



*A próxima década do*  
***Direito do***  
***Trabalho***

*Dez anos do Bruno Freire Advogados*

**Bruno Freire e Silva**

A próxima década do Direito do Trabalho

---

Dez anos do **Bruno Freire Advogados**

*The next decade of Labor Law*

---

*The ten years of Bruno Freire Advogados*

*Bruno Freire e Silva*

Título: ***A próxima década do Direito do Trabalho  
Os Dez anos do Bruno Freire Advogados***  
Copyright © 2022 por Bruno Freire e Silva

Title: *The next decade of Labor Law  
The ten years of Bruno Freire Advogados*  
Copyright © 2022 by Bruno Freire e Silva

**Todos os direitos reservados por Bruno Freire e Silva.  
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida  
sob quaisquer meios existentes sem a autorização por escrito do autor.**

*All rights reserved by Bruno Freire e Silva.  
No part of this book may be used or reproduced  
in any media without the written permission of the author.*

**Equipe:** *Technical Team:*

Organização editorial: Marcia Oliveira

*Editorial organization: Marcia Oliveira*

Tradução: Edson Ribeiro

*Translation: Edson Ribeiro*

Revisão: Isabel Bing

*Revision: Isabel Bing*

Diagramação: Microart Design Editorial

*Text formatting: Microart Design Editorial*

Capa: Manuela Pierk

*Cover: Manuela Pierk*

Produção gráfica: Hewder Pinheiro

*Printing Production: Hewder Pinheiro*

***Bruno Freire Advogados***

***Al. Santos, 2.395 – 2º andar – Cerqueira César – 01419-002 – São Paulo – SP  
(55 11) 3063-5579***

Impressão e acabamento Pancrom Ind. Gráfica

Papel couché fosco 150 g – Capa dura luxo

*Printed by Pancrom Ind. Gráfica*

*Matte couché paper 150 g – Luxury hardcover*

A próxima década do Direito do Trabalho

---

Dez anos do **Bruno Freire Advogados**

*The next decade of Labor Law*

---

*The ten years of Bruno Freire Advogados*

*Bruno Freire e Silva*



A presente obra sobre *A próxima década do Direito do Trabalho* comemora os 10 anos do **Bruno Freire Advogados** e é dedicada aos advogados, estagiários, funcionários, clientes, parceiros e amigos que fizeram e os que ainda fazem parte desta história de sucesso.



**T***his book about *The Next Decade of Labor Law* celebrates the 10 years of **Bruno Freire Advogados** and is dedicated to the lawyers, trainees, employees, clients, partners and friends who have been and still are part of this successful story.*

<b>História do Bruno Freire Advogados e da Legislação Trabalhista.....</b>	<b>13</b>
2012 – Fundação do Escritório Bruno Freire Advogados .....	16
2013 – Aprovação do sócio-fundador no concurso público para Professor da UERJ.....	18
2014 – Promulgação da Lei nº 13.015. Estabelecimento e crescimento do Bruno Freire Advogados.....	20
2015 – Publicação do Novo Código de Processo Civil .....	22
2016 – Publicação da Reforma Trabalhista. Eleição e posse do sócio-fundador Bruno Freire para a Academia Brasileira de Direito do Trabalho .....	24
2017 – Eleição do Bruno Freire Advogados entre os mais admirados do Brasil e a Internacionalização do Escritório. Comemoração de 5 anos de fundação.....	26
2018 – Ingresso dos consultores jurídicos Carlos Alberto Reis de Paula e Décio Sebastião Daidone.....	28
2019 – Atuação na formação de Precedentes Vinculantes .....	30
2020 – Ingresso de novos sócios, aumento da equipe e inclusão no <i>ranking</i> dos <i>Top Lawyers</i> .....	32
2021 – Realização de audiências e julgamentos telepresenciais.....	34
2022 – Regulamentação de Teletrabalho e publicação da obra comemorativa de 10 anos de fundação do Escritório.....	36
2032 – Como será a próxima década do Direito do Trabalho e do Bruno Freire Advogados?.....	48
<b>Depoimentos .....</b>	<b>41</b>
ADAUTO DUARTE – Diretor Executivo de Relações Institucionais, Trabalhistas e Sindicais da FEBRABAN .....	45
ADRIANO CLÁUDIO PIRES RIBEIRO – Diretor Jurídico – JBS S.A.....	46
CIRO RANGEL AZEVEDO – Gerente Jurídico – Braskem S.A. ....	47
CRISTIANA LAPA W. SARCEDO, ETINON JUNIOR E CAROLINE SANSELME VIEIRA – Vice-Presidente Jurídica, Gerente Jurídico e Executiva Jurídica – Braskem S.A.....	48
CRISTIANO BORGES CASTILHOS – Diretor Executivo Jurídico – Álya Construtora S.A. (antiga Construtora Queiroz Galvão S.A.) .....	49
FABIO CALPACCI LEONE – Diretor Jurídico – Dia Brasil Sociedade Ltda.....	50
JULIANA FONSECA DE AZEVEDO – Gerente Jurídico – Biocom / Companhia de Bioenergia de Angola.....	51
LUÍS ANTONIO GIAMPAULO SARRO – Sócio-Fundador – Giampaulo Sarro e Advogados Associados S/C Ltda.....	52
LUIZ FERNANDO SANTOS GONÇALVES – Jurídico-Legal – DP World / Embraport S.A.....	53
MARCOS CURI DE CASTRO – Médico ex-Presidente Regional SP – Associação Brasileira de Medicina Antroposófica.....	54

PAULA MILORI COSENTINO IZQUIERDO – Gerente Jurídico – Contencioso – Dia Brasil Sociedade Ltda.....	55
RAFAEL GUSMÃO RODRIGUES DE ANDRADE – Gerente Jurídico do Departamento Consultivo – Eletrobras.....	56
RODRIGO FRANÇA – Superintendente Jurídico – Brasil BioFuels S.A. / BBF .....	57
ROGÉRIO BAUTISTA DA NOVA MOREIRA – Diretor jurídico de Governança de Novonor S.A. ....	58
THEREZA ALVIM E EDUARDO ARRUDA ALVIM – Sócios-Fundadores – Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica .....	59
<b>Artigos de Convidados .....</b>	<b>61</b>
ALEXANDRE AGRA BELMONTE – Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.....	71
O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho à luz do CPC de 2015, da Lei nº 13.467/2017 e da Lei nº 13.874/2019	
ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA – Ministro do Tribunal Superior do Trabalho .....	79
Os princípios da cooperação, da isonomia e da boa-fé nos cinco anos da Lei 13.105/15: a vanguarda e protagonismo do processo do trabalho	
AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR – Ministro do Tribunal Superior do Trabalho .....	87
O devido processo “leal”. Reflexões sobre a extensão da responsabilidade por dano processual	
AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO – Ministro do Tribunal Superior do Trabalho .....	95
Sistema de precedentes: aplicação direta, aplicação analógica e afastamento por distinção	
CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO – Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.....	107
A reclamação constitucional no processo do trabalho	
EVANDRO PEREIRA VALADÃO LOPES – Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.....	117
Do incidente de arguição de inconstitucionalidade	
GISELE FERNANDES GÓES – Procuradora Regional do Trabalho da 8ª Região .....	127
Distribuição convencional do ônus de prova	
LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO – Ministro do Tribunal Superior do Trabalho .....	135
O direito constitucional de greve contra o interdito proibitório: a inadequação da forma e seu eloquente conteúdo	
MORGANA DE ALMEIDA RICHA – Ministra do Tribunal Superior do Trabalho.....	141
<i>Amicus curiae</i>	
SERGIO PINTO MARTINS – Ministro do Tribunal Superior do Trabalho .....	151
Litigância de má-fé no processo do trabalho	

<b>History of Bruno Freire Advogados and the Labor Law .....</b>	<b>15</b>
2012 – <i>Foundation of Bruno Freire Advogados .....</i>	16
2013 – <i>Approval of the founding partner in public examination for Professor at UERJ.....</i>	18
2014 – <i>Enactment of Law 13.015. Establishment and growth of Bruno Freire Advogados.....</i>	20
2015 – <i>Publication of the New Civil Procedure Code .....</i>	22
2016 – <i>Publication of the Labor Reform. Election and induction of the founding partner Bruno Freire to the Brazilian Academy of Labor Law.....</i>	24
2017 – <i>Bruno Freire Advogados is elected one of the most admired law firms in Brazil and the Firm's Internationalization. Celebration of five years of the Firm's foundation .....</i>	26
2018 – <i>Legal consultants Carlos Alberto Reis de Paula e Décio Sebastião Daidone join the Firm's team.....</i>	28
2019 – <i>Acting in the formation of Binding Precedents .....</i>	30
2020 – <i>Admission of new partners, increase of the team and inclusion in the Top Lawyers ranking.....</i>	32
2021 – <i>Remote hearings and trials .....</i>	34
2022 – <i>Telework Regulation and publication of the commemorative work of the Firm's 10<sup>th</sup> anniversary.....</i>	36
...2032 – <i>What will the next decade of Labor Law and Bruno Freire Advogados look like? .....</i>	38
<b>Testimonials .....</b>	<b>43</b>
ADAUTO DUARTE – <i>Executive Director of Institutional, Labor and Trade Union Relations – FEBRABAN.....</i>	45
ADRIANO CLÁUDIO PIRES RIBEIRO – <i>Legal Director – JBS S.A. ....</i>	46
CIRO RANGEL AZEVEDO – <i>Legal Manager – Braskem S.A. ....</i>	47
CRISTIANA LAPA W. SARCEDO, ETINON JUNIOR E CAROLINE SANSELME VIEIRA – <i>Legal Vice President, Legal Manager and Legal Executive – Braskem S.A.....</i>	48
CRISTIANO BORGES CASTILHOS – <i>Legal Executive Director – Álya Construtora S.A. (former Construtora Queiroz Galvão S.A.).....</i>	49
FABIO CALPACCI LEONE – <i>Legal Director – Dia Brasil Sociedade Ltda. ....</i>	50
JULIANA FONSECA DE AZEVEDO – <i>Legal Manager – Biocom / Companhia de Bioenergia de Angola.....</i>	51
LUÍS ANTONIO GIAMPAULO SARRO – <i>Founding Partner – Giampaolo Sarro e Advogados Associados S/C Ltda.....</i>	52
LUIZ FERNANDO SANTOS GONÇALVES – <i>Jurídico-Legal – DP World / Embraport S.A. ....</i>	53
MARCOS CURI DE CASTRO – <i>Physician Former Regional President SP – Associação Brasileira de Medicina Antroposófica.....</i>	54

PAULA MILORI COSENTINO IZQUIERDO – <i>Legal Manager – Litigation – Dia Brasil Sociedade Ltda</i> .....	55
RAFAEL GUSMÃO RODRIGUES DE ANDRADE – <i>Legal Manager of the Advisory Department – Eletrobras</i> .....	56
RODRIGO FRANÇA – <i>Legal Superintendent – Brasil BioFuels S.A. / BBF</i> .....	57
ROGÉRIO BAUTISTA DA NOVA MOREIRA – <i>Governance Legal Director of Novonor S.A.</i> .....	58
THEREZA ALVIM E EDUARDO ARRUDA ALVIM – <i>Founding Partners – Arruda Alvim &amp; Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica</i> .....	59
<b>Guest Articles.....</b>	<b>63</b>
ALEXANDRE AGRA BELMONTE – <i>Minister of the Superior Labor Court</i> .....	71
<i>The incident of disregard of legal entity in the labor process in light of the CPC of 2015, law number 13.467/2017 and law number 13.874/2019</i>	
ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA – <i>Minister of the Superior Labor Court</i> .....	79
<i>The principles of cooperation, isonomy and good faith in the five years of Law 13.105/15: the vanguard and prominence of the labor process</i>	
AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR – <i>Minister of the Superior Labor Court</i> .....	87
<i>The “loyal” due process. Reflections on the extent of liability for procedural damage</i>	
AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO – <i>Minister of the Superior Labor Court</i> .....	95
<i>System of precedents: direct application, analogical application, and departure by distinction</i>	
CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO – <i>Minister of the Superior Labor Court</i> .....	107
<i>The constitutional complaint in the labor process</i>	
EVANDRO PEREIRA VALADÃO LOPES – <i>Minister of the Superior Labor Court</i> .....	117
<i>The accident of the plea of unconstitutionality</i>	
GISELE FERNANDES GÓES – <i>Regional Labor Attorney of the 8<sup>th</sup> Region</i> .....	127
<i>Conventional distribution of the burden of proof</i>	
LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO – <i>Minister of the Superior Labor Court</i> .....	135
<i>The constitutional right to strike versus prohibitory interdict: the inadequacy of form and its eloquent content</i>	
MORGANA DE ALMEIDA RICHIA – <i>Minister of the Superior Labor Court</i> .....	141
<i>Amicus curiae</i>	
SERGIO PINTO MARTINS – <i>Minister of the Superior Labor Court</i> .....	151
<i>Bad faith litigation in the labor process</i>	



**N**ão sabemos se já é possível dizer “história” do Escritório Bruno Freire Advogados, mas dez anos são um lapso temporal que merece registro. Trata-se de uma década... dez anos... cento e vinte meses... quase quatro mil dias... mais de oitenta mil horas! Em uma década, é possível construir muita coisa. Até mesmo sobreviver durante dez anos, tratando-se de uma empresa, é algo difícil de se atingir, diante da instabilidade econômica na qual vivemos.

Então, não poderíamos completar esta década de existência sem um registro especial, substanciado no presente livro que, paralelamente ao aniversário de dez anos, também traz um registro das principais alterações legislativas desde a fundação do nosso Escritório.

E, nesta primeira parte do livro, está o registro dos nossos principais pontos de desenvolvimento por ano de existência, com os registros do que consideramos mais relevantes e fotos que espelham o momento vivido, além de uma projeção de onde pretendemos chegar na próxima década.

BRUNO FREIRE E SILVA



**W**e do not know if it is already possible to say “history” of Bruno Freire Advogados, but ten years is a time lapse that deserves registration. It is about a decade... ten years... one hundred and twenty months... almost four thousand days... more than eighty thousand hours! In a decade, you can build a lot of things. Even surviving for ten years, in the case of a company, is something difficult to achieve, given the economic instability in which we live.

*So, we could not complete this decade of existence without a special record, embodied in this book, which, parallel to the ten-year anniversary, also brings a record of the main legislative changes since the foundation of our Firm.*

*And, in this first part of the book, there is a record of our main points of development by year of existence, with the records of what we consider to be the most relevant and photos that mirror the moment we have lived through, as well as a projection of where we intend to be in the next decade.*

BRUNO FREIRE E SILVA

## 2012

**O** Bruno Freire Advogados foi fundado em 2012. A partir daí, se desenvolveu, cresceu e se consolidou de forma destacada, não limitado apenas à São Paulo, mas com expansão para outras localidades, especialmente Rio de Janeiro e Brasília, em razão de atuação no Tribunal Superior do Trabalho.

É possível constatar inúmeras reformas legislativas após a fundação do Escritório, as quais tiveram o condão de alterar sobremaneira o perfil do Direito e Processo do Trabalho, cujos principais diplomas normativos a reger as relações laborais consistiam, até então, na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho promulgada em 1943.

---

**B**runo Freire Advogados was founded in 2012. Since then, it has developed, grown and consolidated in a remarkable way, not limited only to São Paulo, but also expanding to other locations, especially Rio de Janeiro and Brasilia, on account of acting in the Superior Labor Court.

*It is possible to observe numerous legislative reforms after the foundation of the Firm, which had the power to greatly alter the profile of Labor Law and Procedure, whose main normative diplomas governing labor relations consisted, until then, of the Federal Constitution of 1988 and the Consolidation of Labor Laws promulgated in 1943.*



Solenidade de inauguração do Escritório Bruno Freire Advogados, no Hotel Renaissance, Alameda Santos. O evento contou com palestra do Professor João Batista Lopes (centro) da PUC/SP. Dr. Valton Pessoa (esq.), Dr. Bruno Freire (dir.). Foto de arquivo.

*Opening Ceremony of Bruno Freire Advogados at Renaissance Hotel, Alameda Santos. The event had a speech by Professor João Batista Lopes (center) of PUC/SP. Dr. Valton Pessoa (left), Dr. Bruno Freire (right). File photo.*

## 2013

**L**ogo após a fundação do Escritório, especificamente em 2013, o Direito do Trabalho sofreu grande mudança com o Projeto de Emenda Constitucional nº 478/2010, que alterou o parágrafo único do art. 7º da Carta Magna e assegurou a igualdade dos direitos trabalhistas entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais, como, por exemplo, o direito ao limite de jornada, uma hora de descanso e o recolhimento de FGTS.

*Soon after the Firm was founded, specifically in 2013, Labor Law underwent a major change with Constitutional Amendment Bill 478/2010, which altered the sole paragraph of art. 7 of the Constitution and ensured the equality of labor rights between domestic employees and other urban and rural workers, such as the right to a workday limit, one hour of rest and the collection of Guarantee Fund for Length of Service (GFLS).*

Neste ano, o sócio-fundador do Escritório foi aprovado em concurso público de provas e títulos para o cargo de Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, onde passou a lecionar as matérias de Direito Processual do Trabalho e Prática Forense Trabalhista.

*This year the founding partner of the Firm was approved in a public examination for the position of Adjunct Professor of General Theory of Procedure at the State University of Rio de Janeiro (SURJ), where he began teaching the subjects of Procedural Labor Law and Forensic Labor Practice.*



Palestra proferida pelo Prof. Dr. Bruno Freire, no Salão nobre da UERJ, acompanhado da Dra. Eletícia Marinho Mendes Gomes da Silva, Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro. Foto de arquivo.

*Lecture given by Professor Dr. Bruno Freire, at UERJ's Noble Hall, accompanied by Dr. Eletícia Marinho Mendes Gomes da Silva, Labor Judge of the Regional Labor Court of Rio de Janeiro. File photo.*

## 2014

**A** importante Lei nº 13.015 foi promulgada neste ano e alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943 no tocante ao processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho, com a implementação de importantes institutos como, por exemplo, a necessidade de uniformização de jurisprudência no âmbito dos TRTs, o incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos, além de muitos avanços no tocante à instrumentalidade das formas recursais.

Neste ano, o Escritório Bruno Freire Advogados já estava estabelecido na Alameda Santos, região da Avenida Paulista, com cinco advogados, mais de 500 processos estratégicos, biblioteca e salas de reunião para atendimento dos clientes.

**T**he important Law number 13.015 was enacted this year and amended the Consolidation of Labor Laws (CLL) of 1943 with regard to the processing of appeals within the scope of the Labor Court, with the implementation of important institutes, such as the need for uniformity of jurisprudence within the scope of the Regional Labor Courts, the incident of judgment of repetitive appeals, in addition to many advances with regard to the instrumentality of the forms of appeals.

*This year, the Firm Bruno Freire Advogados was already established on Alameda Santos, in the Paulista Avenue region, with five lawyers, more than 500 strategic cases, a library, and meeting rooms to serve clients.*

Fachada do prédio na Alameda Santos, 2.395, endereço do Escritório Bruno Freire Advogados desde a fundação. Foto de arquivo.

*Building facade at 2395 Alameda Santos, address of Bruno Freire Advogados since its foundation. File photo.*



## 2015

**E**m 2015, o Novo Código de Processo Civil foi publicado, com inúmeras novidades processuais e repercussões no Processo do Trabalho, como a criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, convenções processuais, precedentes vinculantes, regulamentação da atuação do *amicus curiae*, entre muitas outras novidades.

Foi neste momento que se iniciou a internacionalização do Bruno Freire Advogados, com atendimento de empresas multinacionais e atuação em inúmeros casos de trabalhadores expatriados, ensejando a necessidade de estudo e pesquisas do Direito do Trabalho de diferentes países, diante das discussões jurídicas sobre a legislação a ser aplicada.

*In 2015, the New Code of Civil Procedure was published, with numerous procedural novelties and repercussions on Labor Procedure, such as the creation of the incident of disregard of legal entity, procedural conventions, binding precedents, regulation of the performance of amicus curiae, among many other innovations.*

*It was at this time that Bruno Freire Advogados began its internationalization, providing services to multinational companies and acting in numerous cases of expatriate workers, giving rise to the need to study and research the Labor Law of different countries, in view of the legal discussions about the legislation to be applied.*



Bibliotecas do Escritório Bruno Freire Advogados/SP, em constante atualização. Imagens de arquivo.

*Bruno Freire Advogados/SP libraries, constantly updated. File images.*



## 2016

Como reconhecimento da importante atuação acadêmica, neste ano, o sócio-fundador do Escritório Bruno Freire Advogados foi eleito para ocupar a Cadeira nº 68 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

Também, neste ano, se intensificou a atuação do Escritório em Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal

Superior do Trabalho, com a obtenção de importantes precedentes jurídicos na Corte Superior, como a impossibilidade de concessão de honorários de despachante aduaneiro autônomo a empregado celetista e a impossibilidade de postulação pelo Ministério Público do Trabalho, em ação civil pública trabalhista, de direitos de natureza essencialmente individuais.

*In recognition of his important academic performance, this year the founding partner of Bruno Freire Advogados was elected to occupy Chair number 68 of the Brazilian Academy of Labor Law.*

*Also this year, the Firm intensified its work in Regional Labor Courts and in the Superior Labor Court, obtaining*

*important legal precedents in the Superior Court, such as the impossibility of granting self-employed customs broker's fees to a contractual employee, and the impossibility of the Labor Public Prosecutor's Office claiming, in a labor civil action, rights of an essentially individual nature.*



Durante a posse na Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Desª Tereza Aparecida Asta, Tribunal Regional do Trabalho de Campinas; Dr. Bruno Freire (centro); e Des. Valdir Florindo, Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Foto de arquivo.

*During the induction at the Brazilian Academy of Labor Law. Judge Tereza Aparecida Asta, Regional Labor Court of Campinas, Dr. Bruno Freire (center) and Judge Valdir Florindo, Regional Labor Court of São Paulo. File photo.*

## 2017

Foi neste ano que entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017, intitulada Reforma Trabalhista, que alterou sobremaneira o Direito e Processo do Trabalho, com significativas mudanças nas relações trabalhistas, como a prevalência do negociado sobre legislado, a criação da figura do hiperssuficiente econômico, a implementação de arbitragem para tais trabalhadores, a possibilidade de criação de banco de horas por acordo individual, o requisito da transcendência para o recurso de revista, a homologação de acordo extrajudicial, entre outras tantas alterações que mudaram o perfil do Direito do Trabalho, diante da patente valorização da autonomia da vontade das partes.

O Bruno Freire Advogados, neste ano, foi eleito pela primeira vez entre os mais admirados do Brasil na categoria Trabalhista Especializado pelo respeitado *ranking* da Revista Análise, feito que se repetiu nos anos seguintes até o aniversário de 10 anos. Também seguiu com o processo de internacionalização, tornando-se membro da *Internacional Association of Young Lawyers (AIJA)* e da *The Latin American Corporate Counsel Association – LACCA and Latin Lawyer*. Diante das conquistas, realizou-se um evento comemorativo de cinco anos de fundação.

*It was this year that Law number 13. 467/2017, entitled Labor Reform, which greatly altered the Labor Law and Procedures, with significant changes in labor relations, such as the prevalence of negotiated over legislated, the creation of the figure of the economically hyper-sufficient, the implementation of arbitration for such workers, the possibility of creating a bank of hours by individual agreement, the requirement of transcendence for the review appeal, the homologation of extrajudicial agreement, among many other changes that changed the profile of Labor Law, in face of the patent appreciation of the autonomy of the parties' will.*

*This year, Bruno Freire Advogados was elected for the first time among the most admired law firms in Brazil in the Specialized Labor category by the respected Análise magazine, a feat that was repeated in the following years until its 10<sup>th</sup> anniversary. The Firm also continued its internationalization process, becoming a member of the International Association of Young Lawyers (IAYL) and The Latin American Corporate Counsel Association - LACCA and Latin Lawyer. In view of these achievements, a commemorative event was held to celebrate five years of its foundation.*



Evento comemorativo de 5 anos do Escritório Bruno Freire Advogados. Des<sup>a</sup> Sônia Mascaro Nascimento, do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo; Dr. Victor Salino, Juiz convocado do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais; Dr. Bruno Freire; Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Tribunal Superior do Trabalho; e Des. Bento Herculano, do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Norte. Foto de arquivo.

*Event celebrating five years of Bruno Freire Advogados. Judge Sônia Mascaro Nascimento of the Regional Labor Court of São Paulo; Dr. Victor Salino, Judge of the Regional Labor Court of Minas Gerais; Dr. Bruno Freire; Minister Cláudio Mascarenhas Brandão of the Superior Labor Court; and Judge Bento Herculano of the Regional Labor Court of Rio Grande do Norte. File photo.*

## 2018

**E**m 2018, o Brasil ratificou a Convenção nº 189 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, que tratou do trabalho decente para trabalhadoras e trabalhadores domésticos, a qual entrou em vigor no ano seguinte, integrando o ordenamento jurídico pátrio com força normativa.

Ingressaram no Escritório como consultores jurídicos, neste ano, o ex-presidente do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, Décio Sebastião Daidone; e o ex-presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Carlos Alberto Reis de Paula.

*In 2018, Brazil ratified Convention 189 of the ILO - International Labor Organization, which dealt with decent work for domestic workers, which came into force the following year, integrating the national legal system with normative force.*

*This year the former president of the Regional Labor Court of São Paulo, Décio Sebastião Daidone, and the former president of the Superior Labor Court, Carlos Alberto Reis de Paula, joined the Firm as legal consultants.*



Evento no Instituto dos Advogados de São Paulo, com os consultores jurídicos do Escritório Carlos Alberto Reis de Paula, ex-presidente do Tribunal Superior do Trabalho; e Décio Sebastião Daidone, ex-presidente do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. Foto de arquivo.

*Event at the Lawyers Institute of São Paulo with the Firm's legal consultants Carlos Alberto Reis de Paula, former president of the Superior Labor Court, and Décio Sebastião Daidone, former president of the Regional Labor Court of São Paulo. File photo.*

## 2019

**A** intitulada Lei da Liberdade Econômica – nº 13.874 – foi publicada neste ano, instituindo a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecendo garantias de livre mercado. Tal lei alterou o Código Civil quanto ao tema da desconsideração da personalidade jurídica, com reflexos diretos na responsabilidade patrimonial de sócios em execuções trabalhistas.

O Bruno Freire Advogados, neste ano, participou de julgamentos de importantes incidentes de recursos de revista

repetitivos para fixação de precedentes vinculantes no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, como o dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho e o da responsabilidade do dono da obra nas hipóteses de inadimplência do construtor. O Escritório contribuiu para a fixação de importantes teses nos casos em que atuou, como a que impediu a aplicação da multa de 10% do CPC na execução trabalhista e a que obstou a cumulação do adicional de periculosidade e insalubridade quando existente os dois fatos geradores.

**T**he so-called Economic Freedom Law - number 13.874 - was published this year, instituting the Declaration of Rights of Economic Freedom and establishing free market guarantees. This law changed the Civil Code with regard to the disregard of legal entity, with direct consequences on the patrimonial responsibility of partners in labor executions.

This year, Bruno Freire Advogados participated in important cases involving repetitive appeals to the Superior

Labor Court (SLC), which became binding precedents, such as the issue of attorney's fees in labor courts and the liability of the owner of the construction site in the event of default by the builder. The Firm contributed to the establishment of important theses in the cases in which it acted, such as the thesis that prevented the application of the 10% fine of the CPC in the labor execution and the thesis that prevented the accumulation of additional hazard allowance and health hazard allowance when both triggering events exist.



Realização de sustentação oral em julgamento de incidente processual para fixação de precedente vinculante.  
Foto de arquivo.

*Oral argument in the trial of a procedural incident for setting a binding precedent. File photo.*

## 2020

A pandemia da COVID-19 forçou mudanças urgentes e profundas no comportamento e nas necessidades da humanidade. Foi de fundamental importância rever procedimentos de todos os tipos, inclusive os de convivência na sociedade, no ambiente familiar e no trabalho, criando-se novas rotinas.

Em razão dessa pandemia, neste ano, foram promulgadas inúmeras Leis Ordinárias (13.982, 13.989, 13.992, 13.993, 13.995, 14.010, 14.019, 14.020, 14.021, 14.022, 14.023, 14.046, 14.057, 14.058 e 14.065), Decretos Federais (10.282, 10.292, 10.316, 10.329, 10.427)

e Medidas Provisórias (922, 936, 938, 944, 945, 966, 958, 959, 984) para regulamentar as relações de trabalho no sentido de manter empregos e empresas, diante dessa crise gerada.

Também foi neste ano que ocorreu o ingresso de novos sócios, de advogados e de estagiários na sociedade. Com isso, houve a necessidade de expansão do Escritório diante da responsabilidade pelo patrocínio de mais de 2.000 ações estratégicas espalhadas por todo o Brasil, o que ensejou o reconhecimento e inclusão da banca na 5ª edição do *ranking dos Top Lawyers*, do portal Migalhas.

*The pandemic of COVID-19 forced urgent and profound changes in the behavior and needs of humanity. It was of fundamental importance to review procedures of all kinds, including those of coexistence in society, in the family environment and at work, creating new routines.*

*Due to this pandemic, several Ordinary Laws (13.982, 13.989, 13.992, 13.993, 13.995, 14.010, 14.019, 14.020, 14.021, 14.022, 14.023, 14.046, 14.057, 14.058 and 14.065), Federal Decrees (10. 282, 10.292, 10.316, 10.329, 10.427)*

*and Provisional Measures (922, 936, 938, 944, 945, 966, 958, 959, 984) were enacted to regulate labor relations in order to maintain jobs and companies, in the face of this generated crisis.*

*It was also this year that new partners, lawyers and trainees joined the Firm. As a result, there was a need for the Firm to expand in light of the responsibility for sponsoring more than 2,000 strategic lawsuits throughout Brazil, which led to the Firm's recognition and inclusion in the 5<sup>th</sup> edition of the Migalhas portal's Top Lawyers ranking.*



No Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, com o novo sócio Abílio Osmar Santos e a ex-aluna da FGV Letícia Abe Murasse. Foto de arquivo

*At the Regional Labor Court of São Paulo with the new partner Abílio Osmar Santos and the former student of FVG Letícia Abe Murasse. File photo.*

## 2021

**E**m 2021, foi publicado o Decreto nº 10.854 que regulamentou disposições relativas à Legislação Trabalhista no tocante à Simplificação e Desburocratização de Normas Infralegais, o Prêmio Nacional Trabalhista, livro de inspeção do trabalho eletrônico, fiscalização das normas de proteção ao trabalho e de segurança e saúde do trabalho, revisão de normas regulamentadoras, certificados de aprovação de equipamentos de proteção, registro eletrônico de jornadas, mediação de conflitos

coletivos, trabalho temporário, situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, entre outros temas.

Neste ano, o Bruno Freire Advogados consolidou a sua atuação no modelo híbrido, com metade dos advogados trabalhando em *home office*. Realizou, com sucesso, outrossim, uma centena de audiências telepresenciais, além de sustentações orais *on line* em diversos Tribunais Trabalhistas do País.

**I**n 2021, Decree number 10.854 was published, regulating provisions related to the Labor Legislation with regards to the Simplification and Elimination of Bureaucratic Infra-Legal Standards, the National Labor Award, the electronic labor inspection book, inspection of labor protection and safety and health standards, revision of regulatory standards, approval certificates for protection equipment, electronic recording of working hours, mediation of collective

conflicts, temporary work, and the situation of workers hired or transferred to provide services abroad, among other topics.

This year, Bruno Freire Advogados consolidated its practice in the hybrid model, with half of the lawyers working in home office. The Firm also successfully conducted hundreds of teleconference hearings, in addition to online oral arguments in several Labor Courts throughout the country.



Sala de reuniões do Escritório Bruno Freire, SP, equipada com tecnologia de ponta para a realização de videoconferências. Neste espaço, foram realizadas inúmeras audiências e sustentações orais em julgamentos telepresenciais. Foto de arquivo.

*Meeting room at Bruno Freire Law Firm, SP, equipped with state-of-the-art technology for videoconferences. In this room, many hearings and oral arguments were held remotely. File photo.*

## 2022

**F**oram promulgadas, neste ano, as Medidas Provisórias nº 1.108 e nº 1.109, que regulamentaram o teletrabalho e o trabalho remoto híbrido.

E este é o ano em que o Bruno Freire Advogados completou 10 anos, com uma consolidação na atuação estratégica trabalhista, tanto no contencioso como no consultivo.

O desenvolvimento e o crescimento do Escritório nesta década de história se confundem e acompanham a evolução do Direito do Trabalho, ramo em que o Bruno Freire Advogados se especializou. Daí a publicação desta obra para celebrar a importante data e tentar lançar um olhar sobre o Direito do Trabalho da próxima década.

**P**rovisional Measures 1.108 and 1.109 were enacted this year, regulating telework and hybrid remote work.

*And this is the year in which the Firm celebrated its 10<sup>th</sup> anniversary, with a consolidation in strategic labor law practice, both in litigation and consulting.*

*The development and growth of the Firm in this decade of history are intertwined and follow the evolution of Labor Law, area in which Bruno Freire Advogados is specialized. Hence the publication of this work to celebrate this important date and try to cast a glance at the Labor Law of the next decade.*



Dr. Bruno Freire e a equipe do Escritório Bruno Freire Advogados, SP. Foto de arquivo.

*Dr. Bruno Freire and the team of Bruno Freire Advogados, SP. File photo.*

## ...2032

**P**ara a próxima década, mais especificamente em 2032, aguardamos o desenvolvimento de uma legislação laboral mais avançada, que consiga regulamentar todos os tipos de relações trabalhistas, especialmente aquelas desenvolvidas em ambientes virtuais e plataformas digitais, conseguindo atingir o objetivo de segurança jurídica, a redução do desemprego e o equilíbrio entre capital e trabalho.

Esperamos que, em 2032, tenhamos formado uma nova geração de excelentes advogados. E, para esses jovens que irão iniciar como estagiários e que irão construir uma

sólida carreira, as portas do Bruno Freire Advogados estarão abertas. Afinal, eles serão o futuro do Escritório e nós acreditamos nesse futuro.

Quanto ao Escritório Bruno Freire Advogados, almejamos nos manter entre os escritórios trabalhistas mais respeitados e admirados do Brasil; pretendemos avançar na contínua condução dos casos e consultas jurídicas; e revigorarmos sempre a nossa filosofia de ética, dedicação, afincamento e foco nos resultados.

**F**or the next decade, more specifically in 2032, we expect the development of a more advanced labor legislation that can regulate all types of labor relations, especially those developed in virtual environments and digital platforms, achieving the goal of legal security, the reduction of unemployment, and the balance between capital and labor.

We hope that, in 2032, we will have trained a new generation of excellent lawyers. And, for those young people who

will start as trainees and build a solid career, the doors of Bruno Freire Advogados will be open. After all, they will be the future of the Firm, and we believe in this future.

As for Bruno Freire Advogados, we aim to remain among the most respected and admired labor law firms in Brazil; we intend to advance in the continuous handling of cases and legal consultations; and we always reinvigorate our philosophy of ethics, dedication, hard work, and focus on results.



Sala de reuniões, RJ, com Pablo Camurugy Goulart, que começou no Bruno Freire Advogados como estagiário e atualmente é advogado com atuação em diversas causas estratégicas no foro carioca. Pablo Camuragy, Hanna Cavalcante, Dr. Bruno Freire e Isabel Cristina de Oliveira. Foto de arquivo.

*Meeting room, RJ, with Pablo Camurugy Goulart, who started at Bruno Freire Advogados as a trainee and is currently a lawyer acting in several strategic causes in the court of Rio de Janeiro. Pablo Camuragy, Hanna Cavalcante, Bruno Freire and Isabel Cristina de Oliveira. File photo.*



**N**ós, do Escritório Bruno Freire Advogados, acreditamos que a nossa história deva ser contada por aqueles que testemunharam ou participaram da nossa atuação.

Assim, neste registro comemorativo da nossa primeira década, apresentamos depoimentos de clientes, afinal, toda a nossa vivência não poderia ser relatada sem eles, os reais responsáveis pelas oportunidades que nos foram dadas e que culminaram com o desenvolvimento e crescimento do Escritório num cenário de extrema competição e disputa como o mercado jurídico.

Só nos resta agradecer por todas as oportunidades que nos foram dadas durante a nossa existência. Agradecemos também os belíssimos depoimentos recebidos e aqui apresentados.



**W**e, at Bruno Freire Advogados, believe that our history should be told by those who witnessed or participated in our work.

*Thus, in this commemorative record of our first decade, we present statements from our clients. After all, our entire experience could not be told without them, the ones who are truly responsible for the opportunities that were given to us and which culminated with the development and growth of the Firm in a scenario of extreme competition and dispute such as the legal market.*

*We can only thank them for all the opportunities that have been given to us during our existence. We also thank them for the beautiful testimonials received and presented here.*



## Adauto Duarte

Diretor Executivo de Relações Institucionais, Trabalhistas e Sindicais da FEBRABAN  
*Executive Director of Institutional, Labor and Trade Union Relations – FEBRABAN*

O Dr. Bruno Freire, com particular profundidade e dedicação, tem contribuído para a evolução do Direito Material e Processual do Trabalho, privilegiando a busca da segurança jurídica e da integração com os demais ramos do Direito.

Nos últimos anos, a sociedade experimentou uma mudança comportamental disruptiva, impulsionada pela tecnologia digital e intensificada pela pandemia, que desencadeou novos comportamentos, alterações nas atividades econômicas e respectivos desdobramentos nas relações de trabalho.

No futuro próximo, teremos o desafio de harmonizar as regras trabalhistas aos interesses da sociedade. Por isso, esta obra se insere em tal contexto e oferece valiosa contribuição para esse debate.

*Dr. Bruno Freire, with particular depth and dedication, has been contributing to the evolution of the Material and Procedural Labor Law, prioritizing the quest for legal security and integration with other areas of law.*

*In the last few years, society has experienced a disruptive behavioral change driven by digital technology and intensified by the pandemic that triggered new behaviors, changes in economic activities and respective developments in labor relations.*

*In the near future, we'll face the challenge of harmonizing the labor rules according to the interests of society. For this reason, this work is inserted in this context and offers a valuable contribution to this debate*

## Adriano Cláudio Pires Ribeiro

Diretor Jurídico – JBS S.A.

*Legal Director – JBS S.A.*

A ocasião é própria para falarmos sobre os 10 anos de fundação do Bruno Freire Advogados. Escritório que, desde a sua fundação, ostenta singular reputação no meio jurídico, seja pela sua notória organização, seja pela reconhecida capacidade de enfrentar as mais complexas questões jurídicas, principalmente aquelas voltadas ao Direito do Trabalho.

Ainda assim, um escritório é formado por pessoas, e sou testemunha de que a consagrada história de 10 anos é resultado da vitoriosa caminhada do seu fundador, Dr. Bruno Freire, a quem tenho a felicidade de acompanhar desde as mais priscas eras. Fomos contemporâneos nos bancos da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em meados da década de 1990, mesmo período em que fomos companheiros no admirável Luiz Gonzaga de Paula Vieira – Escritório de Advocacia, em Salvador. Reencontramo-nos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, quando fomos novamente contemporâneos no curso de Mestrado.

A partir daí, o destaque acadêmico do Dr. Bruno Freire se impôs. Incansável profissional, fez da paixão acadêmica a melhor rota para o desenvolvimento da Advocacia. Ao mesmo tempo em que conquistava a admiração nos mais prestigiados cursos jurídicos aos quais se dedicou na docência, recebia, com naturalidade, o admirável reconhecimento dos Tribunais.

Assim, após longo período de maturação profissional e acadêmica, a fundação do Escritório sob a sua liderança em 2012 decorreu como natural consequência da satisfação de todos aqueles que puderam conferir a insuspeita qualidade do seu trabalho, ao qual sempre se dedicou pautado pela honestidade, franqueza e simplicidade.

Mesmo que a ocasião seja a de comentarmos os 10 anos do Bruno Freire Advogados, é imprescindível resgatar os quase 30 anos de amizade, período em que pude acompanhar o nascimento, desenvolvimento e sucesso de profissional tão admirado e querido. Sucesso que não veio por acaso, mas sim como resultado da seriedade, dedicação e trabalho efetivo. O resultado é um profissional que soube se impor no mercado, cercado-se dos melhores profissionais, tudo para oferecer o melhor serviço jurídico possível.

*The occasion is appropriate for us to talk about the 10 years of Bruno Freire Advogados. Firm, which since its foundation, boasts a unique reputation in legal affairs, either by its notorious organization or by the recognized ability to cope with the most complex legal issues, especially those focused on labor law.*

*Even so, a firm is made up of people and I can testify that the established history of 10 years is the result of the victorious journey of its founder, Dr. Bruno Freire, whom I am fortunate to accompany from the earliest times. We were contemporaries in the Law School desks of the Federal University of Bahia in the mid-1990s, same period when we were fellows at the admirable Luiz Gonzaga de Paula Vieira – Law Office in Salvador. We met again at Pontifical Catholic University of São Paulo when we were contemporaries again in the Master's Course.*

*From then on, Dr. Bruno Freire's academic prominence imposed itself. Relentless professional, he turned academic passion into the best route for the development of the law. At the same time that he garnered admiration in the most prestigious legal courses to which he dedicated himself in teaching, he received, naturally, the admirable recognition by the Courts.*

*So, after a long period of professional and academic maturity, the Firm foundation under his leadership in 2012 occurred as a natural consequence of the satisfaction of those who could assess the unsuspected quality of his work, to which he has always dedicated ruled by honesty, frankness and simplicity.*

*Even though the occasion is for us to talk about the 10 years of Bruno Freire Advogados, it's essential to remember the almost 30 years of friendship, period in which I could follow the birth, development and success of such an admirable and beloved professional. Success that didn't come by chance, but as a result of seriousness, dedication and effective work. The result is a professional who has known how to impose himself in the market, surrounded by the best professionals, in order to offer the best legal services.*

## Ciro Rangel Azevedo

Gerente Jurídico – Braskem S.A.

Legal Manager – Braskem S.A.

Conheço o Bruno Freire Advogados desde a sua constituição, em 2012. O sócio-fundador, Bruno Freire, teve uma inteligente percepção de mercado, que estava carente de uma assessoria jurídica sofisticada e estratégica na área trabalhista, abrangendo a consultoria jurídica e contencioso.

O Escritório reúne uma equipe de excelentes profissionais, com vasta experiência na área trabalhista, todos dedicados à cultura de atendimento qualificado fomentada pelo seu sócio-fundador. Ainda assim, Bruno Freire não abre mão de proporcionar aos seus clientes um atendimento personalizado e de participar diretamente na concepção da estratégia e condução dos casos.

A expertise técnica, sob a feição de assessoria boutique na área trabalhista, aliada à personalização do atendimento, são os aspectos diferenciais do Escritório.

Parabenizo o Bruno Freire pelos 10 anos dessa trajetória, deixando nesta homenagem os meus votos de sucesso ao Bruno Freire e equipe.

*I have known Bruno Freire Advogados since its establishment in 2012. The founding partner, Bruno Freire, had an intelligent perception of the market, which lacked a sophisticated and strategic legal advice in the labor area, including legal consulting and litigation.*

*The Firm gathers a team of excellent professionals, with vast experience in the labor area, all dedicated to the culture of qualified service fostered by its founding partner. Even so, Bruno Freire does not give up providing his clients with personalized service and participating directly in the conception of the strategy and conduct of the cases.*

*Technical expertise in the form of boutique labor law advisory services, together with personalized service, are the Firm's distinguishing features.*

*I congratulate the Firm for its 10 years of history, and in this tribute I wish Bruno Freire and his team all the best.*

## Cristiana Lapa W. Sarcedo, Etinon Junior e Caroline Sanselme Vieira

Vice-Presidente Jurídica, Gerente Jurídico e Executiva Jurídica – Braskem S.A.  
*Legal Vice President, Legal Manager and Legal Executive – Braskem S.A.*

Foi com muita satisfação que o Jurídico Braskem recebeu o convite para fazer um depoimento sobre o Escritório Bruno Freire Advogados na ocasião da comemoração dos seus 10 anos de história.

O Escritório tem a honra de ter no seu quadro como sócio o Professor Bruno Freire, um devotado professor, dono de didática dinâmica e assertiva, trazendo ao debate acadêmico as questões mais atuais do Direito do Trabalho.

Entretanto, o Professor Bruno Freire não limita a sua excelência aos quadros das universidades onde faz parte, ele também advoga com a mesma qualidade nos Tribunais brasileiros, atuando em casos estratégicos de contencioso, desde a Primeira Instância até o Tribunal Superior do Trabalho, pensando no cliente de forma individualizada, conhecendo o negócio da empresa e sem medo de advogar teses inovadoras.

Além disso, o advogado Bruno Freire não restringe a sua atuação aos Tribunais, estando sempre a postos para apoiar os seus clientes nas consultas preventivas, tão importantes para o business, quanto o contencioso. Por meio da sua experiência, o Professor Bruno Freire consegue auxiliar os seus clientes a evitar a complexidade do Judiciário.

Nós, da Braskem, parabenizamos o Escritório Bruno Freire Advogados pela comemoração do seu aniversário de 10 anos e desejamos outras décadas de sucesso.

*It was with great satisfaction that Braskem Legal received the invitation to make a statement about the Firm Bruno Freire Advogados on the occasion of its ten-year celebration of history.*

*The office is honored to have in its staff as a partner, Professor Bruno Freire, owner of dynamic and assertive didactic, bringing to the academic debate the most current issues in Labor Law.*

*However, Professor Bruno Freire doesn't limit his excellence to the universities he is a part of, he also practices law with the same quality in Brazilian Courts, acting in strategic litigation cases, from the First Instance to the Superior Labor Court, thinking about the clients individually, getting to know the company's business and fearless in advocating innovative theses.*

*Besides that, the lawyer Bruno Freire doesn't restrict his activities to the Courts. He's always on standby to support his clients in preventive legal consultations which are as important for the business as for the litigation. Through his experience, Professor Bruno Freire can help his clients avoid the complexity of the Judiciary.*

*We, at Braskem, congratulate the Firm Bruno Freire Advogados for the celebration of its 10<sup>th</sup> anniversary and we wish the Firm further decades of success.*

## Cristiano Borges Castilhos

Diretor Executivo Jurídico – Álya Construtora S.A. (antiga Construtora Queiroz Galvão S.A.)

Legal Executive Director – Álya Construtora S.A. (former Construtora Queiroz Galvão S.A.)

A gestão jurídica de uma grande empresa envolve uma série de áreas do Direito: Contencioso, Societário, Consultivo, Contratual, Regulatório, Tributário. Para algumas áreas, as empresas terceirizam atividades para escritórios de advocacia. No nosso caso, contratamos prestadores para toda atividade de Contencioso, mormente para processos nas esferas cíveis e trabalhistas.

Uma boa gestão jurídica nos leva a procurar o melhor prestador de serviço para cada caso. Neste sentido, concentramos forças para verificar àquele que melhor pode nos ajudar naquele determinado processo. Para casos relevantes de natureza trabalhista, um nome que sempre nos vem à mente – e que temos contratações efetivadas – é o do Bruno Freire Advogados.

O Escritório, capitaneado pelo Sócio e Fundador de mesmo nome, se mostrou absolutamente diferenciado na condução de casos complexos trabalhistas, os quais envolviam discussão sindical, greve e interditos relacionados a uma grande obra de infraestrutura.

O Escritório, com rigor técnico e com forte atuação no Tribunal Regional, obteve excelentes resultados para a Companhia.

Parabenizamos o Bruno pelos 10 anos do Escritório Bruno Freire Advogados, exaltando o caminho percorrido até aqui e desejando uma longa e exitosa jornada para os próximos anos.

*The legal management of a large company involves a number of areas of law: Litigation, Corporate, Advisory, Contractual, Regulatory, Tax. For some areas, the company outsources activities to law firms. In our case, we hire contractors for all litigation activities, mainly for civil and labor lawsuits.*

*Good legal management leads us to search for the best service provider for each case. In this regard, we concentrate forces to check the one that can best help us in that particular process. For relevant labor cases, a name that always comes to mind – and that we have effective hiring – is Bruno Freire Advogados.*

*The Firm, headed by the partner and founder of the same name, has shown itself to be absolutely differentiated in the handling of complex labor cases which involve union disputes, strikes and interdicts related to a large infrastructure project.*

*The Firm, with technical rigor and strong performance at the Regional Court, obtained excellent results for the company.*

*We congratulate Bruno on the 10<sup>th</sup> anniversary of the Firm Bruno Freire Advogados, praising the path he has gone through so far and wishing him a long and successful journey for the coming years.*

## Fabio Calpacci Leone

Diretor Jurídico – Dia Brasil Sociedade Ltda.  
Legal Director – Dia Brasil Sociedade Ltda.

Conhecimento, perspicácia e compromisso são qualidades que fazem a diferença em um grande advogado. O Dr. Bruno Freire e equipe acumulam essas qualidades e, de forma diferenciada e com absoluto rigor técnico, estão sempre a postos a contribuir com as discussões relacionadas às relações de trabalho, as quais, especialmente nos últimos anos, sofreram modificações inéditas e que, em um curto espaço de tempo, seriam inimagináveis.

As empresas e os seus empregados rapidamente tiveram que se adaptar e se enquadrar nesse novo formato que tanto impactou nas regras de trabalho já concebidas e na forma de lidar com essas novas situações.

Ao longo deste período turbulento, recorreremos inúmeras vezes à equipe do Escritório e prontamente fomos atendidos com um alto nível de conhecimento técnico, soluções inteligentes e inovadoras dentro do melhor Direito aplicável ao caso.

Tenho a certeza de que estes 10 anos do Bruno Freire Advogados foram apenas uma pequena demonstração de uma escalada de muito sucesso e de um trabalho feito com seriedade, conhecimento e compromisso.

*Knowledge, insight and commitment are qualities that make the difference in a great lawyer. Dr. Bruno Freire and his team accumulate these qualities and, in a differentiated way and with absolute technical rigor, are always ready to contribute to discussions related to labor relations, which, especially in the last few years, have undergone unprecedented changes that, in a short period of time, would be unimaginable.*

*Companies and their employees quickly had to adapt and fit into this new format that had so much impact on the work rules already conceived and the way of dealing with these situations.*

*Throughout this turbulent period, we turned to the team of Bruno Freire Advogados several times and were promptly assisted with a high level of technical knowledge, intelligent and innovative solutions within the best Law applicable to the case.*

*I am sure that these 10 years of Bruno Freire Advogados have only been a small demonstration of a very successful journey and of a work done with seriousness, knowledge and commitment.*

## Juliana Fonseca de Azevedo

Gerente Jurídico – Biocom / Companhia de Bioenergia de Angola  
*Legal Manager – Biocom / Companhia de Bioenergia de Angola*

Fico extremamente lisonjeada pelo convite recebido do Prof. Dr. Bruno Freire para participar, com um depoimento, do livro que celebrará os 10 anos do seu Escritório. Eu me sinto muito confortável em fazê-lo, pois pude acompanhar o Bruno Freire Advogados desde a sua concepção e, hoje, já na qualidade de Cliente. Na minha opinião, o que mais agrega valor aos seus serviços é a capacidade do Dr. Bruno Freire de alinhar a sua vocação acadêmica à visão de advogado, tratando com profundidade os temas submetidos aos cuidados da equipe, sem deixar de endereçar as questões práticas e dinâmicas do mundo corporativo.

Ao Escritório Bruno Freire Advogados envio os meus sinceros votos de sucesso.

