideração inversa), uma vez que a responsabilidade patrimonial é estendida a eles.

Com a atribuição da responsabilidade patrimonial aos sócios ou da sociedade na desconsideração inversa, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude à execução, será ineficaz em relação ao requerente (NCPC, art. 137).

Quanto ao termo inicial da fraude à execução, aparentemente, os arts. 137 e 792, § 3º, do NCPC são contraditórios. No entanto, o art. 137 apenas dispõe que poderá existir fraude à execução se for acolhido o incidente de desconsideração, já que não sendo acolhido, não há que se falar em fraude. Não versa, portanto, sobre o termo inicial da fraude. Por sua vez, o art. 792, § 3º, do NCPC disciplina o termo inicial da fraude à execução, estabelecendo que “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”. A interpretação literal deste dispositivo leva-nos à conclusão de que o termo inicial deve ser considerado em relação ao executado originário, pois é dele que se pretendeu desconsiderar a personalidade. Contudo, uma interpretação lógica, impõe-nos interpretar que haverá fraude à execução para as alienações ou onerações de bens ocorridas depois da citação do sócio no incidente ou da sociedade no caso de desconsideração inversa.

Cumprе consignar, por fim, que o incidente de desconsideração é aplicável inclusive nos processos de competência dos juizados especiais, por força do art. 1.062 do NCPC.

7 – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

7.1 – Aplicabilidade

Como visto, o ordenamento previa os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, sem estabelecer um procedimento para tanto.

Nesse contexto, inicialmente, buscou-se “construir” um procedimento no processo do trabalho nos arts. 78 e 79 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, os quais declinavam que:

“Art. 78. Ao aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão fundamentada, cumpre ao juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências:

I – determinar a reautuação do processo, a fim de fazer constar dos registros informatizados e da capa dos autos o nome da pessoa física que responderá pelo débito trabalhista;

II – comunicar imediatamente ao setor responsável pela expedição de certidões na Justiça do Trabalho a inclusão do sócio no polo passivo da execução, para inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso;

III – determinar a citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade (art. 795 do CPC) ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, discussão sobre a existência da sua responsabilidade executiva secundária.

Art. 79. Comprovada a inexistência de responsabilidade patrimonial do sócio por dívida da sociedade, mediante decisão transitada em julgado, o juiz que preside a execução determinará ao setor competente, imediatamente, o cancelamento da inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso.”

Referidos dispositivos foram revogados pelo Ato nº 5 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, em razão do advento do art. 6º da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, que disciplina a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade previsto nos arts. 133 a 137 do NCP.

Contudo, a doutrina não é pacífica acerca da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes descritos no Novo CPC.

Parcela majoritária entende que, apesar de haver omissão na CLT e na legislação trabalhista em relação à desconsideração da personalidade jurídica, o procedimento previsto no novel Código é incompatível com os princípios desta seara, razão pela qual não deveria ser aplicado ao processo do trabalho (CLT, art. 769)²⁸. A incompatibilidade estaria configurada principalmente devido à

28 Nesse sentido: CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 e o direito processual do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. *Novo CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 85-104;

adoção da teoria objetiva pelo processo do trabalho, à restrição da iniciativa do incidente à parte e ao Ministério Público, à suspensão do processo, ao contraditório prévio e ao recurso autônomo.

Outra parcela sustenta que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto no NCPC é plenamente aplicável ao processo do trabalho, principalmente por valorizar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, declinam os Enunciados ns. 124 e 126 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

“*Enunciado nº 124.* A descon sideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença.”

“*Enunciado nº 126.* No processo do trabalho, da decisão que resolve o incidente de descon sideração da personalidade jurídica na fase de execução cabe agravo de petição, dispensado o preparo.”

Há ainda quem entenda que os arts. 133 a 137 do NCPC devem ser aplicados à seara trabalhista desde que realizadas adaptações ao processo do trabalho²⁹. Pensamos que essa tese está com a razão, seja porque há omissão na CLT sobre o tema, seja porque há compatibilidade, ainda que parcial, com o processo do trabalho.

Isso ocorre porque o incidente de descon sideração, como já dito, é norma processual, não provocando nenhuma alteração acerca dos pressupostos de Direito Material para a descon sideração da personalidade jurídica aplicados no âmbito da relação de emprego.

Ademais, os princípios da efetividade e celeridade, dentro de um processo minimamente democrático, não podem ser utilizados de forma genérica para

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de descon sideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 328-340; KLIPPEL, Bruno. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica e suas repercussões no processo do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65-76; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 580; SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016. p. 1.084.

29 CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 150-151; ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Incidente de descon sideração da personalidade jurídica*. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 307-325; SILVA, Bruno Freire e. *O novo CPC e o processo do trabalho I: parte geral*. São Paulo: LTr, 2015. p. 117-120.

dar validade a decisões surpresas. Evidentemente que, em casos excepcionais e verificados em cada caso concreto, o próprio ordenamento prevê mecanismos legítimos de atuação, como se dá com as tutelas provisórias. Disso resulta a necessidade de observância como regra geral do contraditório substancial preconizado nos arts. 7º, 9º e 10 do Novo CPC que, a nosso juízo, devem ser aplicados ao processo do trabalho, permitindo que se conceda às partes a possibilidade de se manifestarem *antes da decisão judicial*, a fim de que possam influenciar o convencimento do julgador. Em outros termos, o contraditório formal, contextualizado no CPC de 1973, previa-o como o binômio informação e possibilidade de reação. Por sua vez, o contraditório substancial (dinâmico) amplia a visão do contraditório contemplando-o como um trinômio: informação, possibilidade de reação e poder de influenciar o julgador. Esse novo elemento decorre do próprio Estado Democrático que confere a efetiva participação da sociedade na tomada de decisões, o que reflete, evidentemente, no Poder Judiciário. Impõe-se, portanto, que, em regra, o contraditório seja prévio, pois somente assim estar-se-á, verdadeiramente, influenciando o julgador antes de decidir. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

“O contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que, em ‘solitária onipotência’, aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.”³⁰

Além disso, a incompatibilidade de alguns aspectos procedimentais do Novo CPC ao processo do trabalho não autoriza, simplesmente, negar sua incidência, sob pena de se deixar de incidir um procedimento previamente estabelecido, ou seja, embasado no devido processo legal. Aliás, se não for aproveitado o único procedimento adotado na legislação, qual será aplicado? Aquele criado, casuisticamente, em cada vara do trabalho? Não nos parece ser a melhor opção dentro de um processo democrático.

Isso não autoriza, porém, a aplicação genérica e integral do procedimento previsto no Novo CPC, vez que, sendo o direito processual do trabalho ramo autônomo, a introdução de normas do procedimento comum devem ser temperadas, a fim de manter sua identidade (CLT, art. 769; NCPC, art. 15; TST-IN nº 39/2016, art. 1º).

30 THEODORO Jr., Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, jan./jun. 2010, p. 69.

Nesse contexto, o c. TST, por meio da Instrução Normativa nº 39/2016, entendeu que o procedimento previsto no NCPC é aplicável ao processo do trabalho, devendo ser realizadas algumas compatibilizações, como se verifica pelo teor do art. 6º:

“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, independente mente de garantia do juízo;

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.”

Observa-se pelo supramencionado dispositivo que o c. TST compatibilizou as regras de iniciativa na instauração do incidente, bem como as relacionadas aos recursos cabíveis.

De qualquer maneira, a compatibilização e o procedimento do incidente de descon sideração da personalidade jurídica no processo do trabalho passa por uma análise detida do *inter* procedimental e da referida instrução normativa, o que passamos a verificar nos próximos tópicos.

7.2 – Legitimidade no incidente

7.2.1 – Legitimidade ativa (iniciativa)

O art. 133 do Novo CPC restringe a iniciativa do incidente ao pedido da parte e do Ministério Público. No direito processual do trabalho, tal como previsto pelo c. TST no *caput* do art. 6º da IN nº 39/2016, o incidente poderá ser instaurado, na fase de execução, de ofício pelo juiz do trabalho.

A adaptação realizada pelo c. TST decorre especialmente do princípio inquisitivo aplicado na fase executiva trabalhista, previsto no art. 878 da CLT, o qual prevê que “a execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou

ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.

Dessa forma, se o juiz pode o mais, que é iniciar a execução, poderá o menos, que é a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Portanto, na fase de execução trabalhista, não é necessária a instauração de incidente a pedido da parte ou do Ministério Público do Trabalho, podendo o incidente da descon sideração da personalidade jurídica ser instaurado, de ofício, pelo juiz do trabalho.

Ressaltamos que o c. TST apenas permite que a descon sideração da personalidade jurídica seja instaurada *ex officio* na fase de execução, o que significa que, na fase de conhecimento, pressupõe o requerimento da parte ou do Ministério Público. Isso se justifica porque, nesta fase, o princípio da demanda tem prevalência, dependendo a instauração de provocação das partes.

Cumpr e fazer uma observação quanto à legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a instauração do incidente. A nosso juízo, terá legitimidade em duas hipóteses distintas: a) quando for parte no processo e b) nas hipóteses em que deve participar obrigatoriamente do processo e nos casos em que o interesse público permitir sua participação nos autos.

No primeiro caso, é importante definir o conceito de parte.

Trata-se de conceito antigo que não encontra pacificação doutrinária. Chiovenda entendia ser parte o sujeito que pede ou contra quem se pede a tutela jurisdicional, enquanto para Liebman, conceituando-a de forma mais ampla, é aquela que participa da relação processual em contraditório defendendo interesse próprio ou alheio, sendo sujeita de posições jurídicas ativas e passivas (faculdades, ônus, poderes, deveres, estado de sujeição)³¹.

Parcela da doutrina busca adequar os dois conceitos, instituindo como parte da demanda a definição de Chiovenda, e partes do processo, a defendida por Liebman³².

Entendemos ser adequado o conceito mais amplo de parte, de modo que parte é aquele que participa da relação processual em contraditório, sendo titular de situações jurídicas processuais ativas e passivas, independente de fazer pedido ou contra ele for pedido algo.

31 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 91.

32 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 142-143.

DOCTRINA

Assim, o Ministério Público, quando adentra ao processo como fiscal da ordem jurídica, adquire a condição de parte, servindo a diferenciação de órgão agente ou interveniente apenas para legitimar o ingresso do *Parquet* no processo. Em outros termos, antes de o Ministério Público ser incluído no processo, permite-se a diferenciação entre fiscal da ordem jurídica e órgão agente, mas, após sua inclusão, passa a ser considerado como parte.

Nos dizeres do doutrinador Cândido Rangel Dinamarco:

“São diversas as posições assumidas pelos agentes do Ministério Público, mas, qualquer que seja a figura processual em cada caso, *parte ele sempre será*, invariavelmente. Como tal, desfruta de todas as situações ativas e passivas que constituem a trama da relação jurídica processual, estando pois dotado dos poderes e faculdades que toda a parte tem e sujeito de ônus e de deveres inerentes à condição de parte; a ele são oferecidas, como a todas as partes, as oportunidades integrantes do trinômio *pedir-alegar-provar*; inerente à garantia constitucional do contraditório. (...) O *Parquet* pede, alega e prova, quer figure como mero fiscal da lei ou atue na defesa de interesses de alguma pessoa ou grupo. (...)

O inciso I do art. 138 do Código de Processo Civil [1973] faz expressamente a distinção entre o Ministério Público atuando como parte e os casos em que ele *não é parte* – em óbvia alusão ao fiscal da lei.

Essa distinção é, todavia, acientífica e choca-se com conceitos elementares do processo civil. Ser fiscal da lei não significa não ser parte, do mesmo modo que ser parte no processo não exclui que o Ministério Público possa sê-lo na condição de mero *custos legis*. (...) O *custos legis*, portanto, é parte.”³³ (destaques no original)

Partindo desse conceito de parte, nota-se que, se o Ministério Público é autor da demanda ou se já participou da fase de conhecimento, na fase de execução será parte, podendo requerer a instauração do incidente. Agora, se ainda não participou da fase de conhecimento, somente poderá requerer o incidente nos processos em que deveria ter participado obrigatoriamente ou quando o interesse público permitir sua participação.

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2. p. 436-437.

7.2.2 – *Legitimidade passiva*

A legitimidade passiva no incidente é de todos os sócios integrantes do corpo societário, permanecendo a sociedade como executada. Noutras palavras, na execução haverá ampliação subjetiva e não sucessão processual.

“(…) em sede de teoria menor/desconsideração mínima, a responsabilização dos sócios não tem lastro em conduta abusiva pessoalmente imputável, mas, sim, por se entender ‘que a posição do sócio implica uma obrigação de garantia ou que a ela é inerente um risco profissional’. Logo, todos os membros do corpo societário a partir do momento em que configuraria a insuficiência patrimonial da pessoa jurídica (o que pode incluir ex-sócios ao tempo da desconsideração) são passíveis de integração ao polo passivo, na qualidade de responsáveis subsidiários da sociedade (a qual permanecerá como ré).”³⁴

Tão logo seja instaurado o incidente, nos termos do art. 134, § 1º, do NCPC, deve ser imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas, especialmente acerca do nome do requerido.

7.3 – *Suspensão do processo*

Nos termos do art. 6º, § 2º, da IN nº 39/2016, do TST, “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”.

Observa-se que o c. TST seguiu a disciplina apresentada pelo art. 134, § 3º, do NCPC, ou seja, entendeu que a instauração do incidente suspende o processo, com exceção dos casos em que a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na própria petição inicial trabalhista, uma vez que nesses casos não há a necessidade de instauração do incidente.

É majoritário o entendimento na doutrina trabalhista de que a suspensão do processo em razão da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é incompatível com o processo do trabalho³⁵, uma

34 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1. p. 1.169.

35 Nesse sentido: ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 307-325; CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 e o direito processual do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. *Novo CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 85-104; SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016. p. 1.084.

DOUTRINA

vez que a CLT, embasada no princípio da concentração dos atos processuais, disciplina no art. 799 que na Justiça do Trabalho apenas podem ser opostas, com suspensão do feito, as “exceções” de suspeição (inclua-se impedimento) ou incompetência. Referido dispositivo impede, portanto, a instauração de incidentes que suspendam o trâmite processual.

Concordamos com referida tese quando se trata de incidente instaurado na fase de conhecimento, pois o art. 799 da CLT é dirigido a tal fase. Admitimos inclusive atos processuais conjuntos que atinjam tanto o incidente como o processo principal, quando possível, como é o caso da instrução e da sentença, já que temos mera ampliação subjetiva e objetiva.

Já no que tange à fase de execução, a ausência de suspensão significa negar a própria necessidade da instauração do incidente, uma vez que, enquanto o incidente estaria definindo a responsabilidade do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa), o processo continuaria para atingir seus bens, iniciando prazo para apresentação dos embargos à execução, recursos, fase de expropriação, etc., tudo antes da decisão que acolherá ou não o incidente.

Portanto, na fase executiva, haverá suspensão imprópria, porque suspende a execução, mas não, evidentemente, o próprio incidente.

No entanto, entendemos que a suspensão da execução só deve ocorrer em atos relacionados ao sócio ou à sociedade (na desconsideração inversa). Digo isso porque nada obsta de o trabalhador, por exemplo, instaurar o incidente e buscar ao mesmo tempo bens do tomador de serviços (responsável subsidiário), como forma de imprimir celeridade e efetividade na execução, tal como previsto no Enunciado nº 7 da Jornada de Execução na Justiça do Trabalho, *in verbis*:

“EXECUÇÃO. DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS DO DEVEDOR PRINCIPAL. INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO. A falta de indicação de bens penhoráveis do devedor principal e o esgotamento, sem êxito, das providências de ofício nesse sentido autorizam a imediata instauração da execução contra o devedor subsidiariamente corresponsável, sem prejuízo da simultânea desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal, prevalecendo entre as duas alternativas a que conferir maior efetividade à execução.”

Nesse caso, penso que a execução não será suspensa em relação ao tomador de serviços. Portanto, como regra, na fase de execução haverá suspensão do processo principal, não obstante possa prosseguir em relação a outros sujeitos não integrantes do polo passivo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

De qualquer maneira, havendo suspensão ela se dará até a decisão que acolhe ou não o incidente, tendo em vista que, quando cabível, o recurso terá efeito meramente devolutivo (CLT, art. 899, *caput*).

Cumprе destacar que, tratando-se de execução que já era definitiva, a interposição de recurso da decisão do incidente não tem o condão de convertê-la em provisória. Noutros termos, acabada a suspensão, a execução prossegue como definitiva em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa), ainda que em curso o julgamento de recurso³⁶.

Por fim, é importante descrever que, na hipótese de instauração do incidente de ofício, a suspensão do processo será imediata, já que o juiz vislumbrou os pressupostos materiais para sua instauração.

Por outro lado, sendo o caso de requerimento da parte ou do Ministério Público, a instauração do incidente é considerada como efetivada na prolação de decisão que o admite, e não no momento do requerimento³⁷. Esse entendimento decorre de interpretação do art. 134, § 4º, do NCPD que exige que o requerimento do incidente demonstre o preenchimento dos pressupostos legais, constantes nos diplomas de direito material, para que a petição seja admitida pelo juízo. Dessa forma, após requerida a instauração do incidente, o juiz, por meio de cognição sumária, deverá observar se é provável a existência dos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica. Em caso negativo, o juiz indeferirá liminarmente o incidente, razão pela qual ele não será nem mesmo

36 “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DO DEVEDOR. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO COMO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE EXECUÇÃO DEFINITIVA EM PROVISÓRIA. PRECEDENTES. 1. A execução provisória pode converter-se em definitiva, bastando para isso que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença. O oposto, todavia, não ocorre. A execução que inicia definitiva pode ser suspensa, por força dos embargos, mas não se transforma em provisória. Assim, pendente recurso da sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor, a execução prossegue como definitiva. 2. Havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (*fumus boni juris e periculum in mora*), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. O mesmo efeito é alcançável, com relação aos recursos especial e extraordinário, como ‘medida cautelar’, nas mesmas hipóteses e pelos mesmos fundamentos. 3. Precedentes: EAg 480.374/RS, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.05.05 e REsp 658.778/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 01.08.05. 4. Recurso especial a que se dá provimento.” (STJ, REsp 854.821, Proc. 2006/0118422-2, RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17.08.06, DJU 31.08.06, p. 297)

37 CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 457.

considerado como instaurado, obstando evidentemente a suspensão do processo³⁸. Em caso positivo, instaura-se o procedimento provocando a suspensão.

7.4 – Tutela cautelar

A instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, como visto, impõe como regra o contraditório prévio. Isso, porém, não obsta a concessão de tutela cautelar, quando presentes seus requisitos. Tanto é assim que o próprio c. TST, no art. 6º, § 2º, da IN nº 39/2016, fez a ressalva de que a suspensão não atingirá a concessão da tutela de urgência de natureza cautelar prevista no art. 301 do NCPC.

É importante destacar que o CPC de 1973, nos arts. 798 e 799, determinava de forma expressa que o juiz poderia, além dos procedimentos cautelares previstos no Código (cautelares nominadas ou típicas), determinar outras medidas provisórias quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Tratava-se do poder geral de cautela conferido ao juiz.

O NCPC, além de eliminar o processo cautelar autônomo, extinguiu as cautelares nominadas ou típicas, elencando o art. 301, de forma exemplificativa, algumas formas de efetivação das tutelas de urgência de natureza cautelar. Diante do dispositivo, a doutrina entende que o poder geral de cautela foi mantido no NCPC³⁹. Dessa forma, o poder geral de cautela é definido por Daniel Amorim Assumpção Neves como

“(…) o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia dessa tutela. Essa amplitude da proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de tutela quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei.”⁴⁰

Assim, como forma de evitar que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica seja utilizado como meio para fraudar à execução pelos sócios ou sociedade (no caso da desconconsideração inversa), é possível que o juiz,

38 CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 459.

39 Nesse sentido: Enunciado n. 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: o poder geral de cautela está mantido no CPC.

40 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 471.

a requerimento ou de ofício e valendo-se de seu poder geral de cautela, em sede cautelar antes mesmo da citação, determine às instituições financeiras o bloqueio dos ativos financeiros existentes em nome do sócio e da sociedade, na desconsideração inversa (NCPC, art. 854), ou o arresto de seus bens, evitando sua transferência e garantindo resultado útil do processo.

Cabe destacar que nesses casos o contraditório é postergado, por expressa opção legislativa (NCPC, art. 9º, I), não havendo prévia comunicação ao sócio executado.

Com a utilização das referidas medidas cautelares, garante-se que, no futuro, caso haja o acolhimento da desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou a empresa responsável tenham bens suficientes para a satisfação do crédito exequendo, evitando-se que eles sejam alienados ou onerados em fraude à execução⁴¹.

Por fim, cumpre destacar que o art. 797 do CPC de 1973 admitia, em casos excepcionais, a concessão de ofício da tutela cautelar, o que não foi reproduzido no Novo CPC. Em razão dessa omissão, parte da doutrina passa a exigir requerimento da parte, tendo em vista que, embora seja um mecanismo que busque garantir o resultado útil do processo e, portanto, de interesse público, há reflexos no direito material, além de provocar a responsabilidade objetiva da parte⁴². Para outros, é possível sua concessão de ofício em casos excepcionais para resguardar a justa composição do litígio, como se depreende das lições de Humberto Theodoro Jr:

“(...) somente quando houver situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional, poder-se-á excepcionalmente, fugir do rigor do princípio dispositivo, tornando-se cabível a iniciativa do juiz para determinar medidas urgentes indispensáveis à realização da justa composição do litígio.”⁴³

No mesmo sentido, Daniel Assumpção Neves:

41 Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 465.

42 MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 820; DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 607.

43 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I. p. 624.

“Entendo que mesmo diante do eloquente silêncio da lei, é provável que o tradicional poder geral de cautela se transforme num poder geral de tutela de urgência, sendo admitido, ainda que em caráter excepcional, a concessão de uma tutela cautelar ou antecipada de ofício.”⁴⁴

No processo do trabalho, ao menos na fase executiva, por vigorar o princípio inquisitivo não há óbice para a concessão de ofício da tutela cautelar (CLT, art. 878). Já na fase de conhecimento, pensamos que também será permitida sua concessão de ofício, pois o próprio deferimento da cautelar no incidente pressupõe medida de risco sério e evidente ao comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional.

7.5 – Citação e defesa

Instaurado o incidente, o art. 135 do NCPC indica que “o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

Trata-se de citação e não intimação, vez que busca integrá-los à relação processual (NCPC, art. 238), sendo este o mecanismo adequado para tornar alguém sujeito do processo.

No incidente instaurado na fase de execução, a citação será por oficial de justiça, tal como previsto no art. 880, § 2º, da CLT. Justifica-se a citação pessoal nesse caso, já que a decisão que acolhe o incidente simplesmente intimará o sócio ou a sociedade (na desconsideração inversa) para pagamento. Portanto, preserva-se a citação pessoal apenas para a integralização ao processo e não mais para o pagamento.

Cita-se para apresentar defesa nos autos e não em audiência.

A nosso juízo, o prazo para apresentação da defesa é de cinco dias e não 15 dias, como no processo civil. Isso porque as modalidades de defesa na fase executiva trabalhista (embargos à execução, impugnação à decisão de liquidação, embargos de terceiro) observam o prazo de cinco dias (CLT, art. 884; NCPC, art. 674), o que deve ser acompanhado no incidente de desconsideração. Por força do princípio da celeridade, o mesmo prazo deve ser observado quando o incidente for instaurado na fase de conhecimento.

A propósito, no processo do trabalho, desnecessário o requerimento das provas que pretende produzir, vez que se trata de diretrizes retiradas dos

44 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 437.

requisitos da petição inicial civil (NCPC, art. 319, VII), não exigidos para a reclamação trabalhista (CLT, art. 840, § 1º).

Não sendo apresentada a defesa, haverá revelia e confissão quanto à matéria de fato.

Por outro lado, caso seja apresentada, as matérias de defesa nas ações derivadas da relação de emprego são limitadas, pois, como já anunciado, haverá aplicação da teoria menor (objetiva).

Nesse contexto, com a demonstração de insolvência de bens da sociedade empresária, poderão os sócios, por exemplo, levantar como matérias de defesa o benefício de ordem descrito no art. 795, §§ 1º e 2º, do NCPC ou o fato de serem sócios retirantes (CC, art. 1.003). Discutidas tais matérias no incidente, há preclusão quanto a elas caso não sejam impugnadas, vez que a decisão do incidente é suscetível de recurso⁴⁵.

Ressaltamos que não devem ser admitidas as alegações de inexistência de fraude ou de abuso de direito (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), pois estes pressupostos apenas são exigidos na teoria maior ou subjetiva (CC, art. 50), não aplicável nas ações decorrentes da relação de emprego. Tais argumentos somente poderão ser conhecidos nas ações que não derivem da relação de emprego.

7.6 – Instrução

O art. 134, § 4º, do NCPC estabelece que “o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”. Esse dispositivo não deve ser interpretado literalmente, mas de forma sistemática com o art. 136 do NCPC que permite a instrução processual do incidente.

Disso resulta que o requerente deverá apresentar elementos mínimos de que estão presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, admitindo sua comprovação durante a instrução processual. Noutras palavras, esse dispositivo não impõe a existência de prova pré-constituída para o trâmite do incidente, podendo o requerente, após anunciar os elementos mínimos, postular ao juiz que proceda a pesquisas por meio de convênios judiciais para demonstrar a insuficiência de bens da sociedade, bem como a imediata concessão de tutela cautelar.

45 Inclusive na fase de conhecimento, já que deverá ser impugnada por meio de recurso ordinário no momento da decisão final.

Por outro lado, não havendo indícios mínimos de insuficiência de bens (p. ex., decorrentes de outros processos), inicialmente deverão ser postuladas as providências judiciais quanto à existência de bens e, caso inexistente, requerer a instauração do incidente ou ser instaurada de ofício.

No que tange ao ônus da prova dos pressupostos para o acolhimento da descon sideração, parte da doutrina entende que, sendo colocada sob o encargo do exequente trabalhista, cria-se mais um obstáculo à aplicação desse incidente ao processo do trabalho⁴⁶, vez que, em regra, tem posição hipossuficiente. Dessa forma, o ônus da prova deveria ser sempre do sócio ou da sociedade atingida, e não do exequente.

Como somos adeptos de que nas ações decorrentes da relação de emprego os pressupostos a serem demonstrados são os descritos no art. 28, § 5º, do CDC (teoria menor ou objetiva), ou seja, basta a constatação de que a pessoa jurídica cuja personalidade se pretende descon siderar não possui bens suficientes para o pagamento da dívida, pensamos que não se atribui ao credor trabalhista um excessivo ônus probatório, tanto que o próprio juiz, *ex officio*, poderá descon siderar a personalidade jurídica na fase da execução diante da presença nos autos de documentos que demonstram a insuficiência de bens da sociedade.

Nada obsta, porém, que, se necessário no caso concreto, seja invocada a teoria dinâmica do ônus da prova, quando preenchidos os requisitos do art. 373, § 1º, do NCPC.

De qualquer maneira, ante a incidência da teoria menor (objetiva) nas ações decorrentes da relação de emprego, em regra, não haverá necessidade de dilação probatória, podendo o incidente ser julgado imediatamente após a apresentação de defesa do sócio ou da sociedade (na descon sideração inversa), nos termos do art. 355, I, do NCPC.

Sendo acolhido o incidente na fase de execução, o juiz intimará⁴⁷ o sócio ou a sociedade (na descon sideração inversa) para pagar ou nomear bens à penhora no prazo de 48 horas (CLT, art. 880).

Realizada a penhora, como o sócio já é considerado como integrante do polo passivo da execução, a apresentação da defesa dos atos posteriores à descon sideração deverá ser realizada por meio dos embargos à execução (NCPC, arts. 914 e seguintes). Os embargos de terceiro ficam restritos aos sócios que não

46 CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 e o direito processual do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. *Novo CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 95-96; SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016. p. 1.086.

47 Intimar e não citar, vez que o sócio já está integrado na fase executiva.

tiverem feito parte do incidente de descon sideração da personalidade jurídica (NCPC, art. 674, § 2º, III).

7.7 – Impugnação da decisão

Acolhendo ou rejeitando o incidente de descon sideração passa a ter relevância se a decisão é impugnável imediatamente.

Nesse contexto, o c. TST no art. 6º, § 1º, da IN nº 39/2016, declinou o que segue:

“§ 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;

III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).”

Dessa forma, possuindo natureza de decisão interlocutória, a decisão, se proferida no processo de conhecimento, não será impugnável de imediato, por força do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (CLT, art. 893, § 1º). Inaplicável, portanto, o art. 1.015, IV, do NCPC, de modo que sua impugnação ocorrerá no momento da decisão final, cabendo naturalmente o recurso ordinário e, posteriormente se for o caso, o recurso de revista.

Já nos casos em que o incidente for instaurado originariamente no Tribunal, seu julgamento será feito pelo relator (NCPC, art. 932, V). Com efeito, sabendo-se que a decisão colegiada é da índole dos Tribunais, o relator, quando atua de forma monocrática, age por delegação do órgão colegiado, razão pela qual sua decisão submete-se ao agravo interno (NCPC, art. 1.021).

No tocante à impugnação das decisões proferidas na fase de execução, cumpre fazer uma análise mais aprofundada sobre o tema, especialmente em relação ao depósito recursal.

7.7.1 – Agravo de petição e depósito recursal

O agravo de petição está previsto no art. 897, *a*, da CLT, que estabelece:

“Art. 897. Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias:

a) de petição, das decisões do Juiz ou Presidente, nas execuções (...).”

DOCTRINA

Pela interpretação literal desse dispositivo, verifica-se que o agravo de petição é cabível das decisões na fase de execução. A generalidade desse dispositivo provoca dúvida na doutrina e na jurisprudência acerca do alcance proposto pela norma. Noutras palavras, quais decisões são impugnáveis pelo agravo de petição?

É sabido que o juiz profere despachos, decisões interlocutórias e sentenças.

Os despachos são irrecorríveis (NCPC, art. 1.001), seja na fase de conhecimento, seja na fase de execução.

Por outro lado, as sentenças terminativas ou definitivas, por resolverem o processo, com ou sem resolução do mérito, são recorríveis. Na fase de execução, o recurso adequado é o agravo de petição. Desse modo, as decisões proferidas nos embargos à execução, embargos de terceiros (desde que ajuizado na fase de execução⁴⁸) e na impugnação à decisão de liquidação são recorríveis por meio do agravo de petição. O mesmo se diga da decisão que acolhe a exceção de pré-executividade extinguindo a execução⁴⁹ e da decisão que acolhe a prescrição intercorrente⁵⁰.

A maior celeuma fica por conta das decisões interlocutórias, existindo três correntes acerca do tema.

A primeira declina que o art. 893, § 1º, da CLT, que veda a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, é aplicável na fase executiva, restringindo o cabimento do agravo de petição⁵¹.

A segunda descreve que o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias não se aplica na fase de execução, possibilitando a impugnação imediata de todas as decisões, pois o art. 897, *a*, da CLT não fez nenhuma restrição⁵².

Por sua vez, a terceira admite a impugnação imediata quando a decisão impuser um obstáculo intransponível para a execução ou for capaz de, concretamente, produzir prejuízo grave e imediato a direito tido por incontestável⁵³.

48 Sendo ajuizado na fase de conhecimento caberá recurso ordinário.

49 A decisão que rejeita ou acolhe parcialmente a exceção é irrecorrível de imediato.

50 O c. TST não admite a incidência da prescrição intercorrente no processo do trabalho (Súmula n. 114 do TST; IN n. 39/2016, art. 2, VIII).

51 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 454-455.

52 CARRION, Valentin *apud* MOURA, Marcelo. *Consolidação das leis do trabalho para concursos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 1.173.

53 BEBBER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 310.

DOCTRINA

De nossa parte pensamos que a terceira corrente está com a razão.

Como regra, as decisões interlocutórias proferidas na execução não podem ser impugnadas, sob pena de inviabilizar o prosseguimento da execução.

Contudo, pode ocorrer de a decisão interlocutória criar obstáculo intransponível ao prosseguimento da execução, equiparando-se à sentença terminativa⁵⁴. Noutras palavras, quando se estiver diante de decisão interlocutória terminativa do feito. Esse é o caso da decisão que rejeita o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, por inviabilizar o prosseguimento da execução em face do sócio ou da sociedade (na descon sideração inversa).

Do mesmo modo, pode acontecer de a decisão interlocutória produzir prejuízo iminente ao agravante, admitindo-se o agravo de petição para afastá-lo⁵⁵. Parece-nos ter sido essa a posição do c. TST para admitir o agravo de petição da decisão que acolhe o incidente.

Embora parte da doutrina tenha adotado o entendimento de que não caberá recurso da decisão que acolhe o incidente, permitindo sua impugnação apenas da decisão dos embargos à execução, quando a matéria deverá ser discutida novamente⁵⁶, pensamos que a posição adotada pelo e. TST, se bem interpretada, é mais eficiente apesar de permitir a imediata impugnação.

Com efeito, as matérias discutidas no incidente, se não recorridas imediatamente, devem provocar a preclusão e, conseqüentemente, coisa julgada. Além disso, o agravo de petição terá efeito meramente devolutivo, não obstando o prosseguimento da execução definitiva em face do sócio. Ademais, existindo meio de impugnação eficaz a afastar o prejuízo do agravante, não há que se falar em cabimento do mandado de segurança e, conseqüentemente, a utilização do c. TST como instância ordinária.

54 TST-RR-205200-90.1990.5.02.0028, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 28.09.2012. “I – AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. A potencial violação do art. 5 , LV, da Constituição Federal encoraja o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II – RECURSO DE REVISTA. DECISÃO PROFERIDA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. CABIMENTO. AGRAVO DE PETIÇÃO. O disposto no art. 893, § 1 , da CLT há de ser interpretado em sintonia com a disciplina do art. 897, a, do mesmo Texto, de forma a compreender-se que desafiarão agravo de petição as decisões proferidas em execução, quando, mesmo que excedentes às trilhas dos embargos à execução e da impugnação aos cálculos, criarem empecilhos ao regular desfecho do procedimento, abandonando, assim, a aparência interlocutória, para alcançar foros de definitividade. Recurso de revista conhecido e provido”.

55 MIESSA, Élisson. *Recursos trabalhistas*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 235.

56 Nesse sentido: CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 151.

DOCTRINA

Assim, desde que o agravo de petição inviabilize o cabimento do mandado de segurança, provoque preclusão e admita o prosseguimento imediato da execução definitiva em face do sócio, pensamos ser cabível imediatamente da decisão que acolhe o incidente, tal como previsto na Instrução Normativa nº 39 do TST.

É interessante destacar que prosseguindo a execução, da decisão dos embargos à execução também caberá agravo de petição, ficando o relator que julgou ou julgará o agravo de petição do incidente prevento para o agravo de petição dos embargos.

Outro ponto digno de nota diz respeito à exigência de depósito recursal no referido agravo de petição.

É sabido que o depósito recursal tem como finalidade a garantia de futura execução. Na fase de conhecimento, o depósito possui um teto máximo, que pode ser legal ou o valor da condenação, nesse último caso quando inferior ao teto legal.

Na fase de execução, por sua vez, não existe teto legal, de modo que deverá ser no valor integral da execução ou da majoração.

Desse modo, como em regra o agravo de petição é posterior à penhora, que tem natureza de garantir a execução, ele somente será exigido se houver elevação do valor do débito, exigindo-se o depósito no valor total da majoração (Súmula nº 128, II, do TST).

Diante dessa sistemática do depósito recursal no agravo de petição, a interposição desse recurso da decisão do incidente, independe de garantia do juízo, como previsto no art. 6º, § 1º, II, da IN nº 39/2016 do TST. Isso porque exigir o depósito recursal no caso equivaleria a uma espécie de “penhora antecipada” dos bens do sócio como forma de satisfazer o pressuposto recursal do preparo, já que, como dito, o depósito na hipótese deveria ser integral, pois como regra não haverá penhora nem mesmo parcial.

De qualquer modo, tendo o agravo de petição efeito meramente devolutivo, não obsta a penhora dos bens do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa) na execução propriamente dita.

7.7.2 – Recurso de revista

Na fase de execução, o cabimento do recurso de revista vem descrito no art. 896, § 2º, da CLT, *in verbis*:

DOCTRINA

“§ 2º Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.”

Portanto, limita seu cabimento à hipótese de violação direta e literal da norma Constitucional. Diante dessa restrição, é necessário que façamos algumas observações.

É possível que, no caso concreto, o magistrado tome pelo menos duas atitudes quando tiver que atingir os bens do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa): 1) negar a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao processo trabalhista, simplesmente redirecionando a execução em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa); e 2) aplicar o incidente de desconsideração previsto no Novo CPC, mas fazendo as compatibilizações que entender pertinentes com o processo do trabalho.

No primeiro caso, entendemos que será cabível a interposição de recurso de revista por afronta direta e literal à Constituição Federal.

Isso porque, conforme analisamos anteriormente, o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do NCPC teve como objetivo assegurar o contraditório substancial e, conseqüentemente, do princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal consiste, portanto, no direito de que os cidadãos serão processados pelas regras já existentes no ordenamento jurídico.

O princípio do devido processo legal corresponde ao “postulado fundamental do direito (gênero)”, do qual derivam todos os demais princípios constitucionais do processo⁵⁷, podendo ser compreendido em duas dimensões: formal e material (substancial).

Em sua dimensão formal, o princípio do devido processo legal confere a todo sujeito o direito a um processo que observe as demais garantias estabelecidas na Constituição ou em leis infraconstitucionais, ou seja, garante o direito fundamental a um processo devido, que respeite o contraditório e a ampla defesa, o tratamento paritário entre as partes do processo, a publicidade, dentre outros princípios processuais. Tem como foco, portanto, o aspecto formal do processo.

57 NERY Jr., Nelson *apud* SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*: de acordo com o novo CPC. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 88.

Na dimensão substancial ou material, o princípio do devido processo legal deve levar em conta não somente a observância de exigências formais, mas também o compromisso de que as decisões jurídicas estarão em conformidade com o acesso à justiça, com a efetividade e com a duração razoável do processo. Em outras palavras, “devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas”⁵⁸.

Destacamos que as duas dimensões do devido processo legal (formal e substancial) devem ser avaliadas de forma conjunta, mesmo porque são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que definem o que é um processo justo/adequado aos demais princípios processuais. Assim, o devido processo legal substancial deve ser utilizado como parâmetro na definição do devido processo legal formal⁵⁹.

Dessa forma, o devido processo legal compreende a garantia de que não haverá abuso de poder nos âmbitos administrativo, legislativo e judicial.

Com efeito, o simples redirecionamento da execução em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa) significa a negação do procedimento legalmente previsto para a desconsideração da personalidade jurídica, constituindo-se em decisão arbitrária e violando, conseqüentemente, o devido processo legal. Por isso, pensamos que nesse caso será cabível recurso de revista por violação constitucional (art. 5º, LIV).

Por sua vez, nos casos em que o magistrado trabalhista aplique parcialmente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, faça adaptação do procedimento previsto no NCPC aos princípios da seara trabalhista, não há que se falar em violação ao devido processo legal, mas, sim, em interpretação de lei infraconstitucional. Nesse caso, poderá existir violação direta da lei federal (arts. 133 a 137 do NCPC) e, no máximo, violação reflexa da Constituição⁶⁰. Portanto, nessa hipótese, não será admitido o recurso de revista e nem mesmo o extraordinário (Súmula nº 636 do STF)⁶¹.

Em resumo, na fase de execução, apenas caberá o recurso de revista nos casos em que o magistrado ignorar totalmente a disciplina do NCPC relativa

58 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1. p. 50.

59 ÁVILA, Humberto *apud* DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 71.

60 A ofensa indireta ou reflexa ocorre quando o recorrente tiver que invocar uma norma infraconstitucional para chegar à norma constitucional.

61 Súmula n 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pois se trata de violação ao princípio constitucional do devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV). Todavia, quando houver mera interpretação dos arts. 133 a 137 do NCPD e a consequente adaptação do procedimento trabalhista pelo magistrado, por se tratar apenas de violação reflexa da Constituição Federal ou mesmo violação literal de disposição de lei federal, não será cabível recurso de revista na fase da execução.

Por fim, destacamos que não é possível a interposição de recurso de revista por violação às diretrizes constantes do art. 6º da Instrução Normativa nº 39 do TST, uma vez que esta possui apenas natureza administrativa, não tendo caráter normativo ou jurisprudencial a legitimar o cabimento desse recurso.

8 – CONCLUSÃO

O direito material já versava sobre a desconsideração da personalidade jurídica, mas nada previa acerca da forma de realizar processualmente tal desconsideração. Desse modo, o Novo Código de Processo Civil passou a abordar o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos arts. 133 a 137.

A aplicação desses dispositivos ao processo do trabalho passa pela análise de dois requisitos: omissão e compatibilidade, nos termos dos arts. 769 e 889 da CLT e 15 do NCPD (TST-IN nº 39/2016, art. 1º). Embora o âmbito laboral seja omissivo sobre o tema, a chegada de um instituto totalmente novo gera, naturalmente, repulsa imediata para aqueles que lidam com a efetivação dos direitos fundamentais. No entanto, pensamos que, fazendo-se as compatibilizações necessárias, o incidente deve ser aplicado ao processo laboral, com a finalidade de respeitar os princípios do devido processo legal e do contraditório substancial, sem prejudicar, no entanto, os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nesse contexto, a aplicação das normas processuais referentes ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica previstas no NCPD não deve provocar nenhuma alteração acerca dos pressupostos de Direito Material que possibilitam a desconsideração, incidindo nas relações de emprego a teoria menor ou objetiva, disciplinada no art. 28, § 5º, do CDC. Dessa forma, no processo do trabalho, a desconsideração poderá ocorrer quando a pessoa jurídica não possuir bens suficientes para o pagamento da dívida. As mesmas regras são aplicadas à desconsideração inversa da personalidade jurídica.

DOCTRINA

Partindo desse pressuposto (teoria objetiva), a nosso juízo, o procedimento previsto no NCPC para ser aplicado ao processo do trabalho deve sofrer as seguintes adaptações:

1) *legitimidade ativa (iniciativa)*: com base no princípio inquisitivo, na fase de execução trabalhista é permitida a instauração, de ofício, pelo Juiz do Trabalho; e

2) *suspensão do processo*: na fase de conhecimento, em razão do disposto no art. 799 da CLT, a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica não deve provocar a suspensão do processo. Já no que tange à fase de execução, pensamos que a suspensão se faz necessária para evitar que os bens dos sócios ou da sociedade (na desconconsideração inversa) sejam atingidos antes da decisão que acolhe a desconconsideração da personalidade jurídica. De qualquer maneira, a suspensão da execução deve ocorrer tão somente aos atos relacionados ao sócio ou à sociedade (na desconconsideração inversa), mas não em relação a outros sujeitos não integrantes do polo passivo do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Salientamos que, para evitar que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica seja utilizado como instrumento de fraude pelos sócios ou pela sociedade (na desconconsideração inversa), é possível que o juiz, de ofício (ou a requerimento) e valendo-se de seu poder geral de cautela, antes mesmo da citação, conceda medidas cautelares que evitem a transferência de bens e garantam o resultado útil do processo.

1) *prazo para defesa*: diferentemente do NCPC que concede o prazo para apresentação de defesa de 15 dias (art. 135), no processo do trabalho, em consonância com os demais prazos concedidos para apresentação de defesa na fase executiva trabalhista e com o princípio da celeridade, deverá ser concedido o prazo de cinco dias;

2) *instrução processual*: ante a incidência da teoria menor (objetiva) nas relações de emprego não haverá, como regra, necessidade de dilação probatória, podendo o incidente ser julgado imediatamente após a apresentação de defesa do sócio ou da sociedade (na desconconsideração inversa);

3) *impugnação da decisão que acolher ou rejeitar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica*:

a) na fase de cognição, não é cabível recurso de imediato, em razão do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (art. 893, § 1º, da CLT; TST-IN nº 39/2016, art. 6º, § 1º);

DOCTRINA

b) na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo, desde que inviabilize o cabimento do mandado de segurança, provoque preclusão e admita o prosseguimento imediato da execução definitiva em face do sócio. Ademais, das decisões que negarem a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica simplesmente redirecionando a execução em face do sócio será cabível a interposição de recurso de revista por afronta direta e literal à Constituição Federal, em razão da violação do princípio do devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV). Por sua vez, nos casos em que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica for aplicado parcialmente, por se tratar de interpretação de lei infraconstitucional (violação direta da lei federal) não será admitido o recurso de revista; e

c) nos casos em que o incidente for instaurado originariamente no Tribunal, a decisão monocrática submete-se ao agravo interno (NCPC, art. 1.021).

Com efeito, mantendo-se a aplicação da teoria menor (objetiva) para ações decorrentes da relação de emprego e observadas as compatibilizações anteriormente apresentadas, acreditamos que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é aplicável ao processo do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: RT, 2016.

AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes (Coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BEBBER, Júlio César. *Processo do trabalho: temas atuais*. São Paulo: LTr, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração ad personalidade jurídica. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Lições de direito processual civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 e o direito processual do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. *Novo CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. *Novo CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

DOCTRINA

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao processo do trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica – aspectos de direito material e processual. *Revista Jurídica do Ministério Público*, v. 6, maio 2006, p. 53-68.

KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no processo do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MIESSA, Élisson (Coord.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Recursos trabalhistas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MOURA, Marcelo. *Consolidação das Leis do Trabalho para concursos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume único*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DOCTRINA

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Simone Lahorgye; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes (Coord.). *Direito societário contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. II.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Bruno Freire e. *O novo CPC e o processo do trabalho I: parte geral*. São Paulo: LTr, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil – execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II.

_____. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, jan./jun. 2010, p. 69.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial: teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis; introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

NOVO CPC E PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DA IN N° 39*

Estêvão Mallet**

1 – INTRODUÇÃO

Promulgado o novo Código de Processo Civil, logo surgiram vários questionamentos sobre as suas disposições aplicáveis e não aplicáveis ao processo do trabalho. A complexidade do problema e suas implicações práticas, nos processos em curso e nos novos, são evidentes. Dispensam exposição detalhada. Basta mencionar as dúvidas sobre a contagem de prazos, sobre a inquirição de partes e testemunhas, sobre a fundamentação das decisões, sobre a necessidade, ou não, de instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica, entre tantos outros pontos. A própria sobrevivência da regra do art. 769 da CLT, diante da previsão do art. 15 do novo CPC, agrava todas as discussões teóricas, tanto mais diante da inconstitucionalidade desse último dispositivo, algo que curiosamente tem passado despercebido, ficando ao largo das discussões teóricas até o presente desenvolvidas¹.

* O autor expressa sua sincera gratidão pela atenta e paciente leitura que desse artigo fez José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, notável advogado e amigo muito estimado. Apresentou ele importantes e inteligentes sugestões, além de corrigir muitos erros do rascunho inicial. Os demais erros que permanecem no texto, como é evidente, são de exclusiva responsabilidade do autor.

** *Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; advogado.*

1 A inconstitucionalidade decorre de haver sido o texto do dispositivo alterado na votação realizada na Câmara, sem devolução à Casa iniciadora do processo legislativo, em desacordo com o estabelecido no parágrafo único do art. 65 da Constituição. O texto aprovado no Senado tinha a seguinte redação: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicada supletivamente”. Na Câmara, porém, aprovou-se o seguinte: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Suprimiu-se a referência a “processos penais”, introduziu-se a alusão a “processos (...) trabalhistas”, além de acrescer-se a enigmática conjugação de aplicação qualificada: “(...) supletiva e subsidiariamente”. As modificações não são meramente redacionais e afetam a substância da regra, particularmente no campo do processo do trabalho. A sanção imediata do texto modificado implica ofensa ao processo legislativo constitucional e ao bicameralismo, matéria que não é meramente *interna corporis* do Congresso, sujeitando-se à censura judicial, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Cf., sobre o tema: STF, Pleno, ADI 3.146/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 11.05.06, DJU 19.12.06, p. 35.

Tamanha incerteza, que gera enorme insegurança, apresenta, como é óbvio, muitos inconvenientes. Desaparecendo a segurança, nota Roubier, “il n’y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister”². A falta de segurança não deixa de minar a própria garantia de acesso à justiça, que a nova legislação procurou facilitar. Como um autor escreveu, “l’accès à la justice du droit est une tromperie quand le droit est largement incertain”³.

Para tentar atenuar essas dificuldades todas, o Tribunal Superior do Trabalho aprovou a Instrução Normativa nº 39, na qual procurou indicar dispositivos do novo CPC compatíveis com o processo do trabalho e dispositivos com ele incompatíveis, mencionando, para alguns dos primeiros, as adaptações exigíveis para aplicá-los aos litígios de competência da Justiça do Trabalho. Todavia, a iniciativa logo suscitou outra controvérsia, agora sobre a constitucionalidade do ato normativo editado.

2 – CONSTITUCIONALIDADE DA IN Nº 39

Menos de dois meses depois de editada, a IN nº 39 teve sua constitucionalidade questionada em ação direta⁴. A impugnação, não verificada no caso de outras tantas instruções normativas do gênero⁵, supõe a força vinculante do ato, o que atritaria com as regras constitucionais sobre competência legislativa, sobre reserva legal e sobre autonomia e independência decisória dos juízes. É o que fica evidente na passagem da petição inicial da ação direta em que se afirma que a “instrução normativa, contendo típicas normas de sobredireito (...), submete os magistrados à sua observância (...)”⁶.

A inconstitucionalidade, todavia, deixa de fazer sentido na medida em que se reconheça – e se afirme – não ter a IN nº 39 força de lei, envolvendo,

2 *Théorie générale du droit*. Paris: Sirey, 1951. p. 334. Realmente, “sem segurança – ressalta Oliveira Ascensão – a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem” (*O direito – introdução e teoria geral*. Coimbra: Almedina, 1991. n. 110. p. 184).

3 TUNC, André. En quête de justice. In: *Accès à la justice et état-providence*. Paris: Economica, 1984. p. 312.

4 ADIn 5.516, distribuída em 05.05.2016.

5 Não há notícia de ajuizamento de ação direta para impugnar, por exemplo, a IN n. 3, sobre depósito recursal, a IN n. 27, sobre procedimento aplicável nas causas de competência da Justiça do Trabalho, segundo a Emenda Constitucional n. 45, ou a IN n. 31, sobre depósito prévio em ação rescisória, nitidamente com mais força cogente do que outras. Houve, é verdade, grande polêmica com respeito à IN n. 22, que pretendeu disciplinar a forma de apresentação do recurso de revista. Ela foi revogada pela IN n. 23, subsistindo, porém, as diretrizes anteriores a título de recomendação, o que, sem dúvida, vale para a recente IN n. 39. E, de qualquer sorte, aquelas recomendações se tornaram preceitos específicos do art. 896 da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.015/2014.

6 P. 12 da petição inicial da ADIn.

em rigor, mera proposição interpretativa ou, consoante a jurisprudência do próprio Tribunal Superior do Trabalho, formada no caso de outras instruções normativas, valor de singela “recomendação”⁷.

É bem possível, sob esse prisma, que na ação direta apenas se declare o caráter não vinculativo da IN nº 39, na linha das informações prestadas pelo Tribunal Superior do Trabalho na ação direta⁸, prejudicando-se, via de consequência, o pedido de declaração de inconstitucionalidade⁹.

Pronunciado o valor meramente propositivo da IN nº 39, exsurge, porém, outra dificuldade¹⁰. Em caso de decisão tomada em desacordo com o que nela se contém, a invocação de ofensa ao seu teor não autoriza a interposição de recurso de revista. A recorribilidade exige, no caso, violação de “disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal”¹¹. O recurso depende, portanto, de fundamentação em que se exponha a ofensa ao dispositivo legal que deveria ter sido aplicado, e não o foi, ou ao dispositivo que, inaplicável, veio a ser utilizado na solução da controvérsia. Caso, por exemplo, se adote contagem de prazo segundo a regra do art. 219 do CPC, reputando-se tempestivo recurso ordinário oferecido no nono dia do prazo, segundo a regra do art. 775 da CLT, o recurso de revista deverá ventilar ofensa a esse último dispositivo e, eventualmente, ao art. 769, também da CLT, ou ao art. 6º da Lei nº 5.584/70. Suscitada apenas ofensa ao art. 2º, III, da IN nº 39, fica prejudicada a impugnação. Nem se pode cogitar de aplicação do parágrafo único do art.

7 TST, SBDI-1, E-RR 90100-16.2002.5.04.0027, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJU 26.10.07, para o caso da IN n 23/03. De igual teor, ainda: TST, SBDI-1, E-ED-RR 197000-11.2000.5.15.0084, Relª Minª Dora Maria da Costa, DJU 26.10.07; e TST, SBDI-1, E-ED-RR 19700-63.2004.5.15.0006, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 03.10.08.

8 No Ofício TST-GP n 0446, menciona-se, duas vezes, o “caráter orientativo” da IN n 39.

9 O paralelo que se pretendeu fazer com a decisão tomada na ADIn 1.662 não é perfeito, dado que a IN n 11 do Tribunal Superior do Trabalho uniformizou os “procedimentos para a expedição de Precatórios e Ofícios requisitórios”, a denotar a atribuição de força normativa ao ato, de modo a sujeitá-lo a controle concentrado de constitucionalidade. Mais adequada é a comparação com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na Representação 946, na qual se rejeitou a medida, ao negar-se subsistência, após a Constituição de 1946, aos prejudgados previstos no art. 902 da CLT.

10 A solução de um problema cria um novo problema, o qual, com a sua solução, cria novo problema... É irônico, mas é mesmo assim. O progresso, em todos os campos do conhecimento humano, faz-se com a superação das sucessivas dificuldades que cada novo passo cria.

11 CLT, art. 896, alínea c. Contra o cabimento de recurso de revista contra ato normativo sem força de lei, com indicação de alguns precedentes mais antigos: MALLET, Estêvão. *Do recurso de revista no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 118. Na jurisprudência mais recente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mas em termos igualmente válidos para o processo do trabalho, cf.: “2. O recurso especial não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a resoluções, portarias, instruções normativas ou a regimentos internos de Tribunais, tampouco a enunciados sumulares” (STJ, 2ª T., EDcl-A-RE 37.727/PI, Rel. Min. Castro Meira, j. 02.02.2012, DJe 17.02.2012).

932 e do art. 938, § 1º, todos do CPC, ou, ainda, do art. 896, § 11, da CLT, por não se tratar de vício formal, mas de defeito de fundamentação do recurso¹².

3 – ALGUNS DISPOSITIVOS NÃO EXAMINADOS PELA IN Nº 39

É claro na IN nº 39 o propósito de não esgotar o exame dos dispositivos aplicáveis e não aplicáveis ao processo do trabalho. Nos arts. 2º e 3º, deixa-se expresso que as duas relações não são exaustivas. Pretender o contrário seria mesmo impossível. Não haveria como imaginar, antecipadamente, todas as possíveis intersecções normativas entre o CPC e o processo do trabalho. A riqueza dos acontecimentos supera sempre a capacidade de previsão do mais arguto estudioso.

Além disso, a abrangência do Código, com quase 1.100 artigos, muitos deles desdobrados em grande número de parágrafos e incisos¹³, faz com que isso seja ainda mais difícil. Na verdade, nenhum rol, mesmo amplo e casuísta, consegue tudo abarcar. São inexoráveis, portanto, as lacunas. Na verdade, a própria suposição de completude do ordenamento não resiste ao exame dos fatos. É, como se disse, certa feita, uma tese óbvia a “*strutturale inadeguatezza del diritto positivo a regolare tutti i possibili comportamenti uamni*”¹⁴. Ficam, portanto, vários dispositivos do CPC, cuja aplicação ou não ao processo do trabalho deixou de ser tratada. E alguns deles merecem menção.

O primeiro envolve a concentração, promovida pelo CPC, das matérias alegáveis em defesa, estas que, na vigência do diploma antecedente e de normas extravagantes, eram suscetíveis de dedução por meio de exceção ou de incidente processual, como incompetência relativa¹⁵, impugnação ao valor

12 Cf., no mesmo sentido, negando aplicação do parágrafo único do art. 932 do CPC em agravo que não ataca os fundamentos da decisão agravada: STF, 1ª T., ARE 953.221 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de 07.06.2016.

13 É uma característica do novo CPC, a mostrar certa deficiência técnica, artigos com muitos incisos e parágrafos. No art. 85, por exemplo, há 19 parágrafos, três deles com pelo menos quatro incisos. Quer dizer, em uma única norma, quase 30 disposições. Artigos com 10 parágrafos ou mais, além do 85, há cinco outros (arts. 334, 525, 702, 1.035 e 1.037). O cotejo com o Código anterior é eloquente. Nele, havia apenas um artigo com 10 parágrafos, o 602. Na verdade, porém, o problema não é só brasileiro. Tem-se visto o mesmo em outros sistemas jurídicos e a doutrina estrangeira fala em um *allongement exagéré des articles de loi* (PIAZZON, Thomas. *La sécurité juridique*. Paris: Defrénois, 2009. p. 219). Não surpreende que o comentário venha de um autor francês. Afinal, o Código do Trabalho da França conta com grande número de dispositivos, alguns deles com uma infinidade de itens e subitens. O art. L 1.221, por exemplo, conta com 26 itens, dois deles, o 12 e o 15, com um subitem cada. O art. L 1.225 vai além e apresenta 72 itens, novamente alguns deles (3, 4, 46 e 65) com subitens.

