

CFC - Simpósio

O Novo CPC e os impactos

no Processo do Trabalho



Dias 15 e 16 de setembro de 2014

Sumário

“Abertura do Simpósio: “O novo CPC e seus impactos no processo do trabalho”	3
“Aspectos gerais do novo CPC”	7
“Negociação processual”	25
“Aspectos gerais da prova”	51
“Coisa julgada”	61
“Ação rescisória”	69
“A decisão judicial”	79
“Sistema de Solução dos Recursos Repetitivos”	91
“Ônus da prova”	103
“A Força dos Precedentes Judiciais no Estado Federativo”	120
“Cortes constitucionais e cortes superiores”	138
“Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”	148
“Execução”	158
Painel “Impactos do novo CPC no processo do trabalho”	171
Painel: “Os impactos do novo CPC no processo do trabalho”	180
Painel: “Os impactos do novo CPC no processo do trabalho”	188
Conferência: “Os princípios no(s) projeto(s) de novo CPC”	203
“Encerramento do Simpósio”	220

“Abertura do Simpósio: “O novo CPC e seus impactos no processo do trabalho”¹

Ministro João Oreste Dalazen

Bom dia, senhoras e senhores.

Na qualidade de Diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, Enamat, tenho a grata satisfação de declarar aberto o presente Simpósio - O Novo CPC e os Impactos Sobre o Processo do Trabalho. Enquanto aguardamos a chegada do nosso conferencista de abertura, Professor Fredie Didier Júnior, que dentro de instantes adentrará o nosso recinto, gostaria de saudar a presença honrosa dos Srs. Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, dos Srs. Desembargadores, dos Srs. Juízes do Trabalho.

Nesta ensolarada, quente e seca manhã, ainda de outono do Planalto Central, aprez-me receber, abraçar e saudar a todos os participantes deste Simpósio. Esta é mais uma atividade acadêmica que se inscreve no elenco dos cursos de formação continuada promovidos pela Enamat ao longo deste ano. Sejam as minhas primeiras palavras, portanto, de saudação cordial aos Srs. Ministros, aos Srs. Desembargadores, aos Srs. Juízes do Trabalho, que acorreram pessoalmente ao Simpósio, bem assim àqueles que o acompanham à distância, pela transmissão simultânea, via Internet. Saúdo também os Srs. servidores do Tribunal Superior do Trabalho que igualmente acompanham as atividades do simpósio a partir de sua retransmissão no auditório da Enamat, em prédio anexo a este. De forma particular e expressiva, saúdo os Srs. Professores que ministrarão as palestras e as conferências deste Simpósio. A todos antecipo, desde já, os meus mais sinceros agradecimentos pela relevantíssima contribuição, pela relevantíssima colaboração com a Enamat. A realização deste evento evidentemente só foi possível mercê da boa vontade e do espírito público dos Srs. Professores que aquiesceram ao nosso convite.

Senhoras e senhores, o motor da excelência da atividade judicante revela-se, como é por todos sabido, no adequado preparo dos Magistrados. Não há outra

¹ Abertura do Simpósio proferido na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 15 de setembro de 2014, às 8h30. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

medida para o aperfeiçoamento, o engrandecimento e a efetividade da justiça, senão a constante, ampla e profunda preparação dos Magistrados de seus quadros. E essa é, como sabemos, a missão constitucional da Enamat. Escola Nacional, a Enamat articula-se com as escolas judiciais das vinte e quatro Regiões da Justiça do Trabalho para promover a incessante preparação de seus juízes, seja em curso de formação inicial, etapa obrigatória no vitaliciamento dos Magistrados, seja em cursos de formação continuada, realizados a exemplo do Simpósio que ora se inicia, realizados de forma presencial ou pelo rico instrumento do ensino à distância.

Depois de mais de quarenta anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973 e de inúmeras alterações que se seguiram, ao que tudo indica, emerge da produção legislativa do Congresso Nacional um novo Código de Processo Civil. A reformulação das normas contidas no Código, como se sabe, é exuberante e profunda, na busca de incorporar os avanços da doutrina do Direito Processual Civil, ciência que, no País, como sabemos, reúne nomes celebres e produção riquíssima.

O perfil que se desenha esboça mudanças radicais, a acenar com novos padrões de processo e procedimento, a fim de enfrentar a universal, tormentosa e atormentadora questão da lentidão na outorga da prestação jurisdicional. É verdade que não se sabe ao certo e precisamente nesta quadra a amplitude das novas normas processuais e institutos que emergirão.

Como ninguém ignora, o projeto de lei originário do Senado enfrentou modificações substanciais na Câmara dos Deputados e retornou ao Senado Federal, onde ora tramita para a palavra final sobre o Código. Inegável, todavia, que muitas normas já estão aprovadas e é provável que disporemos, em breve, de uma nova normatização aplicável ao processo civil, a partir da sanção do projeto de lei. Inegável igualmente que o processo do trabalho, no qual outrora tanto se abeberou o processo civil, hoje é nitidamente caudatário do processo civil, sobretudo devido às gigantescas dificuldades que temos para aprovação de qualquer alteração da CLT.

Essas dificuldades, do ponto de vista político na aprovação de quaisquer iniciativas que alterem a CLT, inclusive em matéria processual, ficaram muito evidentes na recente Lei n.º 13.015/14.

Os senhores certamente já se deram conta de que lá não se contempla, por exemplo, multa por embargos de declaração protelatórios. O nosso anteprojeto naturalmente contemplava, para se estabelecer a mesma simetria que há com o processo civil. A lei não contempla multa em caso de agravo manifestamente infundado de decisões denegatórias de recurso. Nós contemplávamos, unicamente para manter a simetria com o processo civil. Tudo isso foi expurgado no Congresso Nacional. E a nova lei não contempla. Precisaremos nos abeberar agora, supletivamente, do Código de Processo Civil, para tanto. O § 5.º do art. 896, que trata das decisões monocráticas do Relator, também não está consagrado. Estava. Agora precisaremos nos socorrer do art. 557 do Código de Processo Civil para que o Relator, no TST, possa proferir decisões monocráticas de trancamento ou de provimento de recurso de revista. Realço esses aspectos, Srs. Ministros, apenas para demonstrar que, infelizmente, somos cada vez mais caudatários do processo civil, em função dessas injunções políticas.

Efetivamente sabemos que algumas experiências bem sucedidas do processo do trabalho, em diversos aspectos, culminaram adotadas pelas sucessivas reformas do processo civil, a exemplo da citação pelo meio postal, como sabemos, a exemplo do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, que é um corolário do princípio da oralidade, e que no processo civil sofreu uma grande mitigação, mediante a redução do cabimento do agravo de instrumento, e a exemplo também da conciliação obrigatória, promovida em duas fases do procedimento do dissídio individual do processo trabalhista. São exemplos da influência que o processo do trabalho exerceu historicamente sobre o processo civil. Se isso é certo, não menos certo é que, de uns tempos a esta parte, o processo civil avança e moderniza-se de forma muito mais célere e admirável.

O processo civil, por exemplo, como sabemos, promoveu recentemente avanços nos procedimentos de execução e de cumprimento das sentenças, com inegáveis ganhos na efetividade dos atos dessa fase processual. Tais medidas, inclusive, incentivaram e inspiraram o anteprojeto de lei elaborado pelo Tribunal Superior do Trabalho, que o submeteu ao Senado Federal em 2011, reformulando a execução trabalhista. Desde 2011 tramita esse projeto de lei, que trata de forma especial o procedimento da execução trabalhista. Ainda não logramos alcançar aprovação do Congresso Nacional.

Mesmo sendo possível a discussão acadêmica acerca da autonomia científica do Direito Processual do Trabalho, em cotejo com o Direito Processual Civil, parece inquestionável que não se cuida de compartimentos estanques da ciência do Direito. Ao contrário, há vasos comunicantes entre esses dois ramos da ciência do Direito, e o diálogo permanente entre eles pode e deve ser encetado com proveito recíproco, a nosso ver. De sorte que o futuro Código de Processo Civil tende a impactar sobretudo o processo do trabalho mediante a aplicação supletiva, cada vez mais intensa, dadas as notórias lacunas de que, lastimavelmente, ainda se ressente a Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesta perspectiva, entendo que incumbe a uma escola para juízes, como é de intuitiva percepção, antecipar e promover a preventiva reflexão acerca das mudanças que se avizinham com vistas a prevenir e a fazer antever aos Magistrados os avanços, os novos sistemas propostos e, desde logo, as dificuldades que a novel legislação imporá. Reunimo-nos, pois, hoje e amanhã, para aprender e debater as novidades da futura lei na companhia de alguns dos melhores nomes do Direito Processual Civil brasileiro, muitos dos quais pessoalmente envolvidos na assistência técnica ao Congresso Nacional, no curso do processo legislativo. Senhoras e senhores, tenho a grata satisfação de convidar, para compor a Mesa e proferir a conferência inaugural, o eminente Professor Fredie Souza Didier Júnior.

“Aspectos gerais do novo CPC”²

Fredie Didier Júnior

Bom dia a todos, meus caros.

Eu queria, antes de mais nada, agradecer o convite do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Ministro Dalazen. Cumprimento o meu amigo e Ministro Cláudio Brandão e o meu amigo e Ministro Vieira de Mello, que está ali presente. Já pensamos neste projeto há alguns meses. Há uns seis meses, moldamos este evento. Deu tudo certo, pelo visto. É excelente a programação. Eu queria também falar a razão do atraso. O meu voo atrasou uma hora. Por isso estou começando agora. Não gosto de me atrasar, mas, neste caso, a culpa não foi minha. Vim da Bahia num avião, que atrasou tanto que vim direto do aeroporto para cá. Nem fui ao hotel.

A minha palestra é uma palestra de abertura. Vou falar sobre as generalidades a respeito do novo Código. Vou contar um pouco a história da tramitação, o que aconteceu e o espírito do novo Código.

Os senhores sabem que começou a tramitar o projeto do novo CPC, em junho de 2010, no Senado Federal. Curiosamente, vejam que foi há quatro anos, exatamente no período eleitoral, com eleição para Presidente da República e para 2/3 do Senado. Nada obstante, de junho a dezembro de 2010, um projeto de novo Código tramitou no Senado e se encerrou. Eles conseguiram fazer tramitar e aprovar, em quatro meses - não foram quaisquer quatro meses; foram quatro meses de uma eleição presidencial e para 2/3 do Senado -, um projeto de novo Código de Processo Civil. Só para os senhores terem a dimensão do que significa isso, ao longo de nossa história, tivemos dois Códigos de Processo, um de 1939 e um de 1973, ambos em períodos ditatoriais: Estado Novo e Ditadura Militar. Nunca o Brasil teve a experiência de debater democraticamente um CPC.

Não temos experiência com isso. Não sabemos como é que se faz isso. Se os senhores levarem às últimas consequências, não sabemos como fazer isso em relação a nenhum código, seja ele qual for. O próprio Código Civil é de 2002, mas o projeto

² Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 15 de setembro de 2014, às 9h. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

dele é de 1972. Ele ficou de 1972 até 2002 tramitando. Quando assumimos a consultoria na Câmara dos Deputados, para ajudar na tramitação, percebemos o relato dos próprios funcionários de que não havia, na Câmara, em Brasília, nenhum funcionário que soubesse como um código tramitava. É um negócio interessantíssimo. A última vez que um código tramitou na Câmara foi em 1984. E aí não havia memória. Ninguém sabia como tramitavam as coisas. Junto com os competentíssimos funcionários da Câmara, fomos aprendendo como se faz um código, num regime em que se tem de ouvir todo mundo. Quando falo todo mundo, é claro que não somos só nós do mundo jurídico; é claro que não são só vocês do mundo trabalhista que foram ouvidos - inclusive, estavam muito bem representados, diga-se de passagem; a Assessoria Parlamentar dos senhores é excelente -, é também o Ministério Público e a Defensoria Pública. Isso é o básico que os senhores imaginam que qualquer lei que impacte a nossa atuação passa por isso. Tivemos de ouvir, por exemplo, o Conselho Federal de Economia. Pensa-se: o que o Conselho Federal de Economia tem a ver com CPC? Pois ele tem; é a parte de perícia. Havia uma parte lá que falava da perícia para avaliação de empresa na dissolução de sociedade. Consta: Perícia. O Juiz determinará perícia contábil. Estava assim no texto. O Conselho Federal de Economia reclamou disso. “Por que perícia contábil? Tem de ser perícia”. Um economista pode fazer a avaliação de uma empresa. É uma boa observação, não é? Tanto é que ficou perícia. Não ficou perícia contábil. É apenas um exemplo para mostrar para os senhores como é complexa a tramitação de um projeto que atinge um número absurdo de relações jurídicas, como é o CPC.

Pois bem. Quatro meses no Senado, foi para a Câmara dos Deputados. Começou a tramitar na Câmara em 31 de agosto de 2011. Ficou na Câmara de 31 de agosto de 2011 até 26 de março deste ano. Foram dois anos e meio de tramitação. A Câmara pegou o projeto do Senado e o reformatou. A versão da Câmara é muito diferente da versão do Senado, muito diferente. Estou fazendo essa observação por uma razão muito simples. Percebo que, quanto ao CPC, muitos dos senhores estão ainda com a memória auditiva relativa ao anteprojeto. Muitos de vocês ouviram falar do anteprojeto, mas ficaram com o conhecimento do projeto a partir do anteprojeto. Não tem nada a ver. Cuidado com o que falam e com o que ouvem. Cuidado, pois é muito diferente.

Essa versão da Câmara, amadurecida em dois anos e meio de discussões, chegou ao Senado agora e começou a tramitar em junho deste ano e vai terminar

depois das eleições. Então, o Código será publicado, se não na última semana de novembro, certamente será antes do Natal – porque, para sancionar, tem de ir de Presidente para Presidente. Então, isso é uma realidade atual. Não adianta mais acharmos que foi para as calendas. O Código não está nas calendas, o Código é uma realidade viva.

A versão da Câmara corresponde mais ou menos, pelo que estamos percebendo do Senado, a 98% do que vai ficar. O Senado vai fazer alguns ajustes. E o que o Senado pode fazer agora é não aceitar o que a Câmara fez em alguns pontos, ou seja, ele recusa a mudança feita pela Câmara ou resgata o texto do Senado. Só há essas duas possibilidades. O Senado pode eventualmente não aceitar um ou outro acréscimo feito pela Câmara ou recusar mudanças que a Câmara tenha feito e optar pelo texto dele anterior. Pelo que já vimos, pelo que estamos discutindo com a comissão do Senado, 98% do projeto é da Câmara. Então, é um bom material para começar se vocês tiverem acesso à versão da Câmara; vocês terão um bom panorama.

Os principais temas da versão da Câmara estão neste Congresso, que fez uma espinha dorsal das principais mudanças que repercutirão necessariamente no processo do trabalho. Está bem esquadrihado, os senhores vão perceber ao longo das exposições. Como a mim coube fazer uma exposição geral, quero fazer um passeio. Vou passear e dar as minhas impressões, fazer, digamos, os *highlights* do novo CPC, pelo menos na minha visão, e aquilo que certamente vai repercutir na atuação de vocês.

O primeiro grande destaque do novo CPC – e que fizemos com muito carinho – era o sistema de organização dos precedentes judiciais. Um determinado setor da Justiça brasileira, conhecido como um setor muito rápido e eficiente, deu-nos um *bypass* e conseguiu aprovar a lei antes da gente. É a Lei n.º 13.015/14, vocês a conhecem bem, acabou de ser publicada, é a lei que muda o processo de trabalho. A lei é espetacular por sinal e foi um grande *bypass* que vocês nos deram, porque vocês pegaram o que estava no projeto e conseguiram aprovar antes do CPC. Para nós é muito bom, porque, com isso, a argumentação política para a tramitação do novo código facilitou muito; já existe uma lei que acabou de ser publicada, com questões realmente sensacionais.

A lei é muito boa. Os senhores estão de parabéns, sobretudo a assessoria parlamentar, pois a lei foi aprovada rapidamente.

Aquele aspecto da lei nova que trata dos recursos de revista repetitivos e da necessidade de observância dos precedentes, inclusive deixando claro que os TRTs têm o dever de uniformizar a jurisprudência, pela primeira vez, na nossa história, temos um texto de lei que obriga os tribunais uniformizarem a jurisprudência. Isso é exatamente o que está no projeto do novo do CPC. Claro que, *mutatis mutandis*, em vez de recursos de revista repetitivos, recurso especial e recursos extraordinários repetitivos. Só há uma diferença substancial. Há diferenças mais procedimentais - algumas das quais até já encaminhei ao Ministro Cláudio e ao Ministro Luiz Philippe -, que estão na versão da Câmara e não estão na versão da lei que foi aprovada. São aperfeiçoamentos procedimentais dos recursos repetitivos, que conseguimos implementar na reta final da Câmara e que não deu tempo para entrar no projeto de lei. Sugeri a ambos que, na elaboração do Regimento Interno do TST, os senhores regulamentem o processamento dos recursos repetitivos, sobretudo com regras de prevenção e de escolha dos representativos da controvérsia. Será preciso escolher um recurso representativo da controvérsia para ser julgado. A experiência do STJ no assunto é muito útil para que se escolha bem um representativo da controvérsia, para que se definam regras de prevenção, regras para evitar duas afetações por dois Ministros, com recursos distintos - isso sempre dá um problema. Então, na reta final da Câmara, conseguimos fazer alguns ajustes em relação a isso, e sugiro que, no Regimento Interno também o façam, já que vocês vão começar a lidar com isso mais rapidamente, porque a lei já vai entrar em vigor¹. Então, as providências terão de ser tomadas rapidamente, porque a lei já vai entrar em vigor.

Tirando essa parte dos recursos repetitivos, o que vocês já incorporaram, há uma grande mudança que, na minha opinião, se aplica ao processo do trabalho. Diz respeito aos TRTs, e não ao TST, que é o incidente de resolução de demandas repetitivas, o já conhecido IRDR - incidente de resolução de demandas repetitivas-, que é um procedimento para julgamento de causas repetitivas em tribunais de segunda instância. Não é para o TST, no caso dos senhores seria o TRT. Isso é uma das estrelas do projeto do novo Código, um instituto novo, que me parece de total aplicação ao âmbito do processo do trabalho. A assessoria Parlamentar do TST até tentou, na Câmara, que ficasse expresso, no projeto do CPC, que ele se aplicasse ao processo do trabalho, que se colocasse um parágrafo, dizendo que se aplicava ao processo do trabalho, porque seria muito bom. Por que não aceitamos essa sugestão? Não por não se aplicar, mas por uma razão: se fôssemos dizer tudo o que se aplica... Quase tudo se aplica. Então, teria de ter um parágrafo para cada um, dizendo

que isso e aquilo se aplicam. Isso daria problema na interpretação e se, por ventura, esquecêssemos de alguma coisa, diriam: “Você esqueceu, então é porque não aplica”. Então, preferimos ficar na regra geral. A regra geral, que é o art. 15 da versão do CPC, diz que o CPC se aplica subsidiária e supletivamente ao processo do trabalho e, obviamente, a jurisdição trabalhista construirá o que é adequado e o que não é adequado.

Em minha concepção, o IRDR é totalmente adequado. Ele é um pouco diferente dos recursos repetitivos. Volpe vai falar amanhã sobre ele. Volpe é um dos arquitetos do regramento na versão da Câmara. Os senhores verão que ele se aplica aos TRTs. Há um procedimento um pouco diferente, porque tudo indica que o IRDR é um procedimento em que a causa não é julgada, diferentemente dos recursos de revista, em que, num recurso de revista repetitivo, o recurso selecionado é julgado. Quer dizer, além de se fixar a tese, julga-se o recurso selecionado.

No IRDR, tudo está a indicar – estou dizendo que tudo está a indicar, porque não está muito claro isso – que não se julga a causa, você fixa a tese. Quer dizer, o TRT fixa uma tese, que terá de ser aplicada em sua Região, tendo antes sido suspensos todos os processos em que aquela tese é discutida, e a tese passa a ser vinculativa naquela Região. O recurso especial extraordinário - no caso, para o STJ e para o Supremo, que venha no bojo do incidente - pode ter efeito suspensivo no Brasil todo. Acho que é o que vai acontecer aqui no âmbito trabalhista. Os TRTs processarão e deverão adaptar o seu regimento interno a isso, aos incidentes de resolução de demandas repetitivas na sua Região, fixando a tese. Os Juízes do Trabalho daquela Região são obrigados a seguir a tese fixada pelo TRT. É claro que é uma vinculação apenas lá, já que o TRT só tem poder naquela Região. O recurso de revista virá no bojo desse incidente para o TST, que, naturalmente, determinará a suspensão dos processos em que se discute aquela tese no Brasil. Aí, sim, irá fixar a tese que se aplicará em todo o Brasil. É um procedimento de racionalização das causas de massa.

É um pouco diferente dos recursos repetitivos, mas que convivem. Tanto é que a nova qualificação processual civil brasileira terá uma parte dedicada à organização, à gestão das causas repetitivas. Já estão no âmbito do Tribunal Superior - no caso, aqui no TST - e no âmbito dos tribunais de segundo grau - no caso dos TRTs. No nosso caso, no processo civil, estão no STJ e Supremo, e TJ e TRF. Serão duas formas de gestão: TJ

e TRF, será via IRDR; nos Tribunais Superiores, será via recursos repetitivos. Nesse sistema há uma grande mudança, que, sinceramente, não sei se os senhores irão acolher.

Fica uma reflexão e é bom falar isso aqui. Afinal de contas, quem vai decidir isto será o TST. É o seguinte sistema: o segundo grau, pelo IRDR, organiza as causas repetitivas; o terceiro grau - vamos chamar assim - organiza pelos recursos repetitivos. Esse sistema tem um pressuposto implícito na Câmara, que não está na lei dos senhores e não sei se irão incorporar. Qual é o pressuposto implícito? Não haverá mais juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários na origem. Uma vez aprovado o CPC, o especial e o extraordinário não passam mais pela admissibilidade na origem. Qual é o propósito? É que se descobriu, a partir de algumas pesquisas, que um Ministro do STJ, por exemplo - talvez a realidade seja muito semelhante aqui no TST -, tinha doze ou treze mil processos no gabinete. Desses doze ou treze mil processos, nove mil, ou seja, $\frac{3}{4}$ dos processos que tramitam no gabinete de um Ministro do STJ, correspondem a agravo para subir recurso especial. Não sei os números daqui.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen: - Aqui não é diferente.

O Sr. Fredie Didier Júnior: Era o que eu supunha. Então, $\frac{3}{4}$ do trabalho de um Tribunal Superior no Brasil é para discutir se um recurso especial vai subir ou não. É só isso. Para dizer se o recurso vai ou não subir - vejam, meus caros, isso é física -, ele levará uns dois anos. Se disser sim, o recurso subirá. Aí é que começa a tramitar o processo. Enquanto não disser isso, temos um *delta S* de uns quatro anos - isso é para quem se lembra de Física -, entre o dia que você entrou com um agravo no TRT ou no TJ ao dia em que o Ministro manda o recurso subir. O *delta S*, que é o deslocamento, é zero, porque o processo rigorosamente não saiu do lugar. Então, o que se fez na Câmara? Avançou-se - reputamos isso um avanço - dizendo que isso havia acabado. Como agora praticamente tudo é eletrônico - como aqui no TST também -, sobe.

O Ministro vai ter mais trabalho com isso? A primeira impressão que se tem é que não haverá mais trabalho. Onde está aquele quebra-molas, aquele filtro, que os TRTs usam para conter e diminuir o nosso trabalho? Os TJs e os TRFs também filtram para os Tribunais Superiores. A primeira impressão é esta: vai aumentar o trabalho dos Tribunais Superiores. Isso é um alto engano. Não vai aumentar o trabalho por uma razão

simples. Os Ministros do STJ é que revelaram isso para a gente. O que estava acontecendo? O sujeito entrava com agravo, e o Ministro decidia-o monocraticamente; agravo regimental. Julgava-se o agravo regimental e mandava o recurso subir, que era julgado monocraticamente. Agravo regimental. Julgava-se o agravo regimental. Um processo gerava quatro, sem contar embargos de declaração. É covardia colocar embargos de declaração em qualquer estatística. Vamos fazer de conta que os embargos de declaração não existem. Então, era o básico: decisão monocrática, agravo, decisão monocrática e agravo. Quatro decisões para um caso só. No final das contas é só um caso. É uma estrutura que movimenta para dar quatro decisões para um caso só. No caso do processo civil, o agravo para destrancar recurso especial e extraordinário não é o de instrumento. O dos senhores é de instrumento. No processo civil não é de instrumento desde 2008. O que significa não ser de instrumento? Não precisa mais fazer aquele instrumento com aquela confusão toda de peças. O recurso mais difícil de fazer na prática era o agravo para destrancar recurso especial e extraordinário, porque a quantidade de peças era uma coisa absurda. Hoje não. Desde 2008, basta que o advogado entre com a petição ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal dizendo que não gostou da decisão que não conheceu do recurso especial daquele. É uma petição simples, nos próprios autos, sem instrumento nem preparo. No processo civil, o agravo para destrancar recurso não tem preparo nem instrumento. Só que aqui tem instrumento. O instrumento acaba ajudando os senhores, quando falta uma peça. Aí dele não se conhece.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen: Está tudo digitalizado.

O Sr. Fredie Didier Júnior: Ainda há esse problema. No processo civil, não há mais isso. Não há mais peça que falte. Não há mais problema. Não existe mais “não conheço do agravo” como havia direto. No processo civil, não há mais isso, salvo se for por intempestividade. Então, é um alto engano. Todo mundo agrava. De cada dez, nove são agravos. Todo mundo agrava, porque é muito fácil. Então, para que esse quebra-molas? Esse quebra-molas estava fazendo mal, além de demorar. Então, tiramos essa quebra-molas.

Por que estou dizendo que isso é um pressuposto desse modelo? É que, agora, os Presidentes ou Vice-Presidentes do tribunal local – depende do Regimento Interno - mudam de função. Em vez de ser um controlador da admissibilidade do recurso especial e extraordinário, como é hoje – no caso dos senhores, é no recurso de revista -, ele passa a ser o gestor das causas repetitivas naquele tribunal. É uma função de administrador.

Ele é o gestor das causas repetitivas. Se há oitocentas causas repetitivas, ele – Presidente ou Vice-Presidente – passa a ter a competência para gerir isso. Vai escolher dois recursos modelos e provocar o Tribunal Superior para que este fixe a tese.

Enquanto isso, os processos lá ficam suspensos. Essa é a tarefa do Presidente do tribunal local. É um sistema que foi todo pensado para com isso diminuir o volume de recurso para o Tribunal Superior. As causas repetitivas ficam represadas no Tribunal. Escolhem-se dois modelos para encaminhar ao Tribunal Superior e lá fixar a tese e valer para todos. Isso irá se aplicar aos senhores? Isso é um mistério que cabe aos senhores refletirem, sobretudo o TST refletir se é o caso ou não de incorporar essa mudança. Sou suspeito para falar. Entendo que os senhores deveriam encaminhar sob pena de um sistema de recursos repetitivos ficar pela metade.

Os senhores que avançaram nos recursos repetitivos ao aprovar a lei antes da lei civil certamente vão encampar o IRDR. Disso não tenho dúvida. Não quero fazer profecia nem gosto disso. Imagino que os senhores vão incorporar o IRDR para que o sistema fique fechado - parece-me a melhor solução - e que os senhores entendam que, também em relação ao recurso de revista, a admissibilidade na origem desapareceria. É a minha impressão. Esse é o primeiro ponto.

Qual o segundo ponto que reputo muito relevante na Câmara e que acho que tem de incorporar ao processo do trabalho?

Quando o projeto começou a tramitar, o mote era o seguinte: vamos fazer um código para os processos andarem mais rapidamente. Vamos acelerar. Rapidez. Durante a tramitação, o mote mudou um pouco, o discurso mudou um pouco. O discurso deixou de ser só pela celeridade e passou a ser também pela melhora do processo: o processo tem de ser melhor. Para quem não é da área, é muito difícil explicar o fato de que um recurso não foi conhecido por dois centavos porque não havia um preparo de dois centavos, faltavam dois centavos. Entendemos isso perfeitamente, há lógica. Para dois centavos, é claro, não há preparo e não se conhece do recurso. Mas, para uma pessoa que não é da área, é difícil aceitar isso, o processo passa a ser algo ruim. O processo, que é um método desenvolvido pelo homem ao longo de dois mil anos para que decisões pudessem ser boas, depois, passou-se a pensar em decisões rápidas.

Não é preciso ser boa, é preciso ser rápida.

Será que é isso que queremos?

Houve essa mudança. A decisão tem de ser rápida? Sim, mas tem de ser boa. Se for rápida e ruim, não adianta nada, o processo terá sido um instrumento antiético porque terá dado uma decisão ruim com o selo estatal da coisa julgada, o que é pior. Então, houve instrumentos de aprimoramento do processo. Para nós, advogados - perdoem-me, sei que estou em um terreno “hostil”, é apenas um chiste, como diriam os baianos - uma das grandes conquistas do novo Código é o instrumento de combate à jurisprudência defensiva.

Sei as razões. Talvez, se eu fosse Ministro, eu estivesse também me defendendo. Enfim, os excessos precisavam ser combatidos e muitos deles estão sendo combatidos expressamente no projeto. Um deles, meus caros - sei que o TST pensa diferente, e espero que agora mude de orientação -, é a questão do recurso prematuro. O TST entende que, quando se interpõe o recurso antes do início do prazo, o recurso é fora do prazo, o que, do ponto de vista matemático, faz todo sentido. Já que o prazo é um espaço de tempo, fora do espaço de tempo - para trás ou depois - está fora do espaço de tempo. Portanto, é um recurso que não está no prazo. Do ponto de vista lógico, é perfeito.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen: Não é bem o TST que pensa assim. O TST viu-se na contingência de adotar essa solução em virtude da jurisprudência do Supremo.

O Sr. Fredie Didier Júnior: Mas o Supremo já mudou desde 2011, num *habeas corpus* relatado pelo Ministro Fux. Sei que a decisão do Supremo era essa, mas o Supremo já mudou, e o TST não mudou. Mas é do jogo. Jogo é jogado. Cada Tribunal tem a sua orientação. Como o texto do CPC não fala nada a respeito do assunto, o novo fala: “É tempestivo o ato praticado antes da intimação”. Agora, é texto expresso. Esse é um instrumento criado pelo Supremo, e o TST, como disse o Ministro Dalazen, encampou como instrumento de jurisprudência defensiva claramente.

Coisas como essa - espero sinceramente que diminuam - estão expressamente contrárias no projeto. Entretanto, há um aspecto de melhora, que será tratado na palestra do Sr. Cabral - é a especialidade dele -, que é a negociação processual.

A meu ver, é um ponto que os senhores, da Justiça do Trabalho, terão um mundo para explorar e muito a nos ajudar. Todos sabem que é possível fazer negócio sobre o que se discute no processo, e a Justiça do Trabalho é estruturada para isso, para que haja acordos quanto ao objeto do litígio. Todos sabem que é possível, só que o projeto do novo CPC estabelece uma cláusula geral de negociação sobre o processo.

Não é sobre o objeto do processo, é sobre o processo, é poder ajustar o processo negocialmente às peculiaridades da causa. Então, a consensualidade é atípica. É bom deixar isso registrado. A consensualidade atípica está indo para uma área em que não havia muita reflexão, que é a negociação sobre o processo. Vou falar de exemplos do processo civil. Não sei se os exemplos que darei agora se aplicam ao processo do trabalho, mas quero exemplificar para que os senhores pensem como seria possível isso no âmbito trabalhista. Não pensem que esses exemplos se aplicam ao processo do trabalho, mas são ideias.

Um exemplo: num processo civil, as partes poderiam decidir no sentido de que ninguém recorrerá, um acordo em que ninguém recorre. Nesse processo aqui, nós aceitamos a decisão do juiz. O juiz decidiu, estamos aceitando, confiamos nele, as duas partes confiam e ninguém recorre. É uma espécie de acordo de primeira instância. As partes poderiam fazer um acordo. Estou falando do processo civil. Ponham a cabeça para pensar em como seria possível isso no âmbito trabalhista. Um acordo de redução dos prazos ou dobra dos prazos. Nesse nosso processo aqui, os prazos são pela metade, mas aceitamos, queremos processos mais rápidos, e os prazos são pela metade. Ou achamos que o processo é muito complexo, e os prazos são dobrados.

No processo civil, será possível fazer um calendário processual negociado: juiz e partes - os três - poderão organizar um calendário para o processo. O que é isso? No dia tal será a testemunha tal; no dia tal, a perícia; no dia tal, a audiência tal. Seria como fazer um calendário com agendamento: “Todos concordam com o calendário e com o agendamento?”. Todos concordam. Ao se fazer isso, não haverá mais intimação. Toda a parte

burocrática das intimações ficará eliminada se o calendário for negociado. Isso é um negócio sobre o processo, e não sobre o que se discute no processo.

Vejam bem, quero que os senhores pensem sobre isso. O Dr. Cabral só falará sobre isso para os senhores pensarem mais. Pensem em um contrato de emprego que, por qualquer razão, não tenha força executiva, que não se permita uma execução extrajudicial, mas, no contrato de emprego, o empregado consegue colocar uma cláusula que diz assim: “Esse contrato serve como prova para uma ação monitória trabalhista”. Ele é prova de uma monitória trabalhista.

De modo que, se ele, empregado, entrar com a ação, o réu, empregador, não poderá dizer que não cabe monitória, porque já há um negócio dizendo que aquele documento serve para a monitória. Quer dizer, houve um acerto de que o procedimento monitório era apto para aquele tipo de procedimento. Enfim, são muitos problemas. Vocês pensarão: “Fredie, e o desequilíbrio que existe na relação trabalhista”? Existe, o projeto prevê isso e diz que, quando houver vulnerabilidade, o negócio é nulo. Mas não é pelo desnível que o negócio é nulo, porque, às vezes, o negócio pode favorecer - no caso dos senhores - o empregado. Pode ser um negócio que favoreça o empregado. Então, pode ser - é algo para os senhores pensarem -, totalmente aplicável ao processo do trabalho, mas, é claro, com adaptações. Totalmente aplicável.

Outro ponto que faço questão de registrar, e que me parece totalmente aplicável ao processo do trabalho, é o seguinte: os senhores já ouviram falar na chamada Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, uma teoria que nasceu na doutrina e que prega o seguinte: Nos casos em que houver prova diabólica, que é a prova impossível, ou nos casos em que a prova contrária for muito mais fácil do que a prova do fato. Quer dizer são duas situações: prova diabólica, prova impossível, ou nos casos em que a prova do fato contrário é mais facilmente obtida do que a prova do fato, o juiz pode, no caso concreto, redistribuir o ônus, fazer uma redistribuição do ônus no caso.

Essa é uma teoria que nasceu na doutrina e se consolidou na jurisprudência, sem lei. Não há lei que discipline isso. Uma teoria correta nasceu, sobretudo, pelo princípio da igualdade, mas não tem lei. O CPC vai regulamentar, integralmente, pressupostos formais e materiais para você conceder. Trata-se do art. 381 do projeto,

totalmente aplicável ao processo do trabalho. Os senhores sabem disso, muito mais do que eu, que há problemas relativos à prova no contrato de emprego gravíssimo, porque, às vezes, o empregado, por exemplo, não tem condições de provar e houve a necessidade de se construir teorias de inversão do ônus da prova, no âmbito do processo do trabalho, sob pena de o empregado não poder provar o que afirma. Justíssimo. Só que, agora, há respaldo normativo com os pressupostos que devem ser observados, inclusive formais, para esta distribuição. Isso me parece totalmente aplicável ao processo do trabalho.

Outro ponto que é digno de registro para ser falado aqui, no âmbito do processo do trabalho, é a mudança da coisa julgada. Corrijam-me se eu estiver errado. A CLT não cuida de coisa julgada. Então, todo o regramento da coisa julgada é do CPC. Assim, teremos, com o novo CPC, outro sistema de coisa julgada. O que aprendemos sobre coisa julgada? Eu, pelo menos, estou com isso muito claro na minha mente. O que aprendemos sobre coisa julgada? Foi legal, deu-nos uma boa base, sabemos até do que se trata a coisa julgada, mas vamos guardar isso aqui em um lugar e, agora, olhar para o novo CPC e ver outra coisa. É outro sistema.

Vou citar dois exemplos, até porque o Barioni irá falar sobre coisa julgada hoje, e vocês irão perceber isso. No primeiro exemplo, sei que o Cabral não concorda comigo, mas estou convicto em relação a isso. Acho que o Cunha concorda. O Código criou uma coisa julgada de decisões processuais. Obviamente, uma coisa julgada em decisões processuais só pode dizer respeito às questões processuais; seria uma coisa julgada de questões processuais.

Não é aquilo que entendemos, classicamente, como preclusão. Eu e o Cabral divergimos quanto a esse ponto. Embora eu ache que a nossa divergência seja mais terminológica do que essencial, mas divergimos. Para entendermos, classicamente, o que se sabe sobre preclusão é de uma estabilidade endoprocessual, você estabiliza dentro do processo, numa visão clássica. O que estou falando não se trata de uma estabilidade endoprocessual, mas, sim, de uma estabilidade endo e extraprocessual, quer dizer, para outro processo também haveria essa estabilidade. Vou dar um exemplo: ilegitimidade é uma hipótese de extinção sem exame do mérito. Não concordo com isso, mas é uma hipótese de extinção sem exame do mérito, objetivamente. Se o sujeito entra com a ação, e os senhores a extinguem por ilegitimidade, extinguem sem exame do mérito. Se ele repropuser, exatamente

igual? É difícil argumentar – embora acho possível –, mas vou falar de forma bem ortodoxa: é difícil argumentar que houve coisa julgada, que a decisão é processual, e, portanto, não há coisa julgada, repete e diz que, como a extinção foi sem o exame do mérito, não há impedimento para a repositura.

Pois bem. O próximo Código proíbe isso expressamente. Se o processo foi extinto sem exame do mérito ele não pode ser reproposto. Você tem de corrigir o defeito que deu causa a extinção e propor. Corrige-se o defeito e se propõe. Se não houver correção do defeito o réu vai poder alegar coisa julgada; não coisa julgada do mérito, porque o mérito não foi examinado, mas coisa julgada em relação à admissibilidade do processo.

O Cabral defende que isso não é bem uma coisa julgada; ele dá outro nome, mas ambos – porque é texto expresso do Código - concordamos, porque o Código é muito claro, que é uma estabilidade que se projeta para outro processo; não é só no dano, mas para outro. Então, o Juiz do segundo processo é obrigado a observar o que foi decidido. Tanto que cabe rescisória, meus caros! Vai caber ação rescisória de sentença que extingue o processo sem exame do mérito. Por quê? Porque ela impede a repositura. Pode-se até voltar a juízo, mas não da mesma forma que foi.

Segunda grande mudança - daria uma palestra só para isso. Acho que o Barioni irá falar, basicamente, sobre isso. Vou fazer um aperitivo da palestra. Sou baiano, então cabe bem o aperitivo. O regime de coisa julgada em relação às prejudiciais e incidentais. Quando a prejudicial é um fundamento do pedido, os senhores sabem que não há coisa julgada sobre o fundamento. Só que, no novo Código, se a prejudicial for um fundamento, e o Juiz se manifestar sobre ela, tendo havido contraditório a respeito do assunto, é coisa julgada. Coisa julgada de uma questão que está na fundamentação da decisão. E o que é pior: coisa julgada, mas por outro regime.

Não o mesmo regime de coisa julgada tradicional. Haverá dois regimes de coisa julgada: o da coisa julgada do pedido e o da coisa julgada do fundamento. São dois regimes distintos com pressupostos distintos e regimes distintos. Isso é outra coisa. Tive de parar para poder estudar isso. Quer dizer, ajudei a construir, mas não tinha estudado ainda sobre como ia ficar. Vai-se construindo. “E aí, parou? Acabou? É isso aqui que vai ficar? Vou estudar”. Fiquei louco. Imaginem, anos dando aula sobre esse assunto. Isso já

estava formatado na minha cabeça. Vou ter de mudar o botão – e os senhores também –, porque isso é muito importante no âmbito trabalhista, porque validade do contrato de emprego, por exemplo, é um pressuposto para a concessão dos direitos do trabalhador, e a validade é uma questão prejudicial. Decidido em um processo com o contraditório vale para qualquer outro. Nenhum outro Juiz vai poder dizer que aquele contrato é inválido, por exemplo, mesmo não tendo sido objeto do processo a discussão sobre a validade. Mas como era uma prejudicial, foi enfrentada e foi decidida, coisa julgada. Isso vai exigir de todos nós uma grande mudança; os senhores têm de observar isso.

Outras mudanças – assim podemos chamar – poderão afetar. Por exemplo, se o CPC começasse a vigor amanhã, os senhores já teriam um problema. Vou verificar se há previsão (no programa do simpósio). Não tem. Então, vou falar. Essa vai ser a que terá o maior impacto prático. Não é teórico, é prático. O projeto disciplina a desconsideração da personalidade jurídica. Vejam que a reação já revela que a minha profecia vai se realizar. Será a mudança que mais vai impactar o dia a dia, inicialmente. Talvez, outras, depois, o impacto será maior. Mas, no dia seguinte à vigência, será isso, porque foi feito um procedimento, estabeleceu-se um procedimento para desconsiderar a personalidade jurídica e garantir o contraditório.

Do ponto de vista prático. É isso. Já me falaram. Quatro ou cinco amigos do âmbito trabalhista já me disseram que eles iriam decidir que não se aplica ao processo do trabalho. Que beleza! Maravilha! Não há muito o que fazer. Se ao final das contas o TST disser que isso não se aplica ao processo do trabalho, vou ter apenas que construir uma boa argumentação para dizer que o contraditório não se aplica ao processo do trabalho, que não é bem assim...

Como diria um amigo meu, certa vez falando comigo. E ele não é do âmbito trabalhista, é do âmbito civil, é muito conhecido e até viria para este Congresso e acabou não vindo. Pelo que está constando aqui, ele não veio, mas viria, estava na nossa programação para ele vir. Uma vez, jantando com ele, ele disse: “Fredie, posso lhe confessar uma coisa? Não gosto muito de contraditório, porque atrapalha demais”. Foi uma confissão íntima: atrapalha muito. Tem de se ouvir o outro lado e levar em consideração o que a outra parte disse. Vamos logo “partir para cima”.

A desconsideração à personalidade jurídica transformou-se em intervenção de terceiro, disciplinada, para garantir o contraditório, até com desconsideração às avessas. No âmbito trabalhista, não há muito, mas no cível é bastante comum a desconsideração invertida, que é aquela em que se busca o bem da pessoa jurídica, e não do indivíduo, porque este escondeu o patrimônio na pessoa jurídica. Então, desconsidera-se a pessoa natural para buscá-lo na pessoa jurídica. É a desconsideração inversa, muito comum nas causas de família. Não sei se os senhores já se depararam com isso no âmbito trabalhista. Já, não é mesmo? Imagino que, em relação a empregados domésticos, isso deva acontecer muito, porque o réu é pessoa física. Como o empregador doméstico é uma pessoa natural, pode ser que não tenha nada no seu nome, mas no da pessoa jurídica. Então, vai-se buscar na pessoa jurídica o patrimônio para responder. É possível que isso aconteça. A desconsideração inversa e a normal estão regulamentadas claramente.

Posso fazer uma inconfidência: o Processo do Trabalho foi a causa desse incidente; os senhores sabem disso, não é mesmo? A causa desse incidente foi o Processo do Trabalho. Por que se vai fazer o incidente de desconsideração da personalidade jurídica? Por causa do Processo do Trabalho. Tenho de dizer isso aos senhores, que devem saber a história, até para que digam depois que não se aplica mesmo e acabou. Mas fiquem sabendo que a causa foi essa. Sei que a minha palestra acaba sendo um pouco incômoda em alguns momentos. Então, vou me preservar um pouco, deixando para o meu amigo Gajardoni a tarefa inglória de conversar com os senhores sobre a sentença. Há um dispositivo no CPC, muito incômodo, que é o § 1.º do art. 499. Eu soube hoje, por meio de amigos, que já está ocorrendo, nos grupos de *e-mail* de que fazem parte os meus amigos Juízes do trabalho e Desembargadores trabalhistas, um debate sobre o § 1.º do art. 499, para se decidir que ele não se aplica ao Processo do Trabalho.

É versão da Câmara. Trata-se do § 1.º do art. 499, já para começar um movimento, dizendo que não se aplica ao Processo do Trabalho. Mas deixarei isso para que o Dr. Gajardoni aborde, porque é um dispositivo que explica como se deve motivar uma decisão. Já ouviram falar sobre isso? Nem ouviram um rumor de que estaria vindo algo meio estranho quanto ao § 1.º do art. 499? Eu estava ao lado de um Juiz. Ao ler isso, a sua reação foi dizer: “Minha Nossa Senhora.” Como se deve motivar uma decisão. Deixarei que o meu amigo Gajardoni fale sobre isso para que o desgaste não fique todo comigo.

Os senhores querem que eu fale sobre a desconsideração? A desconsideração é uma sanção. Por que é uma sanção? Porque o pressuposto da desconsideração é o de que tenha havido abuso de um direito. No caso, abuso na utilização de uma personalidade jurídica, que não é a sua, para se desviar de obrigações que são suas. Então, houve um abuso, que é um ilícito, punido com a sanção da desconsideração. Do ponto de vista analítico e da teoria do Direito, a desconsideração é uma sanção. Como qualquer sanção, só pode ser aplicada se se acusa outrem – tem de se acusar alguém de ter praticado a sanção –, permitindo que ele se defenda. Uma vez se defendendo, ao se verificar que estão preenchidos os pressupostos da desconsideração, decidir se desconsidera ou não.

Qual é o problema? Sei que é um “problemaço”. Faço graça, mas também falo sério. Qual é o grande problema? “Mas, Fredie, em se fazendo isso, poderá haver uma dilapidação do patrimônio e isso vai demorar muito.” É possível? Sim; em compensação, o projeto estabelece mecanismos que simplificam muito a concessão de medidas de urgência. É muito mais simples. Então, é possível tomar medidas constritivas de urgência, antes de se desconsiderar. Cita-se na desconsideração, mas se arresta, por exemplo. Arresta-se e cita. Defende-se e, depois, converte-se. Se for o caso de se rejeitar a defesa, converte-se o arresto em penhora e pronto, segue adiante. O projeto diz que a desconsideração pressupõe requerimento - O Juiz não pode desconsiderar de ofício. Vejam os senhores como sou imparcial: acho que isso não se aplica ao Processo do Trabalho, porque o Juiz pode instaurar de ofício a execução trabalhista. Então, é razoável entender que o Juiz Trabalhista, de ofício, possa desconsiderar. Acho bem razoável a tese, o que não significa desconsiderar sem contraditório. *Data venia*, parece-me que os senhores não podem fazer isso. Então, é possível fazer algum tipo de adaptação, mas a essência de respeitar o contraditório parece-me ser ‘ineliminável’. O procedimento está regulamentado no projeto.

Como ainda me restam cinco minutos, falarei um pouco sobre a questão da tutela antecipada; ao que vejo, ela não consta da programação. Todos aqui, sem exceção, fomos educados juridicamente a bem compreender a tutela antecipada - art. 273 do CPC -, ao lado da tutela cautelar. São coisas distintas, cada um com o seu procedimento.

O que o projeto fez? Fundiu-as e criou um capítulo sobre a tutela provisória - capítulo único, tutela provisória. O que é uma tutela provisória? É uma tutela fundada em cognição sumária. Se a decisão do Juiz funda-se em cognição sumária, ela está

regulamentada naquele único capítulo. Tutela fundada em cognição sumária serve para efetivar ou assegurar, quer dizer, cautelar e satisfazer. Satisfazer ou assegurar. Então, em uma tutela provisória, satisfaz-se ou se assegura. Isso passa a ser disciplinado unicamente. Não haverá mais discussão sobre qual é o meio ou o instrumento; até os pressupostos são os mesmos. A diferença substancial, além da forma, o conteúdo. A simplificação é evidente. Há uma diferença substancial bem interessante e que me parece integralmente aplicável ao Processo do Trabalho – acho que os senhores concordarão comigo. É o seguinte: como o projeto incorpora a ideia de um sistema de respeito aos precedentes, semelhante ao que os senhores acabaram de implantar na lei que vai começar a vigor daqui a uma semana... Prestem atenção: se alguém propõe uma ação, e o pedido que foi feito está lastreado em um entendimento já consolidado no STJ ou no STF, em recursos repetitivos ou em súmula vinculante ou em incidente de resolução de demandas repetitivas, se a tese do autor estiver lastreada em teses firmadas pelos Tribunais Superiores, ele tem direito a uma tutela provisória, sem urgência, e a liminar. Isso é uma diferença; não existe hoje.