*I am extremely flattered by the invitation received from Professor Dr. Bruno Freire to participate, with a testimonial, in the book that will celebrate the 10 years of his Firm. I feel very comfortable in doing so, as I have been able to follow Bruno Freire Advogados since its conception and, today, already as a client. In my opinion, what adds the most value to its services is Bruno Freire's capacity to align his academic vocation with the vision of a lawyer, dealing in depth with the matters submitted to the team's care, while addressing the practical and dynamic issues of the corporate world.*

*To Bruno Freire Advogados I send my sincere good wishes for success.*

## Luís Antonio Giampaulo Sarro

Sócio-Fundador – Giampaulo Sarro e Advogados Associados S/C Ltda.  
Founding Partner – Giampaulo Sarro e Advogados Associados S/C Ltda.

Muito feliz pelo honroso convite para homenagear os 10 anos do Bruno Freire Advogados, sociedade de advogados de excelência, que tem nos prestigiado com o patrocínio de relevante causa de interesse da Giampaulo Sarro e Advogados Associados, até aqui, com o esperado sucesso. Os profissionais que a integram são altamente especializados no Direito do Trabalho, Processual e demais áreas do Direito. O seu titular, Bruno Freire e Silva, grande e próximo Amigo, Mestre e Doutor em Direito Processual Civil, é parceiro integrante do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPCC; é Membro Titular da Cadeira nº 68 da ABDT – Academia Brasileira de Direito do Trabalho; é também autor de livros, capítulos de livros e artigos publicados em revistas especializadas e, para o nosso orgulho, é coautor do Código de Processo Civil Anotado e Comentado, da Editora Rideel, do qual tive o privilégio de coordenar.

*I'm very happy for the honorable invitation to homage the 10<sup>th</sup> Anniversary of Bruno Freire Advogados, Law Firm of excellence which has given us prestige with the sponsorship of relevant cause of interest of Giampaulo Sarro e Advogados Associados, so far, with the expected success. The professionals that integrate it are highly specialized in Labor Law, Procedural Law and other areas of law. Its proprietor, Bruno Freire e Silva, great and close Friend, Master and Doctor in Civil Procedural Law, is an integral partner of the Permanent Forum of Civil Proceduralists – PFCP; is Head Member of Chair #68 of BALL - Brazilian Academy of Labor Law; is also author of books, chapters of books and articles published in specialized magazines and, to our pride, is co-author of the Annotated and Commented Civil Procedure Code, by Rideel Publisher, of which I had the privilege of coordinating.*

## Luiz Fernando Santos Gonçalves

Jurídico-Legal – DP World / Embraport S.A.

*Jurídico-Legal – DP World / Embraport S.A.*

A DP World Santos possui uma antiga e sólida parceria com o Bruno Freire Advogados que, ao longo dos anos, tem prestado apoio em ações estratégicas e importantes para o bom andamento dos negócios da Companhia, geração de valor e garantia da segurança jurídica, sempre de forma técnica e diligente.

Parabenizamos o Escritório pelos 10 anos e desejamos muito sucesso nos que ainda estão por vir.

*DP World Santos has a long and solid partnership with the Firm Bruno Freire Advogados which, over the years, has provided support in strategic and important actions for the smooth running of the company's business, value generation and ensuring legal certainty always technically and diligently.*

*We congratulate the Firm for the ten years and wish much success in the ones that are still to come.*

## Marcos Curi de Castro

Médico ex-Presidente Regional SP – Associação Brasileira de Medicina Antroposófica  
*Physician Former Regional President SP – Associação Brasileira de Medicina Antroposófica*

Conheci o Bruno por ser o médico da sua família. Foram anos vendo a sua evolução como pai, esposo e ser humano, assim como também o seu desenvolvimento profissional.

Em 2015, tive problemas com um grande Grupo que administra o hospital onde eu trabalhei e fui chefe durante 26 anos. Foi aí que a nossa amizade e parceria se aprofundou. Ele me defende há 6 anos numa grande ação, pois nunca duvidei da sua capacidade e amor à profissão.

Sei como médico que, às vezes, uma luta pode ser ingrata; mas sei também que fazer um grande trabalho é o que nos move a alma; e eu encontrei isso no Prof. Dr. Bruno Freire: essa coerência de um bom trabalho na alma. Este é o meu relato a respeito desse grande homem. Ficará sempre a minha admiração e gratidão por ele estar comigo numa grande luta pelos meus direitos trabalhistas.

*I know Bruno because I have been the doctor in his family. It has been years of watching his evolution as a father, husband and human being, as well as his professional development.*

*In 2015, I had problems with a large Group that managed the hospital where I worked and was the head doctor for 26 years. That's when our friendship and partnership deepened. He has been defending me for 6 years in a major lawsuit, as I have never doubted his ability and love for the profession.*

*I know as a doctor that sometimes a fight can be thankless; but I also know that doing a great job is what moves the soul; and I found this in Professor Dr. Bruno Freire: this consistency of a good job in the soul. This is my report about this great man. My admiration and gratitude for him being with me in a great fight for my labor rights will always remain.*

## Paula Milori Cosentino Izquierdo

Gerente Jurídico – Contencioso – Dia Brasil Sociedade Ltda.

*Legal Director – Litigation – Dia Brasil Sociedade Ltda.*

Primeiramente, gostaria de agradecer pela oportunidade de falar de um escritório, pelo qual tenho tamanha admiração como o Bruno Freire Advogados. Construimos uma relação de confiança inabalável.

Fica fácil externar elogios quando estamos diante de profissionais que atuam com amor, integridade, respeito e lealdade com os seus clientes.

O profissionalismo e a competência no atendimento criaram um laço forte de extrema confiança e tranquilidade para a tomada de decisões.

Obrigada pela parceria de sucesso e desejo que esta nossa relação se perpetue por muitos anos.

Parabéns pela equipe e *expertise*.

Com certeza, isso faz a diferença!

*First of all, I would like to thank for the opportunity to talk about a Firm for which I have such great admiration as Bruno Freire Advogados. We have built an unshakable relationship of trust.*

*It is easy to express compliments when we are before professionals who work with love, integrity, respect, and loyalty to their clients.*

*The professionalism and competence in service created a strong bond of extreme confidence and tranquility for decision making.*

*Thank you for the successful partnership and I wish that our relationship continues for many years.*

*Congratulations for the team and expertise.*

*For sure, this makes the difference!*

## Rafael Gusmão Rodrigues de Andrade

Gerente Jurídico do Departamento Consultivo – Eletrobras  
*Legal Manager of the Advisory Department – Eletrobras*

A oportunidade destas breves linhas é a de se festejar os 10 anos do Escritório Bruno Freire Advogados, cujo fundador – a quem me refiro como Professor Bruno – apresenta aos colegas advogados, aos membros da magistratura trabalhista, aos seus alunos e à sociedade em geral uma sólida carreira de docência e pesquisa no Direito.

Na docência, Bruno Freire vem contribuir para a construção do arcabouço doutrinário produzido nas terras cariocas, na UERJ, importação nossa diretamente das terras da Bahia, com o seu marcante trato cordial nas suas relações profissionais.

É também a oportunidade de reconhecer, na pessoa do fundador do Escritório, a formação de uma nova geração de juristas brasileiros que vem sucedendo os nossos eminentes juristas de área da sua atuação. Todavia, sem descurar da tradição da doutrina relacionada às relações de emprego, atenta para os movimentos próprios do sistema jurídico, fruto da dinâmica mutante das relações sociais que a legislação pretende disciplinar.

Neste ponto, reside a relação que tive com o Professor Bruno Freire e Silva, cujos pareceres exarados nos brindou com orientações sobre as recentes alterações legislativas do Direito do Trabalho, conjugando os interesses empresariais e as balizas próprias do núcleo duro deste ramo do Direito, evidenciando um equilíbrio na abordagem dos temas postos à análise, de forma a prover segurança aos seus consulentes.

*The opportunity of these brieflines is to celebrate the 10<sup>th</sup> anniversary of the Law Firm Bruno Freire Advogados, whose founder – to whom I refer as Professor Bruno – presents to his fellow lawyers, members of the labor judiciary, his students and society in general a solid career of teaching and researching in Law.*

*In teaching, Bruno Freire has contributed to the construction of the doctrinal framework produced in the lands of Rio de Janeiro, at UERJ, our import directly from the lands of Bahia, with his remarkable cordial treatment in his professional relations.*

*It is also the opportunity to recognize, in the person of the Firm's founder, the formation of a new generation of Brazilian jurists that has been succeeding our eminent jurists in the area of their work. However, without neglecting the tradition of the doctrine related to employment relations, he observes the movements that are characteristic of the legal system, fruit of the changing dynamics of the social relations that the legislation intends to discipline.*

*At this point, lies the relationship that I had with Professor Bruno Freire e Silva, whose opinions provided us with guidance on the recent legislative changes in Labor Law, combining the interests of the company and the guidelines of the hard core of this branch of law, showing a balance in the approach to the issues presented for analysis, in order to provide security to his consultants.*

## Rodrigo França

Superintendente Jurídico – Brasil BioFuels S.A. / BBF

*Legal Superintendent – Brasil BioFuels S.A. / BBF*

Foi com surpresa, mas também com muita satisfação, que recebi o convite do Dr. Bruno Freire para tecer algumas palavras sobre os 10 anos exitosos do seu respectivo Escritório.

Inicialmente, já informo que se trata de tarefa árdua, não só por tentar adjectivar de forma correta o brilhantismo da sua atuação como advogado militante, mas também para evitar que o sentimento de amizade e de admiração não traduza de forma correta e autêntica o seu labor jurídico, dado a mescla entre a nossa amizade e a minha avaliação como advogado.

Bruno, peço vênua para assim chamá-lo, é de um raciocínio único, claro, objetivo, a fim de formular alternativas adequadas à sua solução de casos complexos postos pelos seus clientes (sim, também já tive o prazer de contratá-lo). Ele é capaz de traduzir aos seus clientes, com muita eficiência, casos teratológicos e difíceis – e são muitos – em soluções simples de se entender e assimilar; tal característica, além de advir da sua própria natureza como pessoa, certamente foi aperfeiçoada com o seu magistério (mais uma das suas facetas).

Por fim e claramente a parte mais fácil, fica aqui um elogio ao amigo Bruno pela sua afabilidade e atenção, o que torna sempre um prazer os nossos encontros, especialmente, nesse dia a dia árduo que é o exercício da advocacia nos dias atuais. E que venham muitos anos de amizade e de soluções perfeitas deste professor, amigo e advogado advindo da saudosa e gloriosa Universidade Federal da Bahia.

*It was with surprise, but also with great satisfaction, that I received Dr. Bruno Freire's invitation to write a few words about the 10 years of success of his Firm.*

*Initially, I would like to inform that this is an arduous task, not only for trying to express in a correct manner the brilliance of his performance as a lawyer, but also to avoid that the feeling of friendship and admiration does not translate in a correct and authentic way his legal work, given the blend between our friendship and my evaluation as a lawyer.*

*Bruno, I ask permission to call him like that, is of a unique, clear, objective reasoning, in order to formulate adequate alternatives to his solution of complex cases posed by his clients (yes, I have also had the pleasure of hiring him). He is capable of efficiently translating to his clients teratological and difficult cases – and there are many of them – into solutions that are simple to understand and assimilate; this characteristic, besides coming from his own nature as a person, was certainly perfected with his teaching (another one of his facets).*

*Finally, and clearly the easiest part, here is a compliment to my friend Bruno for his affability and attention, which always makes our meetings a pleasure, especially in this arduous day to day practice of law nowadays. May many years of friendship and perfect solutions come from this professor, friend, and lawyer that comes from the nostalgic and glorious Federal University of Bahia.*

## Rogério Bautista da Nova Moreira

Diretor jurídico de Governança de Novonor S.A.  
*Governance Legal Director of Novonor S.A.*

Com muita satisfação e orgulho, recebi o pedido do amigo e colega advogado Bruno Freire para escrever algumas palavras sobre o seu Escritório, o Bruno Freire Advogados, que alcança a importante marca de 10 anos!

Bruno, este amigo fraterno de tantas décadas da nossa querida Bahia, seguiu uma trajetória de muita dedicação, ética e honrosas conquistas na Advocacia e na Academia. Trata-se de advogado de altíssima qualidade, acostumado com causas complexas e sofisticadas, que sempre procura entender com cuidado e atenção a necessidade dos seus clientes.

Como não poderia ser diferente, o Escritório fundado e liderado por Bruno tem as qualidades do seu fundador: competência, seriedade, ética e fidelidade aos clientes.

Na condição de diretor jurídico de empresa, tive a honra de ser um dos seus primeiros clientes há exatos 10 anos e sigo assim, acreditando que muitas outras décadas de sucesso estão por vir para este excelente Escritório.

*With great satisfaction and pride, I received the request from my friend and fellow lawyer Bruno Freire to write a few words about his Firm, Bruno Freire Advogados, which has reached the important milestone of 10 years!*

*Bruno, this fraternal friend of so many decades in our dear Bahia, has followed a path of much dedication, ethics and honorable achievements in Law and in the Academy. He's a lawyer of the highest quality, accustomed to complex and sophisticated cases, who always seeks to understand his clients' needs with care and attention.*

*As it couldn't be otherwise, the Firm founded and led by Bruno, has the same qualities as its founder: competence, seriousness, ethics and loyalty to clients.*

*As a company's Legal Director, I had the honor of being one of his first clients exactly 10 years ago and I am still so, believing that many more decades of success lie ahead for this excellent Firm.*

## Thereza Alvim e Eduardo Arruda Alvim

Sócios-Fundadores – Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica  
*Founding Partners – Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica*

Conhecemos o Prof. Dr. Bruno Freire há (bem mais) de vinte anos. Acompanhamos desde sempre a sua notável carreira acadêmica, destacando-se como um dos mais respeitados estudiosos do Direito do Trabalho.

Possuidor de vastíssima produção bibliográfica, é referência de estudo em diversas faculdades de prestígio e é nome certo em eventos científicos quem envolvem a matéria, seja pela sua invulgar competência, seja por se tratar de orador nato, capaz de expor com clareza e profundidade suas ideias.

Ele conseguiu o que poucos conseguem. E não parou por aí. Concilia essa dedicação acadêmica (da qual, para o bem das nossas letras jurídicas, não se afasta) com atividade intensa no foro. Construiu bem estruturado escritório, que se tornou porto seguro para aqueles que litigam perante a Justiça do Trabalho. Advogado militante, professor nato, autor renomado: temos estabelecido profícua parceria há muitos anos.

Portanto, ao ensejo deste livro comemorativo dos 10 anos do Escritório Bruno Freire Advogados, é com muita satisfação que prestamos o presente depoimento, desejando ao amigo, advogado e professor um crescente sucesso, que nada é mais do que o reconhecimento da excelência de seu trabalho.

*We have known Prof. Dr. Bruno Freire for (more than) twenty years. We have always followed his remarkable academic career, standing out as one of the most respected scholars of Labor Law.*

*He has a vast bibliographic production, is a reference of study in several prestigious universities, and is a sure name in scientific events involving the subject, either because of his unusual competence or because he is a born speaker, capable of presenting his ideas with clarity and depth.*

*He has achieved what few others can. And he did not stop there. He conciliates this academic dedication (of which, for the good of our legal literature, he does not distance himself) with an intense activity in the forensic area. He has built a well-structured Firm, which has become a safe haven for those who litigate before the Labor Court. Active lawyer, born teacher, renowned author: we have established a fruitful partnership for many years.*

*Therefore, on the occasion of this book celebrating 10 years of Bruno Freire Advogados, it is with great satisfaction that we make this testimonial, wishing the friend, lawyer and professor growing success, which is nothing more than the recognition of the excellence of his work.*



**E**, por fim, para presentear os nossos clientes e parceiros nesta obra comemorativa de 10 anos do Bruno Freire Advogados, trazemos artigos jurídicos daqueles que interpretam o Direito Laboral: os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho que, gentilmente, cederam trabalhos científicos sobre os mais relevantes temas da atualidade e cujo posicionamento jurídico se estenderá como standards no estudo das respectivas matérias durante a próxima década, além de uma representante do Ministério Público do Trabalho, responsável pela fiscalização do cumprimento da Lei Trabalhista.

Resta-nos, pois, um caloroso e sincero agradecimento ao membro do Ministério Público do Trabalho Gisele Fernandes Góes e aos Ministros da Corte Suprema Trabalhista Alexandre Agra Belmonte, Aloysio Corrêa da Veiga, Amaury Rodrigues Pinto Junior, Augusto César Leite de Carvalho, Cláudio Mascarenhas Brandão, Evandro Pereira Valadão Lopes, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Morgana de Almeida Richa e Sergio Pinto Martins.



**A**nd finally, as a gift to our clients and partners in this commemorative work of 10 years of Bruno Freire Advogados, we bring you legal articles from those who interpret Labor Law: the Ministers of the Superior Labor Court who have kindly provided scientific papers on the most relevant issues of the day and whose legal position will be extended as standards in the study of the respective matters during the next decade, as well as a representative of the Labor Prosecutor's Office, responsible for enforcing Labor Law.

*All that remains for us to do is to express our warm and heartfelt thanks to the Regional Labor Attorney Gisele Fernandes Góes and to the Ministers of the Superior Labor Court Alexandre Agra Belmonte, Aloysio Corrêa da Veiga, Amaury Rodrigues Pinto Junior, Augusto César Leite de Carvalho, Cláudio Mascarenhas Brandão, Evandro Pereira Valadão Lopes, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Morgana de Almeida Richa and Sergio Pinto Martins.*



<b>Alexandre Agra Belmonte</b> .....	71
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho	
<b>Aloysio Corrêa da Veiga</b> .....	79
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho	
<b>Amaury Rodrigues Pinto Junior</b> .....	87
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho	
<b>Augusto César Leite de Carvalho</b> .....	95
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho	
<b>Cláudio Mascarenhas Brandão</b> .....	107
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho	
<b>Evandro Pereira Valadão Lopes</b> .....	117
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho	
<b>Gisele Fernandes Góes</b> .....	127
Procuradora Regional do Trabalho da 8ª Região	
<b>Luiz Philippe Vieira de Mello Filho</b> .....	135
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho	
<b>Morgana de Almeida Richa</b> .....	141
Ministra do Tribunal Superior do Trabalho	
<b>Sergio Pinto Martins</b> .....	151
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho	



<b>Alexandre Agra Belmonte</b> .....	<b>71</b>
<i>Minister of the Superior Labor Court</i>	
<b>Aloysio Corrêa da Veiga</b> .....	<b>79</b>
<i>Minister of the Superior Labor Court</i>	
<b>Amaury Rodrigues Pinto Junior</b> .....	<b>87</b>
<i>Minister of the Superior Labor Court</i>	
<b>Augusto César Leite de Carvalho</b> .....	<b>95</b>
<i>Minister of the Superior Labor Court</i>	
<b>Cláudio Mascarenhas Brandão</b> .....	<b>107</b>
<i>Minister of the Superior Labor Court</i>	
<b>Evandro Pereira Valadão Lppes</b> .....	<b>117</b>
<i>Minister of the Superior Labor Court</i>	
<b>Gisele Fernandes Góes</b> .....	<b>127</b>
<i>Regional Labor Attorney of the 8<sup>th</sup> Region</i>	
<b>Luiz Philippe Vieira de Mello Filho</b> .....	<b>135</b>
<i>Minister of the Superior Labor Court</i>	
<b>Morgana de Almeida Richa</b> .....	<b>141</b>
<i>Minister of the Superior Labor Court</i>	
<b>Sergio Pinto Martins</b> .....	<b>151</b>
<i>Minister of the Superior Labor Court</i>	





*“O trabalho não pode ser uma lei sem que seja um direito.”*

*“The work can't be a law without being a right.”*

*“Le travail ne peut être une loi sans être un droit.”*

VICTOR HUGO (1802-1885)



## O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO CPC DE 2015, DA LEI Nº 13.467/2017 E DA LEI Nº 13.874/2019

ALEXANDRE AGRA BELMONTE

### 1. Desconsideração da personalidade jurídica

O ordenamento reconhece a existência autônoma da pessoa jurídica, atribuindo-lhe personalidade para atuar em nome próprio. Até mesmo algumas entidades juridicamente despersonalizadas, a exemplo dos condomínios residenciais e comerciais, recebem tratamento diferenciado das pessoas que o integram.

A existência autônoma da pessoa jurídica tem por fim dar-lhes autonomia, em relação aos seus integrantes, para a prática e efeitos de seus atos. Pelo que os direitos e deveres deles decorrentes não se confundem com aqueles titularizados pelas pessoas naturais que a formam. Significa isto dizer que, em regra, quem responde pelos atos praticados pela pessoa jurídica é ela própria, inclusive no campo patrimonial.

Ocorre que a atuação da pessoa jurídica e o uso do seu patrimônio estão comprometidos com o objeto que retrata a sua razão de existir, retratada nos seus atos constitutivos. Ela não pode ser utilizada para a realização de interesses estranhos ao seu objeto social; para atender interesses puramente particulares dos sócios; ou ainda, para mascarar o uso da personalidade autônoma como fachada para obstaculizar a responsabilidade pessoal por atos simulados ou fraudulentos dos sócios, destinados a livrar o alcance dos seus patrimônios pessoais.

Como meio de reação ao desvio de função do instituto da pessoa jurídica, o Direito desenvolveu, em vários países, teorias destinadas a, pontualmente, diante de atos abusivos ou exorbitantes, simulados ou fraudulentos praticados pelos sócios por meio da pessoa jurídica, penetrar em sua composição societária e, descartando a personalidade autônoma

da entidade, responsabilizar diretamente os sócios: a *Disregard of Legal Entity Theory* (teoria inglesa do descarte ou desconsideração da personalidade legal), a *Abus de la Noction de Personnalité Sociale ou Disregard Doctrine* (teoria jurisprudencial francesa do abuso da noção de personalidade da sociedade ou do descarte ou desconsideração), *La Teoría de la Penetración* (teria espanhola da penetração nos sócios da pessoa jurídica), *Desestimación de la Personalidad Societaria* (teoria argentina da rejeição da personalidade societária), *Superamento della personalità giuridica* (teoria italiana da superação da personalidade da pessoa jurídica), *Durchgriff der Juristischen Person* (teoria alemã da penetração na pessoa jurídica) e a *Lifting the Corporate Veil Theory* ou *Disregard doctrine* (teoria americana do levantamento do véu corporativo ou da desconsideração).

Embora o art. 20 do Código Civil de 1916 atribuisse personalidade autônoma à pessoa jurídica, o art. 21, III, previa apenas a sua dissolução motivada pela prática de atos opostos aos seus fins ou nocivos ao bem público e não, de forma mais singela, a simples desconsideração da personalidade, quando o intuito fosse o de alcançar os bens particulares dos sócios.

Nos anos 1970 RUBENS REQUIÃO e FÁBIO KONDER COMPARATO disseminaram no Brasil a doutrina do *Disregard of Legal Entity*.

No entanto, as situações jurídicas envolvendo o abuso de personalidade da pessoa jurídica levaram à absorção, pela jurisprudência brasileira, das teorias estrangeiras acima destacadas, pelo que o alcance legislativo do citado art. 21, III, do diploma Bevilacqua, foi por ela elástico para, pontualmente, permitir a

desconsideração da personalidade da pessoa jurídica em variadas hipóteses, como má utilização por fraude ou desvio de finalidade, confusão de patrimônios, irregularidade de funcionamento, encerramento das atividades sem baixa, insuficiência patrimonial com sócios solventes e transferência de participação societária para testas de ferro.

Diante da indefinição legislativa e dos casos pontuais decididos pela jurisprudência nas mais variadas direções, resolveu então o legislador intervir, procurando dar diretrizes únicas às possibilidades de desconsideração, conforme a matéria tutelada, restringindo ou ampliando as hipóteses de desconsideração. Assim o fez por meio do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor para as relações consumeristas (1990); Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste); Art. 4º da Lei nº 9.605/1998 (Lei Ambiental).

Finalmente, o atual Código Civil, de 2002, com vigência a partir de 11 de janeiro de 2003, veio a regular as hipóteses de desconsideração como regra geral (art. 50), excetuadas as relações especiais, entre elas, as acima mencionadas.

Ocorre que, em reação à Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, sócios passaram a esconder os seus patrimônios pessoais nas pessoas jurídicas, buscando evitar que fossem alcançados. Para esses casos, a doutrina elaborou a Teoria da Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica, que agora tem previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015, e que busca permitir a responsabilização direta da pessoas jurídicas pelos atos fraudulentos ou simulatórios de blindagem patrimonial praticados pelos sócios, e assim estranhos aos atos e objetivos societários.

Enfim, as teorias tradicional ou inversa da Desconsideração da Personalidade Jurídica não têm por objetivo anular a personalidade autônoma da pessoa jurídica. Pelo contrário, têm o propósito de proteger o instituto contra atos contrários à lei e à administração lesiva a terceiros. Pelo que a desconsideração pontual, para responsabilizar e alcançar bens dos sócios ou das pessoas jurídicas, é justificada apenas nos casos previstos em lei, em sua maioria decorrentes da prática de ações abusivas, fraudulentas ou simuladas.

Portanto, a desconsideração da personalidade pode ser definida como a desconsideração pontual da personalidade autônoma das pessoas jurídicas<sup>1</sup>, tanto para alcançar os bens dos sócios da pessoa jurídica nas hipóteses definidas em lei, como também para, inversamente, permitir o alcance dos bens que formalmente estão em nome da pessoa jurídica, mas que estão ali alocados pelos sócios por atos de blindagem ou ocultação do patrimônio pessoal.

## 2. Teorias da desconsideração

Duas são as teorias adotadas no direito brasileiro: a Teoria Maior da Desconsideração e a Teoria Menor da Desconsideração.<sup>2</sup>

A Teoria Maior da Desconsideração é a de *maior aplicação* pelo ordenamento, mas *com caracterização mais restrita das hipóteses* que ensejam a desconsideração, porque mais elaborada. Os pressupostos legais de caracterização são mais restritos, mas são os de maior frequência de ocorrência, pelo que tem maior amplitude de aplicação, daí a denominação utilizada. É tida como a mais elaborada.

1. Ou, como diz Fredie Didier Junior, “trata-se de uma técnica de suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, de modo a buscar, no patrimônio dos sócios, bens que respondam pela dívida contraída.” Curso de Direito Processual Civil, vol 1, JusPodium, Salvador, 2016, pp. 545-525.
2. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2, 10. ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 36-47.

Com efeito, condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação abusiva do instituto.

A Teoria Menor da Desconsideração é a *de menor aplicação* pelo ordenamento, mas *de caracterização mais ampla em relação às hipóteses* que ensejam a desconsideração, não se limitando à caracterização da utilização abusiva da personalidade da pessoa jurídica. Ou seja, é menor em aplicação, porque incidente sobre relações jurídicas específicas, mas tem maior amplitude de caracterização. É tida como menos elaborada.

Embora, doutrinariamente, tenham sido absorvidas, as denominações utilizadas não primam pela sofisticação e mais confundem do que se autoexplicam.

Para JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETTO, são três as teorias da desconsideração: a) a primeira, subjetiva, admite o *disregard* somente nos casos de comprovação de abuso ou fraude por parte da entidade; b) a segunda, finalística, calcada no art. 28, § 5º, do CDC, presume o prejuízo do credor em ocorrendo dificuldade de execução; e, c) a terceira, objetiva, indistintamente aplicável em prol do devedor ou do credor, se contenta com a separação patrimonial como forma de obstáculo a determinado interesse tutelado pelo direito.<sup>3</sup>

Tem razão o autor. São denominações mais coerentes. De qualquer sorte, a chamada “Teoria Menor da Desconsideração” autoriza o afastamento da personalidade autônoma da pessoa jurídica, para direcionamento ou alcance dos sócios componentes:

- de forma finalística, nas hipóteses em que se presume a imputação de responsabilidade dos sócios, não obstante, em prejuízo do credor, a
3. A execução dos bens dos sócios em face da Disregard Doctrine, *in* Execução Trabalhista, Estudos em Homagens ao Ministro João Oreste Dalazen, Coordenação de José Affonso Dallegre Neto e Ney José de Freitas. LTr, SP, 2002.

previsível dificuldade na execução do crédito junto à sociedade; e,

- de forma objetiva, bastando a simples insatisfação do crédito pela sociedade insolvente (sem ativos), independentemente de fraude ou abuso de forma.

## 3. Código Civil

Nos termos do art. 49-A, do Código Civil, a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

O objetivo dessa autonomia é desvincular dos sócios, associados e instituidores os seus patrimônios pessoais e a responsabilidade pelos atos praticados e obrigações contraídas pela pessoa jurídica, que tem existência e patrimônio próprios (princípio da autonomia patrimonial).

Nos termos do parágrafo único do art. 49-A, do Código Civil, essa autonomia é instrumento de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício da coletividade.

No entanto, o próprio legislador reconhece que essa desvinculação não é total, porque nos casos que aponta, os titulares respondem, conforme o caso, solidária ou subsidiariamente, limitada ou ilimitadamente, pelos atos praticados pela pessoa jurídica. Basta verificar o que dispõem a respeito os arts. 1.023, 1.039, 1.045, 1.091, 1.095, CC).

Quando a lei permite a responsabilização solidária dos sócios pelos atos da pessoa jurídica na qual figuram, não há motivo para desconsiderar a personalidade, porque cada sócio já responde integralmente pelas obrigações da entidade jurídica (art. 264, do Código Civil).

Nas sociedades em que o sócio não tem responsabilidade ilimitada, a integralização do capital social restringe a sua responsabilidade pessoal, de forma subsidiária, ao investimento feito (art. 1.052, CC).

Essa, portanto, é a regra. Mas ela comporta exceções, porque o ordenamento jurídico não pode admitir a fraude, ou seja, o uso abusivo da personalidade autônoma da pessoa jurídica, para prejudicar terceiros. Nesses casos, é óbvio que a desvinculação da personalidade dos sócios fica comprometida, ensejando o alcance da pessoa do sócio que usa a personalidade da entidade da qual faz parte, para fazer negócios pessoais com o objetivo de não responsabilizar-se pessoalmente por tais atos.

Daí dispor o art. 50, do Código Civil, que *“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.”*

Para o legislador civil, somente o abuso da personalidade autoriza a desconsideração da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, assim mesmo com imputação da responsabilidade exclusivamente ao sócio, associados, instituidor ou administrador que tiver realizado a fraude, ou dela se beneficiado, direta ou indiretamente (art. 50, *caput*, *in fine*, do CC).

Ocorre abuso de direito quando o exercício de um direito excede, de forma manifesta, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187, do CC).

O abuso da personalidade da pessoa jurídica, como tipo específico, é por lei caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial (art. 50, *caput*, CC). Pelo que não basta a insolvência da pessoa jurídica para justificar a desconsideração.

Quanto ao primeiro requisito de caracterização do abuso, o desvio de finalidade, deve-se ter em mente que a atuação da pessoa jurídica está comprometida com o objeto social que retrata a sua razão de existir. Em que pese a capacidade que lhe é atribuída

por lei como decorrência da aquisição de personalidade, está legitimada, como entidade autônoma, a praticar os atos que correspondem à sua finalidade.

O desvio de função ou disfunção social abusiva diz respeito ao afastamento dos seus objetivos sociais, ou seja, quando direcionado à utilização dolosa da personalidade da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e/ou para a prática de atos ilícitos (§ 1º do art. 50, CC).

Observe-se, no entanto, que não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica (§ 5º do art. 50, CC). É necessário que se comprove a utilização da pessoa jurídica para mascarar a real atividade com intuito de lesar credores ou para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza, por exemplo, servir de fachada para lavagem de capitais ou evasão de dívidas.

No tocante ao segundo requisito de caracterização do abuso, a confusão, é preciso diferenciar a subjetiva da objetiva. Há confusão subjetiva, quando as qualidades de credor e devedor se concentram numa só pessoa. É meio de extinção de obrigação, previsto no art. 381, do Código Civil. Mas a lei fala em confusão patrimonial objetiva, que não se confunde com a confusão subjetiva extintiva de obrigações.

A confusão objetiva na forma ilícita, é caracterizada pela dificuldade de se distinguir se o patrimônio pertence ao sócio ou à sociedade, como forma de criar obstáculos à responsabilização patrimonial da pessoa física ou jurídica.

Nos termos do § 2º do art. 50, *“Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.”*

Em virtude da realidade da desconsideração inversa, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial também se aplicam à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica (§ 3º do art. 50, CC).

A mera existência de grupo empresarial, econômico ou sociedade, de fato ou de direito, sem a presença da comprovação de desvio de finalidade e/ou confusão patrimonial, não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica (§ 4º do art. 50, CC).

O Código Civil de 2002 admite ainda o alcance solidário do patrimônio pessoal dos integrante da pessoa jurídica, desconsiderando assim a personalidade autônoma da entidade: a) enquanto não inscritos os atos constitutivos da sociedade (sociedade em comum - art. 988 c/c 990); b) quando se tornam irregulares, com existência apenas no plano fático.

No primeiro caso, a hipótese não enseja tornar nula a pessoa jurídica e sim de não levar a sua existência em consideração para certos e determinadas obrigações, alcançando-se assim, diretamente, as pessoas dos sócios. E no segundo, é evidente que o encerramento das atividades, sem baixa, ou mesmo a transferência das cotas para “testas-de-ferro” tem por fim subtrair responsabilidades, merecendo do ordenamento a reação contra a fraude, através da perseguição direta dos envolvidos na artimanha.

Como decorrência lógica dos art. 50 e 988, nas sociedades irregulares –que não obtém autorização para funcionamento, as que cessam o funcionamento, sem baixa- os sócios também poderão ficar sujeitos à responsabilização solidária.

Todavia, nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua (art. 51, CC).

#### 4. Teoria adotada pelo Código Civil

Em face da exigência de pressupostos de caracterização mais restrita para efeito de afastamento episódico da personalidade autônoma, embora aplicável à maioria dos casos, o Código Civil adotou a Teoria Maior da Desconsideração, mais elaborada.

Somente o abuso da personalidade, por desvio de função e/ou confusão patrimonial, buscando o inadimplemento da obrigação social perante credores, autoriza a desconsideração (art. 50).

Já é possível antever que a Teoria Maior da desconsideração é aplicável às relações civis em geral e que a Teoria Menor da desconsideração incide em relações jurídicas específicas ou especiais.

#### 5. Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)

O § 5º do art. 28 da Lei nº 8.078/90, prevê, para as relações de consumo, a desconsideração:

- em casos de abuso de direito;
- excesso de poder;
- infração da lei;
- fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social; e,
- quando provocada por má administração, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica.

Logo, tem-se que o CDC adotou a Teoria Menor Finalística da Desconsideração, menos elaborada e com menor âmbito de aplicação.

Realmente, a sua aplicação é mais restrita, porque é específica para as relações de consumo. Mas tem maior amplitude de caracterização, por presumir a lei, pela hipossuficiência do consumidor em termos de prova e de imputação de responsabilidade, a dificuldade na execução em prejuízo do credor, se o sócio não puder ser diretamente alcançado pela via da desconsideração.

A Lei nº 12.529/2011 (do CADE) reproduz o art. 28, § 5º, do CDC.

#### 6. Lei do Meio Ambiente

O art. 4º da Lei nº 9.605/98 estatui que a desconsideração pode ser efetuada quando se verificar a personalidade jurídica como obstáculo à concretização de suas normas.

Vê-se, portanto, que adotou a Teoria Menor Objetiva.

Como é específica para as relações ambientais, a sua aplicação é mais restrita. Mas com maior amplitude para efeito de caracterização das hipóteses de desconsideração, por contentar-se com *o fato objetivo da simples insatisfação do crédito* pela pessoa jurídica, quando o sócio goza de solvabilidade.

#### 7. O Projeto de Código Comercial

O art. 129 do Projeto de Código Comercial prevê que a simples insuficiência de bens não autoriza a desconsideração.

No mesmo sentido, a PL 3401/2008, da Câmara dos Deputados, que ainda impõe procedimentos prévios à decretação da desconsideração, entre eles que não pode ser concedida de ofício, devendo ser precedida de decisão fundamentada e deve admitir contraditório e ampla defesa.

#### 8. A teoria da desconsideração nas relações de trabalho

De início, é preciso diferenciar despersonalização do empregador de desconsideração da personalidade jurídica.

A despersonalização da empresa, enquanto entidade empregadora, está prevista no art. 2º, da CLT. Uma de suas aplicações diz respeito ao princípio da continuidade da relação de emprego em virtude de sucessão (arts. 10 e 448, da CLT).

Na desconsideração da personalidade, a finalidade é outra, a de episódica e subsidiariamente responsabilizar, nas hipóteses previstas em lei, os sócios da pessoa jurídica pelos atos e dívidas da pessoa jurídica. Ou, inversamente, subsidiariamente alcançar os bens que estão formalmente em nome da pessoa jurídica, ali alocados em virtude de atos de blindagem patrimonial praticados pelos sócios.

Na vigência do Código Civil de 16, a Teoria da Desconsideração vinha sendo aplicada, na área trabalhista, dentro dos “espaços” que a lei admitia: em se cuidando de certas pessoas jurídicas que somente existiam de fato ou se tornavam irregulares e nenhum bem era encontrado em seu nome ou, em existindo, era insuficiente, costumava-se responsabilizar pessoalmente os sócios. E também dar-se nenhuma importância às alterações contratuais de última hora, por meio das quais ficava evidenciada a nomeação de “testas-de-ferro” como novos sócios e com assunção do ativo e passivo sociais, no objetivo de frustrar a execução trabalhista.

Com o advento do Código do Consumidor, onde está expresso, no art. 28, que “*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, ou quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*”, passou-se a ampliar, nos termos desse dispositivo, no âmbito da Justiça do Trabalho, o rol de hipóteses de desconsideração.

O fato, no entanto, é que essa ampliação foi mais longe. As decisões passaram a considerar que diante da natureza alimentar do crédito trabalhista, da hipossuficiência do trabalhador e da premência no recebimento do crédito, não importa se ocorreu ou não abuso de personalidade, confusão patrimonial ou se há presunção de dificuldade na execução. Basta o mero fato do inadimplemento, a inexistência de bens sociais penhoráveis e a solvabilidade do sócio, para autorizar a desconsideração.

Daí se conclui que, por fundamento diverso, a Justiça do Trabalho terminou optando, na verdade, pela aplicação da Teoria Menor Objetiva, inserta no art. 4º da Lei do Meio Ambiente.

Ocorre que sobreveio agora a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Em seu art. 1º, § 1º, estabelece que “O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.” E faz parte do disposto na referida lei a observância do art. 50 e §§ do Código Civil, na nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.874/2019.

Outrossim, o art. 8º, § 1º, da CLT, com a nova redação da Lei nº 13.467/2017, dispõe que “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.”

Assim, tudo parece indicar que nas relações de trabalho aplicável à desconsideração da personalidade jurídica passa a ser a Teoria Maior inscrita no art. 50, do Código Civil.

## 9. A natureza da responsabilidade dos sócios quanto aos créditos trabalhistas na desconsideração

Os bens dos sócios da entidade cuja personalidade foi desconsiderada, respondem pelos créditos trabalhistas nos casos previstos em lei.

O art. 1024, do CC, determina a execução principal nos bens da sociedade e a sucessiva nos bens dos sócios. No mesmo sentido, o art. 795, *caput* e § 1º, do CPC.

Assim, a responsabilidade dos sócios nos casos de desconsideração da personalidade, subsidiária, podendo alegar, com respaldo na lei, o benefício de ordem (§ 1º do art. 795, do CPC).

Esclarece o parágrafo único do art. 10, da CLT, que “O sócio retirante responderá solidariamente com os

*demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.”*

Outrossim, nos termos do parágrafo único do art. 448-A, “A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.”

Nos primeiro caso, a própria lei já estabelece a responsabilidade direta e solidária, sendo a desconsideração desnecessária, mas no segundo, a solidariedade é estabelecida entre empresas, pelo que a fraude autoriza a desconsideração das personalidades de ambas para o alcance dos respectivos sócios.

## 10. Sociedades anônimas, empresas sem fins lucrativos e sócio retirante

Em se cuidando de sociedades anônimas abertas, em que o capital social é fracionado em partículas de igual valor (ações) e comercializado em bolsa de valores, a não ser nas hipóteses de sociedade de fato ou irregulares, bem como de má-gestão e dolo por parte dos diretores, a Lei 6.404/76 proíbe a responsabilização pessoal imediata dos dirigentes detentores da maioria do capital social, sendo que a insuficiência de bens destinados a garantir o cumprimento das obrigações sociais dá ensejo à execução universal.

Como os sócios gestores e os administradores dessas empresas são responsáveis, subsidiária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, tanto os de má gestão, como os contrários ao previsto no contrato social ou estatuto, em não sendo localizados bens passíveis de despertar interesse em hasta pública e demonstrada a má gestão do Administrador, pelo descaso na satisfação dos créditos trabalhistas, tem-se que o sócio diretor pode ser responsabilizado pelas dívidas trabalhistas da sociedade.

Nas sociedades anônimas fechadas, o tratamento dado pela Justiça do Trabalho tem sido o mesmo das sociedades limitadas: a desconsideração, se

verificada insuficiência patrimonial social, com sócios solventes.

Quanto ao sócio meramente investidor, a presunção, relativa, é a de que não responde pelos atos da sociedade. Mas se ficar comprovada a gestão factual ou a sua culpa na insolvência da empresa, responderá.

Tem sido excluído de responsabilidade o sócio minoritário, com capital insignificante e que não participou em nenhum momento da gestão da empresa. De igual sorte, o sócio minoritário empregado.

Nas empresas sem fins lucrativos, o sócio tem sido responsabilizado em casos de má-gestão.

Finalmente, os art. 1003, parágrafo único, 1032 e 1146, do CCB/2002.

O art. 1003, parágrafo único do CCB, dispõe que “Na cessão total ou parcial de cotas, a responsabilidade do sócio retirante permanece até 2 anos depois de averbada a modificação do contrato social, respondendo o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações societárias.”

O art. 1032, do CC, dispõe que a retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até 2 anos após averbada a resolução da sociedade.

Quanto ao art. 1146, do CC, estatui que “O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.”

Os artigos 1003 e 1146 estabelecem, respectivamente, prazos de dois a um a dois anos para efeito de considerar a responsabilidade do sócio pelos débitos anteriores à cessão parcial ou total de cotas da sociedade para outrem ou transferência do próprio negócio.

Contudo, não estabelecem prazo em relação: a) ao sócio que ingressa no lugar do retirante ou aos que permanecem; e, b) ao adquirente do negócio transferido.

No caso do art. 1003 (cessão de cotas, com manutenção da sociedade), o sócio cedente responde solidariamente com o cessionário perante a sociedade e terceiros pelos atos praticados ao tempo em que era sócio, sendo que o retirante durante dois anos da averbação.

O art. 1032 cuida dos efeitos resolução da sociedade, estabelecendo que tanto ela ocorrendo pela retirada do sócio, sua exclusão do sócio ou morte, ele ou os seus herdeiros respondem pelas obrigações sociais reclamadas no prazo de dois anos da averbação.

O art. 1146 cuida dos efeitos da transferência do estabelecimento, estatuinto que no relacionamento entre adquirente e cedente, este responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados e o devedor primitivo permanece solidariamente obrigado por tais débitos, desde que reclamados no prazo de um ano.

A CLT tem norma própria, no sentido de que a transferência do estabelecimento não afeta os direitos já adquiridos pelos trabalhadores anteriormente ao negócio (art. 10) e o artigo 10-A estabelece o prazo e o benefício de ordem, com a ressalva contida no parágrafo único:

*Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:*

*I - a empresa devedora;*

*II - os sócios atuais; e*

*III - os sócios retirantes.*

*Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada*

*fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.”*

## 11. Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no novo CPC e sua compatibilidade com o processo trabalhista

Nos termos do artigo 15, do novo CPC, “*Na ausência de normas que regulamentem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*”

Inicialmente, cabe esclarecer que o legislador não utilizou as palavras subsidiária e supletiva como sinônimas, até porque não o são.

Aplicação supletiva supõe suplemento ou complemento de norma existente, ou seja, aplica-se a lei processual comum quando útil, necessária ou conveniente para complementar a lei trabalhista. Já a aplicação subsidiária supõe ajuda, auxílio, para efeito de integração, em virtude de total omissão, desde que compatível com os princípios e sistematicamente com as regras do processo do trabalho.

Pretendesse o legislador a substituição da norma do processo comum pela trabalhista, teria sido taxativo, utilizando termos como “substitui” ou “se sobrepor”, o que não ocorreu.

A única diferença entre o texto da CLT, contido no art. 769 e o texto do CPC é que agora ficou claro que é possível não apenas a aplicação subsidiária da norma do processo comum para os casos de total omissão ou lacuna, mas também nos casos em que não há omissão, mas é útil, necessária ou conveniente, para efeito de aprimoramento ou aplicação da norma processual trabalhista, a complementação com a norma processual comum.

Assim, existindo omissão na legislação processual trabalhista sobre a Ação de Consignação em Pagamento, é possível suprir a lacuna, por aplicação

subsidiária, porque ela é compatível com o processo do trabalho.

Contrariamente, o art. 523 § 1º, do CPC de 2015 é inaplicável de forma supletiva, não porque inexistente omissão a respeito no processo do trabalho (o que poderia levar à aplicação supletiva), mas pelo fato de que com ele é incompatível, eis que a solução dada ao tema por norma do processo do trabalho é outra, específica e diferente da constante no processo comum, que lhe confere outra diretriz.

De igual sorte, os art. 459 e 219, do CPC: respectivamente, a possibilidade de formulação direta de perguntas pelas partes colide com norma específica da CLT, art. 820, em sentido oposto, e o critério previsto no art. 775, da CLT e justificado pela celeridade e simplicidade do processo trabalhista, colide com a contagem de prazos processuais apenas em dias úteis.

O novel art. 855-A, introduzido na CLT pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 dispõe que “*Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.*”

O art. 6º da Instrução Normativa nº 39, do TST, de 15 de março de 2016 já esclarecia que “*Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (art. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).*”

O incidente de desconconsideração tem por fim criar condições para a apuração das razões pelas quais a parte pretende ver desconsiderada a personalidade, para a responsabilização:

- do sócio, pelos atos praticados pela pessoa jurídica; e,
- da pessoa jurídica, pelos atos praticados pelo sócio.

Logo, trata-se de intervenção provocada de terceiros no processo em que litigam as partes originárias. E nessa condição está capitulada no novo CPC.

Já preocupavam o jurisdicionado e a jurisprudência a falta de normas estabelecendo um procedimento para a desconconsideração, compreendendo a legitimidade da iniciativa, momento da argüição, forma de estabelecimento do contraditório, realização de provas, necessidade de decisão fundamentada e recurso. O problema foi resolvido pelo atual CPC, que agora prevê procedimento específico para possibilitar, com suspensão do processo, para permitir regular instrução, a apreciação do pedido de desconconsideração.

Legitimados são a parte, inclusive o Ministério Público nessa condição e o próprio Ministério Público como fiscal da lei, pelo que não pode ser determinada de ofício pelo juiz.

Todavia, no processo do trabalho o incidente é cabível de ofício na fase de execução, com base no art. 878, da CLT. Neste sentido o art. 6º da Instrução Normativa nº 39, do TST, de 15 de março de 2016.

O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Mas o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos previstos em norma de direito material para o exame da pretendida desconconsideração da personalidade.

Se a desconconsideração for pedida na inicial, o incidente é dispensado. Basta citar o sócio ou a pessoa jurídica, porque quando responderem à citação, poderão apresentar contestação e provas sobre o tema.

Em momento ulterior, o juiz deverá citar o sócio ou a pessoa jurídica para pronunciar-se a respeito, em 15 dias, requerendo as provas que entender cabíveis.

O processo fica suspenso para a instrução (se necessária) e julgamento do incidente, por meio de decisão fundamentada.

Conforme § 2º do art. 6º da IN do TST nº 39, de 15 de março de 2016, *“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.”*

A referida norma foi praticamente reproduzida no § 2º do novel art. 855-A, da CLT: *“A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).”*

O prazo de 15 (quinze) dias para manifestação do sócio ou da pessoa jurídica e a suspensão do processo para resolução do incidente justificam-se diante dos princípios do contraditório e da segurança das relações jurídicas, que devem harmonizar-se com os princípios da simplicidade e da celeridade que informam o processo do trabalho. Os dois últimos não podem tornar os demais ineficazes.

A decisão do incidente é interlocutória, cabendo, no processo comum, recurso de agravo de instrumento (art. 1015, IV, CPC).

Ocorre que no processo do trabalho, o agravo de instrumento trabalhista tem normatividade específica, para aplicação em caso de trancamento injustificado de recurso, pelo que não há omissão e assim não cabe aplicação subsidiária da norma do processo comum, que o prevê para rediscutir decisão interlocutória. Também não cabe aplicação supletiva, porque a sua admissão para o reexame de decisões interlocutórias ofenderia a dinâmica do processo trabalhista, consubstanciada no princípio da irrecorribilidade dessas decisões antes da decisão definitiva, insculpido no § 1º do art. 893, da CLT.

Logo, a recorribilidade quanto ao incidente se dará quando da sentença de conhecimento, por

meio de recurso ordinário ou, na execução, por meio de agravo de petição.

Se o incidente ocorrer na fase de execução, como haverá suspensão do processo para a respectiva resolução, a defesa prescinde de prévia penhora ou depósito e, conseqüentemente, de Embargos à Execução. E, nos termos da Instrução Normativa nº 39/2016, do TST, no recurso de Agravo de Petição inexistente necessidade de depósito recursal para o reexame da decisão.

Pelo novel Código de Processo Civil, se proferida pelo relator, no tribunal, da decisão caberá agravo interno (art. 932, VI c/c 136).

A norma é compatível com o processo do trabalho. Salvo melhor juízo, no Regional o Relator assim poderá proceder diante de fato novo, superveniente à sentença de 1º grau ou em reexame da decisão que indeferiu a formação do incidente. Em instância extraordinária, de exame de violação da lei e/ou de divergência jurisprudencial, o Relator assim poderá proceder somente em reexame da decisão de 2º grau, cabendo agravo da decisão para julgamento pela Turma ou pela SDI.

De qualquer sorte, nos termos do novel art. 855-A, introduzido na CLT pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017:

*“§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:*

*I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação;*

*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.”*

Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude à execução, será ineficaz em relação ao exequente (art. 137, CPC).

Em termos de responsabilidade patrimonial, estão sujeitos à execução os bens do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica (art. 790, VII, CPC), ou seja, subsidiariamente os dos sócios da pessoa jurídica cuja personalidade foi desconsiderada ou os da pessoa jurídica, cuja personalidade dos sócios foi inversamente desconsiderada, se verificada, num e noutro caso, a insuficiência patrimonial do sócio ou da sociedade.

## 12. Conclusões

Despersonalização do ente empregador e desconsideração de sua personalidade jurídica não se confundem.

A despersonalização da empresa, enquanto entidade empregadora, está prevista no art. 2º, da CLT, em razão do princípio da continuidade da relação de emprego em virtude de sucessão (art. 10 e 448, da CLT).

Na desconsideração da personalidade, a finalidade é episódica e subsidiariamente, responsabilizar os seus sócios pelos atos pelas dívidas da pessoa jurídica ou, inversamente, subsidiariamente alcançar os bens que estão formalmente em nome da pessoa jurídica, ali alocados em virtude de atos de blindagem patrimonial praticados pelos sócios.

Na Justiça Comum prevalece a Teoria Maior da Desconsideração, que aplica a Menor somente nas relações de consumo, ambientais e outras de natureza especial, que a exigem.

Na Justiça do Trabalho, até a edição Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei da Liberdade Econômica), prevalecia a aplicação da Teoria Menor Objetiva na desconsideração, contentando-se a jurisprudência com o mero fato do inadimplemento, da inexistência de bens sociais penhoráveis e da solvabilidade do sócio, para autorizar a desconsideração, não importando se ocorreu ou não abuso de personalidade.

A Lei nº 13.874/2019, em seu art. 1º, § 1º, estabelece que “*O disposto nesta Lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.*” E faz parte do disposto na referida lei a observância do art. 50 e §§ do Código Civil, na nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.874/2019, o que parece levar à conclusão de que impõe para as relações de trabalho a Teoria Maior da desconsideração.