14 CORSALE, Massimo. *Lacune dell'ordinamento* em *Enciclopedia del Diritto*. Varfese: Giuffrè, 1973. XXIII. p. 267.

15 CPC de 1973, art. 304.

da causa¹⁶ ou oposição ao benefício da gratuidade da justiça¹⁷, agora passam a constituir alegações de defesa¹⁸, tendo em conta também a preocupação com a “simplificação das formas processuais”¹⁹. Daí a dúvida em torno da possibilidade de, no processo do trabalho, no qual a concentração e a simplificação são também valores perseguidos pelo legislador, suscitar-se a incompetência por meio de exceção, antes da apresentação da defesa. É o que há muito preconiza o art. 799, *caput*, da CLT. A melhor solução, sem dúvida, é admitirem-se essas alegações, tanto por meio de exceção ou incidente como na própria defesa. Constitui formalismo gratuito deixar de examinar exceção de incompetência apenas por ter sido invocada no corpo da defesa. Aliás, antes mesmo do novo CPC a jurisprudência trabalhista admitia exceção de incompetência formulada na própria defesa, como mostra decisão de seguinte teor:

“No que concerne à forma de arguição da incompetência territorial, *in casu* erigida como preliminar da contestação, não merece censura a excipiente. Com efeito, a legislação pertinente, arts. 799 e seguintes da CLT, não estabelece, taxativamente, a forma como deve ser oposta tal insurgência, a qual, tendo em vista a simplicidade do processo do trabalho, pode ser aduzida até mesmo oralmente, na primeira oportunidade de manifestação da parte nos autos, tal como ocorre com a própria defesa de mérito. Assim, trazida aos autos de forma escrita, como preliminar da contestação, dela tendo sido concedida vista à parte adversa em audiência una, a qual manifestou-se expressamente, seguindo-se dentro da normalidade, sem nenhum requerimento em contrário, a instrução do feito, verifica-se que inexistiu qualquer prejuízo, caracterizando-se como excesso de rigor, *data venia*, a exigência de peça apartada para arguição.”²⁰

Outro ponto não tratado pela IN nº 39 relaciona-se com as novas hipóteses de impedimento e de suspeição, mencionadas nos arts. 144 e 145 do CPC, ligadas aos casos em que no processo esteja a postular parente “do juiz” (*rectius*, do julgador), inclusive membro de escritório, “mesmo que não intervenha diretamente no processo”, e amizade do juiz com os “advogados” da parte. A CLT parece conter disciplina exaustiva da matéria, no art. 801, baralhando casos de suspeição e impedimento. Mas, já ao tempo do CPC de 1973, entendia-se

16 CPC de 1973, art. 261.

17 Art. 4, § 2, da Lei n. 1.060.

18 CPC, art. 337, incisos II, III e XIII.

19 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 362.

20 TRT da 3ª Região, Turma Recursal de Juiz de Fora, RO 0001667-65.2014.5.03.0052, Rel. José Nilton Ferreira Pandelot, DJ 29.07.2015.

pertinente ao processo do trabalho a disciplina processual comum²¹. Mesmo no silêncio da IN nº 39, as novas hipóteses de impedimento e de suspeição devem ser observadas no processo do trabalho.

O art. 343 do CPC, que permite a reconvenção oferecida na própria defesa, tem toda pertinência no processo do trabalho. A providência é simplificadora e não esbarra em nenhuma regra imperativa do processo do trabalho²². E a jurisprudência trabalhista anterior ao CPC aceitava pedido deduzido na própria defesa, desde que assegurado o contraditório²³.

Também o importante art. 317 do CPC é aplicável ao processo do trabalho, ainda que dele não haja cogitado a IN nº 39. As decisões terminativas não eliminam a lide ou fazem-no sem aplicar o direito substantivo à espécie. Envolvem, em essência, frustração do escopo principal da atividade jurisdicional. O desejável é que haja “resposta ao pedido formulado pelo autor, pois ele representa a crise verificada no plano das relações substanciais”²⁴. Sempre que se possa chegar a isso, ainda que seja necessário adiar um pouco a solução do processo, deve-se buscar o aproveitamento de tudo o que foi feito. É o que preconiza, inclusive, o art. 6º do CPC, com a alusão ao dever de cooperação de todos os sujeitos do processo para que “se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Na jurisprudência portuguesa, chega-se a falar, como apoio no art. 6º, nº 2, do Código de Processo Civil²⁵, em um princípio, qualificado de “reitor”, o da “prevalência da decisão de fundo sobre a decisão

21 Em jurisprudência: TRT da 23ª Região, SI 00050.2006.000.23.00-5, Rel. Juiz Roberto Benatar, j. 02.05.06, DJ 26.05.06; e TRT da 24ª Região, 2ª T., Processo 0359/2007-106-24-00.7-2, Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza, j. 13.05.09. Na doutrina: COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. n. 48. p. 78; CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 591; MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 289.

22 Assim também para: KLIPPEL, Bruno. A nova defesa do reclamado: análise das principais alterações promovidas pelo novo CPC e sua aplicabilidade no processo do trabalho. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 646.

23 TRT da 3ª Região, 8ª T., Processo 0000068-19.2011.5.03.0013, Rel. Marcio Ribeiro do Valle, DEJT 02.02.2012, p. 234.

24 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. São Paulo, s. e. p. (tese), 2005, p. 243.

25 “O juiz providencia oficialmente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo”. O n. 1 do mesmo artigo preconiza a obtenção de decisão de mérito, nos seguintes termos: “Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficialmente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”. A passagem importante do preceito, no tema de que se está a tratar, é a que menciona “a justa composição do litígio”.

de mera forma”, como se vê em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça²⁶. Assim, se na ação trabalhista falta cópia de norma coletiva cujo cumprimento é pedido, e esse essencial detalhe é constatado apenas quando do julgamento, deve-se dar à parte oportunidade de completar o requerimento antes de extinguir o processo ou de rejeitar o pedido, como tantas vezes acontece²⁷.

4 – EXCLUSÕES A RELATIVIZAR

Certas normas que a IN nº 39 afastou do processo do trabalho não deixarão de ser aplicadas, ainda que se faça com espectro menor do que aquele cabível no processo civil. É o que se dá com o art. 190, sobre negociação processual. Certamente a amplitude da negociação no processo do trabalho não será a mesma do processo civil. Não se imagina, por exemplo, cláusula inserida em contrato de trabalho visando reduzir o número de testemunhas que as partes poderão ouvir em eventual processo e excluir a possibilidade de interposição de recurso ordinário ou dispensar depósito recursal para oferecimento de recurso.

Alguna negociação processual, contudo, pode ter lugar também no processo do trabalho, especialmente durante a pendência da lide. A regra do art. 190 nem mesmo traz completa novidade, convém dizê-lo, já que antes dela se fazia negociação processual, sem previsão legal genérica ou fora das hipóteses tópicas admitidas²⁸, inclusive no processo do trabalho. Nada impede, por exemplo, que as partes, de comum acordo e com aprovação

26 Processo 870/08.4, 4ª Seção, Rel. Cons. Melo Lima, decisão de 14.01.2015. Em julgado mais antigo, formado ao tempo do Código anterior, na missão do julgador de “evitar, sempre que possível, devendo privilegiar a de mérito, a decisão de forma” (STJ, Processo 01A3987, Rel. Lopes Pinto, decisão de 24.05.01).

27 “À reclamante competia comprovar, por meio da juntada aos autos da Convenção Coletiva de Trabalho, estar seu labor semanal submetido ao módulo de 40 horas, por ser fato constitutivo do direito postulado, ônus do qual não se desfez, a acarretar, por conseguinte, a improcedência do pedido” (TRT da 1ª Região, 3ª T., RO 00013672620115010065, Relª Angela Fiorencio Soares da Cunha, DJ 14.11.2013) e “Adicional de interfone. Porteiro. Previsão em norma coletiva. Se o pedido inicial está embasado em norma coletiva, tornava-se indispensável a juntada aos autos do respectivo instrumento, conforme previsão contida no parágrafo único do art. 872 da CLT. No caso analisado, a petição inicial veio desacompanhada da norma coletiva vigente à época do contrato de trabalho, documento indispensável à instrução do pedido de adicional de interfone, o que leva a sua improcedência” (TRT da 1ª Região, 3ª T., RO 01141005720095010241, Rel. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte, DJ 26.11.2012).

28 Já havia previsões incidentais de negociação, como, para dar apenas alguns exemplos, na suspensão convencional do processo (art. 265, II, do antigo CPC) e na divisão de tempo para manifestação de litisconsortes. O art. 454, § 1º, do antigo CPC estabelecia: “Art. 454. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz. § 1º Havendo litisconsorte ou terceiro, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso”. A convenção que teve em vista o legislador nada mais é do que uma negociação processual tópica.

judicial, pactuem, em litígio trabalhista, prazo sucessivo de 10 dias para oferecimento de razões finais, deixando de lado o disposto no art. 850, *caput*, da CLT. Tampouco se afigura ilegal a redução, para cinco minutos, do tempo para sustentação oral, por acordo dos advogados, ou a negociação para o adiamento do julgamento²⁹.

Pode-se pensar até mesmo em negociação transprocessual, ou seja, além do processo, para envolver outro processo. Um caso prosaico, mas de frequente ocorrência no foro, envolve a posição na pauta de julgamento, assunto cuja importância cresceu, sem dúvida, com a nova regra do art. 12 do CPC³⁰, mesmo depois de sua alteração pela Lei nº 13.256. Mediante ajuste entre advogados presentes para realização de sustentação, é concebível alterar-se a ordem de julgamento dos processos – sob aprovação do presidente do órgão julgador, naturalmente –, para favorecer advogado de fora da cidade ou que deva, por alguma razão, ausentar-se logo do Tribunal. No fundo, é uma negociação compreensiva de diferentes processos.

5 – SOLUÇÕES DA IN Nº 39 QUE EVITAM PROBLEMAS DO PROCESSO CIVIL

Certas passagens da IN nº 39 contemplam soluções que aprimoram regras do CPC e evitam incongruências criadas pela inadvertência do legislador comum.

No processo civil, a decisão que julga antecipadamente, de maneira parcial, o mérito é impugnável por agravo de instrumento, consoante o direito posto³¹. Dessa previsão decorrem várias dificuldades, não antevistas pelo legislador ou, no mínimo, muito mal reguladas. De um lado, enquanto a apelação é dotada de efeito suspensivo *ex lege*, o agravo de instrumento não é. Em consequência, a possibilidade de execução provisória da decisão, independentemente de seu conteúdo, passa a variar conforme o momento em que ela é proferida, o que faz pouco sentido. Ao autor pode interessar a cumulação de pedidos, feita inclusive de modo artificial, a fim de que, apenas parte deles comportando julgamento antecipado, fique aberta mais facilmente a via da execução provisória. Ao lado de pedido fundado em matéria de direito apenas, apresenta outro pedido,

29 O que está previsto, inclusive, no art. 143 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho: “Os pedidos de adiamento de julgamento, se dirigidos à Presidência no início da sessão, somente serão admitidos se devidamente justificados, com a concordância do Relator e da parte contrária, se presente”.

30 A propósito: THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 170.

31 CPC, art. 356, § 5 .

de fragilidade manifesta, mas cujo exame necessita de provas de audiência. Acolhido o primeiro, em decisão impugnável por agravo, poder-se-á iniciar a execução provisória, o que não ocorre se examinado ao ensejo da sentença.

De outro lado, o art. 937 não prevê possibilidade de sustentação oral em agravo de instrumento, salvo quando “interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência”³². Não se justifica, porém, permitir sustentação oral no caso de tutela provisória, e não na hipótese de tutela que é tendencialmente definitiva. Qual a relevante razão para autorizar a manifestação das partes no Tribunal quando todos os pedidos são julgados ao mesmo tempo, e não quando são julgados em momentos distintos, durante o processo?

Por fim, a ampliação do quórum de julgamento, prevista no art. 942, em substituição aos embargos infringentes do Código anterior, somente incide, no caso de agravo de instrumento, “quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito”³³. A extensão da recorribilidade no Tribunal fica na dependência, portanto, do momento em que o mérito é decidido. Se há fracionamento da decisão, a ampliação do quórum de julgamento tem limites mais estreitos de incidência.

Todos os problemas assinalados estão associados à previsão de agravo para impugnar pronunciamento cujo conteúdo é o de sentença, como adverte a doutrina³⁴. A menção nos parágrafos do art. 356, o tempo todo, a “decisão” não esconde o fato de que se trata mesmo de sentença. No direito italiano, o *Codice de Procedura Civile* é mais feliz e acertadamente qualifica como sentença – dita *sentenza parziale* – a pronúncia que “decide solo alcune delle cause fino a quel momento riunite, e con distinti provvedimenti”. No direito português, embora a decisão correspondente à pronúncia do art. 356 do CPC brasileiro receba o nome de despacho saneador³⁵, para impugná-la, o recurso adequado é a apelação³⁶.

A IN nº 39 eliminou as incongruências criadas do processo civil ao preconizar, no seu art. 5º, o cabimento de recurso ordinário imediato da sentença parcial, reflexo do escopo mais limitado, no processo do trabalho, do agravo

32 Inciso VIII.

33 Inciso II.

34 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Novo CPC anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 205; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo CPC*. São Paulo: RT, 2015. p. 621.

35 Art. 595, n. 1, alínea “b” do CPC de Portugal.

36 Art. 644, n. 1, alínea “b” do CPC de Portugal.

de instrumento³⁷. É também a solução do direito italiano, que prevê o recuso de apelação para impugnar a *sentenza parziale*³⁸. No Brasil, com o processo eletrônico, não há nenhum inconveniente nisso. Pode-se pensar em recurso ordinário em separado, tal como a apelação interposta contra o despacho saneador que conhece do mérito no direito português³⁹.

Essa solução oferece a vantagem adicional de não comprometer a recorribilidade subsequente. Não faz com que a possibilidade de levar a matéria ao Tribunal Superior do Trabalho passe a depender do momento em que decidida a controvérsia ou parte dela, diante do não cabimento de recurso de revista para atacar decisão proferida em agravo de instrumento⁴⁰.

6 – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA

Ainda durante o período de *vacatio* do CPC surgiram pronunciamentos contrários à aplicação do incidente de desconsideração de personalidade jurídica no processo do trabalho⁴¹, invocando-se, por vezes, o caráter sumário do procedimento trabalhista como óbice à subsidiariedade. Era uma conclusão pouco afeita ao direito posto. O CPC mesmo prevê, e de maneira expressa, a aplicação do incidente até em “processo de competência dos juizados especiais”⁴², o que mostra não ser a sumariedade procedimental empecilho à medida, ao contrário do que a alguns pareceu⁴³. Ademais, a estrutura elementar do incidente não

37 CLT, art. 897, alínea b.

38 Para indicação de precedente da Corte di Cassazione: CARPI, F.; TARUFFO, M. *Commentario breve ao Codice di Procedura Civile*. Padova: CEDAM, 1994. p. 279.

39 Art. 645 do CPC de Portugal, *verbis*: “1 – Sobem nos próprios autos as apelações interpostas: a) Das decisões que ponham termo ao processo; b) Das decisões que suspendam a instância; c) Das decisões que indefiram o incidente processado por apenso; d) Das decisões que indefiram liminarmente ou não ordenem a providência cautelar. 2 – Sobem em separado as apelações não compreendidas no número anterior”.

40 CLT, art. 896, *caput*.

41 O Enunciado n. 6 da I Jornada sobre o Código de Processo Civil de 2015, realizada no âmbito do Tribunal do Trabalho da 18ª Região, por exemplo, prevê: “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto no NCP (arts. 133 a 137, 674, § 2, IV, e 794) é incompatível com o processo do trabalho e inaplicável pela aplicação do filtro do art. 769 da CLT. A adoção da teoria menor da desconsideração pelo Direito do Trabalho torna desnecessária a apuração de culpa ou dolo do sócio. Além disso, a execução trabalhista é processada de ofício, de modo que o incidente é incabível no processo do trabalho, sem prejuízo de que o sócio exerça o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

42 Art. 1.062.

43 Por exemplo, Cleber Lúcio de Almeida, que menciona “o princípio da simplificação das formas e procedimentos” como obstáculo para “a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica como procedimento autônomo” no processo do trabalho (Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador:

envolve mais do que o conteúdo mínimo e elementar do contraditório. Ela compreende a) ouvir a pessoa atingida pela decisão (art. 135), b) dar-lhe a oportunidade para provar suas alegações (art. 135) e c) decidir (art. 136). Como registrado certa feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos, “the requirement that parties be notified of proceedings affecting their legally protected interests is obviously a vital corollary to one of the most fundamental requisites of due process – the right to be heard”⁴⁴.

A legítima preocupação com a efetividade do processo, especialmente para a satisfação do crédito do trabalhador, não pode ser exacerbada e levada a paroxismos a ponto de comprometer a garantia do devido processo legal. Há de se compatibilizar a eficiência do processo com as garantias dos litigantes, o que se faz com a utilização de medidas de urgência, voltadas a preservar patrimônio ou bens, ressalvado o exercício do direito de defesa *a posteriori*, na forma de contraditório posposto, perfeitamente legítimo e constitucional⁴⁵. É o que propugna, em termos inegavelmente equilibrados, a IN nº 39, quando alude ao art. 301 do CPC. Também o art. 854 do CPC tem pertinência, para apreensão de dinheiro, sempre que houver potencial risco de frustração da medida em caso de prévia intimação⁴⁶.

Se não há risco de ineficácia da medida, todavia, não se começa pela apreensão de bens ou pelo bloqueio de dinheiro. Pense-se no requerimento voltado a responsabilizar empresa multinacional, com sólido patrimônio, ou grande banco, com indiscutível solvência financeira, por meio da chamada desconsideração inversa. Nada impede que se processe o requerimento segundo o disposto no art. 136 do CPC, intimando-se “o sócio ou a pessoa jurídica (...) para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

Juspodivm, 2016. p. 323). Também assim para Carlos Henrique Bezerra Leite: O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do novo CPC e a sua (in)aplicabilidade no processo do trabalho. In: *O novo CPC e o processo do trabalho – estudos em homenagem ao Ministro Wlamir Oliveira da Costa*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 398.

44 *Schroeder v. City of New York* (371 U.S. 208).

45 Referindo-se ao “contraddittorio posticipato”, Corte de Cassação, I Seção Civil, sentença n. 3.799, de 22.11.69 in: SCALERA, Ítalo. *Il procedimento di ingiunzione nella giurisprudenza*. Padova: CEDAM, 1976. p. 23/26. Em termos gerais: COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. *Rivista di Diritto Processuale*, 1975, n. 4, p. 588; e NASI, Antonio. Contraddittorio. *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1961. IX. p. 726.

46 “Art. 854. 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.”

É difícil conceber que o tempo gasto para processar o incidente possa levar ao esvaziamento do patrimônio da empresa multinacional ou do grande banco.

Afirmada a compatibilidade do incidente de descon sideração com o processo do trabalho, a IN nº 39 sublinha a possibilidade de atuação de ofício do juiz⁴⁷, o que é condizente com o art. 878 da CLT, invocado, aliás, como fundamento para a ideia. Na medida em que pode o juiz instaurar e impulsionar de ofício a execução, é de se admitir que possa também tomar outras medidas para garantir o seu resultado útil. A restrição à instauração de ofício do incidente, pertinente ao processo civil⁴⁸, mas não em termos absolutos⁴⁹, não vigora no processo do trabalho.

A irrecorribilidade imediata da decisão na fase de conhecimento⁵⁰ está em harmonia com o art. 893, § 1º, da CLT. A recorribilidade por agravo de petição na execução é desdobramento do art. 897, alínea *a*, da CLT. A dispensa de garantia do juízo⁵¹, no entanto, não é adequada. A eficácia imediata das decisões no processo do trabalho leva a exigir-se garantia, ante a afirmação de responsabilidade patrimonial do recorrente, contida no pronunciamento agravado. Prevalece, até a sua reforma, a decisão impugnada pelo agravo de petição.

7 – DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A IN nº 39 reconhece a aplicabilidade da chamada distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. Era inexorável o resultado. Imaginar que o art. 818 pudesse impedir a aplicação subsidiária do CPC seria desconsiderar a própria evolução da jurisprudência, que já deixava de lado – e continua a fazer isso – divisão rígida e predefinida, a partir, tão somente, de quem tenha feito a alegação. As Súmulas ns. 212, 338, inciso I, e 443, todas do Tribunal Superior do Trabalho, já mudavam a distribuição tradicional do fardo probatório, algo que continua a ser feito, consoante se infere da Súmula nº 460, editada após a entrada em vigor do CPC⁵². A incorporação da distribuição

47 Art. 6 .

48 NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 571.

49 No âmbito das relações de consumo, por força do disposto no art. 28 da Lei n 8.078 (“o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando [...]”), é de se admitir também a atuação *ex officio* do juiz. Assim para José Tadeu Neves Xavier: A processualização da descon sideração da personalidade jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2016, v. 254, p. 172.

50 IN n 39, art. 6 , § 1 , inciso I.

51 IN n 39, art. 6 , § 1 , inciso II, *in fine*.

52 “É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.”

dinâmica do ônus da prova ao processo do trabalho contribui para decisão de mérito mais “justa e efetiva”, de acordo com o art. 6º do CPC, anteriormente lembrado. Evita que dificuldades materiais ou circunstanciais na comprovação das alegações se transformem em obstáculos para o “o acesso à justiça”⁵³. Afinal, permitir a alegação, mas impedir a prova do alegado ou exigir, para a tutela do direito, prova impossível ou muito difícil de ser produzida, “é o mesmo que nem permitir alegar – equivale a denegação de justiça”⁵⁴.

A relação entre direito de ação e direito à comprovação das alegações feitas é inapagável. A doutrina não descarta o ponto⁵⁵ e na jurisprudência constitucional comparada é paradigmático o registro feito em pronunciamento da Corte Constitucional italiana em que se lê: “se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole, se le si nega o le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà, si rifiuta o si limita quella tutela”⁵⁶. Como ressalta Jean-Michel Servais, o sucesso das medidas de combate à discriminação no emprego depende, em grande medida, “de la flexibilité du système des preuves judiciaires”⁵⁷.

Antes da aprovação do novo CPC, discutia-se se a disciplina da distribuição dinâmica do ônus da prova envolvia regras de procedimento (de instrução) ou regras de julgamento, o que se tomava por pressuposto para resolver em que momento deveria ocorrer a inversão⁵⁸. O problema estava mal colocado, no entanto. As regras sobre ônus da prova atuam no momento do julgamento, quando, diante da carência de material probatório e sem possibilidade de pronúncia de *non liquet*, indicam como deve ser decidido o litígio. Mas isso nada diz sobre o momento em que deve ser feita a inversão do ônus. Para não surpreender as partes e não as privar de contraditório regular e adequado, a inversão tem de ocorrer antes da instrução⁵⁹. Foi o que estabeleceu, com clareza, o CPC, no

53 MALLET, Estêvão. Acesso à justiça no processo do trabalho. In: *Apontamentos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 18.

54 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994. p. 124.

55 Cf., por exemplo, CAPPELLETTI, Mauro; VIGORITI, Vincenzo. *Fundamental guarantees of the litigants in civil proceedings: Italy* em *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973. n. 11. p. 552 e ss.

56 Sentença 53/1966, decisão de 17.05.66.

57 *Droits en synergie sur le travail*, Bruxelles, Bruylant, 1997. p. 121.

58 Veja-se, por exemplo, o debate travado no Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção) no E-REsp 422.778/SP, Rel. Min. João Otávio Noronha, decisão de 29.02.2012, DJe 21.06.2012.

59 No REsp 802.832/MG, decidido pela 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, o assunto teve melhor tratamento. Reconhece-se que a inversão do ônus da prova é “regra de julgamento”, mas que deve ocorrer, do ponto de vista procedimental, antes da instrução e não apenas “quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão)” (decisão de 13.04.2011).

art. 373, § 1º, *in fine*, ao assegurar “à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”, diretriz condizente com a proibição de decisão surpresa, na forma do art. 10 do mesmo Código.

Transposta a solução para o processo do trabalho, surge uma peculiaridade importante, ante a concentração dos atos processuais. Como a defesa é apresentada na chamada “audiência de julgamento” do art. 843 da CLT, momento em que o juiz toma contato pela primeira vez com o pedido, é nessa altura que, em tese, se pode inverter o ônus da prova, depois de definida a extensão do contraditório. Sem conhecer os fundamentos da defesa – antes da audiência, portanto –, não há como avaliar se é o caso, ou não, de inversão. Tomada essa decisão na audiência, concebe-se não esteja o reclamado preparado para “se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”, tal qual preconizado pelo art. 373, § 1º, do CPC. Pode ter deixado de trazer documentos que se tornaram necessários para alguma prova com a inversão ou, ainda, não ter convidado testemunhas para depor, testemunhas cujo depoimento seria ocioso sem a inversão.

Nem há pensar em que o reclamado deve considerar a hipótese de inversão e trazer todos os documentos de que possa vir a precisar ou mesmo convidar as potenciais testemunhas que poderia ou poderá ter de ouvir. É algo que onera demasiado a parte e, até mesmo, terceiros, como as testemunhas, cujo dever de colaboração com a justiça na apuração dos fatos não deve ser esquecido.

Neste contexto, será impostergável a instrução. Pretender dar-lhe prosseguimento a qualquer preço, em pretensa homenagem ao princípio da duração razoável do processo, é desconsiderar outro princípio, ainda mais relevante, o da ampla defesa. Como bem se escreveu, a propósito do novo Código de Processo Civil: “a celeridade processual não pode ser utilizada no discurso jurídico-processual – dogmático ou judicial – como motivo justificador para que o Estado Judiciário interrompa o devido processo”⁶⁰. E Barbosa Moreira anota, em termos irrespondíveis: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional

60 RAMOS, Glauco Gumerato. Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva no CPC de hoje e no de amanhã. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2015, n. 239, p. 430. Em jurisprudência, em termos dignos de atenção: “(...) é vedado ao Juízo, em nome do princípio da celeridade processual, atropelar atos e desrespeitar o princípio consagrado de direito do *due process of law*. A celeridade pretendida não deve chocar-se com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de se caracterizar cerceamento de defesa, impondo-se a nulidade do feito” (TRT da 3ª Região, 1ª T., RO 8.535/97, Rel. Manuel Cândido Rodrigues, DJMG 05.12.97, p. 8).

venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”⁶¹.

Em rigor, a dificuldade noticiada é o produto do procedimento estabelecido pelo legislador trabalhista, pouco adequado em termos teóricos. Concentrar o exame da petição inicial e o recebimento da defesa no mesmo momento em que se vai realizar a instrução, como decorre do disposto no art. 848, *caput*, da CLT, compromete consideravelmente o exercício do contraditório. Quando não é o reclamado que sofre o prejuízo, o reclamante pode ter de lidar com alegação feita na defesa, que lhe é dada a conhecer apenas na audiência, cujo enfrentamento seja bastante difícil. Pense-se em justa causa aplicada ao empregado, sem indicação precisa do motivo, supondo-se diferentes possíveis imputações. O reclamante, que ainda não conhece a defesa, deve apresentar-se à audiência com quais elementos de prova? Negar possa ele ser surpreendido, impondo-se-lhe sempre o ônus de trazer suas testemunhas, como fazem certos julgados⁶², violenta a garantia de acesso à justiça e o próprio contraditório regular.

O ideal seria, portanto, prever cognição judicial prévia da petição inicial, inclusive para permitir sua emenda ou correção, com fixação de prazo para apresentação de defesa, delimitação do contraditório e definição do ônus probatório, somente após designando-se audiência de instrução. Trata-se, porém, de procedimento novo, incompatível com o direito posto e que exige, para sua implantação, reforma legislativa. O quadro que existe *de lege lata* apenas permite adiar-se a audiência sempre que os atos nela praticados possam comprometer o exercício do contraditório por qualquer das partes.

8 – DECISÃO-SURPRESA

A IN nº 39 reconhece a aplicabilidade dos arts. 9º e 10 do CPC ao processo do trabalho, com a consequente proibição de decisão-surpresa⁶³. Não poderia ser de outra forma. Como se intentou mostrar em texto publicado antes

61 O futuro da Justiça; alguns mitos. In: *Temas de Direito processual* – oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

62 Paradigmático o seguinte acórdão: “Audiência. Adiamento para arrolar testemunha. Impossibilidade. Inspirado no princípio da concentração dos atos processuais em audiência, o art. 845 da CLT determina que as partes comparecerão à audiência acompanhadas das suas testemunhas, apresentando, nessa assentada, as demais provas. Cientes as partes, pela notificação para audiência inaugural, de que deveriam comparecer à audiência acompanhadas das testemunhas, a surpresa com a tese da defesa não justifica a inobservância do referido preceito legal, competindo às partes interessadas na prova testemunhal zelar pelo seu próprio interesse” (TRT da 1ª Região, 3ª T., Proc. RO 10198420105010342, Relª Patricia Pellegrini Baptista da Silva, j. 20.08.2012, DJ 19.09.2012).

63 Art. 4 da IN n 39.

da aprovação do CPC⁶⁴, a proibição de decisão-surpresa é desdobramento da garantia do contraditório – da nova visão sobre o contraditório, que não é mais o mero direito de oposição ao que é pedido, mas compreende a possibilidade de participar ativamente da formação do convencimento do julgador⁶⁵ –, de modo que prescinde de previsão legal expressa. Escreveu-se, na altura, que “fundamentar a decisão em aspecto estranho ao contraditório, seja de direito ou de fato, mesmo no caso de matéria de ordem pública, suscetível de conhecimento de ofício, ainda que não viole o direito ordinário posto, quando não haja regra proibitiva da conduta na legislação comum, inegavelmente desrespeita de modo direto a Constituição, por ofender a tutela conferida ao direito de defesa e a garantia do contraditório”⁶⁶. Em consequência da matriz constitucional da providência, também no processo do trabalho há que observá-la⁶⁷.

De toda forma, a IN nº 39 delimita o conceito de decisão-surpresa, considerando que não se subsume ao conceito aquela 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”⁶⁸. A ressalva da parte final é irrepreensível. Sempre que o direito posto exige prévia manifestação das partes, como nos casos dos §§ 2º e 7º do art. 1.007 e dos §§ 1º a 4º do art. 938 do CPC, lembrados pela exposição da IN nº 39, a observância do contraditório é ainda mais necessária. De outro lado, se a decisão toma em conta fundamento que as partes tinham a obrigação de prever, caso não o tenham debatido, a omissão não é do juízo, mas das próprias partes. Logo, como foram elas que, pela conduta

64 MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada decisão-surpresa. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2014, n. 233, p. 43/64.

65 Nos termos do que consignou, certa feita, a Corte Constitucional italiana, o contraditório deve ser compreendido como “diritto di partecipare personalmente o a mezzo di difensore alla formazione del convincimento del giudice” (Sentença n. 74, de 1973; decisão de 30.05.1973). Cf. ainda: COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970. n. 24. p. 145/146.

66 MALLET, Estêvão. *Notas sobre o problema da chamada decisão-surpresa*, op. cit., p. 58/59.

67 Em termos análogos, a exigir, no sistema jurídico português, o direito de audição no procedimento tributário, antes de sua positivamente pela Lei Geral Tributária, em decorrência de interpretação conforma à Constituição, cf. a seguinte decisão do Supremo Tribunal Administrativo: “Apesar de só com a entrada em vigor da Lei Geral Tributária, em 01.01.99, se prever o direito de audição dos contribuintes antes da liquidação – art. 60, n. 1, a) da Lei Geral Tributária – não estava o procedimento tributário dispensado de dar execução a tal direito, pelo menos numa das formas compatíveis com uma interpretação conforme a Constituição da República portuguesa que, no seu art. 267, n. 5, exige que o processamento da actividade administrativa assegure a participação dos cidadãos na formação das decisões e deliberações que lhes disserem respeito” (STA, 2ª Secção, Proc. 01667/13, Relª Ana Apula Lobo, j. 26.11.2014).

68 Art. 4, § 2.

omissiva adotada, deixaram de discutir o fundamento, não há nulidade, por força do disposto no art. 796, alínea b, da CLT.

Mas é preciso algum cuidado para que a dispensa do contraditório prévio não adquira contornos excessivos, como por vezes se vê, inclusive na jurisprudência portuguesa, judiciária⁶⁹ e administrativa⁷⁰. Nem toda decisão tomada, a partir do exame das condições da ação, dos pressupostos processuais ou dos pressupostos de admissibilidade dos recursos, dispensa contraditório prévio, pois nem sempre está em causa fundamento que as partes têm a obrigação, no sentido próprio do termo, de prever. O tratamento dado à condição da ação pode ser inesperado, inusitado ou inovador. Pode simplesmente envolver convicção pessoal do julgador, não contraditória em precedentes outros. Pode também se fundar em alegação, de fato ou de direito, suscetível de ser contraditada pela outra parte ou por ambas. Considera o julgador, por exemplo, ter havido carência superveniente, pelo desaparecimento do interesse processual, mas pode a parte demonstrar que, mesmo admitido o enquadramento normativo proposto, resta, residualmente e em tese, algum interesse no exame do mérito do litígio⁷¹. O convite à manifestação prévia deve ocorrer, para evitar-se a surpresa que o art.

69 Entender, como consta de acórdão do Tribunal da Relação do Porto, que “o conhecimento oficioso da nulidade consistente em erro na forma de processo não tem de ser precedido da audição das partes” (Trib. da Rel. do Porto, Proc. 1702/04.8TBPNF.P2, Rel. Henrique Araújo, j. 23.11.2010) é claramente excessivo. A argumentação invocada pelo acórdão (“não cremos que o conhecimento oficioso da nulidade consistente em erro na forma de processo tivesse de ser precedida da audição das partes. Essa decisão, correspondendo à imperativa conversão de uma forma processual inadequada na forma legalmente prevista, não incide sobre os elementos da causa nem coarcta ou limita os direitos das partes a uma decisão justa. Pode até dar-se como certo que a forma processual legalmente prevista, agora adoptada, por ser específica para a situação em causa, será a que melhor garante uma solução justa”) nada diz e não considera que a proibição de decisão-surpresa não tem em vista apenas garantir a solução mais justa mas, isso sim, assegurar que as partes possam, no exercício do contraditório, participar na formação do convencimento do julgador. Decisão tomada sem o respeito ao contraditório, ainda que justa, é nula. Sobre a extensão dessa nulidade, cf. MALLET, Estêvão. *Notas sobre o problema da chamada decisão-surpresa, op. cit.*, p. 61/64.

70 Censurável é o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Administrativo que nega a própria essência da proibição de decisão-surpresa: “O princípio do contraditório, na vertente que proíbe a decisão surpresa, não impõe ao tribunal de recurso que, antes de decidir questão proposta pelo recorrente, o alerte para a eventualidade de o fazer com base num quadro normativo distinto do por si invocado, e até então não referido no processo” (STA, 2ª Secção, Proc. 0574/07, Rel. Baeta de Queiroz, j. 23.01.08).

71 O Tribunal Central Administrativo Sul de Portugal, por exemplo, anulou julgado que declarou, sem prévia oitiva das partes, a carência superveniente, pelo pagamento do crédito exequendo, em decisão com a seguinte ementa: “Sob pena de violação do princípio do contraditório, não pode ser proferida decisão de extinção da instância por impossibilidade superveniente da lide nos termos do art. 277, alínea e), do CPC, sem suscitar essa questão de direito junto às partes e notifica-las do ofício do órgão de execução fiscal que informa o pagamento da dívida exequenda, pois estamos perante questão de direito e de facto relativamente às quais a recorrente não teve possibilidade de sobre elas se pronunciar anteriormente” (TCA, Sul, CT – 2 Juízo, Proc. 07817/14, Relª Cristina Flora, j. 16.12.2015).

10 afasta⁷². A linha há de ser – como enuncia o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal – a de que “a dispensa do princípio do contraditório só é permitida em *casos de manifesta desnecessidade*”⁷³.

De toda maneira, a dispensa de aplicação do art. 10 do CPC não implica desnecessidade de observância do regime do art. 317 do mesmo Código. Ainda que ocioso, o contraditório prévio pode ser o caso de vício passível de correção, hipótese em que a extinção unilateral do processo, por falta de pressuposto processual ou condição da ação, ou o não conhecimento do recurso, sem intimação da parte para sua correção, é precipitada. Prevalece a busca de decisão de mérito, sobre cuja importância já se discorreu acima, no item 3 do presente texto.

9 – AÇÃO RESCISÓRIA

Das normas sobre ação rescisória, a IN nº 39 as têm todas por aplicáveis aos litígios trabalhistas. Não há mesmo disciplina específica da medida, a despeito da afirmação, no art. 836 da CLT, de sua compatibilidade com o processo do trabalho. Das várias observações que poderiam ser feitas sobre o tema, considera-se apenas uma, diante da particular direção tomada pela jurisprudência trabalhista. Outras, como a substituição da hipótese de violação de “literal disposição de lei” por violação manifesta de “norma jurídica”, revestem-se de caráter mais geral, e ficam fora do escopo que levou à edição da IN nº 39, a despeito do inegável interesse teórico que ostentam.

O que se pretende questionar envolve o § 2º do art. 966. O dispositivo admite a rescindibilidade de decisão que, “embora não seja de mérito, impeça: I – nova propositura da demanda; ou II – admissibilidade do recurso corres-

72 Nessa linha, na jurisprudência portuguesa, com prévia intimação das partes antes da prolação de decisão sobre ilegitimidade passiva: “Tendo o Tribunal convidado os requerentes de Providência Cautelar de Restituição Provisória de Posse a suprir a ilegitimidade passiva, sob pena de profereir decisão-surpresa, deveria ter dado seguimento ao incidente de intervenção provocada, requerido pelos requerentes cautelares (na boa interpretação daquela decisão), sendo contraditório o despacho ulterior que decreta que nos procedimentos cautelares não são admissíveis incidentes de intervenção de terceiros” (Trib. da Rel. do Porto, Proc. 0652182, Rel. Fonseca Ramos, j. 15.05.06). De igual maneira, em matéria de admissibilidade de recurso, no âmbito do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal: “I – A questão da ‘inadmissibilidade do recurso’, embora vocacionada para ser conhecida pelo relator previamente ao julgamento do recurso, no caso de não o ter sido pode ser conhecida pelo próprio colectivo, no acórdão final, com prévia observância do contraditório; II – Se a questão foi suscitada pela primeira vez em sede de acórdão final, e aí foi decidida no sentido da inadmissibilidade do recurso ‘sem prévia observância do contraditório’, configura-se uma nulidade processual que conduz à anulação do acórdão” (STA, 1ª Secção, Proc. 01311/13, Rel. José Veloso, j. 29.01.2015).

73 STA, 2ª Subsecção do CA, Proc. 0412/11, Relª Fernanda Xavier, j. 28.06.2011 (o itálico é do original).

pondente”. Poderão ser rescindidas decisões do gênero proferidas pela Justiça do Trabalho antes da vigência do CPC?

Por certo, a rescindibilidade rege-se pela legislação vigente ao tempo do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Como anota Pontes de Miranda, “se, no dia em que transitou em julgado, a sentença não era rescindível, não há pensar-se em *lex nova* que a faça rescindível”⁷⁴. Aplicação retroativa de nova hipótese de rescindibilidade implica ofensa à garantia constitucional da coisa julgada, o que pode explicar a redação dada à Sumula nº 413 do Tribunal Superior do Trabalho pela Resolução nº 209/2016⁷⁵.

O que se afirmou não resolve, todavia, o problema da aplicação no tempo do art. 966, § 2º, do CPC. A previsão não é verdadeiramente inovadora. Não há, em termos estritos, nova hipótese de rescisão. Há, apenas, explicitação de hipótese latente no sistema anterior, mas nem sempre bem compreendida pela doutrina e pela jurisprudência, apegadas à literalidade da referência, no art. 485, *caput*, do antigo CPC, a “sentença de mérito”⁷⁶. O legislador partira, no texto anterior, da suposição de que, não sendo de mérito o julgamento, faltaria interesse para o ajuizamento de ação rescisória, diante da possibilidade de re-propositura do processo extinto, consoante o art. 268, também do antigo CPC. O raciocínio é falho em diversos pontos, no entanto.

Em primeiro lugar, a mera literalidade da norma nunca é decisiva, reconhecidas as evidentes limitações do método gramatical de interpretação⁷⁷.

74 *Tratado da ação rescisória*. Forense: Rio de Janeiro, 1976. § 17, n. 10, p. 188.

75 “É incabível ação rescisória, por violação do art. 896, *a*, da CLT, contra decisão transitada em julgado sob a égide do CPC de 1973 que não conhece de recurso de revista, com base em divergência jurisprudencial, pois não se cuidava de sentença de mérito (art. 485 do CPC de 1973).”

76 Representativo desse pensamento é o texto de RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979. n. 9. p. 29-30.

77 Vem bem a calhar a citação de pronunciamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, em *United States v. American Trucking Ass'ns*, de 1940, ao expor o risco de dar às palavras peso decisivo na definição do sentido da norma: “There is, of course, no more persuasive evidence of the purpose of a statute than the words by which the legislature undertook to give expression to its wishes. Often these words are sufficient in and of themselves to determine the purpose of the legislation. In such cases we have followed their plain meaning. When that meaning has led to absurd or futile results, however, this Court has looked beyond the words to the purpose of the act. Frequently, however, even when the plain meaning did not produce absurd results but merely an unreasonable one ‘plainly at variance with the policy of the legislation as a whole’ this Court has followed that purpose, rather than the literal words” (310 U.S. 534). Também em *Helvering v. Morgan's Inc.*, de 1934, a Corte sublinhou a mesma proposição, aduzindo, em matéria tributária: “(...) the true meaning of a single section of a statute in a setting as complex as that of the revenue acts, however precise its language, cannot be ascertained if it be considered apart from related sections, or if the mind be isolated from the history of the income tax legislation of which it is an integral part” (293 U.S. 121). Mais recentemente, sempre na mesma trilha: “(...) the text, taken alone, cannot provide a conclusive answer to our interpretive question” (*Kasten V. Saint-Gobain Performance Plastics Corp.*, 563 U.S. 2011).

Aliás, o preceito referia-se a “sentença” apenas, e ninguém pôs em dúvida o cabimento de rescisória contra acórdão.

Em segundo lugar, o art. 268 não permitia qualquer repositura, mas, apenas, aquela decorrente de novas circunstâncias.

Em terceiro lugar, há efeitos permanentes da decisão terminativa, como condenação em honorários ou em custas. Se esses efeitos envolvem ofensa à lei ou outro vício considerado grave pelo legislador, inexistente – e inexistia antes – razão para tornar não rescindível a decisão que os produz.

Por fim, algumas decisões que não são de mérito fazem transitar materialmente em julgado decisões de mérito. É o caso de julgado que nega conhecimento a recurso interposto contra decisão que acolheu ou rejeitou o pedido. Dizê-lo não rescindível convalida erro de julgamento que o legislador preferiu considerar reparável.

Por tudo isso, já se esboçava, antes do novo CPC, a tendência de admitir rescisória para impugnar, em certos casos, decisão que não era de mérito, em doutrina⁷⁸ e em jurisprudência. Um bom exemplo encontra-se em aresto com a seguinte ementa: “A redação do art. 485, *caput*, do CPC, ao mencionar ‘sentença de mérito’, o fez com impropriedade técnica, referindo-se, na verdade, a ‘sentença definitiva’, não excluindo os casos onde se extingue o processo sem resolução de mérito”⁷⁹.

Com o art. 966, § 2º, toda a dificuldade, antes suscitada pelo direito posto, desaparece. E, sob a perspectiva de que não se está diante de hipótese de rescisão não admitida pelo direito antecedente, o correto é aceitar a possibilidade de desconstituição também de decisões proferidas enquanto ainda não estava em vigor o novo CPC.

10 – SUPERAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Na exposição de motivos da IN nº 39, chama-se a atenção para o fato de 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”. É muito correta e pertinente a advertência. Vários exemplos podem ser mencionados.

78 YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*. São Paulo, s. e. p. (tese), 2004, n. 51, p. 158 e ss.

79 STJ, 2ª T., REsp 1.217.321/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.10.2012, DJe 18.03.2013.

A impossibilidade de regularização da representação processual na fase recursal, enunciada pelas Súmulas ns. 164 e 383, deixa de ter lugar com o reconhecimento de aplicação, ao processo do trabalho, dos arts. 76, §§ 1º e 2º⁸⁰, e 938, §§ 1º a 4º⁸¹, bem como do parágrafo único do 932⁸². Por isso, não tardou para que o Tribunal Superior do Trabalho cancelasse o primeiro verbete e conferisse nova redação ao último, para admitir, no final de junho do corrente ano, a regularização da representação processual na fase recursal, seja por iniciativa da parte, seja por meio de provocação do juízo⁸³. A solução estende-se às hipóteses contempladas nos itens II e IV da Súmula nº 395 e das Orientações Jurisprudenciais ns. 110⁸⁴ e 349⁸⁵ da Subseção 1 de Dissídios Individuais.

Com as tutelas provisórias, aplicáveis ao processo do trabalho, consoante a IN nº 39⁸⁶, não há mais espaço para ações cautelares. Logo, a Súmula nº 414, inciso I, e as Orientações Jurisprudenciais ns. 76 e 131 da Subseção 2 de Dissídios Individuais estão em dissonância com o novo CPC. A referência à ação cautelar tem de ser relativizada. É suficiente pedido de tutela⁸⁷, sem as formalidades próprias de uma petição inicial. Bastam os elementos mínimos para a sua adequada apreciação, sem prejuízo de eventual correção ou comple-

80 IN n 39, art. 3 , inciso I.

81 IN n 39, art. 10.

82 IN n 39, art. 10.

83 Passa a Súmula n 383 a ter a seguinte redação: “I – É inadmissível recurso firmado por advogado sem procuração juntada aos autos até o momento da sua interposição, salvo mandato tácito. Em caráter excepcional (art. 104 do CPC de 2015), admite-se que o advogado, independentemente de intimação, exiba a procuração no prazo de 5 (cinco) dias após a interposição do recurso, prorrogável por igual período mediante despacho do juiz. Caso não a exiba, considera-se ineficaz o ato praticado e não se conhece do recurso. II – Verificada a irregularidade de representação da parte em fase recursal, em procuração ou substabelecimento já constante dos autos, o relator ou o órgão competente para julgamento do recurso designará prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, o relator não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente, ou determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido (art. 76, § 2 , do CPC de 2015)”. Já a Súmula n 164 é expressamente cancelada pela mesma Resolução n 210/2016. Chega-se, assim, à solução que há tanto tempo já vigorava no direito português, por conta do art. 40 do anterior Código de Processo, de teor seguinte: “1. A falta de procuração e a sua insuficiência ou irregularidade podem, em qualquer altura, ser arguidas pela parte contrária e suscitadas oficiosamente pelo tribunal. 2. O juiz fixa o prazo dentro do qual deve ser suprida a falta ou corrigido o vício e ratificado o processado (...)”.

84 “A existência de instrumento de mandato apenas nos autos de agravo de instrumento, ainda que em apenso, não legitima a atuação de advogado nos processos de que se originou o agravo.”

85 “A juntada de nova procuração aos autos, sem ressalva de poderes conferidos ao antigo patrono, implica revogação tácita do mandato anterior.”

86 Art. 3 , inciso VI.

87 Como consta, aliás, na Súmula n 405, com a redação que lhe foi dada pela Resolução n 208/2016: “Em face do que dispõem a MP n 1.984-22/00 e o art. 969 do CPC de 2015, é cabível o pedido de tutela provisória formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda”.

mentação. Eis mais uma hipótese em que o erro de forma não impede a tutela do direito, aplicando-se plenamente o disposto no art. 317 do CPC.

A regra do art. 968, § 6º, ao prever o encaminhamento da rescisória ao juízo competente para o seu julgamento, quando proposta perante Tribunal incompetente – nem sempre é fácil definir o juízo competente, especialmente nos casos de recurso da natureza extraordinária, em que a distinção entre admissibilidade e mérito não se faz com facilidade, muito menos pela jurisprudência⁸⁸ –, prejudica a Orientação Jurisprudencial nº 70⁸⁹ da Subseção 2 de Dissídios Individuais⁹⁰, que pouco se amolda ao disposto no já citado art. 317 do CPC.

O art. 1.034 confere nova amplitude ao efeito devolutivo nos recursos de natureza extraordinária, temperando o sentido da célebre Súmula nº 126, ao dispor: “Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”. Aplicado o preceito na sua devida extensão, desaparece a necessidade de interposição de recurso de revista condicionado, para devolução, ao Tribunal Superior do Trabalho, de fundamento do pedido ou da defesa não abrangido pelo recurso. A medida, antes propugnada pela doutrina nacional⁹¹ e estrangeira⁹², agora perde sentido.

88 Veja-se o que José Carlos Barbosa Moreira escreve em que significa “não conhecer” de um recurso. In: *Temas de direito processual* – sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 125 e ss.

89 “A existência de instrumento de mandato apenas nos autos de agravo de instrumento, ainda que em apenso, não legitima a atuação de advogado nos processos de que se originou o agravo.”

90 “O manifesto equívoco da parte em ajuizar ação rescisória no TST para desconstituir julgado proferido pelo TRT, ou vice-versa, implica a extinção do processo sem julgamento do mérito por inépcia da inicial.”

91 MALLETT, Estêvão. *Do recurso de revista no processo do trabalho*, op. cit., p. 156 e ss.

92 SATTÀ, Salvatore. Corte di Cassazione. In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1962. v. X. p. 818-819. Contra, todavia, sob o argumento de que a parte vencedora em segundo grau “non ha l’onere di riproporre le domande e le eccezioni non accolte o non esaminate dal giudice d’appello, poiché l’eventuale accoglimento del ricorso principale comporta la possibilità che dette domande o eccezioni vengano riesaminate in sede di giudizio di rinvio” (*Corte de Cassazione, Sez. 5, Sentenza n. 27157, de 16.12.2011*. Disponível em: <<http://www.foreuropeo.it/home/materie/civile-procedura/276-impugnazioni-ricorso-per-cassazione-ricorso-incidentale-condizionato>>. Acesso em: 24 jul. 2016). O argumento, como facilmente se percebe, não se aplica ao sistema jurídico brasileiro, no qual os recursos de natureza extraordinária não se revestem de natureza de cassação e não existe o juízo de reenvio. Ademais, a matéria continua a ser controvertida no direito italiano. Para mais ampla exposição, com indicação de vários precedentes da Corte de Cassação italiana sobre o assunto, cf.: RUSCIANO, Silvia. *Il procedimento di cassazione: attività delle parti e poteri della Corte, tese (s. e. p.)*, especialmente a partir de p. 103 e seguintes. Disponível em: <<http://www.fedoa.unina.it/919/1/Rusciano.Dir.Process..pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

DOCTRINA

Com a ampliação da devolução produzida pelo recurso de natureza extraordinária, o Tribunal *ad quem*, conhecida a revista, aplica o direito à espécie, com exame de todos os fundamentos suscitados, assim para o acolhimento como para a rejeição do pedido⁹³, na linha da Súmula nº 393, inciso I, do Tribunal Superior do Trabalho. Terá de fazê-lo até com exame de fatos e provas, se necessário, para a solução da controvérsia, o que nada tem de incompatível com a especial função de tal recurso ou com a cognição dos Tribunais de superposição. Por exemplo, provido o recurso de revista e afastado o enquadramento do trabalhador em função de confiança (art. 62, II, da CLT), o Tribunal deve prosseguir no julgamento, para estabelecer a quantidade de horas extras. Evita-se a devolução da causa a outro juízo e ganha-se tempo na definição da controvérsia. Se, porém, a causa não estiver madura, por não se terem produzido provas – o que deve ocorrer com menos frequência em causa que haja chegado ao terceiro grau de jurisdição –, a devolução será inexorável.

Talvez o maior obstáculo para essa nova orientação seja o grande volume de processos, especialmente no Tribunal Superior do Trabalho, no qual cada recurso, não poucas vezes, veicula vários pedidos diferentes, com pluralidade de causas de pedir ou de defesa. E, para retomar o exemplo do pedido de horas extras, pense-se na defesa que invoca as teses da não prestação de serviço extraordinário, do exercício de função de confiança e do exercício de atividade externa, incompatível com o controle de horário.

11 – CONCLUSÃO

Em síntese, a despeito de algumas críticas feitas ao Tribunal Superior do Trabalho por haver editado a IN nº 39, críticas em grande medida exageradas, certo é que se trata de providência que favorece a segurança jurídica, sem comprometer, de nenhuma forma, a sagrada liberdade de convencimento de cada julgador, a qual permanece – como tinha mesmo de ser – devidamente salvaguardada. De qualquer sorte, as soluções propostas pela IN nº 39 são quase todas corretas e equilibradas, refletindo a melhor alternativa para a compatibilização do CPC com o processo do trabalho. Por fim, a IN nº 39 não esgota os temas da compatibilidade e da aplicação da legislação processual civil ao processo do trabalho. Ficam ainda por decidir e resolver vários pontos, para cujo enfrentamento terão muito a dizer a reflexão da doutrina e a sedimentação da jurisprudência.

93 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo CPC*, op. cit., p. 1.504.

OS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO, DA ADAPTABILIDADE E DA FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL PELO JUIZ NO NOVO CPC

Fernando da Fonseca Gajardoni*
Maurício Bearzotti de Souza**

1 – PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA ADAPTABILIDADE (FLEXIBILIZAÇÃO) DO PROCEDIMENTO

As formas processuais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência. Sua observância representa uma garantia de andamento regular e legal do processo e de respeito aos direitos das partes, sendo, pois, o formalismo indispensável ao processo.

Só que, como bem adverte autorizada doutrina, “é necessário evitar, tanto quanto o possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito”¹.

Por isto, o legislador, ao regular as formas (que em grande parte são o resultado de uma experiência que se acumulou durante séculos²), “deve

* *Doutor e mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP (FD-USP); professor doutor de Direito Processual Civil e Arbitragem da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto (FDRP-USP) e do Programa de Mestrado em Direito da UNAERP; juiz de direito no Estado de São Paulo.*

** *Especialista em Economia do Trabalho pela Unicamp (IE/CESIT); tutor e conteudista de cursos a distância oferecidos pela Escola Judicial do TRT da 15ª Região; autor e conteudista na área do Direito do Trabalho junto ao Núcleo de Prática Jurídica Digital do Grupo Kroton Educacional; juiz do trabalho substituto do TRT da 15ª Região.*

1 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1. p. 225. A cientista política Maria Teresa Sadek destaca, entre os fenômenos que compõem a nominada crise da justiça: a) crise estrutural do sistema de justiça; b) crise institucional; e c) crise relativa aos procedimentos (Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 1, maio 2004). Aponta, ainda, nos termos de pesquisa que conduziu junto aos magistrados brasileiros, que logo após a falta de recursos materiais, indicada pela grande maioria como sendo o principal fator a obstaculizar o bom funcionamento do Judiciário, vem o excesso de formalidades nos procedimentos judiciais (ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Teresa. A crise do Judiciário e a visão dos juizes. *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, p. 42, mar./maio 1994).

2 Para análise da evolução histórica da forma através dos tempos, cf., por todos: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 53-78.

preocupar-se em adaptá-las às necessidades e aos costumes do seu tempo, eliminando o excessivo e o inútil”³.

A adaptação do processo ao seu objeto e sujeitos, assim, dá-se, em princípio, no plano legislativo, mediante elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às necessidades locais e temporais. Esta é a regra.

Mas é recomendável que ocorra também no próprio âmbito do processo, com a concessão de poderes ao juiz para, dentro de determinados limites, realizar a adequação de forma concreta⁴.

Com efeito, a moderna ênfase que se dá ao aspecto eficaz do processo (nos seus aspectos material e temporal) sugere que se deve conferir ao procedimento o ritmo necessário à efetiva atuação jurisdicional⁵. Se não se obtém isto por força de modelos legais aptos à tutela adequada e tempestiva do direito material, há de se conferir ao juiz “condições de acelerar procedimentos, ou de freá-los, de acordo com a necessidade concreta e sempre atendida a garantia dos superiores princípios do processo”⁶.

Fala-se em *princípio da adequação* para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador, para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material⁷; e em *princípio da adaptabilidade* (da flexibilização ou da *elasticidade processual*⁸) para designar

3 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 226.

4 Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*: tentativa de compatibilização. Tese para professor titular. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2005. p. 61. O professor paulista aponta, ainda, que “deve a legalidade da forma ser abrangida por algumas ideias próprias do princípio da liberdade, no sentido de possibilitar ao juiz adequar a forma às necessidades e às especificidades da situação concreta” (*Efetividade do processo e técnica processual*: tentativa de compatibilização, cit., p. 424).

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 54-58.

6 NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 730, p. 673-688, ago. 1996, precisamente p. 686. Afinal, os princípios constitucionais do processo incidem sobre a sua estrutura técnica, de modo que não só o legislador infraconstitucional deve traçar um processo que corresponda a estes princípios, mas também os processualistas devem extrair do sistema as tutelas que permitam a realização concreta do direito à adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 48).

7 Fredie Didier Junior, ao se referir ao princípio da adequação, aduz que “a construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiosincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para esta circunstância, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional” (Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, jul./set. 2001, p. 530-541). Cf., também: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 484-485.

8 Calamandrei, à luz da revogada legislação processual italiana, apontava que, sem esmorecer o princípio da legalidade das formas, a lei de seu país “temperava a excessiva rigidez, adotando, no lugar de um

a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa⁹.

A flexibilização do procedimento, assim, é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade.

2 – ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA ADAPTABILIDADE

Ambos os princípios se operam do ponto de vista subjetivo (partes)¹⁰ ou objetivo (direito material)¹¹.