Liminarmente, as decisões, como regra, pressupõem urgência. Se não há urgência, primeiramente ouço o réu e depois vejo se concedo ou não. Isso porque, quanto à ideia de se restringir o contraditório, é só se houver urgência. Só que, nesse caso, dispensa-se a urgência. Por que se dispensa a urgência? Porque se está numa situação de evidência que o legislador entendeu que essa situação de evidência autoriza que se conceda logo para o autor... Depois, ouvimos o réu e, se o réu demonstrar que tem distinção, que o precedente tem de ser mudado, então você muda. É uma antecipação fundada na evidência, evidência essa lastreada numa tese repetitiva em que se baseia o pedido. Isso me parece totalmente aplicável ao processo do trabalho e é uma mudança significativa em relação à tutela provisória de hoje, que chamamos de tutela antecipada. Um dos problemas práticos que temos hoje é o da concessão de tutela provisória quando há recurso. No Tribunal, como faço para pedir? Peço para quem? Peço para o Juiz? Peço para o Tribunal? Está tudo disciplinado no projeto, expressamente, coisa que não temos hoje, fica tudo bem disciplinado. Até recomendo, acho que é muito importante, que os senhores leiam essa parte, os arts. 290 a 306 da versão da Câmara, um pouco antes, talvez, mas é nesse miolo. Sei que o último é o art. 306. Os senhores deem uma olhada nessa parte, porque certamente será o dia a dia dos seus trabalhos. Eu poderia passar aqui a manhã toda. Tenho duzentas coisas para falar sobre o novo Código e tenho de ficar escolhendo fazer um trabalho de pinçar.

Vou deixar o resto do tempo para responder às perguntas.

Espero que essa introdução ao projeto do novo Código tenha despertado a curiosidade, porque, a partir de agora, os senhores entrarão numa maratona temática sobre cada um desses pontos e já vou advertindo: em cada um - pelo menos os que estão aqui e estou vendo -, coisa julgada, rescisória, sentença, negociação processual, prova, sistema de solução de recursos repetitivos, enfim, a quantidade de novidade em cada um desses pontos é absurda. Os senhores irão perceber isso claramente.

Então, espero que tenham gostado. Muito obrigado pelo convite.

“Negociação processual”³

Antônio Cabral

Bom dia a todos!

Quero agradecer o gentil convite da Enamat, de todos os colegas do TST, da Justiça do Trabalho, na pessoa do Ministro João Oreste Dalazen. Quero cumprimentar a organização do evento - todo o *staff* foi muito prestativo e eficiente - e parabenizar a discussão de altíssimo nível. Fiz uma apresentação de *PowerPoint* e vou me permitir falar do púlpito para conseguir enxergar melhor a apresentação.

Senhores, no tempo que me cabe, a organização do evento me atribuiu o tema negociação processual. Procurei fazer uma redução do tema para trabalhar os aspectos da negociação processual de índole convencional por acordos ou convenções, e não a negociação em sentido mais amplo, até porque pode haver atos negociais não convencionais, um ato negocial unilateral.

Esse é um tema muito interessante no Novo Código que tenho realmente prazer de falar, porque, cada vez que se fala sobre esse tema, nós nos surpreendemos, pensamos em nuances que não tínhamos pensado antes. Cada vez que falamos sobre esse tema, percebemos que essa será uma das maiores revoluções do Novo Código por vários motivos, principalmente porque nossa cultura não está muito habituada a lidar com esse contexto e porque o Brasil, a partir do Novo Código de Processo Civil, certamente se tornará um modelo mundial nessa temática. É o que vou tentar abordar com os senhores.

A minha ideia então aqui foi falar menos sobre as possibilidades de acordos e convenções processuais setoriais – acordos probatórios, de execução, de recursos, etc – e trabalhar mais as questões de admissibilidade das convenções processuais, em geral, e a sua aplicabilidade ao Processo do Trabalho, colocando algumas questões que acho que são importantes para essa primeira reflexão de todos os colegas.

³ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 15 de setembro de 2014, às 10h50. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

Façamos, então, de início, um exercício de imaginação. Imaginemos que, em um contrato de compra e venda - evidentemente isso pode ser aplicado para qualquer um de nós num contrato de trabalho -, ao lado do direito material, haja uma negociação que estabeleça foro de eleição na Comarca de Brasília, que a citação do eventual processo judicial será feito por *e-mail*, *whatsapp* ou por qualquer outro tipo de mensagem eletrônica.

O Novo Código será previdente da possibilidade de citação por *e-mail*, mas, por *whatsapp*, não sei se essa possibilidade de extensão ao *e-mail* abrangeria outros meios de comunicação instantânea. Limitação a dois números de testemunhas e dizer que seus depoimentos podem ser colhidos por escrito; escolha do nome do perito ou outros acordos probatórios como convenções sobre o ônus da prova. Vou deixar o tema dos acordos probatórios com o querido amigo Professor Leonardo Cunha, que vai abordar a questão de prova. Um grande campo de negociação processual é no campo probatório. Renúncia: todos os recursos, salvo um deles. Pode-se optar por recurso ordinário ou recurso de revista ou qualquer que seja e podemos discutir as possibilidades de supressão de instâncias intermédias ou jurisdição *per saltum* nos recursos. Isso poderia ser convencionado. Em alguns países admite-se supressão de instâncias por convenção.

Custos repartidos meio a meio, ou seja, fora da previsão legal - algo que, na Justiça do Trabalho, perderia um pouco o interesse - e condicionamento para a execução tanto temporal quanto possibilidade de exclusão convencional da execução provisória, por exemplo, convencionando que ela só possa ser feita após o trânsito em julgado.

Será que isso seria possível ou não? Será que isso é algo que estaríamos acostumados hoje no nosso Direito Processual?

A literatura brasileira - vou falar sobre ela mais adiante - é quase zero sobre esse tema, mas a mesma coisa não se observa no estrangeiro, em que vemos uma grande literatura sobre esse tema, que começou no final do século XIX, com Joseph Koller. Ele foi um grande entusiasta das convenções processuais. É claro que ele partia de algumas concepções teóricas que não vou tratar aqui e facilitavam essas conclusões retiradas dos acordos processuais. Ele imaginava, por exemplo, que a relação processual se dava entre as

partes; mas não entre elas e o juiz. Com isso, ele não precisava trabalhar um problema central na questão das convenções, que é o papel do juiz. Koller foi o grande corifeu do século XIX nesse tema, mas ele deu um azar enorme que foi viver no mesmo tempo de um dos grandes em Direito Processual do mundo – Oskar Von Bülow – fundador da tese publicista do processo. Plasmou as suas premissas de que a relação processual é pública, diferente do direito material que está sendo abordado no processo, e, pela inserção do Estado-Juiz nessa relação, o publicismo passou a ter uma visão super-restritiva contra o chamado processo convencional, que significaria um retorno ao Direito Romano, no qual o processo era um acordo, um contrato, que era a *litis contestatio*.

Seria uma vitória publicista negar a convencionalidade no processo.

Depois o tema ganhou certa adesão na Itália e, a partir dali, foi a cultura que estivemos habituados a experimentar e vivenciar. Foi dentro dessas premissas que crescemos. Do privativo do Direito Romano, passamos para o publicismo, que negava poder o processo ser coisa das partes e que enalteciam os poderes do juiz. No Brasil, foi popular a tese de Cândido Dinamarco, que dizia que o processo visualiza ou encampa objetivos públicos que suplantam até mesmo os objetivos privados de satisfação do direito material das partes. Com isso, deriva uma série de consequências. Vou trabalhar apenas algumas delas que são as mais importantes para o meu tema de negociação processual. Uma delas é que a norma processual só pode ter como fonte a regra legal legislada, e não poderia ter como fonte outras regras não legisladas, como a norma convencional. Outra derivação do publicismo foi a ideia que me parece absolutamente falsa – vou trabalhar isso mais adiante – de que toda norma processual é imperativa, cogente, interesse público e, portanto, inderrogável.

Há outra. Espero que, no final, Ministro Dalazen, eu não saia daqui apedrejado pelos colegas. É difícil falar sobre esse tema num auditório exclusivamente de juízes. Vou procurar cumprir esse encargo com o maior zelo possível, com a minha segurança pessoal, mas o publicismo exacerbado levou a uma inflação, no meu entendimento, absurda dos poderes dos juízes, dos poderes oficiosos do juiz, o que gerou quase um sufocamento da atividade das partes. E a conclusão para o tema da negociação é de que a norma processual legislada não pode, pela vontade dos indivíduos privados, dos sujeitos privados, ser derogada alterando o procedimento.

A virada europeia nesse contexto se deu, de um lado, pelo resgate da doutrina alemã, de algumas premissas do processo privatístico, no final do século XIX, viram perdidas pelo desenvolvimento do publicismo. Sobretudo, destaco a tese do Peter Schlosser o qual dizia que, no Direito Processual não público, ou seja, no Direito Processual em que exista autonomia das partes pelo princípio do dispositivo e pelo princípio do debate, deveria haver um princípio de liberdade *in dubio pro libertate* e o magistrado só poderia atuar nos espaços em que as partes não tivessem atuado. Portanto, havia um equilíbrio entre partes e juiz.

Acho importante falar disso no TST, porque a grande virada desse tema veio da jurisprudência. Os juízes começaram a perceber que havia uma necessidade de flexibilização do procedimento; que o procedimento “ordinarizado”, padronizado, tal qual os sonhos da era das codificações, não resolvia todos os problemas práticos. Por outro lado, o estilhaçamento da legislação com procedimentos especiais pulverizados também não nos atribuíam uma uniformidade, que era o ideal.

Então, havia uma necessidade de inserções de flexibilização dentro do procedimento padronizado. Isso começou a ser feito na jurisprudência europeia também a partir de acordos e a jurisprudência francesa foi a que mais avançou nessa temática. Na França, esses acordos começaram como acordos de índole coletiva ou protocolos coletivos. Os tribunais começaram a fazer acordos com a Ordem dos Advogados ou com associação de peritos, regulamentando informatização do processo e questões instrutórias. Algumas delas estão na apresentação.

Essa prática, que começou na década de 80 do século passado, em 1982 ou 1983, ganhou tanta repercussão que, em 2005, o legislador francês inseriu o calendário do processo no CPC. Isso foi tão popularizado que, depois, outras legislações europeias na Noruega e na Itália foram incorporando, o que foi a grande inspiração do nosso legislador do CPC, que está na eminência de ser aprovada.

A experiência brasileira: como eu disse aos senhores, existe um quase total hiato doutrinário, salvo dois ou três artigos que estão no artigo de Barbosa Moreira, da década de 80, sobre convenções processuais. Há um texto mais recente do Leonardo Greco e algumas coisas soltas daqui e dali em poucos manuais. A literatura

brasileira é praticamente zero a esse respeito. Ao lado dessa inércia doutrinária, digamos assim, temos o nosso código. Há muitos anos, desde o Código de 1939, desde as legislações estaduais, inúmeros acordos processuais típicos. Nós não nos apercebemos que certas disposições do código não representam acordos processuais como, por exemplo, eleição do foro, ônus da prova, prazos, que podem ser convencionados, ampliação de prazos dilatatórios - os peremptórios são vedados no nosso código atual - e suspensão do processo convencionado. São apenas alguns exemplos do que pode ser feito por convenção.

Ao mesmo tempo, diversas dessas cláusulas são incluídas corriqueiramente nos contratos. É até padrão que haja nos contratos de direito material uma cláusula de eleição foro no final. Nem percebemos que aquilo é uma convenção sobre a competência. Ao lado disso, desenvolvemos durante anos - o Brasil hoje é referência nisso, é o quarto país do mundo em volume de negócios de arbitragem - uma grande literatura sobre arbitragem e hoje falamos em mediação, inclusive em áreas de interesse público, tão decantados esses meios alternativos de solução de controvérsias apontam para uma solução não estatal, uma solução negociável.

Normalmente se diz que a melhor solução é dada pelas partes em conflito. Um óbice que se vê muito nos acordos processuais é pensar que processo é litígio e litígio é sempre conflito e que o conflito no direito material representaria sempre e necessariamente um conflito também a respeito do direito processual, o que é uma premissa absolutamente falsa. Nem sempre o desacordo a respeito dos direitos materiais representa também um desacordo a respeito de todas as posições processuais que as partes enfrentam no processo. Podemos concordar com algumas coisas a respeito do meio para resolver o nosso conflito, ainda que, a respeito do conflito, a respeito do litígio, estejamos em desacordo.

E o novo CPC? Esse é o artigo de que Fredie Didier falava na conferência de abertura, que vai trazer no *caput* uma cláusula geral, atípica, de negociação processual, permitindo nos casos em que o Direito admita a autocomposição, notem, não necessariamente direitos disponíveis, mas direitos que admitam a autocomposição; uma cláusula mais ampla do que a cláusula dos direitos disponíveis. Será lícito às partes estipular mudanças no procedimento ou dispor sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres, antes ou durante o processo. Isso é muito importante, por quê? Muita gente diz: isso não vai funcionar. Ouvimos recentemente colegas, num evento em São Paulo, falando: isso não vai funcionar

porque quando surge o conflito ninguém mais quer fazer acordo sobre nada. Mas a previsão permite que lá, no contrato, quando da celebração do contrato, quando ainda não há conflito e muito menos processo, as partes possam negociar, digamos assim, a frio, fora das paixões que o conflito traz.

Posteriormente, o Código prevê, ainda, a inserção do calendário processual, evidente inspiração francesa, que vai ser incorporado no nosso caso, algo que pode ser muito bem aplicado em qualquer tipo de jurisdição e também na jurisdição trabalhista como forma de gestão técnica de solução, programação, atribuindo ao procedimento previsibilidade e com redução de inúmeros problemas cartorários que todos os colegas aqui enfrentam. Realizar intimações é algo que onera muito as serventias judiciárias, e a fixação prévia de um calendário extingue todas as possibilidades de intimação porque as partes já sabem os dias em que terão de comparecer e os dias em que terão de praticar todos os atos - algo extremamente interessante em termos de gestão. Muito bem. Então, o que é que o novo CPC faz para a nossa realidade? O novo CPC traz uma cláusula geral atípica de convenções processuais; ele vai ampliar os acordos processuais típicos - não vou trabalhar muito esse tema porque não vou ter tempo -, fala sobre o calendário processual, que pode ser utilizado tanto na fase cognitiva quanto na fase executiva. Houve um artigo muito interessante na RePro⁴, há cerca de um ano e meio, de um colega Juiz Federal, Eduardo Costa, que fala sobre execução negociada, inclusive com o estabelecimento de cronogramas de execução, sobretudo em causas muito complexas em que a execução tenha que sofrer um acompanhamento periódico. Acho que o calendário pode ser um mecanismo de gestão importante, e algumas questões que evidentemente isso traz, algumas delas vou trabalhar aqui com os senhores, hoje: como lidar com uma cláusula atípica? Porque não havendo um regramento detalhado dos requisitos da admissibilidade, do procedimento, das formas de controle e nada que aponte para a validade e invalidade dos negócios, temos que saber ou pelo menos propor a criação de uma metodologia para que, fora da disciplina típica de certos acordos, consigamos todos nós, os Advogados e os Juízes, sabermos quando determinada cláusula será admissível e, portanto, válida.

Outra questão muito interessante: Qual é o papel do Juiz nisso? O Juiz fica vinculado ou não fica? Ele é parte na negociação ou não é? Vou tentar trabalhar isso mais adiante. Muito bem, agora, nessa minha segunda parte, depois de apresentar o tema e

deixá-los todos provocativamente pensando um pouco sobre a questão, vou tentar trabalhar ideia de admissibilidade das convenções processuais, questionando o que acho que são falsas premissas que o publicismo ou, como costume chamar, do “hiperpublicismo”, que foi o exagero publicista que atingimos no Brasil, tem tentado combater.

O publicismo. Todo aquele ferrenho adepto às ideias publicistas tende a ver com grande restrição o tema das convenções processuais. Acho que o publicismo parte de algumas falsas premissas. A primeira delas é que os poderes do Juiz de, aqui e ali, atuar de ofício permitiriam generalizar uma inadmissibilidade de qualquer convenção processual, porque a ideia lá era fazer um processo público. Quer dizer, se o processo é público, então, nada pode ser convencional. O processo convencional seria oposto ao processo público, que é evidentemente incoerente com inúmeras disposições legislativas, não só do CPC, mas também legislações extravagantes que permitem acordos não só sobre o processo, mas acordos inclusive sobre o direito material em espaços de Direito Público.

Além disso, esquecemos, às vezes, que na página anterior, quando o sujeito vai falar, ou na página seguinte do mesmo manual, o mesmo doutrinador que fala que o processo é público e que não pode haver norma convencional alterando o procedimento, ele vai falar que o processo civil ou o processo não penal é dominado pelo princípio dispositivo em sentido material, as disposições sobre o direito que está sendo postulado e o princípio dispositivo em sentido processual que alguns chamam de princípio do debate. Uma tradução difícil. Estou adotando a nomenclatura mais conhecida, que é a do Professor José Carlos Barbosa Moreira.

A combinação de princípio dispositivo e princípio do debate dá às partes, num processo não criminal, uma iniciativa e um papel muito grande, não apenas no que se refere à disponibilidade do direito material, mas também na condução do procedimento. Quer dizer, o publicismo, ao ressaltar que o Juiz deva ter um papel na condução do procedimento, fez-nos perceber ou pensar que só o Juiz teria esse papel na condução do procedimento, o que é incongruente e incompatível com o princípio dispositivo e com o princípio do debate. Ou bem negamos o princípio dispositivo, e então todo o processo será iniciado, de ofício, pelo Estado, como é nos países de tradição socialista, como é na China, um dos maiores regimes autoritários, onde houve desprezo ao princípio dispositivo, e vamos continuar com aquele ranço, talvez ibérico, de pensar que somos incapazes. Todos nós

precisamos de um paizão para resolver os nossos problemas. Esse paizão é o Estado. E amanhã - eu brinco - a figura do superjuiz é aquele que bate na porta de uma pessoa, às 7h da manhã, de toga, e diz assim: olha, ouvi uma gritaria, ouvi uma discussão entre esse casal, resolvi vir aqui, porque vejo que esse negócio realmente não está funcionando, estou dando uma separação de corpos, acho que vocês têm de separar. Eles dizem: “Mas, não, veja bem, sou apaixonado pela minha esposa, não quero me separar”. E o superjuiz diz: “Não, não, mas eu sei o que é melhor para vocês porque eu sou o superjuiz; dou antecipação de tutela de ofício, direitos materiais sendo providos sem requerimento” - e por aí vai -, “produzo prova de ofício, mesmo fora do requerimento das partes”.

Alguns exageros que estão sendo construídos e legislados há muito tempo que sufocam o princípio dispositivo. Esquecemos também que formalismo significa contenção de poder. Divisão de trabalho no processo significa divisão de forças. Então, separarmos funções é uma forma de controlarmos o poder no processo, para que um sujeito não suplante, elimine ou atropеле outro sujeito. Então, a atuação *ex officio* do Juiz tem de ser sempre excepcional.

E digo isso mesmo para o processo do trabalho.

Outra questão que é interessante é o dogma do interesse público. Será que toda posição ou situação processual é pública, é inderrogável, é cogente? Será que toda norma processual não pode ser objeto de convenção? Será que não podemos renunciar aos nossos direitos? Esse é um dos grandes temas atualmente no Direito Público, não é? Grandes teses têm sido produzidas e premiadas pela Capes sobre renúncia de direitos fundamentais. Será que não podemos renunciar ao direito fundamental processual? Será que por ele estar na Constituição, agora sou obrigado a exercer o contraditório? Sou obrigado a exercer a minha ampla defesa? Então, a revelia é inconstitucional. Então, amanhã o Estado vai me sancionar se eu não ajuizar uma ação. Vou lá, compro uma revista na banca de jornal ou eu compro o jornal de domingo, não vem aquela revista encartada no jornal, e falo assim: não vou processar ninguém, porque o jornal custa cinco reais. Não me é economicamente viável. Prefiro rasgar o meu dinheiro do que ir para o Judiciário. Não; vamos sancionar, porque agora o direito fundamental de acesso à justiça não é mais um direito, é uma obrigação.

Ou bem as situações jurídicas de vantagem são situações jurídicas de vantagem, às quais podemos renunciar em alguma medida ou elas não são. Então, digamos que o acesso à justiça não é mais um direito, é um dever. O contraditório deixa de ser uma posição de vantagem, não é? Então, acho que é uma reflexão importante sobre a renunciabilidade das posições processuais. Outra questão importante – e, então, falando a favor da admissibilidade das convenções – que tenho observado não só no processo, mas, em geral, no Direito, é um declínio grande do legicentrismo, não é? Pensar na norma jurídica e na norma processual como apenas aquela norma legislada, parece-me um grande equívoco. Hoje em dia temos regra costumeira, inclusive para direito processual.

Está aqui Fredie Didier que gosta de chamar atenção para isso. Temos inúmeras regras administrativas processuais - daí, portanto, infralegais -, editadas pelos Tribunais de organização judiciária com um impacto processual evidente. E cada vez mais temos visto normas administrativas de órgãos de programação e organização judiciária, como o CNJ, influenciando a tramitação de processos, como, por exemplo, metas, não é? Então, parece-me que não há uma contraposição entre lei e acordo.

Tradicionalmente via-se o acordo como algo contrário à lei ou algo que pudesse anular a lei, e, portanto, anular o Estado. Acordo e lei se fundem numa regulação, numa correção que pode ser um reforço do vínculo autoritativo e não uma negação do vínculo autoritativo. É só enxergar a coisa de uma outra forma. Hoje, a ordem jurídica negocial, ao invés de uma ordem legislada, imposta, etc., é muito mais adequada ao formato de atuação do Estado contemporâneo, que é um Estado menos repressor e sancionador e mais indutor de comportamentos, é um Estado que não pensa apenas no passado, no que aconteceu para sancionar, e atua, também, prospectivamente, pensando em orientações, em formulação de políticas que transcendem a interpretação de um determinado caso e tentam estabelecer padrões de conduta para outros casos.

E aqui, parafraseando um texto clássico, falo do mal-estar no publicismo, porque, ao mesmo tempo em que ele nega a premissa da admissibilidade das convenções processuais, tem de reconhecer que inúmeras convenções processuais existem, estão no Código. E os argumentos seguem outro rumo, não tanto para atacar a admissibilidade das convenções, algo, hoje, amplamente admitido - nesse ponto, acho que o Código não trará nenhum problema, pois as convenções são hoje admitidas, e também o serão com o novo

Código, esse espaço de liberdade não pode ser tolhido; acho que é uma conquista, e não vi até agora ninguém negar -, mas se tenta falar contra a conveniência das convenções, dizendo que elas podem trazer problemas práticos ou que, embora admissíveis, talvez não seja muito bom adotar isso.

Existem vários argumentos e não vou ter tempo de trabalhar com todos.

Por exemplo: fala-se em privatização do processo. Às vezes, vejo alguns colegas fazerem esta piadinha comigo: “você está estudando esse tema? Vai ser legal, mas isso aí é de um pessoal que quer privatizar o processo”. Ou, então, dizem que isso vai gerar uma “refeudalização” das relações processuais, com uma desigualdade intrínseca, com a possibilidade do mais fraco ser suplantado pelo mais forte, ou uma visão mercadológica do processo, o processo sendo manipulado por interesses neoliberais. Isso me dói muito porque sou um preocupado com os desvalidos, e por isso fui para o Ministério Público Federal. Ouço isso de alguns advogados que são entusiastas da arbitragem, por exemplo. Quer privatização maior de um procedimento para a resolução de um litígio do que a arbitragem? É até engraçado ouvir uma crítica desse tipo de um pessoal que é entusiasta da arbitragem.

Fala-se que a decisão judicial teria maior qualidade, o que é contrário a esses próprios autores quando afirmam que a melhor solução é dada pelas partes do conflito. Então, não entendo. Em uma página, o indivíduo diz que a melhor solução é a judicial e, na outra, que é a das partes em conflito, ao falar de arbitragem e meios alternativos de solução de conflitos. Parecem-me premissas, às vezes, um pouco incongruentes entre si. Fala-se também que a cooperação seria um sonho; realmente, penso que não podemos ter uma visão romantizada daquela, é naife pensar que os litigantes entrarão de mãos dadas, abraçados, no Tribunal. Mas podemos, ao afirmar o princípio da cooperação, e o novo Código faz isso, exigir sanções a atitudes antiooperativas ou contrárias à boa-fé processual.

Se não falarmos em cooperação, não teremos como corrigir o rumo daqueles que se desviarem do que se pretende ser uma atuação cooperativa. E, principalmente - penso que esse é um interesse de todos os juízes -, fala-se da objeção da desordem do caos. Diz-se que, no limite, se todo processo, em uma serventia judiciária, tiver um código de procedimento próprio, com prazos diferentes, com renúncia a certos tipos de recursos e com

admissibilidade de outros não previstos em lei, com instâncias diferentes de tramitação, com prazos – um é por *e-mail*, outro não é -, a serventia se tornaria impossível de ser gerida e isso levaria ao caos e à desordem. A avaliação desses argumentos é que me parecem equivocados.

Penso que o processo cooperativo - e falo na presença de muitos autores que escreveram sobre o tema, como Leonardo da Cunha e Fredie Didier Júnior – é uma premissa para além da dicotomia público-privada no processo, que permite a conciliação dos espaços públicos com os espaços privados. Digo que a diversidade de procedimentos numa serventia existe hoje. O procedimento comum e ordinário deve entrar no Código, mas não sabemos, de antemão, se haverá réplica ou se haverá ou não ação declaratória incidental. No processo civil, assim como no processo do trabalho, cada procedimento vai sendo construído ao longo da caminhada sem que antes possamos saber se ele terá certos tipos de instrumentos ou não. Ao contrário, se prevermos que ele terá ou não certos tipos de instrumentos, o instrumento negocial tornar-se-á um instrumento que atribuirá à serventia uma previsibilidade muito maior do que temos hoje no procedimento “ordinarizado”.

E, com a informatização do processo, creio que os Tribunais poderiam gerir muito melhor a serventia. Poder-se-ia incluir um colchete, em uma tabelinha no sistema judiciário, dizendo quando os prazos serão esgotados e quando, no calendário processual, o juiz deverá proferir sentença. Com isso, o juiz vai marcando o número de sentença e se programando, sabendo que em determinada data ele poderá zerar sua Vara; ele terá como fazer essa previsão, o que, hoje, não é possível fazer sobre várias coisas.

Outra questão interessante é que a flexibilização formal existe hoje, e está aqui um grande especialista, o Professor Fernando Gajardoni, que escreveu uma tese sobre o tema. Essa flexibilização formal - que hoje é possível de ser aplicada pelo princípio da adequação das formalidades a um procedimento - pode ser aplicada isoladamente pelo juiz ainda que com o contraditório? Será que isso não deveria ser previsto de uma maneira mais dialogal e cooperativa? Outro aspecto sobre o qual acho importante refletir, em especial, no processo do trabalho, é a questão da desigualdade.

Normalmente, fala-se que a negociação processual geraria uma privatização no processo, mercantilização do processo, e retomaria relações de desigualdade intrínsecas, e que então precisaríamos da força do Estado para evitar a desigualdade, que é

aquela observação de Lacordaire, de que, entre o fraco e o forte, a liberdade oprime e a lei liberta. Parece-me que essa é uma objeção importante, mas ela se esquece de dois aspectos: primeiro, que o processo público não acabou com a desigualdade, os senhores sabem disso. A desigualdade existe mesmo com o publicismo. Se o publicismo não resolver o problema, será que não devemos pensar em outras alternativas?

Outra questão interessante, da qual não podemos esquecer, é que a desigualdade pode ser considerada como um requisito ou um pressuposto - adotem a nomenclatura que os senhores preferirem - à própria validade da convenção. Quer dizer, se o acordo de vontade for celebrado em um contexto em que o indivíduo imponha a sua vontade unilateralmente a outro indivíduo, é claro que essa convenção deve ser, como qualquer contrato, considerada inválida e ineficaz. E, já me encaminhando para o final, Sr. Presidente, penso que as vantagens da técnica são inúmeras. Elas servem como gestão participativa - já falei sobre isso -, eficiência e economia, tanto no processo individual, como numa visão macro de gestão judiciária, atribuem previsibilidade, uma programação e administração do Judiciário, que podem ser feitas em várias questões: alocação de recursos, controle de custos, que é importante em termos orçamentários, para fixação de metas. Se tivermos a possibilidade de combinar isso com sistemas informatizados, poderemos ter até mesmo metas espacialmente diferenciadas, metas para uma região ou para algumas serventias de uma determinada sub-região ou subseção judiciária dentro de uma seção judiciária. Então, acho que podemos ter um incremento da programação administrativa do Judiciário. E, principalmente, ao contrário de representarem uma renúncia de acesso à justiça, parece-me que as convenções processuais representam um reforço do acesso à justiça.

Digo isso pelo seguinte: até hoje trabalhamos com uma dualidade, ou é a justiça estatal rígida, inflexível, pública, em que o juiz pode tudo e a parte não pode nada, ou é a arbitragem, que é o oposto disso, em que o Judiciário só atua na execução, em medidas cautelares ou quando há necessidade de imposição coativa, e existe uma ampla liberdade para os indivíduos.

Não temos um meio termo, não temos uma terceira via. Não temos uma terceira via para inúmeras pessoas, para quem o procedimento estatal rígido não é adequado e para quem a arbitragem também não é conveniente, ou talvez não seja possível, seja porque os direitos são indisponíveis, seja porque elas pretendem o duplo grau de

jurisdição, em que arbitragem não tem, necessariamente, seja porque, e principalmente, elas não podem pagar por isso. Então, hoje temos uma grande quantidade de excluídos, e não são só os paupérrimos que estão excluídos da arbitragem: eu estou excluído da arbitragem. Qualquer contrato que eu possa fazer, algo que eu possa pagar, eu não seria louco de levar para a arbitragem, porque sei que o pagamento dos árbitros seria mais do que o valor do contrato. Então, acho que temos uma massa, não só de paupérrimos, mas de classe média, para quem o processo judicializado está estatalizado, inflexível - é inadequado, não serve -, e para quem a arbitragem é inconveniente ou inadequada.

Então, temos de ter uma terceira via.

Por que acho que o tema é importante na Justiça do Trabalho? Primeiro, o art. 15 do projeto da Câmara fala da aplicabilidade subsidiária, expressamente, das regras do novo Código de Processo Civil e da Justiça do Trabalho. Segundo, acho que existe uma possibilidade ampla de trabalharmos com o procedimento adaptável para pessoas a quem a arbitragem não serve. Isso não apenas é importante na área trabalhista, pelas restrições enormes que têm sido impostas pela jurisprudência à arbitrariedade de causas trabalhistas... Sei que aqui, no TST, as Turmas andaram balançadas. Houve um julgamento de Seção, que comentávamos no intervalo, a respeito do Vice-Presidente da Xerox do Brasil, em que se considerou que havia uma presunção de hipossuficiência e, portanto, o Vice-Presidente da Xerox não poderia ter firmado um contrato com cláusula arbitral. Podemos concordar ou discordar. Eu, particularmente, discordo da presunção de que todo trabalhador é um coitadinho, de que todo trabalhador é um hipossuficiente. Se isso existe na grande maioria dos casos, isso não é algo que se verifique para todos nós deste auditório. Quer dizer, firmei um contrato com a Enamat e com o TST para prestar um serviço aos senhores. Se amanhã houvesse alguma controvérsia, eu não poderia firmar uma convenção processual? Quer dizer, eu, professor de processo, Procurador da República, seria hipossuficiente a ponto de não conhecer os meus direitos e não poder a eles renunciar?

Além disso, outra objeção importante diz respeito à questão do preparo da advocacia. A meu ver, é uma objeção importante e pode ser resolvida com outras questões como, por exemplo, incorporação de cláusulas padrão nos escritórios modelos das faculdades, permitindo que pessoas que não têm acesso a uma advocacia de elite possam incorporar nos seus contratos cláusulas que lhes sejam favoráveis. Acho que, no processo do

trabalho, isso tem um campo de aplicação muito interessante, não só para esses superempregados, ou empregados do alto escalão, funcionários de grandes empresas que, evidentemente, não são hipossuficientes, mas, também, no campo dos sindicatos.

Os dissídios coletivos podem trazer inúmeras convenções processuais encartadas, em conjunto, com os acordos e contratos de direito material que podem facilitar os direitos trabalhistas. Acho que esse é um viés importante para os colegas do Ministério Público do Trabalho - não sei se há algum presente -, mas eles, certamente, poderão incluir essas cláusulas nos termos de ajustamento de conduta, que é outro viés importante da defesa dos direitos coletivos de trabalho. E, principalmente, temos de fazer uma reflexão do que já vem sendo feito. Temos hoje no processo trabalhista inúmeros atos conjuntos.

Na 1.^a Região, há alguns, já há notícia de outros em outras regiões. Os senhores sabem disso melhor do que eu, que não são bem acordos, são atos conjuntos, e que grupos de litigantes propõem ao Judiciário numa negociação que talvez não seja bem um acordo, talvez seja um ato conjunto, mas similar aos acordos para a flexibilização do procedimento. Acho que essas iniciativas são muito interessantes.

O que considero importante na Justiça do Trabalho é pensar que nem todo acordo processual vai ser feito para prejudicar o trabalhador. Fredie Didier colocou muito bem isso. Quer dizer, uma convenção para ampliar os prazos processuais em favor do trabalhador, uma convenção sobre a competência que possa atribuir a um foro que seja mais benéfico ao trabalhador. Se pensarmos nesse viés, será que seria adequado, mesmo na Justiça do Trabalho, que tem um grau de indisponibilidade maior, partirmos para a negação genérica de toda e qualquer convenção processual ou deveríamos partir da admissibilidade genérica das convenções, verificando casuisticamente a sua compatibilidade com a ideologia protetiva, própria do processo do trabalho?

Finalmente, eu queria colocar alguns pontos para reflexão, porque acho que são os primeiros pontos dessa reflexão. Depois, se eu tivesse mais umas duas horas, trabalharíamos as convenções expressamente previstas ou sessões de convenções: acordos em execução, acordos probatórios, acordos na fase recursal e por aí vai. Primeiro, critérios de admissibilidade. Para trabalhar com uma cláusula atípica, temos de ter critérios de

admissibilidade para sabermos, fora da disposição específica da lei, se uma convenção, e as partes são muito mais inventivas do que o legislador, se uma convenção é válida e admissível. Coloquei alguns aqui: Igualdade - já falei. Boa-fé. Situação jurídica de terceiro. Evidentemente, como qualquer convenção, ou como qualquer contrato do direito privado, as convenções processuais são relativas, aqueles que as firmam. Então, temos de diferenciar as partes na convenção das partes no processo. Às vezes, um terceiro da convenção pode ser parte num processo, e a ele não se aplica a convenção. Requisitos específicos para certos tipos de contratação. Para isso, acho que o caminho é procurarmos o âmbito de proteção dos direitos constitucionais correlatos. Então, no direito probatório, certamente, a ampla defesa, da qual é um componente o direito à prova. Nas convenções, no *pactum de non petendo*, nas condições de renúncia ao direito de ação, o acesso à justiça e o contraditório seriam os princípios constitucionais correlatos. Nos acordos sobre a tramitação do processo, prazos, suspensão, temos que investigar o âmbito de proteção no princípio constitucional da duração razoável. E por aí vai.

Com isso, criaremos uma metodologia que permita trabalharmos com uma cláusula atípica. Se fizermos isso, o Brasil será modelo mundial em aplicação disso, porque não conheço nenhum país ocidental que tenha uma cláusula atípica tão ampla como a nossa. Finalmente, o papel do juiz. É um tema muito interessante. Divirjo aqui, temos discutido muito e estou tentando me convencer - porque sempre tento me convencer das ideias do Fredie Didier – sobre o papel do juiz nas convenções. Acho que essa será uma das discussões centrais. Parece-me que as convenções processuais são atos determinantes, elas não são requerimentos. Quando as partes puderem atuar, o espaço de liberdade que lhes é garantido no processo, o juiz não tem poder. É como se houvesse um cabo de guerra.

Na medida em que o processo atribui às partes liberdade e autonomia decorrentes do princípio dispositivo e do princípio do debate, elas podem avançar. Nesse espaço de liberdade, não publicístico, privatístico, garantido pela autonomia que o princípio de dispositivo de liberdade lhe confere, o juiz não pode atuar. Na ausência de disposição das partes, aplica-se o procedimento legal e o juiz atua. Agora, se as partes atuarem, o juiz não pode atuar. Imagine se as partes convencionarem que elas querem determinado perito, uma pessoa: “Quero o Fredie Didier para ser perito no meu processo”. E o juiz fala: “Não. Mas o perito é um auxiliar da justiça de confiança do juiz”. “Então, não

quero o perito de vocês, quero o meu perito”. Impõe às partes a nomeação de outro perito e justifica isso por um suposto espaço publicístico que seria referente à busca da verdade real no processo. Mas aí as partes não podem dizer para ele: “Se essa busca de verdade que o senhor quer me impor for me custar duzentos mil reais, que é o que esse perito vai me cobrar pelo laudo, não quero essa verdade”. Ou o Estado vai começar a pagar por todas as perícias? Então, não podemos esquecer que existem espaços-disponibilidade, mesmo quando isso pode afetar a cognição judicial. Não é uma questão simples, sei que estou falando num auditório meio hostil a essas ideias, mas temos de procurar um espaço-disponibilidade e um espaço de disponibilidade.

Aonde quero chegar? No espaço de disponibilidade, a convenção processual vincula o juiz. O juiz não pode negar a aplicação se a convenção for válida e admissível. Ele não pode dizer: Não gostei”. Ele fica vinculado. Para mim, portanto, o juiz não só não é parte da convenção, ele não tem capacidade negocial, como entende o Fredie, mas ele exerce uma função de controle da admissibilidade e validade. Normalmente, é um controle *a posteriori*, até porque as convenções podem ser feitas lá, antes do litígio, no contrato. Então, dizer que o juiz vai exercer um controle é dizer que ele vai participar, sim, é dizer que isso se insere na ideia de processo cooperativo, sim, mas não que as partes tenham que ir lá pedir a benção do juiz para toda e qualquer convenção para que ele tenha que homologar ou deferir. As convenções processuais de regra independem de homologação.

Agora, aquelas que interferirem evidentemente no trabalho do juiz, como o calendário processual, essas, sim, essas não são talvez acordos processuais, mas atos conjuntos submetidos ao juiz para deferimento ou indeferimento. Não posso pautar os senhores dizendo que a minha audiência será no dia tal, pois isso interfere não só na excelência judiciária, como no processo de todas as pessoas cujos litígios tramitam naquela Vara. Então, quando a convenção interferir em poderes do juiz ou na administração judiciária, na verdade, não se trata de um acordo processual, ato determinante, é um requerimento conjunto apresentado ao juiz para deferimento. Mas, quando se estiver convencendo sobre poderes das partes, e isso for admissível, o juiz se vincula. Com isso, acho que conseguimos um modelo de flexibilização formal mais adequado ao estado contemporâneo, mais adequado não só aos pobres, mas também à classe média, e que possa trazer uma alternativa da dualidade que hoje vivemos entre justiça estatal e justiça arbitral. São só algumas primeiras

reflexões, e espero que, na minha passagem, mais uma vez, eu não seja apedrejado pelos senhores e me coloco amplamente à disposição de todos para perguntas e para discussão, porque é um tema que também me traz muitas dúvidas.

Muito obrigado a todos pela atenção.

O Sr. Leonardo José Ribeiro Coutinho (Procurador) – Bom dia a todos, já quase boa tarde. Não posso deixar de agradecer o convite que me foi feito pela Enamat para estar aqui com os senhores, especialmente ao Ministro Dalazen pela apresentação feita. Tratar sobre provas não é fácil. É um tema que envolve aspectos filosóficos, é um tema que nos remete a qual objetivo da prova: se é buscar a verdade, quais são os poderes do juiz. Tratar de provas é, na verdade, também, identificar qual o modelo de processo que se tem. Tudo que posso dizer já vem do que foi dito pelos Professores que me antecederam: Professor Fredie e Professor Cabral, porque temos uma cultura jurídica e uma legislação envolvidas no publicismo. E todas as discussões que envolvem modelos de processo e poderes de juiz são polarizadas. Temos um modelo adversarial ou inquisitivo? Somos ativistas ou garantistas? O juiz tem amplos e irrestritos poderes na produção da prova ou não tem poder nenhum, tem que aguardar sempre a provocação das partes? É muito comum no Direito, como todos sabemos, haver essa polarização, esse radicalismo. Sempre tem uma corrente radical de um lado, corrente radical de outro, mas é comum que venha o terceiro modelo, a corrente mista, a corrente eclética, a corrente *sui generis*, que tenta acomodar as críticas suportadas por cada uma dessas correntes radicais. Parece-me que o novo Código é a terceira via. Ele cria um modelo que tenta acomodar esses radicalismos. Ele cria um modelo de cooperação, que tem por inspiração a boa-fé objetiva, o estado democrático de direito, porque sempre trabalhamos mais com o estado de direito e pouco com o estado democrático, e o estado democrático convoca a participação daquele que deve sujeitar-se à decisão a ser tomada e que alcança. Então, surge um processo em que há uma comunidade de trabalho, uma divisão de tarefas com participação dessas tarefas. Vejam que, pelo o que o Professor Fredie disse - isso termina influenciando aqui na minha exposição -, teremos um princípio da primazia do exame do mérito. Eu conversava com o Professor Cabral, durante a exposição do Professor Fredie, e o Professor Cabral me dizia que isso já existe, temos a instrumentalidade das formas. Respondi dizendo que não com o alcance que o novo Código estabelece. Talvez seja interessante termos retoricamente um novo nome, talvez,

para mostrarmos que há uma dimensão maior da tão conhecida instrumentalidade. Isso tudo faz com que haja uma valoração à vontade das partes. Aí me aproveito do que foi exposto pelo Professor Cabral. Há, talvez, um novo princípio - o Professor Fredie já escreveu sobre isso, mas o texto ainda é inédito - do auto regramento da vontade das partes, que não pode ser desprezado. Muito do que o Professor Cabral disse confirma isso. As partes, muitas vezes, têm vontade que deve ser observada. Até pensei num ponto que é dito por muitos doutrinadores, de que o comportamento das partes deve ser observado no processo. E ele, no âmbito probatório, funciona, muitas vezes, como um indício. Há quem defenda que o comportamento das partes é uma prova atípica. Prefiro entender que é um indício. Então, a parte que sempre falta ou que sempre está dando uma desculpa, interpõe um recurso protelatório, esse comportamento já denota, já indica que ela, aparentemente, não tem razão. Isso pode ser um reforço ao aspecto probatório. Essa ideia da primazia do julgamento do mérito reforça uma ideia geral do novo Código que incorpora a finalidade de que o julgamento seja o melhor possível. O que se quer é a melhor decisão possível. Criou-se até um *slogan* para isso, que é a decisão justa, um processo justo. Há muitos aspectos no meu projeto que incorporam a ideia da justiça ou do modelo multiportas. A depender do caso, a situação ou a solução deve passar pela mediação, ou pela conciliação, ou pela arbitragem ou até mesmo pela decisão judicial, porque o que se quer é a solução - e aí, permitam-me o excesso de retórica -, e não o julgamento, ou seja, é a resolução com satisfação, todos devem sair satisfeitos porque tudo o que foi realizado desencadeou aquela decisão e não poderia ter sido de outra forma. Nesse espírito, considerando que o projeto estabelece que suas disposições se aplicam subsidiária e supletivamente ao processo do trabalho... Isso é muito interessante. Percebam que a aplicação é subsidiária e supletiva. Há previsão das duas formas. Não só na ausência de norma do processo do trabalho deve se recorrer ao processo civil, mas também, havendo previsão, é possível que as normas do processo civil complementem a previsão do processo do trabalho. Considerando essas premissas, destaco talvez uma pseudonovidade, mas ela recebe um destaque que não tem no Código atual, que é uma diferença que muitos fazem entre o depoimento pessoal e o interrogatório informal. Muitas vezes, ouvir a parte ajuda a entender melhor a discussão. E isso não será um depoimento pessoal, porque a finalidade não é provocar a confissão da parte; é apenas esclarecer melhor ao Juiz. E só o Juiz é quem pode determinar o interrogatório informal, sendo que a ausência da parte ou a falta de alguma resposta não gera confissão. A finalidade é esclarecer melhor o convencimento, esclarecer melhor ao Juiz para que ele forme seu convencimento. A propósito

disso, o projeto, no art. 139, que é o artigo que trata genericamente dos poderes do Juiz, tem o inciso VIII, que permite expressamente o interrogatório informal. Ou seja, o Juiz pode convocar as partes, a qualquer momento, para que esclareçam detalhes da discussão que está sendo travada. É possível até que isso seja combinado com o próprio depoimento. No próprio depoimento, o Juiz faça o interrogatório, considerando que, no processo do trabalho, a oralidade prevalece e gera concentração de atos. Talvez seja mais conveniente concentrar as duas coisas no mesmo ato e rigorosamente não se terá aí uma novidade. O detalhe é só o alerta de que a falta de resposta num esclarecimento não gera confissão, porque o esclarecimento, muitas vezes, reforça o que foi dito, e isso não implica confissão. Outra novidade interessante, nessa parte geral das provas, é a tipificação de três provas que sempre foram atípicas ou sempre foram tidas como atípicas. Primeiro, a prova emprestada passa a ser prevista textualmente e incorpora o que sempre se defendeu, tanto na doutrina como na jurisprudência, da sua possibilidade, com necessidade de observância ao contraditório, e aí a repercussão será mais de valoração do que de admissibilidade. Então, se a prova foi produzida num processo que envolve as mesmas partes e houve contraditório, o valor dela vai ser muito alto quando tomada de empréstimo no processo e agora. Mas se foi produzido num processo que não envolve as mesmas partes, mas, ao tomar de empréstimo, ela observa o contraditório efetivamente, ela terá um valor também substancial. Se ela foi produzida só num processo que envolve uma das partes, ela pode ser trazida, mas o valor vai ser um pouco menor. Então, isso tudo diz respeito mais à valoração do que a sua admissibilidade. Que ela é admissível, não há dúvida, e o projeto confirma essa admissibilidade reforçando a necessidade de observância ao contraditório. Também é tipificada a hipótese da testemunha técnica, que é uma figura presente nos ordenamentos de *common law*, porque lá não há... A perícia que temos não existe nos países de *common law*, onde tudo é feito por prova testemunhal. Lá eles também não têm o depoimento pessoal. A própria parte que é recebida como testemunha e jura dizer a verdade. E os técnicos, os peritos são ouvidos como testemunhas. Então, o nosso Código atual prevê, timidamente - não é o projeto, mas o Código atualmente em vigor é quem prevê -, que é possível, no lugar de uma perícia, ouvir um especialista. O projeto traz mais detalhes, dizendo como deve ser solvida, quem deve ser esse especialista, tipificando ou detalhando a possibilidade da testemunha técnica ou da ouvida de um técnico para esclarecer melhor. É mais ágil, mais econômico e, muitas vezes, dependendo do caso, mais eficiente. Em vez de se instaurar toda uma perícia, com todo o procedimento complexo de uma perícia, ouve-se um especialista - vai depender da situação -, esclarece e prova o que se quer. E a terceira

tipificação - permitam-me fazer uma ressalva -, eu, rigorosamente, não acho que ela está sendo tipificada agora. Ela já é uma prova típica desde 1994. Está prevista nos arts. 6.º e 7.º da Lei n.º 8.953, que é uma lei que regulamenta o serviço notarial, serviço de cartórios, de tabelionatos, que é a ata notarial. A ata notarial é a documentação de um fato perante o tabelião. Então, um fato que tenha ocorrido, determinada rotina, convoca-se o tabelião para que ele verifique, presencie e ele vai lavrar uma ata documentando a ocorrência daquele fato ou daquela situação. Isso é muito importante para documentar o conteúdo, por exemplo, de *sites*, de *blogs* ou algo que foi postado em alguma rede social, porque esses conteúdos variam ou muitas vezes são eliminados. Então, é uma oportunidade de se registrar o que ocorreu, o que se publicou ou registrou, para que isso fique como uma prova. Já começam a haver estudos sobre a diferença entre a escritura pública e a ata notarial. Alguns dizem que a escritura serve para documentar um ato jurídico, uma declaração de vontade ou um negócio, enquanto a ata notarial documenta um fato. É possível se levar esse fato à presença do tabelião ou convocá-lo, para que verifique, presencie e registre. Fiquei pensando na rotina trabalhista, como isso poderia vir para o processo do trabalho. É possível documentar o conteúdo de *sites* e publicações, mas também a rotina de determinada empresa - trabalho escravo ou atividade que não venha sendo observada. É possível que o tabelião seja convocado para que isso seja feito. O Ministério Público do Trabalho já tem desempenhado este papel; é um elemento a mais para a comprovação de fatos que ocorram no ambiente de trabalho. O projeto mantém a regra tradicional da atipicidade das provas. Não obstante as provas típicas, aquelas previstas tipicamente, com regulação própria, é possível também haver provas atípicas. Nesse sentido, há uma preocupação interessante com a prova científica. Vejam que esse é um dilema da pós-modernidade ou do nosso contexto contemporâneo. Os autores latino-americanos... No Brasil, fala-se e escreve-se pouco sobre isso, mas na América Latina em geral há uma preocupação grande em relação ao poder do juiz diante de uma prova científica. Imaginem, nas ações de Direito de Família, o que o juiz pode fazer diante de um exame de DNA, a não ser homologar o resultado? Alguns autores argentinos, uruguaios e colombianos têm discutido muito isso, dizendo que há o risco de uma delegação do poder de julgar ao perito e que o juiz não pode perder o seu poder de controle da prova. Então, como haver o controle da prova diante de uma prova científica? O projeto se preocupa com isso. Primeiramente, garante-se o contraditório, que tem de ser muito bem respeitado. Em segundo lugar, há uma preocupação com o método empregado na perícia científica. O art. 480 impõe ao perito, quando a perícia for científica, que esclareça qual será o método adotado e também

se esse método goza de aceitação na comunidade acadêmica. Isso porque, adotado um método errado, o resultado pode ser totalmente diverso. Além disso, há uma maior exigência na escolha do perito. O art. 472 exige que o perito mostre que tem realmente especialidade no assunto. Recomenda-se - talvez exigir seja o verbo errado - que os tribunais tenham em seus cadastros uma relação de especialistas, fornecida pelas universidades e pelos conselhos profissionais e que o perito, ao ser nomeado, mostre que tem realmente especialidade e conhecimento sobre aquele tema. Ao lado disso, temos - o que vai ser objeto da palestra do Professor Gajardoni - o dever de fundamentação. O juiz deve fundamentar, mostrando que de fato aquele método corresponde ao que foi anunciado, está conferido no laudo e de acordo com o que se mostrou ser o que iria ser feito. Há também um detalhe muito importante nesse ponto da atipicidade das provas. Isso não está previsto, mas pode ser extraído de algumas regras, de alguns procedimentos especiais previstos no Código. Ao lado da dignidade da pessoa humana, da eficiência e do contraditório, pode gerar a construção dessa regra no procedimento de ações de família e de dissolução parcial de sociedade. Casando tudo isso com a necessidade de dignidade humana, é interessante que o juiz, em algumas situações, valha-se do auxílio de especialistas para interrogar testemunhas ou colher o depoimento da parte. Quando? Fiquei pensando isso no Processo do Trabalho. No Direito de Família, é comum quando há o risco de alienação parental. Para ouvir a criança, é preciso que haja um assistente social e um psicólogo ao lado, a fim de saber como inquirir, porque a forma pela qual a pergunta é feita pode impedir que se obtenha a resposta adequada. Isso pode ser feito em casos em que se alega assédio moral ou sexual, em casos de dispensa por alcoolismo ou consumo de drogas. Muitas vezes, a forma de indagar assusta a pessoa que está sendo inquirida, não tendo esta a condição de responder, a não ser que a pergunta seja feita com o auxílio de um psicólogo, de um assistente social, de alguém que estude o assunto e saiba como é o comportamento e a psique de alguém que enfrenta aquele problema. Então, esse é um ponto que me parece importante. Outro aspecto relevante, tomando o que já foi dito nas exposições anteriores, é a possibilidade de prova negociada; é um dos pontos que merece nossa atenção. A prova negociada é atípica, porque as partes escolheram uma prova não prevista ou porque modificaram a regra de uma prova típica, “atipicizando” a prova. Por exemplo, as partes podem negociar para que determinada testemunha, em vez de ser ouvida, faça o seu relato por escrito. Em vez de a prova ser produzida tipicamente como testemunhal, é produzida como documental, ou seja, documenta-se o depoimento. Isso garante economia processual e eficiência, diminuindo o custo. Às vezes, a testemunha à disposição está longe e

não tem como vir; então, as partes aceitam que um relato por escrito substitua o depoimento da testemunha perante o Juiz. É uma possibilidade que o Código não diz textualmente, mas pode ser construída na cláusula geral de negociação; isso pode estar previamente no negócio. Se houver algum litígio que envolva as partes contratantes, os depoimentos de testemunhas serão apresentados por escrito. Então, é possível que isso venha a ocorrer, mas tudo com a observância do contraditório e com o acerto entre as partes. É possível que as partes concordem especificamente. Como seria isso no Processo do Trabalho? Em casos em que haja litígio entre sindicatos, talvez o poder de negociação seja maior ou quando o empregado for alguém que não seja tão hipossuficiente: o presidente de uma multinacional, o CEO de uma grande empresa, um gerente de alta patente no âmbito daquela atividade empresarial. Sobre o ônus da prova, sabemos que ele sempre foi tido como regra de julgamento – o ônus subjetivo da prova. Se a parte não provou, vai sofrer a consequência da não produção da prova. O Professor Fredie já antecipou que o projeto do novo Código concretiza e disciplina com detalhes a inversão e a dinamização do ônus da prova. Então, em termos estáticos, o ônus da prova mantém-se como é hoje. Ao autor, cabe provar o fato constitutivo de seu direito e, ao réu, o fato extintivo, modificativo e impeditivo. Mas é possível que isso seja dinamizado ou invertido. Na verdade, tem havido uma polêmica: muitos entendem que o ônus da prova é, sempre foi e continuará sendo uma regra de julgamento. Todos têm de provar o que devem ou têm condições de provar. Ao final, o que não foi provado vai gerar consequência para quem não o provou na sentença - e é nela que será feita a inversão; muitos defendem isso. Outros tantos dizem que não é possível, isso causa uma decisão surpresa. A inversão não é automática nem está estabelecida previamente no texto normativo. No texto normativo, está dito que cabe ao autor provar isso e ao réu provar aquilo. Isso pode, circunstancialmente, ser invertido. Essa inversão tem de ser anunciada previamente. Anunciar previamente está de acordo com o contraditório, com o regime de cooperação e com o impedimento de decisão surpresa. A parte não pode ser surpreendida com uma decisão que não esperava. O texto normativo e a condução do processo causaram expectativa legítima de que cabia a ela provar aquilo, e aquilo não precisava ser provado. De repente na sentença, não. Se outro fato não foi provado e estou invertendo, então você perdeu. Mas eu não sabia que eu deveria ter de provar aquela prova. O “dever”, no caso, está errado, porque não é um dever, e sim um ônus. Mas eu não sabia que aquele ônus passou a ser meu e fui surpreendido. Então, o Código parte de todas estas normas fundamentais: de cooperação, de vedação de decisão surpresa, de boa-fé objetiva, de tutelar a confiança na expectativa criada. Por conta disso tudo, o projeto do novo