Para o regular manejo do incidente de desconsideração é necessária a compreensão das hipóteses ensejadoras, previstas no direito material.

Por força do art. 855-A, da CLT, o Incidente de Desconsideração previsto no CPC como intervenção provocada de terceiros e que, exceto na fase de execução, não pode ser determinado de ofício, é aplicável em qualquer fase do processo do trabalho,

ao qual as normas processuais comuns devem ser compatibilizadas..

Para a desconsideração, exige-se decisão fundamentada, após contraditório e regular instrução, se necessária, com suspensão do processo para o desiderato.

Na Justiça Comum, da decisão cabe agravo de instrumento, mas na Justiça do Trabalho, dependendo da fase, de conhecimento ou de execução, a decisão será reapreciada em Recurso Ordinário ou Agravo de Petição (neste último caso independentemente de garantia do juízo), em razão do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, cabendo agravo interno para exame pela Turma, se proferida a decisão pelo Relator, no Tribunal.

## Bibliografia consultada

- BUENO, Casso Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 2016.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2, 10. ed. Saraiva, São Paulo, 2007.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso; FREITAS, Ney José de. Coordenadores. A execução dos bens dos sócios em face da Disregard Doctrine, in Execução Trabalhista, Estudos em Homenagens ao Ministro João Oreste Dalazen, LTr, São Paulo, 2002.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 1, 18ª edição, JusPodium, Salvador, 2016.

## OS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO, DA ISONOMIA E DA BOA-FÉ NOS CINCO ANOS DA LEI 13.105/15: A VANGUARDA E PROTAGONISMO DO PROCESSO DO TRABALHO

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA

### I - Introdução

O ano de 2020, o ano do excepcional, do imprevisível e do inimaginável, dentre a pandemia e a crise disseminada, celebra-se, junto ao chamado de “novo normal”, o aniversário de cinco anos da edição do “novo” Código de Processo Civil.

Elaborada com a motivação expressa de propiciar um norte ao direito processual “mais célere e mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”<sup>1</sup>, a Lei 13.105/15 trouxe, já nos trabalhos preliminares da Comissão responsável por sua redação, cinco objetivos que sintetizam alguns dos princípios expressamente abarcados pelo então novo código processual civilista. Ao intentar (I) estabelecer, de forma integral, intensa sintonia com a Constituição Federal; (II) simplificar os procedimentos e reduzir a complexidade dos sub-sistemas, de modo a gerar o maior aproveitamento ao processo; (III) dar maior coesão ao sistema; e (IV) criar mecanismos que possibilitem a prolação de decisões mais aproximadas da realidade fática subjacente à causa<sup>2</sup>. O Código de Processo Civil de 2015 acabou por expressar a visão outrora manifestada por Eduardo Couture. Afinal, segundo pensava o ilustre jurista uruguaio, a redação de um Código, muito mais do que uma obra acadêmica, deve ter por finalidade “solucionar problemas que a realidade

social, econômica, cultural e ética apresenta ao legislador”, sendo certo que “nenhum processo de reforma deve iniciar-se sem um prévio exame crítico, com a maior objetividade possível, das realidades de tempo e lugar, que a nova lei deva reger”<sup>3</sup>.

A partir de tal análise crítica, a lei que deu origem ao código acabou por externar algumas reivindicações que a prática processual já demandava, no caminho galgado para se atingir a efetividade do processo, como princípio constitucional que é, e corolário do direito processual constitucional, voltado à condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo, e à preocupação com os valores consagrados constitucionalmente, especialmente os da liberdade e da igualdade, como “manifestações de algo dotado de maior espectro e significado transcendente: o valor justiça”<sup>4</sup>.

Não por acaso, ao buscar a denominada “jurisdição constitucional”, o CPC de 2015 reuniu, já em seus primeiros artigos, gama de princípios de espírito constitucional<sup>5</sup>, imbuídos da missão de nortear a

interpretação de seus demais artigos, voltados, como já se disse, ao processo como instrumento eficaz à satisfação de direitos.

A leitura de tais artigos codificados, no entanto, permite ao leitor com alguma prática trabalhista uma sensação de “dejá-vù” jurídico permitindo-se enxergar, nas linhas do processo civil, a positivação de práticas e diretrizes que, há muito, já vinham permeando o direito processual trabalhista. Sob tal aspecto, a intensa discussão havida há cinco anos, acerca da compatibilidade e aplicação dos dispositivos do processo civil ao processo do trabalho, passa a perder relevância quando se percebe que os princípios norteadores de procedimentos conceituados como inovações no novo código já eram observados na prática trabalhista de longa data.

O direito processual do trabalho, já nos idos de 1943, rompia com o formalismo até então consagrado no século XIX e vigente na maior parte do século XX, como materializado no CPC de 1939. A influência do pensamento de Liebman, com a sua chegada ao Brasil, em outubro de 1940, resultou na inspiração do Código de Processo Civil de 1973, aprovado por todos na época, assegurando sua excelência técnica na tentativa de dotar a sociedade de um sistema processual eficiente. A complexidade normativa que se seguiu a partir da Constituição de 1988, provocou inúmeras reformas parciais no Código de Processo Civil, notadamente com a reforma de 1994, onde se via um encontro com princípios do processo do trabalho adotados pelo processo civil, com a finalidade de garantir a eficiência dos direitos sociais no texto fundamental consagrados.

1. BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União - Seção 1 - 17/3/2015, Página 1 (Publicação Original).

2. Idem.

3. Cf. LACERDA, Galeno. “O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo”. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*. Comemoração do cinquentenário. Porto Alegre. 1926-1976, p. 168, em análise da doutrina de Eduardo Galeano.

4. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo: 2009, p. 25 e 26.

5. A expressão e o conceito da jurisdição constitucional, como resultado da reunião de princípios oriundos da Carta Maior, são utilizados por NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª edição. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 26

É, sobre tais aspectos e suas nuances, que se destinam os próximos tópicos do presente artigo.

## II – O princípio da cooperação e o processo do trabalho: o Poder-dever do Juiz

Como corolário da democratização do processo evidenciada por meio da coletivização das tutelas, da ampliação do acesso justiça<sup>6</sup> e da busca da efetividade do processo<sup>7</sup>, o devido processo legal há muito deixou de representar um direito genérico ao impulso processual, e passou a constituir verdadeira garantia de um resultado qualitativamente diferenciado a partir de sua eficácia e equivalência ao direito perseguido, de modo a privilegiar o ‘direito ao processo justo’, em detrimento de sua visão puramente formal ou abstrata (‘processo’ *tout court*)<sup>8</sup>.

Em consequência dessa visão contemporânea e democrática do processo, sobreleva-se o papel participativo e colaborativo de todos os agentes que dele fazem parte<sup>9</sup>. Ao mesmo tempo em que se busca a cooperação dos atores processuais, calcada na *teoria*

*normativa da comparticipação*<sup>10</sup>, tem-se a construção e a interpretação das normas processuais voltadas à maior efetividade e confluência de tal cooperação.

Contudo, o modelo cooperativo previsto expressamente no artigo 6º do Código de Processo Civil- e tido com uma das grandes inovações do diploma processual de 2015- corresponde a uma diretriz inerente ao processo do trabalho em suas raízes e princípios comezinhos. Na medida em que tal modelo se caracteriza pelo redimensionamento do princípio do contraditório, acaba por elevar a importância do papel do Juiz na busca da verdade e do diálogo simétrico entre as partes como objetivos fundamentais do processo, pautados na ética e na conduta das partes, calcada na boa-fé<sup>11</sup>. O órgão jurisdicional, sob o prisma do modelo cooperativo, não mais é visto como mero espectador do duelo entre as partes, sendo incluído no rol de sujeitos do diálogo processual<sup>12</sup>, de modo a diminuir as disparidades no manejo dos instrumentos processuais.

Assim como no modelo alemão que remonta à mesma época do nosso denominado código *Buzaid*, todos os que atuam diretamente ou auxiliam no desenrolar da relação processual são vistos como uma unidade funcional, em parâmetro de “comunidade de trabalho” que identifica conjunto de poderes e deveres colaborativos inerentes ao princípio processual da cooperação, sob dois aspectos. De um lado, a cooperação *material*, voltada à busca da verdade real e que, tendo como destinatários principais as partes

e terceiros, encontra nos direitos fundamentais das pessoas afetadas o seu principal limite material objetivo. E, de outro lado, a cooperação *processual*, voltada principalmente ao órgão jurisdicional, em seu poder-dever de conduzir o processo de modo a afastar/evitar obstáculos à consecução da decisão de mérito justa<sup>13</sup>. Ambos os aspectos do princípio cooperativo dialogam entre si, na medida em que visam ao mesmo objetivo (ordem jurídica justa), e se inter-relacionam, por exemplo, a partir de juízos de ponderação acerca dos limites objetivos que envolvem a cooperação material, revestindo o poder-dever do Juiz de certa função assistencial, caracterizada pelo requisito inafastável da imparcialidade capaz de legitimá-la.

Desde 1943, o artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece a “ampla liberdade na direção do processo”, com o objetivo de celeridade (“velarão pelo andamento rápido das causas”), eficácia e busca da verdade real dos fatos (“podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”), tal e qual o modelo cooperativo dito por inovatório no âmbito do direito comum. A referida previsão legal se traduziu, desde o nascedouro da legislação processual do trabalho, como diretriz do papel dialógico e participativo do Juiz, em elemento norteador hábil a influenciar diversos outros dispositivos da CLT, seja em sua redação, seja na sua interpretação, na busca da tão almejada paridade de armas<sup>14</sup> entre os litigantes.

6. Mauro CAPELETTI definiu como as três ondas do processo, em sua acepção como corolário do acesso à justiça: (i) Assistência Judiciária; (ii) Representação dos interesses difusos; e (iii) Concepção mais ampla de acesso à justiça. CAPPELETTI, Mauro et al. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
7. v. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
8. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2003, p.107.
9. Nesse sentido, SIVOLELLA, Roberta Ferme. *As convenções processuais e a vulnerabilidade no processo do trabalho: uma questão de princípio e de diálogo das fontes*. In: Teoria do Diálogo das Fontes no Processo do Trabalho. Coord: Lorena de Mello Rezende Colnago São Paulo: LTr, 2017.p. 115-128.

10. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
11. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo – RePro*. Ano 36, n. 194, abril/2011
12. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo – RePro*. Ano 36, n. 198, agosto/2011.

13. Trata-se do denominado modelo de Stuttgart construído pela jurisprudência alemã, sob o citado conceito dos agentes processuais como “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*), em interpretação da ZPO germânica. Cf. FREITAS, José Manuel Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 153-155. O autor cita, ainda o exemplo do sistema processual português na reforma de 1995/1996 no mesmo sentido.
14. O tradicional princípio acabou imortalizado por meio da análise de BARBOSA MOREIRA em sua obra

Exemplos nítidos da influência dos amplos poderes do Juiz no processo do trabalho, como partícipe do modelo dialógico cooperativo, vão, na jurisprudência trabalhista de longa data, desde a condução instrutória até a interpretação e aplicação de regras do direito comum como a inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º da lei 8.078/90, encadeamento da aplicação da previsão do artigo 8º da CLT, mesmo na sua redação anterior à Lei 13.467/17<sup>15</sup>. Como definiu o então Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Carlos Alberto Reis de Paula, o Juiz não está adstrito à vontade dos litigantes, tendo liberdade para intervir no processo em sua fase instrutória<sup>16</sup>.

“Duelo e Processo”, antecipando-se ao que o Código de Processo Civil vigente: a necessidade da aplicação de racionalidade não só instrumental, mas baseada em *aceitabilidade social* para a obtenção da isonomia real e da efetividade do processo. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Duelo e processo*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 112, out./dez. 2003. Analisa sob o mesmo prisma a questão o artigo de PEDRON, Flávio Quinaud. *A possibilidade de recurso como garantia constitucional do devido processo legal (constitucional)*. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 42, p. 4-10, jul./set. 2008.

15. “Art. 8º: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único – O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

16. DE PAULA, Carlos Alberto Reis. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

A busca da verdade real dos fatos, direcionada à obtenção da “decisão de mérito justa e efetiva” a que alude o artigo 7º da Lei 13.105/15, se traduz em nítida afinidade com o princípio da primazia da realidade, um dos precursores do arcabouço que, à luz das características da relação jurídica trabalhista, pauta a dinâmica processual deste ramo do direito. A preferência a ser dada ao terreno dos fatos, em detrimento do que formalmente indicam os documentos, conceitua, desde a obra de Américo Plá Rodrigues, na década de setenta, a prevalência da realidade sobre a aparência, calcada na boa-fé das partes, ou “o triunfo da verdade sobre qualquer intento ou tentativa de se apartar dela”<sup>17</sup>. As datas das decisões proferidas nos *leading cases* que tratavam da primazia da realidade, e que orientaram as diretrizes jurisprudenciais trabalhistas sumuladas acerca do assunto, são a constatação de que tal viés do princípio cooperativo alcança o sistema processual trabalhista desde o seu nascedouro. Percebe-se o exposto dos julgamentos de 1947 a 1957 que serviram de base ao entendimento consubstanciado na Súmula 12 do TST<sup>18</sup>, assim como da diretriz cristalizada na Súmula 338 do TST<sup>19</sup>, referente ao entendimento

17. RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D Giglio. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.p. 357-360.

18. Eis a redação da *Súmula nº 12 do TST: CARTEIRA PROFISSIONAL (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003*. As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção “juris et de jure”, mas apenas “juris tantum”. Precedentes: RR 270/1957., Ac. 2ªT 453/1957 – Min. Oscar Saraiva DJ 13.08.1957 – Decisão unânime; RR 32/1949., Ac. 914/1949 – Min. Percival Godoi Ilha DJ 30.01.1950 – Decisão por maioria; RR 2696/1947., Ac. 470/1947 – Min. Waldemar Ferreira Marques DJ 23.01.1948 – Decisão unânime; RR 6968/1946., Ac. 863/1947 – Min. Waldemar Ferreira Marques DJ 04.07.1947 – Decisão unânime.

19. Súmula nº 338 do TST

reiterado por várias décadas acerca da distribuição do ônus da prova e sua interpretação em matéria de jornada de trabalho.

O texto do artigo 765 da CLT resistiu às diversas alterações legislativas que sucederam a redação original do Decreto 5.452/43, e até mesmo à amplamente impactante reforma trabalhista de 2017. Se, por um lado, a manutenção do dispositivo que privilegia a participação do órgão judicial na função dialógica processual revela a importância do princípio da cooperação processual, o paradoxo da sua coexistência com artigos mais restritivos no mesmo diploma legal acaba por lembrar que, tal e qual o modelo europeu já anunciava, a imparcialidade é elemento essencial, capaz de conferir legitimidade à influência do julgador sob o viés colaborativo à marcha processual<sup>20</sup>. Com a Lei 13.105/15, a atuação cooperativa das partes e dos juízes também é

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 – inserida em 20.06.2001)

III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003).

20. FREITAS, Lebre de. Op. cit. 152.

indicada como um poder-dever processual expreso, agora também inequivocamente incorporado à ordem jurídica positivada no ramo processual civil.

### III – A função dialógica cooperativa e o princípio da isonomia no processo do trabalho

No direito processual do trabalho, a tensão entre os sujeitos que compõem a relação material que o origina lhe é intrínseca, tornando mais visível o aparente conflito entre os direitos fundamentais que a informam<sup>21</sup>. Na medida da disparidade inerente às relações entre o capital e trabalho, a necessidade da cooperação em seu viés material e processual fica mais evidente, pressupondo o papel ativo de todos aqueles que fazem parte da denominada “comunidade de trabalho” processual.

A observância da isonomia no manuseio dos instrumentos processuais se afina com o denominado escopo social do processo, marcado pelo binômio pela *pacificação social* e por seu *caráter educativo*<sup>22</sup>. O artigo 8º do Código de Processo Civil de 2015, ao fazer expressa menção à finalidade social do processo na sequência do artigo que trata da “paridade de tratamento (das partes) em relação ao exercício de

direitos e faculdades processuais” (artigo 7º), traduz em sua topografia a simbiose citada entre a isonomia e a função social do processo. Não é à toa que, dentre os três caminhos para a solução de conflitos tradicionalmente apontados pela doutrina (a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição), as soluções consensuais dos conflitos têm sido cada vez mais privilegiadas na ordem jurídica processual atual<sup>23</sup>.

Sem dúvidas, a preocupação com a efetividade dos direitos representou, ao mesmo tempo, a ruptura de uma visão restrita ou individualista do processo, o que pode ser denominado como uma característica de *coletivização* ou *socialização* da estrutura processual<sup>24</sup>. A preocupação com a positivação das garantias processuais passou a disputar lugar, em igualdade de condições, com a busca da *efetiva aplicação de tais garantias* e a *sua repercussão social*<sup>25</sup>. A flexibilização de procedimentos, a preocupação com a estrutura adequada dos órgãos julgadores e a criação de meios alternativos de resolução de conflitos são claras demonstrações e consequências de tal raciocínio<sup>26</sup>.

No processo do trabalho, o enaltecimento tais iniciativas é marca registrada de seu procedimento. A previsão de que os juízes utilizem de seus bons ofícios e persuasão na solução conciliatória (§ 1º do artigo 764 da CLT) – a qual, segundo a dicção legal, *sempre* deverá ser tentada e privilegiada, independente do momento processual em que ocorra (*caput* e § 3º do artigo 764 da CLT), por exemplo, é prova viva de que o espírito consensual colaborativo integra a estrutura trabalhista em seu âmago. A proposta

de conciliação faz parte, aliás, de diversos momentos da marcha do direito processual do trabalho, devendo ser realizada quando da abertura da audiência e ao término da instrução no procedimento ordinário (art. 846 e 850 da CLT), assim como no início da audiência no procedimento sumaríssimo (art. 852-E da CLT), como requisito de validade do próprio procedimento.

Buscado como meio de se atingir a pacificação social já citada, tal solução de conflitos possui a vantagem de imprimir caráter educativo à resposta processual definitiva eleita pelas partes por meio da composição. A judicialização e a intervenção do órgão estatal se tornam, assim, opção à resolução do conflito aplicável somente na ausência absoluta de consenso entre as partes.

Não é à toa, ainda, que o processo do trabalho detém, de maneira única, o poder normativo decorrente de procedimento específico submetido à sua competência. Trata-se do dissídio coletivo, que tem seu conceito atrelado à forma de “*dirimir os conflitos coletivos do trabalho, por meio de pronunciamento do Poder Judiciário, criando ou modificando condições de trabalho para certa categoria ou interpretando determinada norma jurídica.*”<sup>27</sup>

O poder normativo da Justiça do Trabalho tem estatutura constitucional – (artigo 114, §§ 2º e 3º, da Constituição da República),<sup>27</sup> em que se busca uma norma jurídica que pacifique o conflito entre

21. Segundo Alexy, as tensões entre os princípios são inevitáveis na medida em que “en el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales, el Estado puede distribuir sólo aquello que, bajo la forma de tasas e impuestos, saca de otros”. E complementa, resumindo que, como envolve “problema de redistribución, su ‘explosividad política’ es obvia. En ningún otro ámbito es tan clara la conexión entre el resultado jurídico y las valoraciones prácticas y políticas; en ningún otro ámbito se discute tan tenazmente.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Siglo del Hombre, 2007.p. 427 e 493).

22. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol 1, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 128.

23. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

24. Neste sentido, SIVOLELLA, Roberta Ferme. *Op. cit.* p. 117.

25. *Idem.*

26. *Idem.*

27. Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar (...) § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

empregado e empregador, mediante provocação das partes, definindo os impasses decorrentes, através da sentença normativa. Somente se houver a recusa à negociação coletiva, a teor do artigo 616, § 2º, a CLT, “é facultada aos Sindicatos ou empresas interessadas a instauração de dissídio coletivo”.

Também por meio de previsão constitucional, a exigência de comum acordo (mútuo consentimento) entre as partes para a instauração do procedimento é pressuposto processual essencial à sua propositura. Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento recente da ADI 3423 (rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 18/06/20), considerou o requisito citado como consentâneo à sistemática da Constituição Federal de 1988. No voto do relator, frisou-se que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) considera que se deve privilegiar a normatização autônoma como melhor forma de composição na resolução de conflitos coletivos, evitando a imposição do poder estatal.

Muitos são os exemplos do estímulo à auto-composição na seara processual trabalhista, tais como a normatização de mecanismos alternativos consensuais, dentre os quais a mediação pré-processual. Originalmente idealizado para dirimir conflitos coletivos, o mecanismo previsto pelo Ato 168/TST.GP/2016 e o Ato GVP 01/2019 teve sua aplicação ampliada, em virtude do cenário trazido pela pandemia do coronavírus, para a mediação e a conciliação de dissídios individuais. Nesse sentido, a Recomendação CSJT.GVP nº 01, de 25 de março de 2020, prevê que os coordenadores dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (NUPEMECs-JT) e dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSCs-JT) poderão recorrer aos atos editados pelo Tribunal Superior do Trabalho originariamente idealizados para solucionar conflitos coletivos.

O pioneirismo da Justiça do Trabalho e do processo trabalhista na busca da autocomposição e

da função social do processo, privilegiando, assim, a isonomia das partes, não se encerra aí. No mesmo contexto excepcional de crise, o aparente conflito dicotômico entre os interesses contrapostos, ao contrário de aumentar a distância entre os atores sociais envolvidos, representa intenso fator de estímulo para tal diálogo, com base na crise gerada pela pandemia, e que afeta todos os sujeitos da relação jurídica trabalhista. Em meio ao distanciamento social, que ocasiona verdadeiro “tsunami econômico”, decorrente do distanciamento econômico que diminui bruscamente a demanda por bens e serviços, e interrompe a oferta de trabalho”<sup>28</sup>, a busca por soluções consensuais e isonômicas se torna premente<sup>29</sup>.

A política de conciliação estimulada pela já citada Recomendação CSJT.GP 001/2020, a qual trouxe a tentativa de mediação e composição relativa às situações decorrentes da contingência de pandemia, privilegiou soluções que não inviabilizem a continuidade das atividades essenciais, e atentem para a realidade concreta de cada jurisdição no segmento profissional e econômico respectivo<sup>30</sup>. Seguindo tal premissa de observância à cooperação

28. A expressão e o conceito foram utilizados por Mark Zadin, economista chefe da Moody’s Analytics, em entrevista citada por KLEIN, Ezra. How the Covid-19 recession could become a depression: Coronavirus is a global economic catastrophe. Tradução livre. Disponível em <https://www.vox.com/2020/3/23/21188900/coronavirus-stock-market-recession-depression-trump-jobs-unemployment>. Acesso em 02/07/20.

29. Nesse sentido, CORRÊA DA VEIGA, Aloysio e SIVOLELLA, Roberta Ferme. A pandemia e o diálogo social: um novo olhar para a atividade jurisdicional. In: Consultor Jurídico on line, São Paulo, 21 de julho de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/veiga-sivolella-covid-19-dialogo-social>. Acesso em 21/08/20.

30. Disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/169693>. Acesso em 16/04/2020.

voltada à finalidade social- e isonômica- do processo, a Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, por exemplo, protagonizou medida pioneira nos pedidos liminares, relacionados ao COVID-19, ao converter o feito em diligência para determinar a tentativa de conciliação entre as partes. O êxito obtido em questões tão sensíveis acabou por demonstrar, indubitavelmente, que o caminho da tentativa de solução consensual deve ser a primeira via eleita, na esteira da cooperação que é poder-dever de todos os envolvidos na relação processual.

Afinal, as normas processuais e as práticas que dela decorrem devem propiciar “condições para que o indivíduo possa participar de um discurso de fundamentação racional acerca de direitos legais, para que estes possam ser legítimos”<sup>31</sup>.

#### IV – O princípio da boa-fé e as novas ferramentas processuais no processo do trabalho

Ao lado da cooperação calcada no diálogo e na participação de todos os envolvidos na marcha processual, a isonomia capaz de guarnecer a função social do processo, a pacificação social, a boa-fé prevista no artigo 5º do Código de Processo Civil de 2015 funcionam como amálgama hábil a trazer o liame necessário ao arcabouço de princípios previstos no diploma legal.

Compreendida como “princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes” e “expressão da solidariedade social”<sup>32</sup>, a boa-fé na conduta

31. DIAS, Maria Clara Marques. Direitos Sociais Básicos: Uma investigação filosófica acerca da fundamentação dos Direitos Humanos. *Manuscrito*. V. XIX, n. 1, 1996, p. 129.

32. SCHREIBER, Anderson. A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium. Rio de Janeiro: Reno, p. 79.

processual representa elemento essencial a preservar o tratamento equânime entre as partes, e viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, por meio de solução com fundamento na verdade real dos fatos.

A importância do princípio da boa-fé no processo trabalhista pressupõe, dentre outros efeitos, a satisfação do direito e o cumprimento das ordens judiciais. Via de consequência, a execução no processo do trabalho apresenta procedimento simplificado em suas etapas, dotadas de mecanismos diversos voltados à plena consecução do direito reconhecido por meio de título executivo judicial. O impulso da execução de ofício pelo Juiz na redação do artigo 878 da CLT, anterior à reforma e o amplo uso de ferramentas de busca patrimonial de refinada tecnologia, à disposição dos juízes do trabalho, corroboram esta percepção.

Por outro lado, o princípio da informalidade (ou da simplicidade) caracteriza o processo do trabalho por meio de diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, de modo a privilegiar a busca da satisfação do direito material em detrimento das formas, com a simplificação de procedimental<sup>33</sup>.

Tendo por limites o prejuízo ditado pelo artigo 794 da CLT, e as regras que permeiam o devido processo legal, o princípio da informalidade sempre se fez presente no processo do trabalho, por exemplo, na previsão do artigo 840 da CLT (possibilidade da oralidade da reclamação e de breve descrição dos fatos na petição inicial), além do artigo 899 (possibilidade da interposição de recurso por simples petição) e do art. 791 (*jus postulandi*). Respalda a constatação de que o escopo de tais institutos se mantém atual, mais uma vez, o processo do trabalho recorreu a uma iniciativa pioneira, ao recomendar a adoção de mecanismos hábeis a viabilizar a atermção virtual de demandas, facilitando o acesso à justiça a pessoas

carentes no contexto da pandemia (Recomendação CGJT 008, de 23 de junho de 2020).

Mais uma vez, contextos de crise sobrelevam a importância da observância do princípio da cooperação, calcado na isonomia e na boa-fé. Na Justiça do Trabalho, os conflitos surgidos com a crise econômica, agravada pela pandemia, bem como as controvérsias decorrentes das relações jurídicas trabalhistas afetas às atividades consideradas essenciais por lei, e expostas a maiores riscos, são apenas alguns dos fatores que elevam a importância de observância aos princípios citados. No caso da boa-fé, sua presença se torna primordial, por exemplo, na utilização de novas ferramentas tecnológicas capazes de garantir a continuidade da atividade jurisdicional no contexto de crise.

Na forma da Resolução 314/2020 do Conselho Nacional de Justiça, do Ato Conjunto CSJT. GP. GVP.CGJT nº 005, de 17 de abril de 2020 e do Ato GCGJT nº 11, de 23 de abril de 2020, as audiências, no contexto da pandemia, passaram a ser realizadas pelo meio virtual, com o uso de plataforma tecnológica indicada pelo CNJ, não demandando qualquer atividade presencial aos atores processuais envolvidos. Eventuais situações decorrentes da pandemia que gerem impossibilidade técnica ou prática à realização das audiências, por sua vez, passaram a constituir hipóteses que, sendo justificadas nos autos e após decisão fundamentada do magistrado, poderá ensejar o adiamento da audiência, nos termos do artigo 5º do Ato nº 11/2020 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho. A realização de tais atos, assim, não deixou de constituir regra e essencial à marcha processual<sup>34</sup>. Considerando-se que a necessidade

de colheita de prova oral no processo do trabalho é majoritária, em se tratando de processos cuja grande carga fática é a regra, não há como se entregar a prestação jurisdicional completa sem a realização de audiências unas ou de instrução (artigos 843 a 852 da CLT).

Resta claro, contudo, que sem a cooperação das partes e a verificação do acesso e uso isonômico do aparato processual, observada a boa-fé, o objetivo almejado pelas novas ferramentas processuais não será atingido. Sobreleva-se aqui, mais uma vez, a atuação consciente e atenta do magistrado, em sua função colaborativa, assistencial, e imparcial, buscando atingir a verdade real e a finalidade social do processo.

## V – Considerações finais

O Código de Processo Civil de 2015 é o resultado da aspiração da sociedade, no sentido de proporcionar ao sistema de justiça um meio eficaz, eficiente, atual e em tempo razoável, para a busca de uma decisão de mérito justa.

Em boa hora trouxe o novo Código um certo alento, a revigorar a esperança na crença no Poder Judiciário e no respeito a autoridade das decisões judiciais.

A mudança de paradigma se impunha em face de o Judiciário ter se notabilizado nos séculos anteriores pela dificuldade de acesso, pelo custo excessivo e pela demora na solução dos conflitos de interesse. Era comum constatar-se a realidade cruel de que o bem da vida seria entregue aos herdeiros e sucessores, diante do tempo de tramitação do processo em juízo.

A herança que recebemos do Século XX foi impactante ao se chegar a marca de 90.000.000 de processos em tramitação no Poder Judiciário brasileiro.

0002769-10.2020.2.00.0000 (relator Marcos Vinícius Jardim Rodrigues).

33. GIGLIO, Wagner D. Direito processual do trabalho, 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 74.

34. Ainda no âmbito do CNJ, a matéria já foi objeto de apreciação, em decisão que sinaliza claramente que a previsão de faculdade ou não realização de audiências, de qualquer tipo, constitui violação às previsões normativas que regem tais atos. Trata-se da decisão proferida nos autos do Pedido de providências nº

Tal volume de processos em andamento, sem dúvida, era incompatível com o compromisso firmado por nós com a ratificação do Pacto de San Jose da Costa Rica, onde nos comprometemos a promover a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, como a garantir o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana e a legitimar a atuação do Poder Judiciário. Assim, consagrou a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em diversos artigos, como, por exemplo, se extrai do art. 8º do seu texto<sup>35</sup>.

A indiscutível importância do princípio da razoável duração do processo determinou, internamente, a sua inclusão no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal<sup>36</sup>. A garantia da concretização de tal princípio, necessariamente, dependia de alteração e construção de um meio capaz de tornar efetiva e eficaz a conquista de um processo célere e justo.

O novo Código de Processo Civil se engajou neste propósito em consonância com a voz da socie-

dade que tanto reclamava a construção doutrinária, legal e jurisprudencial sobre tema de tamanha importância.

A cooperação como princípio, na criação de um modelo em que se reconhece o diálogo, como pressuposto, ao prestigiar a argumentação das partes e a fundamentação de toda e qualquer decisão judicial; o respeito à ética ao preservar a lealdade e a boa-fé são características principiológicas que informam e tornam de clareza meridiana a responsabilidade de todo o sistema de justiça na busca da decisão de mérito célere, eficaz e, acima de tudo, justa.

O avanço do direito processual civil no reconhecimento da conciliação como o método de maior legitimidade e autenticidade na solução dos conflitos em face do alcance maior na pacificação social, muito mais aproxima o processo civil do processo do trabalho.

É preciso manter viva a conquista do diálogo social, aprimorando, cada vez mais, os Centros Ju-

diciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSCs), com o propósito de garantir a satisfação do bem da vida em uma realidade cada vez mais voltada ao bem comum.

Para desenvolver o diálogo social, para se garantir a efetividade da prestação jurisdicional, não basta apenas desejar. É lembrar Étienne de La Boétie ao dizer: “O fogo de uma pequena faísca cresce e vai aumentando sempre e, quanto mais lenha encontra, mais está disposto a queimar. Não é preciso jogar água para apaga-lo, basta não colocar mais lenha, e ele, não tendo mais o que consumir, acaba se extinguindo por si mesmo, fica sem força e não é mais fogo”<sup>37</sup>. É necessário, portanto, que a chama do diálogo social, do processo participativo, fundado nos princípios da lealdade e da boa-fé e a busca pela pacificação social, com a utilização de um processo atual e eficiente, seja permanentemente alimentada, para que não se apague jamais.

35. Artigo 8º – Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

36. “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

37. La Boétie, Étienne de – Discurso da Servidão Voluntária – Editora Martin Claret Ltda. – São Paulo 5ª reimpressão – 2020, p. 37.



## O DEVIDO PROCESSO "LEAL". REFLEXÕES SOBRE A EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE POR DANO PROCESSUAL

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR

### 1. Introdução

A Reforma Trabalhista (Lei 13.467, de 13 de julho de 2017) inseriu, no Título X (Do Processo Judiciário do Trabalho), Capítulo II (Do Processo em Geral), da Consolidação das Leis do Trabalho, a Seção IV-A: *Da Responsabilidade Por Dano Processual*.

O texto praticamente repete aquele do Código de Processo Civil<sup>1</sup> e que era utilizado subsidiariamente pelo Processo do Trabalho (Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual – CPC, art. 79 a 81 c/c CLT, 769; CPC, 15 e IN/TST nº 39/2016).

A positivação direta na CLT, além de superar definitivamente as discussões sobre compatibilidade<sup>2</sup> reforçou o prestígio ao dever de boa-fé processual

e fomentou novos debates sobre a responsabilidade por dano processual<sup>3</sup>.

Embora o tema não se constitua em novidade<sup>4</sup>, uma breve consulta à doutrina e à jurisprudência convence que ainda há muito a ser estudado e desenvolvido, principalmente em consideração às características muito particulares do processo do trabalho, impulsionado ao aperfeiçoamento diante da inserção da matéria na CLT<sup>5</sup>.

A contribuição que se pretende oferecer com esse estudo está direcionada à abordagem crítica e propositiva sobre a real extensão que a reparação por dano processual comporta (tema central desse ensaio), abordagem que reivindica anterior identificação do fundamento da exigência de probidade às partes e dos principais deveres éticos delas exigidos<sup>6</sup>.

1. As distinções significativas entre o texto da CLT e o do CPC consistem: a) na utilização de até duas vezes o limite de benefícios do Regime Geral de Previdência Social, pela CLT, como parâmetro para fixação de multa nas causas de valor irrisório ou inestimável. O CPC/2015, na mesma situação, elegeu como parâmetro até o décuplo do salário-mínimo (CLT, 793-C, § 2º; CPC, 81, § 2º; atualmente, R\$12.202,12 e R\$10.390,00, respectivamente); b) em previsão, inovadora, de aplicação da multa por má-fé à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa (CLT, 793-D; sem correspondente no CPC).
2. Há muito foi superada a suposta incompatibilidade entre as punições por má-fé e o princípio da proteção, prevalecendo o princípio da boa-fé.

3. Com o texto da Reforma, v.g., renovou-se a discussão sobre condenação dos advogados, sem ação própria (a ausência, na CLT, de texto similar ao do CPC, 77, §§ 2º e 6º, sustentam alguns, traduziria silêncio eloquente que permitiria essa condenação). A literalidade do art. 793-A da CLT e a própria disposição especial do estatuto da OAB não convencem desse raciocínio, mas a discussão foge ao objeto deste trabalho, centrado na extensão da responsabilidade das partes quanto às condutas de má-fé processual.
4. “É antiga, nos legisladores, a preocupação de combater a incorreção das partes no seu comportamento em juízo” (Moreira, José Carlos Barbosa. *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 3, p. 477 – 499. Outubro de 2011, p. 477).
5. A evolução do Direito não se faz apenas pela edição de novas leis. Muitos avanços têm origem na releitura de textos conhecidos (como é o caso; a CLT, praticamente, repete o CPC). A evolução social e jurídica permitem ao intérprete a extração de novo sentido de textos formalmente inalterados, uma vez que, conforme leciona o Min. Eros Grau: “... interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. A separação em duas etapas – de interpretação e aplicação

- decorre da equivocada compreensão da primeira como mera operação de subsunção. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Marí]. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário [Gadamer], superpondo-se. Assim, sendo concomitantemente aplicação do direito, a interpretação deve ser entendida como produção prática do direito, precisamente como a toma Friedrich Müller: não existe um terreno composto de elementos normativos (= direito), de um lado, e de elementos reais ou empíricos (= realidade), do outro. Vou repetir, mais uma vez: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas de elementos colhidos do texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser).” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª edição, Malheiros: 2005, p. 31).
6. Um dos cortes metodológicos deste ensaio é o foco subjetivo, restrito à figura das partes.

## 2. A exigência de boa-fé processual como imperativo constitucional

A evolução do Direito levou o homem à centralidade do ordenamento jurídico com amplo reconhecimento e busca de efetivação de seus direitos fundamentais.

Os valores liberdade, igualdade e fraternidade seguem em aperfeiçoamento e a eles agregaram-se outros, complementares, igualmente em evolução<sup>7</sup>, todos destinados à plena realização do ser humano em sociedade.

O constitucionalismo moderno confere legitimidade aos Estados Democráticos de Direito que promovem a dignidade da pessoa humana, sustentando que o aparato estatal e o direito devem servir à dignidade do homem, limitada, naturalmente, pela dignidade do outro (a dignidade é fonte de direitos e de obrigações, inclusive no plano horizontal).

Diante disso, muitos apontam a dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional para os deveres de probidade processual (CF/1988, 1º, III), também justificados pelo objetivo basilar de solidariedade (CF/1988, 3º, I)<sup>8</sup>. Outros, sustentam

7. A classificação dos direitos fundamentais em gerações ou em dimensões é de menor interesse prático. O que realmente importa é que eles não têm conteúdo estático, sendo marcados pela complementariedade, prestigiados no ordenamento mediante um “... processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (STF MS 22.164. Rel. Min. Celso de Mello. J. 30.10.1995). Íntegra do acórdão disponível: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=17/11/1995&incidente=1606388&codCapitulo=5&numMateria=86&codMateria=1>. Acesso: 22.set.2020.

8. O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, corrobora para com esse entendimen-

que tais deveres decorrem diretamente do devido processo legal (CF/1988, 5º, LIV).

Não se pode deixar de perceber que também o devido processo legal está fundado na dignidade da pessoa humana. Entendemos, assim, que o dever de boa-fé processual é, a um só tempo, exigência fundada no devido processo legal e forma de concreção do princípio da dignidade da pessoa humana (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)<sup>9</sup>.

## 3. Dos deveres das partes – boa-fé processual (objetiva) e obrigações correspondentes

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017 trouxe para a Consolidação das Leis do Trabalho a regência da responsabilidade das partes por dano processual (artigos 793-A a 793-C da CLT<sup>10</sup>) e tipificou as condutas reconhecidas como de litigância de má-fé no art. 793-B.

O rol de deveres processuais das partes, entretanto, não é exaustivo, pois tem a precípua função de identificar, de forma concreta e objetiva, o mau litigante (guardando correspondência, portanto, com o art. 80 do CPC).

Mas o Código de Processo Civil não se restringe a objetivar o litigante de má-fé, detalhando em outras disposições os deveres das partes e procuradores (art. 77, seus incisos e parágrafos), além

to: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”

9. Reiterando, o direito ao contraditório e à ampla defesa, por exemplo, não podem ser exercidos de modo ilimitado, pois encontram natural limitação no direito ao contraditório e à ampla defesa do outro, igualmente dotado de dignidade.

10. O art. 793-D diz respeito às testemunhas e, assim, foge ao objeto deste ensaio.

de comportamentos vedados (ainda que não constituam litigância de má-fé) a todos os atores do processo, como é o caso do emprego de “expressões ofensivas” (art. 78 do CPC).

Bem por isso, o Processo do Trabalho continuará fazendo uso supletivo do Processo Civil<sup>11</sup> e de suas previsões mais detalhadas e abrangentes, pois é evidente a compatibilidade sistêmica (CLT, 769; CPC, 15)<sup>12</sup>.

Defende-se, portanto, que a nova regulamentação celetária não inibe, por exemplo, a caracterização do ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, IV, VI e seus parágrafos do CPC), o qual poderá gerar sanção em benefício da União ou do Estado, sem prejuízo das demais consequências processuais (aquelas previstas para a litigância de má-fé objetivada).

Os deveres enumerados no art. 77 do Código Civil, igualmente, têm evidente correspondência sistêmica e teleológica com as previsões que tipificam as condutas da parte como de litigância de má-fé (CLT, 793-B).

Desse modo, prevalece a conjugação da CLT com o CPC para o conhecimento dos deveres das partes<sup>13</sup>, cujo alcance, modo geral, emerge dos textos

11. Uso supletivo, afinal o art. 793-B associado ao art. 793-C da CLT, já evidenciam deveres processuais impostos pelo Processo do Trabalho, os quais, todavia, são compatíveis e complementados pelas demais previsões que o CPC tem para a mesma temática.

12. O fato de o CPC dar ênfase aos deveres nos artigos 77 e 78, não altera que, em vários outros artigos, inclusive na fase de execução, prescreve deveres às partes, os quais, violados, podem justificar as penalidades do art. 81. O próprio artigo 80, ao apontar as condutas tidas como de má-fé, naturalmente, traz implícitos os deveres que devem ser observados para evitar a configuração delas.

13. A discussão sobre serem as previsões exaustivas ou meramente enumerativas foge ao escopo deste en-

mediante simples emprego das técnicas usuais de interpretação<sup>14</sup>.

A contribuição do CPC para a definição do real alcance desses deveres exige consideração deles em conformidade às normas de sobredireito contidas na Parte Geral de seu Livro I (interpretação sistêmica), no título “DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL”, especificamente nos artigos 1º, 4º, 5º, 6º e 8º.

A crítica, procedente, de que tais normas reparam comandos do texto constitucional, não muda a realidade de que a inserção delas no CPC assegurou-lhes maior concretude e visibilidade, enaltecendo a qualidade de serem elas normas de sobredireito regentes do Processo Civil e do Processo do Trabalho (CF/1988, art. 5º, LIV e LVIII; CPC, 15).

O CPC, assim, tem o mérito de, à luz dos valores fundamentais da Constituição (incluindo a dignidade da pessoa humana e seus naturais desdobramentos), evidenciar que há direito e dever das

partes de colaboração para a razoável, justa e efetiva solução dos processos<sup>15</sup>, cabendo-lhes pautar suas condutas segundo a boa-fé objetiva (regra social de conduta dotada de exigibilidade legal).

A jurisprudência majoritária resiste ao reconhecimento da existência de um dever objetivo de boa-fé, insistindo no elemento volitivo como condição de responsabilização por dano processual<sup>16</sup>. Em contraponto, com abordagem à luz da boa-fé objetiva, sem questionamentos sobre o estado anímico da parte que incorre nas condutas tipificadas, temos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho (TST; Ag-RR 0001331-77.2012.5.05.0019; Sétima Turma; Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 15/02/2019; Pág. 3312) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ; EDcl-REsp 1.433.448; Proc. 2013/0115936-1; RS; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJE 26/05/2017 e STJ; REsp 1.562.239; Proc. 2015/0261655-2; MS; Terceira Turma; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; DJE 16/05/2017).

Como bem destacou Fredie Didier Jr, no excerto doutrinário acima referenciado, embora existam alguns deveres comportamentais de viés subjetivo, como é o caso do “manifesto propósito protelatório da parte” para caracterizar o abuso de direito de que cogita o art. 311, I, do CPC, o ordenamento, *salvo expressa disposição em contrário*<sup>17</sup>, impõe avaliação sobre os deveres processuais em conformidade aos fins sociais e às exigências do bem comum<sup>18</sup>, exigindo comportamento conforme a boa-fé objetiva, sem incursão sobre o estado anímico da parte (CPC 5º e 8º; CLT, art. 769).

No mesmo sentido, realçam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que o art. 77 do CPC fundamenta a boa-fé objetiva, consistente no comportamento que não abale a confiança dos demais atores do processo e não abuse de sua posição jurídica. Esses renomados doutrinadores ilustram o tema com exemplos claros em que princípios de direito efetivados por normas processuais protegem a confiança dos litigantes e coíbem o abuso de posições jurídicas mediante o resguardo da boa-fé objetiva.<sup>19</sup>

De todo modo, como não é escopo desse ensaio descer a minúcias sobre os deveres processuais das

saio. Registramos, ainda assim, que a previsão do CPC, art. 5º é forte indicativo de que o rol é exemplificativo. Lado outro, a tipificação das condutas de má-fé, na forma da CLT, 793-C, promove descrições bastante abertas que, em função dessa característica, reduzem bastante a utilidade prática desse debate.

14. Nada obstante, há hipóteses que exigem maior reflexão. Nesse sentido, por exemplo, André Araújo Molina, sustenta reconhecimento de litigância de má-fé para o demandante que, atualmente, apresente pretensão em juízo manifestamente contrária a precedente vinculante sem demonstração de distinguishing ou de superação. (MOLINA, André Araújo. Litigância de má-fé por desrespeito aos precedentes. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 4 (2018), nº 1, p. 145-174). O doutrinador promove contraponto interessante em relação à jurisprudência do STJ (<http://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/Jurisprudencia-do-STJ-delimita-punicoes-por-litigancia-de-ma-fe.aspx> – acesso em 27.9.2020, 15h00).

15. No âmbito processual cada litigante é ao mesmo tempo credor e devedor de colaboração, conduta que interessa ao Estado e à coletividade para promoção eficaz e em tempo hábil da função pacificadora da jurisdição.

16. Nesse sentido TST; ED-RR 0002869-85.2013.5.02.0005; Oitava Turma, Rel<sup>a</sup>. Min. Dora Maria da Costa; DEJT 05/03/2018, pág. 1604 (“A litigância de má-fé exige demonstração inequívoca de a parte ter agido com dolo ou deslealdade processual). Também TST; RR 0001398-46.2011.5.05.0029; Quarta Turma; Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos; DEJT 18/09/2020; Pág. 2841 – “LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. RENÚNCIA EM RELAÇÃO A APENAS UM DOS LITIS-CONSORTES. I. (“A imposição da sanção por litigância de má-fé pressupõe não só que a conduta da parte esteja prevista no art. 80 do CPC de 2015, mas, igualmente, a existência de dolo, isto é, do deliberado propósito de desvirtuar a finalidade do processo e impor prejuízo a outrem”).

17. V.g., o texto do art. 793-D da CLT, exige comportamento ímprobo intencional da testemunha.

18. Barbosa Moreira, há muito, já sustentava que: “Visto ao ângulo dos litigantes e de seus interesses, o processo é sem dúvida um prélio, e como tal não pode excluir o recurso à habilidade na escolha e na realização das táticas julgadas mais eficazes para a obtenção de resultado vantajoso; a isso, contudo, sobrepõem as exigências éticas e sociais inerentes à significação do processo como instrumento de função essencial do Estado” (ob. cit., p. 477).

19. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhar, Daniel Mitidiero. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 219-220.

partes<sup>20</sup>, a exposição realizada é suficiente para subsidiar a reflexão central do que se pretende abordar com maior profundidade: a amplitude da responsabilidade das partes por dano processual.

#### 4. Da amplitude da responsabilidade das partes por dano processual

A Reforma Trabalhista<sup>21</sup>, além de especificar as condutas típicas de má-fé (793-B), definiu, na CLT, a seguinte abrangência para a responsabilidade das partes por dano processual:

Ressalvado o parâmetro distinto eleito para a hipótese do § 2º<sup>22</sup>, os textos são repetição daqueles do CPC/2015, art. 79 e 81<sup>23</sup>. Isso não impede novo

20. Propícios a grandes debates, como se verifica, por exemplo, de entendimentos que identificam a confissão real, em depoimento, como prova manifesta de que houve litigância de má-fé (o depoimento só teve lugar por insistir a parte, em peça precedente, na versão que, somente na instrução, reconheceu não ser verdadeira).
21. Lei nº 13.467, de 13.7.2017, DOU 14.7.2017.
22. Que não traduz grande diferença, em termos monetários, no comparativo com o texto similar do CPC (R\$12.202,12 vs R\$10.390,00, considerando os parâmetros hoje vigentes).
23. CPC/2015: Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

...

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

olhar e discussões sobre emprego de diferente alcance para as consequências positivadas.

As mudanças são próprias do Direito e, muitas vezes, prescindem de alterações de texto, uma vez que:

*“O direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural. A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de maneira que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis: juízes e tribunais constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida.”*<sup>24</sup>

*“(…) a evolução da responsabilidade se tem produzido com o mínimo de intervenção legislativa: ela foi sobretudo obra da jurisprudência que, na França, na Bélgica e noutros países, tem sabido tirar partido maravilhoso dos textos e dos princípios que tinha à sua disposição e os tem acomodado ao gosto do dia, com uma oportunidade, um senso das realidades práticas e uma engenhosidade verdadeiramente admiráveis: graças a ela, viu-se – segunda a palavra de JEAN CRUET (...) – viu-se ‘o direito evoluir sob uma legislação imóvel’ (...)”*<sup>25</sup>

Por conta disso, propomos um novo olhar sobre as regras incorporadas à CLT (velhas conhecidas do CPC), com a pretensão de fomentar o debate sobre

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

24. DINIZ, Maria Helena. *Lacunas no Direito*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72.
25. LOUIS, Josserand. *Evolução da responsabilidade civil*. *Revista Forense*, v. LXXXVI. Fascículo 454, Rio de Janeiro: Forense, abril de 1941, p. 559.

a extensão que a responsabilidade por dano processual deve comportar.

#### 4.1. Da tríplice consequência: multa, indenização e ressarcimento de honorários e despesas

O primeiro ponto que chama a atenção é a previsão *imperativa* do *caput* do art. 793-C da CLT segundo a qual o juiz (de ofício ou a requerimento), condenará o litigante de má-fé: a) a pagar multa; b) a pagar indenização à parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu; c) a arcar com os honorários e com todas as despesas que efetuou.

A norma impõe tríplice consequência<sup>26</sup>, tal qual o CPC, art. 81. A multa tem caráter sancionador e, dada essa natureza, é perfeitamente cumulável com a indenização e os ressarcimentos que, com ela, compõem a tríplice consequência.

Todavia, o exame da jurisprudência revela que essa tríplice consequência é absolutamente excepcional e, mais que isso, muitas vezes nem sequer é considerada<sup>27</sup>. A responsabilidade por má-fé segue

26. Sem exigência, convém notar, de que a imposição dessa tríplice consequência, aguarde a sentença, sendo perfeitamente possível a aplicação do art. 793-C da CLT, antes da sentença, desde que reunidos os elementos suficientes para debate (CPC/2015, 9º e 10 c/c CF/1988, 5º, LIV) e o ponto traduza capítulo suficientemente independente para ter solução idem.

27. São muitos os julgados que impõem multa e simplesmente silenciam a respeito das demais previsões do texto. Embora seja certo que, em dadas situações, não haja espaço para seguir com as demais cominações (v.g., se não houver prejuízo, não há o que indenizar, tal qual, ausente a figura do advogado, não há honorários a ressarcir em perdas e danos), a previsão, imperativa, faz imprescindível que as decisões considerem expressamente as três consequências impostas pela norma.

pouco utilizada pela jurisprudência<sup>28</sup> e, quando reconhecida, geralmente fica limitada à imposição de multa<sup>29</sup> (até mesmo em hipótese de reiterada má-fé, prejudicial à razoável duração do processo<sup>30</sup>).

28. Em contraposição ao senso comum presente no meio jurídico quanto à frequente prática dela.
29. Cominada, basicamente, em casos extremos, uma vez que a jurisprudência dos tribunais trabalhistas segue exigindo a evidência de dolo da parte para o reconhecimento de conduta de má-fé (solução equivocada conforme visto linhas atrás).
30. Nesse sentido: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA. A parte se utiliza da via integrativa indubitavelmente para procrastinar o trânsito em julgado, sendo evidente a intenção protelatória do exercício da jurisdição. Na hipótese, o reclamado insiste no reexame da decisão que entendeu manifestamente incabível a interposição dos embargos, a teor da Súmula nº 353 do TST, não obstante o acórdão embargado, ao apreciar o agravo, tenha determinado a aplicação da multa aludida no art. 80, VII, e 81, caput, do CPC, ante a litigância de má-fé. Aplicação da multa prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC. Embargos de declaração a que se nega provimento, com multa. (TST; ED-Ag-E-Ag-AIRR 0020700-74.2015.5.04.0732; Subseção I Especializada em Dissídios Individuais; Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa; DEJT 21/02/2020; Pág. 1148).”