Subjetivamente, a qualidade das partes justifica a alteração do procedimento, eis que exatamente por isso não se estará quebrantando a garantia constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), mas, sim, a potencializando. Assim, o procedimento é legislativamente alterado para que o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública contem com prazos mais extensos para a prática dos atos processuais, contados de sua intimação pessoal

tipo de procedimento único e invariável para todas as causas, um procedimento adaptável às circunstâncias, que pode ser, em caso de necessidade, abreviado ou modificado, podendo assumir múltiplas figuras, em correspondência com as exigências concretas da causa”. Ressalve-se, entretanto, que o autor apenas admitia o emprego da elasticidade com a eleição de caminhos previamente e genericamente estipulados pela lei, e não que as partes ou o juiz elegessem livremente o melhor ato processual da série (CALAMANDREI, Piero. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 299-300).

- 9 Com efeito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, embora recuse a submissão do procedimento ao arbítrio judicial, reconhece a necessidade de mais aguda atividade do juiz no bojo do processo, confiando-lhe sua efetiva direção (Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003, especialmente p. 58), razão pela qual, sendo o juiz agente político do Estado, “portador de poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos”, não há “razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa” (A garantia do contraditório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 346, p. 9-19, abr./jun. 1999, p. 13). Dinamarco, também ressaltando ainda não ser digerível a ideia de submissão total das regras de procedimento aos desígnios do julgador, aceita, no entanto, certa dose de liberdade do juiz, inclusive para amoldar o procedimento às especificidades do direito material (*A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 136). Cf., também: COMOGLIO, L. Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. In: *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979. v. 1, *passim*.
- 10 Destaque-se que neste aspecto diferenciamos nossa concepção de flexibilidade procedimental da adotada pela doutrina portuguesa, que só a admite com base em critérios objetivos fundados no direito material, não admitindo que o juízo afira a necessidade de adequação conforme os sujeitos, assegurando igualdade substancial das partes (cf. BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. In: SOUZA, Miguel Teixeira [Coord.]. *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997. p. 64-65).
- 11 Em sentido semelhante, cf.: LACERDA, Galeno Velhinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 161-170, 1976. O ilustre autor gaúcho, todavia, anota mais um aspecto na sua classificação, o teleológico, que, a nosso ver, por ter matiz objetiva e relacionada ao direito material, não necessita de autonomia classificatória.

(arts. 180, *caput*, e 186, *caput* e § 1º, do CPC/2015); para que nos processos em que haja interesse de incapazes atue o Ministério Público (art. 178, II, do CPC/2015)¹²; para que os incapazes ou a Fazenda Pública não possam litigar pelo procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis, cujas garantias processuais são menos acentuadas (art. 8º, § 1º, da Lei nº 9.099/95)¹³; etc. Mas nada impede que o juiz promova a variação ritual à luz das características da parte litigante, seja quando o legislador lhe dá expressamente tal atribuição (v.g., a inversão ou a distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos dos arts. 6º, VIII, do CDC e 373, § 1º, do CPC/2015¹⁴), seja quando ele não foi capaz de antever regramento flexibilizador, em que pese sua imperiosidade para o restabelecimento do equilíbrio de forças entre os litigantes (utilização de procedimento diverso nos casos em que o réu, estando em local distante, tiver incapacidade ou grande dificuldade de se deslocar até a Comarca para a audiência inicial do rito sumaríssimo ou especial¹⁵).

12 No âmbito laboral, reconhece-se ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de ajuizar ação na defesa do interesse de menores (CLT, art. 793; LC n 75/93, art. 83, IV).

13 Existe disposição semelhante na CLT: ao disciplinar o procedimento *sumaríssimo*, fortemente inspirado pela Lei n 9.099/95, o legislador excetuou as demandas “em que é parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional” (art. 852-A, parágrafo único, da Consolidação). Neste caso, porém, colimando mais a simplicidade procedimental e a celeridade do que a salvaguarda do interesse público *secundário* (o do Estado, sentido lato). Não deixa de existir uma atenção à *qualidade da parte*, mas nesse caso o enfoque é na pessoa do trabalhador, normalmente hipossuficiente economicamente, que necessita de tutela mais presta em razão do caráter alimentar das verbas que postula.

14 Na jurisprudência trabalhista, podemos encontrar posicionamentos que consideram a particular condição do trabalhador no contexto da relação de emprego e a maior aptidão para a produção de certas provas pelo empregador, invertendo o critério tradicional de definição do *onus probandi* (CLT, art. 818). Como exemplo, trazemos dois dos mais recentes verbetes da súmula de jurisprudência dominante do TST, ambos resultantes da Resolução n 209/2016 (DEJT 1, 2 e 03.06.2016): “VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício” (Súmula n 460). Convém destacar: mesmo que o empregador alegue que o trabalhador não requereu o benefício – de sorte que, tradicionalmente, caberia a ele, trabalhador, a prova do fato constitutivo do alegado direito –, caberá ao empregador demonstrar que ocorreu tal manifestação de vontade, negativa. “FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA. É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015)” (Súmula n 461). Em que pese o enfoque dado nesse enunciado de jurisprudência, considera-se que a prova cabe ao empregador mesmo nos casos em que o trabalhador alegue a existência de diferenças (ou seja, admitindo que foram efetuados recolhimentos, assevera que o foram a menor ou de forma incompleta, portanto, fato constitutivo).

15 Algo que corriqueiramente ocorre em ações de alimentos, cujo procedimento especial dos arts. 5 a 7 da Lei n 5.478/68, aliado à regra especial de competência do art. 53, II, do CPC/2015, impõe o comparecimento do demandado hipossuficiente, muitas vezes domiciliado em outro Estado da federação, perante o juízo do domicílio do alimentando, sob pena de revelia. Não nos parece haver impedimento para que o juiz, à luz da reclamada hipossuficiência, deixe de decretar a revelia e aceite, sem maiores prejuízos ao autor, o processamento da demanda pela via ordinária. Vale anotar que o rito da Lei de Alimentos, consoante artigos acima referidos, apresenta vários pontos de identidade com a CLT, a saber, seus arts. 841, 843, *caput*, e 844. A competência territorial trabalhista é fixada – regra geral – considerando o local onde o trabalhador normalmente mantém sua residência, o da prestação dos serviços (art. 651,

Também em vista do direito material (objetivamente) é possível a variação ritual. A lei o faz, exemplificativamente, quando ordena os procedimentos comum e especial à luz, entre outros critérios, da pretensão econômica (valor da causa); quando elege, embora sem o rigor que seria necessário¹⁶, direito que entende ser digno de uma proteção mais eficiente ou célere, tais como as possessórias, a ação de alimentos, a busca e apreensão em alienação fiduciária e a ação para reclamação do crédito trabalhista menos expressivo (de até duas vezes o mínimo legal, hipótese em que não cabe recurso senão em matéria constitucional – Lei nº 5.584/70, art. 2º, §§ 3º e 4º); ou quando, pela forma como se apresenta o direito material, concede tutela de maneira bem mais rápida ao jurisdicionado (mandado de segurança e monitória). Mas é possível que esta variação seja efetuada, da mesma maneira, pelo juiz, que, verificando a inaptidão do procedimento para a tutela adequada ou potencializada do direito

caput). Todavia, casos há em que o trabalhador reside em localidade diversa da de sua contratação e não se aplicam as exceções constantes nos parágrafos do art. 651 da Consolidação. Neles, a jurisprudência tem flexibilizado o critério legal (principal) ora mencionado com vistas à implementação dos princípios protetivo e do (amplo) acesso à justiça: “RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. EMPRESA QUE NÃO MAIS ATUA NO LOCAL DA CONTRATAÇÃO. EMPREGADA GRÁVIDA. OPÇÃO PELO DOMICÍLIO DO TRABALHADOR. POSSIBILIDADE. AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. No que diz respeito a ações trabalhistas, a competência territorial é, em regra, determinada pela localidade onde o empregado presta serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro” (art. 651 da CLT). 2. No entanto, deve-se ter em mente que vigora nesta Justiça Especializada o princípio protetivo do trabalhador, em razão do qual este Tribunal Superior tem se posicionado no sentido da possibilidade de a demanda ser proposta no foro que se afigure mais acessível ao empregado (art. 5º, XXXV, da CF), desde que não importe em efetivo prejuízo à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, da CF). 3. E, tratando-se de incompetência relativa, a jurisprudência prevalente no âmbito desta Corte é no sentido de que a decretação de nulidade dos atos processuais praticados depende da comprovação do referido prejuízo, nos termos do art. 794 da CLT. 4. No caso dos autos, não obstante a reclamante tenha prestado serviços no Município de Ferreira Gomes (Estado do Amapá), ficou consignado no acórdão regional que a opção pelo foro de Belém (Estado do Pará) não trouxe qualquer prejuízo para o amplo direito de defesa da reclamada, pois a empregadora (Dall Brasil S.A.) não possui mais atividades no local de prestação dos serviços e a tomadora dos serviços (Ferreira Gomes Energia S.A.), tendo sede em São Paulo – SP, foi assistida por advogados com atuação em Belém – PA (folhas 28-38 e 44), que assim não precisaram deslocar-se para Macapá – AP, o que facilitou a defesa, além de economizar um trecho de passagem aérea de ida e volta”. 5. Incôlumes os arts. 651 e 799 da CLT” (TST, RR 380-10.2013.5.08.0005, 1ª T., Rel. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 20.05.2016, destaques do original, transcrição parcial). *Contra*, aplicando o art. 651, *caput*, da CLT de maneira mais rígida: TST, AIRR 10619-25 2014.5.06.0351, 2ª T., Rel. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 03.06.2016.

- 16 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da (Coords.). *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante*. São Paulo: Método, 2006. p. 15-24, especialmente p. 20. No mesmo sentido Fredie Didier Junior, para quem “as razões que levam à criação de procedimentos mais diferenciados, com técnicas ainda mais avançadas de tutela, não são assim tão claras e objetivas. Algumas espécies de direito material não têm a relevância e as peculiaridades próprias que imponham uma tutela mais rápida. No entanto, nitidamente por fatores ideológicos, a tutela especial é criada”, como ocorre no caso da busca e apreensão da alienação fiduciária e na execução extrajudicial do crédito hipotecário (Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento, p. 530-541).

material, ordena a flexibilização, havendo ou não previsão legal específica a respeito (*vide* art. 139, VI, do CPC/2015)¹⁷.

3 – INSERÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA ADAPTABILIDADE NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Os princípios da adequação e da adaptabilidade, apesar de não gozarem de previsão legal específica¹⁸, parecem estar implícitos no sistema processual civil brasileiro, a ponto de festejados autores, em que pese a omissão de tantos outros, os indicarem como integrantes do que se convencionou chamar teoria geral do processo¹⁹.

São princípios, portanto, de aplicação também nos outros tipos de processos (penal, tributário, trabalhista, etc.), inclusive fora do âmbito judicial (processo administrativo, processo legislativo, processo arbitral).

Por isto, se o legislador não foi capaz de modelar adequadamente os procedimentos para a exata tutela do direito material, ou se ele não atentou para especial condição da parte litigante (princípio da adequação), nada impede que o juiz, percebendo a necessidade de variação ritual, a faça no caso concreto (princípio da adaptabilidade).

17 O Enunciado n. 35 da Escola Nacional de Formação de Magistrados (Enfam) indica que, “além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo”.

18 Algo que é proposto por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, p. 66, out./dez. 1999) e consta, expressamente, do art. 265-A do CPC português (“quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”).

19 LACERDA, Galeno Velhinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 161-170, 1976, precisamente p. 161. Em sentido *expressamente* contrário, indicando que tais princípios são exclusivos do direito do trabalho, cf. CATHARINO, José Martins. Princípios do direito processual do trabalho. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 61. p. 27 e ss.; e SOUZA, Wilson Alves de. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes. *LTr Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 50, n. 2, p. 171-172, fev. 1986. De acordo com este último autor, se o direito material do trabalho tem peculiaridades, a sua aplicação só poderia ser concretizada a contento mediante um direito processual adequado àquele. Assim, se prevalece no direito do trabalho o princípio da proteção ao trabalhador, e a norma processual comum é igualitária, compete ao direito processual do trabalho prescrever normas processuais respeitantes da desigualdade do direito material. Por isto, necessários instrumentos processuais adequados para combater a acintosa desigualdade real, política, econômica e sociológica de empregadores e empregados, razão pela qual, com o princípio da adequação, busca-se restabelecer no procedimento a situação de igualdade (*Princípios do direito processual do trabalho, cit.*, p. 171). Parte da doutrina e da jurisprudência tem indicado como decorrência prática desta maleabilização das regras procedimentais que não existe no direito do trabalho inépcia da inicial; que nada impede a juntada, pelo reclamante, de documentos a qualquer tempo; e que pode haver o deferimento de pedidos não expressamente formulados pelo empregado, utilizando-se da teoria do pedido implícito ou necessariamente decorrente.

E isto, preservadas as posições em contrário, não depende de previsão legislativa alguma (embora fosse recomendável), pois decorre da correta aplicação do princípio constitucional do devido processo legal (do qual tanto o princípio da adequação quanto o da adaptabilidade são corolários).

4 – O DESTINATÁRIO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL

Por evidente, o destinatário do princípio da adequação procedimental é o legislador, a quem compete criar e modificar o procedimento conforme as necessidades objetivas e subjetivas da causa.

Mas não apenas o legislador federal.

Apesar da manutenção da competência legislativa privativa da União para dispor sobre processo (art. 22, I, da CF/88), o art. 24, XI, da Constituição Federal vigente estabeleceu que compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre procedimentos em matéria processual, algo que, sem representar retorno à autonomia estadual para legislar sobre processo (existente na CF/1891²⁰), efetivamente foi novidade no âmbito da Carta Constitucional de 1988, *já que a separação entre processo e procedimento sequer foi cogitada nas Cartas Constitucionais anteriores*.

A opção do constituinte de 1988 em permitir aos Estados-membros e ao Distrito Federal que legissem sobre procedimento em matéria processual deve-se ao fato de que, com as dimensões continentais de nosso país e as diferenças regionais gritantes, o regramento genérico emanado pela União havia de ser compatibilizado às realidades locais pela lei estadual ou distrital, tudo em prol da sua aplicação ideal²¹. A despeito da centralização da edição de normas gerais pela

20 Dispunha o art. 34 da Carta de 1891 competir ao Congresso Nacional legislar sobre o direito “processual da Justiça Federal” (item 22, com a redação dada pela EC n. 3/1926). A Constituição considerava o – então – recém-instituído Judiciário federal (Decreto n. 848, de 11.10.90). Ante a dualidade estabelecida entre Justiças Federal e Estadual e considerando o disposto no art. 65, item 2, da CF/1891 (“Art. 65. É facultado aos Estados: (...) 2) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”), admitia-se a codificação do processo em âmbito estadual.

21 Conforme regra dos parágrafos do art. 24 da CF, em tema de competência concorrente em matéria de procedimento processual (repartição vertical de competência entre União, Estados e Distrito Federal): a) a União só pode editar normas gerais em matéria de procedimento, isto é, legislação fundamental, competindo aos Estados e ao Distrito Federal a edição de normas suplementares, exclusivamente com o propósito de atender às particularidades regionais; b) quedando-se omissa a União na edição de normas gerais – e não há necessidade de que os outros entes políticos aguardem qualquer prazo para elaboração de normas ou interpelem a União para isto –, a competência dos Estados federados e do Distrito Federal no tocante ao procedimento é plena, isto é, podem editar leis gerais e particulares para valerem em seu território, sempre condicionadas às peculiaridades locais; e, c) todavia, na super-

União, as entidades parciais foram agraciadas com pequena parcela de competência legislativa, que, bem desenvolvidas, “poderão solucionar problemas regionais, tudo a depender, como óbvio, da capacidade e criatividade do legislador local”²²⁻²³.

Não é possível, pois, que se tente preservar, no que toca aos procedimentos em matéria processual, funesta simetria entre Estados e Distrito Federal, entes díspares sob vários aspectos. Não é sequer “imaginável que a lei, extraviando-se, procure impor ao Distrito Federal e aos Estados, errada e desnecessariamente, uniformidade de procedimentos em matéria processual”²⁴.

O Estado ou o Distrito Federal, de acordo com sua conveniência, tem competência para, observadas as normas gerais mínimas editadas pela União, adequar, de maneira até diversa da constante da lei federal, o procedimento em matéria processual, desde que o faça para suplementá-la e para atender às particularidades regionais²⁵.

É possível, por isto, que haja lei estadual para disciplinar, exemplificativamente²⁶:

veniência de lei federal geral sobre procedimentos em matéria processual, as normas gerais editadas pelos Estados e Distrito Federal – mas não as específicas que atendem às particularidades locais – terão sua vigência suspensa no que contrariar as regras genéricas impostas pela União, de modo que se pode dizer estarem elas sujeitas à condição resolutiva (até a vigência de lei federal superveniente).

- 22 BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-membros*. São Paulo: RT, 1999. p. 60.
- 23 Esta foi a mensagem do texto constitucional captada por José Renato Nalini, quando aponta que o reconhecer da competência legislativa dos Estados em matéria procedimental “propiciará iniciativas estaduais de desincumbência da atribuição até agora não exercida”, com reflexos na otimização do serviço público judicial decorrente da simplificação procedimental”. E que a continuidade dos estudos delineadores da distinção entre processo e procedimento se mostra imprescindível, pois “com ela poderá o Estado-membro implementar a vontade do constituinte e tornar a prestação jurisdicional mais célere, disciplinando o procedimento de acordo com as condições de desenvolvimento de cada unidade federada” (NALINI, José Renato. *Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional*, *cit.*, p. 673-674).
- 24 ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. Procedimentos em matéria processual. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, ano 5, n. 13, p. 184-186, jan./abr. 2001, precisamente p. 95.
- 25 Para uma análise mais acurada da temática, cf.: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo CPC. *Revista de Processo*, v. 186, p. 199-227, 2010.
- 26 Além da competência legislativa para regras de procedimento em matéria processual, o STF tem reconhecido a competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal – no âmbito de seu território – em tema de organização judiciária. Nas palavras do Ministro Luiz Fux: “As normas de organização judiciária diferem ontologicamente daquelas de natureza processual, na medida em que “[a]s leis de organização judiciária cuidam da administração da justiça e as leis de processo da atuação da justiça. (...) As leis processuais, portanto, regulamentam a ‘tutela jurisdicional’, enquanto que as de organização judiciária disciplinam a administração dos órgãos investidos da função jurisdicional” (Organização judiciária e processo. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, ano 1, jan./jun. 1960, São Paulo, Saraiva, p. 20-21)” (STF, ADI 3.711/ES, Pleno, DJe 24.08.2015, transcrição parcial).

DOCTRINA

“a) o local ou o horário para a prática dos atos processuais conforme as necessidades do povo local;

b) os serviços de protocolo e recepção de petições dirigidas ao primeiro e segundo graus, inclusive quanto à possibilidade de sua extensão em período noturno, fins de semana, feriados, além da disciplina do recebimento de documentos por meio eletrônico;

c) os procedimentos especiais novos, não previstos por lei federal, mas capazes de tutelar de maneira mais adequada (objetiva e subjetivamente) situações comuns no Estado (como a previsão local de uma ação de imissão na posse com possibilidade de concessão de liminar, de uma nova cautelar típica com particularidades procedimentais próprias, ou de um novo procedimento para os executivos fiscais estaduais)²⁷;

d) a forma de cumprimento dos mandados pelos oficiais de justiça;

e) as novas modalidades de citação e intimação, desde que observadas as garantias constitucionais mínimas do contraditório e da ampla defesa²⁸;

f) a comunicação dos atos processuais em seu território (cartas precatórias e de ordem, intimação por *e-mail*, fax, etc.);

g) a ampliação de prazos, mesmo os rigidamente fixados no Código de Processo Civil ou em leis processuais extravagantes, conforme as particularidades locais (por exemplo, em Estado cuja extensão territorial seja muito vasta ou em que o transporte seja precário);

h) a definição do período em que os prazos processuais estarão suspensos por força de circunstâncias locais, observadas as diretrizes gerais traçadas por norma geral editada pela União²⁹;

27 Neste sentido, Ernane Fidélis dos Santos indica a possibilidade de os Estados criarem procedimentos de jurisdição voluntária que julgarem necessários para a tutela dos direitos (*Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3. p. 377).

28 Este não é, entretanto, o pensamento de Ada Pellegrini Grinover, para quem “as regras sobre comunicação e intimação dos atos processuais são normas de processo, e não de procedimento. (...) não se trata de mera regra de procedimento, considerado como simples relação entre os atos processuais, mas de regra de processo, entendido como relação entre os sujeitos processuais” (Inconstitucionalidade de leis processuais estaduais. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima [Coord.]. *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 19-20).

29 No regime constitucional de 1967, quando então não havia a competência dos entes parciais para legislarem sobre procedimento em matéria processual, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não era lícito ao Estado federado disciplinar questão referente aos feitos que têm curso nas já extintas férias forenses (Recurso Extraordinário 87.728-PR, Rel. Min. Décio Miranda, j. 05.03.80). Sobre este julgado, cf.: SANTOS, Altamiro J. Processo e procedimento à luz das Constituições Federais de 1967 e 1988 – competência para legislar. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 16, n. 64, p. 217-246, out./dez. 1991.

i) a inserção, no bojo de procedimentos genéricos estabelecidos pelo legislador federal, de atos processuais não constantes do *iter* geral, ou discipliná-los, quanto à organização, de maneira distinta (inserindo, por exemplo, audiência de conciliação logo no início do processo, antes da citação do demandado³⁰);

j) a ordem dos processos nos Tribunais, criando preferências de julgamento locais além dos já estabelecidos pela lei federal ou inserindo audiências de conciliação compulsoriamente nos processos entrados em segunda instância;

k) a criação, conforme as possibilidades e as necessidades locais, de uma nova modalidade de liquidação de sentença (por institutos oficiais de pesquisa, por exemplo); e

l) a colheita de depoimento por via telefônica.³¹

5 – PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE E SISTEMAS DE FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO

A aplicação do princípio da adaptabilidade, naturalmente, tem natureza subsidiária. Só incide nos casos em que o legislador não criou especificamente um procedimento individualizado e adequado para a tutela do direito ou da parte (como se pressupõe ter ocorrido com os procedimentos especiais). Se o procedimento é ideal e atende com perfeição às características do caso, não há espaço para a adaptação.

A riqueza da práxis forense, todavia, bem tem demonstrado que os legisladores federal e estadual são incapazes de modelar, com perfeição, procedimentos específicos para todas as situações cotidianas. Sempre há de surgir

30 Destacamos a experiência do SICOPP – Sistema de Conciliação Pré-Processual, instituído no âmbito da Justiça Federal de 1º Grau em Curitiba/PR desde o ano de 2009. Técnica criada por Magistrados, mas que poderia ter resultado de texto normativo local. Resumidamente, o SICOPP analisa petições iniciais (requisitos e documentos indispensáveis), designa perícias judiciais, normalmente realizadas na sede da Justiça Federal, com laudos redigidos em formulário simplificado e padronizado, e, caso o resultado da prova técnica seja indicativo da procedência do pedido, designa-se audiência, conduzida por conciliadores voluntários, orientados e supervisionados por juiz federal. Havendo acordo, é homologado e encaminhado à Vara apenas para as providências relacionadas ao cumprimento (em geral, expedição de requisição de pequeno valor, comunicação para pagamento do perito e extinção do processo seguida do respectivo arquivamento). Do contrário, o ente público é citado e o processo retorna à Vara para tramitação regular. Para mais informações sobre esse Sistema, acessar: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/sistema-de-conciliacao-pre-processual-sicopp>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

31 Aliás, esta medida já é adotada na Inglaterra, cuja regra 3.1 da CPR autoriza o órgão judicial a colher depoimento por telefone ou qualquer outro método de comunicação, inclusive por sistemas de teleconferência ou análogos (R. 32.3).

um caso novo que, por força do direito debatido ou da qualidade de um dos litigantes, justifique uma calibração do procedimento às circunstâncias da causa e, portanto, a aplicação do princípio da adaptabilidade.

A partir desta constatação pragmática, o operador jurídico deve buscar, a bem da funcionalidade do sistema, a construção de uma teoria plausível para justificar a adaptação, algo que só é possível, como já anotamos, através da flexibilização das regras do procedimento.

Três são os sistemas de flexibilização (adaptação) procedimental.

O primeiro deles é o da flexibilização por força da lei. De fato, disposição legal pode autorizar o juiz a proceder à adaptação do procedimento à causa.

Esta autorização pode ser incondicionada – como o fez o legislador português nos arts. 6º e 547 do CPC luso –, caso em que a norma deixa, a critério do julgador, a variação procedimental adaptadora, sem indicá-la expressamente (flexibilização legal genérica); ou pode o legislador prever tramitações alternativas para a causa³², casos em que o juiz, conforme as opções previamente postas na legislação, elege a que pareça ser mais adequada para a tutela do caso em concreto³³, não podendo, todavia, escolher outra fora do rol legal (flexibilização legal alternativa).

O segundo sistema é o da flexibilização procedimental judicial. *Ainda que não haja previsão legal alguma a respeito*, competiria ao juiz, com base nas variantes do caso em concreto (objetivas e subjetivas), modelar o procedimento para a obtenção de adequada tutela, elegendo quais os atos processuais que se praticarão na série, bem como sua forma e o modo³⁴. Trata-se de modelo muito próximo ao da liberdade das formas, diferenciando-se dele, todavia, pelo caráter subsidiário de incidência. Neste regime, a flexibilização judicial só se daria em caráter excepcional e mediante uma série de condicionamentos, restando, pois,

32 Vale relembra que pesa controvérsia, na doutrina portuguesa, se estas situações de variantes procedimentais já predispostas pelo legislador são consideradas hipóteses de adequação formal. Pela negativa, cf.: BRITO, Pedro Madeira de. *O novo princípio da adequação formal*, cit., p. 38-40 e 67-68. Pela afirmativa, cf.: REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1. p. 263.

33 Em vista do revogado CPC italiano, Calamandrei apontava que o seu sistema, fugindo do arbítrio judicial na eleição do procedimento, construía o procedimento não como uma peça só, mas, sim, como um “mecanismo composto de peças desmontáveis e combináveis entre si de distintas maneiras, que corresponde à sensibilidade das partes e à prudência do juiz ao montar caso a caso do modo mais conforme aos fins da justiça” (*Direito processual civil*, cit., v. 1, p. 300).

34 Calamandrei, ao investigar o poder criador do juiz, anota que em alguns casos o sistema processual substitui a fórmula de criação legislativa do direito pela de formulação judicial, casos em que, mesmo não havendo os caracteres de generalidade e abstração próprios da lei, o comando judicial, ainda que limitado e em caso singular, tem eficácia inovativa típica do ato legislativo (*Direito processual civil*, cit., v. 1, p. 165).

preservado o regime da legalidade das formas como regra. No regime da liberdade das formas a regra é que o juiz, em todos os procedimentos, delibere sobre o *iter*.

O terceiro sistema seria o da flexibilização voluntária das regras de procedimento (como ocorre na primeira parte do art. 21 da Lei de Arbitragem). Competiria às partes eleger alguns procedimentos ou alguns atos processuais da série, ainda que também em caráter excepcional e com condicionamentos.

Por estar vinculado ao sistema da legalidade das formas, o CPC/73 havia se filiado, preponderantemente, ao regime de flexibilização legal alternativa, com ampla incidência de tramitações procedimentais alternativas (variantes rituais previamente previstas pelo legislador) em detrimento do modelo legal genérico de flexibilização (*vide* arts. 355, 334, § 4º, 932, IV, c/c o art. 1.011, I, todos do CPC/2015). Praticamente nada havia no CPC/73 que autorizasse, do ponto de vista legal, o juiz ou as partes a, genericamente, calibrar o rito conforme as particularidades da causa (flexibilização legal genérica) ou interesse pessoal (flexibilização legal voluntária).

No anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas responsável pelo CPC/2015, pretendia-se substituir tal modelo rígido do CPC/73 (flexibilização legal alternativa) pelo sistema da flexibilização legal genérica. O art. 107, V, do anteprojeto estabelecida que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições da lei, incumbindo-lhe “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”. E o art. 151, § 1º, do mesmo anteprojeto dispunha que, “quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”.

Se, por um lado, aplaudiu-se a norma proposta sob o fundamento de que, com isto, os procedimentos passariam a ser adequados às particularidades subjetivas e objetivas do conflito (e não o contrário) – inclusive tornando desnecessária a previsão exaustiva e dilargada de procedimentos especiais –, por outro, se encontrou forte crítica (e resistência) da comunidade jurídica com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento; com o risco de que, operacionalizada a flexibilização, perdesse-se o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação, desde a descoberta do país, do modelo da rigidez formal.

Este receio, contudo – não temos dúvida alguma em afirmar –, se deveu a três fatores. Primeiro, ao absoluto desconhecimento dos críticos do alcance da regra da flexibilização procedimental (princípio da adequação formal) – in-

clusive no âmbito do direito comparado (arts. 6º e 547 do CPC português) – e dos condicionamentos para a flexibilização do procedimento. Segundo, à má compreensão do espírito do novo CPC, no sentido de extinguir/reduzir modelos procedimentais (sumário e especial) exatamente porque estaria permitida a calibração do rito no caso concreto. E, terceiro, à precária redação dos dispositivos que trataram do tema no texto do anteprojeto, os quais autorizaram a flexibilização através de cláusulas extremamente abertas; que não condicionavam a adequação formal a requisitos mínimos que pudessem garantir a previsibilidade e a segurança das partes; e que não acalentavam o espírito daqueles que – com certa razão diante do texto projetado – se rebelaram contra a inovação proposta.

Exatamente por conta destes fatores, e em busca de um consenso político necessário na análise do texto pelo Senado (em decisão seguida pela Câmara), optou-se por manter-se a possibilidade de flexibilização legal genérica do procedimento, porém, de modo mitigado. Assim, limitou-se, tal como previsto no aprovado art. 139, VI, do CPC/2015, a flexibilização legal genérica do procedimento a duas hipóteses: o aumento de prazos (não é permitida a diminuição de prazos) e a inversão da produção dos meios de prova (esta última, inclusive, sem sentido algum, já que o art. 361 do CPC/2015 já estabelece ser a ordem de produção de provas em audiência preferencial, não absoluta).

Mas o CPC/2015 foi um pouco mais além.

Estabeleceu, no art. 190, o modelo da flexibilização voluntária do procedimento (cláusula geral de negócio jurídico processual), autorizando às partes plenamente capazes, nas causas sobre direitos que admitam autocomposição: a) estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa; e b) convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo³⁵. Permitiu, inclusive, que as partes, junto ao juiz (negócio jurídico plurilateral), fixassem calendário processual (art. 191 do CPC/2015).

Concluindo: o CPC/2015 trabalha concomitantemente com os quatro modelos de flexibilização procedimental.

A regra geral continua a ser a da flexibilização legal alternativa (tramitações processuais alternativas).

Mas se autorizou, ainda que mitigadamente, a flexibilização legal genérica do procedimento, permitindo que o juiz amplie prazo e inverta a ordem de produção de provas (apenas), independentemente de autorização legal específica e expressa.

35 Para uma análise mais acurada do tema, cf. os comentários ao art. 190 do CPC/2015. In: GAJARDONI, Fernando da F.; DELLORE, Luiz; ROQUE, André V.; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC/2015*. São Paulo: Método, 2015.

Além disso, avançou-se profundamente no tocante à flexibilização legal voluntária, autorizando as partes maiores e capazes a, genericamente, alterar os procedimentos (e até seus poderes, deveres, ônus e obrigações) nas causas que admitem autocomposição.

Por fim, como não podia deixar mesmo de sê-lo, o modelo do CPC/2015 (tanto quanto o do CPC/73), mesmo à míngua de previsão legal expressa, admite a flexibilização judicial do procedimento³⁶.

Quando pensamos no direito processual do trabalho, parece defensável a tese de que a CLT foi além.

Em texto que consideramos revolucionário para a época de sua edição, 1943³⁷, previu:

“Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão *ampla liberdade* na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar *qualquer diligência* necessária ao esclarecimento delas.” (destacamos)

Como explica Manoel Carlos Toledo Filho, atentos ao desnível da relação de emprego, com preponderância do empregador pelo seu poder econômico e por dispor da autotutela, “os idealizadores do processo do trabalho projetaram mecanismos institucionais de compensação, reforçando os poderes do magistrado laboral, a quem incumbirá, assim, zelar para que a relação instrumental se desenvolva sob a égide de uma *igualdade real ou substancial e não meramente aparente ou formal*”³⁸.

A Consolidação não se limitou a conceder liberdade ao magistrado na condução do processo. Fê-lo de forma *ampla*. Nem à mera possibilidade de

36 Exatamente por ser a regra da adaptação princípio geral do processo (implícito), toda vez que as variantes rituais forem indispensáveis para a construção de um procedimento aderente à qualidade especial das partes ou ao direito material – como impõe a cláusula constitucional do devido processo constitucional –, não parece afastada a possibilidade de ser permitida, de modo excepcional, e obedecidas certas condicionantes, a adaptação procedimental diretamente pelo juiz mesmo não havendo previsão legal expressa (Cf. OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 99 e ss.).

37 Texto arrojado mesmo quando comparado com outros mais recentes, por exemplo, o art. 27 do Código de Processo do Trabalho de Portugal, de 2009: “Art. 27. Poderes do juiz. O juiz deve, até à audiência de discussão e julgamento: a) Mandar intervir na acção qualquer pessoa e determinar a realização dos actos necessários ao suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção; b) Convidar as partes a completar e a corrigir os articulados, quando no decurso do processo reconheça que deixaram de ser articulados factos que podem interessar à decisão da causa, sem prejuízo de tais factos ficarem sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova”.

38 Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil *apud* MIESSA, Elisson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 328.

determinar diligências, antes, franqueou ao juiz *qualquer* providência essencial à resolução do mérito ou, em linguagem mais corriqueira no foro trabalhista, *à busca da verdade (dita “real”)*³⁹.

Vale dizer, conceitos do direito processual contemporâneo, como *adaptabilidade procedimental*, colimando tutela estatal mais justa e adequada (às particularidades do caso), e *proatividade* (ou *ativismo*) *judicial*, já estavam presentes na CLT.

Em resumo, foi dado ao juiz do trabalho o poder (ou *dever*) de agir mediante impulso oficial e de maneira criativa, inovadora, sem, obviamente, menosprezar garantias processuais. Seguido do *ônus* (ou *dever*) de primar por um procedimento *célere*⁴⁰.

6 – LIMITES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADAPTAÇÃO (FLEXIBILIZAÇÃO) PROCEDIMENTAL PELO JUIZ

Obviamente, algum critério, ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual (art. 139, VI, do CPC/2015 ou a flexibilização judicial do procedimento), sob pena de tornarmos nosso sistema imprevisível e inseguro, com as partes e o juiz não sabendo para onde o processo vai nem quando ele vai acabar⁴¹.

39 Manoel Carlos Toledo Filho aborda esses destaques do art. 765 da CLT (*ob. cit.*, p. 329).

40 Uma curiosidade: essa expressão *andamento rápido* (ou *rápido andamento*) foi muito empregada nesse momento histórico, anos 30 do século passado. Lemos na Constituição de 1934, em seu art. 113, item 35: “A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva”. O grande detalhe do exame histórico comparativo é que a CLT, diferentemente do CPC/1939, não tratou do balanceamento entre celeridade e contraditório (ou ampla defesa). Não cremos que o intento foi desprezá-lo(s). Possivelmente, considerou-se o empregador dotado de meios mais eficientes à defesa dos seus interesses – inclusive no plano da *relação de direito material*, repetimos, mediante autotutela –, de sorte que ao juiz, reequilibrando as forças, cabia dedicar maior atenção à fluidez do procedimento.

41 No direito português, onde a adequação formal é expressamente permitida, apontam-se como requisitos condicionantes da flexibilização: a) prévia oitiva dos interessados; b) alteração procedimental pautada e fundamentada em critérios objetivos fundados no direito material: não se pode admitir que o juízo afira a necessidade de adequação conforme os sujeitos, já que não se espera que através deste instrumento ele assegure igualdade substancial das partes; c) a alteração não pode servir para determinar o afastamento da preclusão já verificada: tal regra, além de subverter a lógica do sistema e beneficiar às escâncaras a parte desidiosa, oportunizaria retardamento do curso processual; d) estabelecimento de uma sequência procedimental em princípio rígida, que ofereça um mínimo de certeza aos litigantes: a necessidade de segurança e o próprio acesso à justiça impõem que se garanta um conhecimento efetivo e prévio de todo o procedimento que se seguirá; e e) respeito aos demais princípios fundamentais do processo: como o do contraditório, o da ampla defesa (não pode haver restrição aos articulados previstos em lei), o do

Este critério consiste na necessidade de existência de um motivo para que se implemente, no caso concreto, uma variação ritual (finalidade), na participação das partes da decisão flexibilizadora (contraditório) e na indispensabilidade de que sejam expostas as razões pela quais a variação será útil para o processo (motivação).

6.1 – Finalidade

A primeira condição para a variação ritual é a finalidade. Como regra, os procedimentos seguirão o esquema formal desenhado pelo legislador, o que lhes garante indiscutível segurança e previsibilidade. Só em caráter excepcional é que se permitirá a flexibilidade.

Três situações mais específicas autorizarão a variação.

A primeira delas – a mais comum – está ligada ao direito material: toda vez que o instrumento predisposto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito reclamado, possível a variação ritual. É o que ocorre com a ampliação de prazos rigidamente fixados em lei para garantir a defesa, com a ampliação da fungibilidade de meios em favor da tutela dos direitos, entre outras situações práticas que oportunamente serão tratadas.

A segunda está relacionada com a higidez e a utilidade dos procedimentos, isto é, com a possibilidade de dispensa de alguns empecilhos formais irrelevantes para a composição do *iter*, que de todo modo atingirá seu escopo sem prejuízo das partes.

Com efeito, o juiz, no caso concreto, deverá verificar a idoneidade da exigência formal, desprezando-a caso não haja lógica para a imposição legal havida por mero culto à forma⁴². Exemplificativamente, é o que se dá com a inversão da ordem de produção de provas (arts. 139, VI, e 469, *caput*, do CPC/2015). A precedência do exame pericial à colheita da prova oral, além de gerar a realização de dispendiosa perícia para aferição do dano em momento anterior à comprovação do próprio dever de indenizar, não se justifica do ponto de vista finalístico, já que não há razão lógica para esta precedência. Ouvir o perito na mesma audiência

dispositivo, o da economia processual (a fixação não pode contemplar atos inúteis, sendo ilegal a assim prevista) e o da fundamentação (sem o que a parte não poderá controlar a pertinência da flexibilização) (BRITO, Pedro Madeira de. *O novo princípio da adequação formal*, *cit.*, p. 64-65). De acordo com Carlos Ferreira, “o estabelecimento do princípio da indisponibilidade das formas processuais, sem limitações, merece-nos alguma dúvida. Compreende-se que certos princípios base do processo patrocinado pelo Estado como a igualdade das partes e a imparcialidade e dignidade do Tribunal não possam ser, em nenhum caso, afastados pelas partes. Esta ideia vale também para os poderes de adaptação do juiz” (Os poderes dos juízes e das partes. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 3, p. 215, 1990).

42 Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, *cit.*, p. 423-425.

em que se ouvirão as partes e as testemunhas é tecnocracia incompatível com a possibilidade de ser designado posteriormente novo ato para esta finalidade.

Nas causas trabalhistas, além da situação já comentada, não incluem de certos tipos de processo em pauta de audiência, rememoramos as situações em que há perícia e não é o caso de prova em audiência, nas quais geralmente o encerramento da instrução ocorre mediante decisão interlocutória após a oferta do laudo e das manifestações correlatas. Nelas (e em similares), o TST tem entendido que a ausência de alegações finais e da segunda tentativa de conciliação – a despeito do art. 850, *caput*, da CLT – não configura nulidade quando não demonstrado prejuízo concreto⁴³.

Finalmente, a terceira situação que autoriza a variação ritual tem relação com a condição da parte. Nada impede que o juiz, a bem da proteção do hipossuficiente e equilíbrio dos contendores, altere o procedimento para a composição de uma igualdade processual e material consoante os valores constitucionais⁴⁴. É o que ocorre com a superação de regras rígidas de preclusão em favor do necessitado cuja defesa técnica e gratuita não seja adequada. Ou que o juiz, à vista do requerimento conjunto e consensual dos litigantes, admita a calendarização do processo (art. 191 do CPC/2015).

6.2 – *Contraditório útil*

A segunda limitação à flexibilidade procedimental é o respeito ao princípio do contraditório.

O contraditório é princípio que pode ser decomposto. Na sua faceta formal, diz-se que só é operacionalizado se as partes tiveram oportunidade de *participação*. Na sua faceta material, tem-se o contraditório apenas se a participação foi capaz de *influir* na decisão proferida⁴⁵.

Uma perspectiva do contraditório não convive sem a outra. Ninguém influi em uma decisão sem participar do processo de elaboração dela. Tampouco vale a participação meramente por participar, sem efetiva e real possibilidade de atuar sobre o convencimento do órgão jurisdicional, vale dizer, sem que o contraditório seja útil.

43 Ver, com farta remissão aos julgados dessa Corte Superior: RR 1491-84.2012.5.15.0032, 6ª T., Relª Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 28.11.2014.

44 Cf. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, p. 74-78, mar. 2005.

45 Cf. TARZIA, Giuseppe. La parità delle armi tra le ter parti e poteri del giudice nel processo civile. *Studi Parmensi*, v. 18, p. 357-359, 1977; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 370; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 258-259; GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, p. 74-78.

Mas, para que a parte possa *participar-influindo*, é mister que tenha conhecimento e que seja comunicada, pela lei ou pelo juiz, sobre o curso do processo, mais precisamente sobre os atos processuais que se praticarão. O juiz participa em contraditório no processo pelo diálogo com as partes, sendo seu dever convidá-las ao debate quando pretenda inovar no processo, quando pretenda tomar alguma providência fora do padrão legal, ou quando vá adotar oficiosamente solução até então não vislumbrada pelos litigantes ou expressada na lei⁴⁶. É o que se pode extrair dos arts. 9º, *caput*, e 10 do CPC/2015⁴⁷. Também, em leitura mais ampliativa, do princípio da cooperação (CPC/2015, art. 6º), pelo qual todos os sujeitos do processo (em geral, partes e juiz) convergem esforços em prol da *decisão de mérito* (mais) *justa e efetiva*.

Dentro destas coordenadas, o princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de influir nas decisões judiciais, mas faz também depender da participação das partes a própria formação dos procedimentos e dos provimentos judiciais⁴⁸.

Tem-se, então, um trinômio: *conhecimento-participação-influência*, sem o que o princípio do contraditório não se opera em sua completude.

46 DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1. p. 124-135, especialmente p. 135. Cf. também: GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 17-25, 31-32 e 34-37.

47 Em primeira manifestação genérica sobre o assunto, o TST posicionou-se favoravelmente à incidência de referidos textos normativos no processo laboral, consoante art. 4 da Instrução Normativa n 39/2016: “Art. 4 Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os arts. 9 e 10, no que vedam a decisão surpresa.

§ 1 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.

§ 2 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.”

48 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório, cit.*, p. 16. De acordo com o autor, para que seja atendido o contraditório, “insta que cada uma das partes conheça as razões e as argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas, etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit curia*, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida os contraditores”.

Não há mais, no processo civil moderno, espaço para a investigação solitária do órgão judicial em verdadeiro monólogo, pois “o diálogo recomendado pelo método dialético amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”⁴⁹, tudo a contribuir para a mais adequada tutela do direito material.

Logo, se não se pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no *iter* estabelecido legalmente depende da plena participação delas, até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis⁵⁰.

E isto só será possível se o julgador, antes da alteração da rígida regra legal, propiciar às partes efetiva oportunidade para se manifestarem sobre a conveniência da inovação, pois, ainda que não estejam de acordo com a flexibilização do procedimento, a participação efetiva dos litigantes na formação desta decisão é o bastante para se precaverem processualmente, inclusive valendo-se de recursos para reparar eventuais iniquidades⁵¹.

Evidentemente, a necessidade de contraditório para as inovações procedimentais é exigência que só se coaduna com o espírito dialético do processo se a participação da parte para a formação do novo rito for útil, isto é, capaz de lhe assegurar alguma vantagem. Se a variação ritual lhe for ser benéfica, sua participação pode ser excepcional e licitamente tolhida, pois acabaria consistindo em um simples participar por participar, o que, além de retardar a prestação jurisdicional, vai de encontro, como já vimos, à faceta material do contraditório, mais precisamente na capacidade de influir na decisão. Daí por que, já se advirta, haverá, ora ou outra, excepcionalmente, possibilidade de flexibilização procedimental mesmo antes da oitiva das partes⁵².

49 Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que ainda bem aponta a necessidade de ser afastada a concepção primitiva de que o contraditório só recai sobre as provas (*A garantia do contraditório*, cit., p. 13).

50 Cf. SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133. Cf. também: MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 254.

51 Neste sentido, aduz Artur Stamfords que, provocada a participação das partes, legitima-se a decisão não tanto pela justificativa, como prevê o direito processual, mas, sim, pela formação de um clima social que institucionaliza o reconhecimento da opção por força da participação na sua adoção (As audiências judiciais como processo de legitimação e justiça social: à luz da teoria da justiça de Rawls e da legitimação pelo procedimento de Luhman. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Olinda, v. 3, n. 7, p. 55, jan./jun. 1998). Também Niklas Luhmann, ao anotar que a discussão é mecanismo legitimador, pois “a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão” (*Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UnB, 1980. p. 4 e 64-68).

52 É o que ocorre, por exemplo, quando o magistrado, para possibilitar conciliação antes da apresentação da resposta pelo réu, manda citá-lo para comparecimento à audiência de conciliação, da qual iniciará o lapso, caso infrutífero o acordo, para oferecimento de contestação. Observe-se que a variação ritual

Portanto, no âmbito da flexibilização dos procedimentos, toda vez que for adequada a inversão da ordem, inserção ou exclusão de atos processuais abstratamente previstos, a ampliação dos prazos rigidamente fixados, ou outra medida que escape do padrão legal, indispensável a realização de contraditório preventivo⁵³, desde que útil aos fins colimados pela variação ritual.

6.3 – Motivação

Derradeiramente, o último requisito para a implementação das variações rituais é a necessidade de fundamentação da decisão que altera o *iter* legal, condição esta que não diverge, por força de disposição constitucional (art. 93, IX, da CF), da sistemática adotada para toda e qualquer decisão judicial.

Trata-se de imposição de ordem política e afeta muito mais ao controle dos desvios e dos excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais inferiores na condução do processo do que propriamente à previsibilidade ou à segurança do sistema⁵⁴. É na análise da fundamentação que se aferem em concreto a imparcialidade do juiz, a correção e a justiça dos próprios procedimentos e decisões nele proferidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. Procedimentos em matéria processual. A federação brasileira e os procedimentos em matéria processual. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, ano 5, n. 13, jan./abr. 2001, p. 184-186.

ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Teresa. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, mar./maio, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ordenada será feita sem oitiva das partes, já que para o autor a providência não lhe causa prejuízo algum, e para o réu menos ainda, já que verá ampliado seu prazo para responder à demanda. Tem-se, aqui, típico exemplo de contraditório inútil, como tal possível de ser dispensado.

53 De acordo com Antonio Carratta, a expressão “contraditório preventivo” deve ser entendida como “o princípio geral que obriga o juiz a sobrepor à preventiva discussão entre as partes o exercício de seus poderes de ofício” (Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatório. *Rivista de Diritto Processuale*, Padova, ano 56, n. 1, p. 73-103, gen./mar. 2001, p. 100-101).

54 Na teoria geral do direito vê-se a fundamentação como fator de legitimação do sistema jurídico, da própria atuação do magistrado como agente do poder político, ou como método de domesticação do poder (cf. CAYMNI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 17, p. 115-133, ago. 2004). A advogada Maria Cristina da Silva Carmingnani, após louvar a possibilidade de flexibilização judicial do direito através da adaptação das decisões aos casos concretos, ressalva que sempre o comando adaptador deve ser fundamentado e nunca completamente divorciado dos princípios que regem o sistema, o que afasta o risco de arbitrariedades (O direito judicial como forma de resolução dos anseios por justiça. *Revista do IASP*, São Paulo, ano 8, n. 16, p. 262-263, jul./dez. 2005).

DOCTRINA

_____. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. Tese para professor titular. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2005.

BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-membros*. São Paulo: RT, 1999.

BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. In: SOUZA, Miguel Teixeira (Coord.). *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

CALAMANDREI, Piero. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

CARMINGNANI, Maria Cristina da Silva. O direito judicial como forma de resolução dos anseios por justiça. *Revista do IASP*, São Paulo, ano 8, n. 16, jul./dez. 2005, p. 262-263.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatório. *Rivista de Diritto Processuale*, Padova, ano 56, n. 1, p. 73-103, genn./mar. 2001, p. 100-101.

CATHARINO, José Martins. Princípios do direito processual do trabalho. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 61.

CAYMNI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 17, ago. 2004, p. 115-133.

COMOGLIO, L. Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. In: *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979. v. 1.

DIDIER Jr., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Gênese de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, jul./set. 2001, p. 530/541.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 1.

FERREIRA, Carlos. Os poderes dos juízes e das partes. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 3, 1990, p. 215.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo CPC. *Revista de Processo*, v. 186, 2010, p. 199-227.

_____. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da (Coord.). *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante*. São Paulo: Método, 2006.

DOCTRINA

_____. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC/2015*. São Paulo: Método, 2015.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, mar. 2005, p. 74-78.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Inconstitucionalidade de leis processuais estaduais. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Coord.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. O conteúdo da garantia do contraditório. In: _____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LACERDA, Galeno Velhinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 161-170, 1976, precisamente p. 161.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UnB, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 1.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 346, abr./jun. 1999, p. 9-19.

_____. Efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, out./dez. 1999, p. 66.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 30, n. 90, jun. 2000, p. 55-84.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1.

ROBERTS, Sonia Maria Ferreira. O princípio da adaptabilidade e sua aplicação no processo do trabalho. *LTr: Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 5, maio 2014, p. 585-590.

SADEK, Maria Teresa. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, São Paulo, v. 10, n. 1, maio 2004, p. 1.

SANTOS, Altamiro J. Processo e procedimento à luz das Constituições Federais de 1967 e 1988 – competência para legislar. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 16, n. 64, out./dez. 1991, p. 217-246.

DOCTRINA

SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Wilson Alves de. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes. *LTr: Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 50, n. 2, fev. 1986, p. 171-172.

STAMFORDS, Artur. As audiências judiciais como processo de legitimação e justiça social: à luz da teoria da justiça de Rawls e da legitimação pelo procedimento de Luhman. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Olinda, v. 3, n. 7, jan./jun. 1998, p. 55.

TARZIA, Giuseppe. La parità delle armi tra le ter parti e poteri del giudice nel processo civile. *Studi Parmensi*, v. 18, 1977, p. 357-359.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil *apud* MIESSA, Elisson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

O JULGAMENTO DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS E A IN Nº 39/2016 DO TST: O PROCESSO DO TRABALHO EM DIREÇÃO AOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS*

Fredie Didier Jr.**
Lucas Buril de Macêdo***

1 – ASPECTOS GERAIS DA REFORMA PROCESSUAL TRABALHISTA PELA LEI Nº 13.015/2014

Em 22 de julho de 2014, foi publicada a Lei nº 13.015, já regulamentada pela Resolução nº 1.699 do TST, que reformou o processo do trabalho, trazendo novidades de extrema relevância, que não podem ser tratadas apressadamente. O processo trabalhista ganha regras capazes de incrementá-lo em racionalidade e eficiência, o que precisa ser destacado.

A nova lei é mais um importante componente para a construção do sistema de precedentes obrigatórios brasileiro. Ela fornece elementos que, primeiramente, trazem diversas consequências para a existência de certos precedentes ou súmulas no processo trabalhista e, segundo, cria condições para um coerente diálogo normativo com o novo Código de Processo Civil, que traz novidades relevantíssimas merecedoras de incorporação pela Justiça Trabalhista.

* Este texto é uma versão atualizada do artigo de DIDIER Jr., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Reforma do processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: Lei nº 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 80, n. 4, 2014.

** *Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado); professor coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito; membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo; mestre (UFBA); doutor (PUC-SP); livre-docente (USP); pós-doutor (Universidade de Lisboa); advogado e consultor jurídico.*

*** *Doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); advogado.*

Nesse ponto, a Lei nº 13.015/2014 inaugura o procedimento específico para julgamento de recursos de revista repetitivos, importante meio para produção de precedentes obrigatórios e, assim, para a promoção de uma tutela adequada de questões repetitivas que se apresentam na Justiça do Trabalho. O novo procedimento tem por objeto a fixação de uma *tese jurídica* ou *precedente judicial* que deve ser aplicada a todos os casos similares. Com o procedimento para julgamento de recurso de revista repetitivo, torna-se premente a compreensão do precedente judicial e dos seus métodos de aplicação e superação. Além disso, na novidade legislativa existem várias disposições diretamente vinculadas à aplicação dos precedentes obrigatórios.

O presente artigo pretende, após apresentar noções fundamentais acerca dos precedentes obrigatórios, fornecer uma sistematização e, sobretudo, uma interpretação contextualizada dos novos dispositivos normativos, nomeadamente do procedimento para julgamento de recursos de revista repetitivos e das demais normas relacionadas a precedentes judiciais. Para a compreensão do instituto, ademais, agregam-se as regras para casos repetitivos previstas no CPC/2015, quando aplicáveis, diante da premissa deste estudo de que o regime de recursos de revista repetitivos integra o microssistema de causas repetitivas (art. 928 do CPC).

2 – RÁPIDAS NOÇÕES ACERCA DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS ÚTEIS À COMPREENSÃO DA REFORMA PROCESSUAL TRABALHISTA¹

Para o direito, os precedentes, mais propriamente os judiciais², são “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um Tribunal noutro caso”³. São, do ponto de vista prático, decisões anteriores que servem como ponto de partida ou modelo para as decisões subseqüentes⁴. Nesse sentido, o precedente judicial abarca toda a decisão – relatório, fundamentos e dispositivo –, não discriminando as parcelas mais importantes para a concretização do direito. Precedente, aqui, é o mesmo

1 Consultar, para uma análise mais detida: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

2 Sobre a importância de precedentes não judiciais para o direito, nomeadamente aqueles advindos da atuação do Executivo, ver: FARBER, Daniel A. The rule of law and the law of precedents. *Minnesota Law Review*, v. 90, 2006, p. 1.184-1.186; GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 111-146.

3 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 611.

4 MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 1.

que “decisão precedente” e tem um inegável aspecto relacional, na medida em que só pode ser aplicado quando há casos análogos⁵.

Destarte, em um primeiro sentido, o amplo, aproximado ao significado de “caso” – abrangendo todo o ato decisório –, precedente é *fonte do direito*⁶, ou seja, é fato jurídico continente de uma norma jurídica⁷. É dizer, a partir do precedente, através do trabalho dos juízes subseqüentes, dar-se-á uma norma geral. Dessa forma, precedente é continente, é forma e não se confunde com a norma que dele exsurge. Com efeito, trata-se de instrumento para criação de normas mediante o exercício da jurisdição⁸.

Nesse sentido próprio, o precedente equivale à decisão judicial, não ao dispositivo da decisão, mas ao ato decisório como um todo. Apesar de ser possível designar todo precedente como decisão, nem toda decisão será seguida como precedente: é notável que o termo “precedente” tem um aspecto relacional, ou seja, significa que determinado objeto antecede outro, demonstrando alguma similaridade, e em direito refere-se a decisões judiciais, as quais servirão de modelo ou ponto de partida para outra decisão. Ora, nem toda decisão judicial tratará de situação que será novamente posta ao crivo do Poder Judiciário, não servindo, portanto, como precedente.

Além disso, é de se perceber que algumas decisões judiciais não terão por eficácia a criação ou a definição de norma, aspecto essencial para a utili-

-
- 5 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. p. 323. Aproximadamente: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 11-12. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. p. 151. O fato de um precedente, entretanto, não possuir caso análogo não o exclui como fonte, apenas torna impossível sua aplicação. Nesse sentido: MUÑOZ, Martin Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2011. p. 32.
 - 6 “As fontes do direito põem normas jurídicas. A norma jurídica é, pois, conteúdo da fonte de direito por ela enunciada, a fim de determinar seja obrigatória, proibida ou permitida alguma conduta ou serem especificados certos âmbitos de competência, em dada conjuntura histórica” (COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29).
 - 7 VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 142-143. Vale destacar que a decisão judicial seria, tomando a divisão de Lourival, fato jurídico que tem por eficácia tanto a criação de norma como também a aplicação.
 - 8 Assim: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press. p. 72; MUÑOZ, Martin Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, cit., p. 28; TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 7-8; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 1. p. 106-109. Aproximadamente: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 63; SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 143-145.

zação dos precedentes judiciais. A formação de precedentes está vinculada à criação de uma norma jurídica que poderá servir para a solução de outros casos, mas para esse ato criativo é necessário o preenchimento de alguns requisitos, que não estarão presentes em todas as decisões. Portanto, muito embora *toda decisão judicial gere um precedente, nem todo precedente será seguido como obrigatório*.