Código disciplina uma audiência de organização da instrução, em que o juiz deve anunciar previamente que está invertendo ônus da prova. Isso não implica prejulgamento algum. Ele apenas está dizendo: “Essa parte tem mais condições de provar. As provas a serem produzidas são x, y e z”. Então, a parte prepara-se e com isso já evita uma surpresa. Ela pode, com isso, desempenhar melhor o seu contraditório. Embora, na teoria, na doutrina e em grande parte da jurisprudência, isso não seja novidade, ela é novidade agora porque está expressamente prevista e passa a eliminar essa polêmica que ainda persiste. Sobre os poderes instrutórios do juiz, é preciso destacar que o projeto mantém a regra tradicional que diz que as partes têm direito à produção de provas e que elas podem ser determinadas a requerimento ou de ofício pelo juiz. Há um dispositivo que diz que a parte tem direito à produção da prova e de ver examinada pelo juiz a prova que ela produziu. Então, isso gera duas consequências: a parte tem o direito de ser deferida uma prova pertinente e, segundo, essa prova tem de ser examinada na sentença. É preciso que a valoração seja objeto de devida fundamentação. Isso voltará a ser tratado pelo Professor Gajardoni. Mas, voltando à minha introdução, por que comecei dizendo que muita gente defende o ativismo, outros tantos defendem o garantismo e que as regras sobre provas são marcantes na definição disso? As regras sobre provas são marcantes na definição do modelo processual que se tem ou que se quer. Não é à toa que na discussão entre processo adversarial e processo inquisitivo, entre ativismo e garantismo, todos os exemplos que se dão são probatórios, exemplos de poderes do juiz. O projeto mantém a regra tradicional de que o juiz pode determinar prova de ofício. Então, os ativistas continuarão dizendo que os juízes têm amplos poderes probatórios. Os garantistas irão dizer que essa expressão “de ofício” é inconstitucional, porque determinar prova de ofício ofende o devido processo legal, já que retira a imparcialidade. Observem que estamos num modelo agora intermediário: não teremos ativismo nem garantismo, teremos cooperação. Então, o poder instrutório do juiz, em princípio, será suplementar. Primeiro, as partes têm de pedir, e o juiz deve advertir o que ainda está controvertido e não provado, esclarecer as provas possíveis. A parte deve produzir essa prova ou requerer a produção dessa prova para que o juiz a defira ou a indefira. Isso deve ser temperado nas hipóteses em que há hipossuficiência e indisponibilidade, porque, muitas vezes, há uma hipossuficiência econômica e, pior, uma hipossuficiência técnica não só da parte, mas também do advogado, que não sabe qual prova pedir ou como pedir. É verdade. Então, é importante que isso seja observado em um modelo de cooperação em que o juiz tem o dever de esclarecimento, de prevenção e de consulta. Ele tem de contribuir para a melhor decisão possível. Não é só a ideia de cooperação que

confirma que o poder instrutório do juiz passou a ser complementar, há dados colhidos, no texto normativo, ao longo de todo o Código, que confirma essa ideia. Vejam, por exemplo, que o art. 466 do projeto diz que as testemunhas serão inquiridas diretamente pelas partes, ou seja, por seus advogados, e o juiz vai inquiri-las depois. Inverte-se a ordem. Primeiro, as partes vão inquirir, depois o juiz vai inquirir. Então, quanto ao art. 466, vão dizer que não se aplica... Essa já é uma regra incorporada ao processo penal, agora está no processo civil, falta o processo do trabalho. Está faltando o processo do trabalho. O tempo já está bem avançado, mas ainda dá tempo de eu dizer. Outra coisa que merece registro é que, embora isso não seja rigorosamente uma novidade, o projeto contrata os poderes do relator no tribunal e atribui, também, poder instrutório. Entre os poderes gerais, o art. 945, inciso I, prevê os poderes instrutórios do juiz, o que reforça a possibilidade da atividade probatória no tribunal. É da tradição o tribunal sempre delegar atividade probatória, mas nada impede que o tribunal colha aquela prova, e isso tem se acentuado com a ideia democrática das audiências públicas. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem feito audiências públicas nas ações de controle de constitucionalidade. Considerando a boa-fé objetiva e a segurança jurídica, que são objetos de preocupação das normas fundamentais do novo Código, não é desarrazoado entender que, deferida a prova, o juiz não poderá mais recusar a sua produção. Isso já gerou uma expectativa legítima de que a prova deve ser produzida, e há, nesse caso, uma preclusão que impede que ela não seja mais produzida. A recíproca é verdadeira. Se o juiz já indeferiu a prova, não será possível produzi-la, a não ser que surjam fatos supervenientes que justifiquem uma mudança daquela decisão. Um regime de cooperação precisa conviver com um regime de preclusão bem definida, sob pena de o processo ter o risco de não ter sua duração razoável. É preciso que as preclusões sejam bem observadas e que as expectativas legítimas criadas nas partes sejam respeitadas. Então, se a prova já foi produzida, a parte já tinha a expectativa de que aquela prova seria produzida. Ela foi deferida, então já tinha a expectativa de ser produzida, e a recíproca será verdadeira. A hipótese contrária também: se for indeferida, não deverá ser produzida. O projeto tenta prestigiar o processo eletrônico. Há uma dificuldade de tratar tudo como processo eletrônico – vejam que é um código nacional –, por conta de a realidade de alguns Estados ser incompatível com a instalação imediata ou em curto prazo do processo eletrônico. O grande exemplo é o Tribunal de Justiça de São Paulo, que não tem condições físicas, estruturais nem orçamentárias de implementar o processo eletrônico, porque este Tribunal tem trezentos e oitenta Desembargadores, fora os Juízes Convocados, que são mais de quatrocentos. Portanto, é uma estrutura gigantesca, que impede que isso seja

feito em curto prazo. Trata-se de um Código que contém regras mistas do processo físico e do processo eletrônico. Tanto em um quanto em outro, será possível isso. Será estimulada a videoconferência. Então, as testemunhas ou as partes que estão longe, que não têm como vir, poderão ser ouvidas por videoconferência se o tribunal ou o juiz já tiver os equipamentos para isso. E o objetivo é de duração razoável, é de eficiência, é de economia de despesa, porque evita uma carta precatória ou a vinda de uma testemunha de longe, agilizando essa parte. Outra novidade, em termos gerais, é que as testemunhas serão intimadas pelo próprio advogado. O advogado deve se responsabilizar por mandar as cartas com o aviso de recebimento. Só será feito por via oficial se houver dificuldade, se o advogado fizer e voltar frustrada a carta, daí sim será por Oficial de Justiça. A outra novidade importante, para concluir, é a supressão - e isso vai ao encontro de todas as normas fundamentais e deve ser complementado pelo Professor Gajardoni, quando falar da sentença -, é a eliminação de todos os adjetivos ou de todas as expressões “livre” ou “livremente”. Então, o conhecimento do juiz não é um “livre convencimento motivado”, e sim um “convencimento motivado”. Então, talvez seja mais retórico do que essencial, mas é pra reforçar a ideia de que o juiz tem de fundamentar na prova, e não livremente. É eliminar a discricionariedade. A fundamentação tem ocorrido com base nas provas, mas, para que haja um contexto mais sistêmico, que esteja de acordo com todas essas ideias da fundamentação e da eliminação de discricionariedade ou da presença da discricionariedade com fundamentação adequada, sempre que haja “livre conhecimento” ou “convencimento livremente”, é “convencimento motivado”. Teremos um modelo não de livre convencimento motivado, mas de convencimento motivado. Então, esses eram os aspectos gerais. Sobre provas, poderíamos falar muito mais coisas, mas acho que isso retrata os principais pontos, as novidades. Aproveito para agradecer a atenção e paciência de todos e, mais uma vez, o convite que me foi feito para estar aqui. Muito obrigado. (Aplausos.)

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen (Diretor da Enamat) – Infelizmente, não há previsão e a exiguidade do tempo não permite debates nessa fase do Simpósio. Resta-me expressar as mais efusivas congratulações ao Professor Cunha e ao Professor Cabral pelas excelentes palestras. Cumprimentar, uma vez mais, o nosso querido Professor Freddie Didier e, ao mesmo tempo, agradecer a participação dos ilustres Professores neste Simpósio, que trouxeram um excelente contributo para as nossas reflexões, diante das novidades que se avizinham no novo Código de Processo Civil. A todos o nosso muito

obrigado. Estão suspensas as nossas atividades até às 14h, quando retomaremos com um painel. Muito obrigado.

“Aspectos gerais da prova”⁴

Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha

Bom dia a todos, já quase boa tarde. Não posso deixar de agradecer o convite que me foi feito pela Enamat para estar aqui com os senhores, especialmente ao Ministro Dalazen pela apresentação feita.

Tratar sobre provas não é fácil. É um tema que envolve aspectos filosóficos, é um tema que nos remete a qual objetivo da prova: se é buscar a verdade, quais são os poderes do juiz. Tratar de provas é, na verdade, também, identificar qual o modelo de processo que se tem. Tudo que posso dizer já vem do que foi dito pelos Professores que me antecederam: Professor Fredie e Professor Cabral, porque temos uma cultura jurídica e uma legislação envolvidas no publicismo. E todas as discussões que envolvem modelos de processo e poderes de juiz são polarizadas: Temos um modelo adversarial ou inquisitivo? Somos ativistas ou garantistas? O juiz tem amplos e irrestritos poderes na produção da prova ou não tem poder nenhum, tem que aguardar sempre a provocação das partes? É muito comum no Direito, como todos sabemos, haver essa polarização, esse radicalismo. Sempre tem uma corrente radical de um lado, corrente radical de outro, mas é comum que venha o terceiro modelo, a corrente mista, a corrente eclética, a corrente *sui generis*, que tenta acomodar as críticas suportadas por cada uma dessas correntes radicais.

Parece-me que o novo Código é a terceira via. Ele cria um modelo que tenta acomodar esses radicalismos. Ele cria um modelo de cooperação, que tem por inspiração a boa-fé objetiva, o estado democrático de direito, porque sempre trabalhamos mais com o estado de direito e pouco com o estado democrático, e o estado democrático convoca a participação daquele que deve sujeitar-se à decisão a ser tomada e que alcança. Então, surge um processo em que há uma comunidade de trabalho, uma divisão de tarefas com participação dessas tarefas.

⁴ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 15 de setembro de 2014, às 11h25. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

Vejam que, pelo o que o Professor Fredie disse - isso termina influenciando aqui na minha exposição -, teremos um princípio da primazia do exame do mérito. Eu conversava com o Professor Cabral, durante a exposição do Professor Fredie, e o Professor Cabral me dizia que isso já existe, temos a instrumentalidade das formas. Respondi dizendo que não com o alcance que o novo Código estabelece. Talvez seja interessante termos retoricamente um novo nome, talvez, para mostrarmos que há uma dimensão maior da tão conhecida instrumentalidade. Isso tudo faz com que haja uma valoração à vontade das partes. Aí me aproveito do que foi exposto pelo Professor Cabral.

Há, talvez, um novo princípio - o Professor Fredie já escreveu sobre isso, mas o texto ainda é inédito - o princípio do “auto regramento da vontade das partes”, que não pode ser desprezado. Muito do que o Professor Cabral disse confirma isso. As partes, muitas vezes, têm vontade que deve ser observada. Até pensei num ponto que é dito por muitos doutrinadores, de que o comportamento das partes deve ser observado no processo. E ele, no âmbito probatório, funciona, muitas vezes, como um indício.

Há quem defenda que o comportamento das partes é uma prova atípica. Prefiro entender que é um indício. Então, a parte que sempre falta ou que sempre está dando uma desculpa, interpõe um recurso protelatório, esse comportamento já denota, já indica que ela, aparentemente, não tem razão. Isso pode ser um reforço ao aspecto probatório. Essa ideia da primazia do julgamento do mérito reforça uma ideia geral do novo Código que incorpora a finalidade de que o julgamento seja o melhor possível. O que se quer é a melhor decisão possível. Criou-se até um *slogan* para isso, que é a decisão justa, um processo justo.

Há muitos aspectos no projeto que incorporam a ideia da justiça ou do modelo multiportas. A depender do caso, a situação ou a solução deve passar pela mediação, ou pela conciliação, ou pela arbitragem ou até mesmo pela decisão judicial, porque o que se quer é a solução - e aí, permitam-me o excesso de retórica -, e não o julgamento, ou seja, é a resolução com satisfação, todos devem sair satisfeitos porque tudo o que foi realizado desencadeou aquela decisão e não poderia ter sido de outra forma.

Nesse espírito, considerando que o projeto estabelece que suas disposições se aplicam subsidiária e supletivamente ao processo do trabalho - isso é muito interessante: percebam que a aplicação é subsidiária e supletiva. Há previsão das duas formas.

Não só na ausência de norma do processo do trabalho deve se recorrer ao processo civil, mas também, havendo previsão, é possível que as normas do processo civil complementem a previsão do processo do trabalho. Então, considerando essas premissas, destaco talvez uma pseudonovidade, mas ela recebe um destaque que não tem no Código atual, que é uma diferença que muitos fazem entre o depoimento pessoal e o interrogatório informal. Muitas vezes, ouvir a parte ajuda a entender melhor a discussão. E isso não será um depoimento pessoal, porque a finalidade não é provocar a confissão da parte; é apenas esclarecer melhor ao Juiz. E só o Juiz é quem pode determinar o interrogatório informal, sendo que a ausência da parte ou a falta de alguma resposta não gera confissão. A finalidade é esclarecer melhor o convencimento, esclarecer melhor ao Juiz para que ele forme seu convencimento. A propósito disso, o projeto, no art. 139, que é o artigo que trata genericamente dos poderes do Juiz, tem o inciso VIII, que permite expressamente o interrogatório informal. Ou seja, o Juiz pode convocar as partes, a qualquer momento, para que esclareçam detalhes da discussão que está sendo travada. É possível até que isso seja combinado com o próprio depoimento. No próprio depoimento, o Juiz faça o interrogatório, considerando que, no processo do trabalho, a oralidade prevalece e gera concentração de atos. Talvez seja mais conveniente concentrar as duas coisas no mesmo ato e rigorosamente não se terá aí uma novidade. O detalhe é só o alerta de que a falta de resposta num esclarecimento não gera confissão, porque o esclarecimento, muitas vezes, reforça o que foi dito, e isso não implica confissão. Outra novidade interessante, nessa parte geral das provas, é a tipificação de três provas que sempre foram atípicas ou sempre foram tidas como atípicas.

Primeiro, a prova emprestada passa a ser prevista textualmente e incorpora o que sempre se defendeu, tanto na doutrina como na jurisprudência, da sua possibilidade, com necessidade de observância ao contraditório, e aí a repercussão será mais de valoração do que de admissibilidade. Então, se a prova foi produzida num processo que envolve as mesmas partes e houve contraditório, o valor dela vai ser muito alto quando tomada de empréstimo no processo de agora. Mas se foi produzido num processo que não envolve as mesmas partes, mas, ao tomar de empréstimo, ela observa o contraditório efetivamente, ela terá um valor também substancial. Se ela foi produzida só num processo que envolve uma das partes, ela pode ser trazida, mas o valor vai ser um pouco menor. Então, isso tudo diz respeito mais à valoração do que a sua admissibilidade. Que ela é admissível, não há

dúvida, e o projeto confirma essa admissibilidade, reforçando a necessidade de observância ao contraditório.

Também é tipificada a hipótese da testemunha técnica, que é uma figura presente nos ordenamentos de *common law*, porque lá não há a perícia que nós temos não existe nos países de *common law*, onde tudo é feito por prova testemunhal. Lá eles também não têm o depoimento pessoal. A própria parte que é recebida como testemunha e jura dizer a verdade. E os técnicos, os peritos são ouvidos como testemunhas. Então, o nosso Código atual prevê, timidamente - não é o projeto, mas o Código atualmente em vigor é quem prevê -, que é possível, no lugar de uma perícia, ouvir um especialista.

O projeto traz mais detalhes, dizendo como deve ser solvida, quem deve ser esse especialista, tipificando ou detalhando a possibilidade da testemunha técnica ou da ouvida de um técnico para esclarecer melhor. É mais ágil, mais econômico e, muitas vezes, dependendo do caso, mais eficiente. Em vez de se instaurar toda uma perícia, com todo o procedimento complexo de uma perícia, ouve-se um especialista – vai depender da situação –, esclarece e prova o que se quer.

E a terceira tipificação - permitam-me fazer uma ressalva -, eu, rigorosamente, não acho que ela está sendo tipificada agora. Ela já é uma prova típica desde 1994. Está prevista nos arts. 6.º e 7.º da Lei n.º 8.953, que é uma lei que regulamenta o serviço notarial, serviço de cartórios, de tabelionatos, que é a ata notarial. A ata notarial é a documentação de um fato perante o tabelião. Então, um fato que tenha ocorrido, determinada rotina, convoca-se o tabelião para que ele verifique, presencie e ele vai lavrar uma ata documentando a ocorrência daquele fato ou daquela situação. Isso é muito importante para documentar o conteúdo, por exemplo, de *sites*, de *blogs* ou algo que foi postado em alguma rede social, porque esses conteúdos variam ou muitas vezes são eliminados. Então, é uma oportunidade de se registrar o que ocorreu, o que se publicou ou registrou, para que isso fique como uma prova. Já começam a haver estudos sobre a diferença entre a escritura pública e a ata notarial. Alguns dizem que a escritura serve para documentar um ato jurídico, uma declaração de vontade ou um negócio, enquanto a ata notarial documenta um fato. É possível se levar esse fato à presença do tabelião ou convocá-lo, para que verifique, presencie e registre. Fiquei pensando na rotina trabalhista, como isso poderia vir para o processo do trabalho. É possível documentar o conteúdo de *sites* e publicações, mas também a rotina de

determinada empresa - trabalho escravo ou atividade que não venha sendo observada. É possível que o tabelião seja convocado para que isso seja feito.

O Ministério Público do Trabalho já tem desempenhado este papel; é um elemento a mais para a comprovação de fatos que ocorram no ambiente de trabalho. O projeto mantém a regra tradicional da atipicidade das provas. Não obstante as provas típicas, aquelas previstas tipicamente, com regulação própria, é possível também haver provas atípicas. Nesse sentido, há uma preocupação interessante com a prova científica. Vejam que esse é um dilema da pós-modernidade ou do nosso contexto contemporâneo. Os autores latino-americanos... No Brasil, fala-se e escreve-se pouco sobre isso, mas na América Latina em geral há uma preocupação grande em relação ao poder do juiz diante de uma prova científica. Imaginem, nas ações de Direito de Família, o que o juiz pode fazer diante de um exame de DNA, a não ser homologar o resultado? Alguns autores argentinos, uruguaios e colombianos têm discutido muito isso, dizendo que há o risco de uma delegação do poder de julgar ao perito e que o juiz não pode perder o seu poder de controle da prova.

Então, como haver o controle da prova diante de uma prova científica? O projeto se preocupa com isso.

Primeiramente, garante-se o contraditório, que tem de ser muito bem respeitado. Em segundo lugar, há uma preocupação com o método empregado na perícia científica. O art. 480 impõe ao perito, quando a perícia for científica, que esclareça qual será o método adotado e também se esse método goza de aceitação na comunidade acadêmica. Isso porque, adotado um método errado, o resultado pode ser totalmente diverso. Além disso, há uma maior exigência na escolha do perito. O art. 472 exige que o perito mostre que tem realmente especialidade no assunto. Recomenda-se - talvez exigir seja o verbo errado - que os tribunais tenham em seus cadastros uma relação de especialistas, fornecida pelas universidades e pelos conselhos profissionais e que o perito, ao ser nomeado, mostre que tem realmente especialidade e conhecimento sobre aquele tema.

Ao lado disso, temos - o que vai ser objeto da palestra do Professor Gajardoni - o dever de fundamentação. O juiz deve fundamentar, mostrando que de fato aquele método corresponde ao que foi anunciado, está conferido no laudo e de acordo com o que se mostrou ser o que iria ser feito. Há também um detalhe muito importante nesse ponto

da atipicidade das provas. Isso não está previsto, mas pode ser extraído de algumas regras, de alguns procedimentos especiais previstos no Código. Ao lado da dignidade da pessoa humana, da eficiência e do contraditório, pode gerar a construção dessa regra no procedimento de ações de família e de dissolução parcial de sociedade. Casando tudo isso com a necessidade de dignidade humana, é interessante que o juiz, em algumas situações, valha-se do auxílio de especialistas para interrogar testemunhas ou colher o depoimento da parte. Quando? Fiquei pensando isso no Processo do Trabalho.

No Direito de Família, é comum quando há o risco de alienação parental. Para ouvir a criança, é preciso que haja um assistente social e um psicólogo ao lado, a fim de saber como inquirir, porque a forma pela qual a pergunta é feita pode impedir que se obtenha a resposta adequada. Isso pode ser feito em casos em que se alega assédio moral ou sexual, em casos de dispensa por alcoolismo ou consumo de drogas. Muitas vezes, a forma de indagar assusta a pessoa que está sendo inquirida, não tendo esta a condição de responder, a não ser que a pergunta seja feita com o auxílio de um psicólogo, de um assistente social, de alguém que estude o assunto e saiba como é o comportamento e a psique de alguém que enfrenta aquele problema. Então, esse é um ponto que me parece importante.

Outro aspecto relevante, tomando o que já foi dito nas exposições anteriores, é a possibilidade de prova negociada; é um dos pontos que merece nossa atenção. A prova negociada é atípica, porque as partes escolheram uma prova não prevista ou porque modificaram a regra de uma prova típica, “atipicizando” a prova. Por exemplo, as partes podem negociar para que determinada testemunha, em vez de ser ouvida, faça o seu relato por escrito. Em vez de a prova ser produzida tipicamente como testemunhal, é produzida como documental, ou seja, documenta-se o depoimento. Isso garante economia processual e eficiência, diminuindo o custo. Às vezes, a testemunha à disposição está longe e não tem como vir; então, as partes aceitam que um relato por escrito substitua o depoimento da testemunha perante o Juiz. É uma possibilidade que o Código não diz textualmente, mas pode ser construída na cláusula geral de negociação; isso pode estar previamente no negócio. Se houver algum litígio que envolva as partes contratantes, os depoimentos de testemunhas serão apresentados por escrito. Então, é possível que isso venha a ocorrer, mas tudo com a observância do contraditório e com o acerto entre as partes. É possível que as partes concordem especificamente.

Como seria isso no Processo do Trabalho? Em casos em que haja litígio entre sindicatos, talvez o poder de negociação seja maior ou quando o empregado for alguém que não seja tão hipossuficiente: o presidente de uma multinacional, o CEO de uma grande empresa, um gerente de alta patente no âmbito daquela atividade empresarial. Sobre o ônus da prova, sabemos que ele sempre foi tido como regra de julgamento – o ônus subjetivo da prova. Se a parte não provou, vai sofrer a consequência da não produção da prova. O Professor Fredie já antecipou que o projeto do novo Código concretiza e disciplina com detalhes a inversão e a dinamização do ônus da prova. Então, em termos estáticos, o ônus da prova mantém-se como é hoje. Ao autor, cabe provar o fato constitutivo de seu direito e, ao réu, o fato extintivo, modificativo e impeditivo. Mas é possível que isso seja dinamizado ou invertido.

Na verdade, tem havido uma polêmica: muitos entendem que o ônus da prova é, sempre foi e continuará sendo uma regra de julgamento. Todos têm de provar o que devem ou têm condições de provar. Ao final, o que não foi provado vai gerar consequência para quem não o provou na sentença - e é nela que será feita a inversão; muitos defendem isso. Outros tantos dizem que não é possível, isso causa uma decisão surpresa. A inversão não é automática nem está estabelecida previamente no texto normativo. No texto normativo, está dito que cabe ao autor provar isso e ao réu provar aquilo. Isso pode, circunstancialmente, ser invertido. Essa inversão tem de ser anunciada previamente. Anunciar previamente está de acordo com o contraditório, com o regime de cooperação e com o impedimento de decisão surpresa. A parte não pode ser surpreendida com uma decisão que não esperava.

O texto normativo e a condução do processo causaram expectativa legítima de que cabia a ela provar aquilo, e aquilo não precisava ser provado. De repente na sentença, não. Se outro fato não foi provado e estou invertendo, então você perdeu. Mas eu não sabia que eu deveria ter de provar aquela prova. O “dever”, no caso, está errado, porque não é um dever, e sim um ônus. Mas eu não sabia que aquele ônus passou a ser meu e fui surpreendido. Então, o Código parte de todas estas normas fundamentais: de cooperação, de vedação de decisão surpresa, de boa-fé objetiva, de tutelar a confiança na expectativa criada. Por conta disso tudo, o projeto do novo Código disciplina uma audiência de organização da instrução, em que o juiz deve anunciar previamente que está invertendo ônus da prova. Isso

não implica prejulgamento algum. Ele apenas está dizendo: “Essa parte tem mais condições de provar. As provas a serem produzidas são x, y e z”. Então, a parte prepara-se e com isso já evita uma surpresa. Ela pode, com isso, desempenhar melhor o seu contraditório. Embora, na teoria, na doutrina e em grande parte da jurisprudência, isso não seja novidade, ela é novidade agora porque está expressamente prevista e passa a eliminar essa polêmica que ainda persiste. Sobre os poderes instrutórios do juiz, é preciso destacar que o projeto mantém a regra tradicional que diz que as partes têm direito à produção de provas e que elas podem ser determinadas a requerimento ou de ofício pelo juiz. Há um dispositivo que diz que a parte tem direito à produção da prova e de ver examinada pelo juiz a prova que ela produziu. Então, isso gera duas consequências: a parte tem o direito de ser deferida uma prova pertinente e, segundo, essa prova tem de ser examinada na sentença. É preciso que a valoração seja objeto de devida fundamentação. Isso voltará a ser tratado pelo Professor Gajardoni.

Mas, voltando à minha introdução, por que comecei dizendo que muita gente defende o ativismo, outros tantos defendem o garantismo e que as regras sobre provas são marcantes na definição disso? As regras sobre provas são marcantes na definição do modelo processual que se tem ou que se quer. Não é à toa que na discussão entre processo adversarial e processo inquisitivo, entre ativismo e garantismo, todos os exemplos que se dão são probatórios, exemplos de poderes do juiz. O projeto mantém a regra tradicional de que o juiz pode determinar prova de ofício. Então, os ativistas continuarão dizendo que os juízes têm amplos poderes probatórios. Os garantistas irão dizer que essa expressão “de ofício” é inconstitucional, porque determinar prova de ofício ofende o devido processo legal, já que retira a imparcialidade. Observem que estamos num modelo agora intermediário: não teremos ativismo nem garantismo, teremos cooperação. Então, o poder instrutório do juiz, em princípio, será suplementar. Primeiro, as partes têm de pedir, e o juiz deve advertir o que ainda está controvertido e não provado, esclarecer as provas possíveis. A parte deve produzir essa prova ou requerer a produção dessa prova para que o juiz a defira ou a indefira. Isso deve ser temperado nas hipóteses em que há hipossuficiência e indisponibilidade, porque, muitas vezes, há uma hipossuficiência econômica e, pior, uma hipossuficiência técnica não só da parte, mas também do advogado, que não sabe qual prova pedir ou como pedir. É verdade.

Então, é importante que isso seja observado em um modelo de cooperação em que o juiz tem o dever de esclarecimento, de prevenção e de consulta. Ele tem

de contribuir para a melhor decisão possível. Não é só a ideia de cooperação que confirma que o poder instrutório do juiz passou a ser suplementar, há dados colhidos, no texto normativo, ao longo de todo o Código, que confirma essa ideia. Vejam, por exemplo, que o art. 466 do projeto diz que as testemunhas serão inquiridas diretamente pelas partes, ou seja, por seus advogados, e o juiz vai inquiri-las depois. Inverte-se a ordem. Primeiro, as partes vão inquirir, depois o juiz vai inquirir. Então, quanto ao art. 466, vão dizer que não se aplica... Essa já é uma regra incorporada ao processo penal, agora está no processo civil, falta o processo do trabalho. Está faltando o processo do trabalho.

O tempo já está bem avançado, mas ainda dá tempo de eu dizer.

Outra coisa que merece registro é que, embora isso não seja rigorosamente uma novidade, o projeto contrata os poderes do relator no tribunal e atribui, também, poder instrutório. Entre os poderes gerais, o art. 945, inciso I, prevê os poderes instrutórios do juiz, o que reforça a possibilidade da atividade probatória no tribunal. É da tradição o tribunal sempre delegar atividade probatória, mas nada impede que o tribunal colha aquela prova, e isso tem se acentuado com a ideia democrática das audiências públicas. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem feito audiências públicas nas ações de controle de constitucionalidade. Considerando a boa-fé objetiva e a segurança jurídica, que são objetos de preocupação das normas fundamentais do novo Código, não é desarrazoado entender que, deferida a prova, o juiz não poderá mais recusar a sua produção. Isso já gerou uma expectativa legítima de que a prova deve ser produzida, e há, nesse caso, uma preclusão que impede que ela não seja mais produzida. A recíproca é verdadeira. Se o juiz já indeferiu a prova, não será possível produzi-la, a não ser que surjam fatos supervenientes que justifiquem uma mudança daquela decisão. Um regime de cooperação precisa conviver com um regime de preclusão bem definida, sob pena de o processo ter o risco de não ter sua duração razoável. É preciso que as preclusões sejam bem observadas e que as expectativas legítimas criadas nas partes sejam respeitadas. Então, se a prova já foi produzida, a parte já tinha a expectativa de que aquela prova seria produzida. Ela foi deferida, então já tinha a expectativa de ser produzida, e a recíproca será verdadeira. A hipótese contrária também: se for indeferida, não deverá ser produzida. O projeto tenta prestigiar o processo eletrônico. Há uma dificuldade de tratar tudo como processo eletrônico – vejam que é um código nacional –, por conta de a realidade de alguns Estados ser incompatível com a instalação imediata ou em curto prazo do

processo eletrônico. O grande exemplo é o Tribunal de Justiça de São Paulo, que não tem condições físicas, estruturais nem orçamentárias de implementar o processo eletrônico, porque este Tribunal tem trezentos e oitenta Desembargadores, fora os Juízes Convocados, que são mais de quatrocentos. Portanto, é uma estrutura gigantesca, que impede que isso seja feito em curto prazo. Trata-se de um Código que contém regras mistas do processo físico e do processo eletrônico. Tanto em um quanto em outro, será possível isso. Será estimulada a videoconferência. Então, as testemunhas ou as partes que estão longe, que não têm como vir, poderão ser ouvidas por videoconferência se o tribunal ou o juiz já tiver os equipamentos para isso. E o objetivo é de duração razoável, é de eficiência, é de economia de despesa, porque evita uma carta precatória ou a vinda de uma testemunha de longe, agilizando essa parte.

Outra novidade, em termos gerais, é que as testemunhas serão intimadas pelo próprio advogado. O advogado deve se responsabilizar por mandar as cartas com o aviso de recebimento. Só será feito por via oficial se houver dificuldade, se o advogado fizer e voltar frustrada a carta, daí sim será por Oficial de Justiça. A outra novidade importante, para concluir, é a supressão - e isso vai ao encontro de todas as normas fundamentais e deve ser complementado pelo Professor Gajardoni, quando falar da sentença -, é a eliminação de todos os adjetivos ou de todas as expressões “livre” ou “livremente”. Então, o conhecimento do juiz não é um “livre convencimento motivado”, e sim um “convencimento motivado”. Talvez seja mais retórico do que essencial, mas é pra reforçar a ideia de que o juiz tem de fundamentar na prova, e não livremente. É eliminar a discricionariedade. A fundamentação tem ocorrido com base nas provas, mas, para que haja um contexto mais sistêmico, que esteja de acordo com todas essas ideias da fundamentação e da eliminação de discricionariedade ou da presença da discricionariedade com fundamentação adequada, sempre que haja “livre conhecimento” ou “convencimento livremente”, é “convencimento motivado”. Teremos um modelo não de livre convencimento motivado, mas de convencimento motivado.

Esses eram os aspectos gerais. Sobre provas, poderíamos falar muito mais coisas, mas acho que isso retrata os principais pontos, as novidades. Aproveito para agradecer a atenção e paciência de todos e, mais uma vez, o convite que me foi feito para estar aqui. Muito obrigado.

“Coisa julgada”⁵

Rodrigo Otávio Barioni

Boa tarde a todos.

Em primeiro lugar, eu gostaria de cumprimentar e agradecer o convite em nome da pessoa do Ministro João Oreste Dalazen, cumprimentar o Professor Flávio Luiz Yarshell, o meu amigo Fernando da Fonseca Gajardoni e os senhores aqui presentes.

O tema que a mim foi incumbido diz respeito à coisa julgada, que é um tema fundamental para o Estado Democrático de Direito, fundamental porque a Constituição o assegura como uma garantia que não pode ser modificada, quer pela lei, quer pelo Poder Judiciário, quer mesmo pelas partes.

A coisa julgada ganha uma relevância muito grande, portanto, do ponto de vista da segurança jurídica, e compete ao ordenamento positivo estabelecer quais são os contornos da coisa julgada, porque há sistemas em que se permite a revisão de decisões *ad aeternum*. Por exemplo: no Direito Canônico, nas ações que versam sobre o estado das pessoas, é possível pedir a revisão a qualquer tempo. De outra forma, como é o mais comum dos sistemas, há um limite, e nesse limite, a revisão da sentença encontra, justamente, nos recursos estabelecidos pelo sistema, para sua modificação...

Do ponto de vista do Código de Processo Civil projetado, há algumas modificações em relação à coisa julgada. Algumas são modificações apenas de aperfeiçoamento do texto legal; outras, modificações que podem trazer algumas dificuldades práticas na interpretação e aplicação.

Em primeiro lugar, há uma modificação do dispositivo que diz respeito à definição da coisa julgada. Hoje, a definição da coisa julgada está disposta no art.

⁵ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 15 de setembro de 2014, às 14h. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

467 do Código de Processo Civil, que diz o seguinte: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. O art. 513 do Código projetado modifica parcialmente a redação para dizer o seguinte: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. As modificações previstas nestes dispositivos são pequenas, não chegam a alterar conceitualmente o entendimento que hoje vigora sobre a coisa julgada, mas há um aprimoramento na técnica redacional. No atual art. 467, onde se fala em “eficácia da sentença”, como se a coisa julgada fosse uma eficácia da sentença, um efeito da sentença, modifica-se o termo pela expressão “autoridade da sentença”. Então, realmente, a coisa julgada é uma qualidade que agrega a sentença, que se torna, portanto, imutável; dessa forma, parece-me perfeita a modificação. Modifica-se também o termo “sentença” por “decisão”. Nesse ponto, entra aquilo que o Professor Gajardoni falou há pouco - o que, a propósito, está alinhado ao dispositivo do Código -, a saber, que as decisões proferidas no curso do processo, tratadas como decisões interlocutórias, mas que podem versar sobre o mérito da causa, estão sujeitas à coisa julgada. Hoje, há uma grande discussão sobre essa questão, até mesmo se seria possível essa cisão da sentença, se pode haver dois momentos para proferir julgamentos de mérito - e, nesse caso, entra também a discussão se há ou não a eficácia da coisa julgada sobre essa parte já decidida.

O Código vem alinhado neste ponto para deixar claro isto: o que faz coisa julgada é a decisão, é o gênero, tanto faz se é decisão interlocutória ou decisão final. O que importa, no caso, não é a denominação, mas, sim, o conteúdo da decisão. Se é uma decisão de mérito, está sujeita, portanto, à autoridade da coisa julgada - o que me parece, também, uma modificação bem adequada. E também aprimora o texto para excluir a parte final que falava sobre recurso ordinário e recurso extraordinário - a sentença não sujeita a recurso ordinário e recurso extraordinário. Isso também já foi objeto de comentários pelo Professor Barbosa Moreira, que dizia que no nosso sistema não há recursos ordinários e extraordinários; o que há são recursos cabíveis contra as decisões, e esses recursos, claro, têm os seus limites estabelecidos pela Constituição Federal ou pela legislação infraconstitucional; não há a divisão, como há em outros sistemas, como, por exemplo, no sistema italiano, em que o recurso extraordinário é aquele cabível após o trânsito em julgado, e os recursos ordinários seriam aqueles cabíveis antes do trânsito em julgado. No nosso sistema positivo,

não há essa distinção, e, portanto, o que, na verdade, acarreta a coisa julgada ou o que conduz à formação da coisa julgada é o não cabimento ou a não utilização de qualquer recurso.

Dessa forma, seja ele ordinário ou, na denominação atual, extraordinário, isso pouco importa; o fato é que não cabe recurso, forma-se a coisa julgada. Nesse sentido, parece-me que foi feliz o texto proposto para a aprovação. Depois, há um tema mais importante, que diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada - talvez seja o tema mais relevante que vou tratar com os senhores. Atualmente, o Código de Processo estabelece que o que forma a coisa julgada é a parte dispositiva da sentença. E, para alguma questão prejudicial ser alcançada pela formação da coisa julgada, é necessário que a parte lance mão da chamada declaratória incidental. Então, pega-se uma questão prejudicial, que seria obrigatoriamente analisada - desde que o juiz seja competente para a análise daquela questão - , e essa questão prejudicial passa para a parte dispositiva, passa a ser uma questão a ser solucionada e acobertada pelo manto da coisa julgada.

No projeto do Código de Processo Civil, há uma modificação bastante significativa nesse ponto, porque a ação declaratória incidental, hoje, na prática, é muito pouco utilizada. Particularmente, nunca vi, na prática, sua utilização. Eu estava conversando até com o Professor Fernando Gajardoni, outro dia, e ele falou que tinha visto apenas uma vez, em sua carreira, a declaratória incidental. Então, o que percebemos é que se trata de um instituto que - quando veio o Código de 1973, vários outros se lançaram a escrever sobre o tema - não vingou no Código de 1973. Daí, então, o legislador propor nas introduções do novo Código de Processo Civil que a questão prejudicial também seja alcançada pela coisa julgada. E esse foi um tema de grande discussão - desde o anteprojeto e, depois, quando houve a aprovação no Senado, e voltou à discussão na Câmara -, sobre qual seria a forma ou a melhor forma de se alcançar a coisa julgada da questão prejudicial. Voltou-se à declaratória incidental e, depois, saiu. Na última redação, ao menos a que foi aprovada na Câmara dos Deputados, a declaratória incidental saiu e faz coisa julgada a questão prejudicial desde que preenchidos alguns requisitos. E esses requisitos são interessantes porque em parte repetem os requisitos para a declaratória incidental, exigem que haja uma questão prejudicial que, obrigatoriamente, tenha de ser analisada pelo juiz - aquela questão já seria examinada pelo juiz, de qualquer forma, para se chegar ao resultado do mérito -, e que, em segundo lugar, o juiz tenha competência para a apreciação dessa questão.

Mas a grande introdução do Código foi, na verdade, a exigência de que essa questão tenha sido fruto de um debate efetivo, ou seja, que haja um efetivo contraditório sobre o ponto, e limita o cabimento às hipóteses em que haja revelia. Não pode haver essa coisa julgada sobre a questão prejudicial quando houver revelia, porque, evidentemente, não se terá desenvolvido o debate específico sobre aquele tema. Então, o legislador faz com que o princípio dispositivo seja mitigado. As partes não requerem mais, mas o próprio juiz é quem determina o que fará coisa julgada em relação à questão prejudicial. O sistema importou, foi parcialmente importado do sistema americano, no qual existe uma figura praticamente idêntica, que se chama *collateral estoppel*, em que as questões prejudiciais analisadas no corpo da sentença podem, sim, fazer coisa julgada, desde que haja também aí – e quando vai ser alegada a existência da coisa julgada, a questão discutida seja idêntica.

Quer dizer, tem de ser questões efetivamente iguais, tenha tido oportunidade de contraditório efetivo pelas partes e tenha tido a possibilidade de produção de provas. Aqui no nosso Código o sistema é igual, exigindo também a competência do juiz e limitando. Também não pode haver essa formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial quando houver uma limitação procedimental à produção de provas ou à cognição do magistrado. Nessas duas situações também está excluída a formação da coisa julgada da questão prejudicial. O sentido de aumentar o âmbito da coisa julgada é o sentido de economia.

Se o juiz já vai examinar aquela matéria, se já vai ter de decidir aquele tema, por que não decidir com força de coisa julgada? Mais do que isso, evita que a questão volte ao Judiciário e que possa haver uma decisão absolutamente contrária àquela primeira adotada. Por exemplo: discute-se a validade de um contrato. O sujeito entra com uma ação de cobrança de um determinado valor decorrente de um contrato e se discute a validade desse contrato em contestação, saber se é válido ou não o contrato é um ponto essencial para acolher ou não a pretensão à cobrança. Muito bem. Julga-se que o contrato é inválido. Em outro processo que venha a ser discutida outra questão relativa a esse contrato, esse contrato não pode ser considerado válido, senão, teríamos duas decisões que são absolutamente distintas e antagônicas sobre o mesmo tema. Daí, então, a tentativa de aproveitamento que, inclusive, é uma tendência do direito estrangeiro. É uma tendência de outros ordenamentos

atribuir a eficácia de coisa julgada às questões prejudiciais. Então, parece-me ser uma introdução feliz do Código.

O que é importante saber é o procedimento disso, porque não basta simplesmente o juiz surpreender as partes ao final do processo e dizer: “Essa questão que você abordou no outro processo, agora já tem coisa julgada. Aqui já fez coisa julgada porque o juiz julgou ali não avisou ninguém, mas tem coisa julgada”. Não, a parte procedimental aqui é fundamental, inclusive pelos arts. 10 e 11 do Código de Processo Civil projetado que asseguram o princípio do contraditório. Então, para que haja a coisa julgada sobre a questão prejudicial, em primeiro lugar, é preciso que o juiz alerte as partes e diga: “Vou examinar esse tema e sobre ele vai haver a coisa julgada”. As partes têm a oportunidade de se manifestar, têm oportunidade de produzir provas a respeito daquele tema e, quando chegar o momento da sentença, o juiz julgará a questão prejudicial e, julgada a questão prejudicial, recairá também a coisa julgada. Mas essa questão prejudicial, isso é que é importante salientar, tem de ser julgada expressamente. Julgar expressamente significa ser julgada no dispositivo, porque o Código projetado mantém a ideia de que os motivos da decisão ou a verdade dos fatos não fazem coisa julgada. E aqui, então, para que haja coisa julgada sobre a questão prejudicial, é imprescindível que o juiz julgue expressamente no dispositivo, ampliando, portanto, o objeto da demanda. Essa diretriz - é importante que se diga também - está alinhada a toda ideia do Código de Processo, porque a ideia do Código é uma ideia de segurança e de previsibilidade das decisões, uma das linhas adotadas pelo Código. Essa previsibilidade pelo Código é adquirida, dentre outras formas, pelos precedentes. Então, há uma tentativa de vinculação do juiz aos precedentes. Julgou num caso, o outro caso é idêntico, vamos tentar aplicar aquela decisão que já foi proferida no outro processo.