Note-se, a parte foi punida apenas com multa (sem indenização e demais consequências), e seguiu com o comportamento ímprobo, agora em embargos de declaração manifestamente protetatórios, mas, ainda assim, a decisão que os solucionou limitou-se a impor a multa do CPC, art. 1.026, § 2º, deixando de aplicar a tríplex responsabilidade, própria da litigância de má-fé. Na segunda oportunidade seria perfeitamente possível cumular a multa específica do CPC/2015, art. 1.026, § 2º, com as sanções de caráter reparatório previstas para a litigância de má-fé. Neste sentido o Tema Repetitivo nº 507 do STJ, verbis: “A multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil tem caráter eminentemente adminis-

A chave para a mudança desse cenário é compreender que a responsabilidade por dano processual deve ser aplicada em conformidade às normas que disciplinam a responsabilidade civil.

Dito de outro modo, o litigante que, por ação ou omissão<sup>31</sup>, violar direito de outrem, comete ato ilícito que, tipificado como de má-fé, atrai a multa sancionatória, mas também obriga à respectiva reparação (CC/2002, 186 e 927; CLT, 793-A e 793-C). Perceba-se: entre os prejuízos que justificam a indenização, além de eventuais danos materiais, temos a violação aos deveres de cooperação e de boa-fé, com potencial lesão ao direito fundamental à solução do processo em tempo razoável, com cooperação, de modo justo e satisfativo (CF/1988, 1º, III; 5º, LIV e CPC, 1º, 4º, 5º e 6º), em prejuízo à dignidade do outro litigante (dano extrapatrimonial *in re ipsa*, perfeitamente ressarcível<sup>32</sup> (CF/1998, 1º, III; 5º, XXXV e LIV c/c art. 1º do CPC).

O dano extrapatrimonial em questão fica mais evidente mediante uso da teoria do desvio produtivo,

trativo – punindo conduta que ofende a dignidade do tribunal e a função pública do processo –, sendo possível sua cumulação com a sanção prevista nos artigos 17, VII, e 18, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, de natureza reparatória”.

31. Ou mesmo por exercício abusivo de direito (CC/02, art. 187).
32. Colhe-se, aqui, o ensinamento de Judith Martins-Costa, para quem: “Se, ao contrário, em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente –, passa o Direito a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial.” (MARTINS-CONSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 90, v. 789, p. 21-47, 2001, p. 21-22)

amplamente desenvolvida no âmbito do direito do consumidor<sup>33</sup> e, naturalmente, compatível com o direito do trabalho.

O tempo das pessoas e a liberdade na escolha de como utilizá-lo dizem respeito à própria expressão da personalidade delas<sup>34</sup>. A indevida restrição a essa liberdade ocasionada por atos de litigância de má-fé traduz dano extrapatrimonial e sua reparação está imperativamente determinada na CLT, art. 793-C como segundo elemento da tríplex consequência.

Cuidando da terceira consequência, além da multa e da indenização, o art. 793-C da CLT determina que o litigante de má-fé deverá arcar com os honorários advocatícios e as despesas que a parte prejudicada efetuou. Perceba-se que a disposição legal em comento não está se referindo aos honorários sucumbenciais (devidos em função da sucumbência

33. A teoria em questão, ainda que de modo tímido, começa a ser discutida no âmbito trabalhista vinculada às situações de reparação por danos extrapatrimoniais. É o que se verifica, por exemplo, do Acórdão (PJe) – 0000210-16.2018,5.170101, de 10/06/2019, Relatora Desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina, em que a teoria do desvio produtivo foi utilizada para, junto com outros fundamentos, motivar condenação em indenização extrapatrimonial por ausência de registro em CTPS. A íntegra do acórdão está disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729244737/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2101620185170101/inteiro-teor-729244744>. Acesso em 27.9.2020.
34. Os direitos da personalidade são multifacetados “e tendem à evolução e ampliação constantes, por força do próprio desenvolvimento social. Sendo assim, não há uma enunciação taxativa dos direitos da personalidade, já que a valoração da dignidade humana e sua melhor compreensão pelo homem, pela sociedade e pelo Direito resultarão em incessante e permanente mutação do objeto a ser tutelado” (PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. *A quantificação do dano: acidente do trabalho e doenças ocupacionais*. São Paulo: LTr, 2016, p. 134).

e não do comportamento processual), mas sim à responsabilização do mau litigante por perdas e danos (CLT, 793-A), mediante ressarcimento devido à parte prejudicada e não ao seu advogado. Robustecendo essa conclusão, o CC/2002, claramente, identifica os honorários contratuais como integrantes das perdas e danos (exegese do CC/02, art. 389 e 405)<sup>35</sup>.

De todo modo, o destaque que propomos é que não há justificativa plausível para a manutenção da jurisprudência restritiva de consequências quanto à responsabilidade por litigância de má-fé à cominação de multa<sup>36</sup>, especialmente mediante silêncio em relação às demais consequências expressamente previstas na norma de referência. Ao contrário, deve haver o prestígio à tríplice consequência determinada na legislação, tendo em consideração, inclusive, que a liquidação poderá ser promovida nos termos do § 3º do art. 793-C da CLT e não exclui lesões de ordem extrapatrimonial.

Por tudo isso, conclui-se que eventual limitação da responsabilidade por dano processual (v.g., para cominação apenas da multa, que não depende de prejuízo) deve ser solução excepcional e fortemente motivada, uma vez que a reparação aqui considerada também tem fundamento na responsabilidade civil a qual consagra o princípio da restituição integral.

35. Nesse sentido: PANIAGO, Izidoro Oliveira. *Honorários de Advogado – Das Inovações do Código Civil de 2002 quanto aos Honorários Advocatícios e suas Repercussões no Direito do Trabalho*. Disponível em: [www.magisteronline.com.br](http://www.magisteronline.com.br), acesso em 22.09.2020.

36. Embora seja perfeitamente possível, situações em que, por exemplo, não tenhamos honorários a serem ressarcidos (v.g., por atuar a parte mediante uso do *ius postulandi*), bem como cogitar de atos de litigância de má-fé que, corrigidos rapidamente, não importem em prejuízos indenizáveis, ditando a lei tríplice consequência, afastar-se desse comando exige demonstração evidente de que ele, para o caso específico não tem lugar, pois a regra deve ser a tríplice consequência e não o inverso.

#### 4.2. Reflexões Adicionais sobre a Multa, os Honorários e as Despesas Integrantes da Responsabilidade por Dano Processual

A multa integrante da responsabilidade por má-fé comporta aplicação independentemente de prejuízo (ela tem caráter sancionador) e, embora presente a ofensa à ordem jurídica e, pois, à coletividade, em regra, reverte em prol da parte prejudicada<sup>37</sup>.

Isso não justifica, todavia, que comportamentos ímprobos permaneçam impunes, v.g., na hipótese de reciprocidade da conduta<sup>38</sup>. Como o processo tem função social de resguardo à ordem jurídica e da coletividade, em casos tais, é perfeitamente admissível a imposição de multa com destinação social definida pelo próprio julgador.

Na 1ª Jornada de Orientações Interpretativas sobre a “Reforma Trabalhista” – Lei 13.467/2017, da Escola Judicial do TRT24<sup>39</sup>, foi aprovado Enunciado com previsão que indica a possibilidade dessa solução.

Diante disso, em prol do interesse coletivo, presente a conduta de má-fé, o magistrado deve assegurar sua reprimenda mediante multa, em qualquer situação, inclusive nos casos de reciprocidade da conduta ímproba.

Diferentemente, a condenação relacionada aos honorários, embora também imperativamente desejada pelo legislador, pressupõe a existência desse prejuízo (dano emergente, integrante das perdas e

37. Essa a conclusão que prevaleceu diante do fato de que, quando o intento foi outro, o CPC adotou disposição expressa como se observa das prescrições relativas ao ato atentatório da dignidade da justiça cuja multa reverte em prol da União ou do Estado.

38. Que, destinada a multa à parte adversa, inexoravelmente esvaziará a sanção em função de sua extinção mediante compensação.

39. Evento realizado nos dias 27 de abril, 23 e 24 de agosto de 2018.

danos ressarcíveis ao credor – CLT, 793-A e 793-C c/c CC/02, art. 389). Os honorários objeto da responsabilidade por dano processual, reitera-se, são os contratuais (integrados ao conceito de perdas e danos e que devem ser ressarcidos ao credor), sem qualquer ligação com os de sucumbência. Esse traço distintivo ganha especial realce nos casos em que o litigante de má-fé seja o vencedor da demanda<sup>40</sup>, embora, de igual forma, tenha importante aplicação nas hipóteses em que ele seja o vencido.

Em outro enfoque: como a responsabilidade por dano processual deve ser dirimida à luz das normas e princípios próprios da responsabilidade civil, é evidente que o litigante só responde por litigância de má-fé (com multa, indenização e ressarcimento de honorários e de despesas) em relação às pretensões quanto as quais ele tenha apresentado o comportamento típico correspondente.

Para maior clareza, em se tratando de processo com múltiplas pretensões (cada qual passível de configurar ação autônoma<sup>41</sup>), não faz sentido, tampouco é compatível com o devido processo legal substancial (que impõe, inclusive do legislador, respeito à razoabilidade e à proporcionalidade – CF/1988, 5º, LIV<sup>42</sup>), impor à parte cominações levando em conta

40. Não se pode perder de vista que mesmo quem tem razão e assim é proclamado vencedor da demanda, tem o dever de se conduzir, durante ela, de acordo com a boa-fé e deveres correspondentes, sujeitando-se, em caso de infração, às cominações próprias da litigância de má-fé.

41. Como cediço, são elementos que identificam a ação: partes, pedido e correspondente causa de pedir.

42. O devido processo não é apenas o processo legal, mas o processo legal, justo e adequado. Por isso, a cláusula constitucional do devido processo ... vincula a própria atividade legislativa na feitura do processo justo, o qual pode ser entendido como um processo estabelecido de forma adequada e proporcional à garantia efetiva dos direitos e liberdades básicas dos indivíduos. MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, LIV. In: CANOTILHO,

todas as pretensões se ela agiu de má-fé, v.g., apenas em relação a uma delas.

Raciocínio, fundado no devido processo legal substancial (CF/1988, 5º, LIV), deve prevalecer quanto à base de cálculo da multa do art. 793-C da CLT. É evidente que não é razoável nem proporcional fixar a multa em percentual<sup>43</sup> sobre o valor da causa atualizado integrado do correspondente às pretensões em relação às quais o litigante de má-fé não agiu dessa maneira. A multa, certamente, deve ter sua base de cálculo limitada ao valor atualizado da causa relacionado ao(s) capítulo(s) quanto ao qual(is) houve conduta de má-fé.

A regência geral da responsabilidade civil leva à mesma conclusão, pois a responsabilidade, inclusive objetiva, exige a existência de nexos (causalidade) e, evidentemente, não há a presença dele quanto às pretensões e valores de capítulos quanto aos quais não houve conduta de má-fé. A situação é em tudo similar à regência normativa sobre ônus de sucumbência. Também aqui, a literalidade das disposições não permite ao jurista desconsiderar o real alcance do instituto mediante ajustes que objetivem atender sua finalidade.

Da mesma maneira, a literalidade das disposições do art. 793-C da CLT, em conformidade ao devido processo legal substancial, dá lugar à interpretação conforme, restringindo a base de cálculo para apuração da multa e do ressarcimento de honorários e de despesas apenas aos valores referentes aos capítulos em relação aos quais a litigância de má-fé tenha se configurado.

Outra importante consideração sobre a aplicação da CLT, 793-C: a condenação pressupõe prévio debate conforme exigência da CF/1988, 5º, LIV e

do CPC, 9º e 10. O devido processo legal consagra o contraditório e a ampla defesa neles incluindo a oportunidade de participação e de influência como pressuposto de legitimidade das decisões judiciais.

Assim, embora a responsabilidade por dano processual deva prestigiar a tríplice consequência objeto do art. 793-C da CLT, sua efetivação reclama prévio debate (não se admite decisão surpresa), devendo o julgador possibilitar ampla discussão, inclusive sobre a extensão da multa e das reparações<sup>44</sup> em respeito ao devido processo legal (formal e substancial) e aos princípios gerais da responsabilidade civil.

## 5. Conclusões

A Reforma Trabalhista positivou, na CLT, a “Responsabilidade por danos Processuais”, mas o tema segue comportando uso supletivo do CPC.

O comportamento das partes em juízo deve pautar-se pela boa-fé objetiva, desdobramento natural do devido processo legal que só se concretiza mediante um processo cooperativo e leal, exigido em prol dos interesses da coletividade e da dignidade da pessoa humana.

O ordenamento vigente exige evolução jurisprudencial para o reconhecimento de que os deveres das partes envolvem boa-fé objetiva, e, em regra, dispensam considerações subjetivas sobre o estado anímico presente em suas condutas.

Em prol do interesse coletivo, verificada a conduta de má-fé, o magistrado deve assegurar sua reprimenda, mesmo nos casos de reciprocidade da conduta ímproba, situação em que será possível, de modo excepcional, dar destinação social ao produto da penalidade aplicada.

A litigância de má-fé das partes, como regra, deve gerar tríplice consequência: multa (sancionatória e

independente de prejuízo), indenização (integral e, pois, compreendendo danos extrapatrimoniais eventualmente ocorridos) e ressarcimento de honorários e de despesas (CPC, 81 e CLT, 793-C).

Condenações restritivas à multa exigem fundamentação explícita, precedida de oportunidade de debate que justifique a conclusão pela inexistência de prejuízos (inclusive extrapatrimoniais) ou de honorários e de despesas a ressarcir.

De igual modo, o implemento da tríplice consequência da responsabilidade por dano processual deve ser resultado de decisão que respeite a oportunidade das partes de debater e influir sobre o tema (CF, 5º, LIV; CPC, 9º e 10).

O princípio do devido processo legal, em sua acepção substancial, informado pelos valores da razoabilidade e da proporcionalidade e os princípios da responsabilidade civil impedem que a responsabilidade da parte por dano processual (quer em relação à multa, quer em relação ao ressarcimento de honorários e de despesas), considere valores/pretenções em relação aos quais não se configurou a conduta de má-fé<sup>45</sup>.

Nas ações com multiplicidade de pretensões, o art. 793-C da CLT deve sofrer interpretação conforme (CF/1988, 5º, LIV), para que a condenação por litigância de má-fé seja realizada considerando apenas as pretensões e valores que tenham ligação com a conduta ímproba da parte (CF/1988, 5º, LIV).

45. O enfoque é feito sobre a multa e o ressarcimento de honorários e de despesas uma vez que o texto legal vinculou o percentual da multa ao valor da causa atualizado e, com isso, pode induzir ao equívoco de apuração da multa e dos ressarcimentos de honorários e de despesas considerando todo o litígio (proceder incorreto nos casos em que a má-fé é restrita a uma parcela dele). Para a indenização não há essa vinculação e, além disso, sabidamente, prevalece o princípio da reparação integral, que deve ser compreendido como todo o dano e nada além do dano.

J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; \_\_\_\_\_ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 429-430.

43. Superior a 1% e inferior a 10%, como prevê o texto (CLT, 793-C).

44. Base de cálculo e valor da multa adequado para o caso, existência e extensão de prejuízos correspondentes que motivam a indenização e o correspondente ressarcimento de honorários e demais despesas vinculadas à conduta censurada.



## SISTEMA DE PRECEDENTES: APLICAÇÃO DIRETA, APLICAÇÃO ANALÓGICA E AFASTAMENTO POR DISTINÇÃO

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

### 1. Aspectos propedêuticos sobre o sistema de precedentes

#### 1.1 Os precedentes judiciais – igualdade e segurança jurídica

O CPC inclui os precedentes judiciais entre as fontes formais de direito, como se pode extrair à leitura do art. 489, § 1º, V e VI, bem assim do seu art. 927, com incisos e parágrafos que impõem não somente a consolidação da jurisprudência como a observância da jurisprudência consolidada. O *caput* do art. 926 do CPC é claro: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Entretanto, também na formação do Direito é preciso ouvir Mercedes Sosa<sup>1</sup>: “*Cambia lo superficial; cambia también lo profundo; cambia el modo de pensar; cambia todo en este mundo*”. Como se verá algumas linhas avante, o sistema de precedentes contém preceitos que balizam e normatizam a eventual necessidade de se proceder à mutação jurisprudencial (*overruling*), sem imprimir a esse processo de atualização da norma do precedente a rigidez de ritos que se notam em outros sistemas de construção ou revisão da norma jurídica.

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 (artigos 976 a 987). Parece haver absoluta compatibilidade entre esse “microssistema de litigiosidade repetitiva”<sup>2</sup> e o processo do trabalho, tanto que o art. 896, § 13 da CLT<sup>3</sup> prevê a assunção de competência pelo Pleno do TST. E é fato que as cortes trabalhistas regionais adotam, em consonância com o art. 8º da Instrução Normativa 39/2016 do TST<sup>4</sup>, o incidente de resolu-

2. 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).

3. 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”.

4. Art. 8º da IN 39/2016 – Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos art. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). § 1º Admitido o incidente, o relator suspenderá o julgamento dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam na Região, no tocante ao tema objeto de IRDR, sem prejuízo da instrução integral das causas e do julgamento dos eventuais pedidos distintos e cumulativos igualmente deduzidos em tais processos, inclusive, se for o caso, do julgamento antecipado parcial do mérito. § 2º Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, dotado de efeito meramente devolutivo, nos termos dos art. 896 e 899 da CLT. § 3º Apreciado o mérito do

ção de demandas repetitivas quando há repetição de processos que contêm controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976 do CPC).

O princípio norteador do sistema de precedentes é decerto o 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, aqui compreendida como a certeza, que o indivíduo precisa ter, “do que é a ordem jurídica”, além de “ter a confiança de que o Estado e os demais indivíduos atuarão conforme essa ordem e saber os reflexos jurídicos de seus atos, a fim de poder conformar a sua conduta”<sup>5</sup>.

Cabe recordar que o significado de segurança jurídica, tradicionalmente associado aos direitos civis e políticos, foi estendido pela comunidade internacional ao plano dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, incluídos os direitos relacionados ao trabalho, em especial quando o “Informe do Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento” (PNUD) trouxe, em 1994, a seguinte proclamação:

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.

5. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 54.

1. Música *Todo Cambia* da compositora e cantora argentina Mercedes Sosa, falecida em outubro de 2009.

“La seguridad se ha relacionado más con el Estado-nación que con la gente [...]. El concepto de seguridad debe cambiar así en forma urgente en dos sentidos fundamentales: del acento exclusivo en la seguridad territorial a un acento mucho mayor en la seguridad de la población. De la seguridad mediante los armamentos a la seguridad mediante el desarrollo humano sostenible”<sup>6</sup>.

E desse modo o conceito “segurança jurídica” ganha 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 judicial com uma aposta lotérica.

## 1.2 A cultura da recorribilidade e os métodos de inibição – a substituição parcial do sistema de precedentes pelo de transcendência

Há, todavia, também uma visão pragmática do sistema de precedentes que está relacionada à expectativa, para nós legítima, de que se promova a racionalidade do sistema de recursos de maneira a reduzirem-se as enormes pautas e elevadas taxas de congestionamento processual nas instâncias de julgamento colegiado; há a urgência de que se resgate, nestas, a viabilidade de exercerem suas funções institucionais.

Desde antes de submergir no mundo da *transcendência recursal* – em que o congestionamento de recursos pode ser solucionado por filtros de recorribilidade não necessariamente comprometidos com

6. Sobre o direito à segurança jurídica: MARTÍNEZ QUINTEIRO, María Esther. *La Expansividad Del Discurso Sobre El «Derecho Humano De Seguridad», Un «Derecho Síntesis». Concreciones Y Etiología*. Disponível em: <http://revistas.usal.es/index.php/0213-2087/article/view/shhc2018363570>.

a função jurisdicional ou mesmo com a função uniformizadora das cortes judiciais de sobreposição –, a Justiça do Trabalho vive a saudável experiência de incorporar, com mais de um ano de antecedência em comparação com outros ramos do Poder Judiciário, a técnica de inibir a recorribilidade excessiva por outro meio, qual seja, a adoção do sistema de precedentes, instituída no processo do trabalho pela Lei n. 13.015/2014 e, no processo comum, pelo Código de Processo Civil editado em 2015 (com eficácia a partir de 18/mar/2016).

A alta recorribilidade – que por essa via se quer debelar – não parece ter bons propósitos, ou seja, não parece atender a uma demanda natural por justiça, ou ao “direito de recorrer [...] a tribunal superior”, assim proclamado pelo art. 8º, 2, h da Convenção Americana de Direitos Humanos como garantia que está, de resto, igualmente implícita na organização judiciária estruturalmente retratada pela Constituição brasileira. Quando se nota que em 2018 houve um índice de recorribilidade externa a partir do primeiro grau da jurisdição trabalhista de 54,51%<sup>7</sup> e de 41,28% a partir dos tribunais regionais<sup>8</sup>, invertendo-se aqui e ali a trajetória descendente que se operou entre 2016 e 2017; e se percebe que o mesmo sucedeu com o índice de interposição de agravos de instrumento visando ao destrancamento de recursos de revista para o TST (elevado de 78,85% em 2017 a 83,07% em 2018<sup>9</sup>), sendo estatisticamente inexpressiva a quantidade de agravos de instrumento providos pelos ministros ou turmas do Tribunal Superior do Trabalho, infere-se que o sistema processual não inibe a interposição, dir-se-ia graciosa, de recursos sabidamente despreziosos.

A comparação entre os índices de recorribilidade de 2017 e 2018 tem relevância porque esse período corresponde ao que sucedeu à Lei n. 13.467/2017 e, portanto, à derrogação dos §§ 3º a 6º do art. 896 da CLT<sup>10</sup>. Esses parágrafos prestigiavam o sistema de precedentes judiciais no âmbito dos tribunais regionais, impedindo que o TST dirimisse dissensos jurisprudenciais internos (entre turmas regionais desavindas) e reservando ao TST a função de unificar, somente, a jurisprudência nacional. Enquanto vigoraram tais parágrafos (desde a edição da Lei n. 13.015/2014 até o advento da Lei n. 13.467/2017), o TST devolveu à apreciação dos tribunais regionais os temas em que as turmas locais divergiam entre si, não cabendo recursos de revista, por divergência jurisprudencial, caso a jurisprudência invocada não fosse a de toda a instância regional.

NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 14/nov/2019.

10. É que a Lei n. 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”.

7. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QuyAJAX-Zfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelC-NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QuyAJAX-Zfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelC-NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em 14/nov/2019.

8. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QuyAJAX-Zfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelC-NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QuyAJAX-Zfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelC-NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em 14/nov/2019.

9. Disponível em: [https://paineis.cnj.jus.br/QuyAJAX-Zfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelC-NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QuyAJAX-Zfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelC-NJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT).

No novo sistema (a partir da Lei n. 13.467/2017), ao TST não é dado encaminhar aos tribunais regionais os recursos instaurados acerca de matéria por eles ainda não equacionada internamente, o que importa dizer: não há mais chancela legal para o TST *forçar* a formação de precedentes regionais. Em vez disso, o TST pode, no novo modelo, recusar-se, ele próprio, a julgar recursos em que seus ministros, não raro mediante decisões monocráticas, negam à causa transcendência econômica (elevado valor da causa), social (quando veiculam direitos sociais), política (não conformidade com a jurisprudência) ou jurídica (matéria nova).

Trocou-se a segurança jurídica, também a proteção da confiança e a igualdade externa, próprias ao sistema de precedentes, por juízos discricionários de transcendência econômica, social ou jurídica (ressalvamos aqui a transcendência política<sup>11</sup>), ou seja, por juízos denegatórios que recusam a tutela recursal sem remeter as partes, necessariamente, a um juízo de mérito anterior. Voltou-se ao estágio, agora oficializado pela regra legal de transcendência, em que “a carência de previsibilidade, a engendrar insegurança jurídica, torna-se palpável na chamada *jurisprudência defensiva*, estratégia ou *política* pela

qual os Tribunais – notadamente os Superiores – intentam a qualquer custo conter o volume excessivo de recursos”<sup>12</sup>.

A transcendência é filtro que tosa recursos sem compromisso com a vocação uniformizadora, sequer jurisdicional, do TST. Ainda assim, os números (acima referidos) não revelam que o novo sistema de transcendência tenha reduzido a alta recorribilidade que o regramento anterior, mais afeito à lógica dos precedentes, tentava incipientemente estancar.

É resiliente, porém, a opção dos tribunais do trabalho pelo sistema de precedentes. A adoção pelos tribunais regionais do IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) e, também pelo TST, do IRR (Incidente de Recurso Repetitivo) e do IAC (Incidente de Assunção de Competência) atesta a predisposição da Justiça do Trabalho de participar dessa clara aproximação ao sistema de precedentes que caracteriza o *common law*.

### 1.3 Estímulos à recorribilidade abusiva e filtros contra a alta recorribilidade – a falsa premissa da indisciplina judiciária

A experiência, subministrada pelos dados estatísticos há pouco reportados, mostra que, ao menos no universo trabalhista, o sistema de precedentes não compromete a independência funcional dos magistrados de primeira ou segunda instâncias. Não só porque apenas a estes é reservado o acerto quanto aos fatos da causa como porque, no tocante à matéria estritamente jurídica, já havia, mesmo antes da Lei n. 13.015/2014, uma enorme concentração de poder nas mãos dos ministros do TST, porquanto expressiva a parte percentual dos processos que lhes cabia decidir. Os números igualmente revelam que a maior parte dos processos que acessam o TST

(aproximadamente 2/3 deles por agravos de instrumento) está em consonância com a jurisprudência por ele sedimentada e por isso as decisões dos tribunais regionais não se modificam, acentuadamente, na instância extraordinária.

Parece lógico que o problema, se existe, não está relacionado à 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, ao que denotam as estatísticas, nos estímulos que o sistema recursal anterior – no qual os julgados se revestiam de força apenas persuasiva – ofereciam e residualmente oferecem à recorribilidade de favor, ou interessada exclusivamente na dilação processual que congestionam o tempo cada vez mais atribulado dos órgãos de jurisdição.

Tais estímulos à recorribilidade podiam, há algum tempo, ser identificados e entre eles costumamos enumerar: 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 da região jurisdicional, ante a inexistência de mecanismos processuais que promovessem, com eficiência, a uniformização da jurisprudência no âmbito de cada região jurisdicional; c) o desprestígio, frente às 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.

A superação do entrave de letra *b* afigura-se agora de mais difícil resolução, ante a derrogação dos §§ 3º a 6º do art. 896 da CLT, acima comentada. Cabe verificar em que medida as reformas

11. Apesar de o art. 896-A, § 1º, II da CLT definir transcendência política como “o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal”, é fácil ver que a técnica incipiente do legislador o fez esquecer-se dos precedentes e sobretudo daqueles que se obtêm nos incidentes de demandas repetitivas ou assunção de competência. A jurisprudência tem estendido a aplicação da regra (restritiva de recurso de revista) a essas hipóteses e assim se percebe que a transcendência política, ao menos ela, cumpre o papel antes reservado à inadmissibilidade dos recursos interpostos contra decisões alinhadas com tais precedentes, diferenciando-se apenas porque no novo sistema (o da transcendência) as decisões denegatórias do TST tornam-se irrecorríveis.

12. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes*. Salvador: Editora JusPodvm, 2019, p. 198.

trazidas com a Lei 13.015/2014 e com o novo CPC (Lei 13.105/2015) contribuem para inibir a sanha recursal e imunizar a jurisprudência regional ou nacional já uniformizada.

## 2. O sistema de precedentes no CPC e na CLT

### 2.1 A eficácia vinculante dos precedentes judiciais

Como consequência de as instâncias extraordinárias fixarem tese jurídica, o art. 1039 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. É possível afirmar que o mesmo sucede, a partir de quando se tornou eficaz a Lei n. 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 n. 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).

Portanto, e ressaltando, como adiante veremos, a existência de elemento de distinção (*distinguishing*) que excepcione o procedimento, os recursos especial e de revista sequer devem ser examinados, em seu mérito, quando insurgem contra a jurisprudência assentada pelo STJ e pelo TST, respectivamente.

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 recalcitrante.

A reconsideração pelo juízo de origem, quando definida tese destoante em julgamento de recurso especial repetitivo, está disciplinada no art. 1041, 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”<sup>13</sup>.

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”<sup>14</sup>.

13. 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.

14. Sobre reclamação constitucional no processo do trabalho: BRANDÃO, Claudio. *Reclamação Constitucional no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. Sobre reclamação constitucional no processo civil: GAIO JUNIOR, Antonio Pereira. “Ação de Reclamação Como Instrumento Processual No Controle de Atuação Judicante dos Tribunais e Seu Lugar no Novo CPC”. In: *Precedentes / Coordenadores*:

A reclamação não é admissível quando a decisão reclamada já houver transitado em julgado e também não o é a reclamação “proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias” (art. 988, § 5º, II do CPC). Nessa última hipótese, a preocupação do legislador é 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.

### 2.2 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 no qual a novidade era o CPC de 1973:

“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

Fredie Didier Jr *et al.* Salvador: Editora JusPodivm, 2015, pp. 607-631; MOUZALAS, Rinaldo. ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. “Reclamação Constitucional”. In: *Precedentes / Coordenadores*: Fredie Didier Jr *et al.* Salvador: Editora JusPodivm, 2015, pp. 753-772.

própria unidade do sistema jurídico vigente, fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão”.<sup>15</sup>

Caso recorramos a algum pragmatismo jurídico, podemos sublinhar, inclusive, que a autonomia funcional do juiz deve associar-se à força de sua decisão (atenuada quando não há filtros contra a recorribilidade excessiva), mais que à veleidade de expor razões que seriam somente suas; e deve associar-se igualmente à independência do ato de decidir sem apego a influências externas (a lembrar a liberdade como “propriedade negativa”, em Kant<sup>16</sup>), mais que

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

16. Na esfera da moral, assim se manifesta Kant: “O princípio supremo da doutrina dos costumes é, portanto: *age com base em uma máxima que pode também ter validade como uma lei universal*. Qualquer máxima que não seja assim qualificada é contrária à moral. Leis procedem da vontade, máximas da escolha. No que tange ao homem, esta última é um livre arbítrio; a vontade, que não é dirigida a nada que ultrapassa a própria lei, não pode ser classificada como livre ou não livre, uma vez que não é dirigida a ações, mas de imediato à produção de leis para as máximas das ações (sendo, portanto, a própria razão prática). Consequentemente, a vontade dirige com absoluta necessidade e não é ela mesma sujeita a nenhum constrangimento. Somente a escolha pode, portanto, ser chamada de livre. Mas não é possível definir a liberdade de escolha – como alguns tentaram defini-la – como a capacidade de realizar uma escolha a favor ou contra a lei (*libertas indifferentiae*), mesmo que a escolha como um *fenômeno* forneça frequentes exemplos disso na experiência, isto porque conhecemos a liberdade (na medida em que primeiramente se torna manifesta a nós através da lei moral) somente como uma propriedade negativa em nós, nomeadamente a de não ser forçada a atuar através de quaisquer fundamentos determinantes sensíveis” (KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução, textos adicio-

à prerrogativa de decidir com base apenas em certa visão idiossincrática de mundo<sup>17</sup>. Salvo em regimes autoritários, a formação da ordem jurídica é atribuição de corporações legislativas ou judiciais, sem espaço para novos leviatãs.

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 internacionais, as constitucionais e tantas leis – a limitar a atividade jurisdicional. Quando compara os sistemas *civil law* e *common law*, na introdução de sua “Teoria do Precedente Judicial”, Thomas de Rosa de Bustamante alcança a conclusão de que “a criatividade judicial nos dois sistemas difere muito pouco, e que nos dois sistemas se verificam os mesmos problemas de legitimação da decisão judicial, embora cada uma das tradições tenha mecanismos intraprocessuais e extraprocessuais diferentes para justificar o *case law*”<sup>18</sup>.

Mais adiante, adverte Bustamante que “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”<sup>19</sup>.

nais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003. Disponível em: <https://archive.org/stream/KANTI.AMetafisicaDosCostumes/KANT%2C%20I.%20A%20metafisica%20dos%20costumes#page/n1/mode/2up>.

17. Sobre o tema: MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. “A Independência Funcional dos Juízes e os Precedentes Vinculantes”. In: *Precedentes / Coordenadores: Fredie Didier Jr et al.* Salvador: Editora JusPodivm, 2015, pp. 87-98.

18. BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 2.

19. *Op. cit.*, p. 82.

E a não ser que se idealize um sistema no qual a universalidade das normas se produza no exato instante em que o Direito é desafiado pela diversidade, a função de universalizar, com viés ideológico sempre presente mas atualmente contido pelo *ius commune* e pelos direitos fundamentais, caberá sempre ao órgão que encima a pirâmide judicial.

A força normativa do precedente se impõe horizontal (na própria instância) e verticalmente (na instância inferior); sem embargo, “a *força expansiva* da jurisprudência segue em paralelo à *tendencial potencialização dos poderes do juiz*, dispondo o novo CPC que o juiz, ao se ‘deparar com diversas ações repetitivas’, poderá instar o MP, a Defensoria Pública e outros colegitimados a promoverem, sendo o caso, *ação coletiva* (art. 139, X)”<sup>20</sup>. 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 e com 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 no qual ele, essas obras monumentais, faraônicas, essas

20. Mancuso, *op. cit.*, p. 248.

catodrais aterrissam na realidade”. E esse momento está nas mãos do juiz. “O momento supremo do Direito é aquele no qual um desconhecido juiz de província de uma perdida cidade do interior, sozinho, frente à 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, que 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.<sup>21</sup>

A atividade jurisdicional que conscientemente não integra o processo coletivo de formação do Direito afasta-se de seu desígnio institucional. E não se amolda à independência judicial, tal como definida entre os Princípios de Bangalore – aprovados pelas Nações Unidas em 2002 – como “um pré-requisito do estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo”. Vale dizer: a independência judicial reveste-se de dimensão política (o juiz é guardião do estado democrático de direito) e de dimensão ética (a atividade judicial serve ao ideal

transcendente de justiça) que se combinam para prestigiar a importância da contribuição de cada juiz na formação da jurisprudência, mas se combinam, por igual, para não consentir o solipsismo de magistrado que seja o arauto da própria fé, ou profeta de suas solitárias referências morais, a atuar sem respaldo em algum processo emancipatório de positividade da Ética e do Direito.

### 3. A configuração do precedente e sua aplicação ao caso concreto

Do *common law* o novo sistema recursal não colhe a prevalência de normas consuetudinárias, ou da primazia dos *costumes reconhecidos*<sup>22</sup>, pois isso significaria uma mudança estrutural. 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 elevação de nosso patamar civilizatório. O que se colhe do sistema *common law* é somente a técnica de atribuir força vinculativa aos precedentes<sup>23</sup>, assim entendidos como a combinação de *ratio decidendi* e tese jurídica.

22. Bustamante (*op. cit.*, p. 4) explica a distinção entre o *costume reconhecido* e o *costume em si mesmo*: “O *common law* inglês é descrito como um sistema jurídico fragmentado, não codificado e ancorado profundamente na tradição, cuja principal fonte – embora não a que tem maior hierarquia no sistema formal a que estamos acostumados nos sistemas jurídicos de tradição continental – é o costume reconhecido pelos órgãos com autoridade para dizer e interpretar o Direito. Quando se fala em “costume reconhecido”, remete-se o leitor necessariamente à ideia de *precedente*, e não ao *costume em si mesmo* considerado, ou seja, independente de um reconhecimento formal pelas autoridades judiciárias”.

23. Anota Juliane Dias Facó que “o Código de Processo Civil de 2015 vem para quebrar a resistência aos precedentes e tentar promover uma cultura de respeito

Conforme sustentamos algumas vezes<sup>24</sup>, as súmulas da jurisprudência de um tribunal normalmente não inovam a ordem jurídica no sistema *civil law*, pois servem somente para revelar a orientação jurisprudencial que já existia e consolidá-la definitivamente. Têm autoridade persuasiva, fortemente persuasiva, mas não têm força normativa.

Pode até suceder de a lei atribuir à súmula de jurisprudência (ou mesmo às orientações jurisprudenciais catalogadas pelo TST) o mesmo efeito impeditivo de recurso que teria o precedente, a exemplo do que preveem os artigos 894, § 2º da CLT em relação ao cabimento de embargos à SBDI e o 896, § 7º da CLT, no que toca ao recurso de revista. Mas os efeitos, a partir da decisão denegatória do recurso de revista, são distintos: se o recurso de revista não é recebido porque o acórdão regional está em conformidade com precedente fixado em julgamento de recurso repetitivo, cabe apenas agravo interno ao órgão competente do próprio tribunal regional (por aplicação supletiva do art. 1030, I, b, § 2º do CPC); se o recurso de revista não é recebido porque o acórdão regional está conforme a precedente exarado em outra circunstância ou a súmula ou orientação jurisprudencial do TST, cabe agravo de instrumento a ser apreciado pelo TST.

às decisões judiciais, objetivando uma valorização do Poder Judiciário e do sistema de justiça do Brasil, que sofre um déficit de confiança por parte dos jurisdicionados, na medida em que impera uma jurisprudência lotérica, em que casos iguais são tratados de forma desigual, sem nenhuma justificativa para ferir a isonomia” (FACÓ, Juliane Dias. *Recursos de Revista Repetitivos*. São Paulo: LTr, 2016, p. 58).

24. Assim, *v.g.*, em: CARVALHO, Augusto César Leite de. “Modulação da Súmula 277 do TST na Perspectiva do Novo Sistema Recursal”. In: *Direito Constitucional do Trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. Coordenação de Gabriela Neves Delgado *et alii*. São Paulo: LTr, 2013, p. 263.

21. 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 TST, Brasília, vol. 77, n. 2, abr/jun 2011. Disponível também em: [http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25360/011\\_uriente.pdf?sequence=4](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25360/011_uriente.pdf?sequence=4). Acesso em 02/jan/2016.

No sistema *common law*, malgrado alguma dissensão teórica<sup>25</sup>, a norma jurídica nasce com o precedente e este não veicula originalmente um modelo exegético, com teor genérico e abstrato, como fazem as leis ou nossas súmulas de jurisprudência. Em boa parte, os povos que tradicionalmente adotam o sistema de precedentes incorporam aos seus sistemas jurídicos o princípio *stare decisis*<sup>26</sup>, que é como se

25. Em endosso ao que sustentamos, 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 juízes 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).

26. 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 juízes, 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 de. *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de*

resolve, para eles, o adágio latino *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se moveste o que foi decidido<sup>27</sup>). No precedente, a norma se extrai da decisão resolutiva do caso concreto.

E se há norma jurídica, vale registrar que “nenhum texto jurídico, seja lei, enunciado jurisprudencial ou súmula vinculante ou não, pode ser aplicada de forma dedutiva-substantiva-mecânica”, como se a aplicação de precedentes reclamasse a atuação de juízes autômatos, supostamente ascéticos, sem consciência crítica ou aptidão hermenêutica. É o alerta de Lenio Streck e George Abboud a propósito da observância dos precedentes, com remate expressivo: “sua aplicação pelas demais instâncias nos casos subsequentes não dispensa atividade interpretativa por parte do julgador bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para se aplicar o provimento vinculante”<sup>28</sup>.

Os precedentes, no sistema *common law* (e agora também em nosso sistema jurídico-processual), decidem, como visto, casos concretos e servem à solução de outros conflitos cujo contorno factual seja semelhante. Conforme esclarece Didier Jr., Braga e Oliveira:

*promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito*. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013\\_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf).

27. 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>.

28. STRECK, Lenio. ABBOUD, Georges. “O NCPC e os Precedentes – afinal, do que estamos falando?”. In: *Precedentes / Coordenadores: Fredie Didier Jr et al.* Salvador: Editora JusPodivm, 2015, pp. 175-182.

“[...] ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, *duas normas jurídicas*. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise”<sup>29</sup>.

O precedente é um *fato* e contém uma *norma*. Enquanto fato, ou ato decisório, remete à resolução de um caso em particular. Como anotam os mesmos autores<sup>30</sup>, o que importa é a *norma do precedente*, ou seja, aquilo que se extrai da *ratio decidendi* e se projeta como regra<sup>31</sup>, ou tese que se converte em regra, para prevalecer na solução de casos com moldura factual e jurídica similar.

A essência do precedente se consubstancia na *ratio decidendi* e se é esta uma norma do tipo *regra* “segue-se que a operação básica necessária para sua

29. DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 11ª edição. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 456. No mesmo sentido, Juliane Dias Jacó (*op. cit.*, p. 25): “O magistrado, ao decidir, é incumbido de criar duas normas jurídicas: uma de caráter geral e outra individual. A primeira é derivada da sua análise a respeito da matéria fática suscitada na causa sob julgamento em cotejo com o direito aplicável, expondo, na fundamentação, os motivos que sustentam a adoção de determinada tese jurídica (*ratio decidendi*). A *ratio*, por sua vez, se bem delimitada e precisa, poderá ser utilizada como referencial para julgamentos de casos análogos pelos órgãos judiciais”.

30. Didier Jr. *et alii*, *op. cit.*, p. 455. Os autores afirmam secundar os estudos de Lucas Buriel Macêdo, em *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, da Editora JusPodivm.

31. A doutrina tem admitido, apenas em caráter excepcional, que o precedente se apresente como princípio, em vez de regra (ver Bustamante, *op. cit.*, p. 467).

aplicação em um caso futuro será a subsunção”<sup>32</sup>. Por isso, reiteramos uma vez mais, a composição binária do precedente: a *tese jurídica* por ele veiculada se vincula à sua *ratio decidendi*. Ao juiz ou tribunal cabe aplicá-lo se os fatos e fundamentos jurídicos da causa coincidirem com os que foram levados em consideração na formação da tese jurídica, comportando a *subsunção* daqueles nesta.

Essa fórmula necessariamente dual foi observada inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao recomendar a observância dos precedentes e, no art. 15, II de instrução normativa (IN n. 39<sup>33</sup>) que editou para lançar luzes sobre a aplicação do novo CPC ao processo do trabalho, defini-los:

“[...] para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, **considerar-se-ão unicamente os precedentes** referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, **que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (ratio decidendi)**. (destaque nosso)

Nada obsta que o precedente, para além de veicular a norma, contenha, *obiter dictum*, a referência a hipóteses nas quais ele não se aplica, se assim o órgão judicial entender adequado para delinear melhor a situação de fato em que a norma do precedente haverá prospectivamente de incidir. Embora não se revista de caráter normativo, “o *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal”<sup>34</sup> e, portanto, não é de todo desinteressante.

Quando comparadas com as normas rígidas – sobretudo *legais* – do sistema *civil law*, percebe-se

que é menor o risco, ademais, de os fundamentos jurídicos se modificarem, na linha do tempo, e o precedente mostrar-se resiliente, impondo-se não obstante se revele ancilosado, ou alheio às regras jurídicas dos novos dias. Diversamente do que se dá com outras normas estatais e mesmo consuetudinárias, a adaptabilidade dos precedentes, como fonte jurídica formal, está a depender apenas de atuação jurisdicional protagonizada pelos mesmos órgãos judiciais que lhes deram origem. Observa Peter Stein<sup>35</sup>, a propósito dos precedentes no *common law*, que nele “os enunciados jurídicos são sempre provisórios, pois continuamente são reformulados através de alargamentos e estreitamentos dos seus termos à medida que surgem novos casos”.

Basta que os órgãos de jurisdição sejam provocados e, à semelhança do que prevê o art. 896-C, § 17 da CLT a propósito dos recursos repetitivos: “Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado”. A modulação temporal da eficácia da nova tese jurídica corresponde ao que a doutrina usa denominar *prospective overruling*<sup>36</sup>.

Se a parte está a invocar o precedente que contempla a solução da lide, o órgão judicial, caso acolha tal linha de argumentação, deve identificar os fundamentos determinantes do precedente suscitado e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1º, V do CPC). Caso não aplique o precedente invocado pela parte, deve demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, VI do CPC), sob pena, aqui ou ali,

35. *Apud* Bustamante, *op. cit.*, p. 5.

36. Sobre o *prospective overruling* no Direito brasileiro: Bustamante, *op. cit.*, p. 448.

de ter-se a decisão judicial como não fundamentada. Decisão nula, portanto.

#### 4. A aplicação analógica do precedente – a reflexividade da norma é pressuposto de sua legitimidade

A norma jurídica remete a um momento de decisão, ou seja, a “um poder de optar entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória, quer *erga omnes*, como ocorre nas hipóteses da fonte legal e da consuetudinária, quer *inter partes*, como se dá no caso da fonte jurisdicional ou na fonte negocial”. Assim se manifestava Miguel Reale<sup>37</sup>, em tempo no qual não se cogitava de precedentes judiciais com efeito *erga omnes*.

O que importa da lição de Reale, entre tantas e fecundas lições, é que a norma jurídica se legitima na medida em que significa uma opção decisória escolhida, como manifestação de poder, para resolver um conflito intersubjetivo, coletivo ou difuso vivido ou pressentido pela sociedade. A norma legítima não nasce por geração espontânea, pois, antes, remete ao real, ou seja, reveste-se de caráter reflexivo (reflete um *dubium* de valores que exige diálogo com vistas a obter-se a norma-decisão<sup>38</sup>).

E como é sempre finita a visão dos centros de positividade jurídica, é natural que se adotem os métodos de integração do Direito, sobretudo a analogia. A integração analógica, bem se sabe, deve ocorrer quando a situação de fato posta a exame coincidir, no que tem de substancial, com aquela situação conflituosa que se pretendeu, pela norma posta, regular.

37. REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11.

38. Sobre a reflexividade da norma jurídica e o papel da ideologia para impedir a reflexividade infinita: FERAZ JR, Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. São Paulo: Atlas, 2016.

32. Bustamante, *op. cit.*, p. 468.

33. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documentos/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em 14/nov/2019.

34. Didier Jr *et alii*, *op. cit.*, p. 459.

Assim se dá, igualmente, no sistema de precedentes, dado que “a aplicação de uma regra jurisprudencial a casos posteriores pressupõe, desde o início, um ponto comum que sirva de base para a solução de cada novo caso que se apresente, de forma que não haja um rompimento na cadeia de soluções jurisprudenciais a cada nova demanda”<sup>39</sup>.

É possível ilustrar. No julgamento do IRR 1384-61.2012.5.04.0512, o Pleno do TST fixou a seguinte tese: “A redução eventual e ínfima do intervalo intrajornada, assim considerada aquela de até 5 (cinco) minutos no total, somados os do início e término do intervalo, decorrentes de pequenas variações de sua marcação nos controles de ponto, não atrai a incidência do artigo 71, § 4º, da CLT. A extrapolação desse limite acarreta as consequências jurídicas previstas na lei e na jurisprudência”.

Eis que, pouco tempo depois, a Sexta Turma do TST vê submetido a seu veredicto o RR 22117-38.2014.5.04.0331, que não tratava da mesma hipótese (redução eventual e ínfima de intervalo decorrente de pequenas variações na marcação do ponto), mas sim de redução do intervalo, também ínfima, em razão de tempo eventualmente gasto, na hora do almoço, para o trabalhador “trocar notas e colocar o dinheiro no armário”. A ementa do julgamento, pela Sexta Turma, é de nossa lavra e parece-nos elucidativa:

“[...] verifica-se que o tempo gasto pela reclamante na troca de notas e para guardar o dinheiro no armário ao final do primeiro turno de trabalho, o qual poderia implicar em gozo a menor do intervalo intrajornada, encontra-se no limite de 5 minutos fixado no IRR-1384-61.2012.5.04.0512 e, embora não corresponda a tempo de ‘marcação nos controles de ponto’, apresenta-se em situação análoga a exigir juízo de proporcionalidade igual ao que inspirou a decisão no mencionado IRRR”.

39. Bustamante, *op. cit.*, p. 511.

Mas é certo que não se pode confundir analogia com a aplicação direta que haverá de suceder quando a *ratio decidendi* aplicar-se para casos concretos semelhantes que estão no expresso campo de incidência do precedente, sem embargo de não coincidirem rigorosamente com o caso que o originou. Também é possível exemplificar.

Veja-se que a SBDI I do TST, no IRR 1325-18.2012.5.04.0013, fixou (por maioria, em julgamento no qual ficamos vencidos como relator original) a tese de ser válida e eficaz a nota explicativa da Portaria MTE n. 595/2015 e, por isso, “não é devido o adicional de periculosidade a trabalhador que, sem operar o equipamento móvel de Raios X, permaneça, habitual, intermitente ou eventualmente, nas áreas de seu uso”. A Subseção I de Dissídios Individuais assentou que a mencionada nota explicativa restringia direito (ao adicional de periculosidade) que exigia prévia regulamentação pelo Ministério do Trabalho, sendo essa a *ratio decidendi*.

Na sua origem, o recurso tratava de trabalhadora que laborava em bloco cirúrgico fazendo transfusões de sangue e acompanhava paciente com trauma até o setor de emergência, onde se realizavam exames de raio X com equipamento móvel. A tese fixada não se restringe, por óbvio, apenas a empregados que desenvolvam essas tarefas, aplicando-se a todo e qualquer trabalhador (médicos, enfermeiros e assistentes, trabalhadores em serviço de alimentação ou limpeza etc.), que, não operando o equipamento móvel de raio X (pois este operador tem direito indiscutível ao adicional de periculosidade), “permaneça, habitual, intermitente ou eventualmente, nas áreas de seu uso”. É essa a *ratio* do precedente e sua adoção, em relação a tais e outros empregados em igual contexto, é direta, não reclama analogia.

Analogia haverá se os juízes forem instados a decidir a propósito de outras notas explicativas do Ministério do Trabalho acerca de trabalho de risco em contingência diversa, regulado por distinta norma regulamentadora. Optando porventura pela

mesma premissa de que tais notas comporiam a regulamentação ministerial e poderiam assim restringir o direito ao adicional de periculosidade ou de insalubridade, decidirão por analogia, pois a norma do precedente não teria, então, aplicação direta, dado que toda a argumentação jurídica – que resultou no mencionado precedente – fora construída a partir das circunstâncias vividas na aplicação da Portaria MTE n. 595/2015.

## 5. O afastamento do precedente em razão de *distinguishing*

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 da igualdade, em especial com a preocupação de estender a autoridade do precedente judicial para além dos limites subjetivos da decisão a ser proferida. Na fração de interesse, a técnica do *distinguishing* está relacionada com o princípio da igualdade porque, como advertem Didier Jr, Braga e Oliveira, “a utilização acrítica dos precedentes, sem que se faça o devido cotejo das circunstâncias de fato verificadas no caso concreto, pode dar ensejo a sérias violações ao princípio da igualdade, haja vista que esse princípio abrange também a um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstâncias diferenciadas”<sup>40</sup>.

40. *Op. cit.*, p. 482.

O elemento de distinção, que inibe a atuação do precedente, pode apresentar-se como redução teleológica (os fatos se subsumem na *ratio decidendi*, mas esta, por ser excessivamente abrangente, comporta a hipótese excepcional de não incidência) ou como argumento *a contrario* (os fatos não se subsumem na *ratio* quando compreendida esta *a contrario sensu*, e uma interpretação restritiva dela impede que se amplie a sua incidência, para alcançá-los)<sup>41</sup>.

Por vezes, a sugestão do *distinguishing* está explícita em fragmento do precedente que corresponde a algum *obiter dictum*. De modo emblemático, assim ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal decidiu, em análise delibatória, a constitucionalidade da Medida Provisória n. 173/1990, norma que impedia fossem deferidas liminares para desbloqueio de ativos financeiros interditados por planos econômicos.