É possível tratar de um sentido menos apropriado para precedente, em sinonímia ao termo *ratio decidendi* ou razões de decidir. Trata-se de redução do termo “norma do precedente” por, simplesmente, “precedente”. Os precedentes serão inferidos, nesse segundo sentido, somente de parcela do ato decisório. A solução do caso concreto estabelecida pelo juiz no dispositivo não integra o precedente, apesar de poder servir de norte para seu esclarecimento⁹. O precedente judicial pode ser tido como a própria norma aplicada pela Corte, compreendida especialmente a partir da fundamentação, que se afigura indispensável para resolver o caso¹⁰. É importante perceber que há diferenças entre a decisão, e até mesmo sua fundamentação, e o precedente em sentido estrito, que constitui uma norma compreendida a partir de toda a decisão, por um processo construtivo próprio, e a ela não se limita. Esse seria o conceito estrito de precedente, que se confunde com o de *ratio decidendi* ou norma da decisão. É nesse sentido que se fala, por exemplo, em “aplicação do precedente”: o que se está a aplicar, a rigor, é a norma que se constrói a partir do precedente¹¹.

Esta segunda significação, importa notar, é imprópria. O termo mais adequado para definir a norma oriunda do precedente é *ratio decidendi* ou, simplesmente, razões de decidir ou norma do precedente.

Ainda que a estrutura normativa não seja diferente para as normas dos precedentes, a sua construção é bastante diferenciada e, por isso mesmo, o método de aplicação da *ratio decidendi* guarda diferenças substanciais em relação à metodologia de aplicação da norma legal.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 221.

10 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 39-41. Em outra passagem, o jurista inglês destaca: “When it is said that a court is bound to follow a case, or bound by a decision, what is meant is that the judge is under an obligation to apply a particular *ratio decidendi* to the facts before him in the absence of a reasonable legal distinction between those facts and the facts to which to which it was applied in the previous case” (p. 98).

11 Noutro sentido, mas de forma aproximada, Evaristo Aragão Santos aponta como precedente em sentido estrito aquela “específica decisão que, efetivamente, serve (ou deveria servir) de paradigma para orientar a decisão de casos posteriores” (*Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*, cit., p. 145-146).

DOCTRINA

Os métodos das leis, em sentido amplo, e dos precedentes são um tipo geral de racionalidade, muito embora sejam distintos: as leis impõem um largo uso da razão para antecipar o acontecimento dos fatos e regulá-los adequadamente, tornando o raciocínio aplicativo mais simples e previsível na generalidade dos casos; já o método dos precedentes requer inteligência crítica na argumentação, pois procura a melhor nova decisão à luz das decisões anteriores, do que é específico para o caso em questão e também do que é necessário para manter um sistema jurídico coerente¹².

As distinções (*distinguishing*) são a principal forma de operar com precedentes judiciais, assim como na legislação os juristas utilizam-se da argumentação *a contrario sensu* ou da analogia, a fim de afastar ou atrair o reconhecimento da incidência no caso concreto, a distinção é a forma de evitar ou trazer a aplicação de um precedente no caso subsequente¹³. As distinções consistem na atividade dos juristas de fazer diferenciações entre um caso e outro¹⁴.

Em um sistema em que os precedentes são aplicados, como nos de *common law*, a argumentação é realizada de uma forma caso a caso, com um foco particularmente forte nos fatos e na construção de razões jurídicas de acordo com a ligação do direito aos fatos. O estilo das fundamentações dos julgamentos e das argumentações dos juristas em geral lida diretamente com a problemática fática das causas, isto é, com a aproximação e o afastamento dos fatos analisados, com a demonstração de similitudes e de diferenças que podem ser importantes ou não para a solução da demanda. Diante disso, pode-se afirmar que arrazoar por analogia é uma característica do *stare decisis* e da doutrina dos precedentes¹⁵. Essa forma de argumentar diferencia-se da típica dos sistemas tradicionais de *civil law*, mais preocupada em demonstrar que determinado fato encaixa-se no conceito legal¹⁶.

É correto afirmar, portanto, que o método de aplicação dos precedentes é marcado pelas distinções (*distinguishing*); conceito de suma importância, pois se trata do mecanismo mais relevante na concretização do direito jurisprudencial, justamente por ser o que é utilizado com mais frequência. Nas distinções

12 MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. p. 5. Similarmente: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 59.

13 AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 84-85.

14 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 113.

15 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*, cit., p. 206.

16 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. p. 489.

(*distinguishing*), o jurista deve operar através do raciocínio analógico entre os fatos do precedente e os do caso presente, identificando quais as diferenças e similitudes, demonstrando que são substanciais, ou seja, que são juridicamente relevantes. Essa característica da operação com precedentes faz o processo de sua aplicação essencial e especialmente fundado em analogias, que moldam e remoldam as normas a partir de cada decisão¹⁷.

Ao se observar atentamente os dois casos – o precedente e a demanda subsequente –, será perceptível que existem diferenças: nunca dois eventos são exatamente iguais. Todavia, para que uma decisão seja considerada precedente para outro caso, não se requer que os fatos da causa anterior sejam absolutamente idênticos aos dos posteriores. Caso isso fosse exigido, nenhuma decisão teria condições de ser precedente para os juízes futuros. É necessário que se elimine a ideia de igualdade absoluta para a operação com precedentes judiciais¹⁸.

O foco, então, para a operação dos precedentes, deve sair dos fatos da decisão, como um todo, para a *caracterização dos fatos relevantes para a tomada de decisão*. Ou seja, a fim de aplicar precedentes, mais propriamente de determinar se um precedente é aplicável a um caso subsequente, é preciso observar os fatos que foram decisivos para que a decisão anterior fosse efetivamente prolatada e, em seguida, analisar as similaridades com o caso subsequente, especificando se os fatos categorizados que foram considerados juridicamente importantes estão presentes e quais fatos não possuem relevância para o direito¹⁹.

Dessa forma, tornam-se paulatinamente precisos a hipótese fática e o conseqüente da norma do precedente: a cada nova decisão tem-se sua especificação.

Após a breve análise do método de aplicação dos precedentes, cabem algumas palavras sobre a principal forma de revogação dos precedentes: a superação ou, como conhecida nos sistemas jurídicos de *common law*, o *overruling*.

17 “Case law is peculiarly revisable in a way that enacted law is not: the judge who carefully articulates a principles is not determining its formulation in future disputes over materially identical facts – the likelihood, rather, is that it will be moulded and remoulded in the hands of successive courts. We might even question whether is correct to speak of precedents being interpreted. Although judges interpret statutes – and will sometimes consider the entire meaning of a statute to depend on the interpretation of a single word within it – they customarily purport to follow or distinguish or overrule precedents. Since the recorded case is not a strict verbal formulation of a principle, only exceptionally will judges conceive their task to be one of interpreting specific words or phrases within a case rather as they might focus on the precise wording of a statute. Instead, they will consider if the case is factually similar to or different from the case to be decided. Case-law, we might say, unlike statute law, tends to be analogized rather than interpreted.” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent, cit.*, p. 59)

18 SCHAUER, Frederick. Precedents. *Stanford Law Review*, Stanford, 1987, v. 39, p. 577.

19 SCHAUER, Frederick. Precedents, *cit.*, p. 577.

DOUTRINA

De antemão, cumpre destacar que só faz sentido falar em superação de precedentes, ao menos em sentido estrito, quando se reconhece sua força obrigatória. Precedentes persuasivos só podem ser considerados superados em um sentido mais amplo e menos rígido²⁰. Isso, inclusive, justifica o número ínfimo de trabalhos criados sobre o tema até o recente movimento legislativo e doutrinário no sentido da institucionalização do *stare decisis* brasileiro.

É importante notar que, nos ordenamentos jurídicos em que não há disposições regulando a superação dos precedentes judiciais e, mais importante, remediando-a, os precedentes tendem a ser descartados despercebidamente, e, assim, simplesmente não há como se falar em precedente obrigatório. Como resultado, os juízes se inclinam, em variada medida, a decidir acerca dos mesmos fatos jurídicos de forma diferente, tornando, em muitas áreas, o direito jurisprudencial bastante caótico e confuso. Com efeito, percebe-se que a preocupação do sistema jurídico com a superação dos precedentes é a maior demonstração da sua importância²¹.

Superar um precedente significa retirá-lo do ordenamento jurídico como direito vigente, colocando algo novo em seu lugar. Falar em superação do precedente abrange tanto a exclusão do precedente em si como a eliminação de sua *ratio decidendi* – visto que é possível eliminar uma das normas do precedente e preservar outra²².

A revogação de um precedente pode se dar de duas formas.

É possível que seja realizada pelo próprio Judiciário, mediante outra decisão, que afirme uma norma diferente da contida no precedente, superando-a. É também possível que se dê através de ato do legislador, ao dispor em sentido contrário ou mesmo promulgando lei que repita a norma enunciada em um precedente, quando passa a ser o novo referencial normativo.

A superação de precedente que será analisada é a que se dá por criação de outro (*overruling*).

Deve-se destacar que a superação é uma prerrogativa dos Tribunais²³. Como o *stare decisis* está diretamente ligado à estrutura judiciária e à ordem jurídica processual, nomeadamente à previsão recursal, a superação dos pre-

20 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 56-57.

21 SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. p. 519.

22 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law, cit.*, p. 131-132.

23 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law, cit.*, p. 127.

cedentes judiciais obrigatórios só é permitida para o próprio Tribunal que prolatou a decisão ou para outro que esteja em posição hierárquica superior. Assim, por exemplo, no *stare decisis* brasileiro, os precedentes dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal são obrigatórios, sendo certo que este pode reverter as decisões e superar os precedentes daqueles com base em sua competência recursal.

Insista-se que a superação (*overruling*) consiste na retirada de uma *ratio decidendi* do ordenamento jurídico, substituindo-a por outra. Com isso, o próprio precedente judicial que lhe servia de referente passa a ser imprestável como fonte da norma, ele é excluído do sistema de fontes, embora possa vir a ser citado como argumento persuasivo. O valor do precedente superado passa a ser histórico, ele não constitui mais autoridade para tomada de decisões judiciais²⁴.

Isso não se aplica, por óbvio, quando o precedente tem mais de uma *ratio* e apenas uma delas é superada. Nessa hipótese, o precedente subsiste como dado relevante para a construção normativa no que toca às *rationes decidendi* que foram preservadas.

Muito embora a superação do precedente seja uma clara expressão da adequação e da flexibilidade do direito, exprimindo um momento de mudança, ela deve ser realizada mediante o preenchimento de requisitos que buscam a preservação, tanto quanto possível, da segurança jurídica.

É essencial notar que a própria extinção ou modificação do precedente deve, além de respeitar os requisitos procedimentais-argumentativos, ser congruente com os princípios jurídicos e com as proposições sociais que determinam o sistema jurídico e a própria superação dos precedentes²⁵.

Isso significa que a norma que substitui a contida no precedente superado não é criada livremente. Sua criação está ligada, além de às restrições processuais, aos argumentos permissivos da mudança e ao próprio ordenamento jurídico, compreendido em sua totalidade, e às proposições sociais que fundamentam o sistema jurídico. *O novo precedente deve ser uma exigência de determinadas normas materiais, que fazem necessária a sua construção e o sustenta*²⁶.

24 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, p. 127-128.

25 “Any regime in which the law can change must then have a set of doctrines and institutional practices that govern the implementation of these changes. We can call this set of norms and arrangements *the law of legal change*.” (BRUHL, Aron-Andrew P. Deciding when to decide: how appellate procedure distributes the costs of legal change. *Cornell Law Review*, v. 96, 2011, p. 209)

26 Nesse sentido, Eisenberg defende que a ideia de que o *overruling* representa uma grande ruptura é um engodo, pois a técnica é utilizada justamente para satisfazer princípios institucionais e em aplicação dos padrões de congruência social e consistência sistêmica. Sobre isso, ver: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 104-105.

Dessa forma, é imprescindível compreender, ainda que grosseiramente, que *a superação do precedente só é legítima quando o Tribunal nega o precedente para que, assim, sustente o direito*²⁷.

A superação deve ser realizada apenas como *ultima ratio*, por envolver a própria supressão do comando estabelecido pelo princípio do *stare decisis*, e, mesmo que se trate de uma afirmação do direito, ela configura um desvio na linha seguida pela jurisprudência, a quebra de uma norma jurídica, o que possui custos²⁸. Na superação (*overruling*), portanto, o *stare decisis* aponta para a continuidade do direito jurisprudencial, o que é contraditado por algum princípio substancial que requer a mudança, levando a um conflito normativo que deve seguir parâmetros procedimentais-argumentativos para que seja solucionado de forma correta e, tanto quanto possível, segura.

Assim, ainda que, por um lado, a superação do precedente judicial seja uma quebra do *stare decisis*, pois há rompimento da continuidade do direito jurisprudencial, ela o preserva em um conteúdo mínimo, ao formular essa superação consoante parâmetros por ele estabelecidos previamente. Além disso, ao mesmo tempo em que se quebra a continuidade da norma jurídica revogada, a nova norma enunciada deve ser seguida e preservada. Por isso, há a preservação parcial do *stare decisis* – que é quebrado quanto à decisão antiga, mas plenamente aplicado em relação à nova decisão²⁹.

Para que se proceda à superação do precedente judicial, é necessário que as razões para a mudança sejam mais fortes do que as razões para a continuidade. É dizer, não é *suficiente* o entendimento dos magistrados de que uma nova norma seria mais conveniente ou oportuna do que a consagrada no precedente ou, ainda, que o precedente esteja fundado em um mero erro³⁰. A inadequação da *ratio decidendi* a proposições sociais e ao sistema jurídico é um argumento essencial, mas, imprescindível reconhecer, não constitui fundamento suficiente para a decisão³¹.

27 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 122.

28 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 122-123. Considerando os custos da superação e de suas diferentes formas: BRUHL, Aron-Andrew P. *Deciding when to decide: how appellate procedure distributes the costs of legal change*, cit., p. 221-222 e, especialmente, p. 232-236.

29 Percebeu o ponto: SHANNON, Bradley Scott. *May stare decisis be abrogated by rule?*. *Ohio State Law Journal*, 2006, v. 67, p. 687-690.

30 Sobre a concepção de que o erro da decisão não é suficiente para sua superação, ver: NELSON, Caleb. *Stare decisis and demonstrable erroneous precedents*. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 1, 2001, p. 1-3.

31 Essa percepção não é estranha à House of Lords, como destaca Cross: “In many other cases it (a House of Lords) has declined to exercise the Practice Statement power. It has been frequently asserted that the mere conclusion that, in the view of the present panel, an earlier decision was ‘wrong’ is not of itself sufficient warrant for departing from it. The Practice Statement indicates that the House will treat its

Ainda que seja procedente que a regulação da matéria por novo precedente seja melhor ou que exista razão em considerar a construção normativa equivocada, ruim ou boa, errada ou certa, o Judiciário criou um precedente, e esse fato é, por si só, importante e estabelece uma força, uma pressão por sua continuidade, advinda do *stare decisis*, como expressão da segurança jurídica. Ao se superar um precedente, portanto, não só é necessário demonstrar a necessidade de uma nova regra, melhor ou mais adequada, mas também demonstrar que as razões para sua construção são mais fortes do que as razões para a manutenção do regramento anteriormente estabelecido. É dizer: deve-se superar a substância da regra estabelecida e também a segurança jurídica por ela gerada³².

Finalmente, cumpre destacar que é possível a existência de superações explícitas e implícitas (*sub silentio*), classificação conforme a evidência da superação. A superação explícita é realizada quando o Tribunal expressamente decreta que o precedente e a sua norma não mais pertencem ao ordenamento jurídico. Já o *overruling* implícito se dá quando o Tribunal, muito embora não o diga expressamente, supera um entendimento, decretando nova norma jurídica³³. Trata-se de uma noção conforme a prática, embora o ideal seja que toda superação de precedente judicial seja feita de forma explícita, visando preservar a segurança jurídica³⁴. Ou seja, superações que não são evidentes ou explícitas são aquelas em que é necessária uma reconstrução racional para sua caracterização, podendo tomar uma variedade de formas: pode haver a ignorância consciente do precedente; pode ser considerado que a *ratio decidendi* não incide, quando, de fato, haveria sua incidência; a *ratio decidendi* pode ser reconceituada ou reformulada, seja quanto à sua hipótese fática ou quanto ao seu consequente; a Corte pode reinterpretar uma série de precedentes como significantes de algo

former decisions as 'normally binding'. It speaks of adherence to precedent being too rigid when it 'may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law'. Even when these conditions are met, however, it has been said that the House should not necessarily depart from an earlier decision" (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 136-137). A preocupação da Corte inglesa é justamente de proteger a segurança, sobretudo por conta da retroatividade das decisões judiciais, assumida naquele país, o que leva à consideração de que "legislation may be the better course".

- 32 Conforme o juiz Scalia afirmou: "The doctrine of *stare decisis* protects the legitimate expectations of those who live under the law (...). Who ignores it must give reasons, and reasons that go beyond mere demonstration that the overruled opinion was wrong (otherwise the doctrine would be no doctrine at all)" (Estados Unidos, United States Supreme Court, *Hubbard v. United States*, decidido em 15.05.95, p. 716). Ver também: Canadá, Supreme Court of Canada, *R v Robinson*, decidido em 21.03.96, par. 76.
- 33 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*, cit., p. 343.
- 34 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, p. 128.

diferente do que eles vinham sendo compreendidos, etc.³⁵. São casos em que, conquanto os Tribunais não tenham afirmado, os jurisdicionados e os julgadores posteriores devem entender o precedente como efetivamente superado³⁶.

3 – O PROCEDIMENTO PARA JULGAMENTO DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS

As demandas de massa são, sem dúvidas, um dos grandes desafios do Judiciário contemporâneo. Respondê-las a contento é uma questão complexa, seja pela necessária qualidade da decisão, seja pela garantia do direito de participação, seja pela duração e pela efetividade do processo. Trata-se de um desafio deste tempo, sem parâmetros na história que ajudem na arquitetura de um regime processual adequado para as demandas repetitivas, preservando na maior medida possível a efetividade e a segurança no direito processual – com suas importantes consequências no direito material³⁷.

Uma coisa é certa: o modelo processual das demandas repetitivas não pode ser o mesmo que se construiu para as demandas clássicas e individuadas. Para uma *produção em massa de litígios* é essencial, igualmente, uma *produção em massa de decisões*. Assim, o *devido processo legal* das demandas repetitivas não pode gerar as mesmas imposições que são feitas ao processo clássico individual³⁸.

35 SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. *Departures from precedent, cit.*, p. 522-523. Sobre o tema: “Overruling *sub silentio* – overrulings that are not characterized in so many words – have different practical effects from decisions weakening other decisions through distinctions. An implicitly overruled precedent no longer is law, even as applied to the fact situation it initially purported to resolve, while a seriously narrowed precedent retains sufficient vitality to resolve fact situations identical to that which it originally settled. Not surprisingly, the Court can cause confusion when it does not clarify whether it is distinguishing or implicitly overruling precedents” (GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 35).

36 “When you find that a case, whether it has been expressly overruled or not by the final court of appeal, has been dealt with, or the facts, which were the governing facts in a particular case, have been regarded in a totally different manner by the final court of appeal, so that it is obvious in the opinion of a final court of appeal that the cause was wrongly decided, then whether they have in terms said they overrule the case or not, I think this court ought to treat the case as overruled.” (Inglaterra, House of Lords, *R. v. Porter*, Lord Goddard, 1948, KB 128, p. 132)

37 Sobre os impactos da massificação no sistema jurídico: AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2011, ano 36, v. 196, p. 246-252.

38 Nesse sentido: BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas causas repetitivas*. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador>. Acesso em: 22 jan. 2014; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2012, ano 37, v. 211, p. 198-201; NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.).

DOCTRINA

Dentre as novidades trazidas pela Lei nº 13.015/2014, a mais relevante é a regulação expressa do procedimento para julgamento dos recursos de revista repetitivos. Cuida-se da já conhecida resposta que o sistema jurídico brasileiro vem outorgando ao referido problema: o procedimento para julgamento de recursos repetitivos, anteriormente previsto para os recursos especial e extraordinário, e que agora chega, com vários aprimoramentos, à seara trabalhista. A inovação passa a integrar a Consolidação das Leis do Trabalho, em seus arts. 896-B e 896-C.

Aliás, é de se consignar que a Lei nº 13.105/2015, que estabeleceu o Código de Processo Civil, não destoa: entre os seus avanços mais destacados estão as regras referentes ao regime de causas repetitivas, dedicando-se a estruturar o novo instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas, aplicável ao processo do trabalho³⁹, e implementando notáveis avanços no regramento dos recursos repetitivos. Além disso, são vários os reflexos desses institutos em outras regras, como nas referentes à tutela de evidência, ao julgamento liminar pela improcedência, aos poderes do relator e à dispensa de caução para o cumprimento provisório de sentença.

O CPC fixa expressamente um regime de causas repetitivas, formado pelo incidente de resolução de demandas repetitivas e pelo julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 928 do CPC). A eles deve ser somado o recurso de revista repetitivo, que integra o conjunto de soluções brasileiras para a massificação de questões jurídicas, tratando-se do paralelo trabalhista para os recursos extraordinário e especial, isto é, trata-se de recurso excepcional com a finalidade de uniformizar o direito do trabalho. Assim sendo, o art. 928 do CPC deve ser lido como se contivesse um terceiro inciso, que soma ao microsistema de julgamento de casos repetitivos também os recursos de revista repetitivos. Consequentemente, as normas que regulam os recursos de revista repetitivos comunicam-se com as do incidente de resolução de demandas repetitivas e as do julgamento de recursos repetitivos.

As regras dos arts. 896-B e 896-C da CLT estabelecem um procedimento para a fixação de teses, a serem aplicadas em recursos excepcionais trabalhistas que possuam como objeto a mesma questão de direito. Não se decidem, apenas, os casos concretos trazidos ao Tribunal Superior do Trabalho, mas, sim, as

Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012. p. 262-263. Similarmente, e destacando a ineficácia do processo coletivo para a resolução desses problemas: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2011, ano 36, v. 193, p. 255-259.

39 A Instrução Normativa n 39/2016 do TST reconheceu, em seu art. 8 , a aplicabilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas ao processo trabalhista.

questões jurídicas versadas em grande número de recursos de revista, repetitivamente. Há, em outras palavras, um procedimento que tem como principal objetivo a geração de um precedente, isto é, o que é efetivamente decidido no procedimento para julgamento de recursos repetitivos não são os casos em si, mas a tese que deve ser utilizada para julgá-los. Trata-se, portanto, de um processo voltado à facilitação da decisão de um grupo de casos⁴⁰.

Para que seja possível o julgamento de acordo com o procedimento estabelecido pelo art. 896-C da CLT, conseqüentemente, é indispensável que se apresente multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito. A questão de direito pode ser tanto de direito de trabalho como de processo trabalhista (art. 928, parágrafo único, do CPC). Destaque-se que a Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, em seu art. 3º, XXIII, reconheceu a aplicabilidade dos arts. 926 a 928 ao processo do trabalho.

É possível que a adoção do procedimento para recursos de revista repetitivos seja suscitada na Turma, diante da análise de algum recurso que trate de matéria repetitiva, quando seu presidente deverá submeter ao presidente da Subseção de Dissídios Individuais I a proposta de afetação do recurso para julgamento de recursos repetitivos. Quando isso for feito, o presidente da Subseção deverá submeter a proposta ao colegiado, o que deve se dar no prazo máximo de 30 dias de seu recebimento. Caso se decida, por maioria simples, pela instauração do procedimento, será preciso resolver também se a fixação da tese será feita pela Seção ou pelo Pleno, hipótese em que o processo será distribuído a um relator e a um revisor do órgão selecionado; caso contrário, negada a necessidade de procedimento para decisão de recursos repetitivos, os autos serão devolvidos à Turma para processamento regular.

Portanto, a decisão deverá ser tomada pela Seção Especializada em Dissídios Individuais ou pelo Tribunal Pleno, tendo como critérios para a seleção do órgão julgador a importância atribuída ao tema objeto do julgamento e a

40 Trata-se de um procedimento que prevê a *formação estática* de precedentes. Como classifica Evaristo Aragão Santos, a formação do precedente judicial pode ser dinâmica ou estática, embora normalmente se dê daquela forma. Isto é, geralmente o precedente judicial é formado por meio de amplo debate e pelo procedimento comum para a tomada de decisão, tanto pelo juiz de primeiro grau como pelos Tribunais Intermediários e Tribunais Superiores. A formação dinâmica do precedente favorece amplos debates e a construção da melhor decisão possível, porém, com maior custo temporal – o que enseja maior período de incerteza, até que se tenha o precedente estabilizador da questão jurídica. Já na formação estática, a maior preocupação é estabilizar a questão jurídica, e não que o precedente formado possua grande qualidade. Isto é, no precedente estaticamente formado, cria-se um procedimento direcionado para a formação do precedente que reduz o período de incerteza e concentra o processo decisório (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 174).

existência de divergência interna, que pode se dar tanto entre os ministros que compõem a referida Seção como também entre as Turmas do Tribunal.

Após a afetação do recurso proposto, poderão ser selecionados mais recursos de revista que sejam representativos da controvérsia. Para que algum recurso seja selecionado, antes de tudo, é indispensável que ele preencha os requisitos de admissibilidade típicos do recurso de revista. Os recursos selecionados devem destacar o maior número de argumentos possível, de modo que abranjam todas as razões para prover ou desprover o recurso. Além disso, os recursos também devem ser selecionados pelo critério qualitativo, ou seja, o que apresentar determinada razão de forma mais consistente deve ser considerado representativo. É possível que o procedimento funcione a partir de apenas um recurso, sendo ele suficientemente paradigmático.

A seleção cabe ao presidente da Turma ou da Seção Especializada, que deve fazê-la a partir da indicação de processos pelos seus relatores, afetando-os ao julgamento pela Seção Especializada em Dissídios Individuais ou pelo Tribunal Pleno, conforme o caso. Ao ser selecionado determinado processo para afetação ao julgamento de recursos repetitivos, o presidente da Turma ou da Seção Especializada que o fez deverá comunicar aos demais presidentes de Turma ou de Seção Especializada que poderão afetar outros processos que tratem da mesma questão. Essa possibilidade se dá para que seja fornecido à apreciação recurso capaz de garantir uma melhor representatividade, garantindo uma perspectiva mais ampla ou precisa da argumentação expendida pelos interessados.

Em seguida, selecionados os recursos paradigmáticos, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho expedirá ofício direcionado aos presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho, determinando a suspensão dos recursos interpostos que tratem de questão jurídica idêntica à do objeto do procedimento de julgamento de recursos repetitivos. A suspensão deve manter-se até a prolação da decisão pelo TST. No entanto, caso seja vislumbrado algum recurso que se demonstre representativo, este deverá ser remetido ao presidente do Tribunal, que, caso o admita, deve encaminhá-lo ao TST.

Questão relevante é a relativa à desistência do recurso que foi selecionado para servir ao julgamento por amostragem. Como se disse, o procedimento para julgamento de recursos repetitivos cria uma duplicação de decisões: há a decisão do recurso ou recursos paradigmáticos, solucionando o próprio caso, isto é, tendo por objeto a pretensão à reforma ou a cassação do acórdão impugnado; e há a fixação da tese jurídica, ou *ratio decidendi*, para que seja aplicada a todos os processos sobrestados na origem e suspensos no Tribunal, bem como aos

DOCTRINA

futuros casos que versarem sobre a mesma questão jurídica. Diferenciados os procedimentos, que tratam de objetos distintos, cabe destacar que a desistência do recorrente de seu recurso gera efeitos para o primeiro procedimento, relativo a sua situação jurídica trabalhista, e faz, imediatamente, prevalecer o acórdão recorrido, mas não obsta a decisão pelo TST *in abstracto*, utilizando o recurso que é, por sua representatividade, relevante para a geração do precedente. Como fica evidente, o TST poderá utilizar do recurso objeto da desistência apenas para fins de fixação do precedente, sem substituir ou anular o acórdão recorrido⁴¹.

Além da obrigatória suspensão dos recursos de revista sobre a mesma questão nos Tribunais Regionais, a lei faculta ao relator no TST a suspensão dos recursos de revista ou embargos que tenham como objeto questão jurídica idêntica à afetada ao procedimento do art. 896-C.

As partes precisam ser intimadas da suspensão de seus processos, ato processual que deve ser empreendido pelos respectivos relatores de cada um dos processos. A parte poderá requerer o prosseguimento de seu processo, desde que demonstre a existência de uma distinção relevante entre a questão jurídica abordada no procedimento de julgamento de recursos repetitivos e a que é versada em seu processo. Feito o requerimento, a parte adversa deverá ser intimada para que se manifeste em cinco dias. Da decisão sobre a manutenção ou a revogação da suspensão, que atestará a correção da distinção proposta, caberá agravo.

Pois bem.

Instaurado o procedimento, haverá designação de um ministro-relator, a quem os recursos representativos serão distribuídos, e de um revisor, ambos membros da Seção Especializada ou do Tribunal Pleno – convém pontuar que o novo Código de Processo Civil não contempla mais a figura do revisor, que, em tempos de autos eletrônicos, realmente parece obsoleta.

Primeiramente, caberá ao relator designado identificar com precisão a questão jurídica que deve ser submetida a julgamento, de modo a facilitar a suspensão dos processos e a afetação dos novos recursos, o que será feito em uma decisão de afetação dos recursos selecionados. Esta decisão é extremamente relevante para o procedimento, pois estabelece os próprios limites da decisão que soluciona os casos repetitivos – inclusive, uma vez fixados, eles não poderão ser excedidos. Essa decisão, inclusive, é uma exigência do devido processo legal das causas repetitivas, pois os sujeitos que não participam do

41 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 336-338.

incidente, mas possuem interesse no precedente a ser formado, apenas têm condições de medir a necessidade de sua intervenção no procedimento através da ciência prévia do que será objeto de decisão. Possibilitar a formação de um precedente obrigatório sem dar condições aos jurisdicionados que influam argumentativamente em sua formação é ferir o direito de participação e, portanto, o *due process of law*.

O relator para o procedimento de julgamento de recursos repetitivos poderá requerer aos presidentes ou aos vice-presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho, na decisão de afetação, o envio de até dois recursos de revista que sejam considerados paradigmáticos. Os recursos deverão ser enviados e, caso o relator entenda pela sua afetação, continuarão no TST até julgamento; todavia, entendendo-os não representativos, o relator comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, que revogará a suspensão.

Também é facultado ao relator, ao proferir esta decisão, suspender os recursos de revista ou embargos que tratem da mesma questão jurídica.

É possível a admissão de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, desde que possa fornecer informações importantes para a prolação da decisão. Assim, prevê-se a figura do *amicus curiae*, com sua já conhecida funcionalidade de contribuir para a legitimidade democrática da jurisdição. A sua intervenção é especialmente relevante nos casos de processos objetivos de prolação de precedente, já que enriquecem o debate, diminuindo as chances de uma decisão em erro a ser superada subsequentemente, simplesmente porque omitiu a análise de algum aspecto relevante⁴². Novidade interessante é a possibilidade de intervenção dos sujeitos também como assistente simples. Com isso, tem-se uma regulação mais técnica, visto que, em vários casos, é possível notar que a posição de alguns *amici curiae* não se compatibiliza com o modelo dessa forma de intervenção, sendo mais adequado receber tais pessoas, órgãos ou entes como assistente simples. É possível também a fixação de data para realização de audiência pública, na qual poderão ser ouvidas pessoas com experiência e conhecimento na matéria objeto do julgamento. São medidas relevantíssimas para a formação de um bom precedente e para sua legitimidade democrática.

A intervenção em procedimentos de formação de precedentes precisa ser observada sob uma nova perspectiva. Neste ponto, a construção de Sofia Temer é irretocável. A processualista percebeu que é necessário desenvolver uma nova forma de intervenção para este tipo de problemática, mais comum

42 Ver, sobre o tema: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

do que se imagina com a instituição de precedentes obrigatórios. Com olhos nesse peculiar interesse jurídico, a autora defende que é possível a intervenção daqueles que tiveram seus processos sobrestados para aguardar o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, todavia, a aferição de admissibilidade dessa intervenção deve seguir parâmetros específicos. Como o incidente de resolução de demandas repetitivas tem como principal finalidade a formação da tese, a intervenção no incidente é admissível na medida em que houver alguma contribuição argumentativa. Aliás, essa é a medida da admissibilidade da intervenção e também o seu limite⁴³.

A solução deve ser aplicada aos recursos repetitivos, inclusive ao recurso de revista, nomeadamente à previsão legislativa de assistência – que, se compreendida em seus lineamentos tradicionais, levaria à inviabilização do procedimento de formação de precedentes. Dessa forma, o sujeito que teve seu processo suspenso para aguardar a solução do incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos pode, sim, participar do julgamento do incidente. Todavia, para que isso seja viável *in concreto*, é imprescindível que sua participação no procedimento se dê mediante uma contribuição argumentativa. Caso contrário, tratando-se de uma manifestação que se limita a repetir argumentos já constantes do incidente, e que, portanto, já deverão, necessariamente, ser enfrentados, o sujeito encontra-se integralmente representado pelas manifestações processuais já constantes do incidente. O que torna hábil, enfim, a participação é a contribuição argumentativa. Nesse sentido, mediante um novo argumento, poderá qualquer sujeito que teve seu processo suspenso participar do incidente. De todo modo, ressalte-se, a contribuição argumentativa é o início e o fim da participação – o que, evidentemente, implica o dever de o órgão colegiado deliberar quanto à tese apresentada e respondê-la.

Após a requisição de informações e o recebimento das manifestações dos intervenientes, será dada vista ao Ministério Público, que terá o prazo de 15 dias para manifestar-se. O relator poderá também dar vistas às partes. Concluído o prazo, será confeccionado o relatório, o qual será fornecido em cópia para os demais ministros.

Em seguida, o processo deverá ser incluído em pauta para julgamento, com preferência sobre os demais feitos e devendo ser julgado no prazo de um ano. Desrespeitado o prazo para julgamento, cessam automaticamente a afetação e a suspensão dos processos e há possibilidade de nova afetação por outro relator. Consequências importantes para evitar o prejuízo ao direito fundamental dos jurisdicionados à razoável duração dos processos.

43 TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 166-182.

DOCTRINA

O julgamento no procedimento de recursos de revista repetitivos influenciará, evidentemente, a sorte dos recursos retidos na origem, que haviam sido suspensos. Por isso mesmo, é essencial que a fundamentação seja feita de forma adequada, tratando com precisão de todos os fundamentos para o acolhimento da tese jurídica paradigma, tanto os favoráveis como, principalmente, os contrários. Questão relevante é a concernente aos recursos paradigmáticos que tratem de matérias que transbordem os limites do procedimento dos recursos repetitivos: nesses casos, o Tribunal solucionará a matéria objeto da afetação e, só depois, as demais, com acórdão específico para cada capítulo.

Os recursos interpostos em contrário à orientação fixada pelo TST deverão ter seguimento denegado. Por outro lado, apontando o recurso sobrestado no mesmo sentido da decisão do julgamento de recursos repetitivos, poderá o TRT correspondente proferir nova decisão, em juízo de reconsideração, ajustando seu posicionamento ao fixado pelo TST. Nesse caso, é possível que o juízo de retratação enseje a necessidade de decisão acerca de outras questões, ainda não decididas, que deverão ser enfrentadas; ou, caso existam outras questões além da que foi objeto do julgamento para recursos repetitivos, o recurso de revista interposto e suspenso deverá ter sua subida determinada, pelo presidente do TRT, independentemente de ratificação. Todavia, caso o acórdão dissidente seja mantido, deverá o Tribunal realizar o juízo de admissibilidade e, sendo o caso, remeter o recurso à instância superior.

Muito embora haja a previsão de manutenção da decisão do TRT em sentido contrário, nada obstante a prolação do julgamento pelo procedimento de recursos repetitivos, é evidente que *não* é possível que Tribunal intermediário mantenha sua decisão em contrário ao posicionamento do Tribunal Superior *sic et simpliciter*. Não. A desobediência acrítica pura e simples é vedada e não faz qualquer sentido à luz do devido processo legal, da estruturação do sistema recursal e da duração razoável do processo.

É indispensável que exista alguma circunstância autorizadora da resistência em alterar o *decisum*. Primeiro, pode o Tribunal Regional do Trabalho manter a decisão proferida caso identifique alguma *distinção relevante* entre os fatos presentes no caso analisado e os dos casos que ensejaram a decisão paradigmática. Segundo, é possível que a decisão se tenha assentado em mais de um fundamento normativo, e o procedimento para julgamento de recursos de revista repetitivos trate apenas de um deles; por isso, não haveria justificativa para a alteração da decisão, que ainda se encontraria firmada no fundamento restante. Enfim, somente quando houver uma justificativa relevante é possível

que o Tribunal Regional mantenha a sua decisão, não lhe sendo permitido simplesmente desobedecer à orientação jurisprudencial do órgão superior.

A Lei nº 13.015/2014 trouxe didáticas previsões quanto à operação com a tese firmada, fixando indicações quanto à metodologia correta para tanto. Consagrou expressamente a *distinção* e a *superação* como métodos aplicativos do precedente formado pelo procedimento do art. 896-C, nos seus §§ 16 e 17.

Em seu § 16, estabelece que “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”, consagrando o *distinguishing* como método aplicativo. Trata-se do primeiro enunciado normativo brasileiro a tratar do tema de maneira tão clara – é, também por isso, um marco na evolução do direito sobre os precedentes no Brasil. Como já foi destacado, a resistência do TRT, por qualquer motivo, não é permitida, sendo indispensável que arrazoe devidamente porque não aplicou o precedente obrigatório gerado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Assim, é imperativo, sob pena de nulidade por vulneração do dever de fundamentação, que o Tribunal Regional destaque os fatos importantes para o precedente e quais são os do caso presente que tornam necessária outra solução jurídica.

O § 17 traz uma importante normatização acerca da superação, limitando-a em prol da segurança jurídica, ao estabelecer que só poderá ser realizada “quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica” e que, quando feita, caberá a modulação dos efeitos temporais da nova tese, a ser realizada pelo TST. Está-se, aqui, novamente, diante de um enunciado normativo sem precedentes na história do direito brasileiro e que cumprirá, certamente, importantíssimo papel na evolução do pensamento jurídico a respeito do assunto.

Cabe reiterar aqui que a superação somente pode ser feita pelo Tribunal Superior do Trabalho; os demais Tribunais e juízes não podem superar entendimento de órgão superior na hierarquia judiciária – havendo dissenso, ele deve ser consignado na fundamentação, apontando as respectivas razões. Além disso, o TST precisa fazer a superação de acordo com os parâmetros argumentativos-procedimentais já enumerados, respeitando os seguintes aspectos: 1) o substancial – o Tribunal precisa demonstrar que a *ratio decidendi* em voga causa injustiças ou é inadequada e que determinado princípio determina sua mudança por uma norma que demonstre ser mais adequada ou justa para a situação; 2) o formal – o Tribunal precisa demonstrar que as razões substanciais para a mudança superam as razões formais para a continuidade, isto é, que é mais importante a prevalência do princípio material do que a segurança jurídica fornecida pela continuidade da tese; 3) o da segurança na mudança – aspecto final que consiste na proteção da confiança legítima, ou seja, depois de o Tri-

bunal posicionar-se pela necessidade de mudança, deve passar a se preocupar com a proteção dos jurisdicionados que atuaram com expectativa legítima na aplicação dos precedentes, seja determinando um regime de transição ou aplicando o chamado *prospective overruling*, fazendo a nova tese incidir apenas sobre relações jurídicas que se deem a partir de certo momento.

A modulação dos efeitos temporais do precedente formado em procedimento para julgamento de recursos de revista repetitivos é técnica para a tutela do direito fundamental do jurisdicionado à segurança. É certo que os sujeitos têm direito à segurança nas decisões judiciais e à tutela de sua confiança legítima⁴⁴. Não é permitido ao Judiciário simplesmente determinar que certo comportamento seja devido pelo jurisdicionado e, em seguida, puni-lo por ter agido em conformidade com o decidido. Trata-se de grave ofensa à segurança jurídica e ao Estado de Direito⁴⁵. Assim, buscando tutelar a confiança legítima dos jurisdicionados nos atos da própria Justiça do Trabalho, é possível ao TST regular o momento a partir do qual a nova tese deverá ser aplicada, como, por exemplo, apenas nas relações firmadas depois de sua decisão, de determinado evento relevante ou de data futura⁴⁶.

Os dois dispositivos abordados, bem vistas as coisas, são, a rigor e do ponto de vista estritamente técnico, *desnecessários*. Todavia, a sua previsão na nova lei é extremamente elogiável: possui um efeito didático relevantíssimo, alertando os aplicadores do direito, tão acostumados a operar com textos legais abstratos e à subsunção, de que é preciso uma adequação no raciocínio aplicativo dos precedentes. De fato, são dois dispositivos importantes e que seriam grandes adições às normas relativas aos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Também houve preocupação em esclarecer que a decisão sob o rito dos recursos repetitivos não obsta a análise de eventual questão constitucional pelo STF, por meio de recurso extraordinário. Assim, interposto recurso de revista e recurso extraordinário, o fato de aquele ser abrangido pela decisão em procedimento de recursos repetitivos não evita a admissão deste (§ 13).

No entanto, é preciso perceber que, caso os fundamentos sejam autônomos e concorrentes, a decisão em sentido contrário pelo TST prejudica o recurso extraordinário, já que ele passa a ser ineficaz para a reforma da decisão; logo, haveria perda superveniente do interesse em recorrer. Em outras palavras,

44 MALTZ, Earl. The nature of precedent. *North Carolina Law Review*, v. 66, 1988, p. 368-369.

45 RAZ, Joseph. The rule of law and its virtue. *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 222.

46 Sobre a modulação temporal dos precedentes judiciais, propondo uma importante classificação, conferir: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law, cit.*, p. 127-132.

o dispositivo legal não se aplica nas situações em que a decisão possui dois fundamentos, um constitucional e outro infraconstitucional, ambos suficientes *per se*. Isto porque, nesta hipótese, mesmo que haja o provimento do recurso extraordinário, a decisão recorrida se manteria, já que o alicerce infraconstitucional continuaria a suportá-la. Em casos deste tipo, o recurso extraordinário interposto deve ser inadmitido na origem, não se aplicando a norma do § 13, e sim o Enunciado nº 283 da Súmula do STF⁴⁷.

É dever do Tribunal Superior do Trabalho dar ampla publicidade às questões objeto do procedimento para julgamento de recursos repetitivos, tanto para os precedentes já formados – a facilidade de acesso e repetição é pressuposto para a estabilidade do precedente – como para as questões que estão sendo submetidas ao procedimento e aquelas que já foram reputadas sem relevância.

O § 14 do art. 896-C prevê que, havendo a interposição de recursos extraordinários contra a aplicação da tese firmada pelo rito de recursos repetitivos, o recurso deverá ser processado conforme o regime dos recursos repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do CPC). O dispositivo não tem correspondente na regulação cível e é uma previsão de bom alvitre. Ora, se se trata de causa repetitiva, as questões tendem a se repetir em massa, independentemente de sua natureza constitucional ou infraconstitucional. Há, portanto, uma maior consistência no sistema de causas repetitivas inaugurado na Justiça Trabalhista.

Nesses casos, os recursos extraordinários paradigmáticos serão selecionados pelo presidente do TST, devendo os que não forem selecionados ficar suspensos até a decisão do Supremo Tribunal Federal. A ele caberá também officiar os Tribunais Regionais do Trabalho e os presidentes das Turmas e da Seção Especializada do Tribunal para que suspendam os processos idênticos aos selecionados como recursos representativos da controvérsia e encaminhados ao Supremo Tribunal Federal.

Importante notar que o novo procedimento é aplicável apenas às decisões que forem publicadas após a sua entrada em vigência. Isto é, ainda que um prazo esteja correndo durante o período de eficácia da lei, a recorribilidade desta decisão será regulada pelos dispositivos revogados. Assim é por conta da segurança jurídica: no momento em que proferida a decisão em desfavor da parte, ingressam na sua esfera jurídica o direito e a pretensão recursal, consoante as disposições normativas do tempo da decisão. Consequentemente, modificar os meandros destes atos seria atentar contra o direito adquirido.

47 STF, Súmula n. 283: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

DOCTRINA

Finalmente, o novo art. 896-B da CLT estabelece que devem ser aplicadas, subsidiariamente, ao procedimento para julgamento de recursos de revista repetitivos as normas relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, estabelecidas no CPC. Por isso mesmo – em analogia ao art. 1.036 do CPC –, cabe ao TST regulamentar o procedimento para julgamento dos recursos de revista repetitivos, no âmbito de suas competências, o que já foi efetivado mediante a Resolução nº 1.699.

4 – AS PRINCIPAIS NOVIDADES DA LEI Nº 13.015/2014 LIGADAS AOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS

A nova lei traz muitas alterações pontuais na CLT, todas relativas à regulação do processo do trabalho. Neste item nem todas as alterações serão abordadas; só serão objeto de análise aquelas direta ou indiretamente ligadas à força dos precedentes judiciais.

Modificou-se a redação do inciso II do art. 894, que regula as hipóteses de cabimento dos embargos no Tribunal Superior do Trabalho. Antes, não havia expressa previsão do seu cabimento contra decisões das Turmas que contrariem súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. O texto revogado, pelo contrário, determinava serem *inadmissíveis* os embargos quando a decisão recorrida estivesse *de acordo* com súmula ou orientação jurisprudencial do TST ou do STF. Assim, a partir da Lei nº 13.015/2014, são admissíveis não só os embargos opostos contra decisão das Turmas do TST que contrariem entendimento doutra Turma ou da Seção de Dissídios Individuais, mas também contra aquelas proferidas em dissonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou com súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

No ponto, estabelece-se que não basta trazer à colação decisões dissonantes; é indispensável para a admissibilidade dos embargos a *atualidade* da divergência entre as Turmas ou entre a Turma e a Seção. Portanto, para serem admissíveis os embargos, é necessário que as duas teses incompatíveis sejam esposadas contemporaneamente – isso não significa que as decisões demonstrativas da dissidência devem ter sido prolatadas em datas próximas, mas, sim, que não devem existir indicativos de uma mudança jurisprudencial.

Nesse sentido, fixa-se que a divergência é ultrapassada – e, assim, incabíveis os embargos – quando súmula do TST ou do STF houver sedimentado a matéria ou, ainda, quando for constatada iterativa e notória jurisprudência do TST. Por conseguinte, sendo opostos os embargos nesses casos, deverá o relator

DOCTRINA

denegar seguimento ao recurso (art. 894, § 3º, I, da CLT). A decisão denegatória precisa ser fundamentada adequadamente, demonstrando a identidade entre os casos e apontando a súmula ou os precedentes relevantes.

Da decisão denegatória cabe agravo, que deve ser interposto no prazo de oito dias. No agravo, a parte deverá realizar a distinção entre os casos, destacando a presença de um fato substancial relevante na sua situação, que a faça merecedora de uma nova solução jurídica, ou mesmo a ausência de algum fato tido por relevante para a prolação do precedente obstativo; é possível, ainda, que o agravo seja oposto com a finalidade de conseguir a superação da tese invocada, na hipótese de se tratar de questão infraconstitucional. Sendo o precedente invocado do STF, o TST não pode superá-lo, pelo que o agravo só será eficaz caso a argumentação seja no sentido da distinção.

O art. 896 da CLT, que trata do recurso de revista, foi amplamente alterado e ampliado, contando com a inclusão de diversos parágrafos. Muitas das disposições estão ligadas à eficácia dos precedentes judiciais.

Inicialmente, modificou-se a sua primeira hipótese de cabimento.

Anteriormente, segundo o texto legal, haveria cabimento do recurso de revista quando o Tribunal Regional do Trabalho houvesse dado “interpretação diversa” à súmula do TST⁴⁸. Agora, o texto foi corrigido para afirmar que o recurso de revista é cabível quando o acórdão recorrido *contrariar súmula do TST ou súmula vinculante do STF*. Portanto, além de uma redação bem mais técnica, houve ampliação do cabimento do recurso de revista, já que ele passa a admissível também com fundamento em vulneração de enunciados da súmula vinculante do Supremo Tribunal.

Ademais, a nova lei trouxe texto mais técnico sobre a hipótese de cabimento do recurso de revista com base no dissenso jurisprudencial.

Com efeito, o § 7º do art. 896, que corresponde ao anterior § 4º, destaca que a divergência entre decisões deve ser *atual*, ou seja, precisa persistir no momento da interposição do recurso de revista, “não se considerando como tal a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo

48 O TST já admitia recursos de revista por contrariedade aos enunciados de sua súmula, nada obstante o texto defeituoso revogado. Nesse sentido, ver: “RECURSO DE REVISTA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. EMPREGADOS DISPENSADOS POR JUSTA CAUSA. CONVENÇÃO N 132 DA OIT. APLICABILIDADE. SÚMULA N 171 DO TST. Decisão regional proferida contrariamente à Súmula n 171 do TST, cuja ressalva inicial taxativamente preconiza que os empregados demitidos por justa causa não têm direito à remuneração de férias proporcionais. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido, no particular” (RR – 16000-53.2002.5.12.0032, Relª Minª Dora Maria da Costa, j. 05.05.2010, 8ª T., DEJT 07.05.2010).

Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho⁴⁹.

Assim, caso o acórdão se insira em um contexto de disformidade jurisprudencial, cabe a interposição de recurso de revista por dissídio entre precedentes; no entanto, caso a jurisprudência seja uniforme, o recurso só será admissível se o acórdão contrariá-la. É dizer: interposto recurso de revista contra jurisprudência uniformizada que serviu de fundamento para o acórdão impugnado, será ele inadmissível, exceto se baseado na má compreensão ou na aplicação do entendimento jurisprudencial.

É importante enfatizar que o Tribunal Superior do Trabalho, com os olhos voltados à correta aplicação dos precedentes, analisando a interposição do recurso de revista por dissídio interpretativo sobre o mesmo dispositivo federal, consagrou no Enunciado nº 296 de sua Súmula que a diferença de interpretações que justifica a interposição é aquela que trata da mesma situação fática, ou seja, *quando não é possível realizar distinções relevantes entre o caso presente e o precedente dissidente invocado*⁵⁰.

Convém esclarecer, nada obstante o silêncio da lei, que a divergência pode ocorrer na interpretação do direito material ou do direito processual – conforme previsão do art. 928, parágrafo único.

A parte precisa, ao interpor o recurso de revista, destacar a súmula ou a orientação jurisprudencial do TST desrespeitada pela decisão recorrida (art. 896, § 1º-A, inciso I). Além disso, tem de expor as razões para a reforma analiticamente, demonstrando porque houve contrariedade aos entendimentos jurisprudenciais invocados ou a razão de eles não incidirem na hipótese (art. 896, § 1º-A, inciso II). Sendo o recurso fundado na divergência jurisprudencial, é ônus do recorrente provar a divergência jurisprudencial, o que poderá ser feito mediante certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, desde que cite a sua fonte; independentemente de como o faça, é indispensável

49 O texto já estava consagrado, desde 1994, no Enunciado n 333 da Súmula do TST, antes mesmo de sua inclusão na CLT: “Não ensejam recursos de revista ou de embargos decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”.

50 “Súmula n 296 do TST. RECURSO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ESPECIFICIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial n 37 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I – A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram. (ex-Súmula n 296 – Res. 6/1989, DJ 19.04.1989). II – Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso. (ex-OJ n 37 da SBDI-1 – inserida em 01.02.1995)”

para o cumprimento do requisito que seja demonstrada a semelhança entre os casos que justifique o tratamento jurídico idêntico, o que deve ser feito por análise dos fatos e das razões para a decisão (art. 896, § 8º). Caso os requisitos enunciados não sejam satisfeitos, o recurso de revista será inadmitido por falta de regularidade formal (art. 896, § 1º-A). O dispositivo absorve a Súmula nº 337 do TST.

Ainda quanto ao recurso de revista, é poder do relator denegar seguimento ao recurso interposto contra acórdão que se encontre fundado em súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho.

Dispositivo de suma importância é o § 3º do art. 896 da CLT, que teve seu texto modificado, segundo o qual os “Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência”. Consagra-se, assim, o *dever de uniformização*, que já estava anteriormente na CLT, mas que merece uma nova interpretação. É um marco na evolução do direito sobre os precedentes no Brasil.

O dispositivo aponta, primordialmente, para a inadmissibilidade de qualquer Tribunal sustentar mais de uma orientação simultaneamente. Obviamente, não se afasta a possibilidade de diferença *temporal* entre as *rationes decidendi* assumidas, desde que com o devido cuidado, mas não é possível tolerar que o mesmo Tribunal venha a sustentar, *ao mesmo tempo*, posições distintas. O Tribunal, ainda que dividido em vários órgãos, é um só e precisa atuar em conformidade com sua unidade, assumindo uma única posição acerca da mesma questão jurídica. Além disso, o Tribunal precisa estar atento para uma eventual manifestação de dissidência interna, assumindo a tarefa de uniformizar a sua orientação, mediante um precedente adequado para isso.

O dever de uniformização, ainda segundo o § 3º do art. 896 da CLT, deve ser desempenhado mediante o procedimento de uniformização de jurisprudência, previsto nos arts. 476 a 479 do CPC/73. Note-se que o instituto foi excluído no CPC/2015, diante de graves inconsistências em sua sistematização anterior, que levou à interpretação do incidente de uniformização de jurisprudência como a atribuição aos Tribunais de uma mera faculdade⁵¹ de uniformizar a sua jurisprudência, e não um dever⁵², como expressamente agora está previsto no *caput* do art. 926 do CPC/2015. Ressalte-se que no atual CPC o incidente de

51 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 363; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. 1. p. 476.

52 Crítica a essa orientação pode ser encontrada em: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 203; SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 600. DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 3. p. 554.

assunção de competência acaba assumindo o papel de servir à uniformização da jurisprudência (art. 947, § 4º), mas essa função é apenas residual, já que o julgamento de recursos repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas e a própria edição de súmulas acabam por estabilizar o entendimento do Tribunal.

Relevante destacar, por outro lado, que a utilização do procedimento de uniformização de jurisprudência como método para uniformizar não é impositiva. Na verdade, é possível que o Tribunal Regional uniformize o seu entendimento mediante decisão em qualquer recurso ou causa de competência originária, desde que o seu processamento seja afetado ao Tribunal Pleno ou a órgão especial. Melhor dizendo: o incidente de uniformização de jurisprudência não é meio exclusivo para desempenhar a uniformização. Manter a jurisprudência uniforme é um dever que deve ser cumprido usualmente e não depende de procedimentos específicos ou de provocação; logo, deve haver corriqueira preocupação em uniformizar e, adiante, em manter estável o entendimento jurisprudencial.

Pode-se, portanto, extrair do dever de uniformização o *dever de estabilidade*. Os Tribunais precisam justificar adequadamente a mudança. É igualmente afrontoso à segurança jurídica a excessiva variação de orientações assumidas pelos precedentes, ainda que em espaço temporal diferido. A fixação da *ratio decidendi* precisa ser respeitada pelo próprio Tribunal, evitando a superação do precedente de forma leviana ou incauta. De fato, é preciso perspectivar que, mesmo ao julgar uma demanda individual, o Tribunal está orientando a sociedade, e tanto os particulares que participam do processo como a comunidade de forma geral possuem o direito fundamental à segurança. Dessa forma, o *dever de estabilidade* pode ser extraído do dispositivo em comento e exige que se pese a força da segurança quando o Tribunal cogite desviar de posicionamento assumido em um precedente.

Esses deveres, e mais os *deveres de coerência e integridade*, estão previstos no Código de Processo Civil, no art. 926, de forma elogiável, com tutela bastante eficiente em seu art. 927, estabelecendo rol de precedentes a serem obedecidos. A CLT, assim sendo, antecipou-se, ainda que em parte, ao CPC/2015, trazendo essa importante novidade.

A Lei nº 13.015/2014 também trouxe forma de tutelá-los, especialmente o dever de uniformização, que, como se viu, foi expressamente previsto. Nesse sentido, é possível a determinação, pelo TST, do retorno dos autos ao TRT, no qual foi identificada a disformidade jurisprudencial atual, que pode ser reconhecida de ofício ou por provocação das partes. Da mesma forma, cumpre ao presidente do Tribunal Regional, ao realizar o exame de admissibilidade de recurso de revista e constatar a dissidência interna, determinar a instauração do incidente.

Com a decisão no incidente de uniformização, a súmula ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho, que não deve conflitar com

DOCTRINA

súmula ou orientação jurisprudencial do TST, servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento de recurso de revista por divergência, nos moldes do art. 896, alínea *a*, da CLT. Para a interposição do recurso de revista, nesta interessante ampliação de seu cabimento, devem ser regularmente demonstradas a tese e a sua fonte de publicação.

No ponto, cabe aos Tribunais Regionais do Trabalho dar publicidade as suas súmulas e teses jurídicas prevaletentes, mantendo banco de dados organizado por questão jurídica decidida. A divulgação, para facilitar o acesso do jurisdicionado, deve ser feita preferencialmente pela internet.

Quanto a essa específica disposição, cabe uma crítica.

A exigência de envio dos autos do TST ao TRT não é adequada, já que haverá uma prolongação pouco útil do processo: no sistema de precedentes, embora importante o posicionamento dos Tribunais Intermediários, prevalece o entendimento dos Tribunais Superiores, que se sobrepõe, mediante recurso.