Se isso vale para processos em que estão partes diferentes, quanto mais para processos em que são as mesmas partes? Se analiso uma questão prejudicial em um processo, e depois aquelas mesmas partes tornam a litigar sobre outro pedido, outra perspectiva, mas aquela questão prejudicial também será examinada, nada mais coerente com o sistema do projeto do Código de Processo Civil do que vincular aquele julgamento. Portanto, aqui me parece que essa introdução da coisa julgada sobre a questão prejudicial é uma questão que pode ser útil e, certamente, aliviará alguns desconfortos decorrentes de julgamentos repetidos, sobre temas iguais e sobre, muitas vezes, óticas diferentes, que podem

conduzir a julgamentos conflitantes. Outra modificação, também introduzida pelo projeto, diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada. E aqui há uma redação que é, digamos assim, até problemática, porque diz hoje o Código de Processo Civil no art. 472: “(...) A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (...)”. Essa é a parte inicial do art. 472. O art. 517 diz o seguinte: “(...) A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. A leitura desse dispositivo pode dar a entender que a coisa julgada pode beneficiar terceiros. Ela não pode prejudicar, mas pode beneficiar. Nesse aspecto, há um problema sério. Primeiro, é importante que se diga que o terceiro sempre estará sujeito aos efeitos da sentença, não à coisa julgada. Ele pode discutir em outro processo, mas, muitas vezes, ele está sujeito aos efeitos naturais da sentença.

No caso, a questão de ser uma coisa julgada *in utilibus*, quer dizer, para beneficiar o terceiro, é algo um tanto perigoso. Fiquei pensando, embora eu não milite na Justiça do Trabalho, em exemplos que pudessem trazer em relação ao tema da Justiça do Trabalho e me veio ao menos duas situações que podem ser elucidativas para o problema que vejo. Imaginem que tenha uma ação promovida por um empregado pedindo o reconhecimento de um grupo empresarial. Ele pede a declaração do reconhecimento de grupo e formula outros pedidos cumulados. Se nessa ação envolvendo esse empregado individual for reconhecida a existência de grupo empresarial, significa que, para todos os outros empregados que eventualmente ajuízem ação, haveria coisa julgada. Então, a interpretação que pode ser extraída desse dispositivo é essa: vale para todo mundo, mas, nesse caso, há um problema muito sério, porque a norma não exige, como exige para a formação da coisa julgada da questão prejudicial, que haja o contraditório efetivo. Não exige que haja sequer contestação. Então, pode ser uma ação em que as empresas não contestaram, por isso houve a revelia, e aí reconhece com autoridade da coisa julgada esse grupo econômico, o que não me parece que é desejável.

Assim como, por exemplo, se um empregado ingressa com uma execução trabalhista e se julga – aqui também vai ser outra discussão – o chamado incidente de desconsideração da personalidade jurídica, essa decisão – se desconsiderou a personalidade jurídica para aquele caso – será que faria efeito para todo mundo? Quer dizer, todos os outros empregados que têm execuções já têm a personalidade jurídica desconsiderada? Então,

parece-me que temos de ver com cautela esse dispositivo para que não se chegue a situações indesejáveis do ponto de vista prático. Portanto, parece-me que seria melhor a manutenção da regra que temos hoje, que é a redação do Senado.

O Senado havia aprovado a redação igual à regra que temos hoje, mas depois veio a ser modificada na Câmara. Por fim, há uma última questão de que vou tratar que diz respeito ao chamado princípio do dedutível e do deduzido. Esse princípio diz que se consideram alegadas e repelidas todas as matéria que a parte poderia invocar – pouco importa se ela invocou ou não -, mas todas elas que dizem respeito ao acolhimento ou à rejeição de determinado pedido.

Muito bem. O Código mantém a redação. Essa é a verdade. Há uma manutenção de redação, portanto, não deveria causar qualquer surpresa. Mas o que é interessante é que o Senado havia proposto um item para esclarecer que, se houvesse uma causa de pedir diferente, isso não estaria englobado no princípio do dedutível e do deduzido. Ou seja, a parte pode pedir em outro processo uma consequência jurídica, a partir de uma causa de pedir distinta ou a partir de outro pedido. Então, a modificação da causa de pedir, a modificação de um dos elementos da ação enseja uma ação diversa; ensejando uma ação diversa, não pode haver a coisa julgada. O Senado propôs a inclusão e, na Câmara, isso foi retirado - confesso que não soube o exato motivo disso. Mas, na prática, às vezes, deparamo-nos com situações que são reconhecedoras da existência da coisa julgada ou do óbice da coisa julgada, muito embora haja uma causa de pedir distinta. E aí, por aplicação desse princípio do dedutível e do deduzido, a questão ficaria acobertada pela coisa julgada. Eu mesmo tive um caso prático, em que houve um pedido de anulação de um ato jurídico, com base em uma premissa, julgado improcedente esse pedido, foi ajuizada uma nova ação com outra causa de pedir, e o Juiz disse: “Não; isso deveria ter sido alegado na primeira ação”. Não, mas não é obrigatória a cumulação de todas as causas de pedir num mesmo processo. Posso formular o mesmo pedido com base em outra causa de pedir. Mas isso veio a ser reconhecido no primeiro grau e no Tribunal de Justiça de São Paulo. Isso está pendente de julgamento no STJ, mas revela, muitas vezes, que é bom que o texto legal seja esclarecedor, seja uma norma para tirar qualquer dúvida para demonstrar que não há a coisa julgada nessa ou naquela situação. Não sei por que foi suprimido na redação da Câmara; mas me parece que seria mais adequada a manutenção desse dispositivo. Então, senhores, sobre a coisa julgada, é um tema curto,

especialmente nessa questão das modificações introduzidas pelo projeto do novo CPC, a não ser esse ponto da questão prejudicial que me parece o mais relevante de todos, mas, no geral, parece-me que o Código evolui no sistema da coisa julgada ao dar um tratamento mais apropriado para tentar, já que a questão será resolvida, que ela seja alcançada também pela coisa julgada.

Então, senhores, mais uma vez, agradeço a participação e me coloco à disposição para qualquer esclarecimento.

“Ação rescisória”⁶

Luiz Yarshell

Eminente Ministro João Oreste Dalazen, que preside esta Mesa, meus prezados colegas, Dr. Rodrigo Otávio Barioni, Dr. Fernando Gajardoni, especial saudação a V. Ex.^{as} e uma especial saudação a esta plateia, na pessoa do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello, a quem muito prezo e quem tenho em conta um grande estudioso do Processo Civil, dentre outras coisas.

Sr. Presidente, Senhoras e Senhores, é a primeira vez que venho ao prédio do TST e estou muito contente de estar aqui. Uma premissa minha é a seguinte: eu ouvia o Professor Barioni, pensando nos exemplos - um método corretíssimo, não é? Quero dizer que não vou pensar em exemplo nenhum. Não vou, porque sou um processualista civil e vão dizer que estou aqui para tentar falar do Processo Civil. Os senhores pegam do Processo Civil o que acharem que devem pegar, porque não conheço a justiça dos senhores. Respeito-a, mas não tenho vivência suficiente para saber exatamente onde as coisas se aplicam. É claro que espero que, pelo menos alguma coisa do que seja dito aqui, aproveite-se.

Desde logo, por exemplo, o prazo para a ação rescisória – o Ministro Dalazen já me chamou atenção, na conversa, e procurarei tratar – é um dos aspectos mais relevantes, até porque, para finalizar essa minha introdução, confesso aos senhores que tenho um pouco de dificuldade; e não é só com a Justiça do Trabalho, é com qualquer relação entre Especial e Geral. Por exemplo, em relação aos Juizados Especiais e ao Código de Processo Civil, tenho um pouco de dificuldade, porque o Especial derroga o Geral. O Geral se aplica subsidiariamente naquilo que não conflita com o Especial, mas, de vez em quando, a gente percebe que o Especial invoca o Geral, quando aparentemente convém aos propósitos de quem aplica – e não é uma crítica, é uma constatação – ou não. Então, o processo de execução é especial no assunto de trabalho, mas vem o art. 475-J e diz para se aplicar porque...

⁶ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 15 de setembro de 2014, às 14h. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

Ou, na Justiça Comum, na execução fiscal, conta-se o prazo a partir da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido na Lei de Execução Fiscal. Não, mas o Código de Processo Civil previu que se conta desde logo, sem a garantia do juízo, etc. – perdão –, na Lei de Execução Fiscal, com a garantia do juízo. É um pouco complicado, para mim, saber quando se aplica o Especial e quando se aplica o Geral. Tenho, para mim, claras as premissas, mas não vou entrar em debate com os senhores a esse respeito, porque cada um tem sua visão. Uma palavra sobre o projeto.

É curioso ouvir diferentes pontos de vista. Se estivesse aqui o Professor Antônio Cláudio da Costa Machado, estaria ele a pregar o apocalipse, dizendo – digo com respeito – que esse é um projeto de Juízes contra Advogados. E é curioso ouvir que, às vezes, se pensa o contrário, um Juiz pensa que se trata de um projeto de Advogados contra Juízes. É e não é, senhores. Em casa que falta pão, todos brigam e ninguém tem razão.

Ninguém estimulou isso, e acho que é correto, acho que não é a forma de vermos as coisas. É o projeto. Se é mais feliz ou menos feliz, particularmente, não acredito, como alguém um dia já acreditou, que o projeto vá reduzir em 70% o tempo do processo – aliás, não sei como se chegou a esse número – e também não acho que, por conta do Código e seus equívocos, será uma tragédia. Não, creio que o projeto avança. Cá entre nós, alguns fatores, históricos até, levam a crer que o Código de Processo Civil, hoje, ficou defasado em relação à legislação especial, ficou assistemático pelas sucessivas alterações que foram feitas nele. Portanto, é conveniente ter um novo Código. Não sei se estou ficando velho – certamente estou ficando velho –, mas estou tentando perder um pouco essa ideia de que: “bom, vem a nova lei, vamos criticar, porque agora vai ser...”. Não é nem criticar, é ser um pouco mais sereno a respeito, porque nem ela vai resolver tudo, nem vai nos levar para o abismo. Basta dizer, senhores – e fecho aqui as palavras – que entre nós, no Processo Civil comum, o Código não foi capaz – e creio que há um problema político nisso – de mexer no efeito suspensivo da apelação como regra. Não foi capaz de mexer nisso, que vem se arrastando.

Como Advogado, em certa medida, folgo em saber, porque tenho de lidar com os recursos que interponho contra as decisões. Mas o fato é que um sistema que continua assentado no efeito suspensivo da apelação como regra é um sistema que fez uma opção clara em prol do escopo jurídico em detrimento do escopo social. A sociedade – já

escrevi isso – precisa entender que, se o recurso tem efeito suspensivo, trabalho em prol da justiça da decisão para que a decisão do Tribunal possa prevalecer sobre a decisão recorrida e que ela não produza efeitos antes de ser revista.

Agora, não adianta reclamar de celeridade se não temos força para mudar a regra. Nesse ponto, parece-me que, de fato, isto foi muito bem dito: o Congresso reflete um pouco o pensamento da sociedade. Façamos a *mea culpa* - fui Juiz Eleitoral por cinco anos; é pouco, mas suficiente para estar um pouco do outro lado -, há uma desconfiança em relação ao exercício do poder pelo Juiz. Não devemos tomar isso como pessoal, mas encarar com frieza e realismo. Vamos dar uma resposta adequada, e não nos confrontarmos, o que não vai levar a nada, no meu modo de ver.

Também para concluir essa parte do Código - não quero me alongar -, não vejo como o Código possa mexer muito nas coisas. Primeiramente, porque não altera substancialmente a questão da Fazenda Pública em juízo, como devedora ou credora. O problema da execução fiscal prossegue, e o dos precatórios em relação à Fazenda devedora também. É uma ilusão achar que vamos resolver substancialmente o problema da Justiça, se não conseguimos mexer na Fazenda Pública. Às vezes, nem é possível fazê-lo, porque, no tocante a pagamento de precatório, é um problema político, em última análise. Não se pode intervir, porque interventor não tem dinheiro.

A outra questão é que o projeto fez uma opção de resolução de questões que envolvem direitos individuais homogêneos, o tratamento coletivo de direitos individuais. Vejo com um pouco de melancolia – não é uma crítica – essa opção do sistema, porque o sistema praticamente sepultou. Ele reconhece, melancolicamente, que a tutela coletiva de direitos individuais deixou de existir. Por outra forma, é preciso molecularizar os direitos individuais de outra maneira. Não conseguimos pela ação coletiva; ela acabou. A ação coletiva para tutela de individuais homogêneos, com a regra de coisa julgada *secundum eventum litis*, *secundum eventum probationis* e *in utilibus*, o sistema não quis adotar o *opt in*, o que acho ótimo, mas também não quis adotar o *opt out*. Sinceramente, as razões que levaram à recusa do *opt out* hoje causaram, no meu modo de ver, a falência do sistema de tutela coletiva de interesses individuais.

Hoje o que se vai fazer e o que se consagra é o seguinte: julgo duas ou três causas e faço o suposto precedente para todas as demais. Isso tudo, porque o meu tema é a ação rescisória. Senhores, serão rápidas pinceladas sobre o tema ação rescisória, do qual obviamente não seria possível tratar em uma palestra de vinte minutos ou meia hora. Eu gostaria muito que houvesse espaço para o debate, porque acho que ele é que seria verdadeiramente rico para nós.

Algumas observações escolhidas: no geral, penso que o sistema proposto para a ação rescisória é melhor que o vigente. Ele evoluiu, incorporou alguns dos avanços preconizados pela doutrina. Por exemplo: como já foi dito, não é apenas a sentença que está apta a fazer coisa julgada material. O sistema o reconheceu, e está no *caput* do art. 978 que não é apenas a sentença de mérito, mas também a decisão de mérito. Isso, na Justiça Civil comum, é uma imposição decorrente da circunstância da antecipação de tutela de parte incontroversa da demanda, de julgamento de exceção de pré-executividade e de outras circunstâncias, em que o mérito não é julgado apenas por sentença. Então, finalmente, se positiva algo que já se extrai do sistema, não é uma alteração digna de nota, mas foi positivado.

Segunda observação digna de nota, que vejo como avanço: o § 2.º do art. 978 diz (...) Isso porque o *caput* diz que as decisões de mérito é que são rescindíveis. No Código 39, sob cuja égide não advoguei, não havia essa distinção. Corretamente, porque, na verdade, mesmo sentenças terminativas poderiam dar azo à ação rescisória - e me parece que há hipóteses. Ele diz que, nas hipóteses previstas no *caput*, será rescindível a decisão transitada em julgado, que, embora não seja de mérito, não permita a repositura da demanda ou impeça o reexame do mérito. Para ficar num exemplo muito simples, que não é único, decisões viciadas gravemente por alguma daquelas causas de rescisória, que não conhecem de recurso por erro de fato, por violação à norma; enfim, seja o que for - é só *argumentum ad terrorem*. A decisão que contém o erro não é aquela recorrida. O vício não é da decisão da recorrida, mas da que não conheceu do recurso. Nem por isso, então, a meu ver, não deveria caber ação rescisória contra essa decisão. Acho que isso já seria inferível do sistema, porque a tônica de uma ação rescisória deveria ser a seguinte: cabe rescisória quando, por algum vício grave, há uma decisão que direta ou indiretamente projeta efeitos para fora do processo. Essa deveria ser a tônica da rescisória. Para aqueles que pensam que a ideia de

alargar a rescisória é subversiva, está fora da realidade do Judiciário, que não consegue julgar, quanto mais rejulgar, digo aos senhores conservadores nesse ponto que prefiro uma rescisória um pouco mais aberta a critérios arbitrários de revisão da coisa julgada, fora do devido processo legal da ação rescisória.

Prefiro um sistema que tenha uma rescisória um pouco mais maleável, racional, que um sistema que relativize a coisa julgada com base em critérios incertos, inseguros, no meu modo de ver. Então, vejo como um progresso essa disposição, que há de se aplicar a hipóteses de falsas carências ou àquelas em que não é possível, de qualquer forma, repropor a demanda ou rever o mérito. Portanto, expandiu-se o cabimento da ação rescisória.

Duas outras alterações dignas de nota estão naquilo que talvez seja uma das mais frequentes nos Tribunais. Rescisórias não têm estatísticas, mas é possível afirmar que a rescisória mais frequente é aquela que contém alegação de violação a literal disposição de lei. Não é preciso estatística para dizer isso. Há uma abertura bastante grande em relação à ação rescisória, o que, às vezes, de fato gera algum tipo de tentativa de abuso ou de abertura indevida, indesejável para o sistema. Nessa parte, o inciso V do art. 978 supera a redação de violação de literal disposição de lei; por um lado, de forma feliz, a meu ver, e, por outro, de forma não tão feliz.

Em primeiro lugar, substitui lei por norma jurídica, na linha do que preconiza a doutrina. Portanto, violação não da lei, mas da norma jurídica, uma vez que o sistema brasileiro tem como fonte fundamental a lei, mas esta não é a exclusiva fonte do Direito entre nós. Troca-se a “violação literal” por “violar manifestamente a norma jurídica”. Sou do tempo da Súmula n.º 400 do Supremo Tribunal Federal e tenho um pouco... Isso esbarre em interpretação razoável. Também acho que há um pouco de teoria a respeito, porque, na verdade, é difícil estabelecer um rigor científico em decisões judiciais relativamente ao inciso V do art. 485. Uma tentativa racional de temperamento do inciso V é a Súmula n.º 343. Na verdade, foi dito que, se havia controvérsia nos Tribunais, então, a violação não era literal. Esse “manifestamente” é que me deixa um pouco desconfortável. Prefiro dizer que é violação literal. O manifesto significa que não é manifesto. Se não é manifesto, é razoável. Se é razoável, então, vou fazer com que aquilo que dei na norma jurídica, trocando pela lei, seja tirado. Em vez de ser “literal”, que não é mais

“manifestamente”, coloque-se uma espécie de juízo político. Mas esse juízo político... Cá entre nós, não sejamos ingênuos em imaginar que não há um juízo político no julgamento de ações rescisórias. Juízo político de se entender o seguinte: limitemos ações rescisórias, porque não é conveniente que o sistema rejulgue as causas. É ingênuo achar que não há algum tipo de controle macro - digamos - de ações rescisórias pelos Tribunais, o que acho correto.

Se banalizarmos a ação rescisória, o sistema perde a razão de ser. Não é preciso rejulgar, porque já julgou. É melhor julgar bem uma vez para não ter de rejulgar. São excepcionalíssimas as hipóteses de ação rescisória, vamos deixar isso claro. Também a segunda alteração importante no art. 485 - o nosso 485 e o 978 -, isso certamente veio com os desafios trazidos à jurisprudência, é a ideia de que o documento novo, contida no inc. VII do art. 485, dá lugar à prova nova, o que, convenhamos, é consideravelmente mais amplo.

É certo que hoje vivemos um tempo em que há uma tendência inegável de pré-constituição da prova e da prova documental. Geramos prova documental o tempo todo, enviamos mensagem, entramos no *Facebook* e no *Instagram*, enfim, comunicamo-nos gerando prova e nos registramos por câmeras. Abrimos mão da nossa privacidade, às vezes, mais do que gostaríamos, depois, arrependemo-nos. O fato é que o documento ainda é fundamentalmente o mais importante. Essa abertura para a prova nova - sempre na ideia de que seria uma prova que, por si só, poderia levar a um julgamento diverso e favorável ao autor da ação rescisória -, parece-me um bom avanço. Repito que prefiro uma rescisória um pouco mais ampla do que uma mais restrita que depois leve o intérprete a paradoxos que façam com que ele diga: “Em nome do interesse público, não prevalece o prazo da ação rescisória”.

Relativizo a coisa julgada, e não sei dizer o que é interesse público: se é interesse do Estado ou é interesse social. Em que circunstâncias o interesse público prevalece sobre a segurança jurídica, e assim por diante. O projeto também mexe, muito rapidamente, na redação da rescisória, no tocante a erro de fato. Respeitosamente, acho que deveria não ter mexido. A parte final do §1.º do art. 978 ficou, no meu modo de ver, uma redação um pouco dúbia, mas, de qualquer modo, a rescisória por erro de fato continua a ser aquela clássica: um fato que, como disse Barbosa Moreira, foi saltado pela decisão; não foi um ponto controvertido, porque, se fosse, ele deveria ter sido apreciado. Abro um parêntesis:

fico pensando na repercussão das regras sobre motivação sobre ação rescisória; fecho o parêntesis. Não sei como vai repercutir isso; em que medida haverá violação literal de disposição de lei das disposições. Enfim, na verdade, o erro de fato continua a ser aquela figura clássica de algo que poderia levar a uma decisão diferente se o julgador tivesse atentado para aquela circunstância que, repito, não foi objeto de controvérsia, foi saltada e não foi objeto de pronunciamento.

Outra disposição, e, dessa vez, também não me parece que tenha sido feliz - até entendo a *ratio* -, está na legitimidade para a ação rescisória. Além dos clássicos, parte, terceiro, Ministério Público, introduziu-se o inciso IV no art. 979, que não há no art. 487, hoje, para dizer que é legitimado ativo aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção. Vale dizer era litisconsórcio necessário. Por que digo que não é feliz? Se se legitima aquele que deveria ter ingressado, e não ingressou, ou seja, não se providenciou o seu ingresso, significa que se criou o ônus de alegação. Em se criando ônus de alegação, se cabe ação rescisória, minha conclusão é a de que, depois do prazo para a rescisória, *tollitur quaestio*. Isso viola o devido processo legal, *data maxima venia*. Se não integrei o processo, a coisa não é oponível a mim. Foi o que acabou de lembrar bem o Professor Barioni. Talvez se pudesse dar a seguinte interpretação: se alguém, que poderia ter figurado no processo como parte, e não figurou, pode propor ação rescisória? Quanto a essa interpretação - até concordo com ela -, pode propor, não é carecedor de ação rescisória por desnecessidade da ação rescisória. Porém, submeter esse terceiro ao prazo da ação rescisória, e fazer com que, não tendo ele participado do processo, se convalesça a decisão para ele é desconsiderar a ideia de litisconsórcio necessário. Alguém vai falar: “Nesses dois anos, não é possível que a parte não tenha percebido que não foi incluída no processo”. É, sim, perfeitamente, porque o cumprimento pode ocorrer depois de dois anos. A partir de quando devo considerar a contagem do prazo? Não vi um *dies a quo* diferente para essa hipótese de ação rescisória.

Senhores, aproximo-me do final.

Há uma regra bastante salutar, no meu modo de ver, que mexe com o depósito exigido hoje pelo art. 488, inciso II, do CPC, que é de 5%, sobre o valor da causa, a título de multa. Já era possível extrair isso do sistema, não sei em que medida isso ainda é ou se foi controvertido na Justiça do Trabalho, mas a lei positiva regra que o depósito não é

exigível quando deferida a justiça gratuita. O que me parece absolutamente correto. E mais, há uma previsão de teto para o depósito do inciso II, que não será superior a mil salários mínimos. Se for multa, parece-me que a caracterização da má-fé presumida ou da sanção, que se impõe pela perda da ação rescisória, pode e deve ter um teto. Parece-me que isso contribui para o equilíbrio do sistema. Do contrário, essa ideia de depósito acaba funcionando como a inibição indevida a eventuais ações rescisórias, que poderiam contribuir para o sistema. Portanto, acho positiva a regra.

Mais duas observações e termino aqui, Ministro Dalazen.

Uma delas, muito boa no meu modo de ver. Por isso, digo que, no balanço geral, acho que o projeto avançou. Os senhores sabem que há uma discussão doutrinária, certamente com alguma repercussão jurisprudencial, sobre o fato de a rescisória atacar um acórdão que, na verdade, não julgou o mérito recursal, que ensejaria incompetência do Tribunal ou carência de ação. É o problema de a rescisória só caber contra as decisões de mérito, o que, em âmbito recursal, pressupõe-se que o recurso tenha sido conhecido. Se não foi, não tem efeito substitutivo; se não tem esse efeito, a decisão de mérito é anterior, e não aquela que vem a ser proferida pelo Tribunal. Por isso eu disse que é bom ter rescisória contra acórdão que não conhece de recurso em casos extremos. A norma atenta ao contraditório, como lembraram meus colegas, diz mais ou menos o seguinte, aliás, é melhor ler a literalidade para ser fiel. No § 5.º do art. 980, fala-se o seguinte: Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda: I - não tenha apreciado o mérito e não se enquadre na situação prevista no § 2.º do art. 978. Na verdade, a armadilha contida nisso é a seguinte: se se reconhecer que o tema é de competência - também acho que é -, remete-se os autos e se preserva a propositura da demanda e, portanto, o afastamento do prazo decadencial. Se se afirmar que é problema de carência, extingue-se o processo sem julgamento do mérito e se inviabiliza a propositura da ação rescisória. Basta dizer que os tribunais superiores levaram muito tempo, se é que consolidaram esse assunto, para saber o que é não conhecimento e desprovimento de recurso. Em alguns casos, de fato, há dúvida acerca de qual é o objeto da rescisão, e, conseqüentemente, qual é o órgão competente para rescindir. Concordo e reconheço que, num primeiro momento, o problema é muito mais do objeto da rescisão, mas, num segundo momento, não deixa de ser problema de

competência. É preferível que se trate o tema à luz da competência, remetendo-se os autos ao Tribunal que se entenda competente, e, na pior das hipóteses, resolve-se o problema por um conflito de competência. Quem tiver competência e diga: “Não é meu”. Então, se mando para o STJ, o TJ local manda para o STJ e diz: “Não é acórdão meu, é acórdão de vocês”. O STJ diz: “Não, é acórdão de vocês, não é acórdão meu”. O que não me parece correto é criar uma armadilha para a parte, para que ela eventualmente seja prejudicada pela extinção do processo sem julgamento do mérito, apanhando a coisa julgada soberanamente formada depois dos dois anos.

Para concluir, o projeto mantém a regra clássica de que o direito de propor a ação rescisória se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado. Algumas observações: primeiro, quando for prova nova - e o projeto aprendeu com a experiência do STJ -, esse prazo é contado, e isso se inspira em regra de ordenamentos europeus continentais, certamente, da descoberta da prova nova. Acho que esse dispositivo dá margem a enormes discussões, mas a sua *ratio* é boa. Na verdade, ficarmos amarrados ao trânsito em julgado, por um lado, dois anos é muito, por um lado, o prazo de trinta dias, sessenta dias, noventa dias que alguns ordenamentos europeus continentais conhecem é muito pouco. Então, é preferível, e acho que isso poderia ser aplicado a outros incisos do art. 485, do art. 987, enfim, dispositivo que prevê, vem no lugar do art. 485, outras regras poderiam tomar um *dies a quo* um pouco mais flexível, inclusive menor que os dois anos.

Dois anos é muito para um ordenamento, *data maxima venia*. Então, poder-se-ia reduzir se alterasse o *dies a quo* do prazo decadencial. Pode ser que decorram dois anos, até que se descubra a prova nova, mas, a partir da prova nova, o prazo deveria ser mais curto. De qualquer modo, a opção do projeto foi: observado o prazo máximo de cinco anos, como a dizer, se em cinco anos não se descobriu prova nova, o sistema consolida a decisão. Salvo melhor juízo, talvez o projeto tenha tido o intuito de querer resolver - encerro aqui - o problema do *dies a quo* da rescisória quando há capítulos. Quer porque sejam capítulos rescindíveis, quer porque o trânsito em julgado se operou de forma gradual, até porque nas vias superiores, em sede superior, os recursos se espraiam e é possível, eventualmente, que o trânsito em julgado ocorra gradualmente. Recurso parcial, porque assim parcial também é a decisão. Fala-se da última decisão proferida no processo.

Acho que isso é, *data maxima venia*, insuficiente para superar a discussão. Não tenho aqui a fórmula pronta, mas para deixar mais claro que seria a última decisão, isso, por exemplo, não afasta a interpretação, com a qual não concordo, de que, se é problema de intempestividade - o Ministro Dalazen lembrou isso aqui -, em termos lógicos, a intempestividade retroagiria ao momento da dita cuja. De tal sorte que, ainda que eu tenha uma decisão lá na frente dizendo que o recurso era intempestivo, por essa norma, não consigo afastar plenamente a discussão.

No meu modo de ver, não podemos surpreender a parte. Então, ela não pode razoavelmente ser prejudicada pela perda do prazo da ação rescisória, porque depois de dois anos, e o Tribunal levou mais de dois anos para reconhecer um fato que poderia ter sido reconhecido na origem. Isso não pode ser levado contrariamente à parte. Então, aparentemente, o projeto consagrou a regra de que, em situações inclusive como da intempestividade, só corre o prazo da ação rescisória se e quando a intempestividade for reconhecida, o que me parece mais leal em relação ao destinatário do sistema. Mas, talvez, ele tivesse que ter sido um pouco mais explícito para evitar qualquer tipo de dúvida.

Senhores, insatisfeito com o que lhes falei, porque não sei exatamente da relevância que isso pode ter para os senhores, agradeço muitíssimo a paciência.

“A decisão judicial”⁷

Fernando da Fonseca Gajardoni

Muito obrigado, Ministro Dalazen. Eu gostaria de cumprimentar todos os componentes desta Mesa, na pessoa do Ministro João Oreste Dalazen, saudar meu querido amigo, Professor Rodrigo Barioni, meu Professor Flávio Luiz Yarshell e saudar todos os presentes a este evento, que aceitaram o convite para falar sobre o novo CPC. Eu gostaria de talvez trazer para os senhores uma visão um pouco diferente em relação àqueles que me antecederam, talvez uma visão vindo de dentro da Magistratura, do que é e do que representa esse projeto do novo Código.

O tema que me coube é o da decisão judicial, que é intimamente ligado ao nosso ofício, à nossa atividade. Para eu falar desse tema, quero fazer duas premissas ou duas observações iniciais, que cabem, tendo-se em vista os objetivos e a forma como pretendo discorrer a respeito dessa temática.

A primeira observação é que, quando me convidaram para falar sobre decisão judicial, num primeiro momento, veio à minha mente falar sobre fundamentação, porque há um dispositivo do Código bastante interessante que fala sobre fundamentação. Só que seria um espectro muito pequeno para falar de decisão judicial. A ideia é falar de decisão judicial, mas talvez trabalhando ela num aspecto macro, envolvendo até aquelas condicionantes que não nos são colocadas, doravante, para que falemos e profiramos as nossas decisões judiciais.

Um segundo tópico que eu gostaria de deixar bem claro, logo no início da minha exposição, é que acho que todos já tiveram a impressão de que esse Código está sendo gestado num ambiente de absoluta desconfiança com a Magistratura, principalmente com a Magistratura de primeiro grau. Este é um momento importante, mas é também um momento de fazermos uma autocrítica. O Congresso espelha o que a sociedade é. Na verdade, se a sociedade está trabalhando com um Código que é limitador ou, pelo menos, condicionador da atividade judicial é porque isso tem de significar alguma coisa. O que

⁷ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 15 de setembro de 2014, às 14h. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

significa extravasar completamente os objetivos deste nosso breve encontro. Mas o Código não é um Código de advogados e para advogados. Ele é um Código que foi gestado, talvez, com muita cautela naquilo que os juízes vão doravante ter e poder fazer, mas é um Código da sociedade. Não dá para simplesmente dizer que vai peitar essa lei e não vai cumprir o que está nela, como alguns, infelizmente, têm dito. Na verdade, temos de trabalhar interpretativamente para tirar do Código, do texto normativo, aquelas soluções que eventualmente podem vir a se compatibilizar com a nossa atividade judicante. Há certa desconfiança? Sim, não dá para negar, quanto à atividade judicial, que, quando vemos alguns dispositivos - não são dispositivos que pessoalmente sou contra -, temos de aceitar que são dispositivos limitantes.

Por exemplo, o dispositivo 921 do Código diz que não pode autorizar levantamento de dinheiro em plantão judicial. Tudo bem. Concordo que não pode, não se deve autorizar levantamento de dinheiro em plantão judicial, mas é muito triste ter de colocar na lei que o juiz não tem capacidade de saber se ele pode ou não pode autorizar o levantamento. Há outro dispositivo, o 298, que é uma tragédia, e tudo leva a crer que no Senado vai cair, mas ele veda aos juízes determinar bloqueio de valores em tutela antecipada. Então, não confiamos no juiz nem para ele bloquear valores com base na verossimilhança? Então, não dá para negar que isso é tudo consequência dessa ideia que existe hoje na sociedade de que o juízes precisam ser mais controlados. Talvez essa introdução se fizesse necessária, para que pudéssemos entender os reflexos que isso tem no tocante à decisão judicial. Aqui separei, uns mais breves que os outros, evidentemente, quatro temáticas ou quatro temas para tratar com os senhores sobre decisão judicial. O primeiro, talvez, não tenha tanto reflexo - tem sim - no processo do trabalho, mas na Justiça Comum temos muito, que é a questão da definição dos conceitos de sentença e decisão interlocutória.

Vamos tentar entender. Até 2005, 2006, tínhamos muito claro, nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, que sentença era o ato do juiz que colocava fim ao processo. Quando em 2006, entraram em vigor as normas que alteraram o processo da execução, houve uma alteração substancial do conceito de sentença, que deixou de ser analisada sob a ótica do momento e passou a ser analisada sob a ótica do conteúdo. A sentença passou a ser o quê? O ato do juiz que implica as situações dos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil. Isso acabou causando certo problema na prática, porque, se sentença era o ato que implicava as situações dos arts. 267 e 269, a decisão do juiz que

indeferia de plano a denúncia à lide ou a decisão do juiz que eventualmente excluísse uma parte ativa por ilegitimidade, a rigor, era uma sentença, apesar de o processo continuar em primeiro grau. E começavam aquelas discussões se era agravo, se era apelação.

Alguns até cogitaram da apelação por instrumento, uma novidade que teria no sistema. Mas o fato é que essa solução dos arts. 267 e 269, por definir sentença a partir do conteúdo, acabou sendo uma solução que acabou trazendo mais problemas. Então, corretamente, no meu entender, vem o projeto e diz o seguinte: sentença é o ato que ao mesmo tempo põe fim ao processo e/ou uma das suas fases e que implica uma das situações dos atuais arts. 267 e 269, renumerados para arts. 495 e 497 do Código de Processo Civil. E diz mais: o Código além de dizer que sentença, portanto, vai atender a esse critério misto, que é o critério do momento e do conteúdo, o Código ainda vai nos dizer que decisão interlocutória, por outro lado, é tudo que não for sentença. Atualmente, diz-se que decisão interlocutória é aquela que resolve questão incidente. Agora se propõe que decisão interlocutória vai ser toda aquela com carga decisória que não seja uma sentença. Para nós da Justiça Comum, e acredito que para os senhores também, isso vai ter algum impacto. Talvez a única relevância que exista hoje ou a mais importante relevância entre diferenciar sentença e decisão interlocutória é o recurso cabível, que para nós é apelação e agravo no caso da decisão interlocutória. Agravo, aliás, que, no projeto do novo CPC, é rol limitado, ele limita as hipóteses de agravo.

Não chegamos a tanto como no processo do trabalho, mas diminuimos bastante as hipóteses de recurso das interlocutórias. Mas o fato é que temos de pensar se essa classificação de sentença e decisão interlocutória é útil. Na verdade, penso que, a par disso definir o recurso, mais importante do que saber se é sentença ou decisão interlocutória, é saber que hoje temos decisões interlocutórias que fazem coisa julgada e que, portanto, são decisões interlocutórias que podem ser objeto de rescisória. Esses são temas a serem tratados posteriormente pelo Professor Yarshell e pelo Professor Barioni. Então, talvez seja o momento de mudarmos a classificação, pararmos de nos preocupar com a diferenciação entre decisão interlocutória e sentença e partirmos para um passo adiante, que é falar naquilo que faz coisa julgada e que eventualmente não faz coisa julgada. Este será o primeiro tópico que quero abordar com os senhores. O segundo tópico sobre decisão judicial que eu gostaria de abordar com os senhores é a questão de um condicionante básico, essencial - cheguei ao

final da explanação do Fredie, mas tenho certeza de que ele falou disso, porque acho que é uma das premissas principais do novo Código -, que é a ideia de potencialização do princípio do contraditório.

O projeto tem dois dispositivos belíssimos, que são os arts. 10 e 11, que estabelecem, primeiro, ser vedado proferir decisão sem que a outra parte seja ouvida e, ampliando profundamente a ideia de contraditório - não que isso seja algo novo, o Professor Cândido Dinamarco escreve a respeito disso há trinta anos, não há nenhuma novidade, mas, positivando essa novidade -, que o juiz não pode proferir decisões sem que a parte tenha sido ouvida, ainda que ele possa conhecer dessa matéria de ofício.

Em outros termos, o juiz percebe uma ilegitimidade no processo, uma falta de condição da ação ou um pressuposto processual, pelo modelo que está sendo proposto, a ideia é que ele tenha de dar uma decisão dizendo: “Tendo-se em vista que vislumbro uma ilegitimidade ativa, não discutida pelas partes no processo, determino que elas se manifestem no prazo de dez dias”. A ideia seria exatamente evitar a decisão surpresa e fazer com que houvesse alguma previsibilidade nesse processo. O ponto positivo desse dispositivo - depois falo do ponto negativo – é que, de fato, se pensamos em um processo democrático e em um processo cooperativo, não podemos pensar em atividade judicial solitária, até porque as partes podem colaborar com uma visão diferente sobre aquela ilegitimidade e mudar o convencimento do juiz. Isso é fato. Porém não dá para negar que também temos de tomar cuidado com a interpretação desse princípio do contraditório quase que absoluto, porque há pessoas levando essa ideia de contraditório às raias do absoluto e, a meu sentir, às raias do absurdo, muitas vezes. Se pararmos para pensar, vedar-se, de plano, que o juiz decida toda a matéria cognoscível, de ofício, sem ouvir as partes, pode significar um completo e total desprestígio à regra da celeridade processual. Explico: todos conhecem a história do juiz “diga, diga”. Na verdade, são duas partes litigando no processo, que querem que o juiz decida, e o juiz diz: “Diga a parte sobre o que disse a outra”. Então, a outra fala, e ele diz: “Diga essa parte sobre o que disse a outra de novo”. E fica “diga, diga, diga, diga, diga”, até que um dia as duas partes peticionam juntas e dizem: “Diga V. Ex.^a, afinal V. Ex.^a é paga para dizer”.

Mas tenho muito cuidado com essa questão do contraditório exagerado, porque pode levar a uma situação bizarra, no meu modo de entender. Então, vou

imaginar a seguinte situação: uma pessoa entrou com recurso extraordinário ou com recurso de revista ou com apelação. A outra parte, nas contrarrazões de apelação, alega intempestividade da apelação. Tudo bem, em contrarrazões, alegação de intempestividade. Atualmente, esse processo vai ao Tribunal, que preliminarmente analisa se há ou não há intempestividade, conhece ou não conhece do recurso. Pelo projeto, a ideia é que, como houve nas contrarrazões de apelação alegação de intempestividade, tem-se de abrir vista das contrarrazões para o apelante a fim de que este faça uma réplica das contrarrazões. Tudo bem? Mas vamos convir que o replicante venha nesse processo e alegue que as contrarrazões também são intempestivas. Então, ter-se-ia que, pela interpretação literal do dispositivo, abrir réplica da réplica, porque havia nas contrarrazões alegação de intempestividade. Vamos ter de trabalhar com essa ideia de contraditório, que é o nosso limite natural, considerando a viabilidade e a capacidade de esse contraditório surtir algum efeito no processo.

Talvez, uma solução intermediária que possa acontecer, para que possamos interpretar esse dispositivo, seja trabalhar com aquela noção *chiovendiana* de contraditório útil, que seria aquele contraditório relevante para os fins do processo. Então, por exemplo, se a pessoa viesse nas contrarrazões de apelação e alegasse que a alegação é intempestiva ou o recurso de revista é extraordinário ou intempestivo, o Judiciário, em tese, só ouviria a parte em réplica nas contrarrazões? Se houvesse a mínima viabilidade daquela tese de intempestividade ser acolhida, ele já mandaria diretamente à Mesa para o julgamento. Tudo bem. Sei que esse contraditório útil, também conhecido como contraditório sem-vergonha - porque é um contraditório sem-vergonha - vai, na verdade, prever uma leitura da atividade do órgão jurisdicional. Na verdade, se virmos que o Desembargador mandou para a Mesa o julgamento, é porque S. Ex.^a não vai acolher a preliminar de tempestividade. É evidente que não vai acolher. É uma antevisão de que a preliminar não prospera. Trata-se da famosa história do gato que subiu no telhado... Não vai dar certo. Então, essa é uma questão que me preocupa.

Gosto do dispositivo. Acho esse nome dez basilares, só que teremos de interpretar com muito cuidado para não prejudicar outro princípio maior, que é o princípio da celeridade. Um terceiro tema que eu gostaria de trabalhar com os senhores nessa minha ordem de exposição, para então chegar ao ápice, que é a parte da fundamentação, é uma regra que existe no art. 12 que também impacta diretamente em nossa atividade como

peças responsáveis por tomarem decisões judiciais: é a regra que estabelece que doravante os processos - as sentenças e os acórdãos -, devem ser proferidos em ordem cronológica de entrada. Nesse dispositivo, dentro daquela minha ótica que se limita à atividade judicial, há um ponto positivo. Esse art. 12 estabelece que nós, como gestores de algo público, devemos prezar pela igualdade das partes, de modo que aquele processo que entrou primeiro deve ser julgado primeiramente. Mais do que isso, esse dispositivo objetiva afastar algo que - mais uma vez a desconfiança - infelizmente acontece na prática: é o tal *lobby* advocatício para retirar processo que está fora da fila.

Quer dizer, o indivíduo por “x” motivos consegue convencer, às vezes, alguns julgadores a pegar aquele processo, que é do seu escritório, e julgar na frente de todos os demais. Então, a ideia da igualdade – lá se diz que isso vai ser controlado por listas em rede mundial de computadores - é exatamente fazer com que não haja esse tal de embargos auriculares prestigiando a igualdade. Do ponto de vista republicano, esse dispositivo é muito salutar. Qual contraponto se faz desse dispositivo na ordem cronológica?

O contraponto que se faz é, primeiro: acabou a gestão de gabinete; não existe porque, se tiver de julgar tudo na ordem cronológica, na verdade, não se tem como separar por matérias, para facilitar e acelerar os julgamentos. Isso é evidente. Esse é o primeiro contraponto.

O segundo contraponto que afeta diretamente também e me mostra que talvez o art. 12 não seja uma boa - apesar de não adiantar mais discutirmos isso agora, porque vai passar; no Senado foi assim e na Câmara foi aprovado assim também - é que talvez seja meio ilusório falar que essa ordem cronológica estabelece a igualdade entre as partes, quando, na verdade, em primeiro lugar, decisão interlocutória não entra na fila. Hoje num processo em que a cognição sumária vale e ainda vai continuar valendo mais do que a cognição exauriente, talvez não tenha tanta igualdade assim, porque tutela antecipada e liminar saem da fila, mas o mérito não sai da fila. E mais do que isso também: não vamos conseguir uma igualdade absoluta com essa regra, porque a desigualdade surge na própria distribuição das Varas. Tenho um processo igual ao do Dr. Rodrigo aqui. Se o meu cair na 1.^a Vara e o Juiz da 1.^a Vara julgar mais rápido do que o Juiz da 2.^a Vara, haverá desigualdade. Não mudou absolutamente nada.

Na câmara tal em detrimento da câmara tal, também não há desigualdade, porque, na verdade, vai-se julgar em velocidades diferentes. É óbvio que o legislador na Câmara - o papel da Câmara aqui foi fundamental - estabeleceu nesse art. 12 um monte de exceções para retirar da fila. O art. 12 da ordem cronológica diz que pode ser quebrada essa ordem se eventualmente se tratar de sentença sem mérito, de decisões em caso de recurso repetitivo. Podemos dar prevalência ao recurso repetitivo: julgou-se o recurso repetitivo, pegam-se todos os processos que estão esperando por ele, tira-se da fila e julga-se. Essa é a ideia. Processo com sentença em audiência: acho que vai ser muito caro para os Juízes Trabalhistas. A impressão que tenho é de que - corrijam-me, se eu estiver errado -, dos juízes, os senhores são os que mais sentenciam em audiência.

Nós, da Justiça Comum, raramente fazemos isso, mas os senhores da Justiça Trabalhista, vão poder continuar sentenciando no termo, como dizemos, exatamente por conta de ser uma das exceções. Outras exceções são para cumprir metas do Conselho Nacional de Justiça; pode-se tirar da fila. Esse tinha de tirar. Embargos de declaração também não precisa estar na fila; agravo interno também não precisa estar na fila. Aos quarenta e sete minutos do segundo tempo, o árbitro estava com o apito na boca. O Professor Fredie Didier Júnior é prova disso. Conseguimos na Câmara convencer o Deputado Luiz Paulo Teixeira Ferreira a colocar um último inciso no art. 12 da ordem cronológica, para dizer que o juiz pode tirar da fila fundamentadamente, se o caso for urgente. Nós, da Justiça Estadual, temos muitos problemas com esse negócio da fila. Temos uma improbidade administrativa de dezoito volumes ali: entrou na pauta, trancou-se todo o resto. Então, chega um idoso para levantar o saldo de FGTS do cônjuge que morreu. Não se pode liberar, enquanto não se julgar a improbidade que vai demorar meses. A ideia desse dispositivo que surgiu no final é exatamente permitir que o juiz, de novo, desde que fundamentadamente explique o porquê, retire da fila, peça o do FGTS e libere o resíduo do FGTS para o indivíduo. Talvez é aquilo que deu para salvar um pouco essa ideia da ordem cronológica. Desde já, quero propor a todos que a interpretação desse último inciso do art. 12, quando ele diz “urgente”, não pode ser a interpretação “ler urgente”, como *periculum in mora*. Caso se leia “urgente”, como *periculum in mora*, desestrutura-se tudo de novo. Tem de ser um “urgente” mais ou menos parecido com o urgente do agravo de instrumento quando se converte em retido, porque temos isso na Justiça comum. É a única maneira de salvar. Vamos ter de aprender a viver com esse dispositivo. Eles limitaram a nossa atividade de colocar o

processo na ordem, mas o poder soberano é o Legislativo. Na verdade, estamos aqui para cumprir a lei.

Eu gostaria apenas de abrir um parêntese: na minha opinião, muito pior do que o art. 12 - confesso que não tenho ideia de como esse dispositivo apareceu - é o art. 153. Não tem nada a ver com decisão judicial, mas não aguento e tenho de falar dele rapidamente. O art. 153 diz que, pior do que nós, que temos de julgar em ordem cronológica, o cartório tem de cumprir em ordem cronológica. É o fim do gerenciamento do processo. Se não se pode definir as prioridades do cartório... Tudo bem, lá fala quando o juiz, por decisão fundamentada, mandar cumprir na frente. Mas a questão é que, há cartórios que cumprem no final; outros cumprem por assunto; há gabinetes que cumprem do jeito “x” e poderá surgir um método de gestão daqui a dois meses muito melhor do que todos os outros que se adotar. O problema é que vem a lei, limita e diz que tem de ser cumprido em ordem cronológica. Quer dizer, tecnicamente, se houver um escrevente que trabalha mais rápido, ele vai de ficar com os braços cruzados até o outro cumprir. Enfim, fecho parêntese. É uma coisa para se pensar.

Para finalizar a questão da fundamentação, que é o último tópico que trabalhei com os senhores, existe um dispositivo no projeto, que é o art. 499. Esse dispositivo do projeto - o art. 499 - de maneira absolutamente direta, clara e academicamente maravilhoso estabelece como funcionará doravante o dever de fundamentação judicial. Vamos pensar. A ideia de fundamentação judicial é fundamental, principalmente porque, na verdade, é ela que, em tese, legitima a nossa atividade. Esse dispositivo tem um caráter pedagógico brilhante. Como bem aponta o Professor Fredie Didier, que até está aqui, em um processo, em um sistema hoje que trabalha com princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a fundamentação tem o papel fundamental de delimitar o alcance desses conceitos gerais e desses princípios. O problema é que houve um consenso geral de que havia uma falta de fundamentação na atividade jurisdicional. Então, qual foi a “sacada” do legislador? Como é muito difícil definir o que é uma decisão fundamentada, ele partiu da ideia de definir o que é uma decisão não fundamentada e, a partir daí, dizer que os juízes proferirão decisões não fundamentadas, como tais, *ipsis litteris* nulas, quando acontecerem as diversas hipóteses indicadas nos respectivos incisos. Na verdade, o que esse dispositivo está fazendo – aqui não tenho problema nenhum de falar isso, porque não acho que há absurdo

nisso; pelo contrário, sou até favorável à ideia – é dizer que não existe mais livre convencimento motivado, o que existe é convencimento motivado.