Nesse precedente do STF, o Ministro Paulo Brossard, relator, fez constar na ementa que o “indeferimento da suspensão liminar da MP 173”, cuja declaração de inconstitucionalidade era pretendida, “não prejudica [...] o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar”. O primeiro a votar no sentido de ressaltar a possibilidade de decisão diversa em controle difuso de constitucionalidade foi o Ministro Sepúlveda Pertence, para quem a simbiose dos dois sistemas de controle da constitucionalidade:

“[...] permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde [...] a vedação da liminar, porque desarrazoada, porque incompatível com o art. 5º, XXXV, porque ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional”<sup>42</sup>.

41. Bustamante, *op. cit.*, p. 473.

42. STF, ADIN n. 223-DF, Relator Ministro Paulo Brossard, transcrição de excertos das páginas 49 e 50 dos votos disponíveis em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>.

A um só tempo, o STF declarou a constitucionalidade em controle concentrado e ressaltou a possibilidade de se decidir, frente às peculiaridades do caso concreto, pela *inconstitucionalidade circunstancial* das regras sob análise<sup>43</sup>. Vale dizer: a possibilidade de suscitar-se o *distinguishing* está sugerida, em *obiter dictum*, pelo mesmo órgão que editou o precedente.

A inconstitucionalidade circunstancial pode ser, a propósito, instituto jurídico de extrema relevância quando consideramos que agora estamos às voltas com normas da CLT que, introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, tratam muito superficialmente de trabalho intermitente, sem distinguir as atividades em que tal modalidade pode dar-se em sacrifício da dignidade humana, ou remete o teletrabalho (e todas as suas implicações relacionadas com a duração do trabalho, à privacidade do empregado e sua família, à saúde do trabalhador) à regulação contratual, a pretexto de assim, sem de fato normatizar tema algum, inovar sua normatização. Ante a consciente omissão do legislador – que tinha a ordem jurídica de outros povos para inspirar-se e preferiu de tal não se valer – resulta inevitável que se apresentem incontáveis elementos de distinção após cada precedente afeto a esses temas.

Quanto ao aspecto procedimental, é ver que há a faculdade de o relator, ao atuar liminarmente no microsistema de demandas repetitivas (IRDR ou

Acesso em 1/jun/2018. Na página 64, em meio a seu voto, também o Ministro Sidney Sanches enfatiza que aquele julgamento (pelo indeferimento da medida cautelar que, se concedida, impediria o bloqueio de ativos encetado pela MP 173/1990) não obstaría que o desbloqueio de depósitos bancários se desse por decisões liminares de juízes, em controle difuso de constitucionalidade.

43. Sobre inconstitucionalidade circunstancial: GOES, Guilherme Sandoval. MELLO, Cleyson de Moraes. *Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 122.

IRR), suspender os processos que tratam do tema a ser resolvido pelo precedente judicial a ser fixado. Mas a parte poderá suscitar o *distinguishing*, perante o juiz de seu processo, se perceber que se diferenciam, em substância, a lide que protagoniza e o caso submetido a julgamento de demanda repetitiva.

Caso a parte, irressignada com a ordem de suspensão do processo, suscite o *distinguishing* e o juízo não aquiesça (mantendo o processo suspenso), dessa decisão apenas caberá: agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau de jurisdição; ou agravo interno, sem acesso a instância superior, na hipótese de o processo já estar sob os cuidados de relator, em tribunal. É o que preceitua o art. 1037, § 13, I e II, do CPC.

## 6. Considerações conclusivas

O art. 489, § 1º, V e VI, bem assim os artigos 926 e 927 do CPC, entre outros, incluem os precedentes judiciais entre as fontes formais de direito. O princípio norteador do sistema de precedentes é de certo o de estabelecer igualdade externa e segurança jurídica, o que bastaria para justificar a mudança em nossa ordem jurídica processual.

Há, ainda, uma visão pragmática do sistema de precedentes que está relacionada à expectativa de que se promova a racionalidade do sistema de recursos de modo a reduzirem-se as extensas pautas e elevadas taxas de congestionamento processual nas instâncias de julgamento colegiado. A alta recorribilidade não atende a uma demanda natural por justiça, mas sim e claramente ao interesse de dilatar, o mais possível, a resolução processual.

Para debelar esse estado de coisas, o processo do trabalho incorporou o sistema de precedentes, mas a partir do final de 2017 (Lei n. 13.467/2017) uma parte das novidades trazidas pela Lei n. 13.015/2014 foi sacrificada, trocando-se, em rigor, a segurança jurídica, a proteção da confiança e a igualdade externa, próprias ao sistema de precedentes, por juízos

discrecionários de transcendência econômica, social ou jurídica (ressalva-se, nessa análise, a transcendência política) que recusam a tutela recursal sem remeter as partes, necessariamente, a um juízo de mérito anterior.

O que se colhe do sistema *common law* é somente a técnica de atribuir força vinculativa aos precedentes, assim entendidos como a combinação de *ratio decidendi* e tese jurídica.

Por lado outro, 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.

A experiência e os dados estatísticos atestam que ao menos no universo trabalhista o sistema de precedentes não compromete a independência funcional dos magistrados de primeira ou segunda instâncias. Não só porque apenas a estes é reservado o acerto quanto aos fatos da causa como porque, no tocante à matéria estritamente jurídica, já havia, mesmo antes da Lei n. 13.015/2014, uma significativa concentração de poder nas mãos dos ministros do TST, sendo expressiva a parte percentual dos processos que lhes cabia decidir.

A força normativa do precedente se impõe horizontal (na própria instância) e verticalmente (na instância inferior). A eventual inobservância da jurisprudência consolidada, ao tempo em que se reverencia a ordem legal, não parece condizente com o esforço de valorizar o papel social do juiz e com a necessária percepção de que é esse um esforço coletivo.

Como consequência de as instâncias extraordinárias fixarem tese jurídica, o art. 1039 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. O mesmo sucede em processos trabalhistas.

Para consolidar o sistema de precedentes, o CPC prevê a *reconsideração* pelo órgão judicial de decisão anterior que tenha destoado da tese jurídica uniformizada e a *reclamação* contra o órgão judicial recalcitrante.

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. A essência do precedente se consubstancia na *ratio decidendi* e é esta uma norma do tipo *regra*.

Sendo finita a visão dos centros de posituação jurídica, é natural que se adotem os métodos de integração do Direito, sobretudo a analogia, quando a situação de fato posta a exame coincidir, no que tem de substancial, com aquela situação conflituosa que se pretendeu, pela norma posta, regular. Assim se dá, igualmente, no sistema de precedentes.

Porque se reportam normalmente 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 suplantiar inteiramente ou de substituir parcialmente a tese antes sufragada, porque novos seriam os fundamentos de fato ou jurídicos.

A inconstitucionalidade circunstancial pode ser, enfim, instituto jurídico de extrema relevância quando consideramos que agora estamos às voltas com normas da CLT que, introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, revelam-se lacônicas, confusas ou contraditórias, exigindo o discernimento de colmatar lacunas e identificar elementos de distinção, o que decerto se amoldará às possibilidades franqueadas pelo sistema de precedentes.



## A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO PROCESSO DO TRABALHO

CLÁUDIO BRANDÃO

### Origem e natureza jurídica

Ao longo da história da reclamação, diversas foram as correntes doutrinárias voltadas à definição de sua natureza jurídica, desde medida administrativa semelhante à reclamação correicional ou correição parcial, até direito de petição, passando por recurso, sucedâneo recursal e incidente processual. A diversidade de posicionamentos é retratada nas poucas obras dedicadas ao tema, embora se tenha assente tratar-se de ação constitucional típica de fundamentação vinculada.

No CPC, a reclamação foi prevista em dispositivo específico (art. 988), inserido no Título I, que trata “DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS”, ao lado das ações e dos incidentes de competência originária dos tribunais, tais como os Incidentes de Assunção de Competência, de Arguição de Inconstitucionalidade e de Resolução de Demandas Repetitivas; o Conflito de Competência; a Homologação de Decisão Estrangeira e da Concessão do *Exequatur* à Carta Rogatória; e a Ação Rescisória.

Não a incluiu no rol contido no art. 994, que enumera os recursos cabíveis no processo civil, integrante do Título II, “DOS RECURSOS”. Portanto, calou as vozes dissonantes da doutrina e da jurisprudência, mormente do próprio STF, e se alinhou à jurisprudência pacificada no STJ que a reconhecia como **ação de fundamentação vinculada, caráter incidental e excepcional** (AgRg na Rcl 3.497/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 10/06/2009, DJe 23/06/2009;

(AgRg na Rcl 10.864/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 11/03/2015, DJe 19/03/2015).

Esse foi o posicionamento adotado pelo STF no *leading case* da relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, que reconheceu as mudanças promovidas pelo CPC quanto à natureza jurídica da reclamação, e afirmou ser ação, em virtude da imprescindibilidade do contraditório, sujeitando-se, também, às regras da sucumbência (Rcl. n. 24.417, 1ª T, julgamento em 07/03/2017).

É, pois, **ação autônoma de impugnação**, conclui, como o faz Pedro Miranda de Oliveira.<sup>1</sup>

Objetiva garantir a autoridade da decisão proferida, a prevalência da tese jurídica nela firmada e a preservação da competência do tribunal e, assim, contribuir para assegurar a unidade de todo o sistema jurídico.<sup>2</sup>

Pode-se, então, afirmar, no processo do trabalho, que se trata de *ação típica constitucional mandamental, de competência originária dos tribunais (e não mais apenas dos tribunais superiores) e fundamentação vinculada, destinada a quatro fins específicos: a) preservação da competência; b) garantia da autoridade*

*de decisões; c) garantia da observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; d) garantia da observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de formação concentrada de precedentes judiciais (IAC, IRDR e IRR).*

Os sujeitos que a integram são o reclamante (sujeito ativo), autor, e os reclamados (sujeitos passivos), necessariamente compostos por, pelo menos, dois sujeitos: a autoridade (juiz ou tribunal inferior) contra quem ou em face de quem se dirige a postulação, por se encontrar desobedecendo a decisão a respeito da qual se reclama, ou invadindo a competência do tribunal. É o “sujeito imparcial”, órgão ou autoridade que pratica os atos – ou se omite –, caracterizadores da quebra da autoridade da decisão ou da violação da competência;<sup>3</sup> além dele, também figura o beneficiário da decisão impugnada.

O seu objeto é a tutela jurisdicional pretendida e se volta ao restabelecimento da competência que se diz usurpada; à preservação da autoridade da decisão ameaçada; e à preservação da força obrigatória do precedente constituído por meios dos diversos incidentes introduzidos na CLT pela Lei n. 13.015/2014 e pelo CPC.

A sua regência normativa faz-se a partir das normas contidas nos art. 988 a 993 do CPC.<sup>4</sup>

1. OLIVEIRA, Pedro Miranda. Aspectos destacados da reclamação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 247, ano 40, p. 219. São Paulo: RT, set. 2015.
2. Como visto, há divergência entre os posicionamentos adotados na doutrina e no STF, quanto à natureza jurídica da reclamação. Em princípio, o CPC considerou-a ação até mesmo pela utilização do termo “proposta” contida no § 1º do art. 988.

3. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional no direito brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000. p. 475.
4. O art. 1.072, IV, do CPC revogou os dispositivos que a disciplinavam no período pretérito à sua vigência (art. 13 a 18 da Lei n. 8.038/1990).

Os fatos que autorizam a sua propositura no processo do trabalho dizem respeito à conduta afrontosa, o desacato a uma decisão proferida por um tribunal do trabalho, reveladora da usurpação de competência ou ainda que demonstre a não observância de acórdão proferido em incidente de formação de precedente de cumprimento obrigatório. É imprescindível que seja indicado, de modo objetivo.

Alguns exemplos: (a) o Presidente do TRT negar-se a remeter ao TST agravo de instrumento interposto de acórdão proferido por turma; (b) o juiz ou órgão colegiado de TRT deixar de aplicar tese fixada em acórdão proferido pelo TST em incidente de recursos de revista repetitivos, sem que haja fundamento revelador da existência de distinção; (c) o desembargador relator deixar de declarar a incompetência funcional em ação rescisória proposta contra acórdão proferido pela SbDI-I do TST que deu provimento a recurso de embargos e reformou, quanto ao mérito, decisão proferida por turma do TST.

Os fundamentos jurídicos referem-se ao enquadramento jurídico da situação posta na petição inicial, autorizador da produção dos efeitos pretendidos pelo autor. Nesse contexto, cabe-lhe “expor todo o quadro fático necessário à obtenção do efeito jurídico perseguido, bem como demonstrar como os fatos narrados autorizam a produção desse mesmo efeito (deverá o autor demonstrar a incidência da hipótese normativa no suporte fático concreto)”.<sup>5</sup>

O pedido é a providência requerida ao órgão julgador a fim de que seja restabelecida a competência usurpada, a autoridade da decisão ameaçada de descumprimento ou efetivamente descumprida e a observância da tese fixada em acórdão proferido em incidente de formação concentrada de precedente judicial obrigatório, súmula ou orientação dotada do mesmo atributo. O reclamante dirige ao órgão

julgador o pleito para “que seja prestada a tutela jurisdicional no sentido de preservar a competência da Corte à qual ele é dirigido, ou de garantir a autoridade de julgado desta mesma Corte”,<sup>6</sup> assim como a observância de tese fixada em incidente destinado à formação de precedentes judiciais, assim indicados no art. 927 do CPC.

### Pressupostos específicos

Aos pressupostos genéricos, cuja observância é exigida em qualquer processo, acrescentam-se dois outros, específicos para a reclamação, previstos nos incisos do § 5º do art. 988 do CPC, observada a alteração promovida pela Lei n. 13.256/2016: (a) o trânsito em julgado da decisão reclamada; e (b) o não esgotamento das instâncias ordinárias, se estiver fundada na garantia de observância de acórdão em julgamento de incidente de formação de precedentes obrigatórios.

A reclamação não tem aptidão para desconstituir decisão transitada em julgado, por não possuir os atributos próprios da ação rescisória. É a firme jurisprudência do STF, consubstanciada na Súmula n. 734.

Quanto ao segundo requisito negativo, o legislador afastou a possibilidade de cabimento da reclamação em face de sentenças ou decisões monocráticas proferidas pelos relatores em tribunais que não observem tese jurídica firmada em precedente de cumprimento obrigatório.

Na versão original do CPC, a propositura da reclamação ocorria diretamente no tribunal que houvesse editado o precedente (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça e Regionais Federais – o Tribunal Superior

do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho, na instância trabalhista).

Com a mudança, acrescentou-se mais uma hipótese de inadmissibilidade da reclamação.

Portanto, no processo do trabalho, a sentença será impugnada mediante a interposição de recurso ordinário ou agravo de petição, neste caso se em execução; a decisão unipessoal, por meio de agravo interno (art. 1.021 do CPC).

Um primeiro ponto merece análise na mudança promovida pelo legislador, de modo a afastar uma aparente contradição entre dois dispositivos: o inciso IV e o § 5º, II, acima transcrito. Autoriza-se a propositura da reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de *incidente de resolução de demandas repetitivas* (e não mais de casos repetitivos, como constava anteriormente) ou de *incidente de assunção de competência*, sem estabelecer nenhuma condicionante, ao passo que o segundo, ao definir pressuposto negativo de constituição válida do processo, se refere apenas ao acórdão proferido em julgamento de *recursos repetitivos*.

A leitura isolada da regra legal permitiria afirmar que, para a garantia da autoridade de decisão oriunda dos dois primeiros incidentes (IAC e IRDR – inciso IV), o reclamante poderia dirigir-se diretamente ao tribunal superior, ao passo que no segundo (IRR – § 5º, II) deveria, antes, cumprir o rito procedimental correspondente à via ordinária de impugnação.

Contudo, penso que não é a melhor interpretação. Como já afirmado em outra obra, amparado em lição de Fredie Didier Jr., a Lei n. 13.015/2014 e o CPC criaram o Microsistema de Formação Concentrada de Precedentes Obrigatórios, representado, após a vigência da Lei n. 13.467/2017, por três incidentes processuais: a) o Incidente de Assunção de Competência – IAC (art. 947 do CPC); b) o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (art. 976 a 987 do CPC); e c)

5. DIDIER JR., Fredie. *Curso de processo civil*. V. I. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 552.

6. MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 123.

o Incidente de Julgamento de Recursos de Revista Repetitivos – IRR (art. 896-C da CLT e art. 1.036 a 1.041 do CPC).

Afirma-se que a regra prevista no inciso II do § 5º do art. 988, que institui pressuposto negativo de constituição válida do processo, aplica-se à reclamação que se refira a decisão oriunda de qualquer um dos incidentes de formação de precedente de cumprimento obrigatório (IRDR, IAC e IRR), e não apenas ao incidente de julgamento de recursos repetitivos.

Não há dúvida que o legislador quis introduzir pressuposto negativo para a constituição do processo, que deve ser dirigido diretamente ao tribunal do qual se originou o precedente (STF, STJ ou TST), ao condicioná-lo a serem “esgotadas as instâncias ordinárias”, exatamente para evitar a avalanche de reclamações nesses tribunais.

No processo do trabalho, diante de decisão proferida por juiz de primeiro grau que aplica a tese firmada nos incidentes mencionados, por exemplo, caberá à parte prejudicada interpor recurso ordinário (instância ordinária, ainda não esgotada, porque o tribunal pode corrigir o erro de julgamento). Veja-se que a regra se refere expressamente ao precedente em recurso extraordinário e recurso especial (leia-se recurso de revista), ou seja, oriundo de tribunal superior e, em princípio, não seria aplicável tal exigência se envolvesse precedente oriundo do próprio Tribunal Regional do Trabalho. Se fosse para permitir o ajuizamento diretamente nos tribunais superiores, não haveria sentido a alteração empreendida pelo legislador.

Contudo, pode-se invocar a mesma regra, de igual modo, para o caso de precedente firmado no TRT: a impugnação deve ocorrer por meio da interposição do recurso ordinário e da propositura da reclamação, conjuntamente. O primeiro, para evitar que ocorra o trânsito em julgado da sentença; a segunda, para viabilizar o exame imediato da pretensão pelo Tribunal, não submetida à admissibilidade, nem afetada pelo julgamento do recurso; ambos (o

recurso e a reclamação) são independentes; seguem rumos próprios, embora os “caminhos” possam se cruzar em algum momento, em caso de procedência da ação, como mencionado de modo expresso no § 6º do art. 988 do CPC.

Os meios regulares de impugnação não podem ser ultrapassados, embora essa restrição seja somente cabível quando a reclamação adotar como fundamento o desrespeito ao precedente judicial, que pode ocorrer tanto pela aplicação da tese ao caso em que se mostre incabível, quanto pela sua não aplicação, quando adequada e específica (art. 988, § 4º, do CPC).

Há mais uma última observação a ser feita em torno dos pressupostos negativos de constituição regular da reclamação: se a decisão impugnada houver aplicado o precedente e, por isso, o reclamante pretender discutir a existência de eventual distinção entre o seu caso e a *ratio decidendi* adotada, amparado na previsão contida no § 16 do art. 896-C da CLT e no § 9º do art. 1.037 do CPC, surge mais um pressuposto negativo: o exame da decisão denegatória do Desembargador Presidente por meio de agravo interno dirigido ao colegiado competente para tanto (Tribunal Pleno ou Órgão Especial, conforme o caso), diante da expressa previsão contida no § 2º do art. 1.030 do CPC.

Isso porque a reclamação somente será cabível se, interposto o recurso de revista, o Desembargador Presidente houver proferido decisão denegatória da admissibilidade, hipótese em que é cabível agravo interno para reexame. Uma vez julgado esse recurso e se mantida a denegação, poderá ser proposta a reclamação, antes de decorrido o prazo para oposição de embargos de declaração.

Tal afirmação baseia-se na alteração promovida na mesma reforma contida na Lei n. 13.256/2016, ao definir recurso específico para impugnação da decisão denegatória de seguimento a recurso interposto contra acórdão que aplica tese firmada em precedente: o agravo interno no âmbito do tribunal

de segundo grau (art. 1.030, I, e § 2º, e 1.035, § 7º, do CPC).

Antes da modificação mencionada, a matéria era tratada no art. 1.042 do CPC. Previa-se o cabimento do mesmo recurso – agravo para o STF ou STJ – nos casos em que houvesse juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincidia com a orientação do tribunal superior e também em consonância com precedente firmado.

Após, a regência ficou a cargo dos art. 1.030, inciso I, “a” e “b” e § 2º e art. 1.035, § 7º, do CPC e se atribuiu tratamento específico para a impugnação da decisão denegatória baseada em harmonia entre o acórdão impugnado e a tese fixada em precedente do STF ou STJ: será examinada, preliminarmente, pelo tribunal de segundo grau, mediante agravo interno. Este será o último recurso cabível no âmbito do tribunal.<sup>7</sup>

Para melhor esclarecer: no CPC, existem duas situações distintas relacionadas ao recurso cabível para a decisão que examina a admissibilidade do recurso extraordinário ou do recurso especial, o qual dependerá da fundamentação nela adotada:

a) a decisão denegatória que se fundar em jurisprudência reiterada é impugnada mediante o agravo previsto no art. 1.042, *caput*, dirigido ao STF ou STJ (equivalente ao TST), conforme o caso;

b) a decisão denegatória que acolher tese firmada em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos é impugnada mediante agravo interno, previsto no art. 1.021 do CPC e, por conseguinte, dirigido ao tribunal de segundo grau.

7. Ainda sob a vigência do CPC/73, o STF manifestou-se no mesmo sentido da regra, agora, contida no texto legal: Rcl 23288 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 09/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-268 DIVULG 16-12-2016 PUBLIC 19-12-2016.

Havia sustentado, nos primeiros tempos de vigência do CPC, que, na hipótese mencionada, a reclamação deveria ser proposta em até oito dias da ciência da decisão que houvesse apreciado o agravo interno, considerando ser esse o prazo para interposição de recursos no processo do trabalho. Contudo, tendo-me ao entendimento manifestado pelo STF quando do julgamento do Ag.Reg. na Rcl n. 22.306/BA, 1ª Turma, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, segundo o qual, por ser apenas cabível a oposição de embargos de declaração da decisão proferida no julgamento do agravo interno (e não para interposição de novo recurso especial – equivalente ao recurso de revista no processo do trabalho), *o prazo é de cinco dias, findo o qual a decisão transitará em julgado.*

Em suma, além de observar os pressupostos negativos genéricos, com a inexistência de coisa julgada e litispendência, também a reclamação: (a) não poderá se voltar contra sentença transitada em julgado; (b) deve ser proposta após o julgamento do recurso ordinário pelo TRT, se a questão jurídica envolver a aplicação ou rejeição pelo TRT da tese firmada no precedente. Exige-se, nesse caso, que tenha sido negada pelo TRT, no julgamento do recurso ordinário, a distinção afirmada pela parte e, na sequência, tenha havido interposição de recurso de revista, decisão denegatória de seguimento pelo Presidente do TRT, interposição de agravo interno e propositura da reclamação em até cinco dias da ciência da decisão que, apreciando-o, manteve o entendimento anteriormente.

### Legitimação

De referência à legitimação, a regra delimitadora encontra-se no *caput* do art. 988 do CPC, a qual, aplicada ao processo do trabalho, conduz à afirmação de que legitimados são a “parte interessada” e o “Ministério Público do Trabalho”.

Quanto ao último, nenhuma observação maior se impõe, pois, como órgão encarregado da “defesa

da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis” (art. 176 do CPC), o Ministério Público do Trabalho possui a titularidade de quaisquer ações que busquem preservar a integridade do sistema jurídico trabalhista, nelas se incluindo a reclamação no âmbito da Justiça do Trabalho (art. 83 da Lei Complementar n. 75/1993 – LOMP). Por isso, poderá propô-la nos casos em que atue como órgão agente ou como *custos legis*.

Registra-se, contudo, a existência de decisões do STF que limitam a representação e atuação do Ministério Público, no seu âmbito, ao Procurador-Geral da República, como decidido, por exemplo, na Reclamação n. 4453,<sup>8</sup> impedindo o Procurador-Geral do Trabalho de, mesmo em matéria trabalhista, postular junto ao STF.

No que concerne à “parte interessada”, constata-se que o legislador se valeu de conceito jurídico indeterminado, incumbindo à doutrina o papel de construí-lo. Para tanto, constata-se, de logo, que não há relação jurídica de direito material subjacente à reclamação. Por conseguinte, deve-se compreender a “parte interessada” no sentido processual, e não material.

Não se pode olvidar da legitimidade extraordinária, decorrente da substituição processual, bastante comum nas ações propostas por sindicatos e, por isso mesmo, também cabível na reclamação.

Penso que a legitimação – e, portanto, a maior ou menor amplitude do conceito de “parte interessada” – depende das situações autorizadoras da propositura da reclamação previstas no citado art. 988 do CPC, aplicáveis à competência da Justiça do Trabalho, à exceção daquela prevista no inciso III, dirigida diretamente ao STF:

8. Rcl 4453 MC-AgR-AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-02 PP-0034.

a) *usurpação de competência* (inciso I): evidencia a possibilidade da prática de ato jurídico por autoridade judiciária despida de competência absoluta para fazê-lo. Como se trata de questionamento, em tese, da competência, legitimado será, então, a pessoa (ou pessoas, em virtude da possibilidade de litisconsórcio) diretamente interessada em que seja restabelecida a regra competencial, ou seja, aquela que vier a ser atingida pela decisão proferida por órgão judicial incompetente. Deve ser interpretado restritivamente para considerar legítima apenas a parte que figure no polo passivo do processo original.

Inexiste óbice a que se admita o cabimento da reclamação também em decorrência de ato praticado por autoridade administrativa, caracterizador de usurpação de competência do TST e dos TRTs, mas, nesta última hipótese, em virtude da amplitude consagrada no art. 988, I do CPC, ao se referir a “tribunal”, e não mais a tribunal superior ou STF, desde que afeta à matéria prevista nos diversos incisos do art. 114 da CF.

Não se deve olvidar a existência do Direito Administrativo do Trabalho, relacionado à atividade de inspeção do trabalho, o que pode ensejar a prática de ato administrativo por autoridade que usurpe a competência de juiz ou tribunal do trabalho;

b) garantia da autoridade da decisão do tribunal (inciso II): configura-se quando, proferida uma decisão em determinado processo, o comando dela oriundo não está sendo respeitado mediante a prática de atos concretos que o desatendem. Considerando os limites subjetivos da lide da ação originária, somente podem questionar a autoridade da decisão nela proferida aqueles que dela fizeram parte, o que restringe, nessa hipótese, a legitimação ativa;

c) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, de incidente de assunção de competência (inciso III) ou de julgamento de recursos de revista repetitivos (§ 5º, II): as hipóteses, aqui, são de alcance bem mais amplo, considerando

que a motivação reside na aplicação indevida ou não aplicação de tese jurídica (§ 4º) firmada em um dos incidentes mencionados. Desde que haja a pertinência objetiva entre a tese firmada e o caso em exame, estará presente a legitimação ativa do sujeito que figure na ação em que se discute a mesma questão jurídica já decidida.

Em todos os casos acima, além dos legitimados indicados, a reclamação também pode ser proposta pelo Ministério Público do Trabalho, repita-se.

No processo coletivo, singular é o tratamento atribuído à legitimação ativa, diante do alcance da decisão nele proferida. Não apenas poderá propor a reclamação qualquer um dos sujeitos legitimados para a propositura da ação coletiva, ainda que não tenha sido autor da respectiva ação e, portanto, não figure como parte no seu polo ativo,<sup>9</sup> como também qualquer um dos sujeitos atingidos pela decisão, interessados maiores na preservação da competência ou mesmo na autoridade da decisão desacatada.

De referência ao sujeito passivo, volta-se a reclamação contra órgão judiciário que age ao arrepio das normas de competência, pratica ato que desafia decisão anteriormente proferida ou nega a força obrigatória de precedente judicial dotado de tal atributo. Por isso, legitimado passivo é órgão do Poder Judiciário, unipessoal ou colegiado, responsável pela situação fática descrita nos incisos do art. 988, que viabiliza o cabimento da reclamação.

Figurará no polo passivo: o juiz de primeiro grau; o desembargador do tribunal; a turma; a câmara; a seção especializada; o órgão especial; ou o tribunal pleno, conforme o caso.<sup>10</sup>

9. RAMOS, Glauco Comerato. Reclamação no Superior Tribunal de Justiça. In.: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 235.

10. Destacado anteriormente o posicionamento adotado por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha

Como a providência também atingirá a parte beneficiada com o ato que se impugna, também é ela legitimada passiva e deve expressamente ser indicada na petição inicial, a fim de que possa ser citada para contestar (art. 989, III, do CPC).

### Interesse de agir

A propositura de qualquer ação judicial acarreta a movimentação do aparato estatal destinado a solucionar os litígios submetidos ao seu exame. Não deve ser alvo de condutas irresponsáveis. Por isso mesmo, deve o autor demonstrar que o processo se faz necessário para obter a providência desejada e que esta é útil para o resultado pretendido. Em outras palavras, cabe-lhe evidenciar que, sem o processo, não há como obter o resultado pretendido, apto a gerar as consequências buscadas, desde que não vedadas no sistema jurídico. Por isso, deve ser examinado sob três dimensões: necessidade, utilidade e adequação.

No caso da reclamação, como se mostra possível ser utilizada – equivocadamente, friso – como sucedâneo de recurso ou ação rescisória, diante da proximidade das situações em que são cabíveis, há que ser investigada com cuidado a presença do interesse. Por isso, deve-se aferir se o autor necessita da reclamação, como instrumento processual próprio para enfrentar as condutas enumeradas no art. 988 do CPC, e se o resultado pretendido lhe favorece.<sup>11</sup>

A doutrina aponta algumas situações que caracterizam a existência (ou não) de interesse, adaptadas ao processo do trabalho: (a) a usurpação de competência pressupõe a prática de ato judicial por autoridade judiciária diversa e incompetente; (b) a

que não reconhecem na autoridade, órgão ou entidade que praticou o ato a legitimação passiva; apenas participa na condição de fonte de prova, ao ser incumbida de prestar informações.

11. MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 126.

discussão em torno da autoridade da decisão exige processo prévio no qual tenha sido proferida; (c) sempre será proposta em face de autoridade judiciária de grau inferior; (d) a decisão que se diz contrariada deve estar apta a produzir efeitos; (e) não cabe de decisão futura.<sup>12</sup>

### Procedimento

O procedimento da reclamação, como detalhado adiante, é bastante simples e, também nesse aspecto, guarda profundas semelhanças com o mandado de segurança,<sup>13</sup> como reiteradamente dito, o qual será analisado a partir das suas etapas ou fases componentes, as quais podem ser divididas em (a) postulatória, (b) de saneamento e instrutória, (c) de julgamento e (d) recursal.

Diante da regência integral do CPC, para que seja válida, a petição inicial da reclamação deve observar os requisitos previstos no art. 319 do CPC. Por se tratar de ação sujeita a normatização própria, não se aplicam as normas contida na CLT, particularmente o art. 840 que disciplina o conteúdo da petição inicial da reclamação trabalhista.

Apesar de voltar-se contra ato praticado contra autoridade judiciária previamente identificada e, por isso mesmo, necessariamente indicada na petição inicial, esta última deve ser dirigida ao presidente do

12. AURELLI, Arlete Inês. Condições da ação para o exercício da reclamação constitucional. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (org.). *Reclamação constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 36-39.

13. Daniel Amorim Assumpção Neves lembra que havia expressa referência à aplicação subsidiária das regras procedimentais do mandado de segurança à reclamação, excluída do texto final, embora reconheça não existir impedimento para que tal ocorra. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Podivm, 2016. p. 1.435.

tribunal ao qual se encontra vinculada. Há previsão expressa nesse sentido (art. 988, § 2º, do CPC).

Isso não significa que seja ele o responsável pela prática do ato indicado na causa de pedir ou pela condução do processo. Apenas será o destinatário da petição e lhe cabe, de imediato, encaminhá-la ao desembargador ou ministro competente, de acordo com as regras próprias, inclusive quanto à prevenção decorrente da exigência contida no § 3º do art. 988 do CPC.

Caso seja dirigida a tribunal incompetente, não é caso de extinção prematura, sem resolução do mérito. De forma analógica, cabe a aplicação da regra prevista no § 5º do art. 968 do CPC, específica da ação rescisória, mas compatível com o princípio da primazia da decisão de mérito que impõe ao órgão julgador, tanto quanto possível, superar óbices meramente processuais para avançar em direção à questão de fundo levada à sua apreciação.<sup>14</sup>

Diz o legislador que deverão constar da petição inicial “os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu” (art. 319, II, CPC). Na essência, os elementos que identificarão, de modo preciso, os sujeitos da demanda, de modo a evitar homonímia ou que seja dirigida a pessoa incerta.

Na reclamação, os elementos indicados acima se referirão ao autor e, no polo passivo, deverá constar a autoridade judiciária ou órgão responsável pela prática do ato, seja ela monocrática (ou unipessoal, na dicção do CPC – juiz ou desembargador) ou colegiado (turma, câmara, seção especializada, órgão

especial ou tribunal pleno), e o beneficiário da decisão impugnada.

De referência à causa de pedir, assinalam Freddie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha que o art. 988 do CPC encerra rol exaustivo de cabimento da reclamação e cada uma das hipóteses nele previstas é suficiente para fundamentar a reclamação. “A cada fundamento típico corresponde uma possível causa de pedir. Cada causa de pedir, na reclamação, não corresponde a cada inciso do art. 988 do CPC, mas, sim, a cada fundamento” e exemplificam: “o inciso III prevê dois fundamentos diversos: (a) a inobservância de enunciado de súmula vinculante; e (b) a inobservância de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade”.<sup>15</sup>

Quanto ao pedido, considerando a sua a classificação em imediato (tutela jurisdicional perseguida pelo autor) e mediato (bem da vida pretendido), na reclamação o primeiro é o “de que seja proferida decisão de caráter mandamental, suficiente para rechaçar a afronta praticada”,<sup>16</sup> ao passo que o conteúdo do segundo é o “de que seja suprimido o desacato, para que tenha eficácia a decisão anteriormente proferida, ou no sentido de que seja aplicada a regra de competência que veio a ser usurpada”,<sup>17</sup> ou ainda para que seja assegurada a observância da tese fixada em precedente da Corte. Para tanto, poderá o tribunal adotar as providências adequadas para a garantia do efetivo cumprimento do preceito condenatório.

Concluída a elaboração, a petição inicial é dirigida ao Presidente do Tribunal (§ 1º do art. 988).

15. DIDIER Jr, Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. 13a ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 540.

16. MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 123.

17. MORATO, Leonardo Lins. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 123.

14. Daniel Amorim Assumpção Neves também compartilha desse posicionamento, embora se limite a invocar a regra legal citada. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Podivm, 2016. p. 1.436.

Este é apenas o seu destinatário, como representante do Tribunal, tendo em vista que o autor pode não mais saber a quem compete o conhecimento da ação, diante de mudanças havidas desde a prolação da decisão desacetada, ou se integra o órgão cuja competência foi usurpada. Não possui, contudo, competência para apreciar a pretensão, ressalvadas hipóteses regimentais em plantões judiciários ou recesso, mas, frise-se, apenas para casos urgentíssimos e que a atuação excepcional se justifique.

Como visto, há expressa previsão legal quanto à exclusividade da prova documental na reclamação (art. 988, § 2º, do CPC). Não há, portanto, a possibilidade de o autor indicar outros meios probatórios, diante da restrição imposta pelo legislador.

Uma vez protocolada a peça primeira, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo em que proferida a decisão, sempre que possível (§ 3º do art. 988). Esta observação final justifica-se em virtude da possibilidade de ele não mais compor o órgão.

Ao examinar a petição inicial, caberá ao relator verificar o preenchimento dos requisitos formais mencionados nos art. 319 e 320 do CPC. Constatando a existência de irregularidades, inclusive quanto aos documentos que devem ser juntados referentes à representação processual (art. 76 do CPC) e ao mérito da pretensão, deverá conceder prazo de quinze dias para que a parte providencie saná-las (art. 321 do CPC), indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Esta exigência constitui novidade do legislador: caberá ao relator da reclamação indicar quais são os defeitos identificados na petição inicial.

A inépcia, por sua vez, será caracterizada se: (a) não houver causa de pedir ou pedido na petição inicial; (b) o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; (c) não se puder extrair conclusão lógica da narração dos fatos contida na petição inicial e (d)

houver pedidos incompatíveis entre si. Todos esses casos possíveis de ocorrer na reclamação.

Apta a petição inicial, ao relator incumbe a adoção de algumas providências tidas como preliminares, para viabilizar o exame da reclamação, previstas no art. 989 do CPC.

A primeira delas é a requisição de informações à autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias. São providências simples que procuram reunir o máximo possível de informações para subsidiar o exame da alegação contida na petição inicial. Observa, todavia, Carlos Eduardo Rangel Xavier – no que está com razão – que a requisição se mostra necessária em se tratando de reclamação ajuizada contra decisão judicial, por não haver sentido lógico quando se trata de impugnação de ato administrativo, exceto se houver outro particular beneficiário do ato impugnado.<sup>18</sup>

A segunda providência a cargo do relator consiste em determinar a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação: novidade do CPC, caracteriza litisconsórcio unitário e necessário, pois a lide será resolvida de modo uniforme para ambos (autoridade e beneficiário pelo ato impugnado) e porque lhe deve ser concedida, de modo insuperável, a oportunidade para que possa exercer o seu direito de defesa.

A defesa limita-se ao objeto da reclamação e podem ser alegados motivos que levem tanto à inadmissibilidade como à improcedência.<sup>19</sup>

Se houver alegação das defesas processuais previstas no art. 337 do CPC, o reclamante deve ser intimado para manifestar-se, a fim de preservar o contraditório, por incidência analógica da regra contida no art. 351 do CPC.

A terceira providência a cargo do relator consiste em, constatada a urgência e a possibilidade de ocorrência de dano irreparável, conceder tutela destinada à suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar que esse último, de fato, ocorra (art. 989, I, do CPC).

Cabe ao autor demonstrar o cumprimento dos requisitos gerais previstos no art. 300: (a) probabilidade do direito, que nada mais é do que a aparência do bom direito, própria das pretensões de natureza cautelar; (b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo: é necessário que haja o fundado receio de que, em persistindo o processo ou a prática do ato usurpador, de desacato ou de desobediência ao precedente, haverá dano ao autor.

É cabível o julgamento liminar de improcedência, previsto no art. 332 do CPC, mais ainda em se tratando de ação de fundamentação vinculada e hipóteses de cabimento taxativamente previstas em lei.

Portanto, o relator pode, liminarmente, julgar improcedente o pedido nela formulado se contrariar: (a) enunciado de súmula, que não seja meramente persuasiva, do STF ou do TST; (b) acórdão proferido pelo STF ou TST em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência do TST ou do TRT, neste último caso em se tratando de matéria em relação à qual não tenha havido precedente vinculante do TST e se trate de reclamação proposta neste último; (d) enunciado de súmula do TRT, desde que não seja de caráter meramente persuasivo, ou seja, tenha sido editada após a vigência do CPC e respeitado o procedimento destinado à formação de precedentes, a fim de que seja dotada de força obrigatória.

A decisão proferida pelo relator comporta impugnação via agravo interno<sup>20</sup> a ser interposto no prazo de oito dias.<sup>21</sup> Se interposto, poderá o relator retratar-se em cinco dias,<sup>22</sup> seguindo-se o procedimento previsto no § 4º do mesmo art. 332: se houver retratação, determinará a citação do réu e a requisição de informações à autoridade responsável pela prática do ato; mantida a decisão, será intimado o beneficiário da decisão para oferecimento de contrarrazões, também no prazo de oito dias.

Apesar de não haver previsão, se necessário, o relator poderá promover a requisição de informações, na hipótese de interposição de recurso, a fim de possibilitar ao colegiado reunir elementos que possibilitem o melhor exame da insurgência do autor.

Oportunizada a formação do contraditório, o CPC consagra no art. 990 a possibilidade de “qualquer interessado” poder impugnar o pedido formulado pelo reclamante. Evidente que essa figura jurídica não se confunde com a “parte interessada” referida no *caput* do art. 988, legitimada para propor a reclamação.

Trata-se de terceiro que possui interesse jurídico em preservar a situação criada a partir do ato tido como usurpador ou atentatório à autoridade da decisão proferida, hipótese característica de assistente simples.<sup>23</sup>

Ao examinar a impugnação apresentada, deverá o relator constatar a existência de pertinência entre o interesse alegado pelo terceiro e a questão debatida, especialmente para identificar se, de fato, pode ele ser atingido, indiretamente, pela decisão que vier

20. Art. 1.021 do CPC.

21. § 2º do art. 1º da IN do TST n. 39/2016.

22. § 2º do art. 332 do CPC.

23. A hipótese de assistência litisconsorcial, reconhecida para quem era atingido diretamente pela decisão impugnada, afirmada pela doutrina, passou a ser contemplada diretamente no inciso III do art. 989 sob a identificação de “beneficiário da decisão impugnada”.

18. XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o novo código de processo civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)*. São Paul: Revista dos Tribunais, 2016. p.116.

19. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 2a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.047.

a ser proferida, ou “necessariamente que o eventual desfazimento do ato reclamado alcance *reflexamente* a esfera jurídica do interessado interveniente”.<sup>24</sup>

Portanto, a expressão “qualquer interessado” comporta restrições para autorizar o ingresso em juízo. Deve ser compreendida como *qualquer interessado, juridicamente, na manutenção dos efeitos da decisão impugnada*.

Também quando da manifestação do terceiro, se houver alegação das defesas processuais previstas no art. 337 do CPC, o reclamante deve ser intimado para manifestar-se, a fim de preservar o contraditório, por incidência analógica da regra contida no art. 351 do CPC e em consonância com o art. 4º do mesmo Diploma Processual.

Concluída a fase de coleta de informações e oferecimento de contestação pelo beneficiário do ato impugnado, com o decurso dos prazos fixados pelo relator, terá o Ministério Público do Trabalho vista dos autos (art. 991), caso não figure como autor. Para tanto, terá o prazo de cinco dias e poderá, nesse interregno, emitir parecer. Nesse aspecto, o Código também resolve antiga querela jurisprudencial a respeito da obrigatoriedade do parecer apenas nos casos em que não figurar como autor.

Decorrido o prazo concedido para manifestação do Ministério Público do Trabalho, segue-se o julgamento da reclamação, previsto na simplória regra do art. 990 do CPC, segundo a qual, julgando “procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia”.

Além de autorizar a cassação, o dispositivo contém comando de natureza ampla, ao assegurar que serão determinadas as medidas adequadas à solução da controvérsia, em absoluta consonância com

a autorização conferida pelo art. 139, IV, do CPC e com a primazia do princípio da tutela específica, permissão também concedida pelo art. 7º, § 2º, da Lei n. 11.417/2006 que, embora se refira à autoridade da súmula vinculante do STF, pode ser invocada supletivamente para determinar o procedimento a ser observado nos demais casos.

Entre os efeitos gerados pelo recurso encontra-se a substituição da decisão impugnada, naquilo em que houver sido alterada. É o denominado “efeito substitutivo”, previsto expressamente no art. 1.008 do CPC, caracterizado se o recurso for conhecido e julgado o mérito, mesmo que confirme a decisão anteriormente proferida.

Apesar de haver referência ao presidente do tribunal, entendo que a competência pertence ao relator, por ser encarregado da direção do processo no tribunal (art. 932, I, do CPC) e porque a adoção das providências decorre de efeito gerado pela decisão proferida pelo órgão cuja autoridade da decisão foi desrespeitada, ou cuja competência foi usurpada ou é responsável pela edição do precedente vinculante, o qual é por ele integrado. Tal previsão consta expressamente no Regimento Interno do TST (art. 216, parágrafo único).

Importante consequência gerada pela propositura da reclamação encontra-se prevista no § 6º do art. 988 do CPC, ao assegurar que o seu exame não depende do conhecimento e julgamento do recurso interposto. Revela a sua autonomia ao mesmo tempo que evidencia a possibilidade de “ataque” simultâneo da decisão de duas maneiras: pelo recurso e pela reclamação, desde que, no caso desta e em se tratando de decisão que aplica o precedente, se observe o prévio esgotamento das instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC).

Essa a primeira interpretação cabível para o disposto no § 6º do art. 988 do CPC, mencionado. De nada adiantaria afirmar que a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica

a reclamação se os efeitos da decisão proferida nesta última não pudessem ser produzidos em virtude de eventual e trânsito em julgado anterior da decisão impugnada, desde que ajuizada antes desse citado fato processual houver ocorrido. Seria o mesmo que dizer que, embora não prejudicada a reclamação, não seria capaz de tutelar a pretensão que embasou a sua propositura, mesmo se procedente.

A possibilidade de desconstituição da decisão impugnada e dos seus efeitos pela decisão proferida na reclamação, ajuizada tempestivamente, foi reconhecida pelo STF, ainda sob a regência do CPC/73 (Rcl. 509, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/1999) e reafirmada em julgados recentes (Rcl. 2.280, 2ª T, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rcl. 10.272, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rcl. 14.056, 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux e Rcl. 14.872, 2ª T, Rel. Min. Gilmar Mendes). Portanto, nem sempre recurso e reclamação seguirão rumos independentes e incomunicáveis, o que restringe a interpretação do citado parágrafo.

Todavia, interposto o recurso, não há prazo para o ajuizamento da reclamação, “porquanto esta, segundo entendimento jurisprudencial do Supremo [...], não tem prazo para seu exercício (o prazo que deve ser rigorosamente observado, portanto, será sempre e apenas o recursal)”.

A ampliação, pelo CPC, do cabimento da reclamação, ao torná-la possível nos tribunais de segundo grau e também para a garantia da observância de precedente, afetou diretamente o sistema recursal aplicável às decisões nela proferidas. Por isso, a definição do recurso cabível, a fim de observar o princípio da unirrecorribilidade, depende de qual tenha sido o órgão julgador, a hipótese de cabimento, o fundamento adotado e ser originada do TRT ou do TST.

Por outro lado, em virtude da forma como se encontram estruturados os Tribunais do Trabalho, Regionais e Superior, a partir da previsão contida na Lei n. 7.701/1988 e nos respectivos regimentos internos, diferentes serão as regras de competência

24. COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et. al. (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.210.

recursal, especialmente quando se tratar de decisões oriundas dos TRTs.

Qualquer decisão unipessoal proferida pelo relator é impugnável por meio de agravo interno, como prevê o art. 1.021 do CPC, seja a que analisa pedido de concessão de tutela provisória, cautelar ou da evidência, seja a que extingue o processo, com ou sem resolução do mérito, diante da prevalência do princípio da colegialidade, próprio da atuação dos tribunais no exercício da competência recursal.

Afasta-se o cabimento de recurso de revista das decisões proferidas em reclamações propostas nos

TRTs, por serem ações de sua competência originária e a regra prevista no *caput* do art. 896 da CLT vincula-o às decisões prolatadas em grau recursal. Não se trata de exercício de juízo revisor, mas a apreciação do caso em instância primeira.

O limite temporal, marco inexorável, para a propositura da reclamação é o trânsito em julgado da decisão. Até que esse fato-processual ocorra, a reclamação pode ser proposta, diante da ausência de prazo para tanto, tal como reconhecido na jurisprudência do STF, capitaneada no enunciado n. 734 de sua Súmula.

Também convém lembrar que o STF fixou entendimento no sentido de que, quando a discussão envolver a aplicação de precedente judicial, o prazo derradeiro para a reclamação ser ajuizada coincidirá com o termo final para a oposição dos embargos de declaração da decisão que julga agravo interno, por não ser possível, caso providos, a interposição de novo recurso ao tribunal superior respectivo (examinou-se em relação ao STJ, mas se aplica ao recurso de revista, pela simetria com o TST) – Ag.Reg. na Rcl. n. 22.306/BA, 1ª Turma, Relator Ministro Luís Roberto Barroso.



## DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

EVANDRO VALADÃO

### 1. Os sistemas de controle judicial de constitucionalidade a partir dos critérios subjetivo (ou orgânico) e formal

Os sistemas de controle judicial da constitucionalidade de atos normativos variam conforme a nacionalidade do ordenamento jurídico, existindo diversas classificações no aspecto, dentre as quais ganham especial relevância a subjetiva ou a orgânica, a que se referem o controle difuso e o concentrado e, ainda, a formal, que diz respeito ao controle incidental e ao principal.

No **sistema difuso**, o poder de controle da compatibilidade do ato normativo com a constituição compete, indistintamente, a todos os órgãos judiciais, como ocorre nos Estados Unidos.

Por sua vez, o **controle concentrado** é exercido por um conjunto limitado de órgãos ou por um único órgão, como o realizado pela Corte Especial austríaca (*Verfassungsgerichtshof*).

Quanto à **classificação formal**, impende registrar que o **controle incidental** é aquele analisado diante de um caso concreto, como questão prejudicial à solução da lide, a exemplo do realizado nos Estados Unidos, que congrega, assim, as modalidades de controle difuso (critério formal) e incidental (critério subjetivo/orgânico).

Já o **controle concentrado** é feito em abstrato, desvinculado, portanto, de um caso concreto, no qual a questão pertinente à constitucionalidade é objeto autônomo da atividade cognitiva judicial, tal qual ocorre na Áustria.

### 2. O sistema brasileiro e a cláusula de reserva de plenário "full bench". STF. Precedentes

Como dito, são diversos e variam de país para país os sistemas de controle de constitucionalidade das leis.

No caso brasileiro, adotou-se um modelo misto ou eclético, permitindo-se o exame da constitucionalidade por qualquer órgão judicial – que se denomina controle difuso – mas também se destinou a um determinado órgão a incumbência do exame de constitucionalidade de ato normativo – e o sistema concentrado.

Em nosso caso, o Supremo Tribunal Federal, para lei ou ato normativo da União ou de Estado-membro; e os Tribunais de Justiça, para norma jurídica municipal tida por incompatível com algum dispositivo da Constituição estadual (art. 125, § 2º da CRFB).

O primeiro, **difuso**, será sempre por via incidental, enquanto o segundo, **concentrado**, por via principal, ou seja, tornando a questão objeto autônomo e exclusivo da atividade cognitiva-jurisdicional.

No Brasil, o controle exercido pela via **principal** é realizado pelo **Supremo Tribunal Federal** em processos de sua competência originária, regulamentado, nos casos de ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) ou de ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADI), pela Lei 9.868/99; ou, ainda, por tribunal estadual, na forma do art. 125, § 2º da Constituição da República de 5 de outubro de 1988 e respectivos regimentos internos.

Lado outro, o **controle difuso**, *incidenter tantum*, poderá ser exercido pelo juiz de primeiro grau, singular, não reclamando disciplina processual específica ou, também, pelo tribunal, residindo, aqui, uma particularidade. Em sua **composição plena (ou por intermédio do órgão especial)** o controle incidental, de igual modo, prescinde de regulamentação.

**Não obstante, quando o controle se** opera por meio de órgão fracionário, conforme disciplinado no art. 97 da Constituição da República, deverá ser respeitada a cláusula de reserva de plenário ("full bench").

O art. 97 da Constituição da República dispõe que "*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*".

Nesse sentido, consoante **José Levi Mello Amaral Jr.** "*trata-se de regra que estabelece um quórum qualificado para o reconhecimento da inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais – regra da reserva de plenário ou regra do full bench*" (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. São Paulo RT: 2002, p.17).