Trata-se de um aspecto pragmático: é obrigatório o precedente do Tribunal competente para dar a última palavra sobre a matéria. Portanto, em questões trabalhistas infraconstitucionais, devem ser entendidos como obrigatórios os precedentes exarados pelo Tribunal Superior do Trabalho. Ora, diante desse contexto, parece que determinar o retorno de um processo a um Tribunal Intermediário para uniformização é medida ineficiente, já que bastaria a decisão do Tribunal Superior para sedimentar a matéria, mediante precedente obrigatório, que deverá servir de norte para os casos símiles. Impor à parte interessada a delonga do retorno de seu processo ao Tribunal Regional do Trabalho para que este uniformize seu entendimento, quando a uniformização poderia vir mediante a singela e mandatária acolhida do entendimento fixado pelo TST, é medida que atenta contra a duração razoável do processo. A técnica é claramente uma forma de contenção do aumento do número de processos no TST.

A regra, porém, cumpre importante papel simbólico e pedagógico, ao revelar claramente a opção legislativa: os Tribunais Regionais do Trabalho têm o dever de uniformizar a sua própria jurisprudência.

5 – CONCLUSÃO

As novas disposições normativas da CLT, incluídas pela Lei nº 13.015/2014, reformaram o sistema processual voltado à tutela das demandas repetitivas e trouxeram importantes novidades relacionadas aos precedentes judiciais obrigatórios. É importante que isso seja ressaltado: as disposições precisam ser interpretadas de forma contextualizada com a compreensão dos precedentes obrigatórios.

LIMITES CONSTITUCIONAIS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA JUSTRABALHISTA

Gabriela Neves Delgado*

Ricardo José Macedo de Britto Pereira**

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Código de Processo Civil brasileiro, aprovado pela Lei nº 13.105, de 16.03.2015, com alterações promovidas pela Lei nº 13.256, de 04.02.2016, representa um novo paradigma para a resolução dos conflitos no Brasil, produzindo impactos em todos os ramos do Direito Processual.

Entre as diversas alterações, merecem destaques pontos sobre o *acesso célere e efetivo à justiça*, no sentido formal e material, impulsionando o exame meritório, e atenção especial ao *contraditório*, na perspectiva atual de se assegurar às partes a efetiva participação no processo, com reais possibilidades de influenciar o conteúdo da prestação jurisdicional. As decisões judiciais devem ser precedidas da possibilidade de diálogo com as partes, vedando-se pronunciamentos sobre matéria a elas não submetida.

Por outro lado, o novo CPC implanta um sistema extremamente ambicioso de precedentes judiciais, visando alcançar segurança jurídica, com maior previsibilidade da jurisprudência, e sua aplicação isonômica. Foram inseridas

* Professora associada de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Brasília – UnB; vice-diretora da Faculdade de Direito da UnB; pesquisadora e líder do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” da UnB, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq; doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; autora de diversos livros e artigos publicados em obras coletivas e revistas jurídicas especializadas do país; advogada.

** Subprocurador-geral do Trabalho; membro da Coordenadoria de Recursos Judiciais da Procuradoria-Geral do Trabalho; mestre pela Universidade de Brasília; doutor pela Universidade Complutense de Madri; pesquisador vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; colider do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania”; professor titular do Mestrado em Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário UDF; autor de diversos livros e artigos publicados em obras coletivas e revistas jurídicas especializadas do país.

fórmulas do sistema *common law*, pelas quais se estabelece a vinculação de decisões dos Tribunais, especialmente mediante novos incidentes processuais, com procedimentos específicos para dotar suas decisões de autoridade em casos diversos do originário.

É este o tema do presente artigo: as possíveis leituras de um sistema que se dirige à estabilidade e coerência da interpretação do Direito do Trabalho pelos Tribunais, considerando sobretudo os *limites constitucionais*. Sem desprezar a importância de se estabelecer mecanismos para que a jurisprudência seja uniforme e previsível, será questionada a vinculação direta para a qual foi estabelecido, expressamente, o instrumento da reclamação em todos os Tribunais (arts. 988 e seguintes do CPC).

A análise será feita levando-se em conta os princípios constitucionais de proteção ao trabalho, para destacar a relevância dos aspectos fático-jurídicos na determinação da solução das controvérsias trabalhistas. A opção por tal abordagem deve-se à proposta de avaliar como a matéria pode ser tratada no âmbito do processo do trabalho.

Dessa forma, o texto será dividido em quatro partes. Inicia-se com os princípios constitucionais de proteção ao trabalho, com ênfase no princípio da primazia da realidade sobre a forma para a resolução dos conflitos trabalhistas, em seguida passa-se ao estudo do sistema de precedentes no Código de Processo Civil e os incidentes voltados para uniformizar as questões jurídicas. Segue-se, então, com a análise das dificuldades de distinção entre questões de fato e de direito. Por fim, será apresentada uma proposta de leitura mitigada do sistema de precedentes do Código de Processo Civil, com ênfase nas diretrizes do processo constitucional, especialmente o devido processo legal.

2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO: A IMPORTÂNCIA DA PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS

A Constituição de 1988, logo em seu artigo introdutório, consagra os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, IV, da CF). O trabalho socialmente protegido figura ao lado da liberdade reconhecida para os empreendedores, que é direcionada ao cumprimento de sua função social, assim como se verifica em relação ao direito de propriedade (art. 5º, XXII e XXIII, da CF).

Para realizar os valores fundamentais, a Constituição estabeleceu um modelo de relação de trabalho, por meio do qual cabe ao empregador dirigir e controlar a sua empresa, incluindo neste contexto o comando da atividade

prestada pelos empregados por ele contratados. Além dos direitos enumerados no art. 7º da Constituição, aplicam-se outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores. Esse modelo confere especial destaque aos fatos constitutivos dessas relações, que prevalecem em benefício dos empregados, quando comparados com condições de trabalho menos favoráveis (princípio da condição mais benéfica). De igual maneira, há toda uma importância em relação a esses fatos quando em desacordo com os registros e os documentos que as formalizam (princípio da primazia da realidade sobre a forma).

Outro elemento integrante do modelo de relações de trabalho adotado na Constituição de 1988 é a consideração do trabalhador na sua subjetividade e intersubjetividade, ou seja, como sujeito de direitos, cuja identidade é moldada, sobretudo, em função do trabalho que realiza e das relações sociais e coletivas que em razão dele estabelece. A finalidade teleológica do Direito do Trabalho sempre foi a de que o empregado detivesse a condição de sujeito de direito, e não de objeto de direito, baliza já lançada em 1949 pela Declaração de Filadélfia, ao declarar que o trabalho não é uma mercadoria¹.

Como ressalta Mauricio Godinho Delgado, a relação de emprego

“resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal (...). Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.”²

Deve-se ressaltar que toda a gama de poder inerente à relação de emprego recai sobre a atividade, e não sobre a pessoa do trabalhador.

No aspecto normativo, a Constituição consagrou, no âmbito do princípio da proteção, o princípio da norma mais favorável.

O princípio de proteção trabalhista tem o seu *status* constitucional reconhecido em decisões do Supremo Tribunal Federal. Convém citar o seguinte trecho de decisão proferida em recurso extraordinário:

“8. O direito individual do trabalho tem na relação de trabalho, estabelecida entre o empregador e a pessoa física do empregado, o elemento

1 A respeito da Declaração de Filadélfia, consultar: SUPLOT, Alain. *El espíritu de Filadelfia*. La justicia social frente al mercado total. Barcelona: Península, 2011.

2 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 291.

básico a partir do qual constrói os institutos e regras de interpretação. Justamente porque se reconhece, no âmbito das relações individuais, a desigualdade econômica e de poder entre as partes, as normas que regem tais relações são voltadas à tutela do trabalhador. Entende-se que a situação de inferioridade do empregado compromete o livre-exercício da autonomia individual da vontade e que, nesse contexto, regras de origem heterônoma – produzidas pelo Estado – desempenham um papel primordial de defesa da parte hipossuficiente. Também por isso a aplicação do direito rege-se pelo princípio da proteção, optando-se pela norma mais favorável ao trabalhador na interpretação e na solução de antinomias.

9. Essa lógica protetiva está presente na Constituição, que consagrou um grande número de dispositivos à garantia de direitos trabalhistas no âmbito das relações individuais (...).³

Evidentemente todo esse aporte de direitos pressupõe instituições que zelem para que eles sejam efetivamente acessíveis aos trabalhadores. O Judiciário trabalhista experimentou significativa ampliação para o cumprimento de sua missão de reagir contra as violações ao ordenamento laboral. Com a Emenda Constitucional nº 45/04, o Constituinte derivado encarregou esse ramo do Judiciário de novas responsabilidades, exigindo prestação jurisdicional que eleve o trabalho ao pedestal que a Constituição lhe reservou.

Sendo assim, é missão de todo o Poder Judiciário trabalhista promover as transformações impostas pela Constituição para elevar o patamar de direitos sociais trabalhistas, de modo a lograr a melhoria da condição social dos trabalhadores.

É nesse contexto que os profissionais e acadêmicos do Direito do Trabalho e Processo do Trabalho se deparam com as novas mudanças operadas no Código de Processo Civil. Os fundamentos de fato e de direito dos pedidos formulados pelos reclamantes, assim como os deduzidos pelos reclamados, assumem especial importância na resolução dos conflitos trabalhistas. A apreensão mais autêntica dos litígios e das circunstâncias reais que envolvem cada caso é fundamental para a observância dos princípios do Direito do Trabalho. A atuação do Juízo de Primeiro Grau, bem como do Tribunal Regional, aos quais incumbe a análise da matéria e dos fundamentos em toda a sua dimensão, deve ser prestigiada, com reais possibilidades de esses órgãos influenciarem na definição e na modificação das teses jurídicas.

3 Recurso Extraordinário 590.415, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015.

3 – O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS INCIDENTES VOLTADOS PARA UNIFORMIZAR AS QUESTÕES JURÍDICAS

O Código de Processo Civil estabelece a observância das decisões e jurisprudência sumulada pelos juízes e Tribunais nos termos de seu art. 927:

“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.”

Para garantir a vinculação das decisões, foi estendida para todos os Tribunais a figura da *reclamação* pelo Código de Processo Civil, que antes detinha previsão constitucional exclusivamente para o Supremo Tribunal Federal (arts. 102, I, *l*, e 103-A, § 3º) e para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *f*):

“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 decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.”

A Emenda Constitucional nº 92/2016, que alterou os arts. 92 e 111-A da Constituição para reconhecer o Tribunal Superior do Trabalho como órgão do Poder Judiciário, também assegurou à Corte Superior Trabalhista processar e

DOCTRINA

julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, nos termos do § 3º do art. 111-A da Constituição.

Além de se estabelecer a vinculação direta das decisões mencionadas, o Código de Processo Civil reforçou a autoridade dos precedentes ao ampliar a margem decisória dos relatores nos Tribunais, para observância das decisões e da jurisprudência:

“Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV – negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”

Da mesma forma, abriu-se a possibilidade de improcedência liminar do pedido pelo juiz de primeiro grau, como forma de preservar as decisões e a jurisprudência sumulada:

“Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

DOCTRINA

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

No tocante à análise das questões de fato e de direito, o Código de Processo Civil estabelece novos parâmetros para que a decisão seja considerada fundamentada, destacando-se a necessidade de identificação dos fundamentos determinantes para enquadrar o caso sob julgamento a um precedente existente:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma 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;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 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.”

DOCTRINA

Embora o Código de Processo Civil tenha reforçado a necessidade de se explicitar tanto as questões fáticas como as questões jurídicas, os incidentes se ocupam basicamente das questões jurídicas.

No incidente de demandas repetitivas, a multiplicidade dos feitos decorre justamente da multiplicidade da questão jurídica comum:

“Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

Em dispositivo anterior, o Código de Processo Civil esclarece que os casos repetitivos têm por objeto questão de direito material e processual:

“Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

A assunção de competência também faz alusão à questão de direito:

“Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.”

Assim como os recursos extraordinários e especiais repetitivos:

“Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.”

Apesar desse destaque às questões de direito, os novos incidentes, por apresentarem amplo campo de incidência, acabam tendo que reconhecer outras questões de fato, além das já consignadas na decisão que os originaram. Por tal razão, esses incidentes conferem a oportunidade de participação de outros

atores, e não apenas as partes dos processos afetados, para que subsidiem de fundamentos fáticos e jurídicos a futura decisão vinculante.

A Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, instituiu o *incidente de recursos repetitivos* e o *incidente de assunção de competência* no âmbito do Processo do Trabalho. Quanto ao primeiro, a lei prevê multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, conforme redação a seguir:

“Art. 896-C. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.”

A assunção de competência foi prevista no art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Com redação pouco clara, assim dispõe o § 13 do citado artigo:

“Dada a relevância da matéria, por iniciativa de um dos membros da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, aprovada pela maioria dos integrantes da Seção, o julgamento a que se refere o § 3º poderá ser afeto ao Tribunal Pleno.”

Tal previsão não constou do anteprojeto encaminhado pelo Tribunal Superior do Trabalho ao Ministério da Justiça (Resolução Administrativa nº 1.451, de 24 de maio de 2011) e que serviu de base ao projeto de lei convertido na Lei nº 13.015/2014. Foi introduzido durante a tramitação do Projeto de Lei nº 2.214/2011 na Câmara dos Deputados, por emenda da relatora na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Constou do parecer sobre o tema a seguinte passagem:

“Destaco que a Emenda de nº 3 também tem por finalidade permitir que a matéria levada a julgamento no processamento de recursos repetitivos, a depender de sua relevância, poderá ser apreciada pelo Tribunal Pleno do TST, a requerimento de um dos membros da Seção de Dissídios Individuais.”

De qualquer forma, a referência ao § 3º trouxe várias dificuldades, pois o dispositivo não se referia a julgamento no Tribunal Superior do Trabalho, mas, sim, nos Tribunais Regionais do Trabalho, acerca da obrigatoriedade de proceder à uniformização de sua jurisprudência.

DOCTRINA

Por outro lado, a justificativa constante do parecer perdia sentido, pois, ao dispor sobre os recursos de revista repetitivos, a lei já previu sua afetação para a Seção Especializada em Dissídios Individuais ou para o Tribunal Pleno, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os membros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.

O Ato nº 491, de 23 de setembro de 2014, do Tribunal Superior do Trabalho, em seu art. 7º, assim procurou dirimir as dúvidas existentes sobre o citado dispositivo:

“Art. 7º Para os efeitos do § 13 do art. 896 da CLT, a afetação de julgamento ao Tribunal Pleno, em face da relevância da matéria, somente poderá ocorrer em processos em tramitação na Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho.

Parágrafo único. A afetação a que se refere o caput deste artigo não pressupõe, necessariamente, a existência de diversos processos em que a questão relevante seja debatida.”

O Ato nº 491/2014 foi revogado, em parte, pela Instrução Normativa nº 38 (Resolução nº 201, de 10.11.2015), que passou a tratar a matéria da seguinte forma:

“Art. 20. Quando o julgamento dos embargos à SbDI-1 envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos mas a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre as turmas ou os demais órgãos fracionários do Tribunal Superior do Trabalho, poderá a SbDI-1, por iniciativa de um de seus membros e após a aprovação da maioria de seus integrantes, afetar o seu julgamento ao Tribunal Pleno.

Parágrafo único. Aplica-se a este incidente, no que couber, o que esta Instrução Normativa dispõe sobre o incidente de julgamento de recursos repetitivos.

Art. 21. O Tribunal Superior do Trabalho deverá manter e dar publicidade às questões de direito objeto dos recursos repetitivos já julgados, pendentes de julgamento ou já reputadas sem relevância, bem como daquelas objeto das decisões proferidas por sua composição plenária, nos termos do § 13 do art. 896 da CLT e do art. 20 desta Instrução Normativa.

Parágrafo único. As decisões, organizadas por questão jurídica julgada, serão divulgadas, preferencialmente, na rede mundial de computadores e constarão do Banco Nacional de Jurisprudência Uniformi-

zadora – BANJUR, instituído pelo art. 7º da Instrução Normativa nº 37/2015, aprovada pela Resolução nº 195, de 02.03.2015, do Tribunal Superior do Trabalho.”

Percebe-se que o incidente de assunção de competência foi pensado para o recurso de revista não repetitivo, ao ser incluído no art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, mas o Tribunal Superior do Trabalho acabou definindo sua aplicação para os processos em tramitação na Seção de Dissídios Individuais. Posteriormente ele foi previsto para o recurso de embargos.

É necessário ressaltar que não houve, por parte da mencionada Lei que alterou a sistemática recursal trabalhista e dos atos editados pelo Tribunal Superior do Trabalho, qualquer proposta no sentido de uma vinculação geral dessas decisões proferidas mediante o deslocamento da competência para o seu julgamento, pelo uso de reclamação. A autoridade do julgado se verificava apenas em relação aos recursos sobrestados, conforme §§ 11 e 12 do art. 896 da CLT:

“§ 11. Publicado o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem:

I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho; ou

II – serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.

§ 12. Na hipótese prevista no inciso II do § 11 deste artigo, mantida a decisão divergente pelo Tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso de revista.”

O Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Instrução Normativa nº 39 (Resolução nº 203, de 15.03.2016), previu a aplicação no processo do trabalho tanto do incidente de assunção de competência (art. 3º, XXV) quanto do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 8º) e da reclamação (art. 3º, XXVIII).

No art. 40 da Instrução Normativa nº 40 (Resolução nº 205, de 15.03.2016), o Tribunal Superior do Trabalho adotou o entendimento de persistir o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos §§ 3º a 6º do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação dada pela Lei nº 13.015/2014. O incidente de uniformização de jurisprudência desapareceu no Código de Processo Civil atual.

Desse apanhado normativo, nota-se que a legislação processual trabalhista instituiu mecanismos para melhor gerenciar os feitos repetitivos, ao passo que o Código de Processo Civil estabelece um sistema vinculante de precedentes judiciais. Esses precedentes serão definidos pelos Tribunais e os órgãos inferiores possuem a alternativa de neles enquadrar os feitos julgados ou fazer as distinções para não aplicar os precedentes. Por essa sistemática, aos juízes de primeiro grau seria retirada a possibilidade de influenciar na superação dos precedentes, uma vez que apenas os Tribunais autores dos precedentes poderiam fazê-lo.

Adotando-se uma leitura em consonância com o devido processo legal, defende-se, neste artigo, que a distinção dos casos não se restringe aos fundamentos de fato, podendo ocorrer quando haja distinção de fundamento jurídico. É possível que haja resistência a essa possibilidade, uma vez que a definição da questão jurídica pelos incidentes mencionados não comportaria novas discussões a respeito. No entanto, como será visto no tópico seguinte, a zona de fronteira entre questão de fato e questão de direito é tênue e a vinculação ou não dos precedentes não pode em absoluto prescindir da contribuição dos juízes no primeiro grau de jurisdição.

4 – DIFICULDADES NA DISTINÇÃO ENTRE FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Numa abordagem genérica, é possível afirmar que os fatos são evidenciados mediante um processo de descrição de sua ocorrência, ao passo que o direito contém prescrições, ou seja, algo que deve ser observado em razão de sua previsão no ordenamento jurídico. É a tradicional distinção entre o plano do *ser* e do *dever ser*. Ocorre que se pode evidenciar, por meio de um processo descritivo, o direito existente numa comunidade, da mesma forma que é possível descrever um fato a partir de compreensões particularizadas, desde uma perspectiva não exatamente de como ocorreram, mas de como deveriam ocorrer⁴.

Os fatos envolvidos numa demanda judicial não são transportados automaticamente para os autos. Existe uma mediação da qual originam variadas versões, que são apreendidas pelo juiz de uma determinada maneira e podem não coincidir com a percepção do Tribunal Regional do Trabalho. Esta variação na apreensão dos fatos também pode se refletir no Tribunal Superior do Trabalho.

Ricardo Guastini, ao fazer considerações sobre a linguagem jurídica, esclarece que a distinção entre linguagem descritiva e linguagem prescritiva

4 PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST*. Recurso de revista e embargos por divergência. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 194 e ss.

não é sintática nem semântica, mas pragmática, considerando que um mesmo enunciado pode ser utilizado descritiva ou prescritivamente. Segundo o jurista:

“E eis, portanto, que um mesmo enunciado – por exemplo: ‘o homicídio é punido com reclusão’ – pode ser usado indiferentemente seja para consumir um ato linguístico de descrição, seja para consumir um ato linguístico de prescrição (e talvez consumir muitos outros atos linguísticos ainda). A sua sintaxe e a sua referência não mudam: o uso – e com isso o contexto do discurso – decide sobre o caráter prescritivo ou descritivo de um enunciado.”⁵

Guastini comenta que os juristas costumam anunciar a “existência de um enigmático ‘reino do direito’, distinto do comum ‘mundo dos fatos’ e que se opõe a este”. Trata-se de uma ideia presente na linguagem comum, mas que gera perplexidade, uma vez que “as relações entre direito e fatos são bem mais complexas do que leva a pensar o modo comum de exprimir-se”⁶.

Suas considerações sobre o silogismo, como modo bastante difundido do discurso judicial, também merecem destaque. A aplicação de uma norma jurídica costuma ser representada pela associação de duas operações diversas: “(a) a verificação de um fato (um caso particular concreto), e (b) o estabelecimento da consequência jurídica prevista para aquela classe de fatos” obedecem a premissas que constituem a “justificação (justificação interna) da decisão”. A escolha das premissas, por sua vez, “exige justificação (justificação externa)”. Sendo assim, são tomadas decisões para a “escolha da premissa maior (interpretação das fontes do direito)”, como também variadas decisões necessárias para o estabelecimento da premissa menor, “relacionadas com a avaliação das provas, que por sua vez são disciplinadas por normas jurídicas”. Essa suposta separação entre “decisões que dizem respeito a questões de direito” e decisões alusivas a questões de fato não possui uma “linha demarcatória” precisa, mas “flutuante”⁷.

Para evidenciar ainda mais o grau de dificuldade dessa distinção entre matéria de fato e direito, Guastini observa:

“os fatos que o juiz verifica diretamente são somente as provas (por exemplo, os testemunhos), não os fatos provados. Uma prova é precisamente um fato que induz a considerar o ocorrido um outro fato. Este último não é verificado diretamente pelo juiz, mas inferido pelas

5 GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 54-55.

6 *Ibidem*, p. 57.

7 *Ibidem*, p. 69.

DOCTRINA

provas. Uma prova autoriza o juiz a considerar verdadeira uma certa proposição acerca do passado. Esta inferência não tem caráter dedutivo: entre as duas proposições não há um nexo de implicação lógica, mas antes um nexo mais débil de ‘congruência narrativa’ (como é chamada). (...)

Vale a pena enfatizar que os termos empregados na formulação de uma norma são fatalmente vagos, ou providos de uma ‘trama aberta’, de modo que, para cada termo, há um conjunto de fatos aos quais é dúbio se o termo se aplica ou não; em outras palavras, para cada norma existem alguns casos particulares aos quais a norma certamente se aplica (‘casos fáceis’), como também outros casos particulares com respeito aos quais a aplicação da norma é controversa (‘casos dúbios’ ou ‘difíceis’).⁸

Karl Larenz também enfatizou a dificuldade da distinção entre matéria de fato e de direito, destacando que o juiz diante de uma situação de fato que lhe é apresentada não presenciou ele próprio esses fatos, mas é deles informados de acordo com relatos e percepções alheias. Prossegue o autor:

“É, com certeza, possível que ele próprio venha posteriormente a inspecionar determinados objetos pertinentes à situação de facto como, por exemplo, um instrumento da ocorrência, o documento sobre cuja interpretação as partes discutem, o lugar do acidente, resquícios sobre cuja interpretação as partes discutem, resquícios de uma coisa destruída. Mas os eventos pretéritos – e é deles que em regra se trata – já não são perceptíveis agora.”⁹

Em seguida, o autor comenta equívoco bastante comum em Tribunais, na distinção entre matéria de fato e de direito:

“A norma jurídica não foi correctamente aplicada se o Tribunal incorreu em erro na apreciação jurídica da situação de fato previamente constatada, ou seja, na resposta à questão de direito. No entanto, esta distinção não é levada a cabo pela jurisprudência de modo consequente. Assim, por exemplo, considera como questão de direito, susceptível de exame pelo Tribunal de revista, o julgamento de uma determinada conduta como ‘negligente’; em contrapartida, a questão de se a negligência foi ‘leve’ ou ‘grosseira’, considera-a ‘questão de facto’, não susceptível de

8 *Ibidem*, p. 70-72.

9 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 367.

revista. Isto é inadmissível: trata-se em ambos os casos de uma questão de valoração, ou seja, de uma questão de direito.”¹⁰

Diante da complexidade na distinção entre questões de fato e de direito, dificilmente os precedentes terão a capacidade de absorver todo o universo temático que se põe na Justiça do Trabalho.

5 – PROPOSTA DE LEITURA MITIGADA DA INCIDÊNCIA DO SISTEMA DE PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO DO TRABALHO, COM ÊNFASE NO PROCESSO CONSTITUCIONAL

No Estado Constitucional, a lei preserva sua importância, desde que observados os limites constitucionais, tanto em termos de procedimento quanto de conteúdo.

Diante do princípio da legalidade previsto na Constituição de 1988, cabe analisar os limites constitucionais dos atos praticados pelo Poder Judiciário, para se obter uma aplicação geral, com caráter vinculante e com possibilidades de inovação da ordem jurídica.

A sentença é ato que, a rigor, não produz norma de caráter geral e abstrato, mas a norma do caso concreto submetido a juízo. Igual entendimento se aplica aos acórdãos dos Tribunais.

Na esfera trabalhista, o ato judicial que possui normatividade similar à da lei é a *sentença normativa*, resultante dos dissídios coletivos de natureza econômica suscitados nos Tribunais trabalhistas¹¹.

Já em relação às *sentenças individuais*, falta o caráter vinculativo no plano geral para determinar o conteúdo de outras decisões judiciais proferidas em casos semelhantes. Não há dúvida de que a sentença constitui direitos, porém limitada aos contornos do caso julgado.

As *súmulas* dos Tribunais Superiores, à exceção das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (introduzidas pela EC nº 45/2004 no art. 103-A da CF), em princípio não vinculam obrigatoriamente as instâncias inferiores a decidirem de acordo com seu enunciado¹².

10 *Ibidem*, p. 373.

11 Houve severas restrições ao poder normativo da Justiça do Trabalho com a Emenda Constitucional n.º 45/04 (art. 114, § 2º).

12 O Supremo Tribunal Federal profere outras decisões com caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, como na ação direta de inconstitucionalidade e na declaratória de constitucionalidade (art. 102, § 2º).

DOUTRINA

Em sentido contrário, apresenta-se a orientação predominante do Código de Processo Civil de 2015 direcionada a aproximar o sistema processual brasileiro do *common law*, no qual precedentes judiciais são dotados de força vinculante.

Como visto, o Código de Processo Civil amplia o rol constitucional, dotando de caráter vinculante vários outros atos do Poder Judiciário praticados em incidentes cujos procedimentos se encontram ali regulados. Dos novos incidentes em que se atribuiu esse caráter destacam-se o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 do CPC) e o de assunção de competência (art. 947 do CPC).

É importante diferenciar o caráter vinculante das decisões dos Tribunais em incidentes regulados pelo Código de Processo Civil dos mecanismos para administrar a multiplicidade de demandas e recursos que apresentem questões jurídicas comuns. Na primeira hipótese, a decisão vinculante se aplica a casos futuros e pode ser exigida diretamente, como, por exemplo, por via do instituto da reclamação (art. 988 do CPC). Já os mecanismos para administrar a multiplicidade de feitos nos Tribunais adotam sistemática distinta, pois se aplicam aos recursos sobrestados e não vinculam diretamente as decisões dos órgãos inferiores. Como mecanismos com tais características podem ser citados os incidentes de recursos repetitivos extraordinário e especial no Código de Processo Civil de 1973, bem como o incidente de recursos de revistas repetitivos implantado pela Lei nº 13.015/2014.

A adoção do caráter vinculante direto prevista pelo Código de Processo Civil atual é questionável.

Em relação ao incidente de demandas repetitivas, de duvidosa constitucionalidade, a decisão nele proferida vincula os juízes de primeiro grau antes mesmo de que haja número significativo de decisões a respeito. Basta o risco de ofensa à isonomia ou à segurança jurídica pela repetição de processos com a mesma questão jurídica que será cabível tal incidente. Trata-se de uma antecipação, ou mesmo avocatória pelo Tribunal, que afeta radicalmente a função jurisdicional e esvazia a relevante atuação do juiz em primeiro grau de jurisdição. A possibilidade de o Tribunal se antecipar e proferir tese vinculativa a órgãos jurisdicionais distintos não observa o parâmetro processual constitucional do devido processo legal. Não há na Constituição previsão nesse sentido, de que decisões dos Tribunais em geral possam ser aplicadas com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Como visto, algumas decisões do Supremo possuem, de fato, essas características, porém justamente em razão de sua competência expressamente prevista no Texto Constitucional.

DOCTRINA

Além disso, os chamados precedentes que resultam da uniformização da jurisprudência dos Tribunais aproximam súmulas vinculantes a súmulas não vinculantes ou mesmo a decisões dos órgãos plenários.

A determinação de sentido dos marcos normativos, de cima para baixo, tende a afrontar o princípio democrático, pois elimina o dissenso na base. Este procedimento tende também a enrijecer e a mecanizar toda a prerrogativa assegurada constitucionalmente aos juízes do trabalho, em primeiro grau, no exercício da função jurisdicional.

Difícilmente a figura dos precedentes judiciais permitirá que o Juiz do Trabalho de primeiro grau possa se valer de uma hermenêutica mais sofisticada na apreciação de todos os aspectos que envolvem os conflitos trabalhistas – circunstância que por si só esvazia o potencial da função social inerente à magistratura trabalhista.

Essa sistemática de vinculação própria dos precedentes pode vir a provocar o engessamento da jurisprudência, além de dificultar o arejamento de teses oriundas da prática judicial. Enfim, o compromisso com a isonomia e a segurança jurídica – argumento reiteradamente adotado para justificar os precedentes – apenas pode ser cumprido, na seara trabalhista, se observado o princípio da proteção em toda a sua dimensão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: UnB, 1994.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST*. Recurso de revista e embargos por divergência. Salvador: Juspodivm, 2015.
- REGLA, Josep Aguiló. *Teoria de las fuentes del derecho*. Barcelona: Ariel, 2000.
- SUPIOT, Alain. *El espíritu de Filadelfia*. La justicia social frente al mercado total. Barcelona: Península, 2011.

O INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO E A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016

Gisele Fernandes Góes*

1 – CONTEXTUALIZAÇÃO DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO: LOCALIZAÇÃO HISTÓRICA E DISTINÇÃO DA CORREIÇÃO PARCIAL

Antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sequer existia o instituto da reclamação, pois apenas se tinha a correição parcial ou a reclamação correcional.

Alfredo Buzaid definiu o instituto da correição parcial como sendo uma “reclamação de ordem administrativa, tendente a emendar erros e abusos acarretadores de inversão tumultuária de atos e fórmulas processuais, aberta aos interessados na causa e ao Procurador-Geral do Estado (hoje Procurador-Geral de Justiça), diante da existência, num feito judiciário qualquer, de abusos praticados pelo juiz; inversão tumultuária do procedimento; e ausência de recurso específico para corrigir a situação”¹.

O instituto da correição parcial é, inquestionavelmente, uma medida de caráter administrativo, instaurada *ex officio* ou requerida pela parte, enquanto a reclamação é uma medida de cunho judicial, sendo postulada pela parte interessada ou pelo Ministério Público, consoante o art. 988 da hodierna lei processual civil.

A reclamação no ordenamento jurídico brasileiro encontrou assento no Texto de 1988, em seus arts. 102, I, *l*, e 105, I, *f*, e, diversamente, a correição parcial ou a reclamação correcional ficou circunscrita aos Regimentos Internos dos Tribunais do país, como uma medida que emergiu para auxiliar o jurisdí-

* Doutora (PUC-SP); mestre; professora de Direito Processual da UFPA; procuradora regional do trabalho da 8ª Região; membro do IBDP e do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; secretária-adjunta da Região Norte do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

1 Correição parcial – recursos processuais – representação. *Revista Forense*, 175/90-96, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

cionado, perante o Código de Processo Civil de 1939, vez que as hipóteses de agravo de instrumento e no auto do processo eram *numerus clausus*².

O objetivo da reclamação é cassar a decisão judicial, porque em atrito, desobediência ou para preservar decisões do Tribunal. A correccional tem como intento o afastamento do ato judicial abusivo ou da inversão tumultuária do feito, na visão do *error in procedendo*.

Sobreviveram as duas técnicas com os seus propósitos distintos. Vale destacar que autores como Alcides de Mendonça Lima ensinavam que “a correição parcial é um mal. Pior, porém, é uma situação ilegal irreparável, gerando iniquidades e revoltas. A correição parcial nem merece regulamentação legal, se for para autorizar o exercício de funções jurisdicionais pelos órgãos administrativos judiciários. O mandado de segurança é o instituto ideal para solver os impasses ora atendidos pela medida esdrúxula, desde que ainda se suscitem em torno de sua pertinência contra atos judiciais”³.

2 – NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO

Quanto à natureza jurídica, a reclamação ocasiona uma séria polêmica na doutrina.

Para alguns autores, pode ser configurada como incidente processual, uma questão suscitada, como defende Nelson Nery Junior⁴.

Já para outros, como José Frederico Marques e Alcides de Mendonça Lima, classifica-se o instituto em comento ora como recurso, ora como sucedâneo recursal⁵.

Cândido Rangel Dinamarco, em vez de se alinhar às concepções tradicionais acerca da natureza jurídica, prefere denominar a reclamação como um remédio processual sem natureza recursal, porque entende que a expressão “é muito ampla e abriga em si todas as medidas mediante as quais, de algum modo, se afasta a eficácia de um ato judicial viciado, se retifica o ato ou se produz sua adequação aos requisitos da conveniência ou da justiça (Carnelutti)”⁶.

2 NERY, Rosa; NERY Jr., Nelson. *CPC comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 2.078.

3 *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. p. 213.

4 *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 59.

5 José Frederico Marques enquadra a reclamação dentro da categoria de recurso regimentais, ao lado dos embargos infringentes, embargos de declaração e agravos regimentais (*Manual do direito processual civil*. Atual. por Vanilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997. v. 3. p. 230; e MENDONÇA LIMA, Alcides de. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 80).

6 A reclamação no processo civil brasileiro. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: RT, 2002. v. 6. p. 100.

Pontes de Miranda, em virtude do momento histórico que atravessou, muito ligado ao desenvolvimento da correição parcial, enquadra a reclamação como uma ação com caráter correicional⁷.

Leonardo Lins Morato e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas concebem a reclamação, tendo em vista seus elementos de partes, pedido e causa de pedir, como ação simplesmente⁸.

Compreende-se que a reclamação não pode ser incidente processual, posto que, como preleciona Cândido Rangel Dinamarco, os “incidentes do processo, ou do procedimento, são procedimentos menores, anexos e paralelos ao principal e dele dependentes. Eles são compostos por uma série de atos coordenados como dispuser a lei, todos endereçados à pronúncia de uma decisão judicial sobre algum pedido ou requerimento das partes, referente ao processo pendente. São verdadeiros desvios acidentais do procedimento principal, que se situam à margem de sua caminhada linear em direção ao provimento final pedido na demanda inicial do processo”⁹.

Com efeito, a reclamação diverge completamente do paradigma do incidente processual, pois possui autonomia e não depende do processo principal. Esse instituto se aproxima muito mais do processo incidente, em virtude de que, novamente, segundo as palavras precisas de Dinamarco, “processo incidente é um processo novo, nova relação processual, que se instaura por causa de outro já pendente e destinado a exercer alguma influência sobre ele”¹⁰.

Também não se enquadra como recurso, porque não pretende a reforma (efeito substitutivo) ou a invalidação (efeito rescindente), mas, sim, o cumprimento da decisão ou o resguardo da competência dos Tribunais. Além disso, não gera devolução e não padece de preclusão, em termos de prazo peremptório. É uma ação, portanto¹¹.

2.1 – Experiência: exemplo do direito estrangeiro português

Diante do estudo da reclamação, no que pertine à breve síntese histórica e de distinção da correição parcial e às teorias quanto à natureza jurídica,

7 *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 8. p. 278.

8 A reclamação prevista na Constituição Federal. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). São Paulo: RT, 2000. p. 452; e *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto alegre: Fabris, 2000. p. 459-461.

9 *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2. p. 464.

10 *Idem, ibidem*, p. 464.

11 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3. p. 533.

mostra-se a “tonalidade” do instituto pátrio no padrão de uma inconfundível tipicidade que o afasta das leis estrangeiras. Vejamos.

No direito português, a reclamação adquire um contorno, à guisa de ilustração, muito similar ao recurso, visto que, caso ele não seja admitido ou retido na sua subida, a parte se vale dessa técnica da reclamação para que o recurso seja encaminhado ou admitido, logo, “destrancado”, de conformidade com o art. 641, 6, c/c o art. 643 da lei processual civil de 2013¹². E é importante frisar também que detém prazo de 10 dias, constituindo-se outro elemento que traduz sua natureza identificada como a de recurso.

3 – RECLAMAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A reclamação é uma ação, primeiramente de porte constitucional, cuja cognição é exauriente e de natureza mandamental, porque seu objetivo final é determinar o cumprimento de decisão pela autoridade coatora. Por estar enquadrada como jurisdição contenciosa, produz coisa julgada.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas esboça a verdadeira importância da reclamação, que reside na força que imprime às garantias processuais do juiz natural (quando é caso de invasão de competência) e da tutela jurisdicional adequada (quando é o caso de desobediência)¹³. Aduzimos somente que os estatutos axiológicos maiores para o instituto da reclamação a serem destacados são o do Estado Democrático de Direito e o da proporcionalidade, porque a desobediência e a usurpação de competência, deparando-se com jurisdição constitucional, súmulas vinculantes e estabilização de jurisprudência, constituem o rompimento da estrutura da organização judiciária brasileira, instalando-se a insegurança no seio do sistema jurídico pátrio.

Por isso, preocupou-se o legislador em estabelecer o regramento mínimo, sinalizando imediatamente para o sujeito ativo em seu art. 988 que é a parte interessada ou o Ministério Público.

A particularidade reside em que o Ministério Público atuará como parte reclamante ou sempre como fiscal da ordem jurídica, tendo “vista do processo por 5 (cinco) dias”, após as informações e a contestação, como prescrito no art. 991. Digno de registro que o novel Código elevou a Defensoria Pública a uma série de degraus ao lado do órgão ministerial, mas no contorno desse instituto

12 Art. 641, 6 – A decisão que não admita o recurso ou retenha a sua subida apenas pode ser impugnada através da reclamação prevista no artigo 643. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <www.pgdlisboa.pt>. Acesso em: 12 jun. 2016.

13 *Op. cit.*, p. 469.

assim não procedeu, porque se acredita que é muito cristalina a postura do agente da instituição ministerial como defensor da ordem jurídica, que se trata de atribuição exclusiva como explicitado nos arts. 127 e 129 da Constituição.

Ainda no que tange ao sujeito ativo, não existe nenhum tipo de óbice quanto à possibilidade de formação litisconsorcial ativa, apresentando-se como litisconsorte do reclamante aquele que já era litisconsorte da ação principal.

O sujeito passivo é a autoridade que afronta a decisão e/ou a competência dos Tribunais. Dúvida que permanece quanto ao polo passivo é a atinente ao alcance do art. 990 da lei processual civil em evidência, que prevê *verbis* que “qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante”.

Leonardo Lins Morato entende que a expressão “qualquer interessado” realmente pode abranger qualquer um, pois, se a ação era, por exemplo, em prol de uma tutela de interesses difusos, vigora o interesse de qualquer um. Concorda-se integralmente com a posição do autor citado, apenas remanesce a atenção em como esse “interessado” ingressará no feito, se como litisconsorte passivo da autoridade coatora de caráter facultativo ou se como assistente simples ou, ainda, litisconsorcial¹⁴.

Abona-se magistério de Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim¹⁵ e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹⁶, que se trata de assistência litisconsorcial e não simples. O argumento está em que a decisão da reclamação incidirá na esfera dos direitos desse interessado – assistente –, o qual será afetado de modo direto e imediato, havendo total influência na sua relação jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, tanto na Reclamação 126 quanto no Agravo Regimental da Reclamação 449-0-SP, firmou e vem firmando posição apenas no rumo de que essa intervenção é voluntária e de caráter facultativo¹⁷.

14 A reclamação prevista na Constituição Federal. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. p. 449.

15 *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996. p. 225-242.

16 *Op. cit.*, p. 475. E, principalmente, a exposição feita na nota de rodapé 859, p. 475-476.

17 Rcl 126, Rel. Min. Moreira Alves, de 17.06.81; e AgRg em Rcl 449-0-SP-STF-Pleno, Rel. Min. Celso de Melo, de 12.12.96. Estranha, porém, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Rcl 2.138, na qual ressalta-se, por maioria, que a Procuradora da República, autora da ação de improbidade, era parte ilegítima para atuar como interessada. Entende-se que tal decisão afronta literalmente o art. 15 da Lei n. 8.038/90. Eis a decisão: “Preliminarmente, o Tribunal assentou a ilegitimidade da Procuradora Valquíria Oliveira Quixadá Nunes e da Associação Nacional do Ministério Público, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e o Presidente. No mérito, após os votos dos Senhores Ministros Nelson Jobim (Relator), Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, julgando procedente o pedido formulado na reclamação, para assentar a competência

DOCTRINA

Quanto ao procedimento, a reclamação é similar ao mandado de segurança, tendo o Código de Processo Civil seguido as mesmas linhas da Lei nº 8.038/90¹⁸. A prova é documental, juntada com a petição encaminhada ao presidente do Tribunal (art. 988, § 2º, do CPC). Uma vez autuada e distribuída, sempre que possível, ao relator da causa principal (prevenção temática do art. 988, § 3º), ele requisita informações à autoridade, que terá prazo de 10 dias (art. 989, inciso I, do CPC).

O art. 989, inciso II, do CPC estatui que o relator ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Primeira indagação que deve ser feita: qual a natureza dessa medida? Marcelo Navarro Ribeiro Dantas e Leonardo Lins Morato afirmam que seria a natureza cautelar, dado que ela serviria apenas para assegurar o provimento final da ação¹⁹.

Atualmente, perdeu sentido a diferenciação entre cautelar e satisfativa. O CPC/2015 introduziu as tutelas provisórias, sob o fundamento da urgência ou da evidência, com base no art. 294, sendo que não se deve reduzir a concessão do efeito da suspensão só à hipótese de urgência, pois, como bem notam Fredie Didier Junior e Leonardo Cunha, cabe também a tutela de evidência, oriunda do inciso II do art. 311, em virtude de que as alegações são documentais e a tese firmada em casos repetitivos ou em súmula vinculante e, se a reclamação tem seu cabimento vinculado à observância dos enunciados de súmulas vinculantes (art. 988, III) e de precedentes em incidente de resolução de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (art. 988, IV), ou em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, desde que esgotadas previamente as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II), ou seja, a resultante é que é pertinente a tutela de evidência na reclamação, devendo o relator antecipar efeitos do provimento final ou suspender o processo ou o ato impugnado²⁰.

do Supremo Tribunal Federal e declarar extinto o processo em curso, na 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que gerou a reclamação, pediu vista o Senhor Ministro Carlos Velloso. Falaram, pela reclamante, o Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, Advogado-Geral da União, e, pelo Ministro Público Federal, o Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, Vice-Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 20.11.02”.

18 O CPC/2015, em seu art. 1.072, inciso IV, revogou os arts. 13 a 18 da Lei n. 8.038/90.

19 *Op. cit.*, p. 463, e *op. cit.*, p. 450-451, respectivamente.

20 *Curso*. v. 3, *op. cit.*, p. 567.

4 – RECLAMAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Lei nº 13.105/2015 trouxe à tona o novel diploma processual civil e, com ele, propostas ousadas para tentar implementar mais que uma codificação de processo civil, mas, sim, pilares de um contemporâneo paradigma de processo.

O processo tem vigas que são comuns a todo e qualquer ramo específico e que precisam ser respeitadas.

O Brasil clama por um processo não apenas efetivo, de razoável duração, mas, sobretudo, de harmonização interna e externa com os níveis político, econômico, social, etc.

O ordenamento jurídico nacional não pode ser somente um amontoado de códigos, leis, que não dialogam e geram um verdadeiro insulamento entre si, nas diversas (sub)divisões, como se não tivessem pontas de uma mesma linha que cai no esquecimento.

A noção de sistema jurídico requer ordem e unidade²¹. Onde se afere a unidade do sistema processual? Qual o papel exercido pelo Código de Processo Civil/2015?

Devem ser destacados os núcleos que estão mais do que para um mero código de processo, volta-se a afirmar, e sim para a identidade do sistema processual e, sobremaneira, do Estado Democrático brasileiro.

A preocupação com as normas fundamentais processuais e a teoria da decisão, dos precedentes e da estabilização da jurisprudência apontam para um movimento cuja dimensão é a de suplantar só uma circunstância legislativa. A meta é fortalecer o Poder Judiciário perante a sociedade, o Estado brasileiro e a credibilidade nas suas instituições.

Com efeito, essa unidade do sistema precisa estar consolidada em técnicas de respeito, de obrigatoriedade, assim, eis que exsurge a reclamação no CPC/2015, tornando-se um instrumento para garantir os núcleos de integridade do sistema, as pautas de coerência, tais como os enunciados de súmula vinculante, as decisões em sede de controle de constitucionalidade, o acórdão proferido em sede de incidente de resolução de demanda repetitiva ou de assunção de competência.

21 Para Canaris, a ordem e a unidade são premissas evidentes e o substrato do sistema jurídico está decalcado nos valores de segurança jurídica e princípios de igualdade e justiça (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002).

DOCTRINA

Com o art. 15 inaugura-se, explicitamente, a incorporação de uma teoria geral do processo, e as bases do processo civil devem ser aplicadas não somente de forma subsidiária, mas também supletivamente, e, por isso, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, que resultou na aprovação da Instrução Normativa nº 39, que tem o propósito de estabelecer essa compatibilização em apreço.

Portanto, se a Instrução tem o condão de orquestrar o processo civil ao processo trabalhista, com a configuração uniformizadora nacional, o art. 3º do citado ato normativo, em seu inciso XXVII, estabelece lucidamente a aplicabilidade, em face da omissão e da compatibilidade com o processo do trabalho acerca do instituto da reclamação e na perspectiva de todos os artigos do CPC, ou seja, dos dispositivos 988 a 993²².

A reclamação tinha um papel muito definido no sistema pátrio brasileiro com a Constituição de 1988: preservar a competência dos Tribunais Superiores, especificamente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (arts. 102, I, *l*, e 105, I, *f*), e anular ato administrativo ou promover a cassação de decisão judicial que afrontasse súmula vinculante (art. 103-A, § 3º).

Funcionalmente, tornou-se uma técnica processual de proteção das atribuições diferenciadas dos Tribunais Superiores. O Tribunal Superior do Trabalho, assim como outros Tribunais, até estaduais, observou a eficácia da técnica e legislou a mesma via Regimentos Internos²³.

Acontece que o sistema não estava mais coeso, porque se tinha um instituto na Constituição para as Cortes STF e STJ e a mesma técnica legislada via ato normativo sem *status* de lei *stricto sensu* para outras Cortes. Restava a indagação: cadê a unidade do sistema?

O diploma processual civil pátrio teve essa tendência a corrigir as distorções e dimensionou a reclamação a qualquer Tribunal em seu § 1º do art. 988. Desse modo, aplicada na Justiça do Trabalho pela Instrução Normativa nº 39/2016, é uma ação a ser intentada não só no Tribunal Superior do Trabalho, mas também em qualquer Tribunal Regional do Trabalho do país, como um mecanismo de garantia de autoridade das decisões e preservação de competência.

22 No mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou o Enunciado n.º 350, que diz: “cabe reclamação, na Justiça do Trabalho, da parte interessada ou do Ministério Público, nas hipóteses previstas do art. 988, visando a preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade das suas decisões e do precedente firmado em julgamento de casos repetitivos” (Grupo Impacto do CPC no Processo do Trabalho).

23 No particular, quanto ao TST, foram elaborados os arts. 196 a 200 no Regimento Interno, inclusive já revogados.

DOCTRINA

Entretanto, não se trata apenas de uma alteração das condições de competência hierárquica ou funcional para o instituto, representa muito mais, um contorno valorativo das hipóteses de incidência, do sistema como um todo.

Repensa-se o sistema jurídico nacional, a partir do modelo de uniformização de jurisprudência obrigatória, tanto no processo civil por meio do guia norteador do art. 926 do CPC quanto pelo art. 896, §§ 4º ao 6º, do Texto Consolidado introduzido pela Lei nº 13.015/2015.

Merece salientar que o art. 926 do CPC também é objeto da Instrução Normativa nº 39/2016, quanto à sua aplicabilidade, no inciso XXIII, art. 3º.

Tanto o CPC quanto a CLT traduzem uma qualificação tríplex no sistema identificada nos deveres de coerência, estabilidade e integridade quanto à jurisprudência. O aporte teórico centraliza-se na teoria de Ronald Dworkin.

Citando trecho de Dworkin, “mostrarei que uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido de que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva. Este não é o único argumento em favor da integridade, ou a única consequência de reconhecê-la que poderia ser valorizada pelos cidadãos. A integridade protege contra a parcialidade, a fraude ou outras formas de corrupção oficial, por exemplo”²⁴.

O direito como fonte de integridade é uma prática jurídica perene de virtude de princípios de justiça e, acima de tudo, de equidade. O plano legislativo acoberta a integridade, quando edita leis sob esse prisma, que passa a expor a consciência moral da sociedade, do próprio Estado. O plano jurisdicional, ao aplicar os princípios, assegura o elemento moral, do assentamento do Estado em prol dos direitos à liberdade e à igualdade²⁵.

O Código de Processo Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho examam um estatuto direcionado aos direitos de liberdade e igualdade, por meio do *locus* do processo, quando a uniformização jurisprudencial se constitui uma tarefa obrigatória dos Tribunais, sedimentando suas interpretações. Emergem valores como segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia.

A teoria da integridade cumpre o papel de tentar aviventar as virtudes políticas que o país perdeu ao longo dos tempos, inserindo-se nesse contexto tanto o Executivo quanto o Legislativo, o Judiciário e a própria sociedade. A

24 DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 228.

25 DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 227-228.

integridade, em Dworkin, completa uma tríade, ao lado da justiça (equidade) e do devido processo legal.

O verdadeiro direito não sobrevive sem integridade para Dworkin e o passo além está na coerência moral, no exercício de cidadania, no respeito de um sempre pelo outro²⁶.

O arquétipo brasileiro, por conseguinte, é de união da Constituição no patamar dos direitos e das garantias fundamentais associada a uma teoria normativa e procedimental do processo que agasalha as circunstâncias do caso, enfrenta argumentos como os de analogia, contra-analogia, ou seja, numa lógica de racionalidade do discurso metodologicamente firmada como prática universal e amparada por um sistema jurídico oxigenado com a força das normas fundamentais, com justificação adequada para suas decisões²⁷.

As normas fundamentais processuais, juntamente com os precedentes, proporcionam essa responsabilidade política e, acima de tudo, de seriedade sobre essa tipologia de direitos.

A Constituição, aliada ao CPC e à CLT, estruturados sob esse novo paradigma de coerência geral, ampla e de integridade, constitui a razão argumentativa do Estado Democrático pátrio.

Nessa rota, a reclamação na Justiça do Trabalho vem como suporte para a integridade dos precedentes, primordialmente no caminho da uniformização de jurisprudência obrigatória para os Tribunais de segundo grau. A tutela do respeito às decisões interpretativas das questões jurídicas majoritárias e/ou unânimes não reside mais localizada nos Tribunais Superiores, todavia, essencialmente nos Tribunais intermediários que precisam coordenar suas ações numa perspectiva de força vertical, sobre os órgãos inferiores e também internamente numa força horizontal, entre os órgãos componentes da própria instância, do Tribunal de segundo grau.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Instrução Normativa nº 39/2016, agiu de modo irrepreensível, pois norteou imediatamente a jurisdição trabalhista nacional, para que se “afinasse o mesmo discurso”, e a reclamação é uma forma de técnica processual de significado forte (*strong meaning*) para blindar o sistema na direção da isonomia e da segurança a favor do cumprimento das decisões oriundas dos precedentes formados, súmulas vinculantes e julgamentos dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidentes

26 DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 230.

27 DWORKIN, Ronald. *Levando direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 127.

de assunção de competência, projetando-se a estabilização da jurisprudência. O procedimento da reclamação na Justiça Laboral pode ser proposto pela parte interessada ou pelo Ministério Público do Trabalho, como prescrito pelo art. 988, e os fundamentos mais genéricos são os dos incisos I e II do mencionado dispositivo legal, que são a preservação de competência e a garantia das decisões do Tribunal, que pode ser o Tribunal Regional do Trabalho ou o Tribunal Superior do Trabalho, como destaca Élisson Miessa, podem ser as súmulas e as orientações jurisprudenciais do TST, súmulas dos TRTs²⁸.

E os fundamentos mais específicos da reclamação, os dos incisos III, IV e § 4º do art. 988, são voltados aos institutos formatados imediatamente para os Tribunais intermediários na organização judiciária trabalhista, quais sejam os Tribunais Regionais do Trabalho, pois são os julgamentos do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987) e incidente de assunção de competência (art. 947), vez que as teses jurídicas que brotam desses incidentes, caso sejam aplicadas indevidamente ou não aplicadas, infirmam o descumprimento das balizas de coerência e integridade do sistema e devem ser rechaçadas²⁹.

A reclamação não se confunde com a ação rescisória ou com o recurso e, nessa esteira, é inadmissível após o trânsito em julgado (art. 988, § 5º, I) e pode ser exercitada concomitantemente com o recurso, dados os seus objetivos distintos (art. 988, § 6º).

Não se corre o risco de abarrotamento de reclamações nos Tribunais intermediários (TRTs) e também no TST se os magistrados compreenderem o papel do sistema jurídico quanto aos deveres de coerência, integridade e estabilidade, ou seja, sem rompimento da isonomia horizontal entre os pares na colegialidade dos Tribunais e obediência hierárquica aos precedentes, às súmulas e às teses jurídicas prevalecentes na eficácia vertical.

5 – CONCLUSÕES

Sinteticamente, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. A reclamação na Justiça do Trabalho é inquestionável, não só pela complementariedade do diploma processual civil ao trabalhista via art. 15 e

28 Nova realidade: teoria dos precedentes judiciais e sua incidência no processo do trabalho. In: *O novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1092.

29 Tanto é que o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) editou o Enunciado n. 349: “Cabe reclamação para o tribunal que julgou o incidente de resolução de demandas repetitivas caso afrontada a autoridade dessa decisão”.

Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, mas preliminarmente em função do novo paradigma de processo instalado;

2. O novo paradigma representa a visão integrada de uma teoria do processo assentada sobre uma concepção de tendência universalista, com pilares comuns a todos os processos, quais sejam normas fundamentais processuais, teoria da decisão, precedentes e estabilização da jurisprudência;

3. A aplicação das normas fundamentais processuais, dos precedentes e da uniformização de jurisprudência obrigatória na seara trabalhista se enquadra no estatuto axiológico dos deveres de integridade, coerência e estabilidade da jurisprudência que todo o sistema jurídico pátrio deve buscar para se alcançar a unidade;

4. Como a organização judiciária brasileira é extremamente complexa, diante do pacto federativo adotado, deve existir um instituto que garanta a autoridade das decisões dos Tribunais e preserve a competência dos mesmos e, com isso, eis que surge a reclamação, contudo, como bem notaram Freddie Didier Junior e Leonardo Cunha, “o descabimento perante Tribunais de Justiça e Regionais Federais poderia provocar uma lacuna jurídica ameaçadora”³⁰ e se adaptar para a realidade juslaboral, no rumo de que não se poderia ter a lacuna da reclamação perante os Tribunais Regionais do Trabalho, estabelecendo-se a paridade, a simetria de obediência hierárquica às decisões proferidas pela colegialidade;

5. Os Tribunais Regionais do Trabalho decidem questões jurídicas e, ao editarem súmulas ou teses jurídicas prevalecentes, estarão na senda da uniformização de jurisprudência obrigatória e do instituto também agasalhado pela Instrução Normativa nº 39/2016, em seu art. 8º, o do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 986 do CPC), cuja finalidade vai além da uniformização, visto que se insere no âmbito de um sistema de formação e aplicação de precedentes. Precedentes obrigatórios = técnica do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 8º da IN nº 39/2016) + recursos repetitivos (art. 896-C da CLT) + incidente de assunção de competência (art. 3º, inciso XXV, da IN nº 39/2016). Ao lado do sistema de precedentes obrigatórios, naturalmente vem o instituto da reclamação, pois a aplicação indevida da tese jurídica ou a não aplicação proveniente do julgamento de demandas repetitivas ou da assunção de competência trabalhista enseja o art. 988, inciso IV e § 4º, fortalecendo-se, assim, o Tribunal Regional do Trabalho;

6. Caso os magistrados não sigam o sistema de precedentes no seio dos Tribunais Regionais do Trabalho, silenciando-se ou omitindo-se, vale registrar,

30 *Curso. Op. cit.*, p. 529.

DOUTRINA

com apoio novamente nas lições de Fredie Didier Junior e Leonardo Cunha, que não cabe a reclamação em se tratando de ato omissivo³¹, todavia, desponta o cabimento dos embargos de declaração, presente a omissão (art. 1.022, I, do CPC); e

7. O dever de uniformização de jurisprudência trabalhista confirma a tonalidade de um Estado forte, porque se mostra uno, coerente, íntegro, estável nas relações jurídicas, fortalecendo o exercício de poder democrático, resgatando a credibilidade do cidadão na instituição do Poder Judiciário, visualizando essa como promotora de direitos humanos, fundamentais, sociais e de exercício de cidadania. A reclamação perfila todo esse ideário porque impõe o dever de autorreferência³², numa lógica do discurso judicial dialógico em que o magistrado deve sempre fazer referência ao que já foi dito anteriormente e somente assim se edifica de modo sólido o sistema trabalhista no modelo imaginado por Ronald Dworkin dos direitos levados a sério em prol da isonomia e da segurança jurídica.