O juiz não julga mais da maneira que ele bem entender; ele julga com base naquilo que o sistema está determinando que ele julgue. Quer dizer, vai julgar conforme os precedentes. Esse é um assunto para o Nery falar amanhã na palestra dele. Mas o fato é que esses incisos - que vou passar aos senhores, doravante, até porque meu tempo já se aproxima do final - vão determinar, por exemplo, que não é uma decisão fundamentada no inciso I do § 1.º do art. 499, que se limitara à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar a sua relação com a causa ou a questão decidida. Esse dispositivo é para evitar aquele famoso “presentes os requisitos legais, defiro a liminar” ou “ausentes os requisitos legais, indefiro a liminar”.

Quando comecei na Magistratura, em 1997, trabalhei com um juiz que veio me dar uma grande dica naquela época. Disse-me: Gajardoni, quando você for titular da sua Vara, fala para o cartório sempre mandar dois despachos prontos: o “defiro presentes os requisitos legais” e o “indefiro ausentes os requisitos legais”. O item II: “cumpra-se o demais necessário”. É exatamente o que esse dispositivo quer evitar: que, na verdade, tenhamos decisões que signifiquem simplesmente paráfrase a texto legal e, conseqüentemente, isso será vedado. Agora, de novo, temos de construir uma interpretação que torne viável o dispositivo. Não dá para não fazer paráfrase em sentença homologatória de acordo. Como se faz uma sentença homologatória de acordo? Homologo o acordo, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, nos termos do art. 269, III. Como extingo com base no art. 794, I, que é extinção da execução pelo pagamento? Extingo o processo em vista do art. 794, I. Não há outra saída. Então vamos ter de interpretar com cuidado para saber que não é toda a sentença que não pode indicar ou fazer paráfrase de texto normativo. O segundo inciso diz que é vedado ao juiz empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. A ideia é exatamente de dar concreção a esses conceitos indeterminados e a essa ideia principiológica que perpassa o ordenamento jurídico. Meus caros senhores, acho que todos concordamos que, sobre o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, fazemos as coisas mais maravilhosas do mundo e fazemos as maiores barbaridades do universo. Vamos definir direito, nas nossas decisões, o que é o conceito, para chegarmos ao alcance que ele eventualmente pode ter. O III inciso diz: “(...) III – invoque

motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (...)”. A ideia é a de evitar que você tenha sentenças que sejam com fundamentação genérica.

A ideia do dispositivo é acabar com a ideia de decisão genérica, decisão que se presta a mais de um caso. Aqui, entretanto, temos de tomar muito cuidado. Não podemos confundir decisão genérica com decisão repetida. O que a lei veda decisão genérica. A lei não veda decisão repetida, desde que, obviamente, o caso seja igual. Particpei de um evento, certa vez, e um Advogado, que estava à mesa comigo, gabava-se, em tom jocoso, de que ele entrou no *site* do TJ de São Paulo e viu que... Ele pegou dez julgados, dez acórdãos em embargos declaração de determinado Desembargador e ficou estupefato ao ver que os dez acórdãos eram iguais. Eu estava à mesa e respondi que tinha de ser igual mesmo, porque em 99% dos embargos declaração é a mesma conversa, ou não? Pura verdade. É igual por quê? Porque o caso é igual. É óbvio que haverá casos de embargos declaração em que se terá de enfrentar. E o dispositivo... Vamos conversar daqui a pouco sobre isso. O fato é que temos de fazer uma diferenciação entre decisão genérica, que se aplica a qualquer caso diferente, e decisão repetida, que, obviamente, não pode ser vedada. Outro inciso é o IV. Talvez esse seja o que, para nós, juízes, dará mais trabalho, porque muda uma perspectiva atual. Ele diz que não é fundamentada uma decisão que: “(...) IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (...)”. Hoje, existe entendimento consolidado no sentido de que o juiz não é obrigado a enfrentar todas as teses, desde que esteja suficientemente demonstrado aquilo que formou o seu livre convencimento. Esse dispositivo quer acabar com isso. A leitura que faço, pelo menos, é essa.

Na verdade, quer que todos aqueles argumentos relativos à tese sejam enfrentados. Não importa quantos sejam. É óbvio que isso vai tornar o dever de fundamentar algo muito mais difícil de ser cumprido. É evidente que esse inciso vai causar uma verdadeira avalanche de embargos de declaração; embargos de declaração, aliás, que deverão ser conhecidos e analisados, como eu disse, sob pena de nulidade. O art. 499 fala que decisão não fundamentada é decisão nula. Mas isso vai levar naturalmente ao aperfeiçoamento da nossa atividade jurisdicional. E esse aperfeiçoamento será levado também, porque se estamos adotando um sistema de precedentes, preciso que a qualidade da decisão judicial seja bem melhor do que a que tenho hoje. É uma coisa ligada à outra e que

faz sentido, se se parar para pensar, mas que, para nós, Magistrados, vai ser muito mais trabalhoso, não tenho dúvida absolutamente nenhuma em relação a isso. O inciso V diz que não é uma decisão fundamentada aquela que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Ou seja, ele está dizendo que, além de julgar com a lei e dizer que aquela lei se aplica no caso específico – que é o inciso I –, quando eu fizer a operação de aplicação de súmula e precedente terei de fazer a mesma operação e mostrar o porquê que aquele caso se encaixa no precedente, não bastando a mera enunciação de súmula. Porque infelizmente o que está acontecendo no Brasil, hoje – e é uma percepção geral de todos que militam no foro –, é que tem muito colega aplicando precedente que não é o precedente relativo àquele caso, e isso está causando verdadeira balburdia em todo o sistema, porque se está julgando e dizendo que, por exemplo, o TST ou o STJ julgou de certa maneira, quando na verdade não julgou de tal maneira; o caso que ele julgou era totalmente diferente desse. Então, a ideia de tentar encaixar o caso concreto no precedente vem também dentro dessa ótica de valorizar os precedentes. Mas aqui, na minha opinião, há um problema.

A forma de formatação das decisões no Brasil tem que ser superada. O Código insiste no modelo de relatório, fundamentação e parte dispositiva. Se se entra no padrão de precedente, deveria se fazer com que pelo menos os acórdãos dos Tribunais Regionais e dos Tribunais Superiores tivessem um elemento a mais, que seria a enunciação da tese jurídica, mais ou menos o que tem sido feito hoje com base no art. 543, c. Quer dizer, é preciso facilitar para o intérprete qual é a *ratio* daquela decisão, porque isso, sim, vai facilitar a aplicação desse dispositivo. Enquanto se ficar obrigando todos os juízes a ler todos os acórdãos dos Tribunais Superiores, ele mesmo ter que decidir o que é a *ratio*, o que é eventualmente a *obiter dictum*, o que é argumento acessório, o que não é a formação do precedente, vamos ter uma dificuldade muito grande para aplicar esse dispositivo. Reflitam sobre isto porque acho que é algo interessante.

E, para finalizar minha exposição, o último inciso – e confesso que só entendi o motivo disto, hoje, na fala do Didier, quando ele disse que plantaram vários dispositivos repetidos porque se se cancela um lá sobra outro aqui. O inciso diz que não é fundamentada uma decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem mostrar que o caso é distinto ou que eventualmente o

entendimento foi superado. Parece-me que isso não é caso de falta de fundamentação. Não seguir o precedente não é vício de erro de forma, não é vício de fundamentação, é vício de conteúdo, concordam comigo? Parece-me que é bastante claro. Só que não deixa de ser interessante colocar aqui porque se se mexer no art. 522, sobrou esse dispositivo aqui em que se tem de seguir o precedente. Enfim, meus caros senhores, para finalizar, qual é a minha ideia a respeito dessa questão do dever de fundamentação? Eu gosto como acadêmico e Magistrado, e acho que vamos ter de produzir melhor, trabalhar melhor. Só que é óbvio que há o contraponto e o tempo vai dizer se conseguimos equacionar bem o contraponto. Primeiro, vamos ter de julgar muito mais embargos de declaração – pode colocar isso na cabeça de cada um aqui; segundo, não dá para negar que, em um primeiro momento, vai aumentar a lentidão na prolação das decisões, e confesso que num regime de metas isso vai dar trabalho porque estamos julgando com a “faca no pescoço” onde se tem “x” processos para cumprir. Não dá para negar que num primeiro momento vai ser difícil. Talvez, com o passar do tempo, resolvamos. Terceiro, fala da Professora Tereza Arruda Alvim Wambier. Esse dispositivo é muito meticuloso. Ela tem muito medo, e revelou isso nas últimas jornadas - acho que isso não vai acontecer -, desse dispositivo não “pegar”. Como ele é muito meticuloso, de os juízes não o cumprirem. Acredito que vamos cumprir a contento.

Finalmente, o último receio que tenho: como o dever de fundamentar é muito detalhado, tenho medo de começar a ter muita anulação casuística com base na falta de fundamentação. Chega ao Tribunal Superior e ele diz que o acórdão do TRT não apreciou por esse prisma. Então, por favor, anula-se tudo, volte lá e aprecie de novo. Peço desculpas pelo tom informal que adotei, mas acho que entre colegas esse é o tom que deve ser adotado. Agradeço a atenção de todos. Muito obrigado.

“Sistema de Solução dos Recursos Repetitivos”⁸

Desembargador Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Ex.^{mo} Sr. Ministro João Oreste Dalazen, na pessoa de quem cumprimento os Srs. Ministros, Desembargadores, Juízes, estudantes e servidores da Justiça do Trabalho. Cumprimento também o colega e Professor Procurador Regional da República Sérgio Cruz Arenhart. É com muito prazer que venho a esta Casa. Eu estava falando ao Ministro João Oreste Dalazen que tenho o prazer de ser Diretor de Cursos e Pesquisas da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.^a Região – EMARF, e agora também Membro do Conselho Superior da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - EMFAM - da Justiça Comum. O tema que vou falar é sobre os recursos repetitivos no projeto do novo Código de Processo Civil.

Mas costumo fazer uma parte introdutória ao tema, até discordando um pouco, no bom sentido, das palavras do colega Professor Flávio Yarshell, no sentido de que os recursos repetitivos não vieram, digamos, para concorrer no sentido de afastar as ações coletivas, os outros meios coletivos de resolução dos conflitos. Parece-me que ele compõe esse novo instrumento, relativamente novo no nosso País, ao lado exatamente daqueles mecanismos como as ações coletivas, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, e que também, no âmbito internacional, temos as *class actions*, *representative actions* e as *verbandsklagen*. Então, é um segundo mecanismo, digamos, de gerenciamento ou de resolução coletiva dos conflitos, ao lado também das soluções extrajudiciais.

É importante notar que esses instrumentos têm várias funções que são da maior importância no Direito Processual contemporâneo.

O primeiro deles, naturalmente, é da economia processual. Vou falar um pouco mais disso adiante, mas o Poder Judiciário é particularmente criticado pelo problema de gestão. E, de fato, até a Ministra Cármen Lúcia acabou de dar uma entrevista na Veja, falando até que vivemos numa sociedade de massas, e, às vezes, julgamos ainda de forma artesanal. Isso, de certo modo, é verdadeiro. Temos hoje milhares, milhões de ações, e

⁸ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 15 de setembro de 2014, às 16h30. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

temos que estar cada vez mais preparados para dar conta dessa massa de processos. Mas não é um problema só de economia processual, é um problema também de isonomia e de segurança jurídica. Em especial, temos assistido uma crítica muito grande em relação às decisões sobre a mesma questão, decisões que são proferidas por Tribunais, ou, muitas vezes, até pelo mesmo Tribunal em direções opostas ou com um conteúdo decisório diferente.

Também o problema do equilíbrio entre as partes e da duração razoável dos processos. Costumo falar também das origens em relação aos recursos repetitivos, que, de certo modo, é um instituto, como mencionei, irmão da também inovação que vem no novo Código de Processo Civil, que é o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas, o já apelidado de IRDR. Esse IRDR, muita gente fala das origens, mas é interessante notar, e talvez poucos doutrinadores tenham apontado a origem mais remota do instituto, que surgiu a partir de uma criação judicial. Quer dizer, foram os Juízes, na Alemanha, que começaram a ter uma prática antes mesmo da lei, digamos, chancelar essa prática. Isso ocorreu exatamente nas décadas de 1960, 1970 e 1980, quando, na Alemanha, começou a haver um número elevado de objeções em relação aos projetos principalmente de centrais nucleares e também uma objeção grande na área administrativa em relação a algumas construções, como, especialmente, construções de aeroportos em várias cidades importantes.

Então, se aponta, na Alemanha, em relação às centrais nucleares, que começaram as impugnações, com número ainda relativamente pequeno, dezesseis mil, depois já aumentando para vinte e cinco mil, cinquenta e cinco mil, sessenta e quatro mil, e, já numa última usina nuclear, chegava ao número já bastante elevado de cem mil impugnações administrativas. Isso perante a Administração Pública. Mas, aos poucos, essas reclamações administrativas chegaram também à Justiça Administrativa, ao Poder Judiciário, e, então, tivemos o surgimento do que se fala do *musterverfahren*, que é o procedimento modelo na Alemanha, que começou mais especificamente na cidade de Munique, com cinco mil e setecentos e vinte e quatro reclamações contra a construção do aeroporto de Munique. Então, o que fizeram os órgãos judiciais? Verificaram que era um número elevadíssimo de impugnações, alguns com argumentações diferentes, mas todos basicamente se voltando para o mesmo objetivo. Então, o que fez o Tribunal do Munique, o Tribunal de primeiro grau de Munique? Ele falou o seguinte: “Não tem sentido ficarmos julgando - ainda que com xerox, naquela época, ou mimeógrafo, seja lá o que for - cinco mil e tantos processos, se podemos ter

uma amostra representativa desses processos, julgá-los e aplicarmos esse raciocínio para os demais”. O que fizeram? Selecionaram trinta casos, apreciaram exatamente as questões jurídicas relacionadas nesses casos e, depois, aplicaram o raciocínio extraído daquela decisão, a chamada *ratio decidendi*, para os demais processos.

Então, houve uma grande controvérsia. Qual foi? Uma parte da doutrina, da academia, parabenizando e falando: “Este Tribunal fez uma coisa corajosa, uma coisa racional, como qualquer empresa, fazendo um trabalho de gerenciamento em relação a seus processos e tal”. E uma parte, também da doutrina, opôs-se dizendo que o Tribunal foi arbitrário. Sem qualquer previsão legal, pegou trinta processos e não realizou o devido processo legal nos demais processos. Estou dizendo isso, porque é muito interessante notar que nós - digamos -, o Poder Judiciário, é que praticamente inovou e deu os primeiros passos, pelo menos neste instrumento. Então, o que aconteceu? Isso foi parar, naturalmente, na Corte Constitucional Alemã, que, já em 1980, decidiu pelo quê? Pela constitucionalidade desse procedimento, não só da escolha, quanto da suspensão e da paralisação dos demais processos.

Faço até uma analogia, de certo modo, com o que foi feito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pelo Ministro Sidnei Beneti e pelo Tribunal, quando, mais ou menos recentemente, em relação aos casos de poupança do Rio Grande do Sul, ele também aceitou uma suspensão dos processos, e não apenas dos recursos, sem que houvesse, ainda, como ainda não há, uma previsão expressa em lei. Então, digo isso, porque acho que o Poder Judiciário tem o papel também importante no sentido de ousar construir os mecanismos para resolução desses problemas. Então, o que aconteceu? Com base na decisão da Corte Constitucional Alemã, o legislador resolveu cancelar – digamos – legalmente aquele instrumento e aquela prática adotada pelo Tribunal da Justiça Administrativa Alemã. Então, em 1991, introduziu, na Justiça Administrativa, a previsão desse *musterverfahren*, desse procedimento piloto, desse procedimento modelo, e, mais recentemente, em 2005, o legislador também regulamentou no âmbito do mercado mobiliário, e, mais recentemente ainda, em 2008, também expandiu o *musterverfahren* para toda a Justiça Social, que cuida dos casos de previdência social na Alemanha.

E no Brasil? No Brasil temos, como os senhores sabem, o início desse instrumento, a partir de 2006 e 2008, com a introdução, no Código de Processo Civil, dos recursos repetitivos. Agora, mais recentemente, há também a Lei n.º 13.015, aprovada em

julho de 2014. Ela ainda não entrou em vigor, tendo em vista o período de *vacatio legis* de sessenta dias. Nos meus cálculos, a vigência será a partir do dia 21 de setembro. Como cai num domingo, na prática, a partir da próxima segunda-feira, a vigência da Lei n.º 13.015 trará para a Justiça do Trabalho a sistemática dos recursos repetitivos com algumas peculiaridades, que veremos em seguida. Dentro desse sistema de demandas repetitivas, isso se completa com aquilo que eu havia falado, que é um novo CPC a partir da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, que traz essa sistemática, apenas conhecida nos Tribunais superiores, para o âmbito do segundo grau e, de certo modo, até para o primeiro grau, com a suspensão dos processos e não apenas dos recursos, do que falarei mais adiante. Repassando rapidamente a sistemática atual, temos o 543-B e 543-C. Muita gente fala que temos, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a repercussão geral, e, no âmbito do STJ, o recurso repetitivo. Acho que temos uma cumulação. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, temos o instrumento da repercussão geral ao lado e cumulado com o recurso repetitivo. A repercussão geral veio mais detalhada no 543-A, complementada com a sistemática de repercussão geral em termos de recursos repetitivos no 543-B. A partir de 2008, isso também foi levado para o recurso especial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. É importante notar que, embora o CPC tenha sido modificado em dezembro de 2006, o próprio Supremo entende que só se tornou aplicável a sistemática da repercussão geral, e também do recurso repetitivo, com a Emenda Regimental n.º 21/2007, portanto, a partir de 3 de maio de 2007. De forma complementar ou suplementar, temos as normas do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do STJ, a Portaria n.º 138/2009 do Supremo Tribunal Federal, a Resolução n.º 8/2008 do STJ e a Resolução n.º 160 do CNJ.

Aqui há o sistema atual. Basicamente, a sistemática atual consiste em uma multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Há uma seleção pelo Tribunal de origem. Vejam aí, parece-me, uma primeira diferença em relação à sistemática na Justiça do Trabalho. Na sistemática atual, há a seleção pelo Tribunal de origem de um ou mais recursos admitidos, representativos da controvérsia. A suspensão a partir dessa seleção é feita também pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente, mas apenas no âmbito da sua Região ou Estado. Obviamente, pelo texto expresso da lei, é uma suspensão apenas dos recursos até o pronunciamento do Tribunal *ad quem*, o STF ou o STJ. Há a eventual solicitação a partir do momento em que o Tribunal *ad quem*, quer dizer, o Supremo ou o STJ, recebe. Ele pode solicitar informações aos Tribunais Federais ou Estaduais em quinze dias.

Há também a possibilidade de manifestação de pessoas, órgãos ou entidades de classe ou entidades com interesse na controvérsia. O STF regulamentou que também seria no prazo de quinze dias. Por fim, ouve-se o Ministério Público. Em seguida, há o julgamento do recurso representativo da controvérsia, o chamado recurso paradigma. No âmbito do STJ, há uma previsão expressa de preferência no julgamento do recurso paradigma, salvo réu preso e *habeas corpus*.

Quais são os efeitos desse recurso? Para o recurso extraordinário, a primeira peculiaridade é o caso de não reconhecimento da repercussão geral. No recurso representativo da controvérsia, se o Supremo Tribunal Federal não reconhecer a repercussão geral, não considerará também esta repercussão geral em todos os recursos extraordinários que tiverem a mesma questão jurídica. Portanto, o Tribunal *a quo* poderá não admitir esses recursos com base na inexistência da repercussão geral. Por outro lado, também se negará provimento pelo Órgão *a quo*, efetuando praticamente um julgamento de mérito, se o acórdão recorrido estiver de acordo com o julgamento paradigmático.

Por fim, serão examinados, se o recurso recorrido estiver em sentido contrário ao firmado no julgamento paradigmático. Nesse caso, haverá, pelo menos na sistemática atual, a necessidade do reexame. O Tribunal *a quo* poderá manter ou não o entendimento anteriormente firmado. Se reconsiderar, ele estará se adequando ao entendimento firmado no recurso representativo da controvérsia. Se ele mantiver o entendimento, aí, sim, haverá o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e especial e o encaminhamento para o julgamento pelo Supremo ou STJ, que poderá julgar liminarmente esse recurso. É o que ocorre, na prática, com os julgamentos monocráticos. Existe também, na sistemática atual, a questão da decisão de sobrestamento, de inadmissão dos sobrestados, que mencionei em relação à repercussão geral, e também o desprovimento do recurso sobrestado. Isso ensejou certa dúvida de competência e até qual seria o recurso no início. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o STJ firmaram o entendimento de que, nesses casos, haveria o cabimento do agravo interno. Portanto, o próprio Tribunal *a quo* julgaria esses agravos. Por fim, na sistemática atual, é importante ainda ressaltar a Resolução n.º 160, que cria os núcleos de repercussão geral e recursos repetitivos.

O Professor Sérgio Arenhart, o Ministro Luiz Philippe e eu tivemos a oportunidade de participar de uma comissão, designada pelo Ministério da Justiça, que

buscou a elaboração de uma nova redação para a Lei da Ação Pública. Desde então, estamos falando muito no chamado Cadastro Nacional de Ações Coletivas. Daí, também, a ideia desse Cadastro Nacional de Recursos Repetitivos, para que a sociedade facilmente visualize esses julgamentos repetitivos que estão sendo feitos. Os Tribunais já estão criando esses cadastros – o Supremo e o STJ já criaram –, que são muito interessantes sob o ponto de vista de consulta aos temas submetidos à sistemática dos recursos repetitivos. O CNJ, em primeiro lugar, estabeleceu a necessidade de criação desses núcleos no âmbito dos Tribunais. A informação que tenho é que, agora, ele está tentando implementar um Banco Nacional de Recursos Repetitivos. E aí chegamos à Lei n.º 13.015, da Justiça do Trabalho, que eu havia comentado. Ela acrescenta basicamente os arts. 896-B e 896-C na CLT. O art. 896-B dispõe: “Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial (...)”.

Faço uma observação – eu estava conversando com alguns Ministros – nessa primeira parte. Não há, parece-me, problema algum em relação à remissão ao Código atual e, expressamente, à Lei n.º 5.869/73, até porque, no art. 15 do projeto do novo CPC, já se menciona expressamente a aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC aos processos trabalhistas e, expressamente também, no art. 1.059, § 4.º, há uma menção no sentido de que as remissões e disposições do CPC revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que são correspondentes no Código de Processo Civil novo. Então, não há nenhum problema nessa remissão inicial.

A regulamentação específica vem no art. 896-C, que dispõe sobre a possibilidade de afetação à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno: “(...) por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal (...)”. Trago, a seguir, o que poderia ser uma indagação ou uma dúvida, que seria: o procedimento de recurso repetitivo de revista pode ser instaurado somente a partir da Seção ou do Pleno, ou seja, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, ou, em geral, pelos Ministros do TST e também dos Tribunais Regionais do Trabalho? Parece-me que a redação, pelo menos do art. 896-C, indica um desejo, no âmbito da Justiça do Trabalho, de que essa

provocação, essa instauração do recurso de revista repetitivo fique no âmbito do próprio Tribunal Superior do Trabalho. Parece-me que a própria regulamentação que está sendo elaborada, no âmbito do TST, caminha nesse sentido. Isso decorre exatamente da previsão específica do art. 896. No mais, aplicar-se-ia tanto a regulamentação do Código atual quanto a regulamentação do novo CPC, a partir da sua entrada em vigor.

Do projeto do novo CPC, o que temos a falar sobre os recursos repetitivos? Em primeiro lugar, ele está situado dentro do Livro III, destinado aos processos dos Tribunais e meios de impugnação, na parte dos recursos, especialmente na parte do recurso extraordinário e do recurso especial. Agora, ao invés de apenas dois artigos, ele ganha uma subseção especificamente destinada à regulamentação dos recursos repetitivos, por meio de cinco artigos, do art. 1.049 até o art. 1.054. Quais são as principais inovações dessa nova sistemática do CPC? Em primeiro lugar, sob o ponto de vista formal, a uniformização de tratamento para os recursos extraordinários e especiais. Voltando um pouco, a regulamentação anterior foi feita por meio de duas leis diferentes, uma de 2006 e outra de 2008. Embora tenham uma grande afinidade, há algumas peculiaridades que foram estabelecidas nos arts. 543-B e 543-C. Então, agora praticamente são eliminadas as peculiaridades, e se cria uma sistemática própria para os recursos repetitivos.

Em segundo lugar, a primeira mudança que ocorre é que o sistema atual fala de seleção de um ou mais recursos, e a nova sistemática já fala de seleção de dois ou mais recursos. Então, não poderíamos ter apenas a escolha de um único recurso para servir de recurso paradigmático ou para ser representativo da controvérsia. No mínimo, deveriam ser dois recursos. Em terceiro lugar, parece-me, vem a principal ou uma das mais importantes modificações do novo CPC. Ele expressamente fala de suspensão dos processos, e não mais apenas de suspensão dos recursos, versando, obviamente, sobre idêntica questão de direito. Essa suspensão ocorre, em um primeiro momento, no âmbito da Região ou do Estado, na sistemática do CPC. Volto à certa diferenciação, talvez, também com a Justiça do Trabalho, porque, a prevalecer o entendimento e a regulamentação de que, no âmbito da Justiça do Trabalho, o procedimento começaria apenas no Tribunal Superior do Trabalho, essa suspensão já seria desde o início nacional, enquanto que, na suspensão – digamos – da Justiça Comum, ela praticamente tem uma gradação. Ela começa a suspensão, se iniciado o procedimento no âmbito do Tribunal local, estadual ou regional, para depois passar para o

âmbito nacional, quando recebido e admitido – digamos – o recurso repetitivo no âmbito do STJ ou do Supremo. O juízo de admissibilidade dos recursos, em geral, passa a ser feito apenas pelo Órgão *ad quem*. Essa é uma mudança geral na sistemática do novo Código de Processo Civil. Serve desde a apelação até o recurso especial extraordinário.

Nesse caso - falei até com o Professor Fredie Didier -, há certa peculiaridade. Por quê? Embora o recurso de admissibilidade, de fato, seja como regra no Órgão *ad quem*, a norma do § 6.º do art. 1049 fala que o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal deve selecionar recursos admissíveis. Obviamente, ainda que de forma implícita, ele deve fazer essa aferição de admissibilidade para não encaminhar recursos que não seriam admissíveis para o Superior Tribunal ou para o Supremo Tribunal Federal. Outra questão interessante é a previsão de requerimento ao Presidente ou Vice-Presidente pelo interessado, para exclusão do sobrestamento e inadmissão do recurso especial ou extraordinário intempestivo com manifestação do recorrente em cinco dias. O que acontece? O Tribunal *a quo*, o Presidente ou Vice-Presidente, selecionou dois, três ou alguns recursos. Ele vai sobrestar, suspender, os processos e os demais recursos. O que pode acontecer? Exatamente um desses recursos que estava pendente era intempestivo. Então, embora intempestivo, ele ficaria aguardando a resolução da questão pelo Superior Tribunal ou pelo Supremo Tribunal Federal, digamos, desnecessariamente, porque ele seria intempestivo. O novo CPC tem a previsão de que o recorrido, nesse caso, o interessado, pode requerer exatamente que o Presidente ou o Vice-Presidente exclua do sobrestamento esse recurso intempestivo. Vejam que não é o caso de se levantar a inadmissibilidade em qualquer hipótese, mas, apenas, no caso de intempestividade. Há uma lacuna aqui porque não há um prazo para isso, e se pode discutir exatamente se haveria um prazo, e a regra geral do CPC é no sentido de que, não havendo prazo expresso, seria de cinco dias, lembrando que há necessidade da intimação das partes que têm os seus processos suspensos. Então, se formos considerar um prazo, seria de cinco dias a partir dessa intimação, embora não esteja isso expresso no novo texto do CPC. Em caso de indeferimento desse requerimento de reconhecimento da intempestividade, aí sim caberia, por norma expressa, o agravo, chamado de agravo extraordinário – parece-me que na Comissão de Juristas agora há uma tendência para se retirar a qualificação de extraordinário para ficar apenas agravo –, a ser interposto nos próprios autos, mas que subiria para o Supremo ou para o STJ.

Em caso de deferimento, ou seja, de inadmissibilidade do recurso, ficaria em aberto se seria uma decisão irrecurável, se seria recorrível para o próprio TJ ou TRF ou se também seria agravável para o Supremo Tribunal Federal ou para o STJ. O Relator do Supremo Tribunal Federal ou do STJ não está vinculado à escolha feita pelo órgão *a quo* daqueles recursos pelo Presidente ou Vice-Presidente, poderá escolher outros recursos como representativos da controvérsia, e o Relator do Tribunal Superior também poderá iniciar o procedimento. Obviamente, se diante de uma multiplicidade de recursos o Presidente não iniciou a sistemática de julgamento de recurso repetitivo e esses recursos subiram para o STJ ou para o Supremo, tanto o STJ quanto o Supremo – o Tribunal Superior portanto – poderá iniciar o procedimento de julgamento repetitivo. Neste ponto, faço mais uma vez aquela ressalva no sentido de que a Justiça do Trabalho, parece-me, caminha para que o procedimento comece sempre já no âmbito do próprio Tribunal Superior. A confirmação do procedimento repetitivo pelo Relator no Tribunal Superior, se ele foi iniciado no Tribunal *a quo*, obviamente, o Tribunal Superior não está vinculado àquele pronunciamento, então, ele tem de aceitar essa sistemática.

Nesse ponto, parece-me importante a questão mencionada pelo Prof. Gajardoni sobre a *ratio decidendi*. Ele falou até como uma sugestão aos Tribunais para que procurem deixar a tese muito clara nos seus acórdãos. Isso já pressupõe essa decisão inicial, que é a identificação da questão a ser julgada, para que já fique perfeitamente identificada. Nesse ponto, a suspensão nacional a partir dessa decisão e também a possibilidade de requisição de outros recursos representativos da controvérsia para os TJ's ou Tribunais Regionais Federais. Há uma previsão expressa também de prevenção do Relator que primeiro tiver proferido a decisão de identificação da questão controversa, a preferência para julgamento, que será uma regra geral não mais apenas para o STJ de preferência para julgamento, salvo para réu preso e *habeas corpus*, e uma previsão também de prazo de um ano para o julgamento dos recursos representativos da controvérsia. A manutenção da suspensão dos processos se dá por determinação expressa apenas por um ano, ou seja, coincidindo o prazo de julgamento para o prazo também de suspensão dos processos. Eu estava conversando também com alguns colegas no sentido de que esse prazo de um ano, tanto para o julgamento quanto para a suspensão em relação aos recursos repetitivos, guardou uma peculiaridade em relação ao instituto irmão, ou seja, um incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por quê? Para o IRDR também houve a previsão de julgamento de um ano. Entretanto, previu-se expressamente que, não julgado o IRDR em um ano, haveria a possibilidade de prorrogação desse prazo. É claro que tudo aponta no sentido da necessidade de celeridade no julgamento dos recursos repetitivos, mas temos de trabalhar também com a realidade dos Tribunais. Trago, à luz dessa discussão, a realidade atual. Nesse sentido, preocupa-me especialmente a realidade do Supremo Tribunal Federal. Por quê? O Ministro Barroso tem chamado a atenção até para isso. O Supremo Tribunal Federal tem hoje, em repercussão geral reconhecida, quinhentos e vinte e nove recursos que estão submetidos a essa sistemática repetitiva do período de 2007 a 2014, em sete anos. Nesse período – quer dizer, são quinhentos e vinte e nove recursos em que foi reconhecida –, houve o julgamento de duzentos e um recursos com a repercussão geral reconhecida também nesse período de sete anos, o que dava uma média de vinte e oito repercussões gerais julgadas por ano.

Então, se trabalharmos com essa média de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para serem julgados os trezentos e vinte e oito recursos com repercussão geral reconhecida, nesta média, teríamos mais doze anos para colocar em dia a pauta do Supremo Tribunal Federal trabalhando com os pendentes na data de hoje, ou na de ontem, sem considerar os que terão repercussão geral reconhecida. A meu ver, não só como professor, mas como Juiz, temos de elaborar regras que sejam factíveis com a nossa realidade. Não adianta abrirmos mão completamente do prazo e dizermos que se pode julgar o recurso repetitivo quando o Tribunal quiser, mas também não estabelecer uma sistemática como foi estabelecida. Por quê? No recurso repetitivo, decorrido o prazo de um ano, o que acontece? Os processos que estavam suspensos deixam de ficar suspensos, mas se estabeleceu que outro Relator poderá iniciar novamente o procedimento de recurso repetitivo.

Com todas as vênias, não sei se isso levará a uma medida de economia processual, até porque o primeiro procedimento de recurso repetitivo podia estar em um estágio avançado após um ano. Aí, vamos, praticamente, começar do zero ou ter apenas a modificação de relatoria. De qualquer forma, é uma inovação ousada, digamos, do Novo Código de Processo Civil. Eu preferiria uma interpretação consentânea com o IRDR no sentido de que poderia haver a prorrogação, talvez a critério até do próprio Tribunal, e, eventualmente, até se o Tribunal decidisse modificar o Relator, fizesse-o a partir de uma análise interna das condições de julgamento dos seus processos. A intimação também das

partes sobre a suspensão dos processos é uma inovação expressa, a possibilidade de demonstração com contraditório da distinção das questões e requerimento do processo, isso é feito obviamente no âmbito de cada instância. Se o processo está no primeiro grau, o requerimento vai para o juiz de primeiro grau; se ele está no âmbito do Tribunal Estadual ou Regional Federal, esse requerimento de prosseguimento do processo deve ser feito para o Relator. E o recurso contra essa decisão será o agravo de instrumento ou o agravo interno. Processamento do julgamento repetitivo. Não há grandes modificações: aquela possibilidade de requisição de informações, de manifestação de pessoas, órgãos e entidades, manifestação do Ministério Público, inclusão em pauta, julgamento e publicação do acórdão paradigma. Também, durante todo esse processo, a divulgação e registro eletrônico, no Conselho Nacional de Justiça, desse banco de dados de recursos repetitivos. Uma inovação que me parece importante e que já vem suscitando uma grande discussão é em relação ao efeito vinculativo desse julgamento proferido em recurso repetitivo.

O art. 883 do projeto, na versão que já está sendo encaminhado, inclusive no âmbito do Senado, para o Senador Vital do Rêgo, estabelece que juízes e tribunais observarão os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou em julgamento de casos repetitivos. Então, estabelece que depois de uniformizada a tese no âmbito do recurso repetitivo, haveria um efeito vinculativo em relação ao julgamento futuro por parte de juízes e tribunais. Há críticos dessa vinculação, o Professor Nelson Nery mesmo tem criticado veementemente, dizendo que não poderia a norma infraconstitucional estabelecer essa vinculação, mas há também muita gente defendendo. Segundo lugar, a sistemática em relação àquela questão da negativa de provimento, do reexame, continua basicamente como no sistema atual. Uma previsão também expressa, que vem no sentido de resolver algo que foi tormentoso no início, é porque houve uma discussão muito grande se o recorrente desse recurso representativo da controvérsia poderia desistir ou não. Os senhores devem ter acompanhado essa discussão no âmbito principalmente do Superior Tribunal de Justiça e também da doutrina. Inicialmente, chegou-se a entender no âmbito do STJ que não se poderia desistir e depois se evoluiu para algo mais próximo do que está sendo expresso no projeto do novo CPC, que é a possibilidade expressa de desistência. Entretanto, isso faz com que a tese jurídica possa ser decidida independentemente dessa desistência, exatamente para não se frustrar esse procedimento iniciado. Obviamente, a desistência do recurso sobrestado - haveria a regra geral, que é a possibilidade até a data da publicação da pauta - e também a

desistência da ação seguem uma sistemática também inovadora, no sentido de que poderá haver a desistência da ação antes de proferida a sentença, independentemente do consentimento do réu. E o marco da contestação passa a ser importante apenas para a isenção ou não de custas - se a desistência for anterior, ele está isento de custas e honorários, se a desistência for posterior, ele irá arcar com custas e honorários. Por fim, a última inovação que me parece mais importante, é que, firmada a tese jurídica na sistemática do recurso repetitivo, ensejará a possibilidade de concessão da chamada tutela de evidência, ou seja, modalidade de tutela provisória, que é concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos. Daí também se extrai, digamos, uma importante inovação do projeto do novo CPC.

Por fim, trago um quadro da estatística do Supremo Tribunal Federal, mostrando, em síntese, que a sistemática da repercussão geral e do recurso repetitivo produziu um efeito significativo no âmbito da economia processual do Supremo Tribunal Federal. Temos um quadro claro de superdimensionamento do número de demanda de recursos e de processos em geral que chegavam ao Supremo Tribunal Federal, começando desde 1950, e praticamente dobrando, triplicando ou quadruplicando a cada dez anos. Vejam que temos uma explosão especialmente entre os anos de 1990 e 2000, de dezoito mil processos protocolados para cento e cinco mil processos protocolados. E exatamente a partir de 2009, com a implementação dessa sistemática de recursos repetitivos e de repercussão geral, o Supremo começa a decair em termos de número de processos recebidos, praticamente chegando à quase a metade do que chegava antes no Supremo Tribunal Federal e a praticamente um terço do que antes era distribuído no ano de 2006 em relação ao ano de 2013, o que dá uma perspectiva positiva, otimista em relação à ampliação e ao fortalecimento da sistemática dos recursos repetitivos.

Peço desculpas por ter me excedido no tempo e agradeço a atenção.
Muito obrigado.

“Ônus da prova”⁹

Sérgio Cruz Arenhart

Muito obrigado, Ministro Dalazen. Boa tarde a todos. Para mim é uma enorme honra estar aqui, hoje, participando desse evento com Magistrados e discutindo o projeto do Código de Processo Civil, que, na realidade, como toda a legislação processual, tem como último destinatário, de fato, a Magistratura. Agradeço demais o convite, fico extremamente honrado. Agradeço especialmente na pessoa do Ministro João Oreste Dalazen, que, embora não seja paranaense de nascimento, é um paranaense de usucapião e que por muito pouco não foi meu Professor na Faculdade de Direito no Paraná, e que nos deixou muita saudade quando veio embora para Brasília.

Inicialmente, minha análise seria dedicada ao tema do ônus da prova, mas eu havia preparado uma exposição um pouco mais ampla para examinar alguns aspectos da prova, até porque eu não sabia que o Professor Leonardo falaria da prova de forma geral. Então, vou trabalhar o ônus da prova como tema principal da minha exposição, mas, sem prejuízo disso, eu gostaria também de tratar de algumas outras questões, sobretudo de alguns temas em matéria de prova que o Professor Leonardo não tratou hoje de manhã com os senhores. Início dizendo que, no Direito brasileiro, sobretudo, o tema da prova é um tema muito mal tratado. Em parte, por causa de um discurso muito comum, que é afirmar que não adianta teorizar sobre prova, porque o juiz faz o que quer, olha a prova do jeito que quer e conclui do jeito que quer, em matéria de prova. Em outra parte, porque, na realidade, nos falta, às vezes, a base teórica para discutir prova como se discute em outros países.

Na realidade, acho que as duas premissas, a par de serem falsas, ainda por cima nos colocam uma grande deficiência em matéria de teoria de Direito Processual. Não tenho dúvida de que o tema da prova é, de longe, um dos mais fundamentais para quem quer pensar a estrutura processual moderna, na sua visão mais recente. É ela, muitas vezes, que constitui o grave obstáculo para o acesso à Justiça. Não há dúvida de que há uma série de demandas que não podem ser levadas ao Judiciário justamente por problemas em

⁹ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 15 de setembro de 2014, às 17h10. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

matéria de prova. Há problemas que são resolvidos no âmbito do Judiciário em razão de alterações sobre o entendimento, sobre a compreensão de como deve ser disciplinada a prova.

A par disso, há, claro, uma série de procedimentos que são estruturados a partir da teoria da prova. Quem pensa, por exemplo, em um mandado de segurança, quem pensa nas técnicas de evidência, que o Professor Aluisio acabou de mencionar, quem pensa em uma série de procedimentos percebe que conseguimos, muitas vezes, acelerar a prestação jurisdicional, ou retardá-la, em razão de alguma técnica probatória instituída ou retirada de um determinado tipo de procedimento. Então, acho que o tema da prova é, sem dúvida nenhuma, fundamental para nós, e é cada vez mais fundamental a partir das inovações que verificamos na realidade e da necessidade de atender a certas peculiaridades concretas. Embora essa não seja a minha prática, não acho que seja diferente no âmbito trabalhista. Parece-me que o âmbito trabalhista talvez tenha sido um dos que mais desenvolveu essas inovações em matéria de prova, essas questões mais recentes em matéria de prova.

Vejo que a legislação processual brasileira atual, no campo da prova, possui uma série de deficiências, uma série de defeitos, até porque, na realidade, foi uma legislação concebida para uma época que não é mais a nossa época atual. Então, em primeiro lugar, temos, de fato, um problema muito grave em matéria de ônus de prova, porque, nesse tema, nossa estrutura reflete uma estrutura processual clássica, formal e rígida, estrutura essa que distribui o ônus de prova por meio de um conceito pré-determinado sobre funções processuais entre as partes e que, muitas vezes, não é capaz de atender, justamente, a peculiaridades de situações concretas, a realidades concretas de certas relações jurídicas. Portanto, constitui, não raras vezes, um dos grandes defeitos, uma das grandes dificuldades para certos tipos de demanda. Não é por outra razão que é clássica, hoje, por exemplo, a discussão sobre como se aplica a regra atual do regime de ônus de prova em matéria de ações negativas, ações em que o sujeito pretenda uma declaração de que não há uma determinada relação jurídica.

Como ele vai fazer prova do fato constitutivo se o fato constitutivo é a inexistência da relação jurídica? Como vou impor ao réu, por exemplo, a prova de um fato extintivo, modificativo ou impeditivo se, na realidade, não há fato modificativo, impeditivo ou extintivo para ser demonstrado? Ou seja, é um processo sem prova nenhuma e que, no fim

das contas, termina de que forma? Há uma série de teorias para tentar explicar como aconteceria esse tipo de situação, como se desenvolveria essa técnica em casos como esse, enfim, para tentar resolver problemas que se colocam muito em razão desse regime estático de distribuição do ônus da prova no Direito brasileiro.

Outro problema que acho ser próprio do Direito atual é justamente a falta de uma previsão ampla a respeito da prova de meios novos, que são meios muito empregados para a prática de negócios jurídicos, mas que não têm sua formalização refletida como prova no âmbito do Código de Processo Civil. Refiro-me, em especial, à prova eletrônica. Não há dúvida de que o sistema processual brasileiro atual é muito carente de uma legislação mais apropriada em tema de prova eletrônica: desde a força probatória de elementos como um *e-mail*, uma fotografia digital, um contrato celebrado pela Internet até questões mais pontuais, como, por exemplo, como se formaliza e quais são as garantias que devem ser observadas em termos de formalização de um contrato na Internet; como se avaliam, por exemplo, atos eletrônicos praticados na Internet com empresas de outro país, ou que tipo de legislação, em matéria de prova, deve ser aplicada, se a legislação brasileira, se a do outro país. Enfim, há uma série de questões que envolvem esses temas e que a legislação brasileira atual não foi capaz de resolver.

Outra questão que me parece também fundamental, e isso se tornou ainda mais fundamental com a edição do Código Civil atual, é a falta de uma disciplina mais própria para o processo civil brasileiro a respeito da prova indiciária, que tem uma repercussão muito importante para nós justamente no tema de ação preventiva, de ação inibitória. Quem trabalha com ação inibitória sabe que, para que uma ação inibitória possa funcionar, é essencial que a tenhamos uma disciplina mais ou menos estável, boa, a respeito da prova indiciária, porque esta é a principal prova que se emprega em ações preventivas. E, no entanto, com o Código Civil, tivemos um atraso imenso nesse tema. Por exemplo: no Código Civil há uma regra que proíbe o emprego de prova exclusivamente indiciária em qualquer caso em que eu também não pudesse empregar prova exclusivamente testemunhal. Aplicando isso ao regime atual do Código de Processo Civil, temos ali uma regra que diz que não se pode empregar prova exclusivamente testemunhal em contratos de valor superior a dez salários mínimos. Ora, se formos conjugar essas duas regras, a conclusão a que se chega é a de que não há a possibilidade de fazer prova exclusivamente indiciária em nenhuma ação

preventiva, em nenhuma ação inibitória que tivesse um conteúdo superior ao teto de dez salários mínimos, o que, portanto, praticamente inviabilizaria todo o sistema de proteção preventiva que temos ou de que precisamos no Direito brasileiro.

Falta também, no Código Brasileiro, uma disciplina sobre a prova indiciária - tomamos emprestada essa disciplina do Código de Processo Penal -; é um tema que precisa ser repensado no Direito brasileiro. Temos um preconceito muito grande com a prova indiciária e, no entanto, ela não tem nada de mais ou de menos em relação a qualquer outro meio de prova que possamos imaginar no Direito brasileiro. É um preconceito nosso que vem de muito tempo - a propósito, vem de uma orientação mais ligada à tradição da Europa Continental -, mas que, em grande medida, é um preconceito que até é desfeito pela própria prática judiciária brasileira. Embora não consigamos, muitas vezes, até perceber isso, temos uma prova indiciária que é tida como uma das melhores provas de todas no Direito brasileiro, que é, justamente, o exame de DNA. Embora esse exame seja qualificado como uma prova pericial, uma prova técnica, a rigor, é uma prova indiciária porque o que o exame de DNA indica é que a minha cadeia de DNA é compatível com a cadeia de DNA de algum outro sujeito com um grau de aproximação de 97%, 98%, 99%. Ou seja, disso se conclui que, por um juízo indutivo, sou parente daquele Fulano. Isso é essência da prova indiciária. Essa é uma prova quase que irrefutável no campo judiciário brasileiro, é uma prova indiciária extremamente aplicada, mas que, apreciada sob a ótica do Código Civil, teria de, em princípio, ser rejeitada para a grande maioria das ações em que é empregada. Enfim, há outros temas que penso serem fundamentais, como, por exemplo, a disciplina da prova ilícita. Não temos, no Brasil, uma disciplina de prova ilícita e, a meu ver, isso é um grande defeito. Emprestamos uma teoria da prova ilícita do Direito norte-americano, especialmente em relação a alguns temas.

Por exemplo: o tema da contaminação da prova ilícita, temas de descontaminação de prova ilícita, importados do Direito norte-americano, porém, no Direito norte-americano, essas teorias são concebidas, em primeiro lugar, para a esfera processual penal, e, em segundo lugar, respeitando peculiaridades que são próprias daquele sistema e que nem sempre teriam uma correspondência exata no Direito Processual Brasileiro. E outros tantos temas em matéria de prova ilícita também mereceriam uma maior atenção nossa também. E, por fim, a ideia das chamadas regras de exclusão, que também é uma orientação

norte-americana. Nosso código trata de uma série de regras em relação a isso, que são aquelas hipóteses em que a pessoa não tem o dever de colaborar com o Judiciário. Não sou obrigado a produzir prova, por exemplo, em casos que impliquem uma violação de sigilo, que impliquem um prejuízo de ação penal contra mim, etc. Essas são as figuras das chamadas regras de exclusão. O Código é recheado de regras sobre esse tema. Também tivemos uma grande inovação sobre esse assunto no Código Civil. Ali há uma regra específica, art. 229, que vai ampliar essas regras de exclusão para hipóteses em que ninguém nunca vai precisar colaborar com o Poder Judiciário. Basta pensar que, segundo essa regra do Código Civil, a pessoa não é obrigada a colaborar, especificamente, de acordo com o que diz a regra, não é obrigada a depor sobre fatos que possam implicar prejuízo de dano patrimonial imediato ou de demanda, além de tantos outros casos que são mais comuns à legislação processual brasileira. Ora, quem é que, ao depor, apresentar um documento ou colaborar, de maneira geral, com o Poder Judiciário em matéria de instrução processual não corre um risco de se sujeitar a uma demanda porque não se exige que a demanda seja fundada, infundada, penal, civil, basta que haja um risco de essa pessoa se sujeitar a uma demanda, ou que não corra um risco, especialmente na condição de parte, de se sujeitar a um dano patrimonial imediato? A rigor, portanto, observada essa regra na sua literalidade, teríamos excluído praticamente a figura da confissão no Direito brasileiro. Portanto, esse é um tema que também precisa ser reapreciado, porque há uma deficiência do modelo processual civil brasileiro atual em razão dessas novidades que foram incorporadas pelo Código Civil. O novo Código de Processo Civil acaba enfrentando muito desses temas, e o faz, creio eu, na maioria das vezes, com regras muito interessantes, que procuram, de certa maneira, inovar no sistema processual e trazer alguma luz para problemas pontuais sérios que temos. Outros tantos temas ainda ficaram em aberto – alguns deles ficaram em aberto de maneira até sábia, porque seria muito complicada a previsão de certas disciplinas no novo Código de Processo Civil.