No aspecto, explica a **jurisprudência do STF**, a partir de um caso emblemático, que:

"1. *A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal.* 2. *A cláusula*

de reserva de plenário atua como **condição de eficácia jurídica** da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, também no controle concentrado (CF, art. 97 e SV 10). 3. É nula a decisão de órgão fracionário que, ao negar a aplicação do inciso II, do art. 94 da Lei 9.472/1997, com base na Súmula 331/TST, e declarar ilícita a terceirização e atividade-fim, reconhece a existência de vínculo trabalhista entre a contratante e o empregado da contratada, pois exerceu controle difuso de constitucionalidade, declarando a parcial nulidade sem redução de texto do referido dispositivo sem observar a cláusula de reserva de Plenário. AGRAVO PROVIDO” (ARE 791932, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019).

Diante do exposto, nota-se que o **incidente de arguição de inconstitucionalidade** é específico para este último caso, disciplinado nos art. 948 a 950 do CPC de 2015, e, anteriormente, pelos art. 480 a 482 do CPC de 1973.

### 3. Das considerações iniciais sobre o incidente de arguição de inconstitucionalidade e do seu objeto

Até então denominado pelo CPC de 1973 como “declaração de constitucionalidade”, no CPC de 2015 a arguição ganha nova nomenclatura, a qual já ressalta a natureza jurídica do instituto, como incidente processual.

A propósito, ensinam **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery**, ao comentarem o Código de Processo Civil de 2015, *ipsis litteris*:

**“1. Nova denominação.** O CPC/73 denominava este instituto “declaração de inconstitucionalidade” A denominação dada pelo atual CPC ressalta o fato de que se trata de um incidente do processo – portanto,

parte integrante do controle difuso de constitucionalidade – acentuando a diferença de contexto existente com tal incidente e a Adin. Em sentido semelhante. George Salomão Leite e Rinaldo Mouzalas. Incidente de arguição de inconstitucionalidade. (Macedo. Peixoto Freire. Processo nos Tribunais, p. 85-86)”.

No mesmo sentido, **Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha**, in Curso de Direito Processual Civil, v. 3, p. 836, *in verbis*:

*“Esse incidente não é recurso nem ação autônoma de impugnação nem outro meio de impugnação atípico de decisão judicial. Ele é, ao contrário, uma etapa no processo de criação da decisão e não sua impugnação”.*

Em outra passagem, pontificam os mesmos autores que “o incidente tem por função transferir a outro órgão do mesmo tribunal, a competência funcional para a análise de determinada questão de direito incidental (a inconstitucionalidade da norma), havida como relevante para o julgamento da causa)” (op.cit. p.837).

E é exatamente por isso que o incidente de declaração de inconstitucionalidade, por ser difuso, não pode ser cindido de forma estanque, como se o exame da lei em tese estivesse ou pudesse estar dissociada do caso concreto, o que, decerto, representaria usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvida, portanto, que mesmo o Tribunal Pleno, ou Órgão Especial, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o fará incidentalmente, devendo, tal declaração constituir-se em pressuposto indispensável para o julgamento da ação matriz.

A arguição de inconstitucionalidade constitui **procedimento excepcional** e somente deve ser utilizada quando houver absoluta necessidade do exame da questão de constitucionalidade. É questão prejudicial-constitucional de mérito, ou seja, em que só se permitirá a análise do mérito da demanda principal após a apreciação do incidente de inconstitucionalidade e a declaração de eventual inconstitucionalidade.

### 4. Da oportunidade da arguição do incidente de inconstitucionalidade e da necessária prejudicialidade da quaestio iuris ao exame da causa ou ao julgamento do recurso como premissa indispensável ao julgamento da lide

Segundo o escólio **Pontes de Miranda**, citado por **Barbosa Moreira**, “a arguição pode ser feita a propósito de qualquer recurso que órgão fracionário tenha de julgar, ou de qualquer causa da sua competência originária, ou ainda de matéria obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição. Pouco importa que ela se relacione ou não com o mérito. O que interessa e basta é que a decisão tomada pelo órgão, seja qual for, dependa logicamente de considerar-se ou não constitucional a lei ou o outro ato objeto da arguição” (in comentários ao Código de Processo Civil, 17ª ed. Saraiva, p. 37, São Paulo).

Em tal contexto, por se tratar de um **exame incidental**, a questão de direito, que é **prejudicial ao julgamento da causa ou do recurso**, deve ser **relevante** para o deslinde da controvérsia, sob pena de se fazer um exame em abstrato da norma, usurpando competência do STF.

Sobre o tema, leciona **Luís Roberto Barroso**, citando **Barbosa Moreira**:

“A segunda característica a ser destacada no controle incidental é que **o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é o objeto da causa, não é a providência postulada**. O que a parte pede no processo é o reconhecimento do seu direito, que, todavia, é afetado pela norma cuja validade se questiona. Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. **Por isso se diz que a questão constitucional é uma questão prejudicial: porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal.** (LUIS

ROBERTO BARROSO. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro . Editora Saraiva. Edição do Kindle”.

A título elucidativo, **exemplifica-se** a preocupação com a declaração de inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A, que trata do benefício da justiça gratuita, com redação dada pela reforma trabalhista (Lei 13.467/2017).

Ora, se, no **caso concreto**, não se verificar na **hipótese normativa** “ter obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa” – se tal fato não se verificar no caso concreto, o exame de constitucionalidade do dispositivo, nessa fração posta, será **in abstracto** e, portanto, não passível de apreciação incidental pelo juízo da causa, não consistindo em um bom caso (concreto) para a análise incidental da inconstitucionalidade da norma em questão.

**Em outras palavras, o exame da constitucionalidade da norma no controle difuso, nesse exemplo, só deverá ocorrer se, à vista de crédito existente em outro feito, houver a efetiva condenação em honorários sucumbenciais, sem a suspensão de sua exigibilidade.**

Por isso, à guisa de conclusão, afirma-se que o exame de constitucionalidade da norma só ocorrerá quando imprescindível, indispensável para o julgamento da lide.

##### 5. Da iniciativa e oportunidade para suscitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade e da necessidade de manifestação explícita do órgão fracionário acerca da incompatibilidade da lei ou ato normativo emanado do poder público com a Constituição da República

São legitimados para a arguição do incidente de inconstitucionalidade as partes, autores e réus, recorrentes e recorridos, o Ministério Público – em

qualquer qualidade, seja enquanto parte, seja enquanto **custos legis** –, o assistente – seja simples, seja litisconsorcial – e, também, o relator, o revisor, se houver, ou qualquer dos magistrados componentes do órgão fracionário.

No que toca à oportunidade para a arguição do incidente, registra-se **inexistir preclusão da questão jurídica**, podendo, por isso, ocorrer na exordial, na contestação, em petição avulsa, nas razões recursais, de ofício e mesmo em grau superior de jurisdição, como nos ensina **Barbosa Moreira**.

**É obrigatória a participação do Parquet**, salvo quando houver sido ele quem suscitou o incidente.

Caso a arguição seja feita em sessão, todavia, deve-se abrir prazo para o que Ministério Público se pronuncie, suspendendo-se o julgamento nesse caso.

Assim, no julgamento do incidente, o órgão fracionário deve apontar a inconstitucionalidade da norma, reconhecê-la como inconstitucional, para, a partir daí, suspendendo e cindindo o julgamento do recurso ou da ação originária, proceder à remessa da **quaestio iuris** ao Pleno ou ao órgão especial para a apreciação da matéria pertinente à declaração de inconstitucionalidade da norma.

Logo, não seria adequado que o órgão fracionário, à vista da arguição, e sem se pronunciar explicitamente sobre a inconstitucionalidade, remetesse o exame do incidente ao órgão maior. E assim o é, por uma razão singela. Ora, se cabe ao órgão turmário prosseguir no julgamento da causa se rejeitada a arguição, só haverá suspensão do julgamento, com remessa ao plenário ou ao órgão especial do respectivo tribunal, caso as razões pelas quais se defendeu a inconstitucionalidade tenham sido consideradas pela **maioria simples do órgão fracionário** procedentes.

Por isso, revela-se equivocada decisão turmária que remete a arguição ao órgão maior diante da “provável inconstitucionalidade” ou diante dos “fortes e convincentes argumentos”.

Ratificando o que foi dito, a **manifestação explícita do órgão fracionário pela inconstitucionalidade** do ato normativo é imprescindível à admissibilidade do incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Assim, a submissão da questão constitucional ao Pleno do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, em observância à clausula do “full bench”, insculpida no art. 97 da Constituição da República, deve ser necessariamente precedida da realização do juízo de prelibação pelo órgão fracionário, com o acolhimento da alegação de inconstitucionalidade da norma, pois, na hipótese contrária, isto é, de rejeição da arguição, a turma deve prosseguir no julgamento da causa, não havendo cisão da competência funcional nessa hipótese.

##### 6. Da natureza do incidente. Da cisão da competência funcional. Da vinculação do órgão fracionário ao julgamento da questão de direito incidental relevante para o julgamento da questão principal

O incidente de arguição de inconstitucionalidade é um **incidente processual de natureza objetiva**, no qual a decisão proferida pelo órgão plenário ou especial valerá como **precedente obrigatório** ou “leading case” a todos os demais feitos que digam respeito a mesma questão de direito.

Nessa diretriz, constata-se que o incidente deve ter por **objeto questão de direito incidente relevante para o julgamento da questão principal** e que o julgamento desta **vinculará o órgão fracionário**, incorporando-se ao julgamento do recurso ou da causa como premissa inafastável.

##### 7. Da necessidade da presença da maioria absoluta dos membros do tribunal para o acolhimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, mas não para

a sua rejeição. STF. Precedentes. Da exigência de maioria absoluta de votos para a declaração da inconstitucionalidade da norma em relação a cada um dos fundamentos jurídicos, que devem ser considerados como parcelas heterogêneas que não se somam

Vaticina **Pontes de Miranda** que “o preceito da Constituição Federal, art. 97, não exige, para a validade do julgamento, que deste participem todos os membros do tribunal” (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969), t. III, p. 610).

Explicando melhor, “o indispensável para que se possa deliberar, é que votem juízes em número acima da metade do total” ou seja “qualquer número de votos superior à metade do número total de juízes” (**Barbosa Moreira**, op.cit. p.48).

No mesmo sentido, **jurisprudência do STF**, expressa no **RE n. 100.148**, de Relatoria do **Ministro Francisco Rezek**, julgada em **10.05.1984** pelo Tribunal Pleno e publicada no DJ 29-06-1984 PP-10752 EMENT VOL-01342-07 PP-01305 RTJ VOL-00111-01 PP-00393, segundo a qual “a inconstitucionalidade de lei deve ser proclamada pela maioria absoluta dos membros do tribunal, o que não faz necessária a presença de todos os juízes do órgão colegiado na sessão de julgamento”.

*In verbis*, maiores esclarecimentos sobre a tese **b**, fixada pelo Pretório Excelso e reiterada em 2019, citando doutrina de **Gilmar Ferreira Mendes**, **STRECK**, **Lenio Luiz Streck**, **J.J. Gomes Canotilho** e **Ingo Wolfgang Sarlet**:

[...] A Constituição de 1988 positivou a regra no art. 97, a qual, seguindo a mencionada tradição no direito brasileiro, estabelece que **apenas pela maioria absoluta dos membros do tribunal poderá ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Por maioria absoluta, entende-se a quantidade de votos**

**igual ou superior ao número inteiro acima da metade da totalidade dos membros do tribunal.** Na hipótese de ausência ocasional de membros, por vacância temporária ou por motivos de suspeição ou impedimento, tem-se admitido a convocação excepcional de magistrados de outros órgãos como, por exemplo, prevê o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em seu art. 40.” (**MENDES, Gilmar Ferreira e STRECK, Lenio Luiz. comentários ao art. 97. In: \_\_\_\_; \_\_\_\_; CANOTILHO, J.J. Gomes e SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2828 e 2830**”).

Evidencia-se, portanto, que, após instalada a sessão com o devido quórum para deliberação (que pode ser simplesmente o da maioria absoluta do pleno ou do órgão especial) é que, quanto à declaração de inconstitucionalidade será necessário a **pronúncia**, também pela **maioria absoluta** dos votantes (e se o quórum for mínimo, por todos os votantes), **quanto a cada argumento jurídico**, dado que estes devem ser considerados como “parcelas heterogêneas”, acerca da constitucionalidade ou não da norma examinada.

Com propósito, dizia **Pontes de Miranda** que “não se somam como parcelas quantidades heterogêneas” (op.cit. 591).

Dessa forma, **se os argumentos para a declaração de inconstitucionalidade forem diversos, sem formar o quórum de maioria absoluta em relação a pelo menos um deles, e, mesmo assim, a inconstitucionalidade for declarada, restará violada a cláusula do “full bench”**, prevista no art. 97 da Constituição da República.

No aspecto, encerra **Barbosa Moreira** afirmando que:

“Se o plenário (ou o “órgão especial”) aprecia por diversos fundamentos, já **constantes ou não da arguição**, a constitucionalidade da mesma lei ou do mesmo ato, os votos devem ser tomados e computados separadamente, em relação a cada fundamento. Para ter-se

como declarada a inconstitucionalidade, é preciso que a maioria dos votantes a pronuncie no que tange, pelo menos, a um mesmo dos vários fundamentos. Se alguns dos votantes se pronunciam no sentido da inconstitucionalidade só **pelo fundamento x, e outros só pelo fundamento y**, não se podem somar os votos dos dois grupos para dar como atingida a maioria necessária à declaração. (ob.cit. p.47)”.

Ora, se o órgão fracionário decidir por interpretar a lei escolhendo um viés interpretativo a excluir outras hipóteses de interpretação, afirmando a constitucionalidade da norma desde que adotado um caminho interpretativo; ou afastando a norma para determinadas situações fático-jurídicas – declarando a constitucionalidade da norma desde que não atue em determinada situação fática -, também nessas hipóteses, haverá necessidade de se instaurar o incidente. Não importa se a decisão seja pela constitucionalidade da norma. Se se afasta, se se exclui determinada interpretação ou determinadas situações fático-jurídicas da aplicação da norma, o incidente será sempre exigido nesses casos.

Ainda sobre o tema, veja-se que a Excelsa Corte, em controle abstrato de leis, tem produzido decisões manipulativas de efeitos aditivos ou substitutivos.

A interpretação legislativa pelo controle de constitucionalidade de competência exclusiva do STF gera resultados manipulativos aditivos ou substitutivos quando a corte constitucional avalia a constitucionalidade de certo dispositivo legal, não pelo que expressa, mas pelo que omite, ampliando o texto da lei ou seu âmbito de incidência, ou pela substituição de expressões que, a partir da correção, guardarão conformidade da norma com a Constituição.

Desse ponto de vista, a decisão judicial em instância ordinária, ou mesmo em sede extraordinária, como no Tribunal Superior do Trabalho, em que se expressa uma definição interpretação da norma que amplia sua incidência ou que restringe sua aplicação em determinados casos (factispecie), ou que substitui

em parte o programa da norma, ampliando sua eficácia, consolida uma decisão que utiliza técnicas de controle de constitucionalidade, que são próprias ao controle de constitucionalidade pelo STF ou pelos Tribunais de Justiça, conforme o caso, em controle concentrado, ou ao Pleno ou Órgão Especial de Tribunal, em controle difuso, mas aqui com todas as exigências procedimentais, acaso seja de ação matriz de competência originária dos órgãos referidos ou a eles submetidos pelo incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Sobre as **técnicas de decisão em controle de constitucionalidade**, **Luís Roberto Barroso** assinala, com absoluta precisão, que:

**“5.1. Decisões interpretativas**

*As decisões interpretativas (...) são aquelas que definem o sentido da norma com base em uma interpretação que poderia ser extraída de seu enunciado normativo. Constituem espécies desse gênero:*

*(i) a interpretação conforme à Constituição;*

*(ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto;*

*(iii) a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador; e*

*(iv) a declaração de lei ainda constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade.*

(LUIS ROBERTO BARROSO. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro . Editora Saraiva. Edição do Kindle)”.

Dito de outro modo, qualquer técnica decisória que, de algum modo, **não preserve a constitucionalidade integral do texto legal**, exigirá a instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade. Logo, qualquer que seja a técnica utilizada para preservar o texto legal, não afastará a necessidade do incidente, salvo as técnicas, como a do apelo ao legislador, que não afastam a incidência da norma.

**8. A decisão do incidente de arguição de inconstitucionalidade, embora prejudicial, não forma coisa julgada erga omnes, sendo, pois, irrecorrível. Exceções**

No Capítulo XIII do CPC de 2015, intitulado “DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA”, consta a Seção V (“Da Coisa Julgada”), que traz, nos art. 502 e 503, a definição da coisa julgada material e as hipóteses nas quais a decisão prejudicial fará coisa julgada. *In verbis*:

*“ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.*

*Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.*

**§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:**

*I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;*

*II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;*

*III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.*

**§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.**

Ora, diante da dicção do § 1º, inciso III do art. 503 do CPC de 2015, nota-se que a decisão do incidente de arguição de inconstitucionalidade, embora prejudicial, não forma coisa julgada erga omnes, porque o tribunal não possui competência para resolvê-la como questão principal, sendo, por isso, irrecorrível.

Nessa linha repousa previsão contida no art. 276 do **Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho**, *in verbis*:

*“Art. 276. A decisão que declara imprescindível o pronunciamento do Tribunal Pleno sobre a inconstitucionalidade de lei, de disposição nela contida ou de ato normativo do Poder Público é irrecorrível”.*

Nessa diretriz, manifestou-se **Luís Roberto Barroso**, *in verbis*:

*“Rememore-se, ainda, que da decisão do pleno ou do órgão especial que resolver incidente de inconstitucionalidade não caberá recurso, mas da decisão do órgão fracionário que vier a julgar a causa será interponível, no tocante à matéria constitucional, recurso extraordinário. (LUIS ROBERTO BARROSO. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro . Editora Saraiva. Edição do Kindle)”.*

**É essa a dicção da súmula 513 do STF.** A saber:

*“A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito”.*

Súmula esta elaborada a partir do precedente de lavra do Ministro Luís Roberto Barroso no **RE 528.869 AgR**, a seguir transcrito:

*“Incabível recurso extraordinário de acórdão do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade*

*Agravo regimental em recurso extraordinário. Arguição de inconstitucionalidade. Interposição de recurso extraordinário prematuramente. Impossibilidade. Súmula 513/STF. O acórdão proferido pelo colegiado maior dos tribunais em sede de arguição de inconstitucionalidade é irrecorrível. O recurso extraordinário deve ser interposto contra o acórdão proferido pelo órgão fracionário, o qual completa o julgamento do feito, nos termos da Súmula 513/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. [RE 528.869 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 16-12-2014, DJE 35 de 24-2-2015.]”.*

No mesmo sentido, **Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha**, *ipsis litteris*:

*“A resolução dessa questão (pertinente ao incidente de arguição de inconstitucionalidade) não fica, porém, submetida à coisa julgada erga omnes, já que, embora se trate de prejudicial incidental, o tribunal não tem competência para resolvê-la como questão principal.*

*Exatamente por isso, a decisão do incidente é irreversível, porque ainda não há decisão final.*

*Trata-se, como visto, de decisão sobre uma questão incidente.*

*Recorrível é o acórdão do órgão originário que completar o julgamento.*

*É possível, porém, admitir o cabimento de embargos de declaração para o esclarecimento de alguma obscuridade, para eliminação de contradição ou para a supressão de omissão porventura existente no acórdão que julgar o incidente. (Didier Jr. Cunha. op. cit. p. 841)”.*

No que toca aos **embargos de declaração**, acresça-se que, em virtude de sua **natureza integrativa**, é patente o cabimento de sua oposição em face do órgão prolator da decisão.

Há parcela da doutrina, todavia, dentre eles Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, que sustenta o cabimento de **recurso extraordinário** para o STF contra a decisão que julga o incidente para discutir a tese jurídica sobre a inconstitucionalidade.

Sem embargo, o cabimento direto do recurso extraordinário contra a decisão de prejudicial de inconstitucionalidade parece equivocado, porque resolver a prejudicial não é o mesmo que resolver a causa. Nesse sentido, **José Frederico Marques** (Inst. Vol. IV, p. 265) e **Washington de Barros Monteiro** (Do Recurso Extraordinário, in Justitia, vol. 21, pgs. 27 e 28) **citados por Barbosa Moreira** (op. cit. p. 49).

Quanto ao tema o **STF há muito fixou a tese correta**:

*“A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão que complementa o julgamento do feito (Súmula da Jurisprudência Predominante n. 513). Esse é, na verdade, o único entendimento compatível com o texto constitucional, que se refere à causas decididas em única ou última instância (Barbosa Moreira, op.cit.p.49)”.*

Assim, *“qualquer outro recurso unicamente poderá caber, satisfeitos os respectivos pressupostos, contra acórdão do órgão fracionário que decidir a espécie, pois só com esse acórdão se completará o julgamento do recurso ou da causa, cindido em virtude do acolhimento da arguição” (Barbosa Moreira, op.cit.p.49).*

Para tal, tem-se exigido a juntada de cópia integral do acórdão do pleno ou do órgão especial que haja acolhido o incidente (Ag. Reg. no RE 148.837, de 30.11.1993 e Ag. Reg. no RE 453.744, de 25.08.2006).

9. Do lacônico procedimento para a arguição de inconstitucionalidade no CPC de 2015 (art. 948 a 950). Dos esclarecimentos acerca da admissibilidade da arguição. Das hipóteses nas quais a instauração do incidente é dispensável. Do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (art. 274 a 278)

O CPC de 2015 elencou em apenas três dispositivos (art. 948, 949 e 950) todo o procedimento para arguição de inconstitucionalidade, tendo assim previsto:

#### **“DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

*Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as*

*partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.*

*Art. 949. Se a arguição for:*

*I – rejeitada, prosseguirá o julgamento;*

*II – acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.*

*Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.*

*Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.*

**§ 1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.**

**§ 2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos.**

**§ 3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irreversível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.**

A submissão da questão constitucional ao Plenário desta Corte Superior, em observância à cláusula do “full bench”, insculpida no art. 97 da Constituição da República, deve ser precedida da realização do juízo de prelibação pelo órgão fracionário, com o acolhimento da alegação de inconstitucionalidade da norma, pois, na hipótese contrária, isto é, de rejeição da arguição, a turma deve prosseguir no julgamento da causa.

A exigência constitucional da reserva de plenário – prevista no Art. 97 da CRFB – não implica remessa obrigatória de todo e qualquer processo em que for suscitada a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, mas somente nos casos em que o órgão fracionário acolhe a arguição, ou afasta a aplicação da lei em razão da sua inconstitucionalidade, por se tratar de pressuposto lógico, necessário, imprescindível e incontestado para a decisão de mérito da demanda que esteja sob o crivo do órgão fracionário.

O fato de se realizar o exame de lei em tese, pelo órgão pleno, ou pelo órgão especial, únicos com competência funcional para fazê-lo, não transmuda, não transforma o controle difuso de constitucionalidade em controle concreto e abstrato, de modo que o exame de constitucionalidade possa estar totalmente dissociado do caso concreto que lhe deu origem.

**Marcelo Weick Pogliese**, em dissertação de mestrado sob o título “Fiscalização Difusa da Constitucionalidade e o Incidente de Arguição de inconstitucionalidade” observa que o pleno ou o órgão especial não está obrigado a conhecer do incidente de inconstitucionalidade concretizado pelo órgão fracionário. Confere-se, portanto, ao tribunal pleno ou órgão especial, a prerrogativa de não aceitar o incidente, acaso não corrobore com a análise prévia da plausibilidade e da relevância da questão vindicada (juízo de admissibilidade).

São dois os juízos de admissibilidade do incidente de arguição de inconstitucionalidade. O primeiro realizado pelo órgão fracionário, e o segundo, pelo pleno ou órgão especial, que não estão vinculados do primeiro exame. Posto que o juízo de prelibação seja exercido pelo órgão fracionário, também ao Pleno ou Órgão Especial incumbirá o exame de admissibilidade da arguição, ou seja, se foram preenchidos os requisitos legais para o seu conhecimento a fim de alcançar o meritório.

E, como em todo exame dos requisitos de admissibilidade de um meio impugnativo, recurso ou

procedimento, como o incidente de arguição de inconstitucionalidade, a eventual decisão de admissibilidade por órgão a quo ou juízo que tiver a função de dar seguimento ao meio impugnativo não vincula o órgão ad quem ou aquele que por lei seja funcionalmente competente para decidir sobre o tema posto. Em nosso sistema recursal, por exemplo, é o que efetivamente acontece, consoante o art. 1030 do CPC de 2015.

Assim, uma corte superior não está adstrita ao juízo de admissibilidade da corte a quo, na sistemática recursal.

Não se está aqui dizendo que a arguição de inconstitucionalidade tenha natureza recursal, e sim que a mesma lógica deve ser aplicada, visto que a uma primeira etapa do processo decisória pelo Órgão fracionário se seguirá uma outra com funções específicas (reserva de plenário), mas que não retira deste último órgão o exame por completo de todas as etapas em que passa um incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Aliás, como alerta magistralmente **Daniel Amorim Assumpção Neves**, *in* Manual de Direito Processual Civil, nem sequer estão vinculados à suas decisões os juízes que participaram do julgamento no órgão fracionário. A saber:

*“Os juízes que participam do julgamento do incidente no órgão fracionário não estão vinculados às suas decisões no momento de julgarem o incidente no tribunal pleno ou órgão especial, não havendo nesse caso preclusão a atingir o entendimento desses magistrados”.*

No que toca às hipóteses que revelam a desnecessidade da submissão ao plenário ou ao órgão especial do incidente de arguição de inconstitucionalidade, o parágrafo único do art. 949 do CPC de 2015 registrou que *“os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.*

Justamente por isso, e ainda quanto ao que dispõe o art. 926 e, mais especificamente quanto ao previsto no inciso V do art. 927 do CPC, uma vez declarada a inconstitucionalidade ou rejeitada a arguição, não haverá mais razão para novo enfrentamento.

Afinal, o art. 927, inciso V, ao determinar que os juízes e tribunais observarão as orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, reforça o objetivo a ser alcançado pelo legislador, de um sistema íntegro e coerente, no qual o concretizador da norma decida o *“novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual os capítulos passados devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência”*, como vaticina **Humberto Theodoro Jr** (*in* Novo CPC – Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 287).

**Todavia, reforçando a natureza incidental do instituto, um ponto interessante: caso, por alguma razão, haja a extinção do processo sem resolução do mérito ou a anulação de atos processuais com o retorno do processo à fase anterior à arguição, será possível uma nova apreciação no próprio processo em que se originou a primeira arguição de inconstitucionalidade ou em outro processo, não estando o tribunal vinculado à decisão já proferida.**

Outrossim, uma nótula se faz cabível. O Supremo Tribunal Federal tem rejeitado a tese de que é possível retirar a eficácia normativa de uma lei (afirmando que é “natimorta”) diante de decisão da Corte sobre a inconstitucionalidade de lei posterior que venha a repetir o mesmo texto ou o mesmo programa normativo, ainda que verificável a mesma ratio decidendi da declaração de inconstitucionalidade anterior.

Por isso, diante de uma lei nova, por mais que se repita o texto normativo já reconhecido como inconstitucional pelo STF, haverá necessidade de uma nova declaração de inconstitucionalidade com os

ritos pertinentes, devendo ensejar novo incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Importante dizer, ainda, que, uma vez admitida a arguição, **a técnica de resolução é a mesma para o controle em abstrato.**

Como nos mostra **Didier Jr. e Carneiro da Cunha** “trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou da ADC)” (ob.cit. p.840).

No aspecto, esclarece **Barbosa Moreira**:

“Dentro dos limites em que lhe caiba apreciar a prejudicial, contudo, é **plena a cognição do tribunal**, quer no exame da admissibilidade da arguição, que não fica precluso, quer, de mérito, no exame da constitucionalidade. Não está o plenário (ou o órgão especial) adstrito aos fundamentos indicados na arguição, isto é, a verificar a compatibilidade entre a lei ou o outro ato e a determinada regra (ou as determinadas regras) da Constituição, com que o arguente afirma existir conflito. A arguição pode ter-se fundado na alegada incompatibilidade entre a lei ou ato e a regra x, e o tribunal declarar inconstitucional uma ou outro por incompatível com a regra y. Não há que cogitar de vinculação do tribunal a uma suposta causa petendi até porque a arguição não constitui “pedido” em sentido técnico, e as questões de direito são livremente suscetíveis, ex officio, pelos órgãos judiciais, na área em que lhes toque exercer atividade cognitiva. (ob.cit. p.47)”.

Das premissas expostas importa avançar no tema.

Ora, dada a sua natureza lacônica, incumbiu-se ao Regimento Interno dos Tribunais pormenorizar as regras do aludido procedimento.

No âmbito do TST, tais disposições vieram trazidas nos art. 274 a 278, *ipsis litteris*:

“TÍTULO V

DAS OUTRAS ESPÉCIES DE PROCESSOS

CAPÍTULO I DO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE

## LEI OU DE ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO

*Art. 274. A arguição de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público, em controle difuso, poderá ser suscitada pelo relator, por qualquer Ministro ou a requerimento do Ministério Público, no curso do julgamento do processo nos órgãos judicantes da Corte, após concluído o relatório.*

*Art. 275. Suscitada a inconstitucionalidade e ouvidos o Ministério Público do Trabalho e as partes, será submetida à apreciação do colegiado em que tramita o feito, salvo quando já houver pronunciamento do Tribunal Pleno ou do próprio Supremo Tribunal Federal sobre a questão.*

**§ 1º Rejeitada a arguição, prosseguirá o julgamento.**

**§ 2º Acolhida a arguição suscitada perante o Tribunal Pleno, a matéria será submetida de imediato à apreciação.**

**§ 3º Acolhida a arguição suscitada nos demais órgãos judicantes da Corte, os autos serão remetidos ao Tribunal Pleno.**

*Art. 276. A decisão que declara imprescindível o pronunciamento do Tribunal Pleno sobre a inconstitucionalidade de lei, de disposição nela contida ou de ato normativo do Poder Público é irrecurável.*

*Art. 277. O incidente será distribuído por prevenção ao mesmo relator originário, devendo os autos ser oportunamente encaminhados ao Presidente do Tribunal para designar a sessão de julgamento.*

**§ 1º O relator mandará ouvir o Procurador-Geral do Trabalho, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, bem como, se for o caso, determinará a notificação da pessoa jurídica de direito público responsável pela edição do ato questionado para que se manifeste, em igual prazo.**

**§ 2º O Tribunal Superior do Trabalho dará publicidade à instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade, a fim de permitir eventual intervenção dos legitimados referidos**

**no art. 103 da Constituição da República, ou de outros órgãos ou entidades, na condição de amicus curiae, mediante sua inclusão no Banco Nacional de Jurisprudência Uniformizada (BANJUR), disponível na rede mundial de computadores.**

**§ 3º As intervenções previstas no § 2.º serão permitidas dentro do período de 30 (trinta) dias úteis, contados da publicação da decisão de que trata o artigo anterior, a qual deverá indicar a lei ou o ato normativo objeto do incidente e a possibilidade de intervenção.**

**§ 4º A manifestação dos outros órgãos e entidades de que tratam os parágrafos anteriores poderá ser admitida pelo relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por decisão irrecurável.**

*Art. 278. Os procedimentos relativos à remessa do processo ao Tribunal Pleno, à distribuição e ao julgamento da arguição de inconstitucionalidade são regulados pelas normas gerais estabelecidas a respeito neste Regimento.*

*Art. 279. A decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público, observadas as exigências regimentais, motivará a edição de súmula e será observada tanto no acórdão do órgão julgador originário que julgar o processo no qual o incidente foi suscitado quanto em todos os demais feitos em trâmite no Tribunal que envolvam a mesma questão de direito, nos termos do art. 927, V, do CPC”.*

## 10. A competência para julgamento de futura ação rescisória

Segundo o escólio de **Egas Dirceu Moniz de Aragão**, a competência para processar e julgar a ação rescisória de acórdão que teve, inicialmente, para o julgamento da questão principal, sua competência cindida, para que, preliminarmente, fosse realizado o julgamento de questão de direito incidental pertinente à inconstitucionalidade de dispositivo prejudicial à análise da questão principal pelo pleno ou órgão especial, será do tribunal que tiver

competência para rescindir decisão proferida pelo colegiado maior. *In verbis*:

*“Considerando ser: a) subjetivamente complexo o julgamento que, observado o disposto no art. 97 da Constituição Federal, aprecia questão constitucional; e b) incidível o objeto do juízo no julgamento da ação rescisória, de tal modo que não pode caber a mais de um tribunal, ipso facto não pode caber a mais de um órgão do tribunal; a conclusão é uma só: a competência em tal hipótese é do órgão maior. Para tal efeito é irrelevante que haja sido ou não declarada a inconstitucionalidade. Se não o for, à sua desconstituição. Por exceção que confirma a regra, poderá acontecer de*

*o pedido ferir apenas a parte final do julgamento, de tal sorte que, mantido o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade, a rescisão vise tão só a algum aspecto do próprio epílogo do julgamento, no órgão fracionário em que se iniciara. Nesse caso será atingida unicamente a conclusão do julgamento, apenas a manifestação do órgão fracionário a completa-lo, sem afetar por qualquer modo a declaração proferida no órgão plenário. Afora tal hipótese, porém, somente o órgão maior poderá conhecer da ação rescisória e julgá-la visto que, não competindo ao órgão menor rescindir julgado do órgão maior poderá conhecer da ação rescisória e julgá-la visto que, não competindo ao órgão menor rescindir julgado do*

*órgão maior, o pronunciamento deste último permanecerá hígido, por ser imune à rescisão perante órgão inferior, funcionalmente incompetente.* (ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu de. Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal.” Estudos em Homenagem a Luiz Machado Guimarães. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1997. P. 150)”.

Em outras palavras,, apenas e tão somente caso a rescisão diga respeito a um aspecto do julgamento que não afete a declaração proferida pelo órgão plenário ou especial é que essa regra de competência do órgão maior não será observada.



## DISTRIBUIÇÃO CONVENCIONAL DO ÔNUS DE PROVA

GISELE FERNANDES GÔES

### 1. Introdução: o novo modelo de gestão probatória processual

A Constituição da República não prevê expressamente o direito à prova, contudo esse é extraído das garantias do contraditório e ampla defesa com o emprego de todos os recursos e meios a ela inerentes (art. 5º, inciso LV). O que se depreende da mensagem do texto constitucional é que apenas basta para o caminho probatório que ele seja aberto, sem a clausura de tipicidade de meios, vigorando no sistema pátrio o perfil da atipicidade probatória.

Também se deve salientar que a CRFB não se preocupou em criar um dispositivo legal que tivesse o condão de vincular a obtenção da prova só a um destinatário, ou seja, o magistrado, pois o que importa é sedimentar somente o direito à prova.

O Código de Processo Civil revogado, logicamente erigido, sob o fundamento de outra Constituição, não alcançou a plenitude do que se poderia denominar de “despersonalização ou despersonalização”, quanto ao destinatário do direito à prova, porque, antes, vivenciava-se a lógica do Estado-Juiz, portanto, os atos voltados ao juízo sob uma estrutura processual triangular<sup>1</sup> em que o juiz estava acima das partes e equidistante delas e tudo que gravitava na órbita do processo devia ser direcionado ao juízo.

O atual CPC se impôs o desafio da mudança e adotou imediatamente com o capítulo das normas fundamentais processuais uma nova perspectiva, com a inserção de um paradigma dialógico, de

1. Brasil adotou majoritariamente a visão triangular, contudo havia os que defendiam a teoria angular.

postura cooperativa (artigo 6º), sem geometrizar o processo, como outrora e, ao contrário, linearizou-se, com o propósito de igualar todos os sujeitos processuais, especialmente, como destinatários da prova.

A pluralidade dos destinatários da prova, sejam as partes, juiz ou inclusive terceiros<sup>2</sup>, leva à conclusão de que a sua função de exercitar influência na convicção do juiz não é mais a única e o campo do processo se estende cada vez mais, em prol da democracia.

A essência dessa multifuncionalidade é estar projetada, não só ao momento da teoria da decisão, mas sim ao caráter de que a construção da *ratio decidendi* sobre aquele conjunto probatório não fica circunscrita aos limites daquele processo apenas, ela extravasa e atinge outros para a concretização do valor isonomia e, vale ressaltar, alcança não só os processos judiciais, como os administrativos, fortalecendo-se no Brasil um discurso de unidade. A gestão probatória, em sendo assim, permeia a integridade do sistema jurídico nacional.

### 2. Teoria geral do ônus de prova

O ônus de prova é a carga da prova, a pesagem necessária para que se desenvolva a teoria da decisão de modo válido, no que tange aos fundamentos determinantes do julgamento, em virtude de conceder

o suporte necessário a esse momento processual<sup>3</sup>, em função da análise dos elementos da demanda (pedidos e causa de pedir) em conformidade com o arcabouço probatório.

A distribuição dos ônus no CPC revogado sempre prevaleceu dentro de uma visão estática, configurando-se um denominado ônus de prova subjetivo, cujo atributo é das partes e, por isso, ao autor compete a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, prestigiando-se o efeito dispositivo. O que se perguntava sempre é se era suficiente essa distribuição...

Por conseguinte, a doutrina brasileira<sup>4</sup> começou a investir no estudo do ônus de prova objetivo, traduzido no artigo 130 do CPC/73, constituindo-se o fenômeno do poder instrutório do juiz, de coloração inquisitiva, determinando ao magistrado a realização de provas *ex officio*, posto que ele seria o único e exclusivo destinatário da prova.

A distribuição dos ônus de prova sempre adquiriu a feição de regra de procedimento, todavia Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior<sup>5</sup>, com base no direito alemão, aprofundaram o estudo e passaram a afirmar que a regra da distribuição dos ônus de prova, nos moldes do artigo 333 do extinto CPC era uma norma de julgamento, resultando que

2. Enunciado 50 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC que “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”

3. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2002.

4. Por todos, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. SP: RT, 1991. *passim*.

5. *CPC comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 798.

somente deveria ser aplicada, quando ausentes as provas no processo, porque o magistrado precisaria socorrer-se de uma regra que distribuisse os ônus e ele pudesse aferir quem o deveria ter exercitado e não o fez, decidindo pela procedência ou improcedência do pedido, materializando-se, assim, a vedação do *non liquet*.

Com a dicotomia entre ônus de prova subjetivo e objetivo, ampliou-se o instituto e ainda havia a distribuição convencional entre as partes, contudo não era o primeiro foco da lei processual civil passada, tanto é que dispôs sobre quando a convenção seria nula e não acerca da sua caracterização genérica<sup>6</sup>.

Em 1990, adveio o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078) e se abordou ainda mais no Brasil a questão da distribuição dos ônus de prova, pois se inseriu no ordenamento a inversão do ônus, mas julgada à vulnerabilidade do consumidor<sup>7</sup> e, lamentavelmente, foi edificada uma grande celeuma doutrinária que, logicamente, tornou-se jurisprudencial a respeito do momento processual de aplicação da inversão judicial dos ônus de prova. Formaram-se duas correntes a respeito do assunto: a primeira na defesa de que não havia momento, porque não era regra de procedimento, mas de julgamento; e a segunda corrente se

posicionou, no sentido de que se devia aplicar a inversão do ônus da prova no saneador<sup>8</sup>.

Já significava um avanço, entretanto, a doutrina<sup>9</sup>, ainda sob a égide do CPC/73, importou a teoria dinâmica de distribuição do ônus de prova, sendo que a jurisprudência passou a incorporá-la, no rumo de que o que estivesse em melhores condições de produzir a prova, é que deveria agir nesse direcionamento<sup>10</sup>.

E o CPC atual?

O CPC manteve as linhas originárias da distribuição do ônus de prova, quanto ao sentido estático, em seu art. 373<sup>11</sup>, porém, dimensionou o instituto em tela de modo muito mais amplo, especialmente na dinamização do ônus da prova e distribuição convencional. Quanto ao ônus de prova objetivo,

6. Art. 333 O ônus de prova incumbe: I – *omissis*; II – *omissis*. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I- recair sobre direito indisponível da parte; II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
7. Artigo 6º, inciso VIII São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; e Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VI – estabeleçam inversão do ônus de prova em prejuízo do consumidor.

8. Primeira corrente defendida por Rosa Nery e Nelson Nery Junior extraída do *CPC comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 798 e a segunda por SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 81-86
9. Em 2009, Suzana Santi Cremasco já defendia a distribuição dinâmica pelo método de interpretação sistemática e principiológica dos dispositivos do CPC e, inclusive chamava a atenção para a consagração da teoria no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos, em seu art. 11, § 2º, que trabalhava com a inversão judicial do ônus de prova, quando verossímil a alegação ou segundo as regras ordinárias da experiência ou quando a parte fosse hipossuficiente. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. Itens 4.1, 4.2 e 4.3.
10. As raízes dessa teoria estão na Argentina, Espanha e Uruguai, liderando o jurista argentino Jorge W. Peyrano. *Las cargas probatorias dinámicas*. www.fae-proc.org/wpcontent/uploads/2016/02/Rosario\_34.pdf. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.
11. Art. 373. *O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

disposto no art. 370<sup>12</sup> do CPC, vale destacar que ele foi reforçado no seu núcleo fundante, visto que não se trabalha mais o exercício de um poder instrutório do juiz, mas sim de um dever instrutório do magistrado.

Nessa seara, o fenômeno processual do ônus probatório deixa de ser centralizado, sob o argumento de uma regra fixa, rotulada para todos os procedimentos, sem visualizar as especificidades de cada um no caso concreto. Desloca-se essa circunstância para a abertura do sistema processual via dinamização do ônus, rompendo-se a lógica formal, trabalhando-se o casuísmo, à medida em que são avaliados os casos concretos, nas suas particularidades, em uma nítida postura de incorrência da prática da proporcionalidade.

A dinamização do ônus da prova pode ser: legal, judicial ou convencional.

A distribuição dinâmica legal é a que decorre *ope legis*, ocasionando presunções de existência ou veracidade, cujo eixo de inversão legal se embasa nos termos do artigo 374, IV<sup>13</sup>, do CPC. À guisa de ilustração, tem-se o art. 232<sup>14</sup> do Código Civil que prescreve a presunção relativa, quanto à recusa de submissão à perícia médica.

No que pertine à distribuição judicial, a lei consumerista inaugurou a inversão como uma faculdade judicial e localizada nos parâmetros dos pressupostos indicados.

12. Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.
13. Art. 374. Não dependem de prova os fatos: IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.
14. Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Com propriedade, o CPC, em seu § 1º do art. 373<sup>15</sup>, inovou nessa senda da dinamização judicial, em virtude de que ela se propagou para toda e qualquer causa.

Certamente, a circunstância da generalização da dinamização judicial se consolida em determinados requisitos peculiares alternativos, como: impossível ou excessivamente difícil cumprir o encargo na forma estática; ou maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Além dos requisitos específicos, a decisão judicial de dinamização deve apresentar os requisitos genéricos concomitantes: fundamentação e garantia prévia de contraditório.

Na rota final, a dinamização judicial não pode ter lugar, caso crie encargo para parte impossível ou excessivamente difícil, consoante estatuído no art. 373, § 2º<sup>16</sup> do CPC.

Deve ser ressaltado que, no CDC, não se tinha a solução quanto ao momento de inversão, como se redigiu acima e havia discrepância doutrinária e jurisprudencial, todavia, agora, o art. 357, inciso III<sup>17</sup>, do CPC exige que o juiz, na fase de saneamento,

manifeste-se acerca da dinamização da distribuição da prova, evitando-se a decisão-surpresa.

### 3. Negócios jurídicos processuais

Antes de se ingressar no tema propriamente dito da distribuição convencional dos ônus de prova, faz-se necessária a análise do tema do negócio jurídico e sua introdução no âmbito processual.

Marcos Bernardes de Mello é referência na teoria do fato jurídico e conceitua negócio jurídico como “o fato jurídico, cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites pré-determinados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”<sup>18</sup>.

Já o fato processual é o “fato jurídico que adquire o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento, atual ou futuro<sup>19</sup>.”

Dessa feita, todos os fatos jurídicos processuais estão para o processo, entretanto nem todos estão para o curso regular do procedimento, sendo importante frisar que podem vir a incidir no procedimento pendente ou futuro, como a opção convencional do foro<sup>20 21</sup>.

Para Antonio do Passo Cabral, o negócio jurídico processual é “o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica. São, em geral, declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas no ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”<sup>22</sup>.

Unindo as pontas do negócio jurídico ao fato jurídico processual, o negócio jurídico processual é o fato jurídico de projeção de efeitos para o processo com exercício de manifestação de vontade, traduzida no binômio da escolha da categoria jurídica associada ao plano da eficácia da relação jurídica.

#### 3.1 Fundamento das convenções processuais

O legislador do CPC tinha duas opções de ideologização do paradigma processual: adoção de uma conduta ativista, com prevalência do campo publicístico ou uma garantista de tendência privatística.

O “terreno” processual foi atermado sob a vertente da autovinculação, autodeterminação e autonomia da vontade, por conseguinte, na trilha do mundo privado, do respeito à escolha das partes.

Vivenciou-se por muito tempo o domínio do público sobre o privado, cujos fatores foram de diversas sortes como, por exemplo, em razão da questão pedagógica, com o isolamento do Direito Processual como ramo do Direito Público<sup>23</sup> ou uma outra ra-

geiro em contrato internacional) e 63 (eleição de foro pelas partes na competência em razão do valor e do território) do CPC. O Brasil aperfeiçoou a questão da eleição de foro, porque é uma tendência no direito internacional, citando os EUA com as cláusulas de *forum selection clause*.

22. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 48-49.

23. Vale recordar a Escola de Direito Processual que predominou no Brasil liderada por Oskar Bülow, no rumo de que o processo é relação jurídica de direi-

15. Art. 373, § 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

16. § 2º *A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.*

17. Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: III – definir a distribuição do ônus da prova.

18. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 245.

19. DIDIER Jr., Fredie e NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 31 e também DIDIER Jr, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 377-378.

20. Nesse rumo, DIDIER Jr, Fredie. *Idem ibidem*.

21. Art. 25 (cláusula de eleição de foro exclusivo estran-

ção, no seio da perspectiva político-econômica, com a era do Estado Providência, o Estado Social, onde as suas linhas foram assentadas sob a lógica de uma conduta intervencionista, de gerenciamento de programas, direitos sociais, econômicos, engessando o autorregramento das partes.

A insuficiência desse modelo era questão de tempo... O sistema processual não se faz como sistema processual, porque detém caracteres, como indisponibilidade, inderrogabilidade, irrenunciabilidade de direitos e atuação *ex officio* por parte do magistrado!

O magistrado está para o processo, representa o Estado, mas o espaço é das partes, os direitos e deveres em análise são delas.

Como expõe Antonio do Passo Cabral, com esteio no direito alemão, o juiz atua nos espaços somente que as partes não tenham atuado<sup>24</sup>.

No Brasil, a situação sempre foi muito tímida<sup>25</sup>, por alguns dos fatores citados anteriormente, primordialmente do Estado Intervencionista e o rótulo de que o processo não é o local apropriado para um exercício amplo de autocomposição de direitos. Por isso, tanto o CPC/39, quanto o de CPC/73 dispuseram residualmente as hipóteses de negociação processual, de porte taxativo, como as de convenção de prazos dilatórios, suspensão processual, ônus de prova e eleição de foro. Quanto a esta última, inclusive inserida nos contratos, extrajudicialmente e de

natureza privada, apesar de ser a *ratio* de um instituto de viés público, qual seja a competência.

Com o CPC<sup>26</sup>, resolveu o legislador alargar o argumento da negociação e caminhar para o do convencionalismo atípico, estatuindo só algumas diretrizes gerais, deixando a criatividade para o *locus* das partes e/ou terceiros da relação jurídica<sup>27</sup>.

As diretrizes da cláusula geral de negociação atípica estão vinculadas a direitos que admitam autocomposição, ou seja, versando sobre direito material ou acordos de procedimento que podem ser antes ou durante o processo, daí a classificação em negócios processuais ou pré-processuais e também em típicos ou atípicos.

Cada vez mais se firma no ordenamento jurídico pátrio a extensão da força do privado sobre o público no tratamento da gestão processual, sejam cláusulas dispostas já em contrato ou no interior do processo. A própria lei da mediação<sup>28</sup> expõe a ne-

cessidade do próprio Erário agir assim, inclusive em áreas de interesse público.

A falência do padrão público exclusivo está associada à ruptura de uma falsa premissa de que o processo somente pode ser de carga inquisitiva e que não cabe convenção processual que altere norma procedimental e, como consequência, o magistrado é quem exercita essa autoridade acerca do espaço do processo.

O dogma foi rompido, pois um sistema jurídico que funcione harmonicamente e de modo íntegro precisa abonar os dois elos – o dispositivo e inquisitivo – o público e privado, sem promover uma cisão sem justificativa.

O papel do juiz não se “apequena” ou se esvazia com o modelo convencional das partes, ao contrário, fortifica uma gestão processual compartilhada, dialogada e de conciliação entre os espaços sem se estabelecer qualquer parâmetro de desigualdade, como

to público e a autoridade central, única e exclusiva é do Estado-Juiz. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Rosas Lichtshein. Lima: Aara, 2008.

24. Cabral. op. cit. *passim*. Sobre o assunto, especialmente o capítulo 2.

25. Com a maestria de sempre, José Carlos Barbosa Moreira já na década de 1980 refletia sobre o tema, apesar do hiato doutrinário. *Convenções das Partes sobre Matéria Processual*. In *Temas de Direito Processual*. 3ª série. SP: Saraiva, 1984.

26. Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

27. Por exemplo, nos EUA, tem-se negócio jurídico processual até para escolha contratual do direito aplicável (*choice of law*).

28. Lei 13.140. Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de

resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. § 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado. § 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. § 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial. § 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo. § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

já foi uma marca registrada de décadas, sob o perfil publicista.

A negociação processual ou extrajudicial facilita a administração judiciária, reunindo técnicas, possibilitando medidas de acesso à justiça. A rigidez procedimental aliena, insula, quebra a união de esforços comuns em torno da primazia do mérito e repele qualquer tentativa de auxílio das partes em uma co-gestão processual, deixando o magistrado sozinho na difícil tarefa de julgar sem alocação confortável de recursos no Poder Judiciário e, portanto, de caos estrutural.

O juiz se torna mais forte, respeita o espaço da convenção processual, desde que ela seja válida e admissível, por conseguinte, o magistrado continua com seu poder de controle, participando.

### 3.2 Distribuição convencional dos ônus de prova

A distribuição do ônus probatório nos moldes negociais realizada pelas partes não é novidade no CPC, posto que já era disposta no parágrafo único do art. 333<sup>29</sup>.

Nessa toada da abertura do sistema pátrio ao convencionalismo, leia-se, o atípico, o CPC robusteceu o negócio processual típico relativo à distribuição convencional do ônus de prova e foi buscar inspiração no direito italiano, sobretudo no direito civil.

O art. 2698 do CC italiano prescreve a nulidade dos pactos de inversão do ônus de prova ou de modificação, quando são indisponíveis ou tornam excessivamente difícil o exercício do direito<sup>30</sup>.

29. Vide nota de rodapé 7.

30. Art. 2698. Codice Civile Italiano. Patti relativi all'onere della prova. Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

O CPC acompanhou a mesma lógica do direito italiano e revigorou em seu art. 373, §§ 3º e 4º<sup>31</sup> a distribuição dinâmica convencional, ou seja, decorrente de acerto entre as partes (negócio jurídico de natureza processual), antes ou durante o processo.

Fredie Didier Jr. antecipou essa problemática, quando escreveu acerca do assunto no Editorial 153 em 2012 e concluiu que não haveria razão alguma para impedir esse tipo de negócio jurídico processual em um procedimento atual ou futuro<sup>32</sup>.

As partes podem, no momento de celebração de um contrato, à título de exemplificação, instituir uma cláusula sobre a distribuição do ônus de prova de determinado fato, seja jurídico ou relativo a negócio jurídico ou extracontratual; seja lícito ou ilícito<sup>33</sup>.