31 *Curso. Op. cit.*, p. 553.

32 SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, 1987, v. 39, p. 580-581.

A MEDIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA IMPOSSIBILIDADE

Gustavo Tadeu Alkmim*

“**H**á possibilidade de acordo?”. Frase de um juiz do trabalho. A primeira de sua vida profissional. Na sua primeira audiência. E assim será, anos a fio, no início de cada audiência e, novamente, ao final da instrução. *Conciliação* é algo que lhe diz respeito, desde o nascedouro, quando as hoje “Varas do Trabalho” eram “Juntas de *Conciliação* e Julgamento”. Está no seu DNA de juiz trabalhista, afirmam alguns. Particularidade da boa e velha reclamação trabalhista, que remonta aos anos 1940, e que hoje virou tendência no processo comum, ganhando ares de “novidade” e aparecendo como o tema do momento, decantado como solucionador de conflitos.

A par de ser, ou não, anunciada solução, o fato é que, supõe-se, o legislador bebeu nas águas celetistas ao alterar o modelo processual vigente desde 1973, instituindo no novo Código de Processo Civil a obrigatoriedade da tentativa conciliatória. Agora, no atual procedimento comum, normatizado a partir do art. 318, tornou-se impositiva a realização de audiência de conciliação – ou mediação – logo após a apresentação da petição inicial e da decisão acerca de sua admissibilidade (art. 334) – exceto quando o autor, desde logo, tenha indicado o seu desinteresse na autocomposição. Ou seja, como regra, somente se passa à resposta do réu depois de frustrada a tentativa conciliatória, estabelecendo não mais a ordem *defesa-conciliação*, como vigia no sistema anterior, mas, sim, *conciliação-defesa*. Uma sequência que soa familiar aos ouvidos de quem lida com a CLT.

A inversão da sequência não ocorreu por acaso. Dentre todas as ênfases trazidas pelo novo Código de Processo Civil, a que mais chama a atenção é a priorização pela via da autocomposição, dando contornos ao que se convencionou chamar “pacificação social”. Alguns dizem resultar numa mudança de mentalidade, outros anunciam um novo ideal de justiça, mais compatível com ditames constitucionais de acesso e direito a uma ordem jurídica justa, além

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região; conselheiro do CNJ.

da duração razoável do processo. Ao invés de vencedores e vencidos, por meio dos modelos consensuais envolvendo mediação, negociação e conciliação todos sairiam – sempre e necessariamente – ganhando. Ecoam nos seminários, congressos e painéis os supostos benefícios do novo procedimento, dizem “novos ventos”, e juristas e especialistas debatem à exaustão, produzem doutrina, e os efeitos vão além do CPC, o CNJ atualiza sua resolução, mediadores se qualificam – o mundo jurídico está agitado.

Este “agito” não significa, necessariamente, mudança de mentalidade; quiçá, sim, mudança de postura. Contudo, a mudança que se almeja – e que, na lição de Watanabe, se faz absolutamente necessária para o êxito do novo modelo – é aquela que implica *mentalidade*. Kazuo Watanabe, autoridade no assunto, ensina que a propagação dos meios consensuais autocompositivos deve ser algo efetivamente aceito e estimulado no seio da sociedade, conscientizada sobre a justiça do resultado pacificado, por ser o melhor, na solução de eventuais conflitos – e isso não se resolve pela mera imposição legal. Nem quando seu objetivo é menos a pacificação e mais a resolução de uma crise judiciária.

“Os meios alternativos de solução de conflitos necessitam de um terreno fértil para prosperar, que consiste, exatamente, na existência de uma mentalidade receptiva a esses modos de solução e de tratamento de conflitos. (...) *A mediação tem que ser praticada como uma forma de pacificação da sociedade e não apenas como uma forma de solução de conflitos.*” (WATANABE, 2012, p. 3-9) (grifos meus)

A construção histórica da mentalidade brasileira indica a hipervalorização da figura da autoridade (pública) como aquela que dirá o direito, o justo e a verdade. A *mentalidade receptiva* a que se refere Watanabe importa, ao revés, no convencimento de que a solução conciliada é efetivamente a melhor e a mais justa, e não a mais cômoda ou mais viável. Uma lógica bem diferente do adágio consagrado por anos nos corredores forenses: “mais vale um acordo ruim do que uma boa sentença”. Inversão de mentalidade significa que não há termo de comparação entre sentença e acordo – aquela indica conflito, solução imposta; este, pacificação, solução adequada e, como tal, será sempre bom, não podendo ser adjetivado como “ruim”.

Compreender esta lógica é condição para se cogitar da adoção da autocomposição como método alternativo ou concorrente de solucionar litígios.

Vê-se: não é mudança tão simples.

Assim como o tema, em si, não é tão novo. A alternativa da conciliação estava presente na Constituição do Império – relembra Watanabe – quando pre-

via a possibilidade de nomeação de árbitros, ou que a sentença seria executada sem recurso, se assim convenionado pelas partes (art. 160). Já estava ali, na Constituição de 1824, um esboço da negociação processual – agora consagrada pelo novo CPC. E mais, estabelecia como condição para se iniciar um processo a tentativa de solução amigável: *sem se fazer constar que se tem tentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum, e, sem se demonstrar que se tentou uma solução amigável, ninguém será admitido em juízo* (art. 161). E a mesma Constituição determinava que a tentativa conciliatória ficaria a cargo do juiz de paz, eleito e com atribuições reguladas por lei (art. 162). Juizes de paz eram uma concepção liberal – legitimados pela eleição, abrandariam o excessivo autoritarismo estatal então vigente, cogita o professor Watanabe. Com o passar do tempo, perderam força e atribuições. O Regime Militar acabou de vez com derradeiras atribuições jurisdicionais. Hoje, alguém só se lembra deles quando da celebração de casamentos – e olhe lá. Pesquisas mostram que a população desconhece ou não tem “muita notícia positiva quanto ao trabalho do juiz de paz” (WATANABE, 2012, p. 3).

Esta referência histórica se mostra pertinente por dois aspectos: (i) não há pioneirismo, os ventos da mediação já sopraram no ordenamento pátrio; e (ii) presença da autoridade na solução dos conflitos é coisa antiga, do tempo do Império. Em suma, a trajetória do juiz de paz apenas retrata – e talvez explique – um fenômeno muito presente na nossa cultura, a dependência da figura da autoridade. É como se o cidadão brasileiro precisasse sempre da autoridade para resolver sua demanda – no caso, o juiz. Mudar este prisma surge como o grande desafio quando em debate a mediação.

Noutras palavras, não basta o impositivo legal. Uma conscientização plena de alteração de paradigmas e do lugar de cada um é pressuposto para se admitir que a mediação ou a conciliação é realmente a solução *adequada* dos conflitos. Acrescente-se que esta mudança de mentalidade envolve também outra questão hoje prevalente na sociedade brasileira, fruto de vários outros aspectos: a cultura da litigiosidade. O processo de retomada da democratização, notadamente após a Constituição de 1988, resultou, dentre outros, no maior acesso à justiça e na conscientização do direito de cidadania, no maior conhecimento dos direitos individuais, induzindo naturalmente o Judiciário a franquear suas portas, facilitando o ingresso do cidadão. Roberto Bacellar acrescenta a esta explosão de litigiosidade o crescente aumento da população:

“A proliferação dos conflitos tem direta relação com o aumento populacional, que é inevitável. Com a tendência universal de ampliação do acesso à justiça, sentida no Brasil, notadamente a partir do advento

da Constituição da República de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, sintomaticamente, houve uma redescoberta da justiça pelo cidadão.” (2003, p. 30)

Ou seja, o mesmo debate em torno do excesso de litígios judicializados passa por uma reflexão em torno da mudança de cultura, de postura e de conduta, sem desconsiderar todos os efeitos positivos trazidos pela redemocratização, para, só assim, se vislumbrar, de fato e plenamente, a solução amigável como a mais justa e a mais adequada, e não apenas a possível¹.

São questões que envolvem tempo e maturação.

Seja como for, a lei está aí, acabada e pronta para ser cumprida – sua efetividade é coisa que o futuro dirá. Enfim, o fato é que o novo normativo processual acena com alteração de paradigmas, priorizando, quase absolutamente, a autocomposição, de forma que os litigantes comunguem com o resultado final do processo, ou mesmo em fase pré-processual, seja por meio da conciliação, seja por meio da mediação. Esta metodologia, na prática, tem como *premissa* apenas o número exorbitante de processos em curso no Poder Judiciário – e como *finalidade* abrandar esta quantidade. Ou seja, a mediação e a conciliação se apresentam e são apresentadas como alternativas para resolver a *explosão de litigiosidade* (Boaventura Santos). Falam em mais de 100 milhões de processos tramitando no Poder Judiciário. Somos cerca de 200 milhões de habitantes: a cada dois brasileiros, um processo. Números que assustam e que nos levam a imaginar o quanto a boa entrega da prestação jurisdicional não fica prejudicada. Princípios caros, como o da celeridade processual e o do tempo razoável do processo, ficam adormecidos nas prateleiras das Varas. Há, pois, que se perquirir sobre as origens e os agravantes da crise que envolve toda a justiça.

Ocorre que, porém, quando a alternativa da pacificação tem como meta somente o objetivo de resolver a crise, desprezando o aspecto da conscientização e da mentalidade receptiva, corre-se o risco de abrandar o problema a curto prazo para com ele se deparar logo adiante – a médio prazo. Afinal, considerando que (i) a análise do fenômeno da explosão de litigiosidade passa por várias vertentes, inclusive culturais, e (ii) que tais vertentes são ignoradas, corre-se o risco de, passado um primeiro momento, os litígios continuam a pipocar desenfreadamente, naufragando com aquilo que parecia resolvido. Em

1 “Quando se trata de solução adequada dos conflitos de interesses, insisto em que o preceito constitucional que assegura o acesso à justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário.” (WATANABE, 2012, p. 5)

pouco tempo, girando a roda e voltando ao mesmo lugar, o mundo jurídico poderá estar novamente a se questionar sobre o excesso de demandas. Cogitar resolver o problema sem passar por uma mudança de mentalidade conduz a uma falsa questão. Alerta Kazuo Watanabe (2012, p. 6):

“Não é porque o Poder Judiciário está sobrecarregado de serviço que tentaremos descobrir formas de aliviar a carga. Tenho um grande receio de que a mediação venha a ser utilizada com esse enfoque e não com o maior, que seria dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade; não se pode pensar nela como uma forma de aliviar a sobrecarga a que o Judiciário está sendo submetido hoje, porque daremos à mediação o mesmo encaminhamento que estamos dando hoje aos Juizados Especiais.”

Observe-se que os Juizados Especiais surgiram como uma opção de acesso rápido, fácil, informal, destinado, preferencialmente, aos mais pobres e às pequenas causas. Esta finalidade, porém, ficou em segundo plano, e os Juizados Especiais foram apresentados e saudados como desafogo para o excesso de demandas – “como forma de solucionar a crise da justiça, e não para facilitar o acesso à justiça pela população mais humilde”, aborda Watanabe (2012, p. 4). Deu no que deu: “uma espécie de ‘INPS’ dos Juizados”. E esta é a realidade atual. Não demorou muito, os problemas voltaram – falta pessoal, falta estrutura, falta orçamento, e a cultura da litigiosidade continua imperando.

O receio de Watanabe tem foco, então, na inversão da lógica que preconcebe a solução consensual – qual seja buscar a redução do número de processos, e não a conscientização acerca do que representa a pacificação. Assim, esta lógica invertida parece ser o fio condutor da novidade processual. Não por outro motivo, os debates sobre mediação, invariavelmente, começam, terminam e giram em torno do possível alívio da carga processual.

A própria Resolução nº 125 do CNJ², apesar de tentar equilibrar os dois pratos da balança, deixa claro, em seus “considerandos”, que a pacificação não é exatamente o objetivo, mas, sim, o efeito em si da conciliação e da mediação, e que, por isso, conduzirá à redução de processos na justiça:

“CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no

2 Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Publicada originalmente 01.12.2010; republicada em 01.03.2011. Finalmente, atualizada em razão do novo CPC, em 11.03.2016 (Emenda n. 02/2016).

DOUTRINA

país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;”

Vê-se que a finalidade, em si, mais que a pacificação, é a diminuição de demandas e recursos.

E, registre-se, ao editar a resolução, o CNJ apenas estava retratando uma visão generalizada de como boa parte do meio judiciário estava enxergando esta questão.

Todavia, a cautela externada por Watanabe faz todo sentido. Antes de ser meramente acadêmica, a premissa da mudança de mentalidade não parece ser mero detalhe, e sua inobservância pode ser decisiva para o êxito da novidade trazida pelo Código de Processo Civil.

Se novidade no atual normativo processual, vimos, em contrapartida, que o tema não implica, exatamente, “novos rumos” ou “novos ventos”. O destaque, dias de hoje, acontece por ele se apresentar como solução espetacular para a crise, numa lógica, vimos também, duvidosa. E por colocar em cena outro aspecto controvertido: a privatização da justiça.

A par da polêmica e dos questionamentos resultantes do novo texto no processo comum, emerge a dúvida sobre a sua aplicação no processo trabalhista.

A primeira palavra foi anunciada pelo próprio TST, ao editar a Instrução Normativa nº 39, em 15.03.2016, frisando, em seu art. 14, que “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)”. Ou seja, de plano, a Corte Superior trabalhista indicou seu entendimento majoritário no sentido de afastar a hipótese de Centros de Mediação/Conciliação como instâncias intermediárias na tentativa de autocomposição dos conflitos, partindo, quiçá, do pressuposto de que a CLT esgota a matéria. Não parece querer dizer o TST que os Núcleos ou Centros de *Conciliação* – prática hoje corriqueira e consagrada em boa parte dos Tribunais Regionais – são inviáveis. Trata-se de práticas de incentivo à conciliação, existentes bem antes da edição do novo CPC, perfeitamente compatíveis com as normas celetistas. A resistência da IN nº 39 se dirige, sim, a Centros de Mediação que compreendam mediadores particulares, remunerados, com objetivos pré-processuais.

Há que se indagar o motivo. Este reside, precisamente, nas particularidades inerentes ao conflito trabalhista, ao conflito capital-trabalho – e não por outro motivo, o Plenário do CNJ deliberou no sentido de adotar normativo

próprio para a Justiça do Trabalho, desmembrado da Resolução nº 125³. Isso se explica com certa obviedade: a natureza da lide trabalhista pressupõe partes desiguais econômica e socialmente, exigindo tratamento desigual, consagrador do princípio tutelar, o da proteção, anunciado nas palavras de Américo Plá Rodrigues como “critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”⁴.

Esta é a pedra de toque na análise que aqui se faz. Como dito alhures, o juiz trabalhista é conciliador por excelência, desde sempre. *Conciliador* é aquele que atua ativamente na condução do possível acordo, que interfere, pondera, avalia sobre os princípios em jogo, a legislação aplicável, considera as condições dos litigantes, pesquisa sobre a possibilidade de fraude ou simulação, propõe e pode, até, rejeitar a homologação do pacto, caso prejudicial ao trabalhador ou ao erário, ou contra a lei. Este é, em regra, o juiz do trabalho, desde muito. Imparcial, como devem ser os juízes, mas jamais neutro, como não são os juízes, notadamente perante o princípio da primazia da realidade – contrato-realidade que ultrapassa os limites do contrato formal de trabalho. Já o *mediador*, nos termos do art. 2º da Lei nº 13.140/2015, a chamada Lei Geral da Mediação – que expressamente e não por mera coincidência exclui a Justiça do Trabalho⁵ –, é terceiro equidistante das partes, induz ao diálogo, busca o consenso, tem compromisso com a confidencialidade, pressupõe a isonomia dos litigantes e almeja a imparcialidade. Age como se neutro fosse e desconsidera qualquer desigualdade entre as partes, seja econômica, social ou cultural. Ao mediador só interessa exclusivamente, ao fim e ao cabo, a realização do acordo.

Nestes termos, a conclusão não pode ser outra: juiz do trabalho não pode – por sua natureza, definição e história – ser mediador. Não nos conflitos individuais⁶.

Até porque, quando se fala em *mediação*, está a se falar, necessariamente, em *mediação pré-processual*, cujo principal efeito é resguardá-la de eventual demanda judicial, possibilidade também consagrada pelo novo normativo

3 Resolução n 125. “Art. 18-B. O CNJ editará resolução específica dispondo sobre a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses da Justiça do Trabalho. (Incluído pela Emenda n 2, de 08.03.16)”

4 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr; Edusp, 1993. p. 28.

5 Lei n 13.140/2015. “Art. 42. (...) Parágrafo único. *A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria*”.

6 No conflito coletivo, ressalvado pela IN n 39/TST, as partes – sindicatos e empregadores – podem ser consideradas em pé de igualdade, pois ausente o requisito da *hipossuficiência* do trabalhador presente na lide individual.

processual. Grandes empresariados, notadamente aqueles que frequentam corredores e estatísticas da Justiça do Trabalho, ambicionam, há muito, um salvo-conduto que permita a quitação geral e ampla, quando da rescisão de contrato individual de trabalho. Chegaram perto disso com a instalação das Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9.958/00), e até mesmo com a antiga redação da Súmula nº 330 do TST – situações hoje refutadas pela própria jurisprudência do TST e, até mesmo, do STF. Agora, envolvido o Judiciário, como um todo, pelo debate em torno do excesso de litigiosidade, como visto alhures, este antigo desejo ganha contornos e concretude por meio da mediação pré-processual, pois conduz exatamente ao mesmo efeito tão cobiçado: o empregado nada mais poderá reclamar judicialmente. Mascara-se o efeito e se externa o problema (litígios demais), prometendo o desafogo das reclamações trabalhista, num enredo de sedução do canto das sereias. É tão ilusório quanto as cantigas ouvidas por Ulisses ao passar pela ilha de Capri. É preciso estar seguro, convicto e amarrado ao mastro para não se envolver, e perceber que, nesta história, há significante e significado. Perceber que a mediação em si, pré-processual, nas lides trabalhistas, resultaria, se adotada, menos que redução de processos, mais na quitação plena dos contratos individuais. Princípio da proteção, garantia de irrenunciabilidade, direitos indisponíveis – todos cairiam por terra.

Márcio Túlio Viana faz interessante analogia entre a função judicante com a racionalidade fordista e a pós-modernidade. Os tempos modernos foram caracterizados pelas certezas, pelos grandes projetos, por relações sólidas e identidades bem definidas – o sujeito era marcado socialmente, fosse burguês, proletário, elite ou lumpesinato. Tempos evolucionistas, de transformação permanente, vista globalmente, tudo ficava rapidamente velho, ultrapassado por novas concepções e inventos. As relações e as representações ficavam envelhecidas “antes de poderem ossificar-se”, previram Marx e Engels, ao preconizarem que “tudo que é sólido se desmancha no ar”. Buscava-se o novo, comparativamente melhor, supunha-se. Tempos das utopias. Na sequência, veio o que se convencionou chamar “pós-modernidade”, quando ocorre a hipervalorização do fragmento, as pessoas já não são vistas ou lidas globalmente, “as paisagens políticas do mundo moderno são fraturadas dessa forma por identificações rivais e deslocantes – advindas, especialmente, da erosão da ‘identidade mestra’ da classe social e da emergência de novas identidades”, anuncia o sociólogo Stuart Hall (2004, p. 21). São os tempos contemporâneos. Tempos distópicos.

Daí Márcio Túlio sustentar que, na modernidade, o Direito do Trabalho, fruto de sua época, embora evoluindo, “embora se mexendo”, era estável, com definições rígidas compatíveis com os conceitos bem estruturados relativos a partidos, famílias, fábricas, Estado, nação, carreiras, produtos, empregos,

valores morais. O juiz seguia os passos seguros de um Direito “inconcluso, progressista, avançando sempre numa mesma direção” (VIANA, 2016, p. 16).

Por sua vez, a fabricação pós-fordista, contemporânea, é feita em lotes pequenos, variados, com metas e terceirizados, fragmentada como a identidade cultural. E o juiz também aparece com o olhar fragmentado, menos holístico e mais apressado. Por isso, tem pressa – assegura Viana: “tem pressa e é pragmático, vive o presente e, portanto, já mais alimenta as tradicionais utopias. Precisa cuidar do seu mundo particular, da sua Vara, batendo metas, mostrando números”. E, como não se fala mais em evolução, mas em novidades que ignoram – sequer negam – a tradição, este juiz do trabalho, ainda na expressão de Viana, tende “a olhar com mais simpatia as mudanças da lei, mesmo as que destoam do caráter progressista do Direito do Trabalho. Aliás, com frequência, a idade tem sido usada pelos meios de comunicação para deslegitimar a própria CLT” (2016, p. 23). O novo jovem ignorando normas rígidas e velhas – indiferente a elas.

Menos atrelado à lei e mais aos ativistas, o juiz do trabalho contemporâneo tende a valorizar, por um lado, os princípios, mais até que o texto positivado. Contudo, por outro lado, esse mesmo ativismo, muitas vezes, tão livre, pode chegar a ponto de inverter valores, o próprio sentido original. Alerta Viana: “No limite, a mesma liberdade de interpretação, conjugada com um olhar enviesado da realidade, pode levá-lo [o juiz trabalhista] a questionar a própria essência – protetora – do Direito do Trabalho, devolvendo-o à sua origem, para reduzi-lo, na prática, a um simples ramo do Direito Civil” (2016, p. 30).

E é exatamente neste cenário que retornamos à questão da mediação na Justiça do Trabalho. Questiona Viana até que ponto a atual ênfase no princípio da liberdade individual – sintoma da pós-modernidade – não terá alguma relação direta com esta hipervalorização do acordo. Acresça-se, ainda, que a cena pós-moderna explica um pouco o olhar estigmatizado dirigido ao Direito do Trabalho tradicional – mais uma vez, indiferente às tradições – como sendo rígido demais, velho demais, protetivo demais, reduzindo-o, ao fim e ao cabo, a *simples ramo do Direito Civil*, submetido, pois, às normas processuais comuns.

Entretanto, não obstante a leitura fragmentada que dias de hoje se faz em torno da identidade do sujeito e que, como tal, pode ser transportada para o próprio Direito do Trabalho (considerando que o *sujeito* é intrínseco ao Direito como um todo), o fato que parece incontestado indica que a velha máxima da exploração do homem pelo homem permanece irrefutável. E essa exploração se dá basicamente na relação capital-trabalho. Se considerarmos esta premissa verdadeira (e não que empregado e empregador entabulam em pé de igualdade), soa como consequên-

cia natural a observância do princípio protetivo, pois inerente à própria relação contratual. Vejamos o que diz o magistrado Luiz de Pinho Pedreira da Silva:

“São ainda hoje atuais estas palavras que Perez Lenero escreveu (...): ‘a tutela sempre terá razão de ser no desnível econômico, que é consubstancial ao contrato. Neste sentido, não se pode falar em transitoriedade’. Assim respondeu à indagação sobre se o princípio de tutela era permanente ou transitório. E ainda são consubstanciais ao contrato de trabalho a subordinação jurídica e a inferioridade cultural do trabalhador, elementos, todos estes, determinantes da proteção. Logo, o Direito do Trabalho, por via do qual esta se concretiza, subsistirá porque a inferioridade dos trabalhadores, que ele tem por missão aliviar com a proteção, existirá sempre no sistema capitalista. (...) A inferioridade dos trabalhadores é consubstancial não só ao contrato como ao próprio sistema capitalista.” (1999, p. 38-39)

Observe-se que, na fala abalizada de Pinho Pedreira, a desigualdade é inerente ao próprio sistema, cabendo ao Direito do Trabalho jogar luzes, evidenciando o desequilíbrio existente, com clarões que lhes são peculiares.

Logo, a leitura, a interpretação e a aplicação de normas e conceitos trabalhistas compreendem, necessariamente, um enfoque social – e nisso se insere o tema da mediação. Trocando em miúdo, a análise deste tema exige um olhar que deve ir além da possível ou suposta redução na quantidade de processos na Justiça do Trabalho, fazendo emergir o outro lado da moeda – qual seja aquele que viola e coloca em xeque a indisponibilidade e a irrenunciabilidade de direitos dos trabalhadores, de direitos sociais, fundamentais, portanto. Na seara trabalhista, enquadrar este debate tendo como embasamento o quantitativo processual equivale a uma *monetarização* em torno de direitos cuja natureza alimentar é inquestionável, reduzindo o enfoque a números, que, a par de sua possível relevância num cenário de metas, são referência pobre e limitadora do ponto de vista do direito social.

Extrai-se da lição de Kazuo Watanabe que há conflitos e conflitos. Há aqueles que merecem a atenção da mediação, como função pacificadora; há outros que se resolvem, como mais justa, pela solução judicial. A mediação é recomendável, principalmente, para os casos de “pessoas que mantêm contato permanente (marido e mulher, dois vizinhos, pessoas que moram no mesmo condomínio), exigem uma técnica de solução como a mediação, em virtude de se buscar nesses conflitos muito mais a pacificação dos conflitantes do que a solução do conflito, porque a técnica de hoje de solução pelo juiz, por meio de sentença, é uma mera técnica de solução de conflitos, e não uma técnica

de pacificação dos conflitantes, ou seja, é um ponto extremamente importante para pensarmos em como instituir melhor a mediação”. São casos em que, se não pacificadas, se não se convencerem de que elas próprias devem buscar uma solução de convivência, isto é, se dependentes da solução judicial, as partes certamente retornarão ao Judiciário outras vezes, conclui o jurista.

Percebe Watanabe que relações continuadas, por sua natureza, exigem a pacificação. Entretanto, *relações continuadas* são o que menos se vê nos foros trabalhistas. Foros rotulados – por vezes, com menosprezo – de “justiça dos desempregados”: os reclamantes, na sua imensa maioria, não acionam empregadores no curso do contrato de trabalho⁷. Se a *pacificação* se apresenta como a mais justa principalmente nas relações permanentes ou continuadas, no Direito do Trabalho, em contrapartida, a *paz social* lhe é intrínseca, ainda que direcionada a relações rompidas. “Sua própria origem – a luta operária – impõe-lhe uma marca. Ao contrário do Direito Civil, que aspira apenas a uma vaga, imprecisa e ambígua ‘paz social’, ele tem um sentido bem concreto, uma ‘teleologia’”, frisa Márcio Tulio Viana, diferenciando o Direito Comum do direito especial que é o Direito do Trabalho – nas suas premissas, nos seus princípios, nos seus atores sociais.

São premissas, princípios e protagonistas que, na essência, afastam a hipótese da mediação, menos ainda a chamada “mediação pré-processual”. Afinal, a pacificação na relação trabalhista, não raro, importa em externar o problema, fazer vir à tona a denúncia, emergir causas e efeitos, como forma de prevenção e medida de cautela para o futuro, para outros casos, para a comunidade social envolvida, alcançando-se, aí sim, a tão ambicionada paz social, a verdadeira pacificação no meio laboral.

A jornalista e escritora Eliane Brum, num precioso texto, conta a história de um trabalhador que ela chama apenas “T”, tomado pelo amianto, de pulmões fracos e carcomidos, incapacitado e com a morte batendo à sua porta. Trabalhou anos numa empresa que sabia, sabia o tempo todo – segundo ele –, que estava matando a todos. “E continuava a nos matar”, denuncia. Ofereceram-lhe dinheiro, numa espécie mal-ajambrada de acordo pré-processual, para não entrar na justiça. Não se falava, à época, em mediação. Indignado, “T” recusou: “Não. Nunca vou assinar. Nem nunca vou fazer acordo. Eles vão ter que reconhecer que nos mataram, a justiça vai obrigá-los a reconhecer o que fizeram com a gente. Eu vou morrer, mas o mundo inteiro vai saber que eles são assassinos”. Blum, então, indaga secamente: “E se não houver justiça?”. A narrativa final é

7 A mesma linha de raciocínio conduz à legitimidade da mediação em sede de conflitos coletivos do trabalho, em regra vinculados a contratos individuais ainda vigentes.

DOCTRINA

da própria jornalista: “Ele voltou a botar os olhos em mim, e agora seu olhar era apenas triste. E sua tristeza me doeu mais do que seu ódio. Abri a boca para fazer qualquer outra pergunta, mesmo que fosse para comentar o tempo, se ia chover ou não, mas ele fez um gesto de cale-se com a mão. E disse: ‘Se não houver justiça, eu não vou morrer como um homem’. Vai morrer como o que?, eu perguntei. ‘Vou morrer como um formiguinha’. Eu não perguntei por que uma formiga. Ele estava além das palavras”. E conclui: “o horror não se deixa dizer” (BLUM, 2015, p. 22-25).

Se prevalente a ideia de que, na Justiça Comum, a solução adequada aos conflitos responde pelo nome de autocomposição mediada, cujo efeito se apresentaria, como regra, muito mais salutar do que a decisão judicial, o mesmo raciocínio não se aplica, absoluta e necessariamente, ao conflito trabalhista individual. A possibilidade de morrer como formiguinha, esmagado pelo grande sistema – o horror –, é real, num cenário contornado pela desigualdade socioeconômica. Muitas vezes, para evitar o esmagamento, inclusive para terceiros, a paz social é alcançada somente pela força judicial. Isso sem prejuízo dos casos em que a via da conciliação judicial (e não mediação pré-processual) se mostra mais interessante – para as partes e, quiçá, para terceiros. Este é o dilema e o desafio postos à mesa do magistrado trabalhista contemporâneo, que pode estar desamarrado de conceitos totalizantes, mas que, pelo simples fato de *ser* um magistrado trabalhista, está necessariamente vinculado a arcabouços e alicerces de um direito que é especial na forma e social na essência – o Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: RT, 2003.

BRUM, Eliane. O ruído. In: *O verso dos trabalhadores*. MPT; Terceiro Novem, 2015.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. São Paulo: DP&A, 2004.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr; Edusp, 1993.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

VIANA, Márcio Túlio. *A função judicante entre a racionalidade taylorista e a pós-modernidade*. Belo Horizonte: RTM, 2016.

WATABANE, Kazuo. *Modalidade de mediação*. Série Cadernos do CEJ, 22. 2012. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

A DECISÃO SURPRESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A SUA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO TRABALHISTA

Júlio Bernardo do Carmo*

1 – JURISDIÇÃO E DECISÃO SURPRESA

A ideia do termo “jurisdição” já implica em certa medida que as partes envolvidas em determinado litígio, uma vez tendo recorrido ao Estado-Juiz para dirimir sua pendência, sejam tratadas com igualdade e com isenção de ânimo, pois é da essência do Estado Democrático de Direito que a jurisdição para alcançar seus principais desideratos, dentre eles a igualdade entre os litigantes (isonomia processual) e a imparcialidade do órgão julgador (equidistância do Estado-Juiz em relação ao dissídio), deve observar em sua estrutura uma série de requisitos rígidos e inafastáveis.

A primeira noção de jurisdição é a de que representa o monopólio estatal de dizer o direito (*juris – dictio*) aplicável aos casos concretos levados à sua apreciação, ocasião em que, ao julgar a lide, o juiz faz incidir a regra de direito objetivo que possa, com ou sem caráter de definitividade, resolver o conflito intersubjetivo de interesses existente entre as partes.

A jurisdição existe porque somente o Estado-Juiz pode, através do processo, resolver os conflitos de interesses existentes entre as partes, autêntico monopólio, já que a lei não autoriza que as partes possam fazer ou alcançar a justiça com as próprias mãos, atitude repudiável que corporifica o delito de exercício arbitrário das próprias razões, ressalvadas as raras exceções legais (legítima defesa, art. 188, I, do CC), o desforço imediato no esbulho (art. 1.210, § 1º, do CC) e a apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, do CC).

Esta ideia que enfatizamos acima de que a jurisdição implica tratamento igualitário, respeitoso e isento quando do exame das pretensões de direito material deduzidas em juízo pelas partes encontra-se explicitamente exposta por Cândido Rangel Dinamarco, quando enfatiza:

* Desembargador e Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

DOCTRINA

“Em todos os povos, mas notadamente no Estado de Direito, é natural que o exercício da jurisdição se submeta a um complexo conjunto de regras jurídicas destinadas ao mesmo tempo a assegurar a efetividade dos resultados (tutela jurisdicional), a permitir a participação dos interessados pelos meios mais racionais e definir e delimitar a atuação dos juízes, impondo-lhes deveres e impedindo-lhes a prática de excessos e abusos.

Essas regras impostas pelo Estado de modo imperativo são regras de direito e vinculam todos os sujeitos do processo.

Elas integram o direito processual, como ramo do ordenamento jurídico nacional.

Observá-las é dar efetividade a um valor muito exaltado no Estado Democrático moderno, que é o devido processo legal, sistema constitucional e legal de disciplina e de limitações do exercício do poder.”¹

Dentre as características da jurisdição, além da substitutividade, da lide e da definitividade, assume importante relevo jurídico para o estudo do presente artigo doutrinário o chamado princípio da inércia (*ne procedat iudex ex officio*) associado que é ao princípio da demanda (ação judicial) e tem o sentido de que a movimentação inicial da jurisdição está entregue à livre-iniciativa das partes, só agindo o Estado-Juiz mediante tal provocação, muito embora a legislação processual civil em um ou outro caso permita que o Juiz aja de ofício.

Assim, o ajuizamento da ação judicial como medida provocadora de jurisdição depende da iniciativa da parte interessada, o que é salutar porque quando o juiz se engalfinha no litígio tomando a iniciativa ele próprio de instaurar a ação, retira-se da parte a oportunidade de avaliar qual seria o melhor momento para acionar o Estado-Juiz; sacrifica-se igualmente a possibilidade de que o conflito social possa ser resolvido por outros meios alternativos e, por fim, compromete-se a própria imparcialidade do magistrado, já que para instaurar de ofício o processo o mesmo naturalmente elabora um juízo prévio de prelibação de mérito, correndo-se o risco de que a balança da justiça possa pender mais para o lado de uma das partes, ou seja, aquela que ostenta a plausibilidade da existência do direito material deduzido em juízo.

Ora, se as partes é que ordinariamente devem tomar a iniciativa de ajuizar a ação judicial, provocando com o processo a manifestação da jurisdição, mostra-se lógico raciocinar que elas tenham durante todo o desdobramento do procedimento a oportunidade de dialogar constantemente com a parte contrária

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. v. I. p. 37.

e até mesmo com o Juiz para que, resguardado seu direito de influenciar no possível resultado da sentença, tenham afinal melhor confiança no resultado que vier a ser impresso à demanda.

Este é o sentido e o alcance dos princípios constitucionais que informam o processo judicial, dentre eles o do contraditório e o do devido processo legal, os quais se cuidadosamente observados pelo Estado-Juiz podem sim evitar a emissão de uma decisão surpresa, também denominada de decisão de terceira via.

2 – DECISÃO SURPRESA-CONTRADITÓRIO-PREVISÃO NO NOVO CPC

Chegamos assim ao ponto nuclear da presente exposição, ou seja, saber como é tratada a decisão surpresa no novo CPC de 2015 e se os dispositivos que a regulamentam tem ou não aplicação subsidiária no processo do trabalho.

O novo Código de Processo Civil consagra a observância obrigatória do princípio constitucional do contraditório, em qualquer grau de jurisdição, em estreita consonância com os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República, embora abra exceções a este princípio, como se deduz do parágrafo único e incisos do seu art. 9º.

Reza o art. 9º do novo CPC de 2015 que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, sendo que o art. 10 bem mais incisivo dispõe, por sua vez que: “o juiz não pode decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade para se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

E o parágrafo único do art. 9º do CPC enuncia que o disposto no *caput* do art. 9º não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, incisos II e III; e III – à decisão prevista no art. 701.

3 – A DECISÃO SURPRESA NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO EUROPEIA

Os artigos marginados serão comentados oportunamente sendo que por ora nos restringimos a mencionar onde o legislador brasileiro foi se inspirar para consagrar em nosso ordenamento jurídico processual civil o princípio da vedação de emissão de decisão surpresa, igualmente conhecida como decisão de terceira via.

A Alemanha e outros países europeus adotam igual procedimento (vedação da decisão surpresa – *Verbot der Überraschungsentscheidungen*), sendo

que na legislação processual tedesca é denominado de *Einwirkungsmöglichkeit*, conforme previsão no art. 278, inciso II, do Zivil Prozess Ordnung – ZPO, isto desde 1976, cuja ideia central é sempre que possível preservar o princípio do contraditório, em sua forma mais moderna (pós-positivista e neoconstitucionalista) de garantir a influência das partes sobre as decisões dos magistrados ou mesmo assegurar-se a possibilidade de que a parte tenha efetivamente uma participação preventiva sobre o diálogo processual.

Este cuidado evita que nulidades processuais sejam arguidas por não se ter oportunizado às partes o direito de manifestação sobre questões de fato ou de direito que sirvam de lastro à sentença de mérito.

Ainda que seja lugar comum afirmar-se que “a Corte conhece o direito” (*Jura novit Curia*), o conhecimento do direito pelo juiz não obsta o diálogo processual das partes, dialeticamente contraposto, cujo desiderato maior é alcançar uma decisão de mérito que tenha como pressuposto processual a efetiva e igualitária participação das partes no processo, sendo ambas tratadas sempre com isonomia e equidistância, assegurando-se que elas possam ostentar durante todo o desdobramento do procedimento a desejada paridade de armas.

Similarmente, a ZPO alemã prevê, no parágrafo 139, “que o órgão jurisdicional somente pode decidir sobre alguma questão quando as partes tenham tido oportunidade de se manifestar em relação à mesma” (ZPO, 139, 2º: “[...] *wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat*).

Igual postura adota a legislação processual civil italiana, na qual se pode destacar o artigo 183 daquele diploma adjetivo que confere ao juiz o poder-dever de indicar às partes as questões examináveis de ofício que poderiam ser abordadas em caráter preliminar e às vezes até com prejuízo do exame de mérito da pretensão de direito material deduzida em juízo.

Adotam a mesma teleologia as legislações processuais civis de Áustria², França³ e Portugal, tudo transparecendo que nosso legislador foi inspirar-se no modelo processual deste ultimo país.

Como a inspiração do princípio da não decisão surpresa é mesmo oriunda do Código de Processo Civil português, estando contido no bojo do princípio

2 Art. 182 da legislação processual civil: “O juiz deve discutir com as partes as suas alegações de fato e de direito, evitando emitir decisão surpresa, que seja fruto de seu conhecimento isolado (sentença solitária) não submetido ao prévio conhecimento dos atores do processo”.

3 Nouveau Code de Procédure Civile: “Art. 16. Le juge doit, en toutes circonstances faire observer lui-même sur les moyens de droit qui’il a relevés d’office sans avoir au préalable invite les parties à presenter leus observations”.

do contraditório ali igualmente previsto, mostra-se oportuno trazer à baila interessante estudo jurídico sobre a forma de seu regramento naquele país.

O eminente jurista lusitano Rui Moreira, integrante do Tribunal de Relação do Porto, em seu formidável estudo doutrinário *Os Princípios Estruturantes do Processo Civil Português e o Projeto de uma Nova Reforma do Processo Civil*⁴, esclarece que tradicionalmente princípios de natureza absoluta e incontornavelmente estruturantes encontram-se profundamente enraizados no regime processual civil português, sendo que cinco deles eram tidos como essenciais: dispositivo, contraditório, legalidade, tutela provisória de aparência e submissão aos limites substantivos.

Ao abordar o princípio do contraditório, que tudo tem a ver com o veto dirigido ao juiz de emitir “decisão surpresa”, também conhecida como decisão de terceira via, assim se manifesta Rui Moreira: “O princípio do contraditório acaba por ser uma emanção de um outro sempre referido, o da igualdade das partes”.

Segundo o princípio do contraditório, nenhuma decisão deve ser proferida sobre um pedido ou um argumento de uma das partes sem se facultar à outra a oportunidade de se pronunciar sobre esse pedido ou sobre esse argumento.

Com efeito, se perante o julgador ambas as partes estão em igualdade, ambas devem ter idêntica oportunidade de expor as suas razões, além de que a melhor fiscalização da atividade de uma das partes é a sujeição à pronúncia da parte contrária, tudo resultando em favor da procura de uma decisão mais justa.

Logo a seguir enfatiza que os artigos 3.º e 3.º-A do Código de Processo Civil português prescreveu com clareza solar os termos destes princípios, do contraditório e da igualdade.

“Artigo 3.º (...)

I – O Tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

II – Só nos casos excepcionais previstos em lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida;

III – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso

4 Artigo doutrinário disponível no *site* do Tribunal de Relação do Porto. Disponível em: <www.trp.pt>.

DOCTRINA

de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a oportunidade de sobre elas se pronunciarem;

IV – Às exceções deduzidas no ultimo articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência preliminar ou não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

Artigo 3.º-A (Igualdade das partes). O Tribunal deve assegurar ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso dos meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.”

E ainda, com esmerada proficiência, preleciona Rui Moreira que “o princípio do contraditório é, em todos os ramos do direito processual, um elemento absolutamente estruturante das ferramentas processuais disponibilizadas pela ordem jurídica”.

A sua exclusão é sempre excepcional, apenas se verificando quando a audição da parte contrária ponha em causa o efeito útil da atividade judicial, seja pela necessária delonga do processo decisório, seja pela possibilidade que dela resulta para a parte contrária se eximir ao efeito da decisão (v.g., dilapidação de bens pelo devedor e arresto concessível *inaudita altera parte*), seja a título de sanção pela indiciação de comportamento censurável (cf. art. 394-A que permite a restituição de posse sem audiência do esbulhador), como típica sanção pelo esbulho.

Tal princípio tem uma incidência concreta, relativamente a toda e qualquer questão suscitada no processo, e não apenas um caráter genérico, por referência ao processo na sua globalidade.

Uma das situações em que é expressamente salientado é no art. 207, a propósito do conhecimento de nulidades que possam ser deferidas.

Uma outra situação de igual relevância advém da produção de provas sem audiência contraditória da parte a quem deva ser oposta.

Por sua vez a regra constante do art. 704, quanto ao não conhecimento do objeto do recurso, é ainda outro momento importante da afirmação do princípio do contraditório, já que ao não conhecimento do objeto do recurso deve anteceder a bilateralidade da audiência, atento à influência que as partes podem exercer no conteúdo de uma decisão mais justa e mais prontamente aceitável.

E como corolário do contraditório, enfatiza finalmente Rui Moreira, deve ser considerada ainda como emanção desse princípio salutar a regra da

proibição de decisão surpresa, contida no corpo do art. 3º, n. III, do Código de Processo Civil português, já transcrito acima”⁵.

4 – O VETO À DECISÃO SURPRESA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Vejam agora de onde decorre, em nosso sistema processual brasileiro, o veto a uma decisão de terceira via.

O fundamento constitucional que veda a decisão surpresa está prescrito no art. 5º, no qual se estatui que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O item LVI do art. 5º do texto constitucional igualmente estipula que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

E no mesmo diapasão vem vazado o art. 5º, item LV, da *Lex Legum*, no qual se estatui que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Colhe-se dos dispositivos constitucionais supratranscritos de forma bem explícita que o contraditório possui estreita vinculação com a garantia da não surpresa agora prevista de forma patente nos arts. 7º, 9º e 10 do novo CPC de 2015, devendo o juiz provocar no âmbito do processo e de seus procedimentos o debate acerca das questões de fato e de direito postas em juízo, mesmo que a lei processual civil o autorize a conhecer oficiosamente da matéria que venha a ser, fundamentadamente, acolhida na decisão final, com ou sem resolução de mérito.

A tônica do veto à decisão surpresa baralha-se de forma contundente com o princípio do contraditório impondo ao juiz, na condução do processo, o dever inafastável de auscultar as partes em toda e qualquer questão que possa influenciar na composição da decisão final, exatamente para que as partes, em constante diálogo, tenham a oportunidade de oferecer elementos que venham a influenciar a decisão do magistrado.

Atento a este entrelaçamento (surpresa-contraditório), o eminente processualista Nelson Nery Junior dispõe com bastante propriedade que:

5 *Op cit. site* do Tribunal de Relação do Porto-Portugal.

DOUTRINA

“a proibição de haver a decisão surpresa no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser definidos por lei, seja a requerimento da parte, do Ministério Público ou até mesmo *ex officio*.”⁶

Isso se explica facilmente.

Sendo a sentença um produto do processo interpretativo-aplicativo do direito objetivo, via de regra haurida dos fatos apresentados pelas partes ao conhecimento do juízo, nada mais óbvio de que ela deva ser dimensionada a partir da necessária participação das partes, devendo a decisão judicial moldar seu fundamento jurídico dentro dos contornos fático-jurídicos delineados pelo constante debate processual, evitando-se quaisquer surpresas ou mesmo qualquer afastamento da regra informativa do contraditório, a não ser que taxativamente excepcionada pela legislação processual.

Ou seja, veda-se com tais premissas venha o juiz a proferir uma decisão de terceira via, sempre suscetível de ser contestada e anulada, o que nada contribuiria para o princípio republicano da razoável duração do processo.

Tudo isso é muito lógico porque a manifestação mais rudimentar do princípio do contraditório é alcançada através da observância rígida do binômio informação-reação, sendo por isso que, na moderna concepção do processo civil, haurido na seiva do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo (art. 1º do novo CPC), só se pode concluir tenha sido observado com rigor o princípio do contraditório se e quando seja propiciado às partes a participação real e efetiva na formação dos atos preparatórios da decisão judicial, seja extintiva ou resolutiva.

5 – A DECISÃO SURPRESA NA VISÃO DA DOUTRINA

Algumas lições doutrinárias tornam-se necessárias para uma melhor compreensão do novo viés neoconstitucionalista do princípio do contraditório, que supera a ultrapassada visão de seu conceito como mera garantia formal de bilateralidade de audiência.

O ilustre jurista Dierle José Coelho Nunes, com extrema propriedade, enfatiza que

6 NERY Jr., Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. São Paulo: RT. p. 213.

“há muito tempo a doutrina percebeu que o contraditório não pode ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Tal concepção significa que não pode mais se acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando-se a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.”⁷

O professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, em citação feliz, forneceu-nos uma noção teórica exata do princípio do contraditório como possibilidade constitucional que as partes ostentam no processo de influenciarem na decisão do juiz e ao mesmo tempo nos brinda com um exemplo prático envolvendo uma questão de direito (*quaestio juris*) que pode redundar em uma indesejável decisão surpresa ou de terceira via.

No plano teórico, enfatiza o ilustre professor que

“o contraditório, princípio componente do devido processo legal, na atualidade, não mais pode ser entendido na concepção restritiva de ciência bilateral e contraditoriedade aos atos e termos do processo.

Seu alcance técnico-científico é bem maior, devendo-se compreendê-lo como garantia fundamental das partes de participação e manifestação efetivas em todos os atos e fases do procedimento, sem exceções de quaisquer espécies, possibilitando-lhes influírem na geração de um pronunciamento decisório favorável aos seus interesses.

Somente assim, ter-se-á decisão gerada democraticamente pela participação dos sujeitos do processo (partes contraditoras e juiz), com a implementação técnica dos direitos e garantias constitucionais ostentados pelas partes.”⁸

Quanto ao exemplo prático de decisão surpresa, o Professor Brêtas faz a seguinte consideração:

7 NUNES, Dierle José Coelho. Disponível em: <www.academia.edu>.

8 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Primeira proposta de modificação no texto PL 8.046/2010, novo CPC, encaminhado ao Deputado Federal Paulo Abi Ackel (PSDB-MG), Belo Horizonte, 19.09.2011.

DOUTRINA

“Considere-se que o autor ajuíze a ação, dando início ao processo, sustentando na petição inicial como fundamento jurídico de seu pedido a incidência das normas do Código Civil de 1916.

O réu, por sua vez, na contestação, resiste à pretensão e como fundamento da defesa, embora reconhecendo os fatos narrados pelo autor, defende a tese jurídica de que aplicável é o Código Civil de 2002.

Na fase decisória, conclusos os autos, após as partes apresentarem suas razões finais, entende o juiz-diretor do processo que o caso concreto, ao contrário das teses jurídicas alinhadas pelo autor e pelo réu, receberá solução adequada pela aplicação das normas do Código de Defesa e de Proteção do Consumidor.

Pois bem, aqui no Brasil, na prática do foro, é o que observamos em nossa atividade profissional, pois o juiz lavra decisão surpresa apoiada nas normas do Código de Defesa do Consumidor, sem permitir às partes a possibilidade de prévia manifestação a respeito da questão jurídica objeto de pretensão das partes.

Evidentemente em tal situação estará sendo violado o contraditório, em concepção científica atualizada, pois as partes destinatárias da sentença, que suportarão os seus efeitos, não tiveram a oportunidade de influir no convencimento do juiz, quanto às normas de direito por ele consideradas adequadas à solução decisória do caso levado ao bojo do processo.”⁹

E vem à baila esta formidável passagem da doutrina que bem expressa o moderno conteúdo do princípio do contraditório:

“O novo CPC traz como grande premissa a ideia de que se tem um sistema processual que é participativo e cooperativo.

Isso quer dizer que ao invés de se pensar no projeto do novo Código como o Código dos Juizes, ou como o Código das Partes, como costumeiramente ele vai ser chamado, o Código de Processo Civil de 2015 é um Código de Todos, porque de um lado otimiza aspectos da função do juiz e ao lado disso ele também otimiza o papel que as partes podem desempenhar.”

Assim, o art. 10 do novo CPC trabalha com o “quadrinômio estrutural do contraditório”.

9 *Op. cit.*

Isto porque reúne em seu conjunto os elementos dialéticos: informação, reação, diálogo e componente diferenciador do trinômio estrutural que seria a influência.

Destaca-se a importância do contraditório como influência ou mesmo como elemento normativo estruturador de participação.

Por fim, o art. 10 do novo CPC permite a implantação do policentrismo processual, como afastador de qualquer concepção de protagonismo ou de estruturador do modelo processual de processo constitucional, demonstrando de forma efetiva que para a construção do Estado Democrático de Direito o único processo cabível é o processo constitucional, vez ter ele o papel de promover a participação dos interessados, naquele viés de influenciarem decisivamente na convicção que vier a ser tomada pelo juiz.

Em suma: o art. 10 do novo CPC comporta uma análise sob a ótica do processo constitucional, visualizando o contraditório como influência e não surpresa, priorizando-se um policentrismo processual nutrido cientificamente por um sistema participativo e cooperativo¹⁰.

6 – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS EXCEÇÕES LEGAIS PREVISTAS NO NOVO CPC AO VETO DA DECISÃO SURPRESA

Vamos agora recapitular os artigos do novo CPC que consagram o veto à decisão surpresa e ato contínuo fornecer a fundamentação adequada às exceções legais ao princípio constitucional do contraditório, conforme foi prometido alhures.

Estatui o art. 7º do novo CPC que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

No art. 10 do novo CPC enfatiza-se que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

E a completar este arcabouço de louvor ao princípio do contraditório temos o *caput* do art. 9º do novo CPC a estatuir que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

10 ALVES, Isabela Fonseca; SOUZA, Daniela Moreira de. O artigo 10 do novo CPC: o contraditório como influência e não surpresa. *Jus Navigandi*. Disponível em: <[www.https.jus.com.br](https://www.jus.com.br)>.

DOCTRINA

Finalmente o parágrafo único do art. 9º do novo CPC explicita os casos em que o princípio do contraditório pode ser afastado, por um princípio de conveniência que procura atender ao sucesso do pedido posto em juízo, seja com o propósito de evitar manobras fraudulentas da parte contrária que poderia frustrar o objetivo jurisdicional, seja porque o direito vindicado em juízo é tão evidente e cristalino que dispensa qualquer participação em contraditório do demandado.

Enfatiza assim o novo CPC no parágrafo único do art. 9º que será afastado o princípio do contraditório, atuando o juiz livremente *inaudita altera parte* nos casos de: I – tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, incisos II e III; e III – à decisão prevista no art. 701.

Os incisos supramencionados justificariam nos casos legalmente previstos a carta branca outorgada ao magistrado para afastar a observância do princípio do contraditório.

Devemos observar a título introdutório que o novo Código de Processo Civil eliminou os procedimentos cautelares nominados ou específicos, sem descurar, todavia, de colocar instrumentos processuais à disposição das partes, sejam de natureza cautelar ou satisfativa, para assegurar proteção às tutelas urgentes.

Como no direito processual civil moderno o magistrado tem ampla liberdade de conceder a tutela que melhor atenda à situação concreta, seja em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único, c/c os arts. 294 e 301 do CPC de 2015), mostra-se curial que em determinadas situações a prévia audiência do requerido pode frustrar o sucesso da concessão da medida de urgência pleiteada, sendo este, a meu ver, o motivo das exceções ao princípio do contraditório previstas no parágrafo único do art. 9º do novo CPC, contribuindo igualmente para dispensar a observância de tal princípio aquelas situações em que o direito mencionado pelo autor é de evidência tão manifesta que já comporta *initio litis* uma tutela satisfativa, como será visto ao longo desta abordagem.

A nomeação de algumas tutelas de urgência feita no art. 301 do novo CPC torna mais fácil exemplificar nessas circunstâncias a ausência de observância do princípio do contraditório.

No arresto ou no sequestro, principalmente quando a intenção aleivosa do requerido é dilapidar ou ocultar seu patrimônio, resta evidente não ser de bom alvitre a oitiva prévia do demandado porque, já imbuído do espírito de frustrar toda e qualquer medida que objetive onerar os bens integrantes de seu patrimônio, é bem provável que previamente cientificado do pedido de tutela

de urgência postulado pelo autor, venha adotar às carreiras alguma medida que possa criar sério embaraço ao sucesso da atividade jurisdicional.

Igual desdobramento fático passível de frustrar a tutela de urgência pode também ser previsível tanto no arrolamento de bens como no registro de protesto contra alienação de bens (móveis ou imóveis), daí porque não se mostra plausível observar em sua plenitude o princípio do contraditório, com a prévia audiência do requerido, podendo nesses casos ser feita a oitiva em momento processual mais oportuno, em típico contraditório diferido, após serem tomadas em caráter liminar e *inaudita altera parte* as medidas judiciais cabíveis que efetivamente protejam e tornem futuramente efetivas as tutelas de urgência pleiteadas pelo autor.

Na tutela de evidência prevista no art. 311 do novo CPC, tal como a de urgência, exige-se igualmente a plausibilidade do direito invocado, mas prescindem as mesmas como requisito intrínseco de sua concessão, a demonstração *primo ictu oculi* seja do perigo de dano ou de risco ao resultado do processo.

Esta maior condescendência na maleabilidade dos requisitos concessivos da tutela de evidência explica-se porque o direito da parte requerente é tão óbvio que pode e deve ser prontamente reconhecido pelo juiz.

O art. 9º, parágrafo único, item II, dispensa a oitiva do demandado na concessão de tutela de evidência que se amolde nos incisos II e III do art. 311, ou seja, quando as alegações de fato expostas na exordial puderem ser comprovadas pelas documentalmente e houver tese jurídica (*ratio decidendi*) firmada em julgamento de casos repetitivos ou mesmo entendimento consagrado em súmula vinculante do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Uma ressalva deve ser feita para deixar bem explícito que os requisitos postos no inciso II do art. 311 do novo CPC são necessariamente cumulativos e não alternativos, de molde que pela redação do dispositivo marginado torna-se fácil concluir que não basta haver direito estribado apenas por documentação, já que, além da prova documental que torne plausível a existência do direito invocado em juízo, será preciso ainda que a tese jurídica estampada no processado já tenha passado pelo crivo da discussão em casos repetitivos, ancorando-se em tese jurídica (*ratio decidendi*) estandardizada ou ainda que já esteja incorporada em verbete de súmula vinculante.

A razão da exclusão do contraditório nesta passagem é óbvia, sendo mais do que razoável excluir-se a prévia manifestação do requerido, porque por mais criativa que seja a tese jurídica sustentável em sua oposição, não terá como invalidar o direito confessado em documento ou já reconhecido

em caráter definitivo nas instâncias superiores (*ratio decidendi*) já tomado e estratificado no incidente de decisões repetitivas ou no teor do verbete de uma súmula vinculante.

A outra exceção ao princípio do contraditório está estampada no inciso III do art. 311 do novo CPC, quando a concessão da tutela de evidência *inaudita altera parte* tiver como justificativa tratar-se de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada e comprobatória da existência de um contrato de depósito entre as partes, situação em que será decretada de imediato e *inaudita altera parte* a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Nesta última situação, o motivo excludor do princípio do contraditório salta aos olhos, já que ao formular o pedido de tutela de evidência o requerente anexa com a exordial um documento que comprova não só a existência de um contrato de depósito, como igualmente a manifesta inadimplência do demandado em restituir o objeto do depósito, em típica atitude desrespeitosa do direito e da boa-fé contratual, motivo pelo qual, dispensado o contraditório, o requerido será citado para em dia e hora aprazados judicialmente proceder à entrega do objeto custodiado, implicando seu retardamento em imposição de multa cominatória.

A última exceção à observância do princípio do contraditório está prevista no parágrafo único, inciso III, do art. 9º do novo CPC.

Reza o dispositivo supramencionado que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, não se aplicando esta exigência à decisão prevista no art. 701 do novo CPC.