Em alguns temas talvez haja uma omissão que pode ser mais trabalhada e possa ter uma disciplina um pouco mais profunda a respeito deles. Começo, então, trabalhando com os senhores a respeito do tema do ônus da prova. Essa é a regra no código projetado – pelo menos na numeração atualmente ainda existente – a respeito do novo regime do ônus da prova. O Professor Leonardo já falou sobre isso de manhã.

A principal questão a ser pontuada é justamente o fato de que o Código se posiciona de maneira concreta a respeito da natureza da regra do ônus da prova. Na doutrina, há uma polêmica imensa sobre a natureza dessa regra: se é uma regra de julgamento que deve orientar o juiz no momento em que ele vai julgar o caso, portanto uma regra subsidiária a ser aplicada na hipótese em que o juiz esteja em dúvida de como deve entender um fato não provado – essa é uma visão; outra ideia é pensar a regra do ônus da prova como uma regra de procedimento, uma regra que orienta a conduta processual das partes para lhes dizer quem deve comprovar o quê no curso do processo - o autor deve comprovar o fato constituído, e o réu deve comprovar o fato extintivo, modificativo, impeditivo. Muito em razão da divergência sobre essa natureza é que surgiu, na jurisprudência brasileira, essa discussão, que acabou sendo consolidada depois no Superior Tribunal de Justiça, a respeito de qual seria o momento adequado para que o juiz pudesse determinar a inversão do ônus da prova – com base, por exemplo, na regra do Código de Defesa do Consumidor. Para aqueles que sustentavam que a regra do ônus da prova era uma regra de julgamento, uma regra que orientava o juiz em hipóteses em que os fatos não estivessem claros, como uma alternativa ao julgamento do *non liquet*, diziam que se essa é uma regra de julgamento que permite que o juiz julgue em situação de dúvida, é lógico que ela só incidirá quando o juiz for julgar a causa; para os outros que defendiam a ideia de que a regra do ônus da prova é uma regra de procedimento, portanto uma regra que orientaria a conduta processual das partes, seria óbvia a solução contrária: se a parte tem que saber como deve se comportar, é natural que primeiro o juiz avise a parte que o ônus da prova de tal fato é dela e, portanto, deve comprovar o fato, senão será prejudicado ao final. No âmbito do STJ, prevaleceu essa segunda orientação. Isso de fato se consolidou e essa foi a orientação também acolhida pelo projeto do Código de Processo Civil.

Na realidade, o projeto só consolida a orientação que já foi fixada no âmbito do Tribunal Superior e, portanto, algo que já havia sido trabalhada como pacificada na ótica da jurisprudência brasileira. Porém, eu gostaria de me posicionar em relação a esse problema, porque acho que dessa espécie de constatação extraímos uma série de outras conclusões que acho são até mais importantes do que pensar a questão da teoria do ônus da prova em si. Particularmente sou favorável àquela outra orientação e, de certa maneira, já revisitando uma palestra do Professor Antônio, sinto-me um hiperpublicista mesmo.

Acho que o papel do Estado, o papel da jurisdição tem de ir muito além da simples solução do conflito. Há outros escopos que são fundamentais e, portanto, sou extremamente partidário, defensor da ideia de um juiz ativo, sobretudo em matéria de produção de prova. Não concordo com essa perspectiva de que o papel do juiz na produção da prova é supletivo, subsidiário. Em minha opinião, o processo é feito para o Magistrado, e é ele quem deve ter a prerrogativa de determinar a produção de provas. As partes sabem o que aconteceu; quem não sabe o que aconteceu foi o juiz, e é ele quem deve saber o que está acontecendo no processo. Não falo isso para ganhar aplausos, para seguir o Professor Gajardoni, que já foi embora. Não, falo isso porque, de fato, é como sinto a realidade brasileira.

Acho que essa perspectiva dos acordos processuais, por exemplo - ninguém é capaz de negar a viabilidade de acordos processuais nos processos, até porque estaríamos negando a própria ideia da inversão do ônus de prova processual, que já é regra no Código brasileiro atual -, ou questões mais simples, como prorrogação de competência ou figuras semelhantes a isso. Ninguém dúvida que haja um espaço de liberdade para as partes no campo do processo, mas creio que há, sim, um alto grau - ou deveria haver, pelo menos - de comprometimento do Judiciário, do juiz, com essa solução feita no campo do processo. Essa é a premissa com a qual eu trabalho. Por isso, entendo que quem pensa ônus da prova a partir dessa visão precisa reexaminar o que nós temos feito. Digo nós para significar Professores de Direito Processual Civil e nós jurisprudência comum, a Justiça Comum. Muito porque vemos o ônus da prova como regra de procedimento, acabamos concluindo algumas coisas que são extraordinárias do ponto de vista do Direito Comparado, a exemplo do seguinte: é direito do advogado da parte não juntar no processo uma prova que seja contrária ao interesse do seu cliente. Para nós isso é algo extremamente comum e normal. Aliás, seria absurdo imaginar o contrário. Para nós também é absolutamente normal a ideia de que eu possa não apresentar uma prova até que o Juiz me peça para juntar a prova, o que aconteceria, por exemplo, num caso em que sou intimado, advertido de que o ônus da prova literal do fato é meu e, portanto, eu é que devo juntar a prova no processo.

Mas também é muito comum da nossa parte - é uma crítica, também, de certa maneira, à Magistratura -, pensar o seguinte: há Magistrados que pensam que se o advogado da parte não faz prova, se o advogado da outra parte também não faz

prova, o problema não é meu, vou julgar sem prova, paciência e azar de quem for prejudicado por causa disso. Isso sem pensarmos que estamos prejudicando uma parte em razão de uma conduta processual imputável ao advogado da parte, mas é um advogado da parte que, no mais das vezes, não corresponde a um advogado da qualidade do Professor Fredie Didier, ou de outros grandes processualistas que V. Ex.^{as} verão aqui. Esse advogado que esquece de juntar prova e vai prejudicar o seu cliente por uma prova não juntada no processo, no mais das vezes, é um advogado lá do final do mundo, que nem sabe direito como se faz a juntada de provas e junta o que der, do jeito que der, se der. Na realidade, acho que também é necessário que uma Magistratura ativa, dentre outros aspectos, em matéria de prova, também tenha a percepção de que precisa estar comprometida com o julgamento adequado do litígio. Precisa exercer os poderes probatórios que a lei mesma lhe confere e exercer isso com a finalidade que a lei mesma lhe dá, que é dar o julgamento mais justo para aquele caso concreto. É nesse sentido que acho que a visão que vê no ônus da prova uma regra de procedimento, ela é insuficiente para o Direito brasileiro. Talvez, se eu morasse na Alemanha, na França, até na Itália, que é péssima, mas até vá lá, eu defenderia outra coisa. Agora, para o Direito brasileiro ainda temos uma necessidade de um comprometimento muito grande do Magistrado em relação à solução dos litígios. Fixada essa premissa, é preciso fixar outra premissa, que é de caráter muito mais técnico. Estamos falando de ônus de prova; não estamos falando de dever de prova. São categorias diferentes, são categorias distintas. Falar em dever é falar em uma coisa; falar em ônus é falar em outra categoria, que demorou muito tempo para ser construída. Portanto, não dá para dizer que o ônus de prova significa dizer para as partes quem tem de provar o quê, porque significaria falar em dever de prova - e isso é outro assunto.

Aliás, é outro assunto que, no Código de Processo Civil brasileiro atual e também no projetado, é tratado por regras diferentes. Basta olhar, por exemplo, que o tema dos deveres em matéria de prova, no Código de Processo Civil atual, é regido por três regras básicas: os art.^s 339, 340 e 341 - que não têm nada a ver com o regime de ônus de prova. Por essas regras, o art. 339, que é o mais paradigmático, diz que ninguém se exime do dever de colaborar com o Judiciário na descoberta dos fatos. Ou seja, há um dever geral de cooperação, há um dever geral de colaboração com o Judiciário na descoberta dos fatos da causa. E esse dever não se impõe só para as partes. Esse dever se impõe para todos, para as partes, para o Ministério Público, quando intervém no processo, para os terceiros que participam do processo, para o Magistrado que participa do processo; enfim, para todos que

intervêm nesse processo. Logo, há um dever amplo e geral de cooperação, que só não vai incidir naqueles casos das chamadas regras de exclusão, que examinarei rapidamente com vocês um pouco adiante.

Logo, quem supõe a existência de um dever geral de colaboração, fixado como de fato está fixado no Código de Processo Civil, dificilmente tem como lidar com a ideia de ônus de prova como regra de procedimento. Por quê? Porque percebe se todos têm o dever de colaborar, não posso dizer que é o autor que tem que provar o fato “a”, e o réu que tem que provar o fato “b”, porque todos têm que provar o fato “a” e o fato “b”, se tiver condições de fazer prova daquele fato. Essa é a perspectiva que acho fundamental. O dever geral de colaboração, que é especificado nos artigos seguintes, 340 e 341, o primeiro para as partes, e o segundo para os terceiros, é um dever geral e amplo. Não é para a parte “a” em relação ao fato “a” e para a parte “b” em relação ao fato “b”. É por isso que acho – e isso não é uma opinião minha, mas uma opinião na doutrina internacional, já desenvolvida há muito tempo, dentre outros tantos autores, por exemplo, por Mauro Cappelletti – é uma perspectiva de que essa ideia de que o ônus da prova disciplina a conduta das partes é uma visão equivocada, é uma visão pelo menos insuficiente. O que disciplina a posição das partes é outra regra ou são outras regras, são essas que fixam esses deveres em matéria de prova. Isso nos coloca, acho eu, numa outra dimensão desse problema, que é alguma coisa que também, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça não viu, quando editou uma súmula, a Súmula n.º 372, que diz que, na ação de exibição de documento ou coisa, você não pode impor medida coercitiva para o sujeito, você tem que presumir contra ele verdadeiro o fato. É uma súmula tão ruim que nem observa os próprios precedentes do STJ. Quem vai olhar os precedentes citados para a edição dessa súmula, vai notar que a primeira decisão do STJ não diz isso, diz o contrário. Ele diz que, se for suficiente a aplicação da presunção de veracidade, é o que se deve fazer. Mas se não for suficiente, então, você não vai aplicar a presunção. E me parece que isso é o que está na base dessa percepção: se tenho um dever de colaboração, obviamente, a presunção de veracidade pode ser aplicável em certos casos em que ela seja útil, em que ela seja razoável; porém, em outros tantos casos, não é ela que deve ser aplicável. Se preciso daquela prova e você não quer colaborar, tenho que obter de você aquela prova por meios coercitivos, por meios de sub-rogação ou os meios que forem necessários.

Aliás, o Código de Processo Civil projetado prevê exatamente isso, tanto em relação à parte, como em relação a terceiro. E acho isso um avanço extraordinário em matéria de poder instrutório do juízo. Quer dizer, permitir e superar essa súmula, mostrar que o Juiz tem o dever de obter a prova quando aquilo for fundamental para a sua convicção. Obter a prova contra a parte ou contra o terceiro, inclusive pelo emprego de técnicas coercitivas e sub-rogorias, já acho algo extraordinariamente avançado. Mas é alguma coisa que sobretudo demonstra isso, que temos que diferenciar a ideia de um dever de prova e a ideia de um ônus de prova, a ideia de que não há direito nem da parte, nem do seu advogado de esconder prova no Processo Civil. Não há pelo menos hoje... Há uma regra no Código projetado que eu gostaria de examinar com vocês também de forma rápida, que acho até meio problemática em relação a isso, mas pelo menos hoje é certo de que não há. E, aliás, bem ao contrário. É também engraçado percebermos, por exemplo, o discurso que às vezes é comum na advocacia brasileira, de se apoiar na regra da Constituição para dizer que a advocacia é fundamental à administração da justiça quando isso interessa. Porém, quando não interessa, não é mais fundamental para a administração da justiça, mas fundamental para a defesa do meu cliente.

É impressionante isto: achamos absolutamente normal que o advogado oriente à parte a esconder documento, a esconder o que quer que seja, quando aquilo não lhe interessa para o seu ponto de vista. Isso é, segundo muita gente pensa, até um dever ético do advogado, quando, a rigor, observado sob a ótica de que a função da advocacia é uma função sobretudo ligada à administração da justiça, isso devia ser até uma excrescência, como é, aliás, uma excrescência em muitos outros países. Acho que perceber a visão do ônus da prova como regra de julgamento nos faz avançar e muito, porque nos faz perceber, sobretudo, a importância do dever de prova que foi obscurecida por essa outra visão em relação à função do ônus da prova. Acho que, apesar de o Código abraçar essa visão do ônus da prova como regra de procedimento, não impede que continuemos a perceber a função e a importância do dever de prova e aplicar as consequências daí advindas como, aliás, o projeto mesmo faz. Ainda em relação a essa questão do ônus da prova, eu teria de falar, obviamente, do problema da dinamização do ônus da prova, como foi previsto no projeto. Acho que também isso é uma inovação interessantíssima. Já era uma prática em certos campos, pelo menos, chancelada pela jurisprudência do STJ, que estendeu até o campo do art. 6.º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor para que seja aplicado em outros campos e que até

criou hipóteses de modificação do ônus da prova. A partir de princípios, por exemplo, em matéria de Direito Ambiental, no STJ, entende-se que, em Direito Ambiental, também funciona a regra da inversão do ônus da prova muito por conta do princípio da precaução que vigora em Direito Ambiental e em outros campos específicos. Agora, o projeto pretende que isso possa ser feito de maneira ampla para qualquer espécie de litígio, que é, sem dúvida, alguma coisa, acho eu, muito útil, muito interessante, sobretudo porque permite que você torne maleável uma regra rígida e, portanto, adaptável, adequada às circunstâncias de cada caso específico, de cada caso determinado. Fundamentalmente, o projeto do código aplica aqui uma orientação que já é de fora do Brasil, que é de trabalhar com essa dinamização a partir de dois critérios fundamentais, que são a dificuldade ou a facilidade na obtenção da prova e na produção da prova. Então, aquele que, em princípio, tem mais facilidade em produção da prova é quem deve aportar o próprio processo; aquele que tem mais dificuldade, em princípio, pode ficar desonerado desse dever probatório e, eventualmente, os ônus de prova decorrentes da não prova do fato podem ser aplicados em relação a essa conduta do sujeito no campo do processo. Só que o Código, como falei antes, sempre exige que você advirta primeiro as partes em que pode haver essa modificação do ônus de prova no curso do procedimento. Eu até diria que não tenho receio, ao contrário do que o Professor Leonardo dizia, não tenho receio desse problema da chamada surpresa da parte, porque não vejo que surpresa pode existir em aplicar uma regra que está prevista já na ordem jurídica.

Mas, em segundo lugar, porque se eu tinha uma prova e não a juntei no processo, que surpresa posso me dizer em razão disso? Se eu podia produzir uma prova, não produzi; se o Juiz podia determinar a produção da prova, não produziu. Quer dizer, todo mundo falhou em produzir a prova. Que surpresa posso dizer que houve em razão do tipo de julgamento que foi feito aí? Acho que, na realidade, houve, sim, uma falha de todo mundo na condução do processo. Porém, dificilmente posso dizer que há um problema de surpresa no tipo de julgamento que é dado. Em relação a essa regra do ônus de prova para ficar no tempo que me foi dado, eu ficaria nessa questão específica. Eu gostaria de falar com vocês, rapidamente, sobre o problema da prova ilícita, perdão, da prova indiciária, em matéria de ação inibitória. O Código prevê expressamente a possibilidade de uma ação preventiva como uma técnica adequada para muitos tipos de litígio e há muito tempo a doutrina vem colocando a importância da ação preventiva para muitos tipos de litígio.

Até devo fazer uma *mea culpa* nessa questão, porque já tínhamos previsto até um capítulo inteiro sobre uma ação preventiva para figurar dentre os procedimentos especiais do Código novo, mas, muito por conta de uma colocação que fiz na exposição que apresentei no Congresso Nacional, um deputado resolveu fazer um daqueles seus discursos demagógicos normais e isso acabou influenciando a retirada desse capítulo todo do Código de Processo Civil. Não obstante isso, por habilidade do Professor Fredie, conseguiu-se colocar uma regra que previa expressamente o cabimento da ação preventiva, mas, ainda assim, acho que a simples previsão disso ainda nos coloca num problema muito sério, que é justamente o oferecimento de um material necessário para que seja viável uma ação preventiva. E a ação preventiva precisa de muitas coisas além da previsão de uma tutela, de uma resposta que seja passível de uma coerção, que seja passível de emprego de meios capazes de influir na vontade da parte. Ela precisa, por exemplo, ter uma revisão do próprio sistema de efeito suspensivo de recurso, porque nenhuma tutela preventiva sobrevive a um modelo de recursos dotado de regra por efeito suspensivo. O juiz dá a ordem: “Não faça”. Você apela. Aquela apelação gera efeito suspensivo. Então, até julgando a apelação, você pode fazer. De fato, você matou a ação preventiva num caso como esse. E, sobretudo, precisa de um modelo adequado em matéria de prova. Por quê? Porque a ação preventiva parte de uma noção de noção de prova, que é diferente da noção de prova comum. Uma ação de prova comum se volta à demonstração de fatos que já aconteceram, e a ação preventiva tem por finalidade que não aconteça o fato que é temido. Logo, a lógica das provas em matéria de ação preventiva supõe toda uma outra dinâmica, ela supõe todo um outro modelo de pensar a prova, de raciocinar sobre a prova. Por isso, muitas vezes é complicado pensarmos nesse tipo de demanda. Basta pensar nos casos clássicos do Direito brasileiro: mandado de segurança preventivo, interesse proibitório, etc. A dificuldade que temos muitas vezes em manejar uma demanda dessa é justamente a dificuldade de matéria de prova. Daí por que talvez seja importante construirmos, pelo menos a partir da ideia da prova indiciária, um modelo de prova adequado às ações preventivas. Como já eu disse, o Código, ainda que não tenha propriamente investido numa regra sobre as provas indiciárias, ainda permite que se trabalhe com o regime tradicional, e gera uma grande vantagem para nós, que é uma revogação implícita dessa regra do Código atual de Processo Civil, que veda o emprego da prova só testemunhal em casos de contratos acima de determinado valor. Com a não repetição dessa regra no novo Código, essa regra do Código Civil, que é o art. 230 do Código Civil, fica sem ter parâmetro para ser atuado e, portanto, acabamos, pelo menos, conseguindo superar hoje

um obstáculo fundamental para essa questão. Para concluir, eu gostaria rapidamente de falar alguma coisa sobre essa questão dos deveres de prova e das regras de exclusão. Eu começaria então falando, repetindo essas regras que já existem no Código brasileiro. O código, ainda novo, repete a ideia de que há um dever geral de colaboração e, portanto, acho que não é possível confundir o dever de prova com a ideia do ônus da prova. Porém, há uma regra que me preocupa muito mesmo, a regra do art. 386 do Código projetado, que, mais ou menos, repete o art. 340 do Código atual, com uma ressalva, que é justamente essa parte introdutória. Diz lá: "Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte (...)". E há uma série de deveres imputados à parte. Porém, com uma primeira ressalva, que é a de que a parte não tem a obrigação de produzir prova contra si mesmo. Eu, honestamente, na interpretação literal desse dispositivo, acho que teremos um grande retrocesso. Ou seja, interpretada essa regra literalmente, haverá um grande retrocesso. Por quê? Porque o processo civil vive da produção de prova contra si.

Aliás, a principal prova que temos no processo civil é justamente uma prova que se produz contra si mesmo, que é a confissão. E o modelo - o Código trabalha ainda com o modelo da confissão - que trabalha com a ideia de confissão e, inclusive, com a ideia de confissão ficta, logicamente, não pode pensar em um direito que eu tenha de não produzir prova contra mim mesmo. Se a minha ausência no depoimento implica confissão ficta, se a minha recusa em depor implica confissão ficta, é porque eu não tenho um direito de não produzir prova contra mim. Tanto que - não tenho que -, ao não falar, há uma prova contra mim produzida aí. E mais: falei para os senhores que aquela ideia de que o projeto prevê a possibilidade de o juiz determinar a exibição de documento ou coisa, inclusive com emprego de medidas coercitivas e também inclusive contra a própria parte, obviamente, é uma ideia que vence essa previsão de que não tenho a obrigação de produzir prova contra mim. Na realidade, não sei se aí houve uma superafetação da ideia, da garantia contra a autoincriminação, uma ideia que, por exemplo, é defendida hoje por alguns autores argentinos, que, de fato, haveria um direito civil de não produzir prova contra si mesmo ou se, na realidade, houve só um problema de redação e a ideia é simplesmente permitir a remissão aos casos de regras de exclusão dizendo que, ressalvados os casos em que aqui a lei mesma vai deixar você não produzir prova contra si, você tem sim o dever geral de colaboração. E interpretada dessa última forma, creio que não haverá problema algum. Na realidade, é o que temos hoje no Direito brasileiro. Há casos em que não sou obrigado a colaborar com o

Judiciário, quando houver risco de ação penal contra mim, quando houver problema de violação do dever de honra, quando houver a violação de sigilo. Estou citando os casos que já estão previstos. Ressalvados esses casos, o senhor tem, sim, o dever de colaborar. Interpretada essa regra dessa maneira, acho que o sistema está perfeito. Aliás, é um grande avanço em relação ao modelo criado pelo Código Civil. Porém, suposto um dever geral de não colaborar ou de não produzir prova contra si é que vejo uma grande deficiência de o sistema brasileiro projetar, até porque isso praticamente vai inviabilizar grande parcela das provas que se pretende produzir no Processo Civil. A meu ver, um modelo que trabalha com provas e, sobretudo, supõe nos seus primeiros artigos a colaboração das partes no processo não pode se dar ao luxo de se colocar à parte como alguma coisa que está ao lado de um sistema de cooperação, pelo menos em matéria de prova.

Eu teria outros tantos temas para examinar com os senhores, mas não vou cansá-los mais do que o necessário.

Já que o Ministro Dalazen permitiu, vou falar rapidamente sobre o tema da prova ilícita. O problema da prova ilícita é também uma questão que não foi enfrentada pelo código novo. Acho até que não foi enfrentado em grande medida, com uma certa sabedoria, porque é um tema extremamente espinhoso e que, no mais das vezes, coloca dificuldades no campo constitucional mais do que no campo infraconstitucional. É um tema que exige de nós, processualistas, uma reflexão imediata. Por quê? No campo processual civil, o que temos hoje de doutrina processual em matéria de prova ilícita é simplesmente uma importação da doutrina internacional de processo penal. Só que o processo penal trabalha com outros tipos de garantia, trabalha com uma outra lógica, trabalha com uma outra estrutura, o que acaba gerando para nós situações que são claramente insuficientes e inadequadas. Dou um exemplo típico, em minha opinião, pelo menos: para o Direito brasileiro, muitas vezes, constitui prova ilícita aquela obtida sem a prévia comunicação para a outra parte de que você a está praticando. Por exemplo: gravo uma conversa telefônica e não comunico antes que estou gravando. Para muitos julgados, isso é uma prova ilícita. Pergunto: por que é uma prova ilícita? Por violação a que essa é uma prova ilícita? Para se pensar na prova ilícita, em primeiro lugar, é preciso saber o que isso significa. É uma discussão clássica no Direito Internacional, mas, sobretudo, fixou-se a compreensão de que não podemos confundir violações que ocorrem a regras processuais e violações que ocorrem a regras de direito

material. As violações que ocorrem a regras de Direito Processual na coleta de prova não geram problemas de prova ilícita. Se, por exemplo, a lei me diz que não posso juntar documento em tal tipo de processo, e junto, isso não é prova ilícita, isso é uma prova eventualmente proibida, isso é uma prova eventualmente ilegítima, mas, ilícita, ela não é. Então, a violação a uma regra processual não implica necessariamente uma prova ilícita. Agora, a violação a regras de direito material é que, realmente, entra no campo das provas ilícitas, e a doutrina então vai construir quais são as regras de direito material que põem problema, põem dificuldade em tema de prova ilícita. Aqui, arrolei para os senhores as principais hipóteses de regras, de conceitos de direito material que nos colocam problemas de prova ilícita. Em primeiro lugar, o direito à integridade física e mental. Aqui entra a questão, por exemplo, da tortura. Logicamente, obter uma prova mediante tortura, é prova ilícita. O problema da proteção à intimidade, o problema da preservação do segredo, dos sigilos de forma geral e, em especial, da comunicação e da inviolabilidade do próprio domicílio. Se os senhores perceberem, as quatro hipóteses são de garantias fundamentais constitucionais do art. 5.º, incisos X e seguintes da Constituição. Portanto, pensar prova ilícita no direito brasileiro, no mais das vezes, implica um problema de Direito Constitucional, importa discussões do âmbito constitucional, desde a definição do que sejam esses conceitos - intimidade e tal - até questões como, por exemplo, eventual ponderação entre um direito e outro. O Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que chegou a dizer, em determinado julgado, que não cabia ponderação de prova ilícita, num caso específico, normalmente faz o contrário: entende que sim, que são ponderáveis esses direitos; e, eventualmente, uma prova que, em princípio, pareceria ilícita, pode ser admitida como viável, como válida num determinado tipo de processo. Isso é muito comum, aliás, para nós da Justiça Civil Comum, em matéria de improbidade administrativa. Não é anormal que se determine quebra de sigilo telefônico para fins de improbidade administrativa, ainda que o texto constitucional só a autorize para fins criminais. Isso foi chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal como alguma coisa razoável, até em razão da magnitude do tipo de interesse aí discutido. Quando se discute esse tipo de tema, no mais das vezes, refere-se a questões e problemas constitucionais. E entra uma série de discussões, a exemplo do problema da extensão que se dá à intimidade, e acho que esse é um problema próprio da Justiça do Trabalho, porque há várias hipóteses na literatura em que se discute se é ou não viável instalar uma câmera no lugar de trabalho, no banheiro do lugar de trabalho, não sei onde no local do trabalho e, depois, usar isso como prova. Não poderá usar como prova no

processo. Até discussões que vão determinar, por exemplo, no campo doutrinário pelo menos, se é ou não viável fazer revista em um empregado quando ele sai do seu local de trabalho. Enfim, são questões que envolvem o conceito de intimidade, a extensão do campo de intimidade, e as restrições que se possam colocar, eventualmente, à intimidade. Logicamente, o contraste que isso pode implicar em termos de outro tipo de interesse que é o de acesso à Justiça e de proteção de algum outro valor fundamental, etc. Quando penso naquela hipótese de que falei há pouco do problema de eu não comunicar ao interessado que estou gravando nossa conversa, que violação de direito occasionei em razão disso? Em minha opinião, nenhum; portanto, não há nenhuma ilicitude em eu gravar uma conversa sem comunicar que estou fazendo isso. Porém, no âmbito do STJ, muito porque que se tomou por empréstimo uma doutrina do Direito português, em que há uma regra de fato contra a não surpresa em matéria de prova, acabamos aplicando para cá um entendimento que não tem fundamento nenhum – acho eu – no Direito brasileiro. Considero que nosso problema de fato é este: temos uma doutrina de matéria de prova ilícita que é emprestada da doutrina estrangeira, e mais formada, sobretudo, até a década de 70. Por exemplo, quem olha o Direito norte-americano de hoje em dia verifica que até mesmo a Suprema Corte norte-americana vem relativizando a própria ideia da prova ilícita. A ideia de que, por exemplo, em um caso que foi julgado até recentemente na Suprema Corte americana, em que houve a invasão da polícia e a colheita de prova sem mandato judicial, o que, em princípio, violaria as clássicas garantias de Miranda no processo penal norte-americano, e a Suprema Corte chancelou aquilo dizendo que valia. Por quê? Porque houve outras garantias, especificamente gravação de imprensa e tal, que permitiu aferir que foi feito isso de maneira lúdica, que não houve nenhum tipo de abuso ou de excesso da polícia. E essas garantias de Miranda se voltavam a evitar excessos da polícia, quando isso era necessário. Essa é uma questão vivamente discutida hoje em dia na jurisprudência norte-americana. Nem passamos perto desse tipo de discussão. Para nós, esse modelo é rígido porque é inspirado numa doutrina já antiga do Direito norte-americano. Do mesmo modo, muitas hipóteses de abrandamento da tese que eles têm de contaminação de prova ilícita, dos chamados frutos da árvore envenenada, aplicam com muita naturalidade, e não sabemos, ainda hoje, trabalhar com essas hipóteses como a teoria da prova relativamente independente, a teoria da prova obtida por meio autônomo e uma série de outros mecanismos que eles têm empregado comumente como técnicas para abrandar o excesso dessa contaminação da prova ilícita que, como repito para os senhores, no Direito norte-americano é exclusivo do campo processual penal. Aqui, ainda hoje, sequer sabemos que existe e sequer conseguimos aplicar.

Acho fundamental, em primeiro lugar, que tenhamos uma disciplina própria de processo civil, voltada aos princípios e às necessidades do processo civil em matéria de prova ilícita, e que se divorcie, ou pelo menos se filtre, essas experiências estrangeiras naquilo que são normalmente incompatíveis com o Direito brasileiro. Peço redobradas desculpas pelo excesso que cometi e fico à disposição dos senhores para qualquer dúvida ou comentário.

Muito obrigado.

“A Força dos Precedentes Judiciais no Estado Federativo”¹⁰

Nelson Nery Junior

Bom dia a todos. Quero dizer da minha honra e da minha alegria em estar, hoje, neste recinto do Tribunal Superior do Trabalho, neste evento patrocinado pela Enamat - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho -, na discussão desse tema, muito caro a todos nós, que é o novo Código de Processo Civil - ele está projetado e provavelmente será votado até o fim do ano, no Senado da República - e as suas repercussões dentro do processo do trabalho. Agradeço ao Ministro João Oreste Dalazen, que é o nosso Diretor, pelo convite que me foi feito, e por estar, aqui, representando os organizadores de todo esse evento. Cumprimento os organizadores. Vejo, diante de mim, os Professores Fredie Didier e Daniel Francisco Mitidiero, meu colega do Paraná, que falará depois de mim. Cumprimento os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, os Desembargadores dos Tribunais Regionais do Trabalho e os Juízes do Trabalho, que estão no auditório, de todas as regiões do País, praticamente, e os Servidores, que nos veem no prédio anexo. Desejo dizer que estamos muito felizes em poder discutir os assuntos do processo civil e as suas repercussões no processo do trabalho.

Evidentemente não quero cair num pormenor muito delicado, que é o de tentar civilizar o processo do trabalho. Digo civilizar no sentido de tornar refém do processo civil. Quem falava muito nisso era o Professor Antônio Catharino, baiano, de todos conhecido. Ele falava: “Vocês, processualistas civis, querem aqui civilizar o processo do trabalho. Deixem-nos com a nossa peculiaridade”. O Professor Catharino era muito interessante nesse aspecto. Ele falava gracejando, mas sério. Por isso a advertência de que não quero transformá-los em processualistas civis, nem tentar cair nessa área, que é meio complicada. De toda maneira, aquele artigo da CLT que diz que se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil ao processo do trabalho, com as novas leis que estão surgindo do processo do trabalho, está um pouco à parte. Já não há assim tanta repercussão dentro do processo do trabalho, principalmente por conta da Lei n.º 13.015/14, que tratará das questões dos repetitivos no recurso de revista e assim por diante, que é da iniciativa, que sabemos bem, de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho.

¹⁰ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 16 de setembro de 2014, às 9h. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

A nossa tarefa é falar aos senhores sobre a força dos precedentes judiciais no Estado federativo. T

em havido uma discussão muito séria no Brasil - de uns tempos para cá, ela se acentuou -, no sentido de minimizar os impactos do volume dos processos no País naquilo que se refere aos recursos. Não é só com relação às ações judiciais, mas, principalmente, com relação aos recursos. Essa é a razão pela qual se discutiu muito na reforma do Judiciário, que culminou com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que trouxe, por exemplo, a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, a súmula vinculante apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e não nos demais Tribunais Superiores, como TST e STJ. Esses foram os mecanismos para tentar equacionar o volume exagerado de recursos que existe nos Tribunais Superiores principalmente.

Esse é um problema que não é só brasileiro. É também um problema mundial, mas o Brasil é recordista indiscutível e está muito na frente do segundo colocado em matéria de número de demandas que tramitam no Poder Judiciário. O Brasil tem hoje, aproximadamente, segundo estatísticas do CNJ, cem milhões de ações tramitando em todos os níveis do Poder Judiciário, evidentemente, no foro brasileiro. São cem milhões. Somos duzentos milhões de habitantes. É uma ação para cada dois habitantes. É muita coisa. Somos um país litigioso, vamos dizer assim. Todos querem litigar. Estamos procurando agora minimizar os efeitos desta litigiosidade exagerada com reformas processuais, tanto na Constituição, como a que ocorreu há dez anos com a Emenda n.º 45, como nas que vieram depois em leis ordinárias. Agora, é uma lei ordinária especial, que é o Código de Processo Civil, que está sendo examinado, agora em última instância, pelo Senado da República.

Como o projeto é originário do Senado, lá ele já foi aprovado. Seguiu para a Câmara, que também o aprovou. Ele voltou com emendas ao Senado. Hoje, ele está no Senado para apreciação das emendas da Câmara dos Deputados. É isso que será votado, segundo algumas projeções, até o final do ano. Se, no final do ano, o Senado votar o projeto da Câmara, teremos no começo do ano um novo Código de Processo Civil. Está previsto um tempo de *vacatio legis* de um ano. Teremos um código, se aprovado. Teremos ainda mais um ano para entrar em vigor, tempo - não sei se suficiente - razoável para que

possamos estudar um pouco o novo texto, meditar sobre ele, para que depois, então, ele entre em vigor já com toda a sua eficácia.

Eu falava aos senhores sobre o número exagerado de processos justamente para dizer o seguinte que são necessários filtros da nossa sistemática processual para que sejam admitidos recursos para os Tribunais Superiores. Em todos os países do mundo ocidental, onde há um número exagerado de processos, existem filtros sim. Desse modo, só chega à Corte Superior, seja ordinária ou especial, aquele processo que realmente merece chegar lá.

O Brasil passou por um momento de redemocratização, quando veio a Constituição de 1988. O STJ, quando criado, não fez esses filtros. Hoje ele admite isso e faz o *mea culpa*, dizendo que não fizeram os filtros e não adotaram, por exemplo, a Súmula n.º 400, da jurisprudência simples do Supremo Tribunal Federal, que existiu e ficou anacrônica. Essa súmula diz não caber recurso extraordinário quando, ao problema questionado, tiver sido dada uma interpretação razoável ao texto da lei. Se o Tribunal deu uma interpretação razoável, não caberia o recurso. Seria um filtro importantíssimo que o STJ poderia ter adotado, logo no começo da sua existência.

Criado em 1988 com a Constituição e instalado no final de 1989, o STJ já começou a decidir que não se aplicava a Súmula n.º 400, da interpretação razoável aos recursos especiais. Alguns Ministros, por exemplo, o Ministro Sálvio de Figueiredo, já falecido, de saudosa memória, importantíssimo personagem do Poder Judiciário brasileiro, que presidiu a Escola Nacional da Magistratura por muito tempo e trabalhou duramente pela magistratura do Brasil, no começo, ele dizia: “Não temos processo. Precisamos ter processo”. “Então, não vamos fazer essa coisa de filtro da Súmula n.º 400, vamos deixar os processos subirem”. Aí se formou uma jurisprudência no STJ da qual hoje os Ministros se ressentem um pouco e acham que poderiam ter feito o filtro lá atrás, adotado aquele filtro no Supremo Tribunal Federal.

É também importante trazer aos senhores um pouco de história recente da jurisdição ordinária, e não da trabalhista. Os senhores veem também que é necessário recuperar um pouco dessa memória para que tenhamos presente o que seriam essas situações de filtros, que não foram adotados pelos tribunais, mas que poderiam ter sido, e

talvez hoje tivéssemos o problema um pouco diminuído na sua magnitude, porque, atualmente, o problema está bastante acentuado, bastante grave.

Não obstante isso, eu falava da litigiosidade no Brasil e continuamos a entender que o Brasil é sim um país de peculiaridades bastante específicas e de grande litigiosidade. A causa de tudo isso é complexa, formada por elementos culturais, econômicos, educativos, de mentalidade mesmo, mas o principal é o aspecto cultural. Temos uma cultura demandista no Brasil. O governo não cumpre o pacto social, descumpra a Constituição e as leis, fazendo com que aumente o número de demandas contra ele em todos os seus níveis: federal, distrital, estadual e municipal, seja da administração direta ou indireta. Então, os maiores clientes, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal são entidades do governo em todos os seus níveis, seja o governo como autor, seja como réu. Normalmente, como réu.

Para citar um exemplo, Porto Alegre, uma capital importante do país, tem doze Varas da Fazenda Pública. Das doze, onze são destinadas a ações que particulares movem contra o poder público. Quer dizer, é só uma Vara onde o poder público move ação contra os particulares, normalmente, de execução fiscal. Isso é para os senhores terem uma dimensão do que estou dizendo em matéria de descumprimento do pacto social. Nós temos um desvirtuamento do que seria a Justiça Federal no País.

Por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde existe Justiça Federal, sim, apartada da Justiça Estadual, lá, o que importa é a matéria; aqui, o que determina a competência da Justiça Federal é a pessoa jurídica de direito público. Vejam que já muda a perspectiva completamente. Lá eles julgam a matéria federal independentemente de o órgão ser ou não uma entidade federal. Eles julgam o tema. E não há proteção do Poder Público nos Estados Unidos. Pelo menos, essa é a grande maioria dos casos em que são submetidos lá ao exame da Justiça Federal americana. No Brasil, isso dito não por mim, mas é uma estatística da Ordem dos Advogados do Brasil em que a Justiça Federal é protetiva do Poder Público. Protetiva na medida em que isso for inteligível num ou noutro sentido, e passar a mão na cabeça do Poder Público quando ele faz coisa errada, senão, ao final, quem vai pagar somos nós, cidadãos, contribuintes, porque o patrimônio público é nosso. Então, se condenarem a União, por exemplo, a fazer pagamentos, quem vai pagar, no final das contas, somos nós.

É um raciocínio tosco, com o perdão da expressão, *data maxima venia*. Assim, temos de fazer o que a Constituição manda fazer, e não administrar o País. Se a Constituição manda fazer determinada coisa, ela tem de ser feita. Se isso vai criar um problema, então, que se puna o administrador ímprobo, se houver improbidade administrativa, ou que se puna nas urnas o administrador incompetente, aquele que não soube atuar com eficiência administrativa, mas não desvirtuar a aplicação e o entendimento da Constituição Federal do país e das leis também. Mas isso é uma outra história.

Eu estava dizendo aos senhores que o problema é cultural. Temos um problema cultural que dele decorrem as ações judiciais que estão no foro brasileiro. O problema é complexo, reconheço, não é simples. Estamos discutindo agora nos estertores da aprovação do Código de Processo Civil os problemas do efeito. Dessa causa do problema cultural é que decorrem efeitos: número exagerado de processos. Então, combatem-se os efeitos com o novo Código de Processo Civil em outros mecanismos de filtro da jurisprudência, etc., mas não a causa.

Quero dizer que o nosso problema não é de lei, mas de cultura, de mentalidade. Se tivéssemos uma lei pouca, pequena, baixa, alta, isso não importa, e tivéssemos uma aplicação adequada e correta dessa lei, talvez não estivéssemos aqui discutindo o novo Código de Processo Civil. Vou dar um exemplo: existe um artigo no Código de Processo Civil italiano, art. 700. É redondo. Por isso, é fácil guardar o número. É o artigo que trata dos provimentos de urgência, que seriam as nossas cautelares, que têm todo um livro hoje no CPC, o livro terceiro. Livro específico sobre o processo cautelar e não tem a eficácia que tem no Código de Processo Civil italiano. Temos agora projeção no novo Código das tutelas de urgência, que seria o gênero, e constariam em espécies as tutelas cautelares e satisfativas, com vários dispositivos tratando dessa matéria também. Na Itália, há um artigo, curto, e dali se extrai uma eficácia absurda do processo civil italiano quanto aos provimentos de urgência. No Brasil, nós temos um livro do CPC, e não existe a eficácia que há no Direito italiano.

Então, digo que o problema não é de lei, mas de aplicação da lei ou de cultura para que os processos não cheguem a esse número exagerado e que as lides sejam resolvidas por “n” meios, e o judicial é apenas um deles. Com tudo isso, nós vamos bater agora na questão do precedente judicial. O que significa esse precedente judicial? O que é

ele? O que seria a súmula? O que é súmula vinculante? O que é uniformização da jurisprudência? Ou seja, questões que dizem respeito à produção da atividade jurisdicional e o que ela implica no regime federativo, como resvala dos demais órgãos que exercem o poder, como o Executivo e o Legislativo, qual é o papel do Poder Judiciário na Federação quando produz a sua atividade jurisdicional.

Esse é o grande desafio que temos com o novo Código de Processo Civil, que começou com o problema da súmula vinculante do art. 103-A, da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, pelo regime tradicional da separação do exercício do poder, porque o poder é um só.

Normalmente, fala-se: Poder Judiciário, Executivo e Legislativo para efeito didático e até de conformação de estrutura de Estado, mas, na verdade, o poder é um e ele é exercido com repartição. Quem produz as leis é o Poder Legislativo, como atividade básica e primária dele, não exclusiva. Quem administra é o Poder Executivo. É atividade primária e exclusiva dele, e quem decide é o Poder Judiciário. Também é uma atividade primária e também não é exclusiva, porque o Senado, às vezes, julga o Presidente da República em crimes de responsabilidade, pratica atividade jurisdicional e assim por diante. As atividades típicas dos três poderes são essas: administração pelo Executivo, legislação pelo Legislativo e decisão pelo Poder Judiciário.

De quando em quando, um outro poder se imiscui um pouco nas tarefas destinadas ao outro, mas sempre com autorização constitucional. É importante que isso seja dito. Decisão judicial praticada por outro poder só com autorização constitucional. O Senado pode julgar o Presidente da República em crime de responsabilidade. Está julgando a ação penal? Perfeitamente. Ele tem autorização, está no art. 52 da Constituição. O Senado tem autorização constitucional para praticar atividade jurisdicional. O Presidente da República pode legislar por intermédio de medida provisória? Existe autorização constitucional, com as limitações expostas em Texto Maior, mas o Presidente pode exercer tarefa afeta a outro Poder, desde que autorizado pela Constituição. O Judiciário pode legislar? Não é tarefa dele, mas existe um artigo na Constituição que autoriza o Supremo a emitir súmula vinculante que, a meu ver, tem sim função legislativa. Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, a meu ver, tem caráter geral e abstrato, aplica-se a tudo e a todos. Desse modo, sendo a súmula de caráter geral e abstrato, ela se equipara à função legislativa.

Então, penso que o Supremo pode legislar por intermédio de súmula vinculante. Essa é a autorização que a Constituição lhe dá, com aquelas limitações “x” ou “y”. Como é uma lei a súmula vinculante, ela pode sofrer controle de constitucionalidade como qualquer outra lei. Uma lei aprovada pelo Parlamento – quinhentos e tantos parlamentares -, ainda que tenha passado por Comissão de Constituição e Justiça, ainda que tenha passado pelo crivo presidencial do veto por inconstitucionalidade, por exemplo, aprovada a lei, sancionada e já em vigor essa lei, aprovada pelo Parlamento, qualquer juiz do País pode fazer o controle concreto de constitucionalidade dessa lei e deixar de aplicá-la, por entendê-la inconstitucional.

Por que uma lei aprovada pelo Supremo Tribunal Federal também não poderia sofrer o mesmo controle? Então, parece até um pouco estranho falar isso, mas é absolutamente legítimo, é constitucional isso que estou dizendo aos senhores: um juiz, diante de uma súmula vinculante, ao interpretá-la, poder entender que ali há uma inconstitucionalidade, deixar de aplicá-la e justificar, dizendo que deixa de aplicar tal súmula, por entendê-la inconstitucional por essa, essa e aquela razão – fazer esse controle de constitucionalidade, dado o caráter geral e abstrato de que se reveste a súmula vinculante.

Portanto, ela tem equiparação à lei, para todos os efeitos. Exemplos de súmulas do Supremo inconstitucionais há vários. Se quiserem, posso dar alguns. Por exemplo: Súmula n.º 3 ou n.º 5 – é um dos dois números, não me recordo agora –, que diz que há contraditório no processo administrativo do Tribunal de Contas. Sim. O Supremo coloca uma vírgula e continua: salvo na “apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

Espere um pouco. A Constituição diz, com todas as letras, no art. 5.º, inciso LV, que se dará contraditório nos processos administrativo ou judicial. É garantia fundamental. Como vou diminuir uma garantia constitucional por interpretação? Não é possível. A hermenêutica constitucional diz que você tem de interpretar ampliativamente um direito fundamental. Os demais dispositivos da Constituição devem ser interpretados restritivamente - são regras básicas da hermenêutica -, mas nunca um direito fundamental, que se interpreta *ad amplianda*, nunca, *ad restringenda*. Mas o Supremo fez isso na súmula do Tribunal de Contas, de modo que é inconstitucional.

Há outro exemplo, em que se diz que, no processo sancionador administrativo, ou seja, para se impor penalidade a funcionário público, não é nulo esse processo se não tiver sido dado o advogado com defesa técnica ao réu desse processo administrativo. A Constituição diz que o contraditório e a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes, serão dados ao litigante no processo judicial e administrativo. Instauro um processo administrativo e não dou ampla defesa ao litigante, dou defesa. Se não tiver uma defesa técnica daquele advogado, o réu do processo administrativo não tem ampla defesa. Ele terá tido, no máximo, uma defesa. Ele não sabe o que é uma portaria inepta de processo administrativo, ele não sabe o que é prescrição da pretensão punitiva-administrativa do Estado. Então, se não tiver advogado, ele não terá tido uma ampla defesa. Poderá até ter tido defesa, mas ampla, nunca. De modo que essa súmula, a meu ver, é absolutamente inconstitucional, mas ela foi editada em um momento em que havia quase um milhão de processos no Brasil, por nulidade.

Todas as instâncias, prefeituras, e governadores de todo o Brasil foram ao Supremo Tribunal Federal dizendo que se não se interpretasse aquela matéria como válidos os processos. Todos estavam pedindo reintegração nos cargos, com atrasos. Isso é impagável, essa conta não se paga no Brasil. Então, mais uma vez, é o Supremo administrando o País, e não julgando de acordo com a Constituição.

Digo que a Constituição diz o que ela não diz, desrespeito a Constituição, emito uma súmula vinculante e *tollitur quaestio*. Não se fala mais nisso. *Data venia*, isto não é federativo, ou, como se costumava dizer há bem pouco tempo, isto não é republicano: decidir contra a Constituição Federal. E a súmula da algema? Foi editada e todos a aplaudiram, no seu mérito. Muito bem, mas não cumpria os requisitos constitucionais. Não há nenhuma decisão do Supremo anterior a ela que justificasse a edição de uma súmula vinculante. A Constituição Federal diz que o Supremo, depois de reiteradas decisões sobre uma mesma matéria – reiteradas. Tem de haver mais de uma, pelo menos, duas; na terceira é que ele tem de tomar essa medida, no mínimo. A da algema foi a primeira que chegou ao Supremo; não havia nenhuma decisão anterior a respeito disso. Então, ele emite uma súmula vinculante, porque estava no calor de alguns procedimentos da Polícia Federal, abusivos, ilegais, e precisava ser tomada uma providência mais firme e mais expedita, e o Supremo resolveu fazê-lo por intermédio de uma súmula vinculante. Todo mundo aplaudiu, porque, no

mérito, ela realmente é importante, séria e correta, mas padece dessa inconstitucionalidade, porque não houve nenhuma decisão anterior, porque não cumpriu os requisitos constitucionais.

Enfim, o juiz pode descumprir uma súmula vinculante?

Perfeitamente, desde que justifique que ela é inconstitucional e faça o controle concreto. Podemos transportar isso para o sistema que vai ser implementado pelo Código de Processo Civil?

Então, agora vamos discutir com os senhores o que é a súmula. O TST emite vários enunciados; súmula é o conjunto. Normalmente, usamos de uma sinédoque ou de uma metonímia ao falarmos súmula número tal. Na verdade, é o enunciado número tal da súmula; súmula é uma só, tem de ser usada no singular essa expressão. É o conjunto da jurisprudência predominante em determinado tribunal; isso é a súmula, no singular. Ela é editada por intermédio de enunciados, que são enumerados, numeração crescente, normalmente. Essa súmula pode ser editada no tribunal, por intermédio de provocação dos próprios integrantes do tribunal, como também por intermédio de um instituto que, no Processo Civil, se denomina uniformização da jurisprudência. Falava agora há pouco com o Ministro Dalazen, antes de começar a exposição, e S. Ex.^a me disse que existe uma lei dos anos 70, que até previa, no processo do trabalho, uma uniformização de jurisprudência, não é, Ministro?