Seja judicial ou extrajudicial, o negócio jurídico processual instala a autonomia privada, entretanto, dentro de um panorama dialogal, em que se deve observar que o magistrado possui um papel vital, não apenas de controle ou de repressão, como compreendem determinados doutrinadores<sup>34</sup>, mas essencialmente de estimulador à solução autocompositiva e até, eventualmente, como sujeito participante da convenção, como leciona Robson Renault Godinho<sup>35</sup>.

31. *§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:* I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. *§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.*

32. Editorial 153, de 17.09.2012. www.frediedidier.com.br (acesso em 07.02.2017).

33. Nesse sentido, DIDIER Jr, Fredie. Editorial 153. *Idem ibidem*.

34. Nesse viés, CABRAL, Antonio do Passo. Op. Cit. Capítulo 4; e MACEDO, Lucas Buriel de e PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, n. 241, p. 484-485. SP: RT, fevereiro/2015.

35. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. SP: RT, 2015. p. 228

Acrescenta-se ao raciocínio de Robson que é o aqui esposado que, a se crer que o juiz pratica só uma função de controle e *a posteriori* de natureza jurídica repressiva, exprime que não existe a agregação de valores, o mundo do público não casa com o privado e permanecem apartados, sendo que, em cada caso, emergirá um em detrimento do outro. Então, questiona-se: onde resta a coesão? Unidade? A relação jurídica processual perdura com a visão triangular e não linear, sem hierarquizações? E, mais grave que se afigura, há lugar para a cooperação no tipo de concatenação exteriorizada, a qual se ergueu como pilar e norma fundante do sistema processual brasileiro? Acredita-se que não e, lamentavelmente, nega-se a estrutura cooperativa.

#### 3.2.1 Elementos de existência, validade e eficácia da distribuição convencional do ônus de prova

A distribuição convencional do ônus de prova é um fato jurídico processual no seio do instituto do negócio jurídico processual e tem como esteio de elemento de existência a manifestação ou declaração de vontade de uma ou ambas as partes e, por meio dela, irradiam todos os outros elementos dessa convenção, os quais são a validade e eficácia.

A convenção processual sobre ônus de prova existe, porque condensa vontade da (s) parte (s). E a vontade precisa ter dois elementos que a preenchem: 1) a existência de um poder de determinação e regramento da categoria jurídica atinente à distribuição do ônus probatório<sup>36</sup>; e 2) referência a um processo<sup>37</sup>.

36. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano da Existência. *Revista de Processo*, n. 148. SP: RT, junho 2007. p. 312.

37. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 152-162.

Nos elementos de validade e eficácia no interior da convenção sobre ônus de prova, não se pode recusar os requisitos genéricos do art. 104 do CC pertinentes aos atos jurídicos, que são: agente capaz (capacidade de ser parte e processual); objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei<sup>38</sup>. Isso decorre da interpretação que já foi ventilada antes, quanto ao negócio jurídico processual como uma espécie de negócio jurídico e, logicamente, não podendo ser desvinculado da lei material. O casamento é inevitável e o negócio jurídico processual quanto à distribuição dos ônus probatórios deve ser interpretado de modo restritivo, como impõe o CC em seu art. 114<sup>39</sup>.

Indubitavelmente, incidem os requisitos específicos de validade e eficácia da convenção do ônus probatório que vão estar vinculados ao que a norma processual prevê: convenção só pode acontecer, versando sobre direito disponível da parte e que não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O primeiro limite é concernente à disponibilidade do direito. Se o direito for indisponível, veda-se a distribuição convencional do ônus.

O conceito de indisponibilidade do direito sempre foi fonte de angústias, dado o seu nível de fluidez, indeterminação e ausência de objetivação.

38. No mesmo rumo interpretativo, o Enunciado 403 do FPPC art. 190; art. 104, Código Civil) A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

39. Art. 114 CC. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente. E, também, nesse sentido, o Enunciado 406 do FPPC (art. 190; art. 114, Código Civil) – Os negócios jurídicos processuais benéficos e a renúncia a direitos processuais interpretam-se estritamente.

Em tese de doutoramento<sup>40</sup>, essa autora asseverou que a ordem pública existe em dois graus: a absoluta e relativa. A absoluta se enquadra nos extremos da irrenunciabilidade e imperatividade, no seio de um núcleo rígido e cogente, portanto, indisponível. Por outro lado, a relativa exerce comando de imperatividade, mas afrouxa quanto à renunciabilidade do direito e, via de consequência, torna-se disponível.

Sob a óptica do CPC/73, afirmou-se que as regras de direito probatório eram predominantemente de ordem pública absoluta, porque não se tinha o contorno genérico da negociação jurídica processual, leia-se, a cláusula de convenção processual atípica, como se tem hoje no CPC (art. 190). E nem se possuía o capítulo das normas fundamentais processuais e a viga mestra do paradigma cooperativo...

Amparados por essa novel moldura, desarticulou-se o eixo de pensamento de que as normas do direito probatório estão delimitadas ao emprego geral de ordem pública absoluta e, sob outra matriz, o CPC tem-se a ordem pública relativa, cujo traço marcante é a renunciabilidade – disponibilidade.

Como se lida, então, com a face do “indisponível” no tratamento da distribuição convencional do ônus de prova? Se o processo é um terreno de diálogo, de aproximação dos sujeitos processuais, acordando direitos e procedimentos, como regra, será indisponível o que gera prejuízo aos atores dessa relação jurídica processual ou que se choque com direitos da coletividade ou trabalhados como direitos fundamentais que se esboçam como posturas subjetivas impedidas de exercício de liberdade.

Logo, a regra, diante da nova contextualização processual, é a de que as convenções processuais podem acontecer em torno do ônus de prova e somente se puder ameaçar ou lesar seja parte e/ou coletividade,

40. GÓES, Gisele. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. Tese. PUC-SP, 2007. p. 63-66.

excepcionalmente que se afigura sob o regime de indisponibilidade ou na hipótese de vedação explícita do próprio sistema constitucional-legal vigente.

Por isso, concorda-se com Robson Godinho, quando afirma que “conferir perenidade a um conceito essencialmente contingencial pode significar apenas estender amarras jurídicas que impeçam ou retardem uma evolução cultural. Por fim, como é intuitivo, se a convenção processual favorecer aquele que é titular do direito indisponível, ampliando sua proteção, o negócio será válido<sup>41 42</sup>.”

Nessa mesma linha de análise, abona-se magistério de Antonio do Passo Cabral à medida em que nem a ordem pública, renunciabilidade, transmissibilidade, patrimonialidade, definem a disponibilidade de situações processuais... O que o legislador conferiu é apenas o norte das garantias processuais para proibir distribuição convencional do ônus probatório, ou seja, se ferir normas fundamentais e configurado o prejuízo ou ameaça, aborta-se a negociação nesse estágio.

A cláusula geral de negociação processual atípica no CPC introduz uma fase de reflexão sobre o sistema processual aberto às múltiplas possibilidades, desde que abonadas pelas partes, sujeitos processuais e eventuais terceiros. Excepcionalmente reprime-se esse consenso, exceto se houver desequilíbrio entre os atingidos pela convenção ou já existente a vedação constitucional ou legal. Essa é a justificativa e não a ordem pública ou outro critério que seja...<sup>43</sup>

O outro limite à distribuição convencional do ônus de prova ou obstáculo ao instituto em comento

41. Godinho. op. cit. p.257.

42. Em nenhum momento, em nossa tese de doutoramento, afirma-se que o conceito de ordem pública ou os critérios estabelecidos de ordem pública absoluta ou relativa são definitivos e também os caracteres da imperatividade, irrenunciabilidade ou indisponibilidade.

43. Op. cit. p. 315, *passim*.

é a excessiva dificuldade à outra parte para o exercício do direito, em virtude de que, se existir, criará a prova diabólica reversa<sup>44</sup> e, com isso, impede a norma fundamental de acesso a uma defesa ampla e de isonomia entre os sujeitos processuais.

Deve-se acentuar que esse limite às convenções, como aponta Robson Godinho, “visa a evitar o efeito perverso de favorecer o litigante habitual e aumentar a desigualdade e a vulnerabilidade no processo”.<sup>45</sup>

E, derradeiramente, com propriedade, atenta Leonardo Greco para mais um elemento de validade e eficácia da convenção probatória, além da dis-

ponibilidade do direito material e paridade entre as partes<sup>46</sup> que é o do adimplemento de todas as normas fundamentais processuais dispostas na CRFB<sup>47</sup> e, hodiernamente, inclui-se o primeiro capítulo do CPC.

#### 4. Conclusão

A prática da cláusula de negociação jurídica processual atípica levou ao aperfeiçoamento e ponderância da redistribuição convencional do ônus probatório.

Todavia, o texto poderia estar ainda mais alinhado às normas processuais fundamentais, especialmente a cooperação processual, pois como alerta Robson Godinho, “o texto poderia apresentar avanço ao prever que, em caso de o juiz atribuir encargo probatório de modo diverso da regra geral (teoria dinâmica do ônus da prova), dever-se-ia buscar previamente uma atribuição consensual do ônus da prova.”<sup>48</sup>

Comungando-se dessa lógica, em um primeiro plano, instituir-se-á inquestionavelmente o modelo de gestão cooperativa em que predomina a vontade da parte e o resultado é o paradigma do consenso, buscando o valor da isonomia de tratamento.

44. SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In *Direito Probatório*. Coords. Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 182-183 e também MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. SP: RT, 2011. p. 142-144.

45. Op. cit. p. 259.

46. Ou ausência de manifesta situação de vulnerabilidade, como prescrito pelo parágrafo único do art. 190 do CPC. Como leciona Pedro Henrique Nogueira, “o parágrafo único do art. 190 do CPC/15 utilizou-se da expressão manifesta situação de vulnerabilidade, tornando extrema de dúvidas que o desequilíbrio subjetivo que justifique a decretação da invalidade do negócio jurídico há de ser claro, evidente, de tamanha desproporcionalidade a ponto de colidir gravemente com a exigência de equivalência” op. cit. p. 236. Também sobre o tema TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. SP: Método, 2012.

47. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). SP: RT, 2008. p. 292.

48. Op. cit. p. 239.



## O DIREITO CONSTITUCIONAL DE GREVE CONTRA O INTERDITO PROIBITÓRIO: A INADEQUAÇÃO DA FORMA E SEU ELOQUENTE CONTEÚDO

LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO

### Introdução

O processo de amadurecimento histórico e constitucional que permitiu que a greve alcançasse o *status* de direito, a ser exercido conforme os critérios e a conveniência coletiva de trabalhadores, agora historicamente legitimados enquanto sujeito constitucional, foi tortuoso e, evidentemente, se fez acerrar de avanços e recuos que são inerentes à construção do próprio direito coletivo do trabalho.

Trazer aquilo que, por seu viés subversivo, outrora fora considerado prática ilícita para o cerne dos direitos fundamentais, enquanto mecanismo legítimo de criação e recriação permanente do direito em uma sociedade democrática, jamais pode ser considerado um ato isolado perfeito e acabado, mas uma construção discursiva permanente no âmbito do direito.

Enquanto vetor constitucional que é, o art. 9º da Constituição da República desafia a exegese do sistema jurídico através do tempo, reivindicando o lugar da greve, enquanto direito, possibilidade e mecanismo legítimo dos trabalhadores dentro do Estado Democrático de Direito.

Não são poucos os aspectos por meio dos quais esse vetor foi turbado ao longo dos trinta anos de vigência da Constituição: discussões sobre a natureza, abusividade, restrições das greves em atividades essenciais, extensão do direito de greve aos servidores públicos, entre outros aspectos, foram objeto de tensionamento da conquista constitucional efetivada em 1988.

Um capítulo importante desse cenário de disputas é o manejo, cada vez mais recorrente, de

interditos proibitórios por empregadores como instrumento de limitação jurisdicional do direito de greve, seja em face da ocupação dos locais de trabalho, seja em face da prática de piquetes por parte dos trabalhadores envolvidos em movimentos paradedistas.

O uso desse instrumento, mais que uma inadequação formal, revela um deslocamento substantivo da discussão democrática sobre as relações coletivas de trabalho que a greve tem a potência de instaurar para um debate privatístico atinente ao direito de propriedade do empregador, como se esse sobrepujasse a dimensão do direito fundamental de greve.

Recentemente, a Seção Especializada de Dissídios Individuais I do TST manifestou entendimento sobre a matéria, decidindo no bojo do TST-ED-RR-253840-90.2006.5.03.0140, por maioria, que não configura conduta antissindical passível de indenização por dano moral coletivo o ajuizamento simultâneo de interditos proibitórios por entidade patronal em razão do exercício do direito de greve por seus empregados. (Julgamento no dia 23/5/2019). Nesse julgamento, ficaram vencidos os Ministros Augusto César Leite de Carvalho (relator), José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Sheuermann, Cláudio Mascarenhas Brandão e Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

Como decorrência dos constantes e reiterados desafios colocados pelo exercício do direito de greve à ordem jurídica, certamente essa não será a primeira vez que o Tribunal Superior do Trabalho se deparará com a questão. Por essa razão e tendo em vista a máxima transparência e publicidade dos entendimentos que transitam no Tribunal sobre o tema, o

presente artigo reúne reflexões que contrapõem o direito fundamental de greve, o interdito proibitório e os riscos da aproximação desses dois institutos.

### 1. O interdito proibitório

O interdito proibitório é uma espécie de interdito possessório. Vale dizer, as ações tipicamente possessórias, também chamadas de interditos possessórios, são gênero do qual decorrem três espécies: ação de manutenção de posse, ação de reintegração de posse e interdito proibitório.

Os interditos possessórios são ações hábeis a provocar o Estado – apresentado pelo magistrado –, no intuito de se promover a defesa da posse que tenha sido tomada, perturbada ou, ao menos, ameaçada.

Respeitando a ordem mencionada, é cabível ação de reintegração de posse quando o possuidor perde a posse da coisa, que lhe é tomada – configurando-se o esbulho; ação de manutenção de posse, quando, apesar de não perder a posse, houver algum tipo de perturbação ou embaraço no seu exercício – configurando-se a turbação; e o interdito proibitório, quando se está diante da ameaça de iminente turbação ou esbulho.

Importante ressaltar, também, que as ações possessórias são fungíveis entre si. Conforme se depreende do art. 920 do CPC, havendo mutação fática, uma ação pode ser substituída pela outra, autorizando o magistrado a conceder a tutela específica do caso concreto.

Essa regra se justifica pela instabilidade e versatilidade característica dos conflitos possessórios,

uma vez que a ameaça se concretiza com a turbação, podendo-se transformar em esbulho, em questão de instantes – o que obrigaria o autor a ajuizar diversas ações, assim como o Judiciário a reconhecer a perda do objeto ante qualquer alteração, o que contraria o princípio da economia processual.

Como toda ação, cada qual possui requisitos específicos que devem ser demonstrados pelo autor, para que alcance o provimento jurisdicional almejado. No que tange ao interdito proibitório, estabelece o art. 932 do CPC:

“Art. 932 – O possuidor direito ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito”.

Como a própria nomenclatura denuncia, sendo um interdito possessório, o primeiro requisito que se extrai do diploma processual – comum a todas essas ações – é a comprovação da posse do autor.

Os outros dois requisitos seriam a ameaça de turbação ou o esbulho e o justo receio que dela deriva. Explica Carlos Roberto Gonçalves:

“O segundo requisito – ameaça de turbação ou de esbulho por parte do réu – entrelaça-se com o terceiro, que é o justo receio de que seja concretizada. Não é qualquer ameaça, como foi dito, que enseja a propositura dessa ação. É necessário que tenha havido um ato que indique certeza de estar a posse na iminência de ser violada. Para vencer a demanda, o autor deve demonstrar que o seu receio é justo, fundado em fatos ou atitudes que indicavam a iminência e inevitabilidade de moléstia à posse”<sup>1</sup>.

O segundo requisito – ameaça de turbação ou esbulho por parte do réu – entrelaça-se com o terceiro, que é o justo receio de que sejam concretizados.

1. GONÇALVES, Carlos Roberto. “Direito Civil Brasileiro”, vol. 5. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172.

Não é uma simples ameaça, como foi dito, que enseja a propositura dessa ação. É necessário que tenha havido um ato que indique certeza de estar a posse na iminência de ser violada. Para vencer a demanda, o interessado deve demonstrar que o seu receio é justo, fundado em fatos ou atitudes que indicavam a iminência e a inevitabilidade de moléstia à posse.

## 2. O direito constitucional de greve

Walküre Lopes Ribeiro cita Piero Calamandrei para afirmar que são três as formas recebidas pelas ordens jurídicas do conceito de greve, em conformidade ao valor social que lhe confere o Estado, podendo ser considerada “fato socialmente danoso (delito)”, “socialmente indiferente (liberdade)” ou “fato socialmente útil (direito)”<sup>2</sup>.

No referido artigo, Lopes Ribeiro analisa o tratamento fornecido ao conceito de greve nas diferentes ordens constitucionais brasileiras. A autora analisa a ausência de expressa previsão na Constituição da República de 1891, salientando, todavia, que havia previsão no Código Penal de 1890 do delito de coalizção e greve.

O estudo aponta evolução conceitual a partir das alterações do Código Penal pelo Decreto nº 1.1162/1890 e da omissão verificada na Constituição Brasileira de 1934, quando a greve pode ser considerada como fato social indiferente – liberdade.

Na Constituição da República, outorgada em 1937, ocorre uma involução e o conceito de greve passa a ser considerado como “recurso antissocial” – delito. Promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, pela primeira vez, o ordenamento jurídico brasileiro consagra a greve como

direito, mas atribuiu a necessidade de regulamentação para seu exercício.

Na Constituição da República de 1967 e a partir da Emenda Constitucional de 1969, ocorre a restrição do direito, que fica vedado às atividades consideradas essenciais. A autora destaca que, nesse período, tão largo era o rol de atividades essenciais e minucioso o procedimento legal para deflagração, que apenas por meio do processo de desobediência civil foi possível a realização de greves no período.

Ainda, segundo o artigo, na Constituição Federal de 1988 ocorre importante alteração topológica do direito de greve, que deixa de integrar a ordem econômica e social e passa a figurar no título referente aos direitos e garantias fundamentais.

O fato de o direito de greve ter sido elencado como direito fundamental é extremamente relevante, porquanto representa sua elevação como elemento definidor e legitimador de toda a ordem jurídica positiva.

De acordo com o art. 9º da Carta Magna, assegura-se o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

José Afonso da Silva afirma que a “Constituição assegura o direito de greve, por si próprio. Não o subordinou a eventual previsão em lei”. Acrescenta que “a melhor regulamentação do direito de greve é a que não existe. Lei que venha a existir não deverá ir no sentido de sua limitação, mas de sua proteção e garantia”<sup>3</sup>.

A garantia ao direito de greve deve ser interpretada no contexto de afirmação ao princípio da liberdade sindical e seu sistema e mecanismos de proteção.

2. RIBEIRO, Walküre Lopes. A Disciplina Jurídica Da Greve e As Constituições Republicanas no Brasil. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 39, jul/1993, p. 145.

3. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198.

Oscar Ermida Uriarte, a respeito do tema, leciona:

“Por isso, o bom funcionamento das medidas de proteção da atividade sindical, determina a vigência efetiva da liberdade sindical e especialmente o eficaz desenvolvimento da atividade sindical. O sistema de proteção da atividade sindical em seu conjunto, não é outra coisa, definitivamente, senão a “redução” ou “concreção” da noção abstrata de liberdade sindical ao meio concreto e real em que deve ser exercida; o “foro sindical”, as faculdades ou prerrogativas sindicais e a proscrição das práticas desleais, dos atos de ingerência e de qualquer ato anti-sindical, derivam teoricamente da liberdade sindical, formam parte dela; mas ao mesmo tempo, são requisitos de eficácia dela, e nesse sentido, são seus pressupostos de eficácia, condicionam-na, garantem-na, tornam-na possível no mundo real, concretizam-na, efetivam-na”<sup>4</sup>.

O sistema de proteção da tutela da liberdade sindical contra atos antissindicais transborda a ordem nacional e encontra abrigo no sistema internacional de direitos humanos trabalhistas.

A esse respeito, mais uma vez, vale a menção a Uriarte, que na conferência proferida no TST, em 2004, no “Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais”, transcrito na revista do TST, destaca:

“Neste marco insere-se, com facilidade, o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira. Como se sabe, diz que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, com o qual a Constituição de nossos países contém dentro dela aqueles tratados, declarações, pactos de direitos humanos referidos na própria Constituição. Não há aqui um fenômeno de ratificação, de adoção, de nacionalização.

4. URIARTE, Oscar Ermida. *A Proteção Contra os Atos Anti-Sindicais*. 1ª ed., São Paulo: LTr, 1989, p. 21.

Supera-se a oposição direito nacional x direito internacional, porque é a própria Constituição que diz: essas normas internacionais fazem parte da minha constituição. Gosto de dizer que nossas constituições estão “grávidas” das normas internacionais de direitos humanos, porque elas mesmas dizem: estão dentro de mim, fazem parte de mim. Nesses casos, quando nos juízes aplicam um desses tratados internacionais, não estão aplicando direito estrangeiro, direito internacional, estão aplicando o art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira; o art. 72 da Constituição uruguaia; o art. 33 da Constituição argentina; etc. Isso se chama, na América Latina, de “bloco de constitucionalidade”. Em matéria de direitos humanos, há um conjunto de normas consagratórias de direitos fundamentais, com conteúdo diretamente constitucional, e outras constitucionalizadas, ainda que de origem internacional.

A eficácia dessas normas constitucionais sobre direitos humanos. Temos uma tendência, um preconceito em considerar que as normas, os princípios constitucionais são declarações de boa vontade, não mais que isso. A tendência, na verdade, deve ser o contrário: a Constituição é a norma jurídica de mais alta hierarquia, onde somente constam aquelas questões essenciais para a convivência e para nosso pacto de vida em comum. Aí estão os direitos fundamentais, os direitos aos quais ninguém renuncia, a parte que estamos reservando para todos nós neste pacto de vida em comum. O que está aí não pode ser algo posto por causalidade, tem de ter a máxima eficácia, não a mínima”<sup>5</sup>.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, referentes à integração ao ordenamento jurídico nacional das normas estabelecidas no Pacto de San José da Costa Rica, consolidaram o reconhecimento da

5. URIARTE, Oscar Ermida. *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais*. In: Revista do TST, Brasília, vol. 77, nº 2, abr/jun/2001, pp. 136-137.

relação de interdependência existente entre a ordem jurídica nacional e a internacional, implicando a incorporação à legislação interna dos diplomas internacionais ratificados.

Os precedentes referentes ao Pacto de San José da Costa Rica marcam o reconhecimento dos direitos fundamentais, estabelecidos em tratados internacionais, como normas de *status* supralegal, isso é, abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, conforme se observa da leitura da seguinte ementa:

“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO Art. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL

DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO”<sup>6</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, em recente precedente de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, no AI 601.832 AgR/SP (DJe-064 de 3/4/2009, pp. 1129, RSJADV jun/2009, pp. 34-38, RT v. 98, n. 885, 2009, pp. 518-524, fls. 1140), reconheceu que

“(…) após o advento da Emenda Constitucional 45/04, consoante redação dada ao § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, passou-se a atribuir às convenções internacionais sobre direitos humanos **hierarquia constitucional** (“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos

6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349703/RS, Recurso Extraordinário, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe-104 de 5/6/2009, pp. 675.

respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”). Desse modo, a Corte deve **evoluir** do entendimento então prevalente à época do julgado aludidos, **para reconhecer a hierarquia constitucional da Convenção**. (g.n.)”

De acordo com a Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 49/52, todos os trabalhadores devem ser protegidos de atos discriminatórios que atentem contra a liberdade sindical, não só referentes à associação ou à direção de entidades sindicais, mas também quanto à participação de atos reivindicatórios ou de manifestação política e ideológica, conforme se destaca da redação do art. 1º da aludida convenção, de seguinte teor:

Art. 1 — 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.

Mais especificamente quanto à greve, verifica-se que a Organização Internacional do Trabalho destacou como princípios referentes ao direito de greve, em tradução livre:

“A. A consideração do direito de greve como um direito fundamental que deve ser desfrutado por trabalhadores e suas organizações (sindicatos, associações, federações e confederações), o que é protegido em nível internacional, considerando que o direito seja exercido de uma forma pacífica.

(…)

H. As restrições aos piquetes devem se limitar aos casos em que essas ações deixem de ser pacíficas, e os piquetes não podem impedir o exercício do direito de liberdade de trabalho daqueles que não tenham aderido à greve”.<sup>7</sup>

7. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_087989.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087989.pdf)> e <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_087987.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087987.pdf)> Acesso em mar. 2019.

Nota-se dos princípios internacionais a consagração do direito de greve como direito fundamental. Ainda, as medidas restritivas aos piquetes devem limitar-se aos casos em que houver comprovado abuso por parte dos grevistas, e não em tese, de forma a presumir os excessos e a consequente turbacão da posse.

### 3. A controvérsia

Portanto, utilizar de ações judiciais em que se parte da presunção de abusos a serem cometidos pelos grevistas – requisito particular do instituto do interdito proibitório – atenta contra os princípios concernentes ao direito de greve.

A impetração de interditos proibitórios, independentemente do sucesso ou insucesso das ações, representa, em si, a tentativa de inviabilizar a livre participação dos trabalhadores em atos reivindicatórios ou de manifestação política e ideológica, o que implica ofensa ao princípio da liberdade sindical e faz incidir o sistema de proteção contra atos antisindicais, notadamente, o art. 1º da Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho.

Vale ainda mencionar que a utilização de interditos possessórios, no intuito de coibir greves, não é novidade na realidade jurídica brasileira.

Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho relembram e analisam a intervenção militar para coibir a greve de trabalhadores da CSN, ocorrida em novembro de 1998, na qual os militares teriam investido “contra os operários, utilizando bombas, fuzis, metralhadoras, tanques blindados e carros urutus”<sup>8</sup>.

Nesse sentido, a aparente legitimidade pela chancela conferida por liminares em interditos

8. PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO, Ricardo. Direito de Greve entre Afirmação e Repressão: o caso CSN. In: *Trabalho, Constituição e Cidadania – A Dimensão Coletiva Dos Direitos Sociais Trabalhistas*, 1ª ed., São Paulo: LTr, 2014, p. 337.

proibitórios impetrados por empregadores revela apenas a necessidade do órgão do Poder Judiciário empreender a releitura do direito fundamental à greve e a ausência de superação da concepção patrimonialista, fundamental na outra ordem constitucional e antigo Código Civil, em que o direito individual à propriedade se sobressaía a qualquer outro direito, em absoluta desconsideração a direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Exatamente por reconhecer a necessidade de ponderação entre o direito de greve e o direito de propriedade é que o Supremo Tribunal Federal decidiu ser competente a Justiça do Trabalho para tratar das ações possessórias em hipóteses como a versada nos autos, conforme se destaca da seguinte ementa, com repercussão geral de relatoria da Min. Cármen Lúcia:

“CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. JUSTIÇA DO TRABALHO X JUSTIÇA COMUM. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. MOVIMENTO GREVISTA. ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA: “PIQUETE”. Art. 114, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. “A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil” (Conflito de Jurisdição n. 6.959), bastando que a questão submetida à apreciação judicial decorra da relação de emprego. 2. Ação de interdito proibitório cuja causa de pedir decorre de movimento grevista, ainda que de forma preventiva. 3. O exercício do direito de greve respeita a relação de emprego, pelo que a Emenda Constitucional n. 45/2003 incluiu, expressamente, na competência da Justiça do Trabalho conhecer e julgar as ações dele decorrentes (art. 114, inciso II, da Constituição da República). 4. Recurso extraordinário conhecido

e provido para fixar a competência da Justiça do Trabalho”<sup>9</sup>.

Ademais, no julgamento dos interditos proibitórios, a necessidade de ponderação não se limita à consideração do direito de greve como fundamental, mas também à nova acepção do direito de propriedade.

Embora desde 1934 a Constituição da República preveja o valor social da propriedade, na Constituição Federal de 1988 essa disposição expressa aparece em pelo menos cinco dispositivos (art. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º, 184, *caput*, 186, *caput*), evidenciando a opção em consagrar a função social da propriedade como mandato de otimização de todo ordenamento jurídico.

Portanto, ainda que os interditos proibitórios tivessem aspecto de regular exercício do direito, pela obtenção da concessão de liminares favoráveis, essas decisões não são capazes de transfigurar seu caráter antissindical, na medida em que a intenção por trás da propositura dos interditos era única e exclusivamente de fragilizar o movimento grevista e dificultar a legítima persuasão por meio de piquetes.

Márcio Túlio Viana, em artigo, de forma poética, afirma que “a greve é também um meio de conversa e denúncia. Através dela, os trabalhadores contam à sociedade o que se passa entre as quatro paredes da empresa e revelam ao empregador o grau de sua indignação. Em troca, recebem desses interlocutores – através de suas próprias falas – palavras ou gestos de apoio ou indiferença, revolta ou retaliação”<sup>10</sup>.

9. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 579648/MG, Recurso Extraordinário, Rel. Min. Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, DJe-043 de 6/3/2009, pp. 1534, RTJ Vol-00208-03, pp. 1271.

10. VIANA, Márcio Túlio. Da Greve Ao Boicote: Os Vários Significados E As Novas Possibilidades Das Lutas Operárias. In: Revista do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, vol. 49, nº 79, jan/jun 2009, p. 107.

Assim, a conduta patronal de impetrar interditos proibitórios para garantir o pleno exercício do direito de posse, o funcionamento do sistema financeiro, o resguardo ao direito de clientes e usuários e o direito dos trabalhadores que voluntariamente decidiram não aderir à greve, na verdade, significa uma tentativa de obstrução do canal de denúncia – oclusão da via de conversa entre trabalhadores grevista e sociedade –, o que implica calar as vozes que tentam transpor os limites internos da instituição.

Não por coincidência, um dos primeiros casos em que se reconheceu ter sido caracterizado abuso de direito, o direito em questão era exatamente o direito de propriedade. De acordo com Heloísa Carpena, “a história registra que somente em 1912, com o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, a teoria do abuso do direito tornou-se amplamente conhecida. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa, enormes torres no vértice das quais instalou lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrizavam. A decisão considerou abusiva a conduta, responsabilizando o proprietário”<sup>11</sup>.

Como foi analisado, é própria do instituto do interdito proibitório a iminência de turbacão da posse, ou seja, a ameaça. A previsão constitucional, no § 2º do art. 9º, estabelece que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. Ocorre, entretanto, que esses abusos não podem ser presumidos.

Da mesma forma que no caso analisado pela Corte de Amiens, entendeu-se haver abuso do direito de propriedade na conduta de construção de torres com a instalação de armas de ferro. Assim,

11. CARPENNA, Heloísa. O Abuso do Direito no Código de 2002. Relativização De Direitos Na Ótica Civil-Constitucional. In: A Parte Geral do Novo Código Civil. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 401-402.

ingressar com interditos proibitórios, tendo como receio o simples e legítimo exercício do direito de greve, constitui ato antissindical e, por esse motivo, configura abuso do direito de ação, atraindo a incidência do art. 187 do Código Civil.

O abuso de direito está configurado exatamente na impetração dos interditos proibitórios, na pretensão de acionar o aparato do Estado para coibir o exercício de um direito fundamental: o direito dos trabalhadores decidirem como, porque e onde realizar greve e persuadirem seus companheiros a aderirem o movimento.

### Considerações finais

A revisão bibliográfica empreendida nesse texto, a partir de uma exegese constitucionalmente situada do ordenamento jurídico permite perceber, primeiramente, a impropriedade do uso do interdito proibitório, que, a pretexto de discutir um determinado aspecto da controvérsia coletiva de trabalho, acaba por delimitar o conteúdo do conflito coletivo trabalhista, subordinando a questão democrática do diálogo entre reivindicações trabalhistas e demandas patronais ao direito de propriedade do empregador, num claro esvaziamento do direito

fundamento e deturpação do campo semântico ao qual ele pertence.

Segundo, mais que determinar a inviabilidade do uso desse instrumento como elemento de juridicização do conflito coletivo de trabalho, fica evidenciado que o uso reiterado e excessivo de medidas processuais dessa ordem, turbando a cognição jurisdicional porventura incidente sobre o conflito coletivo, revela abusividade e caráter antissindical, eis que não dialoga com os limites internacionais e constitucionais colocados para a ação do empregador perante a ação coletiva organizada dos trabalhadores.

## AMICUS CURIAE

MORGANA DE ALMEIDA RICHA

### Introdução

O presente trabalho propõe delinear os contornos de atuação do *amicus curiae* e o cenário que propiciou o crescimento da participação como sujeito cooperativo do processo, interlocutor dos valores e anseios da sociedade.

De imediato sobreleva pontuar a importância do *amicus curiae* em questões relevantes para a realidade social, mormente após a promulgação da Constituição de 1988 que inaugura nova “engenharia constitucional”, ampliando os direitos fundamentais do cidadão. Atrelado às falhas do sistema garantista, desponta o Poder Judiciário como esperança à consagração da ação política, responsável por materializar respostas aos reclamos sociais no cumprimento dos deveres do Estado.

Para tanto, instrumentos constitucionais foram inseridos no texto maior, na busca do pronunciamento das Supremas Cortes acerca de diversos e mais variados assuntos, muitas vezes, para além do direito. Na construção desse caminho voltado à efetivação do Estado Democrático de Direito, a recente ordem processual civil trouxe como vetor uma série de institutos tendentes a outorgar legitimidade democrática a atos do Poder Judiciário, especialmente quando as decisões proferidas possam assumir o *status* de precedente judicial com eficácia vinculativa.

Tem-se, em desdobramento, um novo desafio no redesenho da formação das decisões judiciais que, no contexto de produção de julgamentos com efeitos temáticos, reclama modelagem pluralística sócio-político-cultural para conferir novas feições

ao direito material, mediante procedimentos que incitam maior participação da sociedade civil.

Com efeito, os elementos que conformam a jurisprudência na atualidade sobejam questões de interesse das partes individuais para além dos limites subjetivos do processo, ainda que indiretamente. Assim, na definição de temas gerais que transcendem o processo entre os sujeitos integrantes da lide, destaca-se a atuação do *amicus curiae* para informar e contribuir com dados e elementos técnicos específicos relativos ao objeto do direito em debate, além do alargamento do contraditório e da legitimação democrática da matéria a ser definida.

Pode-se afirmar, em linhas gerais, que o *amicus curiae* surge como personagem essencial para a qualidade das decisões e aproximação do Judiciário à sociedade civil organizada e do próprio Estado, por estabelecer um contraditório cooperativo e diálogo colaborativo, plural e diversificado no curso do processo. Não é demais enfatizar, nessas linhas introdutórias, que a participação do *amicus curiae* catalisa valores e informações, além de elementos empíricos ou científicos, “extra-autos”, colaborando com uma decisão mais justa.

O desiderato exitoso de imprimir domínio de interesses (jurídicos) da coletividade (ou parcela desta) e, exceção ao dogmatismo processual, prestigia, portanto, a inclusão do *amicus curiae* como elemento democrático a contribuir com o sistema processual.

### 1. Contornos gerais do instituto

Discutível a origem do termo *amicus curiae*: seu berço exato não é totalmente claro. Há autores que

afirmam remontar ao direito romano, na figura do auxiliar do júzo, com funções de esclarecer o magistrado nas questões envolvendo elementos extrajurídicos<sup>1, 2</sup>; outros atribuem o desenvolvimento ao direito inglês<sup>3</sup>, tal como documentado em registros datados do séc. XVII, a partir de onde expandida a ferramenta a outros sistemas judiciários.

No direito norte-americano a doutrina destaca a atuação do ente, amplamente aceita pela Suprema Corte, desde o início do séc. XX, com adensamento do instituto, dividido, em dois grandes grupos:

1. Derivado do ‘*consilliarus*’ romano. In: CRISCUOLI, Giovanni. *Amicus Curiae. Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. Ano XXVII, n.1. Milano: Gruffrè, 1973. p. 197. Apud BUENO, Cassio Scarpinella. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 88.
2. Em tal sentido, Dorgival Viana Júnior cita Ricardo Köhler (*Disquisiciones em torno a los amicus curiae, Revista Imes*, jan./dez 2006), para mencionar que “o primeiro registro do uso do termo foi ainda no Senado Romano, por isso até hoje, em diversos dos sistemas jurídicos mundiais, a expressão é utilizada em latim”. (VIANA JÚNIOR, Dorgival. *Amicus curiae: origem histórica, evolução, previsões anteriores no direito brasileiro e conformação no novo CPC*. Disponível <<https://www.novocpcbrasileiro.com.br/amicus-curiae-origem-historica-evolucao-previsoes-antiores-no-direito-brasileiro-e-conformacao-no-novo-cpc/>>. Acessado em 12/09/2020.
3. SILVESTRI, Elisabetta. *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Apud BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.* p. 88.

“*amici* governamentais” e “*amici* privados”<sup>4</sup>, sendo estes últimos, denominação mais recente, também mencionados como *litigant amici* ou *partisan amici* (em oposição ao neutro).

Em ponto de convergência dentre os estudiosos, possível a afirmação de que o *amicus curiae* constitui típico instituto do direito anglo-americano, previsto até mesmo no *Transnational Civil Procedure Code*<sup>5</sup> (2004), ao estabelecer no princípio 13-A que o expediente do *amicus curiae* “é um meio útil pelo qual alguém que não é parte, contribui com informações e análises jurídicas que podem ser úteis para o tribunal para atingir uma decisão justa e informada do caso”(P13-A)<sup>6</sup>.

Numa visão retrospectiva do desenvolvimento da figura nos países que adotam o sistema jurídico do *common law*, desponta atuação do *amicus curiae* em tempos pretéritos, pois necessário ao amparo das decisões judiciais formadoras de precedentes para aplicação em posteriores casos, com os mesmos pressupostos de incidência.

Em contrapartida, nos países do *civil law*, incluindo o Brasil, apenas recentemente incorporada a atuação do *amicus curiae*, com o amadurecer do sistema de súmulas vinculantes<sup>7</sup> e inclinação à coletivização de demandas.

4. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 95.

5. UNIDROIT. *Transnational Civil Procedure*. Disponível em <<https://www.unidroit.org/work-in-progress/transnational-civil-procedure>>. Acessado em 28/10/2020.

6. Tradução livre, do original: “*amicus curiae brief*” is a useful means by which a nonparty may supply the court with information and legal analysis that may be helpful to achieve a just and informed disposition of the case” (P13-A).

7. Cuja produção foi incentivada por razões de segurança jurídica e de relevante questão jurídica de controvérsia atual nos tribunais.

Nesse processo de convergência dos sistemas para a solução de normas abertas e fixação de precedentes, importa o registro de que no sistema do *civil law* as fontes jurídicas são emanadas do Estado, com conceitos gerais e abstratos, e gama de definições previsíveis ou mesmo pré-estabelecidas, que relega ao intérprete aplicação subsuntiva do enunciado legal ao fato para encontrar a solução jurídica.

Enquanto fonte, a lei ou normas codificadas constituem o cerne do *civil law* e, num contexto inicial e legalista, ensejaria, mera incidência pura ou direta<sup>8</sup>, por haver um comando conceitual que antecede o fato.

No entanto, mesmo dentro do sistema codificado, o quadro atual expressa que “a produção de normas e a destilação de seus sentidos são atividades que precisam da interpretação, ou seja, para que possam ter força normativa, força de lei, elas demandam alguém com autoridade para dizer qual é a lei para a situação em disputa”<sup>9</sup>.

8. “A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, a seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma. (...) Se uma assembleia de homens constitui um parlamento e se o resultado da sua atividade é juridicamente uma lei vinculante – por outras palavras: se estes fatos têm esta significação –, isso quer dizer apenas que toda aquela situação de fato corresponde às normas constitucionais. Isso quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma consideramos válida.”. In: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João B. Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 5.

9. CLÈVE, Clemerson Mèrlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. *O judiciário e os casos difíceis. O protagonismo das cortes superiores nas democracias ampara-se no pressuposto de que textos normativos dependem da produção de sentido por seus intérpretes*. In: *Revista Bonijuris*. v. 30, n.2. Curitiba: abr/mai, 2018. p. 147.

Esses fenômenos realçam as múltiplas perspectivas a serem consideradas numa sociedade plural, a (res) significar o conteúdo semântico da norma, “na tentativa de fortalecer o seu direito por intermédio dos precedentes dos tribunais”<sup>10</sup>.

Em tal trajeto, desponta a aproximação com o sistema jurídico do *common law*, haja vista a necessidade de observância dos valores aventados pela Constituição Federal que traduzem os ideais da nação brasileira. Assim, embora a figura seja típica do *common law*, é compatível com os sistemas do *civil law*.

Um passo a diante, a compreender a atualidade do tema mister referenciar a evolução do *amicus curiae* no direito pátrio a partir da centralidade assumida pelo Poder Judiciário nas últimas décadas como consequência do novo horizonte constitucional e sua máxima de que “na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição”<sup>11</sup>.

Não se pode olvidar que os múltiplos reclames da democracia liberal não resistem ao singular<sup>12</sup> e,

10. ALMEIDA, Gregório Assagra. *O sistema jurídico nos Estados Unidos – common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyer): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro?* In: *Revista do Processo*. 2016.

11. HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. *Revista DPU*. n. 60. Nov/Dez 2014 (p. 25-50). p. 40.

12. A moderna democracia galga um novo estágio. Da postura negativa, assume a atuação estatal um fim. Consoante José Joaquim Calmon de Passos, “O social se insinua e se expande, em detrimento do individual, e a autonomia privada retrocede sob o impacto do dirigismo contratual, surgindo novas figuras negociais em que o conteúdo dos contratos é quase de todo subtraído ao poder dispositivo dos contratantes. O coletivo se faz presente no processo econômico e no processo político, transforman-

assim, transformam a atividade interpretativa: “de uma atividade de mero conhecimento (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passa-se a uma atividade criadora-valorativa (um comportamento ativo), conscientemente criadora e valorativa do juiz”<sup>13</sup>.

O escopo é transformar a dogmática em produção cooperativa ou colaborativa de múltiplos partícipes do conteúdo da norma jurídica, numa demanda atual que atenda a nova perspectiva socioconstitucional, na qual a interpretação alberga um processo aberto, mas não de modo irrestrito<sup>14</sup>.

Assim, “a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática”<sup>15</sup>, donde o contraditório cede à cooperação e o diálogo percorre o trajeto rumo ao consenso, sendo esta sua nota distintiva, eis que “a abertura do sistema para a participação de agentes institucionais (...) revela tendência resultante da compreensão democrática do processo, enquanto instrumentalizador de escolhas constitucionais e de dinâmica processual”<sup>16</sup>.

do-se rapidamente a antiga sociedade de vizinhos em sociedade de massa”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* p.1399.

13. BUENO, Cassio S. *Op. Cit.* p. 13.

14. Como alerta o Prof. Doutor Lênio Streck: “(...) direito é um trunfo. Um trunfo contra as vontades de maiorias eventuais. E deve ser aplicado com coerência e integridade (dispositivo que, por minha direta interferência, foi introduzido no artigo 926 do CPC-2015). Questão de princípio, pois.” (STRECK, Lênio. *Como amicus do TST (inimicus já tem demais), permito-me dizer que...!* Senso Incomum. *ConJur.* 22/10/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-22/senso-incomum-amicus-ts-t-inimicus-demais-permito-me-dizer>>, acesso em 27/10/2020.

15. HABÈRLE, Peter. *Op. Cit.* p. 28.

16. TUPINAMBÁ, Carolina. O *amicus curiae* no processo do trabalho. *Revista do TST*. Vol. 82, n. 2, Brasília: abr/jun/2016. p. 119.

Nesse contexto, emerge a figura do *amicus curiae* como participante do processo democrático de tomada de decisão, “alçado a uma espécie de porta-voz da pluralidade de ideais, valores e anseios da sociedade”<sup>17</sup>.

A atuação no processo, como ente representativo de determinado interesse relevante da sociedade, tem por escopo a cooperação para construção de julgamentos e possui “papel fundamental de legitimar as decisões judiciais, através de uma fiscalização abstrata acerca do enquadramento de determinadas normas aos preceitos constitucionais ou mediante fornecimento de elementos informativos – inclusive dados técnicos – sobre temas imprescindíveis à resolução de determinadas controvérsias”<sup>18</sup>.

Para o presente estudo convém traçar a seguinte definição: o *amicus curiae* é uma figura colaborativa do processo, importante à defesa de interesses institucionais de uma coletividade, inserido no contexto do contraditório para, de certa forma, legitimar a decisão judicial perante a sociedade.

Dada a especificidade e tecnicidade do assunto, ampliou-se a discussão para possibilitar que pluralidade de dados técnicos-científicos fossem inseridos no debate, em verdadeira contribuição do *amicus curiae* no amadurecimento de decisão do Supremo acerca da inconstitucionalidade de Lei “em razão da alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica”, destacado na ocasião do julgamento a incompatibilidade da norma com a Constituição de 1988.

Por certo, a conclusão sobre a controvérsia de extremo relevo para a saúde da população somente

17. *Id. ibid.*, p. 112.

18. DONIZETTI, Elpídio. O *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://portalied.jusbrasil.com.br/noticias/317275689/o-amicus-curiae-no-novo-codigo-de-processo-civil?rf=serp>>, acesso realizado em 31/08/2020.

foi possível pela oitiva de vozes da sociedade plural<sup>19</sup> que, em cooperação e colaboração com os Exmos. Ministros, puderam estabelecer “um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador”<sup>20</sup>.

## 2. *Amicus curiae* na legislação pátria

A atuação do *amicus curiae* no Brasil tem início, originariamente, em legislações esparsas, na esteira de viabilizar a intervenção processual de determinados órgãos ou entidades com interesse na solução do litígio.

Ilustra o fenômeno, inicialmente, a atuação da Comissão de Valores Mobiliários em processos versando sobre matérias de sua competência (Lei 6.385/76). Na mesma linha, a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nas ações de concorrência (Lei 8.884/94 e atualmente, com previsão expressa no art. 118 da Lei 12.529/2011).

No curso seguinte, disciplinada a manifestação da OAB nos processos ou inquéritos em que figurem advogados como parte, de modo a fiscalizar a aplicação esmerada do Estatuto (Lei 8.906/1994). A subsequente Lei 9.279/1996 oportunizou a intervenção do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) nas ações de nulidade de patente.

19. Dentre as quais a Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto (ABREA), Instituto Brasileiro de Mineração – IBRAM, Instituto Brasileiro do Crisotila, OAB e a Associação Nacional dos Procuradores de Trabalho – ANPT.

20. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.356/PE, Relator: Ministro Eros Grau, Redator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2017, DJe-019, publicado 01-02-2019.

Entre outras disposições mais antigas, importante o conteúdo conceitual apresentado em relação à intervenção de pessoas jurídicas de direito público no âmbito federal, conforme parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997.

Sem embargo da importância normativa pretérita, fato é que o instituto solidificou sua presença no direito brasileiro a partir da “Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade” – a Lei 9.868/99<sup>21</sup> –, primeira a trazer a possibilidade de manifestação técnica de terceiros.

Do cotejo entre o *caput* do artigo 7º e seu § 2º, emerge clara definição do legislador acerca da atuação para fins altruístas e não para defesa de direitos subjetivos próprios. Isso porque a abertura do processo de controle concentrado de constitucionalidade, não se fez “no sentido de subjetivá-lo para localizar os ‘Caios’ e os ‘Tícios’, os sujeitos, que a ele dizem respeito, transformando em concreto o que, por definição, não é”, ou seja, trata-se de “abertura no sentido de o relator poder (e dever) buscar elementos seguros sobre os fatos subjacentes à lei cuja

21. Mesmo antes da publicação da Lei 9.868/99, era admitida a figura na jurisprudência do STF: “[...] Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. – Os despachos de mero expediente – como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo –, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, artigo 504). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748/RS. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento: 01/08/1994, Publicação DJ 18/11/1994, pp 31392, vol 01767-01PP-00010.

constitucionalidade é questionada, que viabilizem a formação de seu convencimento sobre a tese da qual se postula a declaração de nulidade da norma questionada perante o STF”<sup>22</sup>.

Em relação à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei 9.882/99, nada obstante a ausência de previsão no tocante ao *amicus curiae* –, pacífico no STF a admissão da figura em tais casos<sup>23</sup>.

No plano constitucional, a Emenda 45/2004 modificou o sistema judiciário brasileiro para incorporar os precedentes vinculantes aos juízes e tribunais inferiores à autoridade da jurisprudência do STF (artigos 102, §§ 2º e 3º, e, 103-A da CRFB/88)<sup>24</sup>.

A fim de disciplinar a edição de súmula vinculante pelo STF (art. 103-A da Constituição), a Lei

22. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 138.

23. Na ADPF 54, que tratou da possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, o Exmo. Ministro Marco Aurélio de Melo, em decisão de 24/06/2004, inicialmente indeferiu a admissão da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) como *amicus curiae*. Entendeu que na hipótese da Lei 9.882/99 caberia *amicus curiae* apenas por convocação e não por iniciativa do colaborador, que não determina “direito subjetivo a tanto”. No entanto, ouvidos vários setores da sociedade civil, mediante audiências públicas. Atualmente, a ação de controle concentrado que bateu recorde de *amici curiae* é justamente uma ADPF. In: CONJUR. ADPF que discute criminalização do aborto bate recorde de *amici curiae* no Supremo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/adpf-discute-aborto-bate-recorde-amici-curiae-supremo>>. Acessado realizado em 26/10/2020.

24. No que concerne às súmulas regulares, vigentes à época da promulgação da EC 45/2004, ressaltou-se que estas não seriam alçadas a condição nova, senão por aprovação de maioria absoluta dos integrantes do STF (artigo 8º).

11.417/2006 estabeleceu requisitos procedimentais, não contemplada a previsão do *amicus curiae*. No entanto, parte da doutrina defende a aplicabilidade dada às dicções sumulares de caráter vinculativo a justificar a intervenção de terceiros, ainda que individualmente não participem do processo, mas para “eficiência desse mecanismo participativo”<sup>25</sup>.

Noutra senda, acerca das principais normativas sobre o tema, deve ser mencionada a inserção pela Resolução CJP 390/2004, que reconhece a importante atuação do *amicus curiae*, ao lhe reservar seja assegurada a entrega de memoriais e sustentação oral (art. 23).

Necessário por fim referenciar a Lei 11.418/2006, que regulamentou o art. 102, § 2º, da Constituição e disciplinou pressupostos dos recursos repetitivos do CPC/73 (art. 543-B) e recursos extraordinários com repercussão geral (art. 543-A), admitindo expressa manifestação de terceiros (§ 6º do art. 543-A e art. 323, § 3º, do Regimento Interno do STF).

Com efeito, nas últimas décadas, a concretização de previsão legal em norma jurídica atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a última palavra em dizer o direito, a começar pelo controle abstrato de normas (artigo 102, I, “a”, e, § 1º, da CRFB/88, Leis 9.868/99 e 9.882/99), irradiando-se aos precedentes e súmulas vinculantes (artigos 102, §§ 2º e 3º, 103-A da CRFB/88, e artigo 8º da Emenda Constitucional 45/2004), além de temas de repercussão geral (Lei 11.418/2006).

Em arrematada síntese sobressai o papel de destaque atribuído ao STF no desenvolvimento do

25. FERREIRA, William Santos. *Súmula vinculante – solução concentrada? Vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (amicus curiae)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 821. *Apud* BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 632.

instituto do *amicus curiae* no Brasil, cuja relevância é inegável no desenho de sua utilização, em especial diante do sistema cambiante de precedentes, com lastro decisório espreado para toda sociedade.

## 2.1 Regramento introduzido pelo CPC de 2015

O *amicus curiae* no Poder Judiciário ganha nova dimensão a partir da Lei 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, um verdadeiro divisor de águas na sistematização do instituto, conforme expressa a previsão do artigo 138.