No capítulo XI, o novo CPC regulamenta a ação monitória, em seus arts. 700 *usque* 702, sendo que no *caput* do art. 700 do novo CPC se estatui que a ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter o direito de exigir do devedor capaz seja o pagamento de quantia certa em dinheiro; a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel ou o adimplemento de uma obrigação de fazer ou não fazer.

Logo depois vem exposta a exceção ao princípio do contraditório.

Geralmente no bojo da ação monitória o direito discutido é de natureza controvertida, como, aliás, vem previsto no § 5º do art. 700, no qual se estatui que, havendo dúvida quanto à idoneidade de prova documental apresentada pelo autor, o juiz intimá-lo-á para, querendo, emendar a inicial, adaptando-a ao procedimento comum.

Assim, enquanto for controverso o direito discutido na ação monitória, o procedimento para a ulterior formação do título executivo eficaz deve seguir rigorosamente o princípio do contraditório, permitindo-se o amplo diálogo entre as partes e o juiz para se atingir uma decisão justa e escoreita.

O art. 701 prevê típica exceção a esta natureza controvertida do direito de crédito discutido na ação monitória, porque ali se diz com evidente propriedade que “sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega da coisa ou para a execução de obrigação de fazer ou não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para cumprimento e o pagamento dos honorários advocatícios de 5% (cinco) por cento do valor atribuído à causa”.

Neste contexto a evidência do direito do autor dispensa a oitiva prévia do réu, porque desde a origem, ou seja, desde a propositura da ação monitória, já milita em seu favor uma presunção irrefragável de existência de um documento que tem verdadeira força de título executivo, o que torna desnecessário o procedimento mais dilatado da ação monitória que contempla a bilateralidade e a dialeticidade, isto porque a evidência do direito vindicado pelo autor já autoriza *initio litis* a emissão de ordem judicial para o cumprimento do pedido deduzido em juízo, com expedição imediata do respectivo mandado.

A reforçar a cristalinidade do direito do autor temos o comando do § 2º do art. 701 do novo CPC, no qual a evidência ganha ares de definitividade, eis que não realizando o devedor o pagamento e não apresentando embargos (art. 702), constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade.

Assim, nos casos previstos no parágrafo único do art. 9º, incisos I, II e III, pelos motivos acima delineados, dispensa-se a observância do princípio do contraditório sem que com isso venha a lume qualquer decisão surpresa.

7 – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO TRABALHISTA DA DECISÃO SURPRESA PREVISTA NO NOVO CPC

Chegou o momento de analisar se cabe ou não a aplicação subsidiária ao processo do trabalho da decisão surpresa prevista nos arts. 9º e 10 do novo CPC de 2015.

A resposta a esta indagação, em que pese já pudesse ser facilmente inferida como afirmativa, pois inerente ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, sendo os princípios do processo constitucional inafastáveis da teoria geral do processo, acabou sendo muito facilitada pela edição da Ins-

trução Normativa nº 39 (Resolução nº 203, de 15.03.2016) do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

De fato, a instrução normativa epigrafada dispõe sobre as normas do CPC de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, o que é feito de forma não exaustiva, procedimento mais do que razoável, já que somente a singularidade dos casos concretos é que orientará o magistrado e operador do direito nessa tarefa de natureza hermenêutica.

Alguns doutrinadores criticam com veemência a edição da Instrução Normativa nº 39/TST, ao argumento simplista de que a mesma interfere na liberdade do magistrado, tolhendo-lhe a função hermenêutica ao impor-lhe uma camisa de força que o impede de proceder com desenvoltura ao exercício do direito de subsunção, ou, mais apropriadamente, o direito que o mesmo ostenta de escolher a regra de direito que melhor se amolda ao caso concreto, como se a *fattispecie* pudesse ser moldada com total abstração do substrato fático que a orienta (*ex facto ius oritur*), em uma açodada regulamentação subsuntiva-interpretativa em que o direito se antecedesse aos fatos (*ex ius facto oritur*).

Entendo, malgrado tal crítica, que a atitude adotada pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho foi louvável porque procura orientar o magistrado a respeito das normas do novo CPC que poderiam ser transplantadas para o processo do trabalho sem que com isso venha a comprometer-se o arcabouço axiológico dos princípios estruturantes que o informam.

O excesso de liberdade interpretativa do magistrado nesta seara poderia, em tese, abalar os alicerces informadores do sistema processual trabalhista, comprometendo sua celeridade, informalidade, concentração e atributos outros que tornam mais efetiva a concessão de uma tutela jurisdicional amparadora de pretensões materiais revestidas de estrita índole alimentar.

A iniciativa do colendo Tribunal Superior do Trabalho pode ser comparada com uma intervenção cirúrgica cujo primacial escopo é evitar se imprima ao corpo humano indesejável aleijão.

O intuito nobre da intervenção preventiva do colendo TST está bem explicitada nas diversas considerações introdutórias da referida instrução normativa, destacando-se dentre elas que o escopo basilar da iniciativa foi pontualmente identificar apenas questões polêmicas e algumas questões inovatórias relevantes com o intuito salutar de aferir aprioristicamente a compatibilidade ou não de aplicação subsidiária ou supletiva ao processo do trabalho de normas específicas do novo CPC, tudo com o elevado propósito de conferir segurança jurídica aos jurisdicionados e aos órgãos da Justiça do Trabalho, bem como ainda com

o escopo de prevenir nulidades processuais com detrimtoso sacrifício da desejável celeridade.

Dito isso, entreve-se de forma evidente na Instrução Normativa nº 39/TST que o princípio do contraditório com o veto que lhe é inerente, de emissão de uma decisão surpresa ou de terceira via foi agasalhado como princípio estruturante e informador do processo trabalhista, no qual tem irrestrita aplicação subsidiária, feita a observação crucial, todavia, de que também são transportadas para o processo trabalhista as exceções que o novo CPC elenca para afastar em determinadas situações a observância irrestrita do contraditório, naqueles casos legalmente previstos em que é inócua sua observância ou mesmo sua preservação pode servir de instrumento gerador de fraude processual pela parte adversa, evitando-se assim seja frustrado o esperado e salutar efeito jurídico que se espera da medida judicial.

Nesse sentido, de forma incisiva, a IN nº 39/TST explicita com clareza solar 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. 322, *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 do indeferimento liminar da petição inicial (CPC, art. 330)”.

As exceções previstas no novo CPC ao binômio contraditório-decisão surpresa, além de outras exceções que podem ser aferidas sejam dos pressupostos processuais ou das condições da ação, ou mesmo dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos que informam o juízo de admissibilidade de recursos, tem como principal desiderato combinar o princípio da dialeticidade com os altaneiros princípios que informam o processo do trabalho, dentre eles os da celeridade, da oralidade e da concentração dos atos processuais, jamais podendo ser perdido de vista que o sistema processual trabalhista pelas suas especificidades e pela natureza alimentar das pretensões nele arguidas, foi sim concebido, preordenado e estruturado para garantir às partes a outorga expedita, efetiva e imposterável da tutela jurisdicional.

A adoção do princípio do contraditório e do veto à decisão surpresa ou de terceira via, com seus temperos legais (em que se impõe uma interpretação com um grão de sal), está consagrada no art. 4º e parágrafos da IN nº 39/TST, com o seguinte teor:

DOCTRINA

“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.”

Como se vê da transcrição *supra*, a IN nº 39/TST, além daquelas exceções legais à observância do princípio do contraditório elencadas no parágrafo único do art. 9º do novo CPC de 2015, elenca igualmente outras hipóteses em que a ausência de prévia oitiva da parte contrária não caracterizaria a chamada decisão surpresa, desde que estas estejam atreladas às condições da ação, aos pressupostos processuais e aos requisitos de admissibilidade de recursos, o que é bastante lógico.

Sob esta ótica, não pode alegar decisão surpresa a parte que aduz pretensão contrária ou não prevista no direito positivo (impossibilidade jurídica), ou que não ostente legitimidade ativa ou passiva para figurar na demanda trabalhista ou que venha a deduzir pretensão de direito material quando ainda não configurado inteiramente o seu direito público subjetivo de ação trabalhista.

Exemplo da primeira situação jurídica supraexposta pode ser mencionado quando o reclamante, tendo trabalhado para empresa terceirizada, vem pedir o reconhecimento de vínculo de emprego com o ente público que se valeu da prestação de seus serviços (art. 37 da CF).

Da segunda situação jurídica cite-se o exemplo da concubina que vem acionar a Justiça do Trabalho para receber como suposta dependente do amante direito de natureza previdenciária, sendo este último casado e tendo dependentes devidamente registrados na Previdência Social.

A legitimação para a ação trabalhista nesta situação é da esposa, afastando-se da concubina a legitimação para a causa.

Da terceira situação jurídica cite-se o empregador que ajuíza inquérito judicial para apuração de falta grave para obter decisão judicial que autorize a dispensa de empregado não amparado pela estabilidade sindical.

Ora, não sendo o trabalhador titular de direito à estabilidade sindical, sua dispensa, motivada ou não, consubstancia direito potestativo do empregador, não precisando este acionar a Justiça para obter a rescisão do contrato de trabalho, podendo fazê-lo *sponte sua*.

Quanto aos pressupostos processuais subjetivos, a doutrina cita a investidura, a imparcialidade, a competência, a capacidade de ser parte, de estar em juízo e a postulatória.

Dos pressupostos acima delineados, alguns deles podem desaguar na sumária extinção do processo sem resolução de mérito, outros nem tanto.

No que pertine à investidura, cite-se o exemplo de ser postulado perante Juízo Arbitral direitos trabalhistas indisponíveis, situação em que aquele Juízo alternativo não ostenta jurisdição para emitir sentença trabalhista que atenda à pretensão de direito material do trabalhador.

A imparcialidade também não ostenta apanágio para a extinção *initio litis* do processo trabalhista, sendo que sua existência pode acarretar a nulidade do julgado, mesmo após o trânsito em julgado da sentença trabalhista, já que a nulidade absoluta é imposterável e pode ser igualmente suscitada no bojo de uma ação rescisória.

A competência nem sempre pode induzir a sumária extinção do feito trabalhista, já que o juízo incompetente pode remeter o processo para a Justiça que ostente a jurisdição adequada para a pretensão de direito material deduzida em juízo, ressalvados os casos em que os direitos postulados não guardem pertinência postulatória perante a jurisdição para a qual se poderia declinar.

A capacidade de ser parte, de estar em juízo e a postulatória conjunam-se com aquelas situações processuais em que são desatendidas as condições da ação e por isso merecem o mesmo tratamento, pois não atendidos tais requisitos ou não sanadas as irregularidades detectadas em juízo, pode sim haver a sumária extinção do feito trabalhista, sem consumir-se a temida decisão surpresa.

Quanto aos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, não se pode alegar decisão surpresa se o juiz não recebe o recurso por ser deserto (falta de depósito recursal), intempestivo (interposto fora do prazo legal) ou que não atenda às regularidades formais previstas na legislação processual,

e.g., o agravo de instrumento interposto sem o traslado das peças processuais indispensáveis ao seu conhecimento.

A Lei nº 13.015/2014, ao alterar a sistemática recursal trabalhista, suaviza a situação do recorrente em hipótese em que o recurso é interposto sem o prévio recolhimento do depósito recursal, sendo mesmo assim desconsiderada a deserção, sob pena de decisão surpresa.

De fato, o § 8º do art. 899 da CLT (com a redação imprimida pela Lei nº 13.015/2014) dispõe que “quando o Agravo de Instrumento tem a finalidade de destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito recursal previsto no § 7º deste artigo”.

A outra condescendência com o recorrente dá-se quando, sendo tempestivo o recurso, alguma irregularidade poderia em tese prejudicar o seu conhecimento.

Neste diapasão, o § 11 do art. 896 da CLT que “quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Tribunal Superior do Trabalho poderá desconsiderar o vício ou mandar saná-lo, julgando o mérito”.

Caso típico da situação jurídica suprarretatada pode ocorrer quando o recurso desavisadamente não vier acompanhado do instrumento de mandato, ou o causídico que o interpôs ainda não tiver sido constituído nos autos e nem atuado tacitamente, singularidade que na sistemática jurisprudencial anterior à Lei nº 13.015/2014 importava o não conhecimento do recurso, já que a jurisprudência estratificada do colendo TST era no sentido de que a irregularidade de representação não podia ser sanada em grau de recurso.

A nova orientação da Lei nº 13.015/2014 importa em que o relator poderá determinar que a irregularidade seja sanada, juntando-se o instrumento de mandato, dando azo assim ao exame de mérito do apelo interposto.

Importante observar que o novo CPC retirou dentre as condições da ação a chamada impossibilidade jurídica do pedido, que corporifica agora decisão de mérito, desafiando a improcedência da ação proposta.

8 – DECISÃO SURPRESA NO BOJO DA LEI Nº 13.015/2014, QUE ALTEROU A SISTEMÁTICA RECURSAL TRABALHISTA

Questão interessante é saber se a Lei nº 13.015/2014, que alterou a sistemática recursal trabalhista e instituiu o detalhamento do incidente de

DOUTRINA

uniformização de jurisprudência, além de ter transportado para o processo trabalhista o incidente de recursos repetitivos, pode ou não ser interpretada à luz dos arts. 9º e 10 do novo CPC, quando vedam a emissão pelo juiz de uma decisão surpresa, solitária ou de terceira via

Referida Lei nº 13.015/2014 determina ao ministro-relator do recurso de revista, ou mesmo ao presidente do Tribunal Regional do Trabalho quando emite juízo de admissibilidade sobre a admissão ou trancamento do recurso de revista, que havendo divergência de entendimento jurisprudencial no âmbito das Turmas dos Regionais, sobre uma mesma questão de fato ou de direito, que, em vez de dar processamento ao recurso de revista, devolva os autos ao Tribunal Trabalhista *a quo* para que ele necessariamente uniformize sua jurisprudência interna, seja através de súmula (quórum qualificado) ou através de tese jurídica prevalecente (quórum simples).

O presidente do Tribunal, ou a quem for delegada a atribuição de aferir o juízo de admissibilidade da revista, simplesmente suspenderá o curso do processamento do recurso extraordinário até que o Tribunal uniformize sua jurisprudência interna.

Se a súmula ou a tese jurídica prevalecente adotada pelo Regional Trabalhista estiver em sintonia com o entendimento do colendo TST sobre a mesma matéria, ficará prejudicado o processamento do recurso de revista no aspecto ventilado, muito embora possa e deva ser processado quanto a outros aspectos jurídicos que não destoem da jurisprudência interna do Tribunal Trabalhista.

À medida que os temas jurisprudenciais controvertidos forem sendo pacificados no âmbito dos Tribunais Trabalhistas, as partes já saberão de antemão qual é o posicionamento do Tribunal do Trabalho, e se contrário ao seu interesse, não poderá alegar ulteriormente qualquer decisão surpresa.

Assim, o objetivo da Lei nº 13.015/2014 é conferir maior racionalidade e segurança jurídica às decisões trabalhistas, evitando-se que, em ações trabalhistas distintas, idênticas questões de fato ou de direito venham a ter tratamento judicial diferenciado, situação esdrúxula que fere o princípio constitucional da isonomia e cria a chamada jurisprudência lotérica.

A mesma situação supraexposto ocorre no âmbito do incidente de recursos repetitivos, já que emitida a decisão-parâmetro (*ratio decidendi*) pelo colendo TST, todos os demais recursos repetitivos represados terão o mesmo tratamento jurídico corporificado na decisão paramétrica.

Como se vê, é curial que a Lei nº 13.015/2014, uma vez uniformizada a jurisprudência interna dos tribunais trabalhistas, vem contribuir enormemente

DOCTRINA

para que não se emitam decisões surpresas ou lotéricas, porque as questões de fato e de direito abordadas no processo trabalhista terão necessariamente o mesmo tratamento jurídico.

Uma questão tormentosa surge quando a decisão surpresa é assim considerada porque contraria súmula expressa emanada do colendo TST ou, estando em consonância com súmula estratificada daquele Corte Ápice Trabalhista, o entendimento nela contido vem a ser substancialmente alterado enquanto em trânsito o recurso de revista, alteração que às vezes pode criar uma situação de direito totalmente contrária àquela prevista no verbete da súmula anterior ou ainda quando a decisão trabalhista entra em chачas com o teor explícito da legislação consolidada.

No que tange à suposta ofensa à literalidade da legislação consolidada, sirva-se de exemplo um julgamento ocorrido recentemente perante a Sétima Turma do colendo TST, que decidiu que um trabalhador irá receber cumulativamente os adicionais de insalubridade e de periculosidade, afastando do caso concreto a incidência do art. 193, parágrafo único, da CLT, que prevê a opção pelo adicional mais favorável ao trabalhador, abrindo caminho para uma mudança radical da jurisprudência até então firmada e respeitada no TST.

No caso em análise, argumenta o ministro-relator que a acumulação dos adicionais não significa pagamento em dobro, uma vez que a insalubridade diz respeito à saúde do trabalhador e a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem de vida que visa proteger.

Como até aquele julgamento a jurisprudência do colendo TST não aceitava a cumulatividade, a súbita mudança de entendimento pegou de surpresa a empresa recorrente.

A decisão surpresa acima delineada, em que pese trafegue na contramão da teleologia buscada pela Lei nº 13.015/2014, não abriga em si qualquer nulidade.

A parte prejudicada com a referida decisão surpresa deverá se valer dos meios impugnativos recursais pertinentes para reverter a situação de desfavorabilidade e, uma vez esgotada a instância perante o TST, poderá ser valer de recurso extraordinário para o excelso Supremo Tribunal Federal.

Casos típicos de alteração de jurisprudência estratificada durante longos anos em súmulas do TST podem ser citados no âmbito da estabilidade concedida à gestante, mesmo que o contrato seja de experiência ou de prazo determinado

e ainda naquele caso de manutenção da cláusula econômica prevista em negociação coletiva, mesmo após esaurido o período de sua vigência.

O grande gravame dessas decisões surpresas acima retratadas, ocorridas por alteração súbita da jurisprudência no âmbito das Cortes Superiores, é que estas não levam em consideração qualquer modulação de efeitos, sendo o débito trabalhista daí oriundo apurado de acordo com a regra prescricional quinquenal.

Ora, como a Lei nº 13.015/2014 transporta para a seara processual trabalhista instituto típico do *common law*, como é o caso do precedente judicial com força vinculativa, nada mais correto do que modular os efeitos jurídicos da nova decisão que de uma hora para outra faz ruir por terra o entendimento jurisprudencial que vinha sendo observado há anos nas Cortes Superiores.

Veja-se que na sistemática do *common law*, quando é adotada uma decisão parâmetro no âmbito de casos repetitivos, sua ulterior e superveniente alteração em face da superação do entendimento jurisprudencial anteriormente adotado, seja por alterações de cunho sociológico, econômico ou político, é feita sem causar surpresa e nem prejuízo econômico às partes, já que a decisão posterior (*overruling*) que caça a tese jurídica anteriormente parametrada (*ratio decidendi*) deve ter sua irradiação jurídica balizada pela modulação de seus efeitos, só vinculando as partes a partir da nova orientação jurisprudencial.

Para evitar a decisão surpresa no âmbito da modificação repentina das súmulas editadas pelos Tribunais Superiores ou no âmbito dos chamados recursos repetitivos, o art. 926 do novo Código de Processo Civil deixa explícito que os Tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, acrescentando o § 3º do art. 927 do novo digesto processual que, “na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda do julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

No mesmo diapasão, o § 2º do art. 17 da Lei nº 13.015/2014, que dispõe de forma mais justa que “cabará 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”.

Ao aplicar-se subsidiariamente o comando emergente do § 3º do art. 927 do novo CPC de 2015, como é recomendável, eis que há lacuna na CLT e a

matéria nela tratada guarda compatibilidade com o escopo do processo trabalhista, no que pertine à uniformização de sua jurisprudência em âmbito nacional, doravante quando o STF ou os Tribunais Superiores alterarem jurisprudência já cristalizada, ou revogarem a decisão proferida no âmbito de recursos repetitivos (*overruling*), os efeitos pecuniários dessa alteração só poderão ser exigidos do empregador após a publicação do novo entendimento jurisprudencial, deixando no caso de ser aplicada irrestritamente a prescrição parciária quinquenal.

9 – CONCLUSÃO

“Decisão surpresa” e “jurisdição” são termos conexos, já que as partes envolvidas em litígio devem ser tratadas pelo Estado-Juiz com igualdade e isenção de ânimo, sendo da essência do Estado Democrático de Direito que a jurisdição para alcançar seus nobres escopos deve observar em sua estrutura uma série de requisitos rígidos e inafastáveis.

A principal razão de ser do comando legal que impõe veto à decisão surpresa, seja no âmbito dos processos judiciais ou administrativos, é a previsão constitucional do princípio do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), sendo que, fiel a este comando normativo-fundamental, o art. 9º do novo CPC de 2015 deixa assente que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, determinação que vem complementada pelo art. 10 do novel digesto processual, ao dispor que “o juiz não pode decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade para se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

A legislação de vários países europeus (Alemanha, Itália, França e Áustria) consagram normas específicas vedando a decisão surpresa, sendo que nosso legislador baseou-se no direito processual português para disciplinar este instituto jurídico no Brasil (arts. 3º e 3º-A do Código de Processo Civil de Portugal).

Consoante lapidar lição doutrinária de Brêtas, como inspirador constitucional do veto à decisão surpresa: “o contraditório não mais pode ser entendido na concepção restritiva de ciência bilateral e contraditoriedade aos atos e termos do processo”.

Deve o contraditório ser modernamente entendido como garantia fundamental das partes de uma participação e de manifestação efetivas em todos os

atos e fases do processo, sem exceções de quaisquer espécies, possibilitando-lhes influir na geração de um pronunciamento decisório favorável a seus interesses”¹¹.

A observância rigorosa do princípio do contraditório é excepcionada no parágrafo único do art. 9º do novo CPC, quando se encontra em jogo uma tutela provisória de urgência ou mesmo hipóteses de tutela de evidência previstas, *numerus apertus*, no art. 311, incisos II e III, e a decisão prevista no art. 701 do novo CPC.

A exclusão da observância rigorosa do princípio do contraditório nas circunstâncias acima elencadas é mais que justificável e elogiável, pois, nesses casos, a ciência da demanda interposta (tutela provisória de urgência ou tutela de evidência) à parte contrária pode frustrar os efeitos judicialmente preconizados, principalmente quando o réu está em vias de dilapidar seu patrimônio com o fito de criar embaraço à efetiva satisfação da pretensão de direito material deduzida pelo autor em juízo.

Em outras situações, o direito do autor é tão evidente e cristalino que dispensa o prévio contraditório (ação de depósito e ação monitoria), sendo diferido o direito do réu de vir a contrapor-se ao direito do autor.

O veto à decisão surpresa tem, sim, irrestrita aplicação à seara processual trabalhista, sendo que neste sentido a Instrução Normativa nº 39/2016 do colendo Tribunal Superior do Trabalho veio explicitar alguns dispositivos do novo Código Processual Civil que se aplicam ou não se aplicam ao processo trabalhista, tudo com o nobre intuito de evitar que uma hermenêutica permissiva e abusiva pudesse comprometer os clássicos princípios do direito processual do trabalho, minando-lhe o arcabouço ético, lógico e científico.

A Instrução Normativa nº 39/TST, em seu art. 4º, deixa patente que “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.

E o § 1º do art. 4º da referida Instrução Normativa de forma bem elucidativa dispõe que “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”.

E logo no § 2º, a IN nº 39/TST excepciona a ocorrência de uma decisão surpresa que “assim não é considerada a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as

11 Op. cit.

DOCTRINA

partes tenham a obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário”.

A decisão surpresa vem finalmente examinada no bojo da Lei nº 13.015/2014, que alterou a sistemática recursal trabalhista e reafirmou o incidente de uniformização de jurisprudência obrigatório no âmbito dos Tribunais Regionais Trabalhistas, a par de regular o incidente de recursos de revistas repetitivos.

Como a mensagem especial da Lei nº 13.015/2014 é a valorização dos precedentes judiciais, ao estilo do modelo existente no âmbito do *common law*, chegou-se à conclusão de que quando houver brusca alteração da jurisprudência estratificada do Supremo Tribunal Federal e ou dos Tribunais Superiores, deverá, obrigatoriamente, em nome de situações jurídicas já consolidadas sob a égide da vigência da jurisprudência anterior e também em nome do princípio da segurança jurídica, modularem-se os efeitos jurídicos do novo entendimento jurisprudencial, não podendo ser aplicada, como acontece hoje, a regra irrestrita da prescrição parciária quinquenal em detrimento do empregador.

Ou seja, a decisão judicial (seja a proferida no âmbito do incidente de uniformização de jurisprudência, ou no âmbito dos chamados recursos de revista repetitivos, ou mesmo quando súmulas e orientações jurisprudenciais são revistas por iniciativa do próprio Tribunal) que vier a se dissociar de um entendimento jurisprudencial já consolidado no tempo deverá surtir efeitos pecuniários somente a partir de sua publicação, afastando-se neste caso específico a incidência da regra da prescrição parciária quinquenal, visivelmente prejudicial ao empregador, quando se foca o princípio da segurança jurídica e o veto legal à emissão de uma decisão surpresa.

A fonte legal da necessária modulação dos efeitos jurídicos da nova decisão contrastante com a jurisprudência já cristalizada dos Tribunais Superiores (súmulas, orientações jurisprudenciais e decisão proferida no âmbito de recursos de revistas repetitivos, por alteração superveniente da *ratio decidendi*) (*overruling*) encontra-se taxativamente exposta no art. 927 do novo CPC e no art. 17 da Lei nº 13.015/2014, que deve ser fielmente observada pelos Tribunais Superiores, sob pena de emissão de uma criticável decisão de terceira via, inconciliável com os princípios estruturantes de um Estado Democrático de Direito, dentre eles o da segurança jurídica e o da não retroatividade, que, agora, com a introdução de institutos jurídicos do *common law* em nossa legislação processual civil, tem pertinência não apenas com a vigência de uma lei, como igualmente com a superveniência de uma decisão judicial que, de chofre, mina todo um entendimento jurisprudencial já cristalizado pelo tempo.

DO JUIZ E DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Luiz Ronan Neves Koury*

DOS PODERES, DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DO JUIZ

O CPC/73 tratava dos órgãos judiciários e dos auxiliares da justiça em seu Título IV, englobando o tema da competência, do juiz e seus auxiliares, o que se estendia dos arts. 86 a 153.

Excluiu-se, no CPC/2015, a competência do Título IV, que agora tem o título “Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça”, estendendo-se dos arts. 139 a 175, acrescentando um maior número de auxiliares da Justiça como, por exemplo, o mediador e o conciliador judicial.

A partir do art. 176 até o art. 187, o CPC/2015 regulamenta a atuação do Ministério Público (arts. 176 a 181), da Advocacia Pública (art. 182/184) e da Defensoria Pública (arts. 15 a 187).

O art. 139 do CPC/2015, que corresponde ao art. 125 do CPC/73, dispõe sobre os poderes e deveres do juiz na direção do processo, com a repetição de algumas atribuições do CPC/73 como a exigência de garantir às partes igualdade de tratamento (inciso I); velar pela razoável duração do processo (inciso II), o que no CPC/73 e no próprio art. 765 da CLT se traduz pela expressão velar pela rápida solução do litígio, com o mesmo significado, mas apenas com termos que repetem a previsão constitucional contida no art. 5º, LXXVIII, e mesmo o art. 4º do CPC/2015.

Quanto a este último aspecto, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery dizem que a solução rápida do litígio não significa solução apressada e precipitada e, talvez por isso, o legislador tenha substituído a expressão solução rápida do litígio por razoável duração do processo, sendo necessária a busca pelo ponto de equilíbrio entre a rápida solução e a segurança na decisão judicial¹.

* *Desembargador e 2º Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; mestre em Direito Constitucional pela UFMG; professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos.*

1 NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 583.

DOCTRINA

O inciso III do mesmo art. 139, repetindo em parte o inciso III do art. 125 do CPC/73, prevê que o juiz deverá prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, com o acréscimo de que deverá indeferir postulações meramente protelatórias. A segunda parte do inciso III não deixa de estar abrangida pela previsão de repressão a ato contrário à dignidade da justiça, mas deixa bem claro um dos desdobramentos da direção do processo pelo juiz, que é exatamente indeferir postulações meramente protelatórias.

O inciso IV é uma novidade do art. 139 do CPC/2015 sem correspondência no art. 125 do CPC/73, tratando da possibilidade de o juiz, de forma meramente exemplificativa, adotar medidas necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Embora sempre importante a positivação de medidas para assegurar o cumprimento de ordem judicial e a sua colocação ao dispor do juiz, é certo que se extrai essa possibilidade do próprio ordenamento processual e dos poderes inerentes à jurisdição.

O inciso V do art. 139 do CPC/2015 também repete a ideia contida no inciso IV do art. 125 do CPC/73 quanto à necessidade de atuação do juiz em prol da conciliação a qualquer tempo ou, em linguagem mais técnica, em qualquer momento processual.

Substituiu-se o verbo tentar por promover e a expressão “conciliar as partes” por autocomposição, mais consentânea com o tratamento doutrinário do tema. Acrescentou-se que a sua atuação deverá ocorrer *preferencialmente*, e não obrigatoriamente, com o auxílio de conciliadores e mediadores, com forma de atuação, definição e princípios previstos no CPC de 2015.

A Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho, em seu art. 3º, inciso III, entendeu por inaplicável ao processo do trabalho a parte final do inciso V do art. 139 no que se refere à atuação do juiz preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. Pode-se até entender a preocupação contida na Instrução Normativa do TST quanto aos mediadores, cuja atuação não se compatibiliza com a Justiça do Trabalho, considerando as características inerentes à mediação ou mesmo impossibilidade de que o juiz do trabalho atue nesta condição, embora as suas técnicas possam ser utilizadas, mas nada impede que conciliadores, servidores da Justiça do Trabalho, devidamente capacitados, atuem em auxílio ao juiz como reforço para se chegar à composição.

DOCTRINA

No inciso VI do art. 139 do CPC/2015 tem-se uma inovação no tocante à possibilidade de o juiz dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova para melhor atender às necessidades do conflito a fim de dar maior efetividade à tutela do direito.

Imagina-se que os prazos processuais referidos, objeto de dilatação, sejam aqueles tidos na doutrina por dilatatórios, não se referindo aos peremptórios ou legais. É a única interpretação possível para o dispositivo legal sob pena de se ter o risco de um procedimento para cada juiz em detrimento do procedimento legal.

Cabe, desse modo, a título de exemplo, a dilatação dos prazos para juntada de documentos quando em número significativo e, pela mesma razão, a ampliação do prazo para manifestação sobre eles.

A alteração da ordem de produção dos meios de prova enquadra-se na ideia de direção do processo pelo juiz, o que já ocorre independente da previsão legal, desde que necessária para o descobrimento da verdade e rápida solução do litígio.

A sua previsão na norma legal não deixa de ser importante para evitar eventuais arguições de nulidade, embora seja certo que não há uma ordem legal rígida na produção dos meios de prova, seguindo-se muito mais uma lógica e razoabilidade, com vistas à celeridade, do que qualquer outra coisa.

O que é necessário realçar na norma é o caráter instrumental que se dá ao processo, referenciando-se sempre ao direito material correspondente. Sacrificam-se prazos processuais já concedidos e mesmo a ordem de produção dos meios de prova em favor de uma maior efetividade na tutela do direito.

O inciso VII prevê o exercício do poder de polícia com a requisição, quando necessário, de força policial, além da segurança interna dos fóruns e Tribunais. Ao que parece, o legislador preocupou-se com o exercício do poder de polícia em duas frentes: o tradicional poder de polícia processual consistente na manutenção da ordem na tramitação do processo, em especial na audiência, e o poder de polícia a ser exercido nas dependências dos fóruns e tribunais, no zelo pela segurança dos jurisdicionados, servidores e do próprio juiz e de outros juízes se se tratar de foro.

A violência hoje existente na sociedade recomenda essa medida de cautela e prudência, principalmente em locais, como os fóruns, onde as controvérsias estão presentes e que os ânimos das pessoas, via de regra, encontram-se exaltados.

DOCTRINA

A possibilidade contida no inciso VIII de se determinar o comparecimento pessoal das partes, a qualquer tempo, para inquiri-las sobre os fatos da causa também decorre da direção do processo pelo juiz, bem como dos princípios do inquisitório e da busca da verdade real.

Rigorosamente mostra-se também dispensável a previsão contida na norma, pois a possibilidade nela prevista é da essência da direção do processo pelo juiz, sendo certo que o magistrado, para ter conhecimento dos fatos subjacentes a determinado processo, pode determinar a qualquer tempo que as partes compareçam em juízo para serem interrogadas.

O inciso IX é uma consequência da opção do legislador, inscrita no art. 4º do CPC/2015, no sentido de que as partes têm direito a uma solução integral de mérito. Com isso, o juiz deverá permitir o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de vícios processuais com forma de “limpar” o processo para possibilitar que se chegue à decisão de mérito, própria de um processo efetivo e de resultado.

Na mesma linha de alguns incisos anteriores, o inciso X visa evitar um atraso na resposta jurisdicional. Quando presentes diversas demandas repetitivas, o juiz oficiará os legitimados para ações coletivas, na forma prevista na Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor, para que proponham a respectiva ação coletiva.

Com algum rigor pode-se entender que há uma quebra do princípio da inércia da jurisdição, tão caro ao processo porque sinônimo de imparcialidade, mas que se justifica pela necessidade de pacificação social e solução, de forma mais célere e justa, das questões de maior abrangência ou de natureza coletiva.

Segundo Marinoni, o juiz tem outros deveres de condução do processo além daqueles enunciados no art. 139 do CPC, como o esclarecimento (sobre pedidos formulados); prevenção (pedidos frustrados por sua inadequação); consulta (ouvir as partes antes de qualquer decisão) e auxílio aos litigantes (na superação de dificuldades que possam comprometer a sua posição jurídica)².

No Capítulo I, relativo à atuação do juiz, tem-se ainda, no art. 140 do CPC/2015, a repetição, em parte, do art. 126 do CPC/73, no que se refere à impossibilidade de o juiz deixar de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 214.

DOCTRINA

Algumas alterações devem ser registradas, pois o art. 126 do CPC/73 diz que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar enquanto o art. 140 apenas menciona o verbo decidir, deixando claro que o *non liquet* não pode acontecer quando se trata de decidir, ou, em outras palavras, neste sentido estrito de exercício da jurisdição.

O dispositivo legal anterior também se referia à lei, acrescentando que cabia ao juiz, na hipótese de lacuna, utilizar as ferramentas integrativas do ordenamento como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O art. 140 do CPC/2015 refere-se ao ordenamento jurídico para dizer que o juiz não pode alegar a lacuna ou obscuridade dele (ordenamento jurídico) como forma de se eximir de decidir. Deixou implícito, ao se referir a ordenamento jurídico e não à lei, que aquele é completo, incluídos nele os institutos integrativos mencionados na norma anterior.

O parágrafo único do art. 140 do CPC/2015, ao tratar da equidade, não apresenta qualquer alteração em relação à norma anterior, art. 127 do CPC/73, porquanto deixa clara a necessidade de autorização legal para se decidir por equidade.

O art. 141 do CPC/2015 praticamente repete o art. 128 do CPC/73, privilegiando os princípios da congruência, da adstrição da sentença ao pedido em seu dispositivo, devendo o juiz decidir o mérito nos limites propostos pelas partes, com a vedação de conhecer de questões não suscitadas em que se exige a iniciativa das partes.

O art. 142 do CPC/2015, na mesma linha do art. 129 do CPC/73, visa obstar a utilização inadequada do processo, como meio para prática de ato simulado ou de fim vedado por lei, em especial para fraudar direito de terceiros, conhecida como lide simulada na Justiça do Trabalho.

Trata-se, na verdade, de um simulacro de lide em que não há propriamente uma pretensão resistida e cujos objetivos são os de prejudicar terceiro e de utilização indevida do Judiciário.

Nessas circunstâncias os juízes já apenavam “as partes” como litigantes de má-fé, de ofício, de acordo com o entendimento de que o processo é de ordem pública, devendo prevalecer a ética em seu âmbito. Agora tal conduta judicial passa a ter respaldo legal no já referido art. 142 do CPC/2015.

No art. 143 do CPC/2015, cujo correspondente no CPC/73 é o art. 133, não houve maiores alterações incluindo, em seu *caput*, que o juiz deverá responder, *civil e regressivamente*, por perdas e danos, o que me parece consequência

do reconhecimento de sua responsabilidade, quando restarem configurados o dolo, a fraude ou a recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, de providência que deva ordenar.

DOS IMPEDIMENTOS E DA SUSPEIÇÃO

O art. 144 do CPC/2015 prevê as hipóteses de impedimento do juiz assim como o CPC/73, art. 134, que também faz referência, no primeiro momento, às situações de impedimento do juiz.

No art. 144, *caput*, do CPC/2015, foi alterada a ordem no tratamento do tema com a assertiva, de forma impositiva, de que há impedimento do juiz, o que obsta a sua atuação no processo quando se verificarem as hipóteses discriminadas nos incisos do referido art. 144, sem menção a processo contencioso ou voluntário, porque absolutamente desnecessário.

O inciso I do art. 144 do CPC/2015 repete a descrição de impedimento contida no art. 134, II, em sua literalidade, não se referindo à hipótese contida no inciso I porque prevista em seu inciso IV, em relação à condição do juiz como parte no processo.

No inciso II do art. 144, de forma mais abrangente, há previsão de que o conhecimento do processo pelo juiz em outro grau de jurisdição, e não apenas no primeiro grau, tendo proferido decisão, acarreta o seu impedimento.

Em boa hora ocorreu a alteração mencionada acima, porquanto é possível que determinado desembargador, participando de julgamento em segundo grau, venha a atuar no Tribunal Superior em processo em que proferiu decisão na Corte intermediária.

O afastamento do julgador em tais situações ocorria por aplicação analógica da norma contida no art. 134, III, do CPC/73, vez que, a rigor, não havia previsão expressa de impedimento quando se tratava de decisão prolatada em segundo grau.

Em relação ao seu correspondente inciso IV do art. 134 do CPC/73, o inciso III do art. 144 do CPC/2015 trouxe alguns acréscimos, estendendo o impedimento do juiz quando atue seu cônjuge ou companheiro bem como parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, não só quando figure como advogado, mas também na condição de defensor público ou membro do Ministério Público.

Estendeu também, como mencionado acima, o impedimento até o parentesco colateral em terceiro grau e, com isso, ampliou as hipóteses de

impedimento, desobrigando, nestas situações, que o juiz se afaste do processo por fundamentação diversa, em razão da ausência de previsão legal específica.

No inciso IV do art. 144 do CPC/2015 o impedimento do juiz verifica-se em relação a quem atua como parte no processo, seja ele próprio ou seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, sem maiores alterações em relação ao anterior inciso V do art. 134 do CPC/73.

Salvo por pequenas alterações de redação ou pela utilização de termo mais técnico, há verdadeira correspondência entre os incisos V e VI do art. 144 do CPC/2015 e os incisos VI do art. 134 e III do art. 135 do CPC/73, sendo que neste último caso se corrigiu um equívoco do Código anterior, de tratar a hipótese de impedimento (objetiva) como suspeição (subjativa).

As novidades no rol de impedimentos ficaram por conta dos incisos VII, VIII e IX do art. 144 do CPC/2015. O primeiro deles, inciso VII, prevê o impedimento do juiz quando figurar como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou contrato de prestação de serviços.

Em outras palavras, havendo algum tipo de vínculo formal entre o juiz e a instituição de ensino, que é parte no processo, configura-se a hipótese de seu afastamento. Nesse caso é evidente a vinculação comprometedora da atuação do juiz, o que restou positivado com algum atraso.

O inciso VIII, também novidade do CPC/2015, procura evitar situação em que se considere comprometida a imparcialidade do juiz ou se presuma este comprometimento como na hipótese em que a parte é cliente do escritório de advocacia de parentes do magistrado, que geram o seu impedimento, ainda que patrocinado por advogado de outro escritório.

O inciso IX não traz maiores dificuldades de entendimento, porquanto a promoção de ação contra a parte ou seu advogado é razão mais do que suficiente para impedir a atuação do juiz no processo.

Os §§ 1º e 2º do referido art. 144 do CPC/2015 devem ser considerados em conjunto, pois tratam de fato superveniente que possa causar impedimento para atuação do juiz no processo, o que encontra vedação em ambos os parágrafos.

Ainda com referência à extrema cautela adotada pelo legislador em tema de impedimento do juiz, cabe mencionar o § 3º do art. 144 do CPC/2015 que, fazendo menção ao inciso III do mesmo artigo, estabelece que o impedimento também se configura quando se confere mandato a membro de escritório de advocacia, que tem em seus quadros advogado que ostente a condição prevista

no referido inciso III, ou seja, o parentesco com o juiz, gerador de impedimento, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

No art. 145 do CPC/2015 têm-se as hipóteses que acarretam a suspeição, com o *caput* mais resumido do que o anterior art. 135 do CPC/73, afirmando peremptoriamente que “há suspeição do juiz” e não que “reputa-se fundada a suspeição de parcialidade o juiz” como no art. 135 do CPC/73, nas situações previstas nos incisos do dispositivo legal.

O inciso I do art. 145 do CPC/2015 refere-se à amizade íntima ou inimizade, excluído o termo capital e com alusão às partes e seus advogados. Houve aqui um acréscimo necessário porque em muitos casos o impedimento do juiz diz respeito ao advogado e não se refere à parte, o que obrigava o magistrado a utilizar fundamento diverso como, por exemplo, o motivo de foro íntimo para se afastar do processo.

Em tema de suspeição, cabe dizer, seguindo o magistério de Marinoni, que a amizade ou a inimizade com advogado deve ser significativa a ponto de abalar a imparcialidade do magistrado. O autor ensina que mero conselho a uma das partes em audiência não é suficiente para caracterizar a suspeição do juiz. E, de forma geral, a resposta à questão jurídica em abstrato, sem qualquer referência à situação concreta, não serve para configuração da suspeição³.

O inciso II do art. 145 do CPC/2015 praticamente repete o art. 135, IV, do CPC/73, apenas se referindo ao recebimento de presentes por pessoas que *tiverem interesse na causa*, antes ou depois de iniciado o processo, fator que compromete a imparcialidade ou que pode levar à presunção de comprometimento.

Os incisos III e IV do referido art. 145 guardam identidade com os incisos II e V do art. 135 do CPC/73, restando repetida hipótese de suspeição no inciso III quando se trata de impedimento e mantendo o interesse na causa como motivação para o afastamento do juiz do processo.

O § 1º do art. 145 do CPC/2015 trata da declaração de suspeição por motivo de foro íntimo, deixando expressa a desnecessidade de declaração das razões, o que é de uma obviedade cortante, mas que já foi motivo de resolução do CNJ em sentido contrário. No § 2º têm-se as situações em que a alegação de suspeição é tida por ilegítima, sem correspondência no CPC/73.

O art. 146, *caput*, do CPC/2015 trata do prazo para alegação de suspeição e impedimento que é de 15 dias, a contar do conhecimento do fato, em petição específica dirigida ao juiz do processo.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 219.

DOUTRINA

A novidade ficou por conta da fixação do prazo de 15 dias para a apresentação da alegação de impedimento e suspeição que não mais recebe a denominação de exceção, contando-se o *dies a quo* do conhecimento do fato e havendo necessidade de petição específica dirigida ao juiz da causa, deixando claro que não poderá ser matéria de defesa ou incluída na defesa.

O processamento do impedimento e suspeição não difere do que já se encontra previsto no art. 313 do CPC/73, ficando o procedimento na dependência do reconhecimento ou não da suspeição/impedimento por parte do juiz.

Os efeitos dados ao incidente determinarão a tramitação do processo na forma dos §§ 2º e 3º do art. 145 do CPC/2015 como também se têm nos §§ 4º e 5º do art. 145 do CPC/2015 as consequências do acolhimento ou não da suspeição e do impedimento, inclusive com possibilidade de recurso pelo juiz, tratando-se, esta última hipótese, de novidade em relação à previsão contida no art. 314 do CPC.

Os §§ 6º e 7º trazem inovação quanto à fixação pelo Tribunal, quando reconhecido o impedimento ou a suspeição, do momento a partir do qual o juiz não poderia ter atuado e a possibilidade de decretação da nulidade quando praticar ato em que já se encontrava presente o motivo do impedimento ou suspeição.

Trata-se rigorosamente de uma modulação dos efeitos da decisão, apenas quando reconhecido o impedimento e a suspeição, com o esclarecimento de sua extensão a fim de que não haja dúvida quanto aos atos processuais que devem ser considerados válidos.

O comando legal segue a mesma linha de aproveitamento dos atos processuais quando não tenha ocorrido contaminação que acarrete a declaração de nulidade de todo o procedimento a menos que essa possibilidade não se faça presente, como se verifica do já mencionado § 7º.

As razões de impedimento nas hipóteses da atuação de dois ou mais juízes permanecem as mesmas, apenas com a extensão ao colateral, até o terceiro grau, como se vê do art. 147 do CPC/2015 com correspondência no art. 136 do CPC/73.

O art. 148 do CPC/2015 estende os motivos de impedimento e suspeição ao Ministério Público, independentemente da posição que ostente no processo; aos auxiliares da justiça discriminados no art. 149 e, como novidade, também aos demais sujeitos imparciais do processo que têm, como exemplo, as testemunhas, embora o impedimento e a suspeição delas tenha regência no art. 447 do CPC/2015.

DOCTRINA

Os §§ 1º e 2º do já referido art. 148 do CPC/2015 têm correspondência com o art. 138, § 1º, do CPC/73, constituindo-se um desdobramento dele e versando sobre o procedimento da arguição de impedimento e suspeição, com a particularidade de alteração do prazo da arguição de cinco para 15 dias.

O § 3º prevê que o procedimento da arguição de impedimento e suspeição será disciplinado no Regimento Interno, o que de certa forma se compatibiliza com o art. 138, § 2º, do CPC/73, porquanto este último dispositivo legal tem a previsão de que o relator deverá processar e julgar o incidente.

E, por último, ainda no mencionado art. 148 do CPC/2015, mais especificamente em seu § 4º, fica patenteado que o procedimento da arguição de impedimento e suspeição não diz respeito à testemunha.

DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

A matéria relativa aos auxiliares da justiça é tratada no art. 149 do CPC/2015, que apresenta um rol exemplificativo mais ampliado de auxiliares da justiça, e não do juízo, acrescentando o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias à relação contida no art. 139 do CPC/73.

A seguir há tratamento legal de cada um desses auxiliares e, como em muitos aspectos, há repetição do CPC/73 e matéria estranha à Justiça do Trabalho e ao processo do trabalho, tal fato acarreta o comentário apenas dos dispositivos de aplicação ao procedimento trabalhista e às inovações de interesse também na seara trabalhista.

Nos arts. 150 a 155 do CPC/2015, Seção I, que tratam da atuação do escrivão, chefe de secretaria e do oficial de justiça, cabe chamar atenção para o art. 152, inciso VI, que permite ao escrivão ou chefe de secretaria praticar, de ofício, os atos meramente ordinatórios, o que já tem autorização no art. 93, inciso XIV, da Constituição Federal.

Como complemento ao comando do referido inciso VI do art. 152 do CPC/2015, o § 1º do mesmo dispositivo legal traz a previsão de que será editado ato pelo juiz titular regulamentando a atuação do escrivão ou chefe de secretaria na prática dos atos meramente ordinatórios.

O art. 153 do CPC/2015 recebeu nova redação da Lei nº 13.256, de 04.02.2016, acrescentando o advérbio preferencialmente no tocante à necessidade de se observar a ordem cronológica de recebimento para publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais, excluídos os atos urgentes e as preferências legais.

DOUTRINA

A determinação legal é uma consequência da previsão contida no art. 12, também do CPC/2015, como forma de garantir o comando nele inscrito, ou seja, a observância da ordem cronológica também preferencialmente na publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais.

Não se pode deixar de registrar o caráter republicano da norma para garantir isonomia, impessoalidade e publicidade dos atos processuais a serem praticados pelos auxiliares do juízo, mas que não pode ser aplicada de forma absoluta porquanto a gestão da pauta, observados os princípios da Administração Pública, é melhor efetivada pelo juiz que manuseia os processos, distingue o grau de dificuldade de cada um deles e fixa critérios para uma maior celeridade na prestação jurisdicional.

Quanto ao oficial de justiça, a inovação, dentre as suas atribuições, ficou por conta da possibilidade de certificação da proposta de autocomposição apresentada por uma das partes por ocasião do cumprimento da diligência, na forma do inciso VI do art. 154.

Informado o juiz sobre a proposta de uma das partes pelo oficial de justiça, determinará a intimação da parte para manifestar-se sobre a proposta, no prazo de cinco dias, sem prejuízo do andamento regular da execução, valendo o silêncio como recusa (art. 154, parágrafo único).

Nesse dispositivo fica bem evidenciada a busca incessante da conciliação entre as partes, inclusive quando essa possibilidade puder ser extraída pela atuação do oficial de justiça, o que vai ao encontro da previsão de que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º, do CPC/2015).

Tal norma é de inteira aplicação no processo do trabalho, eis que nele a conciliação deverá ser buscada em qualquer fase do processo, mesmo após o momento legalmente previsto para sua tentativa, a teor do art. 764, § 3º, da CLT.

Não deixa de merecer registro positivo a previsão legal em comento, porquanto as partes, no momento de atuação do oficial de justiça, já sabem que a matéria teve desfecho definitivo e pouco ou quase nada poderá ser feito, com a preocupação também, de forma derradeira, em preservar o seu patrimônio.

A Seção II, nos arts. 156 a 158 do CPC/2015, trata do perito, repetindo disposições contidas no Código anterior, mas com inovações como o cadastro de peritos mantido pelo Tribunal, bem como a organização da lista de peritos na Vara ou na Secretaria para que a nomeação seja realizada de modo equitativo, observada a capacidade técnica e a área de conhecimento.

DOCTRINA

Em que pese também o sentido positivo consubstanciado na organização de um cadastro de peritos, submetido à consulta pública, com ampla divulgação e consulta a entidades como universidades, conselhos de classe, Ministério Público, Defensoria e OAB, como se vê do art. 156, §§ 1º e 2º, é certo que impõe uma limitação à indicação do perito por parte do juiz, o que só não seguirá o cadastro quando nele não houver inscrito. Não se pode deixar de reconhecer que a forma criteriosa de recrutamento dos peritos e a ampla publicidade são aspectos importantes no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, quando se sabe que a atuação desse auxiliar eventual do juízo se mostra indispensável em muitas ações.

Ocorre que no processo do trabalho há norma específica de regência da matéria, que é o art. 3º da Lei nº 5.584/70, no qual se prevê que os exames periciais serão realizados por perito único designado pelo juiz, sem estabelecer qualquer condicionamento a esta escolha que não seja o critério da confiança.

Nada impede que o Tribunal tenha um cadastro de peritos para facilitar a escolha do *expert* pelo juiz, mas referido cadastro não pode ser determinante para nomeação do perito por parte do juiz e nem poderá servir como forma de controle quanto aos critérios eleitos para a nomeação.

Na parte relacionada ao depositário e ao administrador, na Seção III, arts. 159 a 161, há uma repetição da regulamentação anterior sobre o tema, apenas com o acréscimo do parágrafo único do art. 161, que prevê responsabilidade civil e penal e imposição de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça do depositário infiel, ainda que seja vedada a sua prisão, como decidiu o Supremo Tribunal Federal por intermédio da Súmula Vinculante nº 25.

De acordo com Nelson Nery e Rosa Nery a responsabilidade do depositário será apurada na forma dos arts. 186 e 927 e seguintes do Código Civil, registrando que ele estará sujeito à pena do crime de desobediência, como previsto no art. 330 do Código Penal⁴.

Na Seção IV, arts. 162 a 164, que trata do intérprete e do tradutor, não se identifica qualquer alteração significativa no que se refere ao tratamento anterior dado à matéria.

Por fim, tem-se a regulamentação da atuação de conciliadores e mediadores na Seção V, arts. 165 a 175 do CPC/2015, como mais uma novidade deste diploma legal, cujo comentário já foi realizado em estudo anterior e que será transcrito a seguir.

4 NERY Jr., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 637.

DOCTRINA

Os arts. 165/175 representam uma espécie de desdobramento da parte principiológica fixada nos artigos iniciais do Código, como forma de manter coerência com a profissão de fé feita pelo legislador em relação aos princípios fixados em sua parte introdutória.

O art. 165, *caput*, prevê a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos nos Tribunais que, além de se responsabilizar pela marcação de sessões e audiências, têm a incumbência de desenvolver programas para estimular a autocomposição. O seu § 1º prevê que os Tribunais definirão a organização e a composição dos Centros, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

O § 2º do mesmo artigo trata do conciliador, fixando os casos e as características do litígio objeto de sua atuação e, fiel à extensão de seu papel, permite que apresente solução para controvérsia. A vedação de se fazer uso de constrangimento e intimidação para que seja obtida a composição é básica, sendo certo que a sua utilização contraria o próprio espírito da conciliação, que se funda na livre-manifestação de vontade, pelo que sequer deveria ser mencionada na norma legal.

Quanto ao mediador, faz referência ao tipo de controvérsia em que deverá atuar, devendo desempenhar um papel de facilitador para que as partes estabeleçam, por si próprias, a melhor forma de solucionar as suas pendências.

O art. 14 da Instrução Normativa nº 39 do TST dispõe que o art. 165 do CPC/2015 não se aplica ao processo do trabalho, com exceção das hipóteses de conflitos coletivos de natureza econômica.

O *caput* do art. 165 do CPC/2015 prevê a criação de centros judiciários de solução consensual dos conflitos, que são exatamente as nossas centrais de conciliação, tanto em primeiro como em segundo grau, realizando audiências de conciliação e programando eventos de estímulo à autocomposição. A previsão de atuação do conciliador e mediador, embora sujeito a reparos, não se incompatibiliza com o processo trabalho, desde que, em se tratando de conciliador, seja exercido por servidor da justiça, em processos judiciais, com a devida capacitação.

Assim, *data venia*, não se verifica a inaplicabilidade do art. 165 do CPC/2015, em sua integralidade, na forma mencionada no art. 14 da Instrução nº 39 do TST.

O art. 166, em seu *caput*, trata dos princípios que devem reger a atuação de mediadores e conciliadores, referindo-se expressamente à *independência* (em relação aos envolvidos não devendo existir qualquer vínculo de sujeição com as partes) e à *imparcialidade* (confunde-se com o princípio anterior, mas

se refere à ausência de interesse na solução do litígio favoravelmente a um dos contadores; impõe-se que seja idêntica à imparcialidade que se exige do magistrado).

A *autonomia da vontade* figura também na referida norma legal, representando o respeito que se deve ter à vontade das partes na confecção do acordo ou mesmo o seu desejo de não se submeter ao procedimento da mediação ou conciliação; *confidencialidade*, como consequência do próprio nome, é essencial na atuação do conciliador/mediador, pois a publicidade das tratativas é fator de inibição para que se chegue ao objetivo da composição, exceção quanto às questões de ordem pública, crimes, etc. – § 1º do art. 166. O § 2º trata de mais uma exceção em que a testemunha está escusada de depor.

A *oralidade e a informalidade* são complementares na medida em que as questões mencionadas sem o respectivo registro, característica de um procedimento informal, são essenciais para se atingir o desiderato da composição; e a *decisão informada* é a necessidade de se oferecer a mais ampla informação às partes sobre o que está sendo negociado e as suas consequências.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, deve ser considerado também como princípio, embora não previsto legalmente, o da normalização do conflito, pois este só será “normalizado” (solução da lide sociológica) se as partes ficarem satisfeitas concretamente com o seu desfecho.

Afirma o autor mencionado que os princípios do *empoderamento* (conscientização que a solução dos conflitos pode ser obtida pelas próprias partes) e da *validação* (em que as partes se percebem como seres humanos merecedores de respeito e atenção) inserem-se na normalização do conflito e devem ser considerados como princípios/técnicas de mediação/conciliação.

O § 3º do art. 166 traz a previsão de se admitir técnicas negociais para favorecer a autocomposição, o que não poderia ser diferente.

O § 4º do art. 166 dá ampla liberdade aos interessados para reger a conciliação e a mediação, inclusive quanto a regras procedimentais. Aqui se tem uma permissão para que as partes fixem regras de procedimento, ou seja, um acessório ao objeto da discussão realizada por elas.

É certo que as partes devem ter ampla liberdade na mediação e conciliação quanto à formalização de prazos, multas, etc., mas não podem influenciar na convicção do juiz em homologar ou não determinado acordo quando esteja em jogo matéria de ordem pública, como ocorre na Justiça do Trabalho.

DOCTRINA

O art. 167 trata do cadastro de conciliadores e mediadores, prevê os requisitos de capacitação mínima para o seu aproveitamento, não necessitando que seja bacharel em direito, a divulgação da atividade e seus membros (informação sobre a atuação do mediador/conciliador), bem como a possibilidade da realização de concurso público para formação de quadro próprio de mediadores e conciliadores.

O art. 168 trata da hipótese de escolha de conciliadores e mediadores pelas partes, independentemente de se encontrar cadastrado no Tribunal, levando-se em conta as informações contidas no artigo anterior no que se refere à atuação do conciliador/mediador.

Na ausência de quadro próprio do Tribunal, o conciliador/mediador receberão pelo trabalho realizado, na forma do art. 169, *caput*, podendo ser realizado trabalho voluntário, existindo a previsão de percentual de audiências não remuneradas.