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen - A Lei n.º 5.584/70.

O Sr. Professor Nelson Nery Junior – A Lei n.º 5.584/70 previa a uniformização de jurisprudência no processo do trabalho, mas os Tribunais Regionais não tinham e não têm o costume de editar, fazer a uniformização da sua própria jurisprudência. O Código de Processo Civil vigente já prevê, no seu art. 476, o incidente de uniformização da jurisprudência. Então, a súmula também pode se originar do incidente de uniformização da jurisprudência. O Tribunal pode uniformizar. Normalmente os Tribunais de Justiça dos Estados, na Justiça Comum, uniformizam a sua jurisprudência, mas, dificilmente, emitem súmula, porque o ideal seria que, ao uniformizar a sua jurisprudência, o Tribunal já editasse um enunciado da sua súmula, e não apenas uniformizasse a jurisprudência para ficar jogada

em um canto, sem uma sistematização. Mas isso também não tem ocorrido na Justiça dos Estados, muito embora haja Tribunais que editem costumeiramente enunciados para formação da sua súmula.

O fato é que súmula pode ser originária, portanto, de um procedimento dentro do Tribunal criado pela própria Corte, pelos seus Ministros ou Desembargadores, quando do exame de um recurso ou de uma ação de competência originária, como pode também se originar de um incidente de uniformização de jurisprudência. Ele pode ser provocado tanto por um Magistrado, como pelo Ministério Público, ou mesmo pelo advogado, pela parte.

Um incidente de uniformização pode ser suscitado pela parte. Então, súmula é isso. O que o sistema do *Civil Law*, do Direito originário do Direito romano, ao qual o nosso é filiado - o Direito brasileiro é da família do *Civil Law*, e não do *Common Law*, do Direito Comum em inglês, anglo-saxônico. Adotamos a sistemática de o Tribunal, o Poder Judiciário, julgar as matérias que lhe são afetas e não temos uma sistemática como existe no Direito anglo-saxônico, que é completamente diferente da nossa. Costuma-se dizer – O Dr. Daniel Mitidiero falará daqui a pouco aos senhores com relação às Cortes Constitucionais e, talvez, ele toque nesse assunto. Existe nos países do *Common Law* uma sistemática diferente, porque nesses países os juízes são eleitos pelo povo, começamos daí. É uma sistemática de recrutamento de Magistrados que é completamente diferente da nossa. Magistrados do Ministério Público e da Magistratura mesmo são recrutados por forma de eleição. No Brasil, fazemos concurso público. Quer dizer, cada país tem a sua sistemática de recrutamento de juízes. No Brasil, temos essa. Aqui no Brasil, o juiz decide; ele não edita textos normativos com força vinculante, com força de lei.

No *Common Law*, há vinculação das decisões dos precedentes? É muito complexo o sistema do *Common Law* em matéria de precedentes. O que chamamos de precedente aqui, na verdade, é decisão judicial já julgada. Aqui chamamos de precedente. No Direito anglo-saxônico, precedente não é isso; precedente tem outra conotação. O que é precedente não é a Corte que diz, é o juiz seguinte. O juiz, depois de cinco, dez ou cem anos é que vai dizer o que é precedente. E dentro de uma decisão judicial, no sistema anglo-saxônico, o que é precedente naquela decisão também é o juiz futuro que vai dizer. Às vezes,

ele pega um *obiter dicta*, ou *obiter dictum*, no singular, qualquer coisa dentro daquela decisão judicial e diz: “Aqui há o precedente”.

O famoso caso *Marbury x Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana, há duzentos anos aproximadamente, ficou famoso como o que deu início ao *Judicial Review*, ao controle de constitucionalidade das leis no Direito norte-americano. Na verdade, o caso era da posse de um deputado. Estava em discussão se aquele deputado iria tomar posse ou não no Congresso Nacional. Não tinha nada a ver com o exame de constitucionalidade de lei. Então, isso era uma fundamentação lá dentro, uma consideração lateral dentro de um acórdão da Suprema Corte Americana, e aquilo é que virou precedente, e não se o deputado iria tomar posse ou não e quais seriam as razões.

Vejam: não foi o dispositivo que fez o precedente; o que fez o precedente foi a fundamentação, um aspecto de menor importância. Quem disse que aquilo é precedente? Cento e trinta anos depois, um juiz futuro, americano, usou aquilo e disse: “Existe algo que usarei agora como precedente e julgarei essa matéria nesse sentido”. Ele fixou o que era precedente em uma decisão da Suprema Corte cento e trinta anos depois. Aqui no Brasil, chamamos de precedente ou de súmula com efeito vinculante aquilo que o Tribunal diz que é, e ele determina que aquilo é precedente e vincula. Quer dizer, não tem nada a ver com o Direito anglo-saxônico, vamos deixar isso bem claro. Não tem nada a ver o nosso sistema de precedentes “à brasileira”, chamemos assim, ou estamos “tropicalizando” o sistema de precedentes norte-americano, anglo-saxônico, para o Brasil.

Às vezes, vemos colegas falando ou algum escrito aqui ou acolá dizendo assim: “Estamos ‘commonlawrizando’ o País”. Quer dizer, estamos fazendo com que o Brasil vire um misto de *Common Law* com *Civil Law*. Isso não é verdadeiro. O *Common Law* é outra coisa completamente diferente, e lá precedente não vincula. A força vinculante é do argumento da decisão judicial, e não da caneta por que proveio de tal ou qual Tribunal. Isso é importantíssimo falar aos senhores.

Quer dizer, o que é importante é a fundamentação. Trago uma palavra de hermenêutica muito importante, do Carlos Maximiliano, que foi Ministro da Justiça, um gaúcho, foi Ministro do Supremo Tribunal Federal, comentou a Constituição da República lá atrás, algumas delas, e tem um livro fantástico, *Hermenêutica e Aplicação do*

Direito. Se os senhores pegarem a estrutura, encontrarão um livro antigo. Mas leiam, mesmo sendo antigo, pois perceberão sua modernidade. Neste livro, Carlos Maximiliano dizia: “Fujam dos juízes aresteiros, aqueles que para decidir querem ver se já tem um acórdão, uma súmula. Fujam desses juízes. O que importa não é o acórdão nem a súmula; o que importa é a fundamentação do acórdão, o poder que ele teve de te convencer de que aquilo é acertado. Isso é que é importante numa decisão judicial, e não a autoridade do Tribunal ou da caneta que emitiu aquela decisão judicial ou aquela outra”. É uma palavra muito importante do Carlos Maximiliano que quero deixar registrado aos senhores e remetê-los a essa leitura que é muito agradável.

Quanto ao problema do *Common Law*, lá existe jurisprudência que pode ser fonte do Direito um pouco mais acentuada do que no sistema do *Civil Law*. Isto não significa que no *Common Law* não exista lei; existe lei, e esta vincula, tanto lá como aqui. Nos dois sistemas, a vinculação da lei é constitucional. Existindo lei, não há mais que se falar em nada. Tem de se interpretar e aplicar a lei. No sistema do *Common Law*, os precedentes - e o que é precedente vai ser avaliado no futuro - podem ou não ter uma aplicação, que também será avaliada no futuro.

Lá existem algumas regras, como, por exemplo, se aquela matéria já está superada. O próprio Juiz, no futuro, dirá que há um precedente que tem sido aplicado em três, quatro, cinco casos e que ele não aplicará por estar superado. Eles chamam isso de *overruling*, quer dizer, foi ultrapassada essa matéria e não vão aplicar. Outra questão - parece que a matéria é igual, mas não é, pois há uma vírgula que distingue um caso do outro - é o *distinguishing*, que é o outro instituto do Direito anglo-saxônico que faz com que não seja aplicado aquele precedente, e outros mecanismos parecidos.

O fato é que, mesmo assim, não há uma vinculação. O Juiz, para aplicar ou não o precedente, tem mecanismos para fazer isso. Mas, quando há uma lei, ele deixa de considerar aquele precedente. Há dois anos, veio um professor inglês, Neil Andrew, a São Paulo, no Brasil, fazer a publicidade do livro que ele editava no Brasil sobre o processo civil inglês, traduzido pela Professora Teresa Wambier, que foi a Relatora da Comissão do Senado que elaborou o anteprojeto do Código de Processo Civil em discussão. E o Andrew dizia: “Vocês estão querendo copiar alguns institutos – tropicalizando, digamos - do Direito inglês, anglo-saxônico. Estamos loucos para aplicar o sistema de vocês lá na Inglaterra. Vocês

estão completamente desvairados querendo aplicar o sistema anglo-saxônico aqui. Estamos loucos para que tenha uma lei que diga o que é, coloque as cartas sobre a mesa e diga qual é a regra do jogo. Isso é tarefa da lei, é muito melhor. Por que vocês estão querendo nos copiar naquilo que não é interessante?” Isso dito por um professor inglês, processualista civil, que editou um livro no Brasil, que está na segunda edição, editado pela Revista dos Tribunais. Então, é só um depoimento recentíssimo de um Professor inglês sobre as nossas tendências de *common law* aqui no Brasil.

Quer dizer, acho que todos nós temos que procurar a nossa própria identidade, enfim. Nada obsta, nada contra se trazer experiências que possam se adaptar e possam dar certo no Direito Brasileiro. Mas, temos que fazer essas advertências e temos que meditar sobre essas coisas faladas pelas pessoas que entendem dessa matéria e que nos vem, aqui, dizer algumas palavras a esse respeito, como é o caso do Neil Andrews.

Bem, voltando, aqui, a jurisprudência, portanto, do *common law* é uma coisa. A jurisprudência brasileira. O novo projeto do Código de Processo Civil prevê, no art. 520, um dispositivo que trata do precedente judicial. Então, há uma consideração, sim, do novo Código de Processo Civil para essa matéria que estamos discutindo. Depois do capítulo da sentença e da coisa julgada – parece-me que foi falado, ontem, aqui, o tema da coisa julgada com os senhores – existe o Capítulo XV, art. 520 e seguintes do projeto, capítulo esse que tem o título “Do Precedente Judicial”. “Art. 520. Os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Quer dizer, o Tribunal uniformizar a jurisprudência parece claro. Já existia no Código passado, um Código em vigor - já existe, não foi revogado, ainda -, o instituto do incidente de uniformização de jurisprudência. No processo do trabalho também existe com essas peculiaridades que já falamos, aqui, inclusive, da lei que prevê essa matéria nos Tribunais Regionais.

Agora, o que é manter a jurisprudência estável? Então, não pode nunca mais mudar? Que sentido teria uma jurisprudência imutável? Quer dizer, estabilidade é uma coisa, imutabilidade é outra. Não é a mesma coisa.

Então, temos que parar para pensar um pouco nisto. Estável significa uma jurisprudência que para se modificar é preciso que haja todo um movimento justificador dessa modificação.

Trago como exemplo não bom, um exemplo ruim aos senhores, do que ocorre, hoje, no STJ. Não sei qual é a experiência do TST, porque não milito diretamente na área do processo do trabalho. Então não tenho a experiência do TST; a minha experiência profissional e acadêmica, também, é do STJ. O que o STJ faz? Existe, hoje, uma jurisprudência sobre determinado tema federal e há oito correntes diferentes sobre o mesmo tema. Então, a jurisprudência não é estável, a meu ver. A estável seria aquela que se mantém por certo período cronológico – não sei precisar qual seria o correto, qual cronologia seria a mais adequada, mas que se mantenha. Hoje, por exemplo, vamos entrar com uma ação civil pública no processo civil comum, e não sei se o prazo de prescrição é de cinco anos ou dez anos, porque o STJ tem vários acórdãos; e na execução é o mesmo, pois há até de vinte anos. Não sei se é. Há de quinze, vinte, dez e cinco – qual é o prazo? Não sei. Mas, se cair numa Turma que entende que é quinze, é porque isso não está uniformizado. Não sei qual é a jurisprudência estável do STJ nessa matéria. Há outra do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, também, que diz que a coisa julgada *erga omnes* não se aplica somente à área geográfica da jurisdição da autoridade prolatora. E não à “*omnia*” toda. É *erga omnes ma non troppo*. É meio estranho. É a lei que diz isso. Sempre escrevi que essa lei quando diz isso é absolutamente inconstitucional, formal e materialmente. Nessas razões, aqui, eu daria mais outra conferência para os senhores para discutir coisa julgada em ação coletiva. Mas, de qualquer forma, chega ao STJ e diz: “Não. O art. 16 se aplica a todo Brasil”. Outros dizem: “Não. O art. 16 realmente faz com que a coisa julgada seja restrita ao âmbito da competência do juiz que emitiu a sentença”. E agora? Mas ele está sujeito à jurisdição de um Tribunal. Então é, no mínimo, a região do Tribunal ou coisa do gênero.

Não sabemos qual é a jurisprudência do STJ. Estabilidade de jurisprudência é uma coisa estranha. Outro dia eu estava no STJ, na 3.^a Turma, fazendo uma sustentação oral e, antes de mim, falou um advogado do Norte ou do Nordeste, que trouxe a jurisprudência instável do Tribunal. O advogado mencionou que estava com três acórdãos na mão, do mesmo Ministro. Os senhores estão achando engraçado, mas não contei metade da história. Três acórdãos do mesmo Ministro, três decisões completamente diferentes sobre o mesmo tema, e agora é que vem o engraçado, agora dá para rir: no mesmo dia - dia 24 de abril de 2010, uma coisa assim. Dia tal. O advogado falava da tribuna esbravejando: “Como é possível esse Tribunal, e tal, olha aqui o acórdão de V. Ex.^a, dia tal”. O acórdão número tal

dizia “a”, o número tal dizia “b” e o número tal dizia “c”, do mesmo dia, do mesmo Ministro; não é de um Ministro ou de outro da mesma Turma, é de um mesmo Ministro.

Sabemos que o problema da colegialidade do Brasil não é de hoje que existe, então, das decisões colegiadas serem na verdade não tão colegiadas como deveriam ser, porque não é possível materialmente um Tribunal resolver milhares de recursos que estão a cargo de um Ministro, não é possível. Por isso, os Ministros têm assessores. Há Ministros que têm dez, quinze, dezesseis, vinte assessores. Pelo que percebi, no Supremo há gabinetes com até vinte e seis assessores. Não dá para o Ministro controlar tudo. É um absurdo querer que o Ministro controle tudo. Essas coisas acontecem e fazem parte, digamos, do risco do erro; esse risco existe. E é humano; temos de entender que é humano. Parece até folclórico falar de uma história dessa aqui, que aconteceu - isso aconteceu verdadeiramente no STJ - e acontece todo dia. Esse caso alguém levantou lá, mas pode haver outros casos também iguais, parecidos, e é humano, pode acontecer, porque ninguém está livre disso. Essa jurisprudência é fruto do volume exagerado do processo no Brasil.

É por isso que o Ministro tem que ter vinte assessores, cada um tem que seguir a linha do gabinete - ok -, mas, às vezes, um não conversou com o outro, e sei lá o que aconteceu, e saíram três acórdãos diferentes no mesmo dia. Também não dá para controlar tudo.

Essa jurisprudência, queremos que vincule. É isso que o Código de Processo Civil quer quando ele diz assim no art. 521 do projeto: “(...) Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (...)”. O que é “os juízes e tribunais seguirão”? Isso seria vinculante? A doutrina que tem escrito sobre esse tema - ainda sobre o direito projetado, não o direito já em vigor - diz que é súmula vinculante, sim, é jurisprudência vinculante. Então estaríamos introduzindo no Brasil a denominada jurisprudência vinculante, não apenas a jurisprudência orientadora; aliás, o TST tem a orientação jurisprudencial, que é outra figura também que tem verbetes e enunciados, além da súmula. A jurisprudência deixaria de ser uma fonte de orientação do Direito, mas passaria ser

uma fonte obrigatória do Direito e os juízes de Tribunais deveriam observar, sim, o direito jurisprudencial. A jurisprudência passaria a ser uma fonte equiparada à lei.

No sistema federativo isso é possível?

No meu modo de ver, seria preciso a existência de uma autorização constitucional para que isso pudesse ser validado no País. Acho que não é à toa que se estipulou uma súmula vinculante ao Supremo Tribunal Federal por intermédio de emenda constitucional. O Supremo está autorizado a fazer com que sua jurisprudência vincule, mas não toda ela, é só aquela que ele diz ser vinculante. Existe um processo bastante rígido de emissão de súmula vinculante, ou seja, tem de ter a maioria absoluta do Tribunal, enfim, os requisitos constitucionais estão todos lá - são rígidos. Para que isso ocorresse no âmbito do Supremo, houve necessidade de uma emenda à Constituição da República, então, por que não haveria necessidade de emenda constitucional para outros Tribunais? Bastaria que isso fosse feito por meio de introdução de norma infraconstitucional - como o é uma norma do Código de Processo Civil.

Dessa forma, com a devida vênia, entendo que essa matéria não prescinde de introdução constitucional para que ela possa ter a validade e a eficácia que dela se pretende no País. Não é com uma simples alteração do Código de Processo Civil que poderemos fazer com que o Judiciário legisle. Legislar é uma função atípica do Poder Judiciário, e para que isso ocorra tem de ter autorização constitucional - e o Supremo tem essa autorização. Na verdade, vejam o paradoxo e a incoerência: o Supremo precisaria de autorização constitucional, sendo muito rígido o processo de emissão de uma súmula vinculante; quanto aos outros Tribunais bastaria uma mera jurisprudência interna do Tribunal e os juízes estariam obrigados a respeitar essa jurisprudência como fonte do Direito como se lei fosse. Agora, para dizer que não é lei, então, vamos continuar na mesma situação. Se essa jurisprudência, da forma como está no art. 521 do projeto do CPC, não for vinculante, então será uma jurisprudência como outra qualquer, com tem sido até hoje. Por exemplo: o Tribunal decidiu de tal maneira - é importante, pois é um Tribunal Superior -, então, a tendência dos juízes da instância inferior é observarem, sim, a jurisprudência do Tribunal Superior naquela matéria que lhe é afeta. Mas não é o que está parecendo. Então, no meu modo de ver, se é vinculante, e parece que é... Porque, se não é vinculante, não tem sentido nenhum tratarmos essa matéria no Código de Processo Civil, é uma jurisprudência como outra qualquer, como

tem sido até hoje: ora o juiz acolhe, ora o juiz deixa de aplicar a jurisprudência, justifica e ficamos na mesma.

Agora, se está no projeto do Código de Processo Civil precedente judicial com essa força de direito jurisprudencial, terá força de lei, sim, e para isso tem de ter autorização constitucional. Não consigo enxergar essa matéria sem uma autorização constitucional para os Tribunais legislarem. Essa é uma constatação que faço, infelizmente.

Submeto ao exame de todos, evidentemente, pois ninguém aqui é o dono da verdade; trata-se de uma opinião minha. E, se é lei, passa também pelo controle difuso da constitucionalidade. Se uma súmula tem vinculação - como parece querer deixar claro o novo CPC -, se ela tem força normativa, ela passa a ser equiparada à lei e, portanto, eu, juiz, posso, sim, fazer o controle de constitucionalidade: deixo de aplicá-la por entendê-la inconstitucional, por exemplo, nessa ou naquela matéria, e justifico isso. O interessante é que, outro dia, falando a respeito desse projeto no STJ, algum Ministro argumentou o seguinte: “espere um pouco: como é que a minha decisão será... O juiz vai examinar e vai deixar de aplicar?” Achei a observação... Vejam a cabeça - o importante é a cabeça, não o tema. Então, se eu, como Tribunal Superior, quero fazer um CPC e incluir ali que a minha jurisprudência vincula, eu não quero ter a contrapartida? Quero ficar imune a qualquer tipo de controle? Ninguém pode dizer se aquela súmula é ou não constitucional? Se aquela jurisprudência é ou não constitucional? Eu acho estranho, no mínimo.

Penso que deveríamos parar um pouco para pensar e verificar o seguinte: estou legislando sem autorização constitucional; legislo e ainda quero que o juiz que vai aplicar não fique sujeito àquela legislação? Acho um pouco demais. Mas, de toda forma, acredito que seja passível, sim, do controle de constitucionalidade das leis. Eu gostaria de falar um pouco mais aos senhores a respeito desse tema, que é palpitante, mas a minha tarefa aqui era simplesmente trazer uma ideia do que seria essa atividade atípica do Poder Judiciário, de criação de texto normativo ou vinculante, e dizer que ela não é propriamente do *common law*, mas se trata de uma adaptação brasileira realmente, e que, apesar disso, para que isso aconteça, é necessário que tenhamos uma conformação constitucional. Antes de a Constituição autorizar uma medida dessa magnitude - como o é uma jurisprudência que vincule -, é preciso que haja um debate na casa, no foro adequado, que é o Congresso

Nacional, no processo legislativo de emenda constitucional e não no processo legislativo de uma lei ordinária.

Sr. Presidente, Ministro João Oreste Dalazen, agradeço mais uma vez a honra em ter podido fazer essa exposição aos senhores sobre o tema do precedente. Coloco-me à disposição para eventuais questões que forem endereçadas, desejando a continuação do sucesso deste evento - sucesso ele já tem - com as exposições que se seguirão.

Muito obrigado.

“Cortes constitucionais e cortes superiores”¹¹

Daniel Francisco Mitidiero

Eu gostaria de, em primeiro lugar, cumprimentar a Escola Nacional da Magistratura do Trabalho e dizer que é uma grande honra estar aqui conversando com todos os senhores. É uma oportunidade realmente importante para pensarmos a respeito dos rumos do Direito brasileiro e os rumos do processo civil e do processo do trabalho brasileiro, à luz de um código projetado. Cumprimento o Ministro Dalazen, que vem liderando o Tribunal e a Escola de Magistratura, não posso também deixar de mencionar a presença de muitos amigos aqui no auditório: Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Scheuermann, um conterrâneo, Luiz Philippe, companheiro de várias batalhas, a Sr.^a Luciane Basotto, que é lá da minha terra. Também cumprimento o Dr. Volpe Camargo, companheiro de debates da Comissão do Código.

Falar depois do Professor Nelson Nery, para mim, é uma grande oportunidade, porque, a partir daí, podemos ter uma clareza a respeito do que queremos a propósito da Justiça Civil e do Trabalho no nosso País. O que queremos do Poder Judiciário do nosso País? Essa é a pergunta central. O que queremos dos Juízes de primeiro grau, dos Desembargadores do Trabalho, dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal? Sem que tenhamos uma percepção clara a respeito do que queremos da Justiça, não temos como falar sobre processo civil e do trabalho.

A premissa, portanto, é esta: temos que pensar, hoje, o que é o Poder Judiciário; como ele deve se estruturar e funcionar e qual a eficácia que devo outorgar às suas decisões? Essa é a premissa básica. Digo isso, porque, colocar-se esse problema, necessariamente significa tomar posição a propósito de como funciona o Direito, como trabalhamos com o Direito, e, dito de maneira clara, o que significa interpretar e aplicar o Direito. A partir dessa definição o que significa interpretar e aplicar o Direito, e como essa tarefa deve ser distribuída ao longo do Poder Judiciário, é que podemos voltar os olhos à legislação. Só depois de percebermos o que significa interpretar e aplicar o Direito, e como o

¹¹ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 16 de setembro de 2014, às 10h40. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

Poder Judiciário como um todo deve distribuir essa tarefa, é que podemos voltar os olhos à legislação; não antes.

Isso é particularmente importante, porque este Tribunal Superior do Trabalho acaba de promover os estudos que culminaram na promulgação de uma lei, que é a Lei n.º 13.015/14, da mais alta importância não só para o Tribunal Superior do Trabalho, mas para os Tribunais Regionais do Trabalho e os Juízes do Trabalho. A questão é a seguinte: se formos visitar a Corte de Cassação Italiana – *Corte Suprema di Cassazione* -, em Roma, perceberemos que existe uma epígrafe na parede das sessões unidas, que seria a Corte Especial da Corte de Cassação, que diz o seguinte: “*La legge è uguale per tutti*” - a Lei é igual para todos.

Se atravessarmos o oceano e olharmos para a Suprema Corte dos Estados Unidos, a *Supreme Court*, também, deparamo-nos com outra frase escrita sob a cabeça dos nove *Justices*. Esta frase diz: “*Equal justice under law*”, ou seja, uma Justiça igual para todos, abaixo do Direito, sob a proteção do Direito e sob o império do Direito.

Alguém poderia imaginar que essas diferentes formulações que presidem Cortes de Vértice como esta, o Tribunal Superior do Trabalho - Corte de Vértice do Trabalho do nosso País -, apenas representariam modos diferentes de exprimir o problema da vinculação ao Direito: *law* e *legge*. Na verdade, debaixo dessas duas expressões, temos todo o funcionamento da Justiça da Itália e dos Estados Unidos concentrado.

Temos, em primeiro lugar, informações a respeito do que são essas Cortes, do que é a Corte de Cassação italiana, assim como o que é Corte de Cassação francesa e temos informação a respeito do que é a Suprema Corte dos Estados Unidos e de como incrivelmente a Suprema Corte dos Estados Unidos, um país de *common law*, assemelha-se muitíssimo a uma corte alemã chamada Bundesgerichtshof (BGH), que é a corte na Alemanha encarregada de dar a última palavra sobre o Direito Federal - TST, Superior Tribunal de Justiça e seus equivalentes no nosso País. São duas cortes, são dois modelos de cortes que vão evidenciar uma verdadeira encruzilhada e vão evidenciar dois caminhos que o Direito brasileiro pode escolher, se tiver coragem para ver o que de fato fazemos em juízo e o que significa o que fazemos em juízo.

A meu juízo, a Lei n.º 13.015/14 evidencia a tomada de posição por um desses caminhos, que é o caminho da transformação do Tribunal Superior do Trabalho em Corte Suprema, o que em contrapartida dá dignidade aos Tribunais Regionais do Trabalho e dignidade ao Juiz do Trabalho, e vou explicar por quê.

Se olharmos para o Superior Tribunal de Justiça e para o Tribunal Superior do Trabalho, vamos ver que, na origem desses Tribunais, temos uma maneira de compreender qual é o papel do juiz e qual é o papel da lei. Na gênese desses Tribunais, vamos ver que existe um significado e uma prática a respeito de qual é o papel do juiz e de qual é o papel da lei. É o papel tradicional. O Professor Nelson Nery evidenciou isso aqui antes de mim. O legislador faz a lei, e o juiz aplica a lei. Nesse sentido, uma Corte de Vértice, obviamente, não poderia ter a mesma função coimada aos Juízes de primeiro grau e aos Juízes de segundo grau de interpretar e aplicar a lei.

Uma Corte de Vértice teria de ter outro papel, outra função para usar o termo preciso. Que função seria essa? Seria a função de controle. Essa palavra é importante. Uma Corte de Vértice, como o Tribunal Superior do Trabalho, como o Superior Tribunal de Justiça, do ponto de vista histórico e do Direito Comparado, exercia - espero que não exerça mais - uma função de controle, que, na França Revolucionária, do qual se originou esse modelo, era uma forma de controle sobre a Magistratura ordinária, ou seja, as Cortes de Vértice controlavam os erros e acertos da Magistratura originária de segundo grau e de primeiro grau. Por isso, elas funcionavam mediante recurso das partes interessadas. Esse recurso da parte interessada, essa irresignação que a Corte recebe das partes interessadas obviamente deve ser apreciada individualmente, porque, se a função da Corte é controlar todo e qualquer erro e acerto “praticado pelas Cortes ordinárias”, então nada mais natural do que todos os jurisdicionados possam se voltar a essa Corte e dizer que há um erro no acórdão. Para usar o termo técnico, prequestiono violação de lei federal e aponto, no acórdão recorrido, um erro cometido pelas instâncias ordinárias.

O Tribunal vai atonicamente corrigindo erros e acertos de cada um dos casos. Vejam: o Tribunal tem uma função retrospectiva e que olha para o passado. O Tribunal olha para o passado, porque corrige erros e acertos já cometidos, e não está preocupado em guiar a interpretação para o futuro, ele está preocupado em olhar para o passado e, por isso, ele controla erros e acertos cometidos pelas instâncias ordinárias. Mas o

mais interessante, e é exatamente esse o ponto que eu gostaria de chamar a atenção neste momento, é que imaginamos, quando trabalhamos com a ideia de Corte de controle, que a norma é totalmente preexistente à atividade de interpretação. Esse é um pressuposto teórico que recebemos do século XIX, que o legislador cria a norma e o juiz declara uma norma preexistente. *Juge bouche de la loi*, ou, como diriam os realistas estadunidenses da década de trinta, o juiz simplesmente como *slot machines*, como uma máquina de moedas, uma máquina de refrigerantes, em que coloco uma moeda e sai uma sentença. Ele apenas declara uma norma preexistente.

Pressuponho, portanto, que a tarefa do legislador é criar normas e que a tarefa do juiz é declarar normas. Por isso, a Corte de Vértice apenas controla erros e acertos na interpretação das normas.

A norma é o objeto da interpretação. Se isso é verdade, qual é a eficácia que posso outorgar às decisões de uma Corte de Vértice dessa ordem? A eficácia de jurisprudência, que é tida como um conjunto reiterado de decisões de um tribunal num dado sentido e que, por definição, não é vinculante. Por quê? Porque quem vincula é a norma. *La legge è uguale per tutti*. Essa é a norma que vincula. Os Tribunais declaram as normas, primeiro e segundo graus, e as Cortes de Vértice, Tribunal Superior do Trabalho, apenas controla se essa aplicação, essa interpretação está correta ou não. Esse é um modelo de jurisdição que praticamos. Jurisprudência não como fonte do direito e jurisprudência como algo não normativo.

Esse é um modelo de jurisprudência e de justiça que praticamos. É claro que, com o trabalho dessas Cortes de Vértice, no século XX, acabaram sendo Cortes prodigiosas. Para termos uma ideia a Corte de Cassação italiana tem mais de trezentos juízes. É claro que era necessário ter um meio para facilitar o conhecimento do próprio tribunal a respeito da sua jurisprudência. Vejam: o meio de ilustrar o próprio tribunal, portanto, não é para o resto do Poder Judiciário, não é para a sociedade civil como um todo, é para o próprio tribunal ser informado de como decide.

Na Itália surgiram as máximas, *massimario*, que eram sentenças abstratas que consolidavam o entendimento de uma sessão. Em Portugal, surgiram os assentos e no Brasil surgiram, como sabemos, na década de sessenta, as súmulas. Súmula, portanto, é o

mecanismo que deriva da jurisprudência e que tem uma função endoprocessual. É uma função interna ao próprio Tribunal.

Qual é o problema disso? O problema, como sempre, está no ponto de partida. O Professor Nelson Nery falou sobre os efeitos. Quero falar sobre as causas. O ponto de partida é muito claro. Se partirmos do pressuposto que hoje é dominante na teoria do Direito de que a norma não é objeto da interpretação, mas que a norma é o resultado da interpretação, então teremos de organizar essas Cortes de base e as Cortes de Vértice de outra maneira. Teremos de ver essas Cortes com outra função e com outra eficácia e com funcionamento diferente.

Alguém poderia dizer: “Daniel, estou disposto a concordar contigo que a norma não é mais objeto da interpretação e, portanto, a norma não é aquilo que o Poder Legislativo nos dá. A norma não é aquilo que está na Constituição. Estou disposto a aderir à tese de que a norma é o resultado da interpretação e, portanto, resultado da atividade cooperativa entre o legislador e a Magistratura. Mas por quê? Por que, Daniel, a norma hoje é resultado da interpretação e não mais do seu objeto; porque esse é o ponto que normalmente não fica demonstrado e, portanto, entra no plano da crença?”

A questão é muito singela e os senhores, como juízes, devem fazer isso todo dia; devem ver isso todo dia. O problema é que o Direito padece de uma dupla indeterminação. Todo o Direito, que é vazado em linguagem, em textos, padece de uma dupla indeterminação. Os textos da Constituição, os textos do legislador são equívocos e as normas são vagas. Isso não é um problema de apuro de linguagem, isso não é um problema que o legislador vai poder resolver usando expressões mais precisas ou menos precisas. Isso é um problema ligado à própria tarefa interpretativa.

Vou pegar um exemplo: “por que os textos são equívocos, Daniel?” Os textos são equívocos basicamente por cinco razões: são ambíguos, complexos, padecem de problemas de implicabilidade, de superabilidade e de taxatividade. Todos os textos padecem desses problemas. O que significa dizer que um texto é equívoco porque o texto é complexo? Muito rapidamente, significa dizer que o texto apresenta duas alternativas concorrentes de significado. É isso e pode também ser isso. Podem ser ambas as coisas. Do mesmo texto, retiro mais de uma norma.

Vou dar um exemplo: o Supremo Tribunal Federal, resolvendo um problema ligado ao ingresso no consultório de um dentista, sem mandado de um Oficial de Justiça - pela Polícia Federal, na verdade - tinha de decidir se, diante desse caso - esse é um ponto importante porque tem a ver com a análise de fatos -, o termo “casa”, previsto na Constituição - todos nós sabemos qual é o primeiro significado de casa para todos nós, que é onde moramos -, alcança ou não o consultório profissional do dentista; ou eu poderia alargar para o consultório ou para o escritório de advocacia do advogado. O Supremo Tribunal Federal foi além e também se perguntou se o termo “casa”, complexo, poderia também significar o carro, o carro de todos nós.

O STF decidiu que, à luz do caso, em que tínhamos um problema de proteção da privacidade, deveríamos entender o termo “casa” como sendo um tema que abarca os três significados: proteção à casa, proteção ao consultório e proteção ao carro. Vejam: imaginar que a tarefa do juiz é simplesmente declarar uma norma preexistente com um significado preciso, soa justamente como a nona sinfonia. É algo que está no século XIX. É um pressuposto teórico do século XIX. Os textos são ambíguos. São equívocos porque são ambíguos, admitem significados concorrentes alternativos. É uma coisa ou outra, e o juiz tem de decidir.

Interpretar - para não cansá-los e não tomar o tempo do meu querido Dr. Volpe – não é declarar uma norma preexistente, mas reconhecer significados possíveis prévios, valorá-los argumentativamente e decidir qual é o significado que deve ser adscrito ao texto do qual ressaí a norma. Se for verdade que trabalhamos com o Direito dessa maneira, então, temos de repensar. Se os textos são naturalmente equívocos, porque vazado em linguagem, precisamos saber qual é a interpretação mais adequada ou mais suportada pela ordem jurídica, o que nos coloca o problema de saber quem deve dar essa última palavra.

A Constituição resolveu esse problema e disse que o Supremo Tribunal Federal é a Corte Suprema de Direito Constitucional, que o Superior Tribunal de Justiça é a Corte Suprema em Direito Federal e que o Tribunal Superior do Trabalho é a Corte Suprema de Direito do Trabalho, que, portanto, dá a última palavra a respeito de como deve ser interpretada a legislação trabalhista.

Vejam, isso não depende de autorização constitucional. Aliás, com todo o respeito dos que pensam em contrário, parece-me risível imaginar que dependo de um ato legislativo para dizer que a interpretação é adscritiva de sentido, e não declaratória, porque isso não é matéria que está à disposição do legislador, é matéria que respeita a natureza das coisas. Se isso for verdade, o que o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal devem fazer? O Tribunal Superior do Trabalho não deve controlar todos os casos, erros e acertos de todos os casos que lhes batem à porta; não é essa a sua função. A função do Tribunal Superior do Trabalho não é a de ser um sensor da Magistratura originária, corrigindo erros e acertos, mas a de ser um guia interpretativo, de dizer como deve ser interpretada a legislação do trabalho, ou seja, diante da equívocidade natural da linguagem, dizer quais são os significados suportados pelo texto e que, portanto, devem ser interpretados.

É claro que, para isso, o Tribunal não precisa examinar dez mil recursos iguais, cinco mil recursos idênticos. O Tribunal pode racionalizar o seu trabalho. Em primeiro lugar, mandando na sua própria agenda, escolhendo os casos que vai julgar pelo critério da transcendência, felizmente regulamentado. O Tribunal Superior do Trabalho, além de escolher, de mandar na sua agenda e de não ser mais escravo da agenda de advogados, poderá aglutinar questões comuns, casos comuns que dependam da mesma solução, porque, se a função do Tribunal não é dar a resposta a todos os jurisdicionados que lhes batem à porta, mas a de ser um guia para a Magistratura, então, ele não precisa dizer dez mil vezes a mesma coisa e examinar dez mil vezes os mesmos recursos.

Em outras palavras, o TST tem uma função de interpretação, e não de controle. A função de controle é das Cortes do Trabalho do segundo grau. Esse é o primeiro passo para a reforma efetiva do Poder Judiciário brasileiro: perceber que as Cortes diversas têm uma função de interpretação e que as Cortes do Trabalho têm uma função de controle. Esse é o primeiro passo. Vou chegar ao segundo, mas, antes disso, temos de perceber que, se a função do Tribunal Superior do Trabalho não é o controle, mas a interpretação, e se a norma não é objeto, mas resultado, então, as decisões do Tribunal Superior do Trabalho são decisões das quais posso tirar razões determinantes da solução de um caso.

Ou seja, posso ver o Tribunal Superior do Trabalho não como uma Corte de jurisprudência, que declara uma norma prévia em um dado sentido, mas uma Corte de precedentes. E o que significa dizer uma Corte de precedentes? Aqui, com todo respeito, sou obrigado a dizer isto: uma Corte de precedentes é uma Corte da qual ressaem razões suficientes necessárias das suas decisões e que vinculam. O próprio tribunal que as emite, o Tribunal Superior do Trabalho, decide em sentido horizontal e também vincula as Cortes de Justiça, as Cortes do Trabalho e os Juízes de primeiro grau. Os precedentes são vinculantes no *common law*.

Desde 1898, a *House of Lords* deu uma resposta para a doutrina clássica do precedente que estava reunida em Blackstone, no século XVIII. É preciso que isso fique claro. No século XVIII, Blackstone, um dos mais importantes juristas ingleses, recolhendo o *common law* desde o século XII, o qual lhe foi legado por anos, a partir da sua formação de *case law* com Bracton, dizia, em *Comentários ao Direito Inglês*, volume I, que os juízes são a prova viva do Direito, são os oráculos do Direito. Por isso, as suas decisões devem ser respeitadas - e vem aí uma vírgula -, a menos que os juízes entendam que a decisão é absurda ou injusta. Blackstone dizia isso no século XVIII. Blackstone foi professor de Jeremy Bentham, e este disse que, se é verdade que o Direito pode ser afastado por todo e qualquer juiz de primeiro grau, então, não há segurança e não há Direito nesse país. É preciso dizer que se faz o Direito nesse país como se faz direito para cachorros – *dog law*. As pessoas só sabem que algo é permitido ou proibido quando alguém lhes bate no focinho, porque não há segurança. Jeremy Bentham o repetiu durante todo o século XIX. John Austin, seu mais importante discípulo, repetiu isso durante todo o século XIX, na Inglaterra, até que a *House of Lords* disse que, então, cumpriria a função jurisdicional, a qual não cumpria mais desde 2009. A *House of Lords* disse: “Não, é preciso que o Direito seja seguro.” Para que o Direito seja seguro deve haver vinculação da *House of Lords* aos seus precedentes e de todo o Poder Judiciário aos seus próprios precedentes, aos precedentes da *House of Lords*. Tanto é assim, que só em sessenta e seis tivemos autorização da *House of Lords* para *overruler* seus próprios precedentes.

O que isso significa? Significa que é claro que as Cortes do Trabalho, as Cortes ordinárias e os Juízes do Trabalho podem afastar os precedentes, desde que façam distinções. Digo que não é este o caso. Porém, reconhecendo-o, o juiz do segundo

caso - de fato, é quem reconhece o precedente; não é a Corte que diz que é precedente - está obrigado a seguir o caso, está vinculado a segui-lo. É preciso que se diga isso. O fato de os precedentes serem também vazados em linguagem e, portanto, interpretáveis, não significa que a porta continue aberta. Ao contrário, ela vai sendo restringida com a atuação densificadora da norma promovida pelo Poder Judiciário e especialmente por este Tribunal.

É por isso – peço licença para exortá-los a pensar a respeito deste tema – que o primeiro passo para que essa função de precedente se cumpra está nas mãos do Tribunal Superior do Trabalho. Essa missão está nas mãos de V. Ex.^a, liderando este Tribunal, e vem sendo cumprida com a Lei n.º 13.015/14. Um tribunal que não mantém os seus precedentes estáveis, permitindo, portanto, que a Magistratura veja neles um guia, é um tribunal que, obviamente, não merecerá o respeito das demais instâncias, porque não é possível respeitar quem não se respeita.

A primeira condição para que uma Corte de Vértice seja uma Corte de interpretação de precedentes é que ela se sinta vinculada a seus precedentes e, portanto, dê o exemplo. Tenho certeza de que é isso que hoje se está fazendo aqui, com essa legislação e essa maneira de se perceber a tarefa do Tribunal. É a partir daí que teremos condições de identificar, na produção da Corte, precedentes estáveis e confiáveis e de pensar em um sistema de precedentes. A partir daí, conseguiremos sair do caminho equivocado que tomamos na década de 90, com a ideia de jurisprudência dominante, e do caminho equivocado que seguimos em 2004, com as súmulas vinculantes, que são desvirtuamentos do sistema. Conseguiremos avançar ao ideal de segurança jurídica, como um ideal de cognoscibilidade do Direito, como um ideal de estabilidade do Direito, como um ideal de confiabilidade do Direito e como um ideal de efetividade do Direito. Segurança jurídica requer tudo isto: certeza, estabilidade, confiança e efetividade da ordem jurídica.

Encaminho-me para o final, Ex.^{mo} Sr. Presidente.

É claro que esses ideais não são fins em si mesmos. As Cortes de Vértice não devem manter a sua jurisprudência estável, os seus precedentes estáveis, como um fim em si mesmo. A segurança não é o fim em si mesma. Precisamos de segurança, porque só com ela teremos como promover dois fins básicos do Estado constitucional: liberdade e igualdade. Se não sei qual é o Direito vigente, a cognoscibilidade, o elemento da

segurança, não tenho como planejar minhas ações, não tenho como querer de forma juridicamente orientada; portanto, não sou livre. Se não consigo reconhecer o direito que é aplicável à minha vida, também não tenho como tratar as pessoas de maneira igual quando estiverem em casos iguais. Então, quebro o que há de mais sagrado no Direito, que é a ideia de igualdade, pela qual, aliás, o Direito do Trabalho em nosso País e o Poder Judiciário do Trabalho lutam e lutaram e com a qual, historicamente, estão comprometidos. Muito obrigado.

“Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”¹²

Luiz Henrique Volpe Camargo

Bom dia a todos.

Em primeiro lugar, cumprimento o Ministro Dalazen, parabenizando-o pela iniciativa. Cumprimento também o Dr. Marcos Neves Fava, que foi o porta-voz do convite do Tribunal. É uma imensa honra estar na presença de V. Ex.^{as}, em evento tão prestigiado e de tão alto nível, sobretudo por falar na sequência dos Professores Daniel Mitidiero e Nelson Nery Junior. Neste momento inicial, também cumprimento os sul-mato-grossenses, na pessoa do Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, único Ministro que Mato Grosso do Sul tem em Tribunais Superiores. Então, em nome de S. Ex.^a, cumprimento todos os Ministros e todos os sul-mato-grossenses presentes; Estado de onde venho. Por último, um cumprimento especial ao Jurista Fredie Didier, que foi muito importante no Projeto do novo CPC, merecendo todo o nosso reconhecimento por seu empenho para fazer com que o processo civil avançasse. Fredie Didier não é o único porta-voz de muitas pessoas, mas foi um dos principais mentores do novo CPC e merece todo o nosso reconhecimento e aplauso.

O tema que me foi destinado nesta manhã, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, vem fazer eco a esse norte que o Professor Daniel Mitidiero abordou em sua exposição, aquilo que subjaz e norteia sua exposição, ou seja, a isonomia. Hoje, infelizmente, vivemos num sistema de jurisprudência lotérica, num sistema em que sorte e azar, em muitos casos, definem o resultado de processos. É muito comum que três vizinhos, com pretensões idênticas, recebam três respostas judiciais díspares.

Qual é a consequência nefasta que isso gera aos jurisdicionados e ao próprio Poder Judiciário? O estímulo à litigância judicial, à multiplicação de processos.

Na medida em que há três pessoas, uma recebe uma sentença de improcedência, outra recebe uma sentença de procedência parcial e outra, na mesma questão,

¹² Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 16 de setembro de 2014, às 11h20. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

recebe uma sentença de procedência total, aquela que recebeu a sentença de procedência total, o adverso a ela, sabendo que venceu o outro caso, naturalmente, buscará todos os recursos existentes no sistema para obter uma sentença de improcedência, tal como no outro caso; o mesmo ocorre em relação aos demais: aquele que recebeu uma sentença de improcedência buscará, com todas as vias e todas as suas forças, uma sentença de procedência, tal como o seu vizinho.

Essa dispersão jurisprudencial é, seguramente, uma das fontes que alimentam esse estoque invencível de noventa milhões de processos, estoque invencível para o qual o Ministro apontava há pouco - perto de dezesseis mil processos para cada Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

O Código mira tentar atacar esse problema. O projeto tem o propósito de assegurar isonomia, e várias técnicas foram aperfeiçoadas e criadas com esse propósito. O sistema de recursos repetitivos, que está em vias de entrar em vigor, foi bastante aperfeiçoado, e aquilo que os senhores já terão, dentro em breve, é muito daquilo que o novo CPC trará para o processo civil normal. Essa legislação, que deve entrar em vigor, creio, segunda-feira, é de grande vanguarda na Justiça do Trabalho e o novo CPC a contempla. Mas não estou aqui para falar sobre recursos repetitivos e sim sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, que vem a ser uma nova técnica que, em alguma medida, se assemelha à técnica dos recursos repetitivos, mas com uma distinção muito importante: o incidente de resolução de demandas repetitivas será processado em segundo grau e tem como propósito primeiro mirar isonomia, previsibilidade, desestímulo à litigância judicial, desestímulo à interposição de recurso e, como consequência, a descarga de trabalho ao Poder Judiciário, descarga de trabalho repetitiva.

Procurarei, nesta exposição, fazer um breve cotejo entre as duas versões, a versão do Senado Federal e a versão da Câmara dos Deputados - há uma evolução em relação à versão anterior do Senado, em função da sua posição nessa tramitação legislativa do novo CPC -, tecer alguns comentários críticos sobre uma e outra versão e expor nos demais aspectos aqueles que deveriam prevalecer, a meu juízo.

O primeiro aspecto diz respeito ao cabimento. Senado e Câmara têm pontos comuns em relação ao cabimento do incidente de resolução de demandas

repetitivas. Um ponto comum é que só cabe o incidente a partir de controvérsias eminentemente de direito. Houve um período em que, na Câmara, se cogitou incluir o incidente para dirimir divergência sobre questões de fato, mas isso não prevaleceu. Então, as duas Casas convergem apenas no ponto de questões de direito serem passíveis de instauração de incidente de resoluções em demandas repetitivas.

As Casas divergem também nisso. É pressuposto para instauração do incidente a insegurança jurídica, fruto da multiplicação de processos, mas as duas Casas divergem quanto ao momento de instauração do incidente. Enquanto o Senado permite a instauração do incidente apenas a partir da potencial multiplicação de processos versando sobre a mesma questão de direito, a Câmara dos Deputados exige a efetiva multiplicação de processos. Então, uma e outra versão têm esse ponto, que é um grande diferencial. Nesse propósito de existir a efetiva multiplicação, a versão da Câmara dos Deputados ainda exige para a instauração do incidente a existência de causa perante o Tribunal de segundo grau, isto é, que já tenha chegado ao Tribunal um recurso versando sobre a questão ou que já exista no Tribunal uma causa de competência originária versando sobre aquela questão de direito efetivamente repetitiva, o que, a meu juízo, merece prevalecer, no ponto.

Vejam os senhores: o incidente, embora tenha um propósito análogo, em alguma medida, à técnica dos recursos repetitivos, não é a reprodução dos recursos repetitivos, cujo regramento existe para Tribunal Superior. Se a ideia primeira fosse levar para o segundo grau a técnica de processamento de recursos repetitivos, criar-se-ia, então, uma técnica de recursos de apelação repetitivos, agravos de instrumento repetitivos, recursos ordinários repetitivos.

Não foi essa a ideia primeira. A ideia primeira foi no sentido de, em havendo potencial multiplicação de processos em primeiro grau, antes de uma enxurrada de processos, antes de muita energia e do dispêndio de muitos recursos financeiros e do trabalho de muitos juízes, enfim, de muitas pessoas, já, desde logo, se instaurasse perante o Tribunal de segundo grau o incidente, para que ali se concentrasse todo o debate acerca da questão. O argumento que justifica o caráter de efetiva multiplicação, que a Câmara coloca, é no sentido de garantir a maturação do debate, garantir, preservar a discussão, enfim; que, com a dispersão, surjam bons argumentos de parte a parte, de lado a lado, a fim de que o Tribunal

de segundo grau possa formar e definir a melhor tese, que, afinal, como veremos, é vinculante.