Sedimentada no ordenamento processual vigente a natureza jurídica do *amicus curiae*, uma vez alocado topograficamente no Título III, que disciplina a intervenção de terceiros (do Livro I do CPC/2015), dedicando-lhe o Capítulo V, para tratar com exclusividade do tema, assentada finalmente a fisionomia e a identidade do instituto.

Portanto, o novo CPC colocou uma pá de cal na celeuma doutrinária, que debatia as feições do *amicus curiae* como parte ou terceiro, perito, auxiliar da justiça, *custos legis*, vez que congregava elementos de cada um desses integrantes do processo. Também era discutida a semelhança com assistente simples, mas excluída por não poder ser afetado no processo *inter alios*. Por fim, ainda que se aproximasse do *custos legis*, vez que sua atuação era justificada quando “em jogo certos valores reputados essenciais, que o sistema não quer que fiquem à margem da tutela oferecida mediante o processo”<sup>26</sup>, também não tinha participação equiparada ao Ministério Público. A instigante discussão confirma a expressão cunhada por Cassio Scarpinella Bueno: o *amicus curiae* seria um terceiro enigmático<sup>27</sup>.

26. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. I, n. v. II. p. 421.

27. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 622.

Consolidada a natureza jurídica de intervenção de terceiros, diferencial de relevo do CPC/2015 foi prever a possibilidade de atuação da pessoa física como *amicus curiae*, o que se mostra relevante nas hipóteses de precedentes fixados em demandas de repercussões gerais. Traçada, assim, nota distintiva do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, por ampliar a atuação para pessoas naturais, além das jurídicas.

Quem pode desempenhar o papel no direito brasileiro, vale dizer, quem pode levar ao Estado-juiz vozes dispersas da sociedade civil e do Estado naqueles casos em que de alguma forma serão sensivelmente afetados pela decisão serão as pessoas físicas ou jurídicas, a exemplo de associações de classe e ONG.

Pode atuar como *amicus curiae* qualquer ente representante das vozes da sociedade, lembrando sempre que o simples interesse individual não justifica sua atuação, eis que deve deter característica colaborativa, um interesse institucional colaborativo-democrático. Sendo assim, distingue-se o *amicus curiae* do assistente, cuja condição para intervenção depende justamente da demonstração do interesse jurídico (que não seja neutro), enquanto o *amicus curiae* é o “(...) interveniente comprometido e interessado juridicamente<sup>28</sup> na solução a ser dada ao caso (...)”<sup>29</sup>. Ou seja, “não se trata aqui, de interesse jurídico-processual típico da intervenção de terceiros, nem de legitimidade para agir (co-legitimação), mas

28. Seria esta a diferença entre o *amicus curiae* e as demais figuras de interventores no processo, ele não se agrega à relação jurídica processual, seu interesse decorre da análise genérica de questões jurídicas, não lhe interessando a situação pormenorizada das partes. (VIANA JÚNIOR, Dorgival. *Op. cit.*)

29. *Id. Ibid.*

de permissivo de participação de entidades e pessoas com interesse na matéria (...)”<sup>30</sup>.

Assim é que, a dicção do art. 138 do CPC/2015 fala em relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia, além do critério de representatividade do *amicus curiae*.

Compreende-se na relevância, o traço de extravasamento do tema jurídico versado para além do âmbito da relação processual subjetiva, de modo que o impacto difuso ou transindividual (multiplicação de precedentes) sustenta o interesse especial (jurídico) do *amicus curiae*. Em síntese, a relevância da matéria consubstancia o requisito qualitativo, para além dos litigantes.

A especificidade do tema objeto da controvérsia, por sua vez, tem relação com o conhecimento do *amicus curiae* acerca do assunto. Isto porque deve ser útil ao processo e à formação do convencimento do juiz ou órgão julgador.

Já a repercussão social da controvérsia tem conotação quantitativa, diz respeito ao impacto da decisão sob os prismas sócio-político-econômicos, para além do conteúdo jurídico, sem excluir sua importância como agente capaz de suplantar interesses da sociedade.

Quanto ao pressuposto de representatividade adequada do requerente, deve expressar valores de determinado grupo, classe ou categoria, congregando

30. MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. *Amicus curiae*: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da Ajuris*. n. 99. Porto Alegre: set. 2005. p. 167. *Apud* LEAL, Monia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. *Revista de Direito Público*. V.5. n. 21. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, maio/jun, 2008.

elementos úteis ou necessários ao conhecimento da matéria, evitadas medidas que acarretem retardos na marcha processual (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB/88). Portanto, na análise da representatividade, tem-se em vista a capacidade de colaborar em benefício da jurisdição. Todo e qualquer grupo que demonstre interesse institucional poderá motivar seu ingresso adequadamente.

Preenchidos os requisitos para admissão do instituto, inclusive por revelar pertinência temática entre requerente interveniente e o objeto em debate jurídico, será admitida a atuação desse ente em ações *in abstracto* de controle de constitucionalidade e também em todas aquelas em que há fixação de *ratio decidendi* cujo julgado pode sobejar o caso particular em análise, especialmente quando a questão constitucional ensejar repercussão geral (artigo 1035, §§ 4º e 5º, do CPC/2015).

Assim, para estabelecer a relevância da matéria e a representatividade do ente, importante sejam avaliados, no mínimo, o destaque indicativo ou, pelo menos atentar às situações em que emergem conveniente o “diálogo entre a norma questionada e os valores dispersos pela sociedade civil ou, até mesmo, com outros entes governamentais”<sup>31</sup>.

Para sua participação ser positiva, é importante que o “amicus curiae” seja um agente que, na solução de tema relevante de seu interesse institucional, agregue um contraditório cooperativo, com ganho de eficiência pela transparência de seus reais interesses, concisão de elementos importantes ao debate colaborativo.

Cabe em última análise ao “amicus” contribuir com elementos de fato e/ou de direito, além de técnico-científicos relacionados à matéria em julgamento. Assim, municia o julgador com elementos

relevantes à decisão, canalizando interesses institucionais do grupo que representa e, que seria afetado, em algum grau, pela matéria em debate no processo.

A teor da necessidade de representação por advogado, cumpre mencionar que o CPC restou silente. O art. 323, § 3º, do Regimento Interno do STF sinaliza ser indispensável que a manifestação ocorra por procurador habilitado. Ilustrou essa indispensabilidade do advogado, a decisão na ADPF 180/SP<sup>32</sup>, no qual Pleno do STF decidiu ser necessária assinatura de advogado no requerimento de admissão, sob pena de não conhecimento. A conclusão não é pacífica, pois há autores que consideram desnecessária a representação por advogado nas intervenções provocadas ou mesmo nas voluntárias<sup>33</sup>.

O *amicus curiae* pode ser convidado, mas também viável requerer sua admissão a qualquer tempo, desde que antes de iniciado o julgamento do feito, a ser apreciada pelo juiz ou relator. Depois de admitido no processo, prevista a manifestação do terceiro no prazo de 15 dias, tendo poderes para fornecer informações, ofertar memoriais, participar das audiências públicas.

Entretanto, inviável a interposição de recurso da decisão judicial de mérito, exceto o sucedâneo de embargos declaratórios e a interposição de recurso especial ou extraordinário contra a decisão exarada em incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 138, §§ 1º e 3º, e, 987, do CPC/2015).

Sendo assim, enquanto colaborador da Justiça com certo interesse na demanda, ele “não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento”<sup>34</sup>,

ou seja, o objeto decidido não faz coisa julgada material contra si, não detendo legitimidade, portanto, para recorrer. Tampouco detém legitimidade para ajuizar ação rescisória.

Em relação ao pedido de admissão como *amicus curiae*, expressa a norma processual ao anunciar a irrecorribilidade. De outra senda, ausente menção na hipótese de inadmissão do requerimento, o que faz com que a matéria comporte diferentes entendimentos.

No particular, o E.STF assentou, por maioria de votos, ser soberana a decisão do relator que inadmite o *amicus curiae* em recurso extraordinário de repercussão geral (RE 602.584<sup>35</sup>). Segundo o citado precedente, não cabe recurso contra a decisão que inadmite o *amicus curiae*, por tratar-se de privilégio do requerente, um mero agente colaborador, e não sua prerrogativa processual. Levou-se em conta na ocasião a previsão do novo CPC que apenas estatui a possibilidade de oposição de embargos de declaração para prestar esclarecimentos.

*Contrario sensu*, a jurisprudência em controle concentrado (v.g. ADI 3396), tem admitido agravo regimental nas hipóteses de indeferimento do pedido de ingresso como *amicus curiae*, ou seja, nessa trilha, é possível recorrer da decisão que rejeita a admissão de terceiro no processo<sup>36</sup>.

O “colaborador da corte” tem o “objetivo precípua subsidiar o julgador com elementos técnicos

Teori Zavaski, J. 12/02/2015, DJ 12/03/2015.

35. BRASIL. STF, RE 602.584 AgR-segundo, Relator: Exmo. Min. Marco Aurélio de Mello, Redator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, ac. publicado em 20-03-2020.

36. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3396/DF, Relator Ministro Celso de Melo, Tribunal Pleno. Publicado DJe 14-10-2020.

31. BUENO, Cassio Bueno. *Op. cit.* p. 206.

32. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 180/SP. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento 14/07/2009. Publicado no DJe 146, em 05/08/2009.

33. TUPINAMBÁ, Carolina. *Op. cit.* p. 118.

34. STF, ADI 3460-ED, Pleno, relator Exmo. Ministro

e científicos acerca da matéria objeto da controvérsia posta, visando a correta aplicação do direito ao caso concreto<sup>37</sup>. Permite o resplandecer do contraditório com a norma e o conteúdo jurídico a lhe ser sedimentado, a fim de contribuir para o diálogo em torno da previsão legal e de aplicação da norma jurídica. Instaura, assim, uma conotação cooperativa/colaborativa desse contraditório, que, por consequência, revela-se participativo.

A partir disso, o escopo é a realização da justiça por meio de um conhecimento adensado por informações técnicas e sociais necessárias à qualidade da decisão jurisdicional.

### 3. Aspectos relevantes na seara trabalhista

No processo do trabalho o amadurecer do sistema de precedentes e a inclinação a coletivizar demandas confluem tendências de potencial concreto para impactar toda a sociedade, tornando-se solo fecundo para a figura do *amicus curiae*.

A partir do vértice da repercussão da decisão para além da relação processual subjetiva, importante analisar as bases legais quanto à uniformização da jurisprudência na seara trabalhista, donde surgem decisões que repercutem na jurisdição especializada.

Isso porque da mesma forma que acontece com a participação no processo de confecção de normas (legislativo), a produção judiciária pela doutrina dos precedentes demanda maior número de atores sociais. Afinal, a atualidade contempla uma plêiade de

temas jurídicos que geram comandos conceituais (*ratio decidendi*), que tocam a realidade de fatos subjacentes da sociedade, difusamente, revelando o interesse jurídico da coletividade, conforme relevância da matéria.

Tal fenômeno é visualizado no contexto de produção de julgamentos com efeitos de precedentes vinculativos, que no processo do trabalho teve inicial regulação pela Lei 13.015/2014, que alterou os artigos 894, 896, 897-A e 899 da CLT, e acrescentou os artigos 896-B e C, com incorporação do sistema de uniformização de jurisprudência e alteração do sistema recursal trabalhista, prevista a participação de terceiros interessados na controvérsia, restrita às Cortes Superiores (§ 8º do art. 896-C).

Em decorrência de tais disposições, editado o Ato Pres/TST 491/SGJUD.GP, de 23/09/2014. Nessa esteira, ajustado o artigo 169 do Regimento Interno do TST, com referência às disposições de uniformização de jurisprudência para regulamentar o procedimento.

Por consequência, revistos regimentos internos das cortes regionais, de modo a atender o comando de uniformização. Ilustra a questão, o regional paranaense, ao incluir um capítulo próprio no Título III do Regimento Interno, para tratar da “uniformização de jurisprudência e do rito dos recursos repetitivos e da reclamação” e, sob estas perspectivas já apreciados 103 temas<sup>38</sup>.

A atuação do *amicus curiae* somente era admitida nas Cortes Superiores. Já com a aprovação da Lei 13.105/2015, inaugurando uma nova era para o direito processual civil brasileiro, houve subsequente edição da Instrução Normativa 39/2016, pelo TST, a qual dispôs sobre a aplicabilidade das

normas do Código de Processo Civil de 2015 ao processo do trabalho.

O importante normativo dirimiu várias questões de relevo, dentre elas a aplicação do *amicus curiae* no processo do trabalho (art. 3º, II, da IN/TST 39/2016), expressamente reconhecida a integral incidência do artigo 138 do CPC/2015 e seus parágrafos, diante da compatibilidade da previsão e omissão na legislação especial.

Também necessário assinalar o disposto no art. 3º, XXIII, da Instrução Normativa TST 39/2016, que admitiu a incidência no processo do trabalho dos artigos 926 a 928 (jurisprudência dos tribunais) do CPC/2015.

Mediante referidas previsões legais do processo comum, facultada a admissão do *amicus curiae* nos incidentes de resolução de demandas repetitivas pelos tribunais regionais (IRR, no C. TST) e nos incidentes de assunção de competência (IAC) e de arguição de inconstitucionalidade (incidental). As teses fixadas nessas hipóteses, conforme relevância da matéria, podem justificar a atuação do ente com interesse institucional na questão jurídica a ser fixada, que integra a relação processual não como parte, nem terceiro, mas *amicus curiae*, evidenciada a especificidade do caso/relevância da matéria (artigos 138, *caput*, e, 950, § 3º, do CPC) ou repercussão geral (art. 982, § 3º, do CPC/2015).

Insta salientar a relevância e a repercussão geral presentes em decisões das Cortes Superiores com efeitos *erga omnes*, mas devido à maximização do sistema de precedentes, simetricamente ampliada a preocupação de instituir o mecanismo de modo mais frequente nas cortes regionais. Afinal, com a disciplina judiciária dos precedentes, importante zelar não apenas pela tese fixada, como também pela *ratio decidendi* do julgado que a instala, porque passível de extensão para além dos limites subjetivos

37. DOMINGUES, Diego Sigoli. *Amicus curiae no direito brasileiro: breves considerações sobre sua aparição até sua posituação no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://diegosigoli.jusbrasil.com.br/artigos/390513762/amicus-curiae-no-direito-brasileiro-breves-consideracoes-sobre-sua-aparicao-ate-sua-positivacao-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acessado em 12/09/2020.

38. Informação da tabela constante no site do TRT9, <https://www.trt9.jus.br/bancojurisprudencia/api/v1/incidentes/pdf?tribunal=TRT9&listaTipo=IUJ>.

do processo, aquilatando o significado da função do *amicus curiae*<sup>39</sup>.

Noutra esteira, malgrado vetado o artigo 333 do CPC/2015, que tratava da coletivização das demandas individuais, a realidade trabalhista convola o uso amplo de ações coletivas promovidas pelos sindicatos (diga-se, em substituição ordinária – artigo 8º, III, da CRFB/88), e ainda pela legitimação extraordinária do Ministério Público do Trabalho.

Ante o consolidado uso das ações coletivas no âmbito trabalhista, eventual repercussão relevante na comunidade justificará a admissão do *amicus curiae*, inclusive coincidindo com a pessoa física do próprio trabalhador, por exemplo, em ação promovida pelo Ministério Público em favor de determinada categoria. Deve o relator zelar apenas para que múltiplas

39. Sendo assim, revela-se importante sua atuação para representar interesses “particulares e disputas em que as ramificações políticas são mais amplas do que a presente numa visão estreita do litígio de direito consuetudinário poderia indicar. Os grupos inerentemente fracos na arena política ou incomparavelmente dotados de recursos de riqueza ou habilidades preferem, de maneira bastante natural, serem os líderes no uso do mandato. O crescimento dos processos regulatórios e do estado de bem-estar tem desempenhado um papel significativo na promoção da organização do grupo e na conscientização para a determinação de políticas pelo Judiciário” (tradução livre, do original: “*particular and disputes where political ramifications are wider than a narrow view of common law litigation might indicate. Groups inherently weak in the political arena or unergally endowed with resources of wealth or skills have quite natureally been de the leaders in the use of the brief. The growth of the regulatory process and de welfares state have played a significant role in fostering group organization and na awareness os policy determination by the judiciary*”). SAMUEL KRISLOV. *The amicus curiae brief: From friendship to advocacy*. p. 720-721. *Apud* BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.* p. 84.

participações não acarretem vulneração ao princípio da efetividade (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88).

Traçado o panorama geral, importa sinalizar que nas demandas coletivizadas ou de fixação de teses/temas/súmulas jurídicas no âmbito trabalhista, parece ser pacífica a faculdade de atuação do ente representativo com interesse institucional, desde que as decisões envolvam ampla repercussão e a matéria seja relevante.

De mais a mais, a figura do *amicus curiae* tal como estatuído no art. 138 do CPC amolda-se perfeitamente ao contexto processual trabalhista, cumprindo tão somente referenciar a aplicação subsidiária do processo comum, inclusive quanto à questão recursal.

No tocante à lacuna deixada pela norma processual no que diz respeito à recorribilidade (ou não) da decisão que inadmitte o requerimento de ingresso *amicus curiae* no processo do trabalho, tem-se que o TST consolidou entendimento sobre o tema, no sentido de que está “inserido nas faculdades exclusivas do relator, as quais não se submetem ao crivo do Tribunal, pois, nos termos da lei, referido instituto detém natureza de diligência predominantemente instrutória (...)”<sup>40</sup>.

O exame da matéria no Pleno do TST percorreu a análise de decisão do STF que asseverou não haver comprometimento de qualquer direito subjetivo na recusa do pedido de habilitação de *amicus curiae*, tampouco prejuízo ou sucumbência ao requerente, fundamentos suficientes para justificar a

40. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo Regimental em Incidente de Assunção de Competência nº 5639-31.2013.5.12.0051, Tribunal Pleno, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 20/09/2019.

jurisprudência do Tribunal que nega legitimidade recursal ao requerido<sup>41</sup>.

Na esteira, o *amicus curiae* é um colaborador processual da justiça que não se vincula ao resultado do julgamento, sua presença ocorre em benefício da jurisdição, não configurando direito subjetivo do interessado. Nesse sentido também, o teor da decisão do STJ, que entendeu não ser impugnável por agravo interno a decisão que indeferiu a admissão do *amicus curiae*<sup>42</sup>.

As vertentes teóricas apresentadas até o momento deságuam na materialização de casos concretos. Por sua vez, estes demonstram a riqueza do debate e revelam grande contribuição da ferramenta na construção de decisões judiciais sólidas, a conferir maior espectro democrático e segurança jurídica à sociedade.

## Considerações finais

As mudanças que estão em curso revelam o *amicus curiae* como tendência inequívoca da modernidade, um instrumento atualmente regulado pelas normas processuais para democratização do processo judicial, a partir da atuação cooperativa na tomada de decisões pelos órgãos competentes.

Nessa dinâmica, a alteração do modelo de interpretação constitucional e a conformação do sistema do *civil law* com o sistema de súmulas vinculantes, inaugurado a partir da Constituição Federal de 1988, conduziu ao amadurecimento do instituto na seara do direito pátrio, inclusive como pilar de legitimação das decisões que valem como

41. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.460-ED/DF. Relator: Ministro Teori Zavascki. DEJT 15-06-2007.

42. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 18/12/2018.

precedentes para casos futuros, em verdadeiro prestígio ao princípio da segurança jurídica reafirmado pela vontade do legislador da norma processual de 2015.

Reconhecida a importância do mister conferido ao *amicus curiae*, evidencia-se incremento do contraditório no processo, com viés cooperativo e colaborativo num diálogo interdisciplinar e entre os múltiplos protagonistas da realidade subjacente ao tema em julgamento, resultando em decisões de impacto

coletivo, precedentes e incidentes de uniformização da jurisprudência.

Dito de outro modo significa que no panorama de uma sociedade aberta e plural, a figura do *amicus curiae* detém papel fundamental a amparar questões específicas e relevantes para toda conjuntura social do país. No particular, a atuação do *amicus curiae* na Justiça do Trabalho, a par de acompanhar a nova processualística, consolida o uso das ações coletivas

com vistas à proteção de direitos socialmente previstos na Constituição.

Em arremate, consolidado que o *amicus curiae* é um terceiro distinto de todas as figuras previstas na intervenção processual, na esteira de contribuir com o contraditório colaborativo e adensar elementos para a interpretação constitucional, atribuição particularmente importante diante do caráter vinculante da decisão jurisdicional que requer manifestação prévia e plural da sociedade civil.



## LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO DO TRABALHO

SERGIO PINTO MARTINS

### 1. Introdução

Exige-se no processo uma conduta adequada das partes, que devem pautar-se com base na determinação da lei. Não estamos mais diante da fase em que o processo era um duelo privado entre as partes, sendo que havia um árbitro que não tinha jurisdição outorgada pelo Estado, ou seja: o poder de dizer o direito nos casos concretos a ele submetidos, de impor a solução às partes, utilizando, inclusive, de meios coercitivos para tanto.

Neste trabalho irei examinar a evolução da legislação e da jurisprudência sobre a aplicação da litigância de má-fé no processo do trabalho, o artigo 1.531 do Código Civil e também na audiência telepresencial.

### 2. Evolução do instituto

Chiovenda lecionava, por volta de 1900, que as partes deveriam proceder com lealdade e boa-fé no processo, ficando a parte que agisse de maneira temerária responsável pelas despesas processuais a que deu causa.<sup>1</sup> Inicialmente, o dever de lealdade processual era apenas do advogado, por uma questão de ética, para mais tarde ser estendido às próprias partes.

No Código de Processo Civil de 1939, os honorários de advogado eram devidos em razão da atividade judicial desnecessária. Somente depois de alguns anos é que se passou a adotar a sucumbência,

ou seja, a parte pagaria honorários de advogado se perdesse a demanda, independentemente de ter dado causa indevidamente à atividade jurisdicional.

Do dever moral das partes e dos procuradores procederem com lealdade e boa-fé, passa-se à obrigação legal de ter boa-fé no processo (art. 5º do CPC). Trata-se, por conseguinte, de um dos princípios éticos do processo.

Havia decisões que entendiam que a litigância de má-fé não poderia ser aplicada no processo do trabalho, pois haveria o deferimento de uma verba que não tem natureza trabalhista. É o que se verifica do seguinte acórdão:

“Litigância de má-fé – Processo Trabalhista – Totalmente inaplicável no processo do trabalho o instituto da litigância de má-fé, quer contra o empregado, quer contra o empregador” (Ac. da 2ª T do TRT da 9ª R, RO 16.496/95, j. 5.11.96, Rel. Juiz Ricardo Sampaio, DJ PR 21.2.97, p. 290).

Afirmava-se que o trabalhador não teria, em tese, interesse em protelar o andamento do processo.

A maioria da doutrina admitia a aplicação da pecha de litigante de má-fé no processo do trabalho e as penalidades daí decorrentes, como Amauri Mascaro Nascimento,<sup>2</sup> Wagner Giglio,<sup>3</sup> Christóvão Piragibe Tostes Malta.<sup>4</sup>

No TST há acórdão no mesmo sentido:

“Litigância de má-fé – Aplicação no processo do trabalho. O princípio da lealdade processual, com a consequente sanção pela conduta temerária ou protelatória da parte, tem plena aplicação no processo do trabalho, por força da subsidiariedade dos art. 14 e 17 do CPC. Recurso de Revista conhecido e desprovido” (TST, Ac. da 2ª T, RR 174.474/95.5-3ªR, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, j. 5.6.96, DJU I 2.8.96, p. 26.059).

Com a determinação expressa do artigo 793-A da CLT a litigância de má-fé se aplica ao trabalhador, ao empregador e ao terceiro interveniente no processo. Não há mais qualquer dúvida, se ela existia, da sua aplicação ao empregado.

A redação da CLT é semelhante ao CPC de 2015. A diferença é empregar reclamante, em vez de autor; reclamado, em vez de réu.

As partes devem proceder em juízo com lealdade e boa-fé, não só nas suas relações recíprocas, como também em relação ao próprio juiz. Outro dever moral que as partes devem ter em juízo é o de dizer a verdade, procedendo com probidade no processo, ajudando o juiz na busca da real solução da lide, de maneira a encontrar a justa composição da demanda. Não se quer dizer, entretanto, que as partes e seus advogados não possam esgotar o contraditório e a ampla defesa, de acordo com os meios e recursos a eles inerentes, porém sempre de acordo com os mandamentos legais e mediante lealdade e boa-fé, que devem nortear qualquer indivíduo, em qualquer lugar, especialmente no processo. Assim, as partes também têm o dever de colaborar com a

1. CHIOVENDA, Giuseppe. *La condanna nelle spese giudiziali*. 2ª edição. Roma: Società del for italiano, 1935, pp. 325/332.

2. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 337/8.

3. GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 8ª edição. São Paulo: LTr, 1994, p. 175/8.

4. MALTA, Tostes. *Prática do Processo do Trabalho*. 22ª edição. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1991, p. 30.

administração da Justiça, verificando a correta aplicação da norma legal, possibilitando ao magistrado fazer sua função principal, como órgão do Estado, que é dizer o direito das partes. Não se poderá abusar, contudo, do direito de exercício dessas faculdades processuais.

Litigante de má-fé é a parte. Não é o advogado. No assédio processual, as vítimas são uma das partes e o Estado.

### 3. Litigância de má-fé

Modernamente, os deveres de lealdade processual, probidade e moralidade não são apenas dos procuradores, mas passaram também a ser das próprias partes.

São deveres das partes, de seus procuradores e de todas as pessoas que de qualquer forma participam do processo (art. 77 do CPC). Isso quer dizer que envolve as partes, mas também as pessoas que intervêm no processo, como, por exemplo, no caso de assistência litisconsorcial.

Os deveres das partes são:

- a- expor os fatos em juízo conforme a verdade;
- b- não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;
- c- não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito. Pedir para ouvir testemunha por precatória e quando chega perto da data desistir da oitiva. Requerer perícia inútil ou em lugar que não existe mais;
- d- cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;
- e- declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial

ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

- f- não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso (art. 77 do CPC).

O principal desses deveres é o de que as partes procedam no processo com lealdade e boa-fé.

Nas hipóteses das letras *d* e *f*, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça (§ 1º do art. 77 do CPC). Nas demais, não precisará, portanto, advertir as partes.

A violação ao disposto nas letras *d* e *f* constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até 20% do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta (§ 2º do art. 77 do CPC). O teto máximo da multa é de 20% sobre o valor da causa e não sobre o valor da condenação. A imposição de multa não é faculdade do juiz, mas obrigação, pois a lei emprega o verbo *dever* e não *poder*.

Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa anteriormente mencionada será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97 do CPC (§ 3º do art. 77 do CPC).

A multa é devida à União, dependendo da inscrição em dívida ativa para ser cobrada. Logo, não pode ser exigida na Justiça do Trabalho, pois depende da referida inscrição. A competência é da Justiça Federal para a cobrança da multa. A multa poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos artigos 523, § 1º, e 536, § 1º do CPC (§ 4º do art. 77 do CPC).

A forma do recolhimento da multa será por meio de guia, como se fossem custas.

O prazo de pagamento da multa será fixado pelo juiz.

Não há necessidade de depósito da multa para poder recorrer, por falta de previsão legal nesse sentido.

Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º do art. 77 do CPC, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará (§ 6º do art. 77 do CPC).

Reconhecida violação ao disposto na letra *f*, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º do art. 77 do CPC (§ 7º do art. 77 do CPC).

O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar (§ 8º do art. 77 do CPC).

A natureza da litigância de má-fé é publicista, de ordem pública, tanto que o juiz pode aplicá-la de ofício. Tem natureza punitiva, de punir o litigante de má-fé.

Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente (art. 793-A da CLT). O dispositivo é bastante claro no sentido que a litigância de má-fé se aplica tanto ao empregador, como ao empregado, mas também no caso de intervenção de terceiros.

Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- a) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso. Pretensão diz respeito à postulação feita pelo autor.

Defesa é o ato do réu de opor motivos pelos quais o pedido deve ser rejeitado. A pretensão ou a defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso independe de dolo do litigante, basta a configuração de uma ou outra hipótese. A pretensão ou a defesa tem de ser contra texto expresso de lei que dispõe exatamente em sentido contrário à afirmação da parte ou fato incontroverso. Se o fato é controverso, não se pode falar em litigância de má-fé.

A expressão *texto expresso* é redundante, pois não existe texto de lei que não seja expresso. Não é tácito.

Pretensão ou defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso independe de dolo do litigante, basta a configuração de uma ou outra hipótese;

b) alterar a verdade dos fatos.

A alteração da verdade dos fatos pode compreender fatos inexistentes, negando fatos existentes, fazer afirmação falsa de fatos verdadeiros.

A CLT não usa o advérbio *intencionalmente* para a alteração da verdade dos fatos.

Dispõe o art. 142 do CPC que se o juiz ficar convencido de que autor e réu estão fazendo uso do processo para praticar ato simulado ou atingir fim proibido por lei proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

A parte não pode mentir de forma consciente e deliberada;

c) usar do processo para conseguir objetivo ilegal.

A parte pretende usar do processo para conseguir objetivo expressamente vedado pela lei ou por ela não permitido. Não se confunde com a hipótese

em que as partes fazem acordo para usar o processo com fim proibido por lei;

d) opor resistência injustificada ao andamento do processo.

Processo vem do latim *processus*, que mostra a ideia de marcha para frente, de caminhar adiante. No caso, o caminho é para obter a prestação jurisdicional por meio da sentença.

A resistência injustificada tem por objetivo a chicana e a protelação no andamento normal do processo. A resistência tem de ser injustificada, no sentido de ações ou omissões. Se a resistência é justificada, não se pode falar em litigância de má-fé. Normalmente quem faz resistência injustificada é o réu, mas poderá ocorrer em relação ao autor, se ele sabe que sua tese não vai prevalecer em juízo.

Pode ser exemplo a parte retirar os autos do cartório e não devolvê-los no prazo fixado.

O inciso II do art. 774 do CPC considera ato atentatório à dignidade da justiça a oposição maliciosa à execução, por intermédio do emprego de ardis e de meios artificiosos pelo executado;

e) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo. Proceder de modo temerário é proceder de forma afoita, precipitada, imprudente, bastando a verificação da forma empregada pela pessoa sem que a parte meça as consequências de seu ato.

A temeridade pode ser decorrente de dolo ou de culpa. A temeridade por dolo é manifestada quando a parte tem intenção de praticar o incidente ou o ato processual. A temeridade por culpa decorre do fato de que a parte não pondera sobre as razões de sua postulação e isso implica incidente temerário no processo. Não se faz distinção na espécie de culpa.

Pode ser o procedimento de fornecer endereço errado do autor, de testemunhas. Ouvir testemunha que nada sabe sobre os fatos;

e) provocar incidente manifestamente infundado.

Infundado é o que não tem fundamento. A utilização de incidentes manifestamente infundados ocorre com a alegação de incompetência de foro, de impedimento ou suspeição do juiz, de falsidade do documento, de requerer perícia inútil visando ganhar tempo;

f) interpor recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 793-B da CLT).

O intuito tem de ser manifestamente protelatório. O advérbio *manifestamente* tem sentido de clareza.

Será difícil demonstrar um recurso que tem intuito manifestamente protelatório, salvo se for contra a jurisprudência já pacificada sobre certa matéria, em que exista súmula vinculante do STF, súmulas de tribunais superiores etc.

Seriam manifestamente protelatórios os recursos: (a) intempestivos, (b) incabíveis, como no caso de recurso contra decisão interlocutória.

Recurso apresentado contra decisão que adota súmula vinculante do STF é protelatório, diante da observância obrigatória da referida súmula por todo o Poder Judiciário (art. 103-A da Constituição).

As hipóteses do artigo 793-B da CLT são taxativas. Não se usa a expressão *tais como* para que fossem exemplificativas.

O artigo 80 do CPC também é taxativo.<sup>5</sup> Não é meramente exemplificativo, pois não usa também

5. No mesmo sentido Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. Comentários ao Código Civil, coordenação de Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, vol. 2, p. 72; Carlos Alberto de Salles Comentários ao CPC, vol. 1, p. 436; Kleber Clazzaro, Código de processo

a expressão *tais como*. O dispositivo não dá exemplos de condutas, pois não se usa a expressão por exemplo.<sup>6</sup>

O artigo está incluído na seção sobre responsabilidade sobre dano processual, isto é, que ocorre no curso do processo.<sup>7</sup>

A boa-fé é exigida tanto nos contratos (art. 422 do Código Civil) como no processo (art. 5.º do CPC).

Será considerada litigante de má-fé a parte que apresentar fac-símile e o original não estiver em perfeita concordância com a peça apresentada (parágrafo único do art. 4º da Lei n.º 9.800/99).

A pena pela litigância de má-fé, porém, é atribuída à parte e não ao seu advogado, como se verifica do artigo 16 do CPC.

As regras do art. 793-B da CLT não exigem reiteração. Podem ser praticadas uma única vez.

Ainda há outros dispositivos no próprio CPC proibindo o abuso de direito processual. Praticando o devedor ato atentatório à dignidade da Justiça, como os descritos no art. 774 do CPC, o juiz aplicará ao devedor multa em montante não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução (parágrafo único do art. 774 do CPC). O § 2º do art. 1.026 do CPC estabelece que, se os embargos de declaração opostos forem protelatórios, o juiz ou tribunal, declarando expressamente que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa, que não poderá exceder de 2% sobre o valor atualizado da causa. O art. 142 do CPC menciona

civil comentado, p. 208.

6. Entendendo que o artigo é exemplificativo: Renato Beneduzi. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, vol. II, p. 103.
7. MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 913

a hipótese de que o juiz ao verificar, pelas circunstâncias da causa, que o autor e réu se utilizam do processo para a prática de ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, deve proferir sentença obstando aos objetivos das partes, extinguindo o processo sem julgamento de mérito. Quando ambas as partes têm por objetivo conseguir fim ilegal não há litigância de má-fé recíproca, mas colusão, sendo aplicável o artigo 142 do CPC, devendo ser extinto o processo sem julgamento de mérito.

#### 4. Litigância de má-fé no processo do trabalho

9. A litigância de má-fé aplica-se ao processo do trabalho, diante da previsão expressa do artigo 793-B da CLT. Havendo controvérsia entre empregado e empregador e daí decorrendo a litigância de má-fé, haverá competência da Justiça do Trabalho para impor a penalidade. Assim sendo, a litigância de má-fé não será observada apenas em relação ao empregador, mas também em razão dos atos praticados com má-fé pelo empregado. Embora não seja uma verba de natureza trabalhista, decorre da atividade processual, sendo que ambos os litigantes devem proceder em juízo com lealdade e boa-fé, ficando sujeitos às penalidades do art. 81 do CPC.

É comum no processo do trabalho acontecerem as seguintes hipóteses, entre outras não lembradas:

1. autor ajuizar ação pedindo verbas pagas, pleiteando tudo, inclusive o indevido ou pedir além do devido, quando deveria postular apenas aquilo que entende lhe ser devido;
2. a petição inicial não conter o correto valor da causa, sendo atribuído à exordial um valor apenas simbólico e na audiência inicial pretende-se um valor completamente irreal. Nesse caso, há falta de lealdade processual, impossibilitando a conciliação, que é o fim

primordial da Justiça do Trabalho. O mesmo ocorre quando não se dá valor à causa, omitindo-se inclusive as verbas líquidas que se pretende receber;

3. fazer perícia sabidamente desnecessária;
4. protelar o andamento da execução, praticando incidentes infundados e desnecessários, opondo embargos à execução com fins meramente protelatórios, ou impugnações vazias de conteúdo;
5. denunciar pessoa errada à lide ou apenas denunciar com efeito de procrastinar o andamento do feito;
6. dizer que as testemunhas não compareceram à audiência, quando na verdade nem sequer foram convidadas;
7. oferecer endereços incompletos ou errados das testemunhas ou das próprias partes;
8. saber o réu da existência de processo em curso, em fase de execução, deixando o feito andar de forma desnecessária até a penhora, para alegar nulidade de citação;
9. alegar o reclamante que trabalhou em uma empresa, sabendo que na verdade trabalhou para empresa completamente distinta, fundando-se em circunstâncias completamente inexistentes;
10. fazer provas inúteis ou diligências totalmente desnecessárias;
11. procurar advogados diversos para ajuizar mais de uma ação contra a mesma empresa e com o mesmo objeto ou semelhante;
12. propor ação em Vara completamente incompetente, somente com o intuito de dificultar a parte contrária de se defender;

13. pleitear valores em completo descompasso com o salário percebido durante o contrato de trabalho;
14. pedir para ouvir testemunha por carta precatória, com o intuito de protelar o andamento do processo, para depois desistir da referida carta ou não comparecer para a oitiva dos depoimentos.<sup>8</sup>

Não se pode dizer, porém, que é litigante de má-fé quem narra os fatos de maneira lacunosa ou omite intencionalmente fatos essenciais ao julgamento do feito, como nesse último caso previa anteriormente a legislação. Hoje, o inciso III do art. 793-B da CLT não faz menção àquela hipótese, pois havendo omissão intencional de fatos fundamentais para o julgamento da causa, haverá prejuízo à própria parte, que terá o ônus processual de provar suas afirmações, inclusive quanto àquelas que foram omitidas. Inexiste litigância de má-fé quando a parte interpõe recurso, que resulta improvido, mas apresenta um conjunto mínimo de razoabilidade. O fato de a parte sucumbir não a torna litigante de má-fé, desde que não esteja evidenciada a má-fé na postulação e que suas pretensões sejam defensáveis. Da mesma forma, fatos alegados e não provados não caracterizam litigância de má-fé.

De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou (art. 793-C da CLT).

As determinações do art. 793-C da CLT são cumulativas, isto é, a condenação não se restringirá apenas à multa de 1% sobre o valor da causa,

mas à aplicação das demais penalidades. A multa tem natureza de sanção processual. A indenização corresponde ao pagamento para reparar o prejuízo causado.

É preciso verificar, porém, se todas as penalidades previstas no art. 793-C da CLT aplicam-se no processo do trabalho.

São aplicáveis no processo do trabalho as perdas e danos pela litigância de má-fé de que trata o art. 793-C da CLT, por expressa disposição do referido preceito legal.

Todas as despesas que a parte incorreu em razão da litigância de má-fé deverão ser reembolsadas pelo *ex adverso*, quando impugnadas pela primeira. Seriam as despesas com viagens, xerox, traslados, instrumentos ou até com testemunhas, se for o caso, porém estas não terão descontadas em seus salários as faltas ocasionadas pelo seu comparecimento para depor, desde que devidamente arroladas ou convocadas (art. 822 da CLT).

Os honorários de advogado serão devidos pelo litigante de má-fé, inclusive o empregado, salvo se este gozar dos benefícios da justiça gratuita. A sentença é que irá fixar os referidos honorários, que serão arbitrados pelo juiz até 20% sobre o valor da condenação. Gozando o empregado dos benefícios da justiça gratuita e modificada essa situação, a parte contrária poderá requerer, em qualquer fase da lide, a revogação dos benefícios da assistência judiciária, provando a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão. É o que ocorreria caso o empregado ganhasse valor considerável na própria ação, podendo pagar a penalidade a que foi condenado pela litigância de má-fé.

Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juízo condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária

(§ 1º do art. 793-C da CLT), como ocorre com os que intervirem no processo como terceiros.

O juiz não poderá condenar solidariamente a parte e seu advogado, pois a penalidade é dada apenas quanto à parte e os terceiros intervenientes no processo e não seus procuradores, como se depreende do art. 79 do CPC. Mesmo aqueles que tiverem ganho de causa poderão ser condenados como litigantes de má-fé, pois esta penalidade não decorre da sucumbência. Não possuindo o juiz elementos para estipular o *quantum*, determinará a liquidação por arbitramento na execução.

O art. 793-C da CLT estabeleceu que o litigante de má-fé deverá pagar à parte contrária multa superior a 1% e inferior a 10% sobre o valor da causa.

Essa regra é aplicável no processo do trabalho, tanto ao empregado, como ao empregador ou o interveniente no processo, sendo cumulativa com os honorários de advogado e as despesas processuais incorridas pelo lesado. O valor da causa deve, portanto, corresponder ao pedido (art. 291 do CPC), para que sobre ele passe a incidir a nova penalidade. A multa será superior a 1%, mas inferior a 10% sobre o valor da causa. Poderá ser inferior a 10%, de acordo com o livre arbítrio do juiz, mas não poderá ser de 10%. Ele poderá fixar a multa em valor inferior a 2% quando o valor da causa for alto e, em razão disso, se for aplicado o porcentual integral, tornar-se inócua a pena, pela impossibilidade do litigante de má-fé pagá-la.

O empregado não terá isenção da multa, pois a assistência judiciária gratuita abrange os honorários de advogado e não penas de natureza processual.

Se o sindicato postula como substituto processual e pratica a litigância de má-fé será a ele imposta a penalidade. O mesmo ocorrerá se a agremiação atuar como assistente litisconsorcial da parte ou o reclamante é que for o assistente litisconsorcial do sindicato, quando este propuser a ação como

8. MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p 293.

substituto processual. Entretanto, se a ação é movida pelo reclamante, com a assistência judiciária do sindicato (Lei n. 5.584/70), litigante de má-fé será o reclamante e não o sindicato, pois parte é o trabalhador e não a agremiação.

A pena de litigante de má-fé pode ser aplicada de ofício pelo juiz ou tribunal (art. 793-C da CLT), sem qualquer requerimento da parte prejudicada ou de ação própria, pois o litigante de má-fé atenta contra a administração da Justiça, cumprindo ao juiz prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 139, III, do CPC), além de se tratar de norma de ordem pública. Assim, quando: o autor não dá o correto valor à causa, pois os pedidos líquidos são inferiores ao valor indicado à causa na inicial; as partes apresentam endereços próprios falsos ou incompletos ou em relação a suas testemunhas; o autor postula verbas já recebidas, apresenta cálculos absurdos e com valores exagerados; a reclamada pratica qualquer ato protelatório no processo, impõe-se ao juiz aplicar a pena de litigância de má-fé. Inexistirá decisão *ultra* ou *extra petita*, pois a observância da penalidade independe de provocação da parte ou de pedido, visto que decorre do poder de polícia do juiz.

Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (§ 2º do art. 793-C da CLT). A multa não pode ser fixada em salários mínimos, como o faz o § 5º do art. 77 do CPC, pois violaria o inciso IV do art. 7º da Constituição. Logo, está correta a fixação em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

O valor da indenização será fixado pelo juízo ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos (§ 3º do art. 793-C da CLT).

O parágrafo único do artigo 32 da Lei n.º 8.906/94 estabelece que “em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com o seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”, perante a Justiça Comum.

Não será, porém, apurado no próprio processo em que a litigância de má-fé ocorreu, mas em outro processo.

O artigo 37 da Lei n.º 8.906/94 reza que o advogado responde em caso de danos causados ao cliente por ação ou omissão, no exercício da advocacia. O cliente terá direito de regresso contra o advogado em processo próprio.

Deve haver intenção do advogado de praticar tal ato para se aplicar a litigância de má-fé com base no citado dispositivo, pois o CPC reza que litigante de má-fé é a parte e não seu procurador. A solidariedade, porém, poderá ser aplicada, pois decorrente de lei.

Se o juiz verificar a litigância de má-fé no processo, poderá aplicar a penalidade no próprio processo do trabalho, de maneira incidente, desde que caracterizado o intuito de lesar a parte ex-adversa.

Do contrário, não apurada a intenção do advogado em lesar a parte contrária, é mister que a má-fé seja apurada em ação própria perante a Justiça Comum.

A litigância de má-fé deve ser aplicada mais de uma vez se o litigante incidir novamente em cometer atos tipificados como de litigância de má-fé.

Outro dispositivo que deve ser aplicado na Justiça do Trabalho é o art. 940 do Código Civil, por força do parágrafo único do art. 8º da CLT. Reza aquele mandamento legal que “aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no

primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”. A disposição em comentário tem, portanto, o caráter de penalidade. Independe de que haja prejuízo ao réu mesmo que o prejuízo seja inferior à cifra a lhe ser paga, bastando a existência de malícia ou dolo por parte do autor, ou até mesmo culpa grave, como entende a jurisprudência do cível, para que seja aplicada. Entretanto, a “cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 940 do Código Civil”, conforme esclarece a Súmula 159 do STF. É claro que o art. 940 do Código Civil não deve ser aplicado quando o autor postula as verbas que entende devidas, sem qualquer malícia, mesmo não obtendo integralmente êxito na sua postulação, pois o direito de petição, de postular em juízo e da ampla defesa são assegurados na própria Constituição (art. 5º, XXXIV, *a*, XXXV, LV).

Caso o reclamante faça pedido de verbas já recebidas, sem fazer a competente ressalva, deve ser condenado a devolver o que pleiteou de forma dobrada. Se o autor também pedir mais do que lhe é devido, ficará obrigado a pagar à parte contrária o equivalente ao que for exigido. Penso que a parte também poderá pedir a observância do art. 940 do Código Civil mediante o ajuizamento de ação autônoma ou por meio de reconvenção. Parece que o referido preceito não pode ser aplicado de ofício pelo juiz, por ser uma norma que depende do interesse do litigante, fazendo pedido. É uma regra em que não prepondera o interesse público sobre o particular, mas, ao contrário, o interesse tutelado é inteiramente o do particular, tratando-se, assim, de um direito subjetivo da parte, de uma faculdade de exercê-lo ou não. Da mesma forma, não poderá ser pleiteado na contestação, pois depende de pedido para haver condenação, que só é feito mediante ação autônoma ou por intermédio de reconvenção. Já apliquei o referido mandamento legal num caso em que o

sindicato ingressou com ação cobrando contribuições assistenciais que já estavam pagas e a empresa pediu, em reconvenção, a observância do preceito legal em comentário. Contudo, se o autor desistir da ação antes de contestada a lide, a pena não pode ser aplicada (art. 941 do Código Civil), até porque a litiscontestação ainda não foi instaurada.

Não se pode dizer que o artigo 1.531 do Código Civil foi revogado pelos artigos 14 a 18 do CPC, ou que estes últimos dispositivos teriam mitigado a aplicação do primeiro, como entendia o Ministro Mário Guimarães. Discorda Washington de Barros Monteiro desse ponto de vista, afirmando que “comprovada a má-fé do autor, ao reclamar dívida já paga no todo ou em parte, sem ressalva das quantias anteriormente recebidas, deve arcar com a pena cominada ao seu procedimento doloso e extorsivo”,<sup>9</sup> Maria Helena Diniz entende da mesma maneira, ao esclarecer que “não há que se falar em absorção do art. 1.531 do Código Civil pelos art. 16 a 18 do Código de Processo Civil. Há uma relação de complementação entre esses artigos, pois eles não se excluem, mas se completam”.<sup>10</sup>

A determinação do artigo 940 do Código Civil é posterior à redação dos artigos 79 a 81 do CPC e, portanto, não foi revogada pelos últimos. Eles não se excluem, mas se complementam.

Há a possibilidade da aplicação cumulativa da litigância de má-fé e do art. 940 do Código Civil, pois cada um deles tem fato gerador distinto. Enquanto a litigância de má-fé decorre da falta de lealdade processual, entre outras coisas, a aplicação do art. 940 do Código Civil advém de se pedir o que já

foi recebido ou pedir além do devido, sendo, portanto, uma forma de compensar aquele que foi acionado com o pedido daquilo que já havia sido pago ou além do devido. As determinações que versam sobre litigância de má-fé são normas de direito processual, encontradas no CPC, enquanto a regra do art. 940 do Código Civil é uma norma de direito material, de responsabilidade civil, sendo, portanto, uma sanção civil. A indenização prevista neste último dispositivo é de Direito Civil, enquanto a do CPC é de Direito Processual. Visa o art. 940 do Código Civil apenas dar segurança ao lesado, protegendo-o contra exigências abusivas, bem como assegurar-lhe uma reparação pelo dano causado, daí a sua dupla finalidade. Logo, não há que se falar em *bis in idem*, pois as hipóteses de incidência são diversas.

A aplicação da litigância de má-fé ao *improbus litigator* e do art. 940 do Código Civil deveria ser observada em todos os casos em que há abusos no processo do trabalho, visto que muitas ações têm sido abusivamente ajuizadas na Justiça do Trabalho, servindo para congestionar as pautas das Varas e impossibilitando a conciliação – fim precípuo da Justiça Obreira –, a celeridade e a economia processual. O juiz do trabalho tem por obrigação coibir as chicanas e os excessos praticados por aqueles que estão imbuídos de má-fé. Essas penalidades devem ser aplicadas inclusive ao reclamante, ainda que em valor módico, mas apenas para ressaltar o caráter pedagógico da pena, de acordo com as possibilidades do trabalhador de pagá-la, para que não incida mais em praticar atos de litigância de má-fé. O juiz não deverá condenar o empregado, por exemplo, a pagar um valor a título de litigância de má-fé muito alto, de maneira a impossibilitar seu adimplemento, pois a sanção não terá eficácia, devendo condená-lo num montante que possa pagar e represente um corretivo, de forma a não mais praticar atos temerários no processo. Exemplo: caso o empregado ganhe \$ 200,00

por mês e seja condenado a pagar como litigante de má-fé o valor de \$ 20,00, estamos diante de um valor razoável, pois o empregado poderá pagar os \$ 20,00 e para ele aquele valor será uma penalidade. Caso alguma verba seja devida pelo reclamante no processo, deverá ser descontada da penalidade aplicada, porém não se poderá deixar de observar a contagem dos juros legais em relação ao autor como forma de compensação com a litigância de má-fé.

Assédio processual não tem previsão em lei. Visa desencorajar alguém a continuar litigando no processo. Cria incidentes no processo. Caracteriza abuso de direito de demandar. O conjunto dos atos mostra que o objetivo é protelar o andamento do processo. Não se aplica multa, por falta de previsão legal, mas defere-se indenização.

## 5. Conclusão

A aplicação da litigância de má-fé ao “*improbus litigator*” e do artigo 1.531 do Código Civil deveria ser observada em todos os casos em que há excessos no processo do trabalho, visto que muitas ações têm sido abusivamente ajuizadas na Justiça do Trabalho, servindo para congestionar as pautas das Juntas e impossibilitando a conciliação – fim precípuo da Justiça Obreira –, a celeridade e a economia processual.

O juiz do trabalho tem por obrigação coibir as chicanas e os excessos praticados por aqueles que estão imbuídos de má-fé.

As penalidades acima referidas devem ser aplicadas inclusive ao reclamante. A pena de litigante de má-fé deve ser adotada em relação ao obreiro, ainda que em um valor módico, mas apenas para ressaltar o caráter pedagógico da pena, de acordo com as possibilidades do trabalhador de pagá-la, para que não incida mais em praticar atos de litigância de má-fé. O juiz não deverá condenar o empregado, por exemplo,

9. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1984, v. 5, p. 410.

10. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, p. 489.

a pagar um valor a título de litigância de má-fé muito alto, de maneira a impossibilitar o seu adimplemento, pois a sanção não terá eficácia, devendo condená-lo num montante que possa pagar e represente um corretivo, de forma a não mais praticar atos temerários

no processo. Exemplo: caso o empregado ganhe R\$200,00 por mês e seja condenado a pagar como litigante de má-fé o valor de R\$ 20,00, estamos diante de um valor razoável, pois o empregado poderá pagar os R\$20,00 e para ele aquele valor será uma

penalidade. Caso alguma verba seja devida pelo reclamante no processo, deverá ser descontada da sanção aplicada, porém não poderá deixar de observar a contagem dos juros legais em relação ao autor como forma de compensar a litigância de má-fé.



**BRUNO FREIRE**

ADVOGADOS

*10 anos*

SÃO PAULO | RIO DE JANEIRO | BRASÍLIA

[www.brunofreire.com.br](http://www.brunofreire.com.br)