O impedimento, nas mesmas hipóteses dos demais auxiliares do juízo (arts. 144/145 e 148), deverá ser comunicado de forma imediata, como prevê o art. 170, ainda que iniciado o procedimento, quando acarretará a suspensão deste.

A impossibilidade temporária, sem que a lei explicita as hipóteses, deverá ser comunicada para se evitar distribuições desnecessárias (art. 171).

O art. 172 prevê a hipótese de quarentena do conciliador e mediador em relação à representação de qualquer das partes, pelo prazo de um ano da última audiência de que tenha participado.

Nelson Nery e Rosa Nery lembram que no Código de Ética dos conciliadores/mediadores judiciais, art. 7º do Anexo III da Resolução nº 125/2010 do CNJ, o conciliador e o mediador ficam absolutamente impedidos de prestar qualquer serviço profissional aos envolvidos em processo de mediação sob a sua condução, por prazo indeterminado, mas que agora, por força da hierarquia das normas, há de prevalecer o prazo previsto no Novo CPC⁵.

O art. 173 trata da exclusão do quadro de conciliadores e mediadores, com apuração em processo administrativo, nas hipóteses de culpa ou dolo na condução do procedimento ou quando infringir o princípio da confidencialidade, bem como atuar quando esteja impedido ou suspeito, com a previsão da hipótese de seu afastamento até a instauração do referido processo.

5 NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 651.

DOCTRINA

A criação de câmaras de mediação e conciliação no âmbito administrativo e até mesmo a promoção e a aceleração de termo de ajuste de conduta têm previsão no art. 174.

O art. 175 abre a possibilidade de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais regulamentadas por legislação específica, como também a aplicação da regulamentação contida no CPC às câmaras privadas de conciliação e mediação.

Cabe também mencionar a atuação dos conciliadores e mediadores nas audiências de conciliação previstas no art. 334, obrigatórias pela dicção do referido dispositivo legal.

A rigor, pode-se dizer que este dispositivo não tem aplicação ao procedimento trabalhista, em sua integralidade, que tem itinerário procedimental próprio, inclusive porque a realização da audiência em que se tentará a conciliação independe da vontade das partes.

Nada impede, todavia, que sejam utilizados aspectos da regulamentação da audiência de conciliação/mediação prevista no Novo CPC, como, por exemplo, a pena imposta às partes pelo não comparecimento injustificado. Em consequência, não se presta anuência ao art. 2º, inciso IV, da Instrução Normativa nº 39 do TST, com previsão de não aplicação da audiência prevista no art. 334 do CPC ao processo do trabalho, em sua integralidade.

A designação das audiências ocorrerá caso não estejam presentes os óbices previstos em seu *caput* e que seja de interesse das partes, registre-se ambas as partes, pois o desinteresse de apenas uma delas não inviabiliza a realização da audiência.

O conciliador ou o mediador, onde houver, atuará necessariamente nessas audiências, admitindo-se a realização de mais de uma audiência.

O § 8º prevê multa para ambas as partes, com base de cálculo diversa, e o não comparecimento injustificado à audiência é considerado como ato atentatório à dignidade da justiça. Há uma aparente incongruência na leitura conjugada dos §§ 3º e 8º do art. 334, pois se a intimação do autor, de forma imperativa, será feita na pessoa de seu advogado, como ele (autor) poderá ser apenado pelo não comparecimento à audiência, visto que a intimação não é pessoal?

As partes devem estar acompanhadas de advogado, podendo constituir representante por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. Aqui me parece com atribuições semelhantes às do preposto na Jus-

DOUTRINA

tiça do Trabalho, porém, mais reduzidas, mas com capacitação para se chegar à transação.

Para Didier, na mesma linha do entendimento *supra*, o advogado pode atuar nessa condição, o que não se confunde com as atribuições de preposto que tem funções processuais mais amplas, como depor pela parte, não incorrendo na vedação do art. 34 do Código de Ética da OAB, porquanto no exercício de atividades típicas da advocacia, como a negociação e a assinatura do termo de acordo⁶.

A autocomposição será reduzida a termo e homologada por sentença, devendo ser respeitado o intervalo de 20 minutos na sua designação (§§ 11 e 12).

6 DIDIER Jr., Fredie. *Op. cit.*, p. 626.

A IMPENHORABILIDADE DOS SALÁRIOS E DOS DEMAIS VALORES DESTINADOS AO SUSTENTO DO DEVEDOR E DA SUA FAMÍLIA, À LUZ DO CPC DE 2015, NO PROCESSO DO TRABALHO: DA IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA À IMPENHORABILIDADE RELATIVA

Paulo Marcelo de Miranda Serrano*

1 – INTRODUÇÃO

A demora no recebimento do seu crédito, judicialmente reconhecido com trânsito em julgado, é motivo de justa ansiedade e frustração por parte do trabalhador. Nas hipóteses de não recebimento, ainda que tardio, acrescenta-se o sentimento de revolta. O mesmo ocorre com o advogado, que, além da frustração profissional de ver reconhecido o direito material que postulou em juízo para seu cliente, sem o correspondente adimplemento do título executivo judicial, via de regra, demora a receber ou não recebe seus honorários, já que costumeiramente avançados para pagamento ao final, por ocasião do recebimento das verbas.

Além da parte credora e seu advogado, o juiz do trabalho, magistrado que conduz a execução, levando a efeito os atos expropriatórios incidentes sobre o patrimônio do devedor inadimplente, sente-se muitas vezes impotente para tornar efetiva a sentença prolatada, inclusive em razão da sua responsabilidade *ex officio* na promoção da execução, em conformidade com o que dispõe o art. 878 da Consolidação das Leis do Trabalho, posição não conferida ao juiz de direito ou juiz federal, como se constata pelo art. 778 do Código de Processo Civil atual¹. Do mesmo modo desembargadores e ministros, eventualmente chamados a intervir na fase executória em decorrência de recursos e/ou ações

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região; doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio); mestre em Ciências Sociais pela PUC-Rio; mestre em Direito (LL.M. Master in Comparative Law) pela University of Miami School of Law (UMSL); professor do Departamento de Direito da PUC-Rio.

1 Lei n. 13.105, de 16.03.2015.

mandamentais, assim como o Ministério Público do Trabalho, notadamente quando atua como parte, não raro se deparam, indignados, com execuções que se arrastam por prazo bastante superior àquele relativo ao processo cognitivo.

A busca pela efetividade da execução trabalhista tem gerado inúmeras boas práticas, tanto por iniciativa dos Tribunais Regionais do Trabalho quanto do Tribunal Superior do Trabalho e Conselho Superior da Justiça do Trabalho. É de se destacar a criação da Comissão Nacional de Efetividade da Execução Trabalhista², com o objetivo de disseminar e divulgar as boas práticas desenvolvidas para otimizar a execução.

Contudo, em que pese a imprescindível efetividade da execução trabalhista, ela só pode se dar com observância da legalidade, que, no que diz respeito à impenhorabilidade dos salários e demais valores destinados ao sustento do devedor e da sua família, sofreu alteração com o advento do CPC de 2015.

2 – DA APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO DO QUE DISPÕE O ART. 833 DO CPC/2015

Ao dispor sobre as normas do CPC de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, ainda que de forma não exaustiva, o TST, pela Instrução Normativa nº 39, de 15 de março de 2016, no art. 3º, inciso XV, considerou aplicável ao processo do trabalho, em face de omissão e compatibilidade, o art. 833, com todos os seus incisos e parágrafos.

A aplicabilidade deste dispositivo legal é pacífica, considerando-se, inclusive, que seu equivalente no diploma processual civil decaído³, a saber, o art. 649, já o era. Sendo omissa a legislação processual trabalhista sobre a impenhorabilidade dos salários e demais valores destinados ao sustento do devedor e da sua família, o direito processual civil (comum) era e é fonte subsidiária do direito processual do trabalho, a teor do que dispõe o art. 769 da CLT.

Todavia, polêmica já anteriormente existente na doutrina e na jurisprudência relativa à possibilidade de penhora de parte dos salários, em percentual de até 30%, ressurgiu com maior ênfase, desafiando nova reflexão.

2 Criada por ato da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, em 2011 (Ato GCGJT n.º 002/2011).

3 Lei n.º 5.869, de 11.01.73.

3 – LEGISLAÇÃO: DA IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA À IMPENHORABILIDADE RELATIVA

A proteção do salário contra credores do devedor, anteriormente prevista no art. 649, IV, do CPC/73, ganhou estatura constitucional a partir de 05.10.88, ao estabelecer o inciso X do art. 7º que “a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”. A previsão legal dispunha serem absolutamente impenhoráveis “os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia”.

Assim, a impenhorabilidade era absoluta, ressalvadas as prestações alimentícias.

A Lei nº 11.382, de 06.12.06, alterou dispositivos do CPC/73 relativos ao processo de execução, mantendo o *caput* do art. 649, modificando o inciso IV e introduzindo, na proposta legislativa, os §§ 1º, 2º e 3º, como se segue:

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

(...)

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.

§ 2º O disposto no inciso IV do *caput* deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.

§ 3º Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.”

Optou o legislador, como se verifica, por abrandar a impenhorabilidade absoluta, permitindo a penhora dos salários líquidos e demais valores que considerou ele assemelhados que ultrapassassem o equivalente a 20 salários mínimos mensais, até o limite de 40%.

DOCTRINA

Ocorre que o então presidente da República, com base no § 1º do art. 66 da Constituição, depois de ouvidos o Ministério da Justiça e a Casa Civil da Presidência da República, decidiu vetar parcialmente, por considerar contrário ao interesse público, o Projeto de Lei nº 51, de 2006 (nº 4.497/04 na Câmara dos Deputados), considerando:

“O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado.

A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.”

Assim, a lei prevaleceu, decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República, com a seguinte redação:

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;⁴

(...)

§ 2º O disposto no inciso IV do *caput* deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.

§ 3º VETADO.”

Desse modo, a impenhorabilidade continuou absoluta, ressalvadas apenas as prestações alimentícias.

4 A determinação de observação do disposto no § 3 restou desprovida de sentido em face do veto.

DOCTRINA

Mais recentemente houve nova modificação legislativa, com o advento do CPC/2015, que, alterando o dispositivo legal anterior, estabeleceu:

“Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

(...)

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.”

A nova lei retirou do *caput* o advérbio “absolutamente”, aumentou as hipóteses de impenhorabilidade, porque acrescentou espécies assemelhadas aos salários, manteve a ressalva para o pagamento de prestação alimentícia, agregando a expressão “independentemente de sua origem”, e facultou a penhora das importâncias salariais e assemelhadas superiores a 50 salários mínimos mensais.

Em consequência, a impenhorabilidade dos salários e assemelhados passou de impenhorabilidade absoluta, com uma única ressalva ou exceção, para impenhorabilidade limitada a valor legalmente previsto, mantida a mesma ressalva ou exceção anterior. Pode-se dizer que passou de impenhorabilidade absoluta com uma única ressalva, para impenhorabilidade relativa, já que dependente do valor salarial mensal, além da mesma ressalva anterior.

4 – DOCTRINA

Parte da doutrina já defendia a penhora parcial dos salários, mesmo sob a égide do CPC/73, invocando, em geral, o princípio da celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF), o direito fundamental à tutela executiva (extraído do art. 5º, XXXV, da CF) e o princípio da dignidade da pessoa humana do credor (art. 1º, III, da CF), bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sustentando a inexistência de ofensa ao devido processo legal. Propunha a preservação da impenhorabilidade absoluta de rendimentos de caráter alimentício, ressalvada

a hipótese de créditos de mesma natureza, compreendendo nesses os de origem trabalhista.

Para Fredie Didier Junior, a impenhorabilidade de certos bens “é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva”⁵, defendendo um crivo judicial que possa compatibilizar os direitos fundamentais de credor e devedor:

“O primeiro dado que se impõe ao intérprete é que a impenhorabilidade de bens do devedor imposta pela lei consiste em uma restrição ao direito fundamental do credor aos meios executivos, (...) as restrições aos direitos fundamentais não são, em princípio, ilegítimas. Devem, no entanto, estar voltadas à realização de outros direitos fundamentais e podem, por isso mesmo, estar sujeitas a uma revisão judicial que verifique, no caso concreto, se a limitação, ainda que inspirada em outro direito fundamental, traz uma excessiva compressão ao direito fundamental restringido.”⁶

Cândido Rangel Dinamarco, no mesmo sentido:

“Pelo aspecto da relevância social da *tutela jurisdicional*, é imperioso mitigar as impenhorabilidades, adequando as previsões legais ao objetivo de proteger o mínimo indispensável à vida. Não se legitima, por exemplo, livrar da execução um bem qualificado como impenhorável mas economicamente tão valioso que deixar de utilizá-lo *in executivis* seria um inconstitucional privilégio concedido ao devedor.”⁷

À subsistência do devedor e de sua família a doutrina era pacífica, justificava a impenhorabilidade dos salários e verbas a eles equiparadas, porque sua expropriação ofenderia a dignidade da pessoa humana do devedor executado, retirando ou dificultando sua possibilidade de manutenção de moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social, entre outros. Todavia, a corrente doutrinária antes referida já considerava excessiva a proteção consubstanciada em impenhorabilidade absoluta, inviabilizando, muitas vezes, o adimplemento do direito material judicialmente reconhecido, enquanto assegurava ao devedor mais do que lhe seria necessário para sua subsistência. Já propunha, à mingua de outros bens penhoráveis, a constrição de parte do salário do devedor, em percentual razoável, que não dificultasse ou impedisse sua subsistência.

5 DIDIER Jr., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 5. p. 543.

6 DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 544.

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 383.

Didier, no mesmo sentido, defendia:

“De acordo com as premissas teóricas desenvolvidas acima, é possível mitigar essa regra de impenhorabilidade, se, no caso concreto, o valor recebido a título de verba alimentar (salário, rendimento de profissional liberal, etc.) exceder consideravelmente o que se impõe para a proteção do executado. É possível penhorar parcela desse rendimento. Restringir a penhorabilidade de toda a ‘verba salarial’, mesmo quando a penhora de uma parcela desse rendimento não comprometa a manutenção do executado, é interpretação constitucional da regra, pois prestigia apenas o direito fundamental do executado, em detrimento do direito fundamental do exequente.”⁸

Dinamarco, a propósito do crivo judicial, já lecionava:

“É indispensável a harmoniosa convivência entre o direito do credor à tutela jurisdicional para a efetividade de seu crédito e essa barreira mitigadora dos rigores da execução, em nome da dignidade da pessoa física ou da subsistência da jurídica... Ao juiz impõe-se, caso a caso, a busca da linha de equilíbrio entre essas duas balizas, para não frustrar o direito do credor nem sacrificar o patrimônio do devedor além do razoável e necessário.”⁹

Por outro lado, aqueles que defendiam a impenhorabilidade absoluta, na vigência do CPC/73, não o faziam por entender que salários são ou devem ser integralmente impenhoráveis, mas, majoritariamente, além do resguardo do direito fundamental à dignidade da pessoa humana do devedor (art. 1º, III, da CF), pela observância do princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), em razão da falta de amparo legal para a constrição judicial, e pelo devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), todos constitucionalmente garantidos.

Em decorrência, uniam-se as correntes doutrinárias na crítica à intangibilidade absoluta, como exemplifica a posição de Luiz Rodrigues Wambier¹⁰:

“(...) contribui sensivelmente para o descrédito do processo de execução e, portanto, para o incremento de sua crise, o saudável (e imprescindível, para o Estado de Direito) crescimento dos mecanismos de defesa dos direitos fundamentais. Talvez de modo desequilibrado, muito provavelmente em razão da grande novidade que ainda representa entre

8 DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 553-555.

9 DINAMARCO, *op. cit.*, p. 293.

10 WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 52, n. 316, p. 37-49, 2004, p. 42.

nós (vitimados por sucessivas quedas de instabilidade institucional, ao longo do século XX) a defesa dos direitos fundamentais trouxe ‘efeitos colaterais’, como, por exemplo, o da intangibilidade cada vez mais acentuada (e, ao nosso ver, exagerada) do patrimônio do devedor.”

Quanto à solução, separavam-se novamente as correntes, entendendo a segunda que, se em regular processo legislativo houve a aprovação de relativização da penhora sobre salários, vetada pelo presidente da República, sem que o Congresso Nacional derrubasse o veto, seria interferência indevida, do poder judiciário no poder legislativo, a introdução do abrandamento por via judicial. Nessa linha, em razão da democracia representativa, somente por iniciativa legislativa, através dos representantes do povo e das unidades da federação, poderia – e deveria – ela acontecer.

Para a outra corrente, estando em colisão direitos fundamentais do credor e devedor, como acima exposto, a solução deveria ser aquela já defendida na ocasião por Didier:

“Exatamente por se tratar de uma técnica de restrição a um direito fundamental, é preciso que sua aplicação se submeta ao método da ponderação, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto. As regras de impenhorabilidade devem ser aplicadas de acordo com a metodologia de aplicação das normas de direitos fundamentais. O legislador estabelece *a priori* o rol dos bens impenhoráveis (art. 649 do CPC), já fazendo, portanto, um prévio juízo de ponderação entre os interesses envolvidos, optando pela mitigação do direito do exequente em favor da proteção do executado. Não obstante isso, as hipóteses de impenhorabilidade podem não incidir em determinados casos concretos, nos quais se evidencie a desproporção/desnecessidade/inadequação entre a restrição a um direito fundamental e a proteção do outro. Ou seja: é preciso deixar claro que o órgão jurisdicional deve fazer o controle de constitucionalidade *in concreto* da aplicação das regras de impenhorabilidade, e, se a sua aplicação revelar-se inconstitucional, porque não razoável ou desproporcional, deve afastá-la, construindo a solução devida para o caso concreto. Neste momento, é imprescindível rememorar que o órgão jurisdicional deve observar as normas garantidoras de direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) e proceder ao controle de constitucionalidade das leis, podem ser constitucionais em tese, mas, *in concreto*, podem revelar-se inconstitucionais.”¹¹

11 DIDIER Jr., 2012, p. 561-562.

DOCTRINA

Com o advento do CPC/2015, como visto, a impenhorabilidade deixou de ser absoluta com uma única ressalva, para impenhorabilidade relativa, limitada ao equivalente a 50 salários mínimos mensais, além da mesma ressalva anterior. A corrente doutrinária que já defendia a relativização, com maior ênfase deve continuar a fazê-lo, porque rompido o paradigma tradicional da impenhorabilidade absoluta. Quanto à segunda corrente, a princípio, parece se inclinar pela manutenção da observância dos limites legalmente definidos para ensejar a penhora. Ambas aduzem os mesmos argumentos que já antes utilizavam.

5 – JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência trabalhista, em primeiro grau e nos Tribunais Regionais do Trabalho, na vigência do CPC/73, era dividida. Ora defendia a possibilidade de ponderação entre os valores envolvidos, reconhecendo a possibilidade de penhora de até 30% do salário do devedor, ora considerava ser inviável a interpretação extensiva da exceção prevista no § 2º do art. 649, reconhecendo a impenhorabilidade absoluta legalmente prevista.

O TST, após diversos julgados no mesmo sentido, firmou posição no sentido de violar direito líquido e certo do devedor decisão que determina a constrição de percentual dos valores salariais recebidos, afirmando não englobar o crédito trabalhista a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC/73, entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 153 da SDI-2:

“MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. ART. 649, IV, DO CPC. ILEGALIDADE. Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie, e não gênero, de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.”

A partir da edição da orientação jurisprudencial, a jurisprudência trabalhista majoritária, quer por convencimento dos órgãos judicantes, quer por disciplina judiciária, passou, quando analisada do ponto de vista nacional, a acompanhar o entendimento do TST.

Neste mesmo sentido as súmulas e orientações jurisprudenciais de alguns dos Tribunais Regionais do Trabalho, como se segue:

DOCTRINA

“BLOQUEIO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA, SALÁRIOS, PENSÕES E HONORÁRIOS PROFISSIONAIS. ABSOLUTA IMPENHORABILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. São os proventos de aposentadoria, salários, remunerações, pensões e honorários laboratícios, a exemplo dos vencimentos, subsídios, pecúlios e montepios, absoluta e integralmente impenhoráveis, ante disposição legal expressa do inciso IV do art. 649 do CPC, com a redação conferida pela Lei nº 11.382/06, de 6 de dezembro de 2006.” (Súmula nº 3, TRT da 1ª Região, 2010)

“MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA *ONLINE*. Considerando o disposto no art. 649, incisos IV e X, do CPC, ofende direito líquido e certo a penhora sobre salários, proventos de aposentadoria, pensão e depósitos em caderneta de poupança até 40 salários mínimos.” (Súmula nº 21, TRT da 2ª Região, 2014)

“MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE CONTABANCÁRIA. VALORES RESULTANTES DE SALÁRIO OU BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. Fere direito líquido e certo da pessoa física impetrante a determinação de penhora ou bloqueio de valores existentes em sua conta bancária, quando resultantes de salário ou benefício previdenciário, por lei considerados absolutamente impenhoráveis (inciso IV do art. 649 do CPC).” (Orientação Jurisprudencial nº 8, TRT da 3ª Região, 2012)

“IMPENHORABILIDADE ABSOLUTADA CONTA-SALÁRIO. OJ N° 153 DA SDI-II. Constitui bem absolutamente impenhorável a totalidade do valor depositado em conta-salário, de acordo com o art. 649, IV, do CPC. Trata-se de norma imperativa que não admite interpretação abrangente, sendo a exceção prevista no § 2º da citada norma aplicável apenas o crédito de natureza alimentícia.” (Súmula nº 11, TRT da 11ª Região, 2014)

“PAGAMENTO DE DÉBITO TRABALHISTA. PENHORA PARCIAL DE SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. A penhora sobre vencimentos é ilegal por ofender o disposto no art. 7º, X, da Constituição Federal c/c o art. 649, IV, do Código de Processo Civil.” (Súmula nº 1, TRT da 14ª Região, 2008)

“MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE SALÁRIOS/PROVENTOS DE APOSENTADORIA. CABÍVEL. ART. 649, IV, DO CPC. Fere direito líquido e certo a penhora ou o bloqueio, total ou parcial, de salários, vencimentos e proventos de aposentadoria.” (Orientação Jurisprudencial nº 1, TRT da 15ª Região, 2014)

DOCTRINA

“MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE QUANTIA DEPOSITADA EM CADERNETA DE POUPANÇA ATÉ 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. CABÍVEL. ART. 649, X, DO CPC. Fere direito líquido e certo a penhora ou o bloqueio, total ou parcial, da quantia depositada em caderneta de poupança até 40 (quarenta) salários mínimos.” (Orientação Jurisprudencial nº 2, TRT da 15ª Região, 2014)

“SALÁRIOS E OUTRAS ESPÉCIES SEMELHANTES. IMPENHORABILIDADE TOTAL. São total e absolutamente impenhoráveis as espécies de que trata o inciso IV do art. 649 do CPC.” (Súmula nº 14, TRT da 18ª Região, 2010)

Assim, prevaleceu na jurisprudência trabalhista, para a disciplina do Código Processual decaído, a impenhorabilidade absoluta, considerando-se, inclusive, que não era possível enquadrar os créditos trabalhistas na exceção prevista no § 2º do art. 649, porque somente se aplicaria a ressalva às prestações alimentícias *stricto sensu*. Desse modo, em que pese a prioridade dos créditos trabalhistas e as demais frustradas tentativas de promover sua execução, prevaleceu o entendimento de que não havia como se desconsiderar a proteção imposta por lei, não se admitindo interpretação ampliativa porque o resultado de tal exegese importaria em restrição de direitos.

A entrada em vigor da nova disciplina disposta no CPC/2015, a princípio, sugere evolução da jurisprudência trabalhista, embora ainda incipiente e limitada aos Tribunais Regionais, no mesmo compasso da evolução legislativa, ou seja, possibilidade de penhora dos salários e assemelhados limitada ao que exceder o equivalente a 50 salários mínimos mensais, mantendo o entendimento de que a exceção prevista para prestação alimentícia não engloba créditos trabalhistas.

6 – DIREITO COMPARADO

A penhora de salários é admitida em diversos ordenamentos, no direito comparado, como, por exemplo, em Portugal (art. 824º do Código de Processo Civil), Espanha (art. 607 da Ley de Enjuiciamiento Civil), Alemanha (art. 811, n. 8, do Zivilprozessordnung), França (art. R145-2 do Code du Travail), Bélgica (art. 1.409 do Code Judiciaire de 1967), Estados Unidos (legislação estadual, mas com limite estabelecido na The Federal Wage Garnishment Law, *Title III of the Consumer Credit Protection Act*), Chile (art. 445 do Código de Procedimiento Civil), Argentina (arts. 1º e 2º da Ley 14443, que alterou a Ley 9511), entre outros.

Alguns sistemas atribuem total discricionabilidade ao juiz, como o alemão e o norte-americano, embora, nos Estados Unidos, lei federal considere impenhoráveis 75% do salário ou o equivalente a 30 salários mínimos mensais, o que for maior. Outros estabelecem legalmente a possibilidade de alcance da constrição, como: Portugal (impenhorabilidade de dois terços do salário, tendo como limite máximo três salários e como limite mínimo um salário mínimo, ressalvados alimentos); Espanha (penhora a partir de um salário mínimo mensal; limitada a 30% entre um e dois salários mínimos mensais, aumentando o percentual para até 90% incidindo sobre o que se situar acima de cinco salários mínimos mensais); França (penhora a partir de 20% do salário igual ou inferior a 3.350 euros, variando o percentual até a totalidade do que exceder a 19.610 euros); Chile (possibilidade de penhora de até 50% do salário, desde que para pensão alimentícia decretada judicialmente); e Argentina (possibilidade de penhora de 20% do valor do salário que exceder o estritamente necessário para a subsistência do devedor).

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade da execução trabalhista, possibilitando o recebimento do crédito pelo trabalhador sem inviabilizar a subsistência do devedor e sua família, é – e deve ser – a busca de todos. Apesar de sua imprescindibilidade, ela só pode se dar com observância da legalidade, que, no que diz respeito à impenhorabilidade dos salários e demais valores destinados ao sustento do devedor e da sua família, sofreu alteração com o advento do CPC de 2015.

Polêmica doutrinária e divergência jurisprudencial já anteriormente existentes, relativamente à possibilidade de penhora de parte dos salários, em percentual de até 30%, ressurgem com maior ênfase, desafiando nova reflexão. É que a nova lei retirou do *caput* o advérbio “absolutamente”, aumentou as hipóteses de impenhorabilidade, porque acrescentou espécies assemelhadas aos salários, manteve a ressalva para o pagamento de prestação alimentícia, agregando a expressão “independentemente de sua origem”, e facultou a penhora das importâncias salariais e assemelhadas superiores a 50 salários mínimos mensais.

Em consequência, a impenhorabilidade dos salários e congêneres passou de impenhorabilidade absoluta para impenhorabilidade relativa, mantida a mesma ressalva anterior para prestação alimentícia, com o acréscimo “independente de sua origem”.

A entrada em vigor da nova disciplina, disposta no CPC/2015, deve desafiar reflexão não assentada no tradicionalismo, nem contaminada pela inércia

do “assim é porque sempre foi”, sem, ao mesmo tempo, deixar-se influenciar por jurisprudência cristalizada sob outra ordem, a saber, aquela do paradigma legal da impenhorabilidade absoluta, não mais existente no nosso ordenamento jurídico processual.

Nessa esteira, não se pode olvidar que os direitos e garantias fundamentais do trabalhador credor e do devedor executado, já acima referidos, são pretensões animadas, a cada momento histórico, pelo valor da dignidade da pessoa humana. A colisão entre esses direitos fundamentais exige, inicialmente, a verificação das normas jurídicas em contraposição, se princípios ou regras. Sua distinção, na lição de J. J. Gomes Canotilho, encontra-se no conceito de princípios como “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”¹² (pós-positivismo) e regras como “normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos”¹³. Havendo conflito de duas normas que consubstanciam regras, dispendo de modo contrário, ele se resolverá em termos de validade. Por outro lado, se o conflito ocorrer entre duas normas que consubstanciam princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, atentando-se para a razoabilidade e proporcionalidade, princípios não expressos, mas ínsitos, na nossa ordem constitucional, sem que se permita a prevalência total de um, com exclusão do outro.

Os direitos e garantias fundamentais do credor trabalhista e do devedor executado indubitavelmente consagram normas que consubstanciam princípios, razão pela qual, rompido o paradigma da impenhorabilidade absoluta, pela significativa exclusão do texto legal do advérbio “absolutamente”, assim como pelo estabelecimento de um patamar acima do qual a penhora é legalmente admitida, deve o conflito ser resolvido pela composição judicial entre ambos, ponderando-se os interesses em choque, atentando-se para a razoabilidade e a proporcionalidade, cuja adequação poderá ser também judicialmente aferida e reexaminada, construindo-se, doutrinária e jurisprudencialmente, o modo de coexistência e composição dos valores jurídicos envolvidos. Para tanto, não se constitui em óbice o estabelecimento do parâmetro legal de 50 salários mínimos, que poderá e deverá ser temperado, exatamente porque a impenhorabilidade hoje não é mais absoluta.

Por outro lado, também o acréscimo legislativo da expressão “independentemente de sua origem” para a exceção de penhorabilidade em favor

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 1.255.

13 CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.255.

das prestações alimentícias deve merecer reflexão, pois a nova dicção afasta a ressalva de uma única espécie, aproximando-a de o gênero natureza alimentar, sendo outro possível caminho a ser descortinado pela construção jurisprudencial.

Oportuno registrar que o Superior Tribunal de Justiça, inclusive em créditos relativos a honorários advocatícios, já vinha relativizando a impenhorabilidade, mesmo sob a égide do CPC/73, sob os mesmos fundamentos ora delineados, assim como o próprio TST chegou a fazê-lo, embora de forma minoritária.

Os caminhos que ora se propõe para reflexão não destoam da Convenção 95 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe¹⁴:

“Artigo 10

1. O salário não poderá ser objeto de penhora ou cessão, a não ser segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional.

2. O salário deve ser protegido contra a penhora ou a cessão, na medida julgada necessária para assegurar a manutenção do trabalhador e de sua família.”

Os juízes e Tribunais Regionais Trabalhistas, assim como o TST, têm diante de si instigante desafio que, possivelmente, propiciará a redução da indesejada assimetria entre direitos fundamentais do trabalhador credor e do devedor executado. Como corolário, se constituirá, ainda, em pedagogia a desestimular eventuais devedores recalcitrantes e contumazes, que permaneciam isentos de quaisquer restrições, apesar de inadimplentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

DIDIER Jr., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 52, n. 316, 2004, p. 37-49.

14 Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29.05.56; ratificação em 25 de abril de 1957; promulgação pelo Decreto n. 41.721, de 25.06.57; vigência nacional em 25 de abril de 1958.

RECURSO DE REVISTA E AGRAVO DE INSTRUMENTO NO PROCESSO TRABALHISTA

Victor Russomano Jr.*

OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

O agravo de instrumento (AIRR) é disciplinado pelo art. 897 da CLT, o qual estabelece para o mencionado recurso o prazo de oito dias e o afirma cabível do despacho indeferitório do recurso de revista (RR).

Interpretando o citado dispositivo consolidado e via jurisprudencial e doutrinária, vários princípios e ditames foram fixados no tocante ao AIRR, destacando-se, dentre os mesmos, os seguintes:

– O RR (recurso de revista), disciplinado pelo art. 896 da CLT, é submetido a dois e distintos juízos de admissibilidade (ausente admissibilidade automática).

O mencionado recurso tem cunho extraordinário, porque apresenta pressupostos extrínsecos e intrínsecos (traduzidos, estes últimos, por, basicamente, conflito jurisprudencial e/ou violência legal).

O RR, em outras palavras, apresenta pressupostos intrínsecos ou especiais (divergência jurisprudencial e/ou violação legal, porque, através dos mesmos, como acima assinalado, o TST – que é uma instância extraordinária e não, em absoluto, uma terceira instância – cumpre a dupla e precípua finalidade no processo individual trabalhista, isto é, e exatamente, uniformização jurisprudencial e controle da legalidade das decisões trabalhistas).

Nos recursos de natureza extraordinária não é suficiente que a parte deduza os fundamentos do inconformismo, havendo de alegar e demonstrar, expressamente, conflito jurisprudencial e/ou violência legal (ter-se-á, caso contrário, um apelo *desfundamentado*, porque não articulado nenhum dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade).

– Os pressupostos recursais têm que ser, por isso mesmo, expressamente arguidos no apelo de natureza extraordinária.

* Professor da Universidade de Brasília; advogado.

DOCTRINA

Não há possibilidade de admissibilidade e/ou conhecimento de tal recurso, mesmo que dos fundamentos respectivos deflua conflito com verbete jurisprudencial e/ou violência legal (até mesmo constitucional), se tal não é articulado explicitamente no recurso.

“Ao colegiado é defeso suprir deficiência técnica detectada na revista, conhecendo-a por violação legal jamais cogitada pelo recorrente, em face do rigor dos pressupostos processuais a que se vinculam os recursos de natureza extraordinária.” (Proc. TST-AG-E-RR-250681/96.5, SDI-1, Rel. Min. Wagner Pimenta, publicado no DJ de 21.03.97)

“O simples cancelamento de enunciado desta Corte não fundamenta as razões de revista, devendo a parte alegar violação a algum dispositivo legal e/ou citar jurisprudência ao confronto de teses.” (Proc. TST-E-RR-223808/95.10, SDI-1, Rel. Min. Vantuil Abdala, publicado no DJ de 02.10.98)

– Ambos os requisitos (extrínsecos e intrínsecos) são objeto de análise pelos dois juízos de admissibilidade, razão pela qual o RR é passível, exemplificativamente, de indeferimento por intempestividade (pressuposto extrínseco) ou inespecificidade, sob o ângulo da Súmula nº 296/TST, dos arestos paradigmas transcritos no recurso (pressuposto intrínseco).

– Indeferido o RR pelo primeiro juízo de admissibilidade, traduzido por decisão monocrática no âmbito do TRT, é cabível o agravo de instrumento (AIRR) objetivando o processamento do RR.

Tem-se, assim e até o momento, que:

a) O AIRR visa suplantar o primeiro juízo negativo de admissibilidade do RR.

b) Aquele é cabível relativamente a despacho, através do qual realizado o primeiro juízo de admissibilidade do RR (não tem cabimento quanto a acórdão regional que decreta o não conhecimento de recurso ordinário).

c) *Não é possível, via AIRR, complementar o RR, ou seja, articular com pressupostos que não constam do RR* (arguindo, por exemplo, com violência legal que não foi propugnada no RR).

d) O AIRR objetiva demonstrar o cabimento do RR segundo os fundamentos e pressupostos do RR, os quais não são complementáveis em AIRR, porque os recursos trabalhistas submetem-se ao princípio da preclusão consumativa, sendo vedado complementá-los após protocolizados, acrescentando razões ou

articulando com novos permissivos recursais (salvo casos excepcionais, como naquele em que há modificação da decisão recorrida via EDs).

– O RR tem, portanto, duplo juízo de admissibilidade, isto é: a) o primeiro é efetuado mediante despacho do presidente do órgão jurisdicional recorrido ou por outra autoridade judiciária, mediante delegação e b) o segundo, através de acórdão da Turma do TST competente para o julgamento respectivo.

A análise dos pressupostos recursais – extrínsecos e intrínsecos – há de ser efetuada de ofício, razão pela qual não está vinculada à existência de contrarrazões ou que nestas últimas estejam aqueles infirmados.

Haverá, por exemplo, pela Turma do TST, análise da especificidade dos arestos paradigmas transcritos no RR, independentemente da mesma estar ou não questionada em contrarrazões àquele recurso.

Destaca-se, no particular, que inexistente vinculação entre os dois juízos de admissibilidade do RR. A admissão do apelo não determina, automaticamente, o conhecimento deste pelo Tribunal *ad quem*. Deferido o recurso quanto à determinada matéria, é possível ao Tribunal que o analisa posicionar-se em sentido oposto, ou seja, dele não conhecendo em face da ausência de pressupostos intrínsecos ou extrínsecos, que haviam sido tidos como preenchidos pelo primeiro juízo de admissibilidade.

“Inexistente vinculação entre o despacho proferido pelo juízo de admissibilidade *a quo* e a decisão do colegiado *ad quem*. E isto porque o despacho liminar do juízo primeiro de admissibilidade é de cognição incompleta, que não pode limitar a competência do juízo *ad quem*, sob pena de inversão de competência.” (Proc. TST-E-RR-148026/94.0, SDI-1, Rel. Min. Milton de Moura França, publicado no DJ de 22.08.97)

“O Pleno do TST, em discussão travada em 3 de fevereiro de 2000, concluiu, em abstrato, que embora o presidente do Regional indefira o processamento do recurso de revista por falta de um dos pressupostos extrínsecos, a Turma do TST, ao julgar o agravo de instrumento e decidir por superar esse óbice, está autorizada a manter a decisão agravada por outro fundamento, inclusive se verificar que a revista não mereceria processamento por falta de um dos pressupostos intrínsecos.” (Proc. TST-E-AIRR-626413/00.5, SDI-1, Rel. Min. João Batista de Brito Pereira, publicado no DJ de 06.04.01)

Tem-se, exemplificativamente, que deferido o RR, porque cumpridos os pressupostos extrínsecos e comprovada divergência jurisprudencial relativamente à matéria versada no RR, a Turma do TST decreta o não conhecimento do RR,

DOCTRINA

sob o fundamento de intempestividade ou deferido o RR que contempla os temas X, Y e Z, porque demonstrada violência legal e/ou divergência jurisprudencial relativamente aos três tópicos, a Turma do TST decreta o não conhecimento integral do mesmo e/ou conhecimento (parcial) do recurso quanto aos tópicos X e Y.

O despacho que admite o RR (primeiro juízo de admissibilidade) tem cunho interlocutório e não é passível, em princípio, de impugnação recursal.

O despacho que inadmite o RR é terminativo do feito e, por isso, impugnável através de AIRR.

ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

Não obstante o art. 897 da CLT não tenha sido revogado e/ou alterado, permanecendo os ditames básicos aplicáveis ao AIRR (prazo, finalidade e cabimento), foram alterados aspectos fundamentais do mencionado recurso, destacando-se, dentre os mesmos e de imediato, os seguintes: o primeiro juízo de admissibilidade do RR é ou pode ser parcial e é impugnável por meio de EDs.

Estão revogadas a Súmula nº 285/TST e a OJ nº 377/TST.

Tais afirmativas estão consubstanciadas na Instrução Normativa nº 40/2016/TST, cujo texto é o seguinte:

“Art. 1º Admitido apenas parcialmente o recurso de revista, constitui ônus da parte impugnar, mediante agravo de instrumento, o capítulo denegatório da decisão, sob pena de preclusão. [Artigo com vigência a partir de 15 de abril de 2016, conforme art. 3º desta Resolução]

§ 1º Se houver omissão no juízo de admissibilidade do recurso de revista quanto a um ou mais temas, é ônus da parte interpor embargos de declaração para o órgão prolator da decisão embargada supri-la (CPC, art. 1.024, § 2º), sob pena de preclusão.

§ 2º Incorre em nulidade a decisão regional que se abster de exercer controle de admissibilidade sobre qualquer tema objeto de recurso de revista, não obstante interpostos embargos de declaração (CF/88, art. 93, inciso IX, e § 1º do art. 489 do CPC de 2015).

§ 3º No caso do parágrafo anterior, sem prejuízo da nulidade, a recusa do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho a emitir juízo de admissibilidade sobre qualquer tema equivale à decisão denegatória. É ônus da parte, assim, após a intimação da decisão dos embargos de declaração, impugná-la mediante agravo de instrumento (CLT, art. 896, § 12), sob pena de preclusão.

DOCTRINA

§ 4º Faculta-se ao Ministro Relator, por decisão irrecurável (CLT, art. 896, § 5º, por analogia), determinar a restituição do agravo de instrumento ao Presidente do Tribunal Regional do Trabalho de origem para que complemente o juízo de admissibilidade, desde que interpostos embargos de declaração.”

Analisando-se as principais implicações que resultam de tal circunstância, tem-se que:

(1)

O primeiro juízo de admissibilidade era sempre integral, ou seja, o RR era deferido ou indeferido integralmente, contrariamente ao que se constata relativamente ao segundo juízo, por meio do qual é possível o conhecimento parcial do RR.

Tem-se, assim, que:

– Caso o RR contemplasse diversos temas, o indeferimento deste somente era possível através de despacho que analisasse a totalidade das matérias e demonstrasse, fundamentadamente, a ausência dos pressupostos recursais quanto a cada uma delas.

– a mesma hipótese anterior, se o apelo estivesse fundamentado quanto a um dos temas versados, seria o mesmo admitido (integralmente), sem necessidade de exame dos demais.

– por isso mesmo que a Súmula nº 285/TST consubstanciava entendimento no sentido de que “o fato de o juízo primeiro de admissibilidade do recurso de revista entendê-lo cabível apenas quanto a parte das matérias veiculadas não impede a apreciação integral pela Turma do Tribunal Superior do Trabalho, sendo imprópria a interposição de agravo de instrumento”.

– No caso do exemplo imediatamente anterior, suficiente era que o despacho que consubstancia o primeiro juízo de admissibilidade fundamentasse o cabimento do RR quanto ao tema X, sem necessidade de fazê-lo quanto aos temas Y e Z (o agravo de instrumento era incabível).

– Há de ser esclarecido que a Súmula nº 285/TST não significava que o RR, na hipótese de contemplar várias matérias, ultrapassaria, automaticamente, a fase de conhecimento relativamente a todas elas, caso fundamentado quanto a uma das mesmas. Essa regra era válida, tão somente, para o primeiro juízo de admissibilidade. Isto significa que, caso o RR versasse várias matérias, os permissivos recursais previstos nos art. 896 da CLT teriam que ser comprovados relativamente a cada um dos temas objeto do recurso.

DOCTRINA

– Era por isso mesmo que:

“O provimento do agravo de instrumento em um dos temas constantes do recurso de revista importa na análise de sua totalidade, ainda que não impugnado no agravo de instrumento, na forma do Enunciado nº 285 do TST. Não há falar em preclusão lógica, prevista no art. 503 do CPC, porque a finalidade do agravo de instrumento é desconstituir os fundamentos do despacho denegatório do seguimento do recurso obstado e possibilitar o processamento do recurso de revista.” (Proc. TST-E-RR-750967/2001.9, SDI-1, Rel^a Min^a Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, publicado no DJ de 05.03.04)

Constata-se, atual e diversamente, que:

A conclusão irrecusável é no sentido de que *ambos os juízos de admissibilidade são ou podem ser parciais*.

Não mais é possível ao primeiro juízo de admissibilidade admitir ou indeferir integralmente o RR sem análise, fundamentada, destacada e específica dos vários e de cada um dos temas recursais, apontando os permissivos recursais configurados e/ou óbices aplicáveis, respectivamente.

A totalidade dos tópicos recursais terá que ser objeto de exame específico, destacado e fundamentado.

Caso o RR contemple três matérias (X, Y e Z), o juízo de admissibilidade poderá admitir o RR integral ou parcialmente, isto é, quanto a, exemplificativamente, X.

Verificada a hipótese de admissão parcial, será cabível AIRR no tocante a Y e Z.

Ausente o AIRR, somente a matéria X será analisada pelo TST (em grau de RR), configurando-se o trânsito em julgado relativamente a Y e Z.

Indispensável é, nesse momento, atentar para o seguinte:

a) Na hipótese de o AIRR tratar unicamente do tema Y e ser provido, o TST analisará, em grau de RR, os temas X e Y.

b) Estará caracterizada a preclusão quanto à matéria Z.

c) Caso o RR, versando X, Y e Z, seja indeferido e o AIRR trate de X, o provimento respectivo não autoriza a análise, pelo TST e em grau de RR, dos temas Y e Z.

d) Não mais tem aplicabilidade o princípio afirmado pelo último precedente do TST acima reproduzido.

(2)

O despacho indeferitório do RR é impugnável através de EDs, previamente interpostos ao protocolo do AIRR (cujo prazo fica interrompido com a oposição do recurso horizontal).

Tal possibilidade tem várias consequências, quais sejam:

– Os EDs apresentam, excepcionalmente, cunho modificativo (hipótese em que tem aplicabilidade a OJ nº 142-SDI-1/TST), segundo a Súmula nº 278/TST.

Caso, por exemplo, o RR seja indeferido sob o fundamento de intempestividade, a parte interessada poderá opor EDs comprovando feriado local/ausência de expediente forense que elida aquele óbice recursal, como previsto na Súmula nº 385/TST (anteriormente tal teria que ser feito via AIRR).

– A regra, como acima mencionado, é a irrecorribilidade das manifestações jurisdicionais interlocutórias, incluindo-se neste conceito o despacho através do qual deferido o RR (Súmula nº 214/TST).

Este princípio não é aplicável, todavia, ao recurso atípico (EDs), que sequer tem como pressuposto a sucumbência.

Conforme destacado em trabalho anterior, relativamente ao RR, tem-se que:

a) As decisões regionais impugnáveis através de RR são aquelas que não têm cunho interlocutório (Súmula nº 214/TST).

A matéria julgada pela decisão regional de caráter interlocutório é impugnável através de RR, que deverá ser interposto, porém, contra a decisão regional definitiva.

b) Note-se, na situação mencionada, que o primeiro acórdão regional, embora não impugnável através de RR, o é via EDs e deverão, portanto, ser opostos EDs quanto ao mesmo, visando prequestionar elementos ou teses necessárias ao cabimento do RR, relativamente à matéria analisada pelo primeiro acórdão regional, embora o RR somente seja interposto contra a segunda decisão regional.

c) Isto porque:

“O óbice do Enunciado nº 214 é dirigido ao recurso em sentido estrito, isto é, a jurisprudência cristalizada no referido enunciado não proíbe a oposição de embargos declaratórios contra decisão interlocutó-

ria. Preclusão ocorrida em razão da inércia do reclamado, que não opôs embargos declaratórios na época própria.” (Proc. TST-E-RR-30954/91, SDI, Rel. Min. Francisco Fausto, publicado no DJ de 18.08.95)

Fixado o cabimento de EDs interpostos relativamente a despacho deferitório de RR, tem-se a possibilidade de o agravado questionar e impugnar, através dos mesmos, requisitos de admissibilidade do RR.

Na hipótese de o RR ser admitido, porque cumpridos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos respectivos, a parte recorrida poderá interpor EDs questionando tais requisitos e obter o indeferimento do RR, via efeito modificativo do recurso horizontal (porque, exemplificativamente, irregular a representação processual para fins de RR, não cumprida a Súmula nº 337/TST no tocante aos arestos paradigmas reproduzidos no RR, etc.).

Tem-se, em outras palavras, que os EDs são interponíveis de despacho que admite e inadmite RR e o são por ambas as partes que podem (ambas, novamente) obter o efeito modificativo ínsito aos EDs.

(3)

O despacho de admissibilidade do RR está sujeito ao princípio do prequestionamento que, insculpido na Súmula nº 297/TST, significa que não é passível de recurso a matéria que não foi analisada e, portanto, prequestionada pela decisão jurisdicional impugnada.

O prequestionamento era compreendido como a efetiva e explícita análise da matéria pela decisão recorrida, e não, meramente, a arguição do tema em apelo anterior ou, até mesmo, via EDs.

Tal posicionamento foi alterado, consignando o citado Verbete Sumular, que: “1. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. 2. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios, objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão. 3. *Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração*”.

Mencione-se, quanto à parte final da Súmula nº 297/TST, que, não sanada a omissão e, portanto, não prequestionado o tema, apesar da oposição de embargos declaratórios, resulta nulidade processual a ser articulada no AIRR (mesmo que por cautela, em face da figura do prequestionamento implícito).

DOCTRINA

O prequestionamento não se configura a partir de mera arguição da parte no recurso previamente anterior ou da simples oposição de EDs (exceto no caso do prequestionamento ficto), mas, sim, do acolhimento destes últimos com manifestação explícita da decisão jurisdicional relativamente à matéria ou ao aspecto fático a ser objeto de prequestionamento. A oposição de EDs é indispensável, outrossim, à configuração da nulidade processual pela ausência de análise de tema articulado oportunamente pela parte.

Desnecessária é a oposição sucessiva de EDs visando sanar a omissão. Opostos os primeiros EDs e não sanada a mesma, configura-se a nulidade passível de arguição no AIRR.

Os EDs sucessivos, admitidos doutrinária e jurisprudencialmente, não de ser opostos, outrossim, com extrema cautela, visto que têm que ser relativos à decisão prolatada nos EDs anteriores, e nunca, sob pena de intempestividade, à decisão primitiva e já embargada de declaração e tal implicará a intempestividade do AIRR:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS SUCESSIVOS. MATÉRIA PRECLUSA. A jurisprudência e a doutrina têm admitido a possibilidade de se interpor embargos declaratórios em face de acórdão que julgou declaratórios anteriormente opostos. Mas neste caso, a omissão, a obscuridade ou a contradição devem ser imputadas ao último acórdão embargado, não sendo possível vincular-se a matéria já preclusa, ou seja, vícios atribuídos ao acórdão primitivo.” (Proc. TST-AG-E-RR-101082/93.1, SDI-1, Rel. Min. Vantuil Abdala, publicado no DJ de 31.10.97)

Exemplificando:

- RR versa X, Y e Z.
- O despacho de inadmissibilidade do RR analisa somente X.
- À parte compete interpor EDs objetivando o exame da admissibilidade do RR quanto a Y e Z.
- Analisados os EDs há pronunciamento somente no tocante a Y.
- A nulidade está caracterizada relativamente a Z (sem necessidade de sucessivos EDs), que deverá ser articulada no AIRR.

Questionamento interessante emerge na hipótese em que o primeiro juízo de admissibilidade admite o RR que compreende X, Y e Z, sem, contudo, analisar, específica e fundamentadamente, Y e Z, por exemplo.

Tem-se, em princípio, que não há interesse da parte que teve admitido o RR na interposição de AIRR.

Aconselhável é em tal hipótese e por cautela, até que, no mínimo, haja definição jurisprudencial quanto à matéria, que a parte oponha EDs visando ao exame expresso de Y e Z e, posteriormente, caso necessário, o AIRR (articulando, inclusive, nulidade processual, caso os EDs não obtenham o exame de Y e/ou Z).

O art. 1º, § 4º, da IN nº 40/TST faculta ao relator do AIRR determinar a restituição dos autos ao TRT originário para fins de complementação do juízo de admissibilidade.

Tal faculdade deve ou pode ser exercida no caso do exemplo imediatamente anterior, mas pelo relator do RR cuja admissibilidade foi decretada pelo primeiro juízo de admissibilidade embora incompleto.

(4)

O juízo de admissibilidade há de ser fundamentado.

Inobserva tal princípio o despacho que inadmite o RR limitando-se a afirmar, genérica e abstratamente, determinado óbice recursal, tal como a incidência das Súmulas ns. 126 ou 296/TST, sem apontar nenhum elemento concreto configurar o reexame fático ou a pertinência material dos arestos paradigmas daquele recurso.

Não é suficiente, em outras palavras e para indeferimento do RR, que seja afirmada a ausência de especificidade de aresto paradigma transcrito naquele apelo, competindo ao despacho de inadmissibilidade demonstrar a efetiva ausência de identidade fática entre as hipóteses contrastadas.

Tem-se, dito de outra forma, que não é suficiente, à validade da decisão judicial, que a mesma indique, simplesmente, o óbice à admissibilidade do RR o conhecimento do RR, traduzido pelas Súmulas ns. 126, 297, 23 e/ou 296/TST. A incidência do verbete sumular há de ser justificada.

Vedado é, assim, à manifestação jurisdicional e exemplificativamente, meramente declarar que os arestos paradigmas do RR inobservam os ditames da Súmula nº 296/TST, tendo que demonstrar por que são inespecíficos.

Ausente tal comprovação, serão interponíveis EDs e cabível será o AIRR propugnando, inclusive, nulidade processual.

Atente-se para o seguinte e como emerge de tudo que anteriormente exposto: a parte agravada poderá interpor EDs contra despacho que deferiu

DOCTRINA

RR calcado em divergência jurisprudencial tida por aquele como específica e visando demonstrar que a mesma não cumpre, em realidade, os ditames da Súmula nº 296/TST e obter, através do recurso horizontal com efeito modificativo, o indeferimento do RR.

Cumprido o princípio da motivação, ressalta a plena incidência da Súmula nº 422/TST a ser observada no AIRR.

Ter-se-á, em tal hipótese, óbice recursal afirmado e motivado, o que implica a necessidade de ser expressa e especificamente impugnado no AIRR.

Retomando o exemplo imediatamente anterior e se cumprindo, somente assim, a Súmula nº 422/TST:

– Indeferido o RR sob fundamento genérico de inobservância da Súmula nº 296/TST.

– O agravante deverá opor EDs para obter os fundamentos a partir dos quais asseverada a impertinência material da divergência jurisprudencial propugnada no RR.

– Não sanada a omissão, o AIRR deverá arguir a nulidade processual e demonstrar a especificidade do conflito pretoriano articulado no RR.

– Sanada a omissão e declarado que o aresto paradigma do RR é inespecífico, porque o acórdão regional afirma a prevalência da estabilidade, no caso de extinção da empresa causada por falência e o precedente não menciona o motivo ou indica motivo diverso.

– O AIRR há de impugnar tal fundamento, demonstrando que as hipóteses comparadas são substancialmente iguais, porque a tese é a subsistência ou não da estabilidade diante da extinção da empresa, não importando – aspecto secundário – o motivo para tal extinção.

– Não é suficiente que o AIRR meramente afirme a especificidade da divergência jurisprudencial.

OBSERVAÇÕES COMPLEMENTARES

O presente trabalho não objetiva dissertar sob o AIRR, sob ótica histórica ou doutrinária e, muito menos, questionar ou mesmo criticar a disciplina atual do referido recurso, mas, simplesmente, apontar consequências, dificuldades e desdobramentos da complexidade adquirida pelo AIRR, inclusive sob o ângulo prático. Algumas dessas dúvidas não foram previstas e outras são possivelmente

infundadas, mas certamente surgirão e terão que ser solvidas definitivamente pelo TST.

Acrescentam-se, embora não exaurientes dos questionamentos que serão suscitados:

– O AIRR necessita, eventual e potencialmente, de substituição e/ou complementação.

– Indeferido o RR com embasamento na Súmula nº 126/TST e interpostos, concomitantemente AIRR e EDs pelo agravado, sendo estes últimos acolhidos (muito embora sem efeito modificativo, porque mantido o indeferimento do RR) para acrescentar o óbice da Súmula nº 296/TST, o agravante terá que complementar o AIRR para impugnar o fundamento acrescentado à admissibilidade do RR (estará descumprida, caso contrário, a Súmula nº 422/TST).

– Indeferido o RR sob o fundamento de incidência da Súmula nº 126/TST e opostos EDs pelo agravado questionando e obtendo a decretação de deserção do RR, o AIRR previamente interposto, que tratava da faticidade da matéria, está prejudicado e a parte deverá protocolar um segundo AIRR, impugnado a deserção imputada ao AIRR.

– Neste último caso, sendo o AIRR submetido a depósito recursal, surge o questionamento quanto à necessidade ou desnecessidade de nova garantia do juízo.

A resposta é, em princípio, negativa, em face da jurisprudência atual do TST, segundo a qual:

“NOVO RECURSO ORDINÁRIO. COMPLEMENTAÇÃO DO DEPÓSITO PARA ATUALIZAR O VALOR AO NOVO NOVO TETO RECURSAL. INEXIGIBILIDADE DE NOVO DEPÓSITO RECURSAL PARA ATINGIR O VALOR DA CONDENAÇÃO. JUÍZO GARANTIDO. DESERÇÃO AFASTADA. 1. Consoante entendimento desta Corte, consubstanciado no item I da Súmula nº 128, ‘é ônus da parte recorrente efetuar o depósito depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso’. 2. No presente caso, estamos diante de anulação da sentença, havendo interposição de segundo recurso ordinário pela reclamada, com recolhimento da diferença do valor majorado, que alcançou o teto do valor do depósito recursal exigido à época da interposição do segundo recurso ordinário. 3. Julgado prejudicado o primeiro recurso ordinário e alterado o valor legal do depósito respectivo, ao recorrer novamente

DOUTRINA

ao Tribunal Regional, nos termos da Súmula nº 128, I, do TST, é devido novo depósito recursal no valor remanescente, em complementação ao depósito anterior, de modo a adequá-lo ao novo valor do depósito recursal vigente ou de forma a atingir o valor da condenação. Consoante registrado no acórdão, embora realizada a adequação ao novo valor da condenação, a eg. Turma entendeu que a soma dos valores depositados para o primeiro e segundo recursos ordinários não era suficiente, pois não alcançava o montante arbitrado à condenação. 4. Tal entendimento destoa da correta interpretação do item I da Súmula nº 128 desta Corte, pois não se tratava de “novo recurso”, mas da complementação do recurso de mesma hierarquia, sem alteração de instância, sendo suficiente que a recorrente atualizasse o valor máximo do depósito para garantia do recurso ordinário, o que foi feito. Precedentes.” (Processo: E-RR 152585-87.2004.5.15.0120, Data de Julgamento: 02.06.2016, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação DEJT 10.06.2016)

– A preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional é arguível no AIRR e relativamente ao despacho de admissibilidade do RR.

Tem aplicabilidade, no tocante à mesma e analogicamente, a exigência da OJ nº 115-SDI-1/TST (redigida originariamente para efeito do RR).

– O art. 282, § 2º, do CPC tem incidência, razão pela qual é suplantável (na verdade, não decretada) nulidade do despacho impugnado via AIRR, caso haja elementos para provimento do mesmo.