Parece-me que, em substituição a essa multiplicação efetiva de processos, a própria dinâmica de processamento do incidente já permite esta maturação. O incidente exige a participação de *amicus curiae*, o relator tem o dever de oficiar a órgãos que tenham o interesse para trazer bons elementos ao julgamento da causa; o procedimento permite que o Tribunal de segundo grau ouça pessoas que tenham conhecimento profundo sobre a questão; o procedimento exige a participação do Ministério Público nas causas em que não é parte; o procedimento do incidente permite que todos os interessados tragam bons elementos para a formação da tese noutro sentido. Dessa forma, nesse propósito, em função de o procedimento previsto para o incidente já assegurar uma boa oportunidade de debate para a formação do convencimento dos desembargadores, parece-me ser mais adequado esse requisito, da potencial multiplicação de processos apenas, que traz a versão do Senado - a versão da Câmara dos Deputados não traz.

No que diz respeito às matérias alegáveis, a versão da Câmara parece-me superior. A versão do Senado diz que são admissíveis discussões exclusivamente de direito; a versão da Câmara, da mesma forma, mas com um qualificador generalizante: discussões de questões de direito material e discussões de direito processual, ou seja, não existe qualquer limitação sobre as questões que possam ser objeto do incidente. Sendo ela efetiva ou potencialmente repetitiva de direito, a depender da versão que prevalecer, e a sua multiplicação sendo suscetível de gerar insegurança jurídica, é passível de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Matérias referentes a Direito Tributário, Direito Previdenciário, Direito do Consumidor, Direito Bancário, Direito do Trabalho, Direito Civil ou Comercial, não importa, qualquer delas pode ser objeto da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Esse incidente, que está em via de ser instaurado em nosso País, tem ao menos três congêneres mundo afora: o *Musterverfahren* do Direito alemão, o *group litigation order* do Direito inglês e *multi district litigation* dos Estados Unidos. Nessas três técnicas congêneres, que existem em outros lugares do mundo, já se debateu quanto à necessidade ou à quantidade de processos que devem existir para que se instaure o incidente de resolução de

demandas repetitivas. Trago, como exemplo, o incidente da Inglaterra, que exige apenas a multiplicação de dez ou mais processos.

Vejam que uma multiplicação pequena de processos na Inglaterra já é o suficiente para a instauração do incidente. Entre nós, o projeto brasileiro, em qualquer das suas versões, não traz um número de demandas mínimo. Ele traz um conceito aberto e caberá, então, aos desembargadores, a quem compete essa instauração do incidente, preencher esse conceito vago que o texto normativo trará, admitindo o incidente a partir da multiplicação que, ao seu juízo, for suficiente para justificar a instauração desse incidente. Se eventualmente o tribunal local entender que ainda não é o momento de instauração do incidente, porque não se configurou a multiplicação de processos necessária ou ainda não existe a potencial multiplicação demonstrada, poderá, então, rejeitar esse incidente e, num segundo momento, haver outra provocação.

Quer dizer, então, que essa primeira rejeição, diante de uma eventual inexistência dos requisitos para a instauração do incidente, não é suficiente para impedir que, num momento subsequente, pleiteie-se e se admita a instauração do incidente. O texto também não trata de algo que pode acontecer. Suponham que, oferecido o incidente, ele já tenha sido admitido, instaurado, e sejam oferecidos outros pedidos de instauração do mesmo incidente no mesmo tribunal. Como o tribunal deve se comportar numa situação com essa? Parece-me que esses novos pedidos de instauração do incidente devem ser apensados e recebidos como subsídio à formação da tese a ser definida ao final. O marco final do recebimento desses incidentes como subsídio parece ser o termo final para a manifestação dos amigos da corte.

O texto traz o prazo para que os amigos da corte se manifestem e, uma vez ultrapassado esse prazo, deve-se estabilizar o incidente, de maneira a que o tribunal possa, então, na sequência, reunir-se para dirimir a tese. Outra questão que parece ser necessário enfrentar é a possível concomitância do incidente de resolução de demandas repetitivas com um recurso repetitivo, afetado no Tribunal Superior. Isso é possível? Parece-me que não, porque, se nas duas técnicas há uma aproximação, elas têm o propósito de definição da tese e, no âmbito do Tribunal Superior, já foi afetado um recurso repetitivo para definição da tese, não é possível que os tribunais locais admitam a instauração do incidente com o mesmo propósito.

Nesse sentido, há um dispositivo na versão da Câmara dos Deputados. Em relação à legitimidade, as duas Casas também divergem quanto ao tema. A Câmara amplia num aspecto e restringe noutro.

A versão do Senado outorga ao Juiz de primeiro grau a legitimidade para suscitar o incidente no Tribunal de segundo grau. Essa legitimidade foi suprimida na versão da Câmara dos Deputados, naquela perspectiva de aguardar mais maturação para se instaurar o incidente. As duas Casas, então, divergem. Caberá ao Senado dirimir se o juiz terá ou não legitimidade para suscitar o incidente. Os desembargadores poderão fazê-lo - os desembargadores relatores, aqueles que já tiverem distribuído para si um processo do qual se possa extrair um incidente. Autor, réu, enfim, as partes poderão fazê-lo, o Ministério Público e a Defensoria.

Nesse ponto, as duas Casas convergem. A divergência vem – nesse aspecto, parece-me superior a versão da Câmara –, havendo a possibilidade de a pessoa de Direito Público e as associações civis também suscitarem o incidente no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional do Trabalho. Quanto a essa legitimidade do Ministério Público, da Defensoria Pública e das associações, parece-me que é preciso aproveitar aquilo que já se construiu em termos de legitimidade para a ação civil pública, no mesmo sentido, a fim de que elas ofereçam ou requeiram a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Então, o Ministério Público, dentre suas atribuições do art. 127, a Defensoria Pública, na perspectiva da defesa dos hipossuficientes economicamente, e as associações com representatividade adequada. Então, parece-me que aquilo que já foi construído merece ser aproveitado.

Em relação à competência, precisamos separar dois momentos: há o momento de admissão e o de definição da tese de julgamento, digamos assim, do mérito do incidente. A versão da Câmara é muito mais detalhada nesse aspecto, melhor organizada e, a meu ver, merece prevalecer. O incidente deve ser requerido ao presidente do tribunal de segundo grau, que designará um relator e este submeterá a admissibilidade do incidente a uma sessão colegiada. A versão do Senado já delimita, diz qual é o órgão do tribunal de segundo grau que terá essa atribuição; se o órgão especial ou o tribunal pleno. A versão da Câmara não faz esse detalhamento, no pressuposto de que ele seria inconstitucional, porque cabe aos próprios tribunais definirem as atribuições de seus órgãos fracionários, de seu órgão especial e

de seu tribunal pleno. Faz apenas uma sugestão, no sentido de que o órgão competente para processar o incidente será aquele que já tem hoje competência para a edição de enunciado de Súmula. Então, apresentado requerimento ao presidente, sorteado o relator, definido o órgão que realizará a admissibilidade, esse órgão analisará a presença dos requisitos: multiplicação efetiva ou potencial, ser questão de Direito e haver risco de quebra da isonomia e de insegurança jurídica. Deliberada a admissibilidade do incidente, uma consequência natural dessa admissibilidade será a suspensão de todos os processos que versarem sobre a mesma questão e que estiverem em âmbito de competência daquele tribunal de segundo grau.

Haverá, então, um comunicado do presidente aos diretores dos fóruns e estes, por sua vez, comunicarão aos juízes, que deverão realizar a suspensão dos processos que tratem sobre aquela questão pendente de definição no tribunal de segundo grau.

Abro um parêntese para tratar de um tema que diz respeito diretamente ao Tribunal Superior do Trabalho. Eventualmente, se essa questão de direito se multiplicar não apenas no âmbito de competência do respectivo tribunal de segundo grau que instaurou o incidente, poderá haver um requerimento ao Tribunal Superior do Trabalho para realizar a suspensão nacional, conquanto se demonstre que aquela questão que se repete numa específica região também se multiplica em outras regiões. Então, havendo uma multiplicação nacional, o Tribunal Superior poderá definir pela suspensão nacional de todos os processos, que deverá ser objeto de comunicação aos Presidentes dos Tribunais de segundo grau, que, por sua vez, comunicarão aos diretores dos Fóruns, que, por sua vez, comunicarão aos juízes para a suspensão de todos os processos que tratem sobre aquela matéria.

Havendo ou não havendo a suspensão nacional, que, vamos supor, restrinja-se ao segundo grau, haverá aquela instrução do incidente de que tratei há pouco. Necessária a requisição de informações ao juiz da causa, a partir de onde se instaurar o incidente, dever-se-á dar publicidade à instauração do incidente junto ao Conselho Nacional de Justiça, dever-se-á oficial aos potenciais *amicus curiae*, dando-lhes a oportunidade de trazer bons elementos, dever-se-á dar vista ao Ministério Público e – uma novidade na Câmara – dever-se-á dar a oportunidade para que pessoas que tenham conhecimento sobre a matéria sejam ouvidas. Então, a exemplo do que o Supremo já faz e do que o Superior Tribunal de Justiça já começou a fazer – desconheço se o Tribunal Superior do Trabalho já faz –, enfim, realizar audiências públicas para que quem tenha conhecimento técnico sobre o

assunto traga bons elementos para formar a convicção dos julgadores. Feita essa densa e longa instrução do incidente, haverá a sessão de definição da tese.

Vejam, o texto não prevê o julgamento da causa, ele prevê a definição de uma tese a ser, depois, aplicada a todos os casos que estiverem suspensos. Nessa sessão julgamento, admitir-se-á a sustentação oral pelo tempo de trinta minutos ou por um tempo maior, a depender de uma decisão nesse sentido do Tribunal de segundo grau. Nessa sessão, o relator terá a palavra, como acontece em qualquer julgamento, e, depois, os demais membros, igualmente, votarão.

Daí, extrair-se-á uma tese vinculante para os juízes dos processos que estiverem no âmbito de competência daquele Tribunal de segundo grau. Contra o acórdão que gerara a definição dessa tese, caberá, no âmbito do processo civil comum, recurso especial, recurso extraordinário a depender se a matéria for de Direito Federal ou de Direito Constitucional. Aplicado o incidente à Justiça do Trabalho, caberá naturalmente o recurso ao Tribunal Superior do Trabalho. Se o recurso for extraordinário, o texto traz a presunção de repercussão geral e já traz, quer para o especial, quer para o extraordinário, a previsão de que esse recurso terá efeito suspensivo, o que significa dizer que a interposição do recurso implicará a continuidade da suspensão de todos os processos que tratem sobre aquela mesma questão. Julgado o recurso pelo Tribunal Superior – antes disso, é preciso fazer uma conciliação das duas técnicas, já me aproximando do final –, os senhores perceberão que o incidente de resolução de demandas repetitivas entrelaçar-se-á com a técnica dos recursos repetitivos, porque não há uma restrição quanto a quem pode recorrer contra o acórdão que definiu a tese junto ao Tribunal de segundo grau.

Serão possíveis cem, duzentos, quinhentos, mil, dois mil, três mil, quantos mil recursos forem os atingidos que se interessarem em impugnar o acórdão que se gerou a partir do incidente de resolução de demandas repetitivas. Nesse cenário, portanto, caberá ao presidente do tribunal local selecionar dois ou mais recursos que sejam representativos da tese que impugna a estabelecida no incidente de resolução de demandas repetitivas e determinar a remessa apenas desses dois – ou mais, mas poucos recursos – ao Tribunal Superior, sobrestando todos os demais em segundo grau, até que o Tribunal Superior se pronuncie sobre a matéria. Então, as duas técnicas, incidente e recursos repetitivos, entrelaçam-se nesse momento. Chegando ao Tribunal Superior, a tese será confirmada ou

será, eventualmente, reformada. A definição final do Tribunal Superior, nessa perspectiva que o Daniel abordou, deverá ser observada por todos os desembargadores e juízes Brasil afora.

Julgada a tese pelo Tribunal Superior, os processos que estavam antes suspensos deverão ter a sua tramitação reativada com a aplicação da tese ali definida. Quero fechar a minha exposição dizendo que eu não estava aqui quando o Professor Nelson Nery falou sobre o assunto, mas peguei de passagem o que o Dr. Daniel falou sobre a constitucionalidade ou não dessa disposição, que, por Lei Federal, passa a impor o efeito vinculante. Quero trazer uma notícia histórica e me associar a essa notícia histórica no sentido de que não há inconstitucionalidade alguma.

Os senhores devem se recordar que a Constituição Federal, em 1993, foi emendada na perspectiva de dizer que, no controle de constitucionalidade, quando se julgassem as Ações Diretas de Constitucionalidade, o seu resultado seria vinculante, especificamente nas Ações Diretas de Constitucionalidade. Era para essa ação específica que a Constituição trouxe, em 1993, o efeito vinculante, que foi objeto da ADC n.º 1, em que a Constituição foi tida por constitucional. Quanto a isso, não há nenhuma conexão com o que vamos dizer. A conexão veio com uma lei subsequente. Em 1999, aquele efeito vinculante de 1993, que existia só para ADC, foi estendido por Lei Federal para as demais Ações de Controle de Constitucionalidade. Duas leis trataram desse tema em 1999. E o Supremo foi provocado a enfrentar o tema, e o fez na Reclamação n.º 1880, dizendo que não é porque a Constituição traz o efeito vinculante para uma específica que Lei Federal não possa fazê-lo.

Os fundamentos determinantes daquele precedente justificam o mesmo raciocínio para a tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas. Parece-me não existir nenhum obstáculo que a tese aqui definida seja efetivamente vinculante. A Constituição, depois, em 2004, foi novamente emendada para em seu corpo incluir o efeito vinculante. Mas, repito, o Supremo antes disso já dizia que Lei Federal poderia fazê-lo. Quero encerrar dizendo apenas que esse efeito vinculante aplicar-se-á a todos os processos, independentemente de qualquer manifestação de opção pela inclusão ao incidente ou não opção – *opt in* e *opt out* das *class actions* norte-americanas –, isso não está em consideração, as pessoas podem ir ao Judiciário, os processos novos ficarão suspensos, e, definida a tese, queira o jurisdicionado ou não, a tese haverá de ser aplicada. Como se afastar de uma tese firmada em um incidente de segundo grau e depois confirmada ou reformada pelo Tribunal

Superior? Demonstrando distinção, se for o caso, ou demonstrando, com o passar do tempo e com as mudanças das coisas, eventual superação, se for o caso. Com isso, quero, mais uma vez, agradecer o convite e dizer da honra de estar na presença de V. Ex.^{as}.

Muito obrigado.

“Execução”¹³

Daniel Amorim Assumpção Neves

Muito bem. Eu gostaria de começar agradecendo o convite, que honrosamente tive a oportunidade de aceitar, homenagear todos os componentes da Mesa, o que faço na pessoa do Ministro João Oreste Dalazen e de todos os presentes.

Quando falamos em execução, a impressão enganosa pode ser - é verdade - que essa matéria tenha sofrido menos mudanças pelo projeto no novo CPC, porque, nos anos de 2005 e 2006, o CPC passou por uma mudança sensível na execução. A Lei n.º 11.232, a chamada Lei do Cumprimento de Sentença, e, um ano depois, a Lei n.º 11.382 modificaram substancialmente o sistema executivo no Código de Processo Civil. Não obstante essa mudança tão recente, trabalhamos com muitas alterações; algumas boas e outras nem tanto nesse novo CPC projetado.

Eu queria começar justamente a tratar de alguns reajustes que o legislador propõe sobre as últimas reformas. Apesar de ser ainda muito recente, nessa última reforma de 2005/2006, já há a percepção de que alguma confusão e malefícios ela gerou dentro do sistema processual executivo.

Daí por que o legislador agora, nesse projeto de novo CPC, vai mudar as mudanças de 2005 e 2006. Tivemos uma dificuldade enorme no caso do cumprimento de sentença que definiu o termo inicial da multa do art. 475-J. Quer dizer, não obstante a existência do TST em admitir o art. 475, na execução trabalhista, na esfera cível foi uma mudança de grande vulto. Tivemos uma dificuldade muito grande de definir quando começava a contar o prazo de quinze dias para o pagamento, sob pena de multa.

O próprio STJ começou o entendimento de que seria automaticamente do trânsito em julgado, dispensada qualquer espécie de intimação, para depois modificar o seu entendimento e passar a exigir a intimação do executado na pessoa do seu advogado. Mas, ainda assim, doutrinariamente e mesmo na prática forense, percebia-se um descompasso, cada juiz fazia de um jeito e faz até hoje.

¹³ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 16 de setembro de 2014, às 14h. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

Como a legislação não prevê expressamente essa matéria, a liberdade acaba vigorando e o legislador resolveu pôr um ponto final, fazendo uma previsão expressa de que é necessária a intimação na pessoa do advogado; excepcionalmente a intimação será pessoal na hipótese da execução não ser iniciada em um ano após o trânsito em julgado. O legislador deve ter imaginado que, nesse período de um ano, poderia haver algum tipo de distanciamento entre o advogado e o seu constituído.

Se o início do começo de sentença se der após um ano, teremos a intimação pessoal. Temos ainda a previsão de intimação pessoal para o réu, que é defendido pela Defensoria Pública, e temos ainda uma inovação, que é a intimação por edital, na hipótese de o réu ser revel na fase de conhecimento. Aqui, quem sabe, seria melhor usarmos a regra geral da revelia, que dispensa a intimação do réu revel, e passa a contar imediatamente do trânsito em julgado do prazo de quinze dias. Mas a opção, de qualquer maneira, foi pelo estabelecimento da publicação do edital.

Outra mudança que também gerou muita discussão doutrinária e o STJ, afinal, veio consolidar o entendimento que não parece ser o mais adequado, diz respeito à necessidade da penhora para a admissão da impugnação; a defesa no cumprimento de sentença. Enquanto parcela significativa da doutrina buscava tornar homogêneo o tema quanto às defesas do executado, já que nos embargos há uma expressa previsão de que é dispensada a penhora - também assim deveria ser na impugnação ao cumprimento de sentença - o STJ se posicionou numa interpretação literal do art. 475, § 1.º pela necessidade de penhora como condição de admissibilidade da impugnação. Essa realidade é transformada pelo projeto de lei, o projeto do novo CPC, que expressamente prevê não ser necessária a penhora, para que o executado possa se defender por meio da impugnação.

Assim o fazendo, muda-se também o termo inicial do prazo para apresentação dessa defesa, porque o termo inicial hoje é a intimação da penhora. Como a penhora deixa de ser necessária para a interposição, para a apresentação da impugnação, o prazo passa a ser automaticamente computado nos quinze dias que o executado tem para o pagamento, desonerando, assim, o cartório judicial, porque vai dispensar uma nova intimação. Intima-se o sujeito para pagar, e ele tem quinze dias. Se ele não pagar em quinze dias, no décimo sexto dia já será o seu primeiro dia de defesa para apresentação da impugnação, também no prazo de quinze dias. Outra dúvida mais doutrinária do que propriamente

jurisprudencial, diz respeito à natureza jurídica dessa impugnação. Quer dizer, como estávamos acostumados com uma ação incidental de nome “embargos à execução”, temos alguns doutrinadores ainda hoje defendendo a natureza de ação incidental da impugnação no documento de sentença, quando, na verdade, tudo leva a crer que a impugnação não tem essa natureza de ação, mas de um mero incidente defensivo.

Nesse sentido, o projeto do novo CPC prevê expressamente a contagem em dobro para a hipótese de litisconsórcio passivo com patronos diferentes. Há agora uma novidade, que é regra geral: não bastam litisconsórcios com patronos diferentes para o prazo ser computado em dobro, os advogados diferentes devem fazer parte de escritórios diferentes. Então, se houver dois advogados do mesmo escritório pertencentes à mesma sociedade de advogados, o prazo será simples.

Mas, de qualquer maneira, havendo essa situação de prazo em dobro, fica claro que a impugnação não tem natureza de ação, porque a natureza de ação dos embargos leva claramente à contagem de um prazo simples. Um problema criado pela mudança no cumprimento de sentença foi resolvido aqui pelo projeto de lei no seguinte sentido: o exequente tem a disponibilidade sobre a execução; ele pode desistir da execução a qualquer momento do processo ou da fase de cumprimento de sentença.

Havendo embargos à execução em trâmite, havendo matéria de mérito alegada nesses embargos, os embargos, por vontade do executado-embargante, continuam a tramitar. Não obstante o juiz homologue a desistência da execução, os embargos continuam a tramitar. Isso é facilmente feito, porque são duas ações. Quer dizer, se ação de execução é extinta, nada exige que a ação de embargos também o seja. Mas essa realidade é intransponível ao cumprimento de sentença e à impugnação, porque, partindo da premissa de que a impugnação é uma defesa incidental, se o exequente pede a desistência e o juiz a homologa, por consequência natural, a defesa também estará extinta. É impossível a sobrevivência de um sem a sobrevivência do outro. E aqui o projeto de lei prevê expressamente que, havendo uma impugnação com matéria de mérito em trâmite, a desistência da execução depende da anuência do executado, trazendo então à execução uma regra que hoje é do processo de conhecimento, mas que tem toda razão de ser aplicada na execução por cumprimento de sentença.

Afinal, se tenho uma defesa de mérito exposta incidentalmente na execução, há uma expectativa do executado de conseguir algo mais do que aquela sentença que homologa a desistência lhe daria. Ele pode ter uma vitória de mérito, enquanto a homologação da desistência lhe daria apenas a sentença terminativa. Resolve-se o processo, mas não se resolve o conflito.

Outra mudança interessante, que também deve gerar polêmica e foi uma opção do legislador, mas que particularmente não concordo – foi até naquele primeiro encontro que tivemos sobre o fórum permanente dos processualistas e o grupo de execução se colocou contra essa mudança - diz respeito à averbação da execução.

Distribui-se uma inicial de execução e, no sistema atual, no próprio cartório distribuidor, pede-se uma certidão que ateste a existência dessa execução - é uma certidão simples que o cartório distribuidor faz com o nome das partes e o valor da execução - , e, em poder dessa certidão, o exequente vai até algum registro de bem, que ele saiba obviamente que contém algum bem de propriedade do executado, e averba essa certidão no registro.

Pode ser no registro de imóveis, pode ser na junta comercial num contrato social, pode ser no Detran, questão de automóvel. A ideia é dar uma ciência *erga omnes* do estado de execução em que esteja o proprietário daquele bem, porque isso vai ser importante, nos termos da Súmula n.º 375 do STJ, no tocante à fraude de execução. Consigo configurar, numa presunção relativa, uma fraude de execução muito antes de o executado ser citado. Notando algum abuso na utilização dessa averbação, agora o legislador exige que a execução seja admitida pelo juízo para que só nesse caso, a certidão possa ser elaborada.

Notem que não há mais a possibilidade de o cartório distribuidor elaborar esta certidão. Quem passa a elaborar essa certidão é o cartório judicial, depois de uma análise prévia, ainda que sumária, superficial, feita pelo juiz. Se o juiz admitir a execução e determinar a citação do executado, aí sim, o cartório, a pedido do exequente, vai poder fazer a certidão que será averbada no registro de bens do executado. Prestigiou-se aqui a segurança jurídica, em detrimento da celeridade processual.

Afinal, essa atividade de recebimento da apelação, com todos os

trabalhos burocráticos que a envolvem, a depender do cartório, pode até tomar um tempo para lá de considerável. Outra mudança que vai no sentido do entendimento do STJ diz respeito ao pagamento parcelado, hoje previsto no art. 745. Aquela possibilidade que o executado tem, no seu prazo de defesa, de impedir um pagamento em até seis meses, depositando 30%, no mínimo, do valor exequendo.

O STJ entende que esse não é um direito potestativo do executado, ou seja, o juiz não está obrigado a aceitar o pedido de pagamento parcelado, se entender que há motivos relevantes para que essa forma de satisfação não seja admitida no caso concreto. Hoje em dia, esse entendimento gera quase que um temor muito grande no executado. Isso por quê? Porque o executado, ao pedir o pagamento parcelado, tem de reconhecer juridicamente o pedido. Ora, se ele reconhece o pedido do exequente, estará renunciando ao seu direito de embargar à execução.

Ademais, ele já tem de fazer um depósito inicial de no mínimo 30% do valor executado, ficando na pendência de o juiz admitir ou não esse pedido. Imaginem que corro um risco de o juiz entender que naquele caso concreto não é adequada a forma de pagamento parcelado e indeferir meu pedido. Ora, se isso acontecer, já terei renunciado à minha defesa em sede de embargos, e eu já teria perdido esses 30% que, obviamente, jamais vão ser devolvidos ao exequente.

Vão ser entregues imediatamente ao executado. É um risco muito grande para o executado fazer esse pedido nos termos em que hoje se encontra. Esse perigo foi parcialmente resolvido pelo projeto, porque diz claramente que, se não houver motivo relevante, o juiz deve deferir, mas, havendo motivo relevante para a não admissão, o pedido será indeferido. Porém, será restabelecido o prazo para interposição de embargos. De maneira que o executado que vê frustrada a sua tentativa de pagar de forma parcelada ainda terá quinze dias para embargar à execução.

Com relação aos 30% que ele já depositou, esse valor ele perderá mesmo em benefício do executado; é um dinheiro que ele nunca mais vai ver. Outra alteração - triste até dizer que ela teve de ser feita, mas a verdade está aí para confirmar que ela é necessária - é a indicação de que, enquanto não houver decisão sobre o pedido, o exequente deve fazer o pagamento mensalmente, dentro de uma expectativa de que, no prazo de um mês,

não haja uma decisão sobre o pedido parcelado; quem sabe até nos seis meses. Nesse caso, será tarde demais para o indeferimento. Após ter todo o pagamento realizado em seis meses, vem a análise do pedido e já é, obviamente, tarde demais, porque a obrigação já vai estar satisfeita.

Outro sintoma terrível da inércia, *data maxima venia*, dos nossos tribunais diz respeito a uma novidade muito interessante ocorrida no ano de 2006, que foi a alienação por iniciativa particular, ou seja, foi uma tentativa de livrar todos os que participam da execução. Isso porque, a partir do momento que há uma penhora, exequente e executado têm o mesmo objetivo, que é elevar o valor penhorado ao máximo possível; todos ali se beneficiam do maior valor possível obtido em uma expropriação do bem. E todos sabemos que a hasta pública é uma tragédia; ela é uma forma de expropriação que deve ser residual, ou seja, quanto menos se precisar dela melhor para todo mundo. Daí por que, em 2006, a adjudicação do bem passou a ser a forma preferencial de expropriação, e também em 2006 foi criada uma alienação por iniciativa particular., que é a possibilidade que o exequente tem de pedir ao juízo que um corretor, um *expert*, portanto, naquela área que envolve o bem alienado, possa procurar interessados e trazê-los ao juízo. Não é uma alienação extrajudicial.

A alienação continua sendo feita pelo juízo, mas esse intermediário, esse particular, na figura do corretor, vai ser o intermediário entre o mercado e o processo. Vai trazer os interessados para fazerem uma oferta e, eventualmente, adquirirem o bem.

Qual foi o problema? Em 2006, exigia-se, para que esse corretor participasse do processo, uma experiência prévia de cinco anos - que agora diminuiu para três; mas isso é o de menos - e um credenciamento perante o tribunal, sendo que os tribunais deveriam regulamentar esse credenciamento. Ocorre, entretanto, que a grande maioria dos tribunais não o regulamentou, de forma que os corretores simplesmente não poderiam atuar sem essa regulamentação. Assim, a novidade não virou uma realidade, justamente por esse obstáculo administrativo, por assim dizer.

Pensando nisso, o projeto prevê o seguinte: mantém-se a ideia do credenciamento do corretor, mas, naqueles locais em que o tribunal não regulamentar tal credenciamento, a escolha do corretor passa a ser livre, de forma que, como hoje, o juiz

escolhe os peritos para participar da prova pericial, também poderão escolher o corretor para funcionar como intermediário do mercado com o processo.

Trago agora uma última novidade interessante, uma adequação boa: em 2006, passamos a trabalhar com uma defesa do executado sem a necessidade de penhora e começamos a perceber que, muitas vezes, depois dos embargos interpostos, tinha-se a penhora e algum vício da penhora. Aí vinha a avaliação e também havia um vício na avaliação. E a grande pergunta era: entro com novos embargos? Essa matéria que tradicionalmente alego em embargos, já não aleguei, porque, obviamente, nem penhora, nem avaliação ainda havia à época que embarguei. Então, vou ter dois embargos, quiçá três em um mesmo processo de execução? E o legislador, aqui no projeto, resolve dizendo expressamente o seguinte: “Uma mera petição no prazo de quinze dias pode servir para alegação de penhora, vícios na penhora, vícios na avaliação”, dispensando assim a necessidade de outra defesa tradicional que são os embargos à execução.

Além das alterações de 2005/2006, tivemos algumas soluções de divergências, bastante sensíveis na doutrina e até na jurisprudência, que foram resolvidas pelo legislador. A primeira e bastante significativa... Na verdade, há pessoas que dizem que já desde 2005 assim o era, mas agora me parece que a redação dada ao dispositivo legal vai reforçar essa interpretação.

A sentença meramente declaratória como título executivo. É uma discussão que hoje o STJ vem admitindo como executável a sentença meramente declaratória, que obviamente tenha como objeto uma obrigação inadimplida, e parece-me que é nesse sentido também que o projeto acaba consagrando o entendimento. Uma consagração que também é por opção do legislador, a respeito da coisa julgada inconstitucional. Essa é uma matéria também muito importante que veio com o art. 741, II, parágrafo único, 475-L, II, § 1.º no sentido de que o executado, no cumprimento de sentença, pode alegar a inconstitucionalidade da norma que fundamentou essa sentença. É uma matéria de defesa da impugnação.

A primeira questão que se levantou, e essa é uma questão em aberto, hoje, na doutrina, e também na jurisprudência, até porque o STF não se posicionou, ainda, de maneira clara, é a respeito da espécie de declaração de inconstitucionalidade do

STF. Quer dizer, o STF declara a inconstitucionalidade em um RE, já vale para as execuções que não envolvem, obviamente, as partes daquele processo em que foi tirado o RE ou precisamos esperar uma decisão concentrada do STF em um processo objetivo, em uma ação de controle? Essa é uma dúvida. Hoje, tem-se a discussão da objetivação do RE, mas tudo isso ainda muito discutível.

O legislador, aqui, faz uma opção clara, diz expressamente que qualquer decisão do STF declarando a inconstitucionalidade já serve para alegação da coisa julgada inconstitucional. De maneira incidental ou concentrada, portanto, já é possível alegar a inconstitucionalidade na defesa, no cumprimento de sentença. Outra opção, também, era com relação ao momento em que essa decisão do STF é proferida. Quer dizer, interessa que ela tenha sido proferida durante o processo? Interessa que ela tenha sido proferida depois? O trânsito em julgado da sentença exequenda tem alguma relevância? Esse também é um tema em aberto, quer dizer, as discussões grassam a respeito desse tema.

O legislador entendeu, também, de uma maneira objetiva, resolver isso. Estamos assim: se a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade vem após o trânsito em julgado da sentença exequenda, não há mais cabimento da sua alegação em defesa executiva.

Deve-se impugnar aquela defesa por meio da ação rescisória. De maneira que a defesa executiva da coisa julgada inconstitucional fica limitada apenas àquela declaração do STF feita antes do trânsito em julgado da sentença exequenda. Com isso, há uma limitação sensível no fenômeno da chamada coisa julgada inconstitucional. Quer dizer, vai se prestar a uma ação rescisória, mas não vai se prestar à desconstituição da sentença transitada em julgado em sede de cumprimento de sentença. Esta aqui também promete muitas emoções: a questão do valor consolidado das *astreintes*. Impõem-se as *astreintes*, a multa diária corre, e, de repente, o exequente diz que acha que não vai funcionar, que quer converter em perdas e danos essa obrigação de fazer ou não fazer uma entrega de coisa e quer cobrar multa.

A experiência mostra que, muitas vezes, essa multa atinge valores bastante elevados, e esses valores bastante elevados não decorrem, na verdade, de um valor elevado da multa em si, mas sim de um lapso temporal considerável do descumprimento da

decisão.

Diante desse fato, vem a pergunta: esse valor consolidado da multa pode ser diminuído? Percebemos, nitidamente, duas opiniões: aqui se faz, aqui se paga, se o valor atingiu esse montante em razão da recalcitrância do executado em cumprir obrigação, e outros pensando que esse valor, na verdade, decorreu de uma manobra do exequente, que, muitas vezes, abdica do próprio direito material que está buscando, porque vê na aplicação da multa uma verdadeira poupança.

Daí por que ele não quer que a efetivação ocorra, ele torce, inclusive, para que não ocorra a efetivação da decisão para que assim ele possa, depois, cobrar dois, três, quatro milhões de reais de multa. O STJ, majoritariamente, hoje, aponta pela possibilidade de redução desse valor da multa, pela possibilidade de que o tal enriquecimento ilícito seja o motivo suficiente para diminuir o valor consolidado. O legislador tomou o caminho exatamente oposto. Vem no projeto do novo CPC uma regra expressa de que não é possível diminuir o valor consolidado da multa. Então, independentemente do valor que for alcançado, o juiz não terá mais o poder de diminuir esse valor no momento da sua execução. Essa foi uma opção do legislador.

Algumas novidades agora.

Vou começar pelas novidades positivas e depois falarei das negativas. Uma novidade que entendi positiva foi a proteção do cônjuge no caso da meação. O legislador aproveitou a oportunidade e também aplicou a mesma regra ao coproprietário. Como funciona hoje? Penhora-se um bem indivisível, e o cônjuge não devedor, por meio de embargos de terceiro, prova que tem direito à reserva da sua meação. Aliena-se o bem integralmente e entrega-se 50% da alienação para o cônjuge e 50% para o exequente. Na proposta do novo CPC, o cônjuge não devedor obterá sempre, no mínimo, 50% do valor da avaliação – não da expropriação. Então, percebam: tem-se uma proteção óbvia ao cônjuge, mas em sacrifício do exequente, e isso é evidente, porque, se avalio o bem por um milhão e vendo por seiscentos mil, tenho de entregar quinhentos mil para o cônjuge não devedor. Isso vai fazer com que somente cem mil sejam entregues ao exequente. A depender do valor que é obtido em hasta pública, é possível até que o exequente não veja a cor do dinheiro, porque será entregue, na verdade, a totalidade do que for obtido, se não atingir 50% da avaliação,

para o cônjuge não devedor.

Há outra novidade. Vou parar de qualificá-las. Digam se ela é boa ou ruim. Acredito que todos concordarão que não é boa: a ampliação das hipóteses de execução provisória. Para nós, a execução provisória é essencial em razão da demora do processo, e, aqui, tivemos mais um indicativo – certamente os senhores ouviram falar disso nas palestras anteriores – da relevância dos precedentes. Hoje, temos a execução provisória com base no direito alimentar, no ato ilícito, em valor até cem salários mínimos, em estado de necessidade ou ainda na pendência do agravo contra decisão denegatória de RE e REsp. Pela reforma, teremos a possibilidade de uma execução provisória justamente em razão de a decisão estar fundada em precedentes dos Tribunais Superiores. Se a sentença, ainda que recorrida, está fundada em uma posição consolidada do STJ ou do STF, a execução será provisória com a dispensa da caução. Dispensa-se a caução, facilita a vida do exequente e mostra, mais uma vez, a tendência clara desse Código, que é o respeito e a grande influência que os precedentes dos Tribunais Superiores devem gerar em diversos fenômenos processuais.

Quanto à previsão originária de prescrição intercorrente, não temos, hoje, no CPC, nenhuma previsão nesse sentido. A prescrição intercorrente é um fenômeno que todos reconhecem como existente, e o projeto teve também o cuidado de fazer uma previsão com relação a prazo - um ano -, vai para o arquivo, começa a correr a prescrição intercorrente. A exemplo do que a execução fiscal já faz há muito tempo, o CPC também passa a tratar dessa prescrição intercorrente, o que parece ser positivo.

Trabalhamos com a tipicidade das formas de uma maneira inovadora, porque, hoje, a tipicidade das formas executivas está prevista no art. 461, § 5.º. Isso vem fazendo com que muitos juízes considerem que a tipicidade seja algo privativo da execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa e que, na execução de pagar, essa tipicidade não poderia ser aplicada. Pelo projeto, a tipicidade continua expressamente consagrada, mas, agora, numa parte geral do Código. Então, não há mais a desculpa de que, por estar em um artigo que trata da obrigação de fazer ou não fazer, esse seria um princípio que não poderia também ser aplicado às execuções de pagar quantia, com ênfase significativa, nas *astreintes*.

A resistência do STJ em aplicar as *astreintes* às obrigações de pagar tem como fundamento principal justamente essa limitação feita por vontade do legislador às execuções de fazer ou não fazer e as de entregar coisa dos arts. 461 e 461-A. Com a previsão da tipicidade em uma parte geral do Código, a esperança é a de que as *astreintes* também possam estar liberadas para aplicação nas obrigações de pagar quantia. Uma novidade que é bem interessante, mas vai gerar algum tipo de divergência – já foi mencionada aqui, fiquei sabendo em conversa na antessala –, diz respeito ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica. É interessante regulamentar uma realidade que hoje está um pouco solta. Temos regras de desconsideração, e só no direito material as questões procedimentais não haviam sido enfrentadas. Criou-se, portanto, um incidente. O problema é que temos um capítulo para o incidente de desconsideração e um artigo na parte de execução para falar da fraude à execução. E a grande questão é a seguinte: com a desconsideração, como trabalho a fraude à execução praticada pelos sócios? O legislador, aqui, teria de tomar um termo inicial para determinar o que seria fraude à execução ou não.

Como esses dois fenômenos, o incidente de desconsideração e a fraude à execução, estão em locais diversos do código - quem sabe, no ponto, tenha faltado um pouco de atenção. Porque se tem duas regras diferentes: numa passagem, diz que a fraude à execução será considerada a partir do momento em que os sócios são citados nesse incidente de desconsideração, ou seja, a partir do momento em que eles sabem que há uma ameaça de desconsideração, porque há um pedido nesse sentido e o juiz está enfrentando essa matéria, qualquer dilapidação do patrimônio seria configurada como fraude à execução. Só que, para a parte da fraude à execução, esta só passa a existir a partir do momento da decisão que desconsidera a personalidade jurídica; quer dizer, seria essencial um termo inicial para termos algo objetivo em termos de fraude à execução nessa circunstância.

Há aqui uma confusão, uma divergência interna do próprio Código, que vai certamente gerar muita emoção, muita discussão, até que seja fixado o melhor entendimento. Vou encerrar agora. Quanto a esse ponto, acho que todos vão entender que não foi bom. E, aqui, temos até de eximir de culpa os doutrinadores, o Dr. Luiz Henrique Volpe e o Dr. Fredie Didier Júnior, que tomaram a frente desse projeto, pois foram atropelados pelo Legislativo. Todos eles, publicamente, já se colocaram contra essa modificação, ainda mais da forma como foi feita.

A pior passagem - que não é da execução, mas, quem sabe, de todo o novo projeto - é certamente a agressão sofrida pela penhora *on-line* pelo Sistema BacenJud, tão cara à Justiça do Trabalho. A partir de 2001, com o convênio entre o Bacen e o Judiciário, mesmo sem previsão legal nenhuma, a Justiça do Trabalho foi pioneira na adoção dessa penhora. Enquanto ela tinha 90% ou 95% de seus juízes trabalhando com a penhora *on-line*, a Justiça Comum ainda engatinhava com 40% ou 45%. Quer dizer, foi uma lição de conduta, de efetivação do processo que a Justiça do Trabalho deu às demais justiças do País. Então, eis que, na Câmara dos Deputados, eles criam uma limitação à penhora *on-line*. Na verdade, pelo que foi confidenciado, “entregamos o anel para não perder os dedos”. Na proposta originária, seria simplesmente acabar com a penhora *on-line* pelo Sistema BacenJud, afinal, para que continuar com uma conduta que está dando certo? Por uma pressão - evidentemente, porque não há como esperar bom senso dessas pessoas - que deu resultado, conseguiu-se apenas uma limitação à penhora *on-line*. A ideia, basicamente, é não se admitir a penhora *on-line* pelo Sistema BacenJud, na execução de sentença, antes de haver uma decisão do Tribunal de segundo grau a respeito da existência do crédito. Então, basicamente, seria dizer o seguinte: temos a sentença, ela é imediatamente executável, mas, enquanto o Tribunal não julgar o recurso interposto contra ela - pode-se executar -, a penhora *on-line* pelo Sistema BacenJud, em tese, não se pode mais fazer.

Pois bem. O que acontece neste caso? Criaram o § 9.º no art. 870, parágrafo este que prevê exatamente o que coloquei para os senhores: enquanto não houver decisão de segundo grau, não se pode fazer a penhora *on-line*. Só que o § 10 - que os senhores, penso eu, matreiramente incluíram - prevê que o disposto no § 9.º não se aplica às hipóteses do art. 1.025, § 1.º. Por curiosidade, os senhores vão até o art. 1.025, § 1.º, que diz: “Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que (...)”. Ou seja, o art. 1.025 trata daquelas hipóteses em que a apelação não tem duplo efeito, que ela não será recebida no efeito suspensivo. Para essa hipótese, a vedação à penhora *on-line* não se aplica. Então ela se aplica quando? Quando a apelação é recebida no duplo efeito. Mas, quando ela é recebida no duplo efeito, não há cabimento de execução provisória, porque o efeito suspensivo da apelação impede a execução.

Resultado na prática: essa limitação se esvaziou, é uma norma

suicida. Ela cria uma limitação, mas ela se mata, porque só será aplicável onde não cabe a execução. E, como ele fala no art. 1.025, § 1.º: “(...) outras hipóteses previstas em lei”, e há uma previsão expressa de que se aplica o CPC à Justiça do Trabalho, certamente, fazendo um paralelo, a Justiça do Trabalho continua liberada na execução da sentença para fazer a penhora *on-line*, pelo menos, essa é a minha impressão.

Mas há um aspecto pior do que esse - acho que esse conseguimos contornar. O art. 298, parágrafo único, prevê que na efetivação da tutela antecipada são vedados o bloqueio e a penhora de dinheiro, de aplicação financeira ou de outros ativos financeiros. E, nesse ponto, eles fecharam a porta totalmente, porque não há uma interpretação possível e razoável que nos faça dizer que essa regra não será aplicada. Eles tiveram o cuidado porque;;;. Vejam os senhores: a previsão da penhora *on-line* melhorou muito, a sistematização, principalmente, pela distinção que o legislador fez agora entre indisponibilidade e penhora *on-line*. Então, num primeiro momento, o juiz não faz a penhora *on-line*, ele torna os valores indisponíveis; daí ele intima o executado para que este diga se aquele valor é um bem impenhorável, uma conta salário ou algo do gênero, ou se há um excesso de penhora, algo desse tipo; ele vai se defender em cinco dias; não se defendendo ou não sendo admitida a defesa, o juiz realiza a penhora *on-line*.

O próprio legislador deixou claro que a indisponibilidade do valor é um ato e a penhora *on-line* é outro ato. Perceba-se: se o legislador aqui tivesse falado apenas “não admito a penhora *on-line*”, seria ainda admissível a indisponibilidade do valor. Quer dizer, se não resolve porque não dá para entregar o bem ao exequente, pelo menos evita, obviamente, a transferência desses valores. Mas aqui a limitação veio de uma maneira completa, porque ele fala: não se admite o bloqueio - interprete-se como a indisponibilidade - e nem a penhora *on-line*. Então, para a tutela antecipada, eu, pelo menos, já tentei, de todas as maneiras interpretativas possíveis, fugir dessa limitação, mas, infelizmente, não encontrei ainda nenhuma solução. Era, basicamente, o que eu tinha a expor aos senhores. Havia muito mais a acrescentar, é óbvio, mas, em razão do tempo, isto é o essencial das novidades sobre a execução.

Obrigado.

Painel “Impactos do novo CPC no processo do trabalho”¹⁴

Estêvão Mallet

Ministro Dalazen, permita-me iniciar esta minha intervenção com uma saudação muito particular a V. Ex.^a e um agradecimento pelo honroso convite que me foi feito. Quero também saudar os meus colegas de Mesa, saudar os Ministros que acompanham esta sessão e todos os presentes.

Iniciarei a minha reflexão, Ministro Dalazen, com uma pergunta que o Ministro Alfredo Buzaid fez na ocasião em que encaminhou, na altura, o anteprojeto do Código de 1973 para o Congresso Nacional. Perguntava ele na Exposição de Motivos: reforma ou nova codificação? E, na altura, claro, como seria de se esperar, respondeu: nova codificação e não reforma, e daí surgiu o Código de 1973. Acho que podemos fazer a mesma pergunta: reforma ou nova codificação? É verdade que o Código em vigor não é de 1973, porque começou a ser concebido na década de 60; portanto, há cinquenta anos, em face de um Brasil muito diferente, que ainda tinha a maioria da população agrária. O desenvolvimento industrial e econômico do País não era o atual - e havia muitas outras diferenças. Isso poderia nos levar a imaginar a necessidade de uma nova codificação, já que estamos em pleno século XXI.

Mas não sei, sinceramente, se daria a mesma resposta que o Ministro Buzaid deu àquela altura. Ponho à reflexão de todos, por exemplo, o que se passa em outros países. O Código Civil Francês é de 1803. Fez cento e onze anos e, ainda assim, é o mesmo Código Civil - e aí de quem, na França, levantar a ideia de modificação do Código Civil. A sociedade transformou-se de uma maneira assombrosa. Desculpem-me, foram duzentos e dez anos de transformação. A essa altura, pouco tempo depois de o Código ser aprovado, quando Napoleão teve a ideia, que para ele se revelou tão infeliz, de invadir a Rússia e chegar até Moscou, as notícias, para chegarem de Moscou, onde estava o Imperador, até Paris demoravam quase duas semanas. Em Paris, não se sabia se o Imperador estava vivo ou não enquanto invadia a Rússia, por causa das dificuldades de comunicação da época. Quinta-feira, dia 18, antes que o dia encerre, vamos saber se a Escócia continuará a fazer parte

¹⁴ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 16 de setembro de 2014, às 14h40. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

do Reino Unido ou não. Em Brasília, no Brasil, no mundo inteiro, vamos saber imediatamente. Estou curiosíssimo para ver o desfecho disso. É o caso, portanto, de se fazer esta pergunta: será que precisamos mesmo de uma nova codificação? As mudanças que se produziram nesse tempo justificam uma nova codificação?

Coloco isso em dúvida por várias razões.

Em primeiro lugar, porque me parece que os problemas principais do processo em geral - falo do processo do trabalho, mas também do processo civil - não foram atacados, porque não estão na legislação processual essencialmente; eles estão fora do processo. Enquanto não resolvermos enfrentar esses problemas, não haverá processo que funcione. Se não lidarmos especialmente com dois deles: os estímulos econômicos à litigiosidade. Infelizmente, falta no Brasil um pouco de estudo econômico do Direito.

Deixamos de lado as causas que vêm antes do Direito e fora dele e que levam a uma litigiosidade enorme. No Processo do Trabalho, isso é claríssimo. Quem tem alguma experiência com a realidade forense no dia a dia sabe quais são as causas econômicas que estimulam, que quase favorecem a litigiosidade nos mais variados sentidos.

O segundo aspecto, que também não é considerado, é o comportamento do Poder Público diante das decisões judiciais. Em muitos países, é inconcebível que o Poder Público não cumpra uma decisão judicial; não se imagina isso. No Brasil, exatamente o contrário ocorre, e isso a reforma não enfrenta. Portanto, não se vai alterar substancialmente o cenário que temos na realidade forense. Por outro lado, também nas pesquisas que fiz sobre o tema, deparei-me com um autor - não tive a paciência de fazer essa avaliação - que disse que 80% dos dispositivos do projeto são repetição do Código atual. Ou seja, a mudança não é tão substancial assim.

É claro que pontualmente há alterações, problemas que são resolvidos aqui e acolá, mas 80% dos dispositivos repetem a codificação atual. Ora, será que, então, é o caso de uma nova codificação? Lembremo-nos sempre de que toda mudança dessa magnitude traz inúmeros problemas. Questões que antes estavam sedimentadas ressurgem; problemas que não existiam aparecem; isso para não falar - é um assunto de que o Professor

Homero vai tratar - da compatibilização do Processo do trabalho e do Processo Civil, aquilo que já estava sedimentado; todos esses problemas vão ser reabertos.

Mais ainda: creio que, no afã de se aprovar a nova codificação, vamos criar outros problemas. Não é algo novo; de certo modo, foi o que vimos acontecer com o Código Civil atual. Ele ficou durante quarenta anos no Congresso e depois, em dado momento, resolveu-se que era preciso, de qualquer modo, aprovar o Código; foi o que se fez num espaço curtíssimo de tempo. Qual foi o resultado? O resultado está, por exemplo, no art. 222 do Código Civil. É um Código que entrou em vigor no século XXI, refere-se ao telegrama e não diz uma linha sobre mensagem de Internet. Pergunto a este auditório: quem, no mês de setembro, recebeu um telegrama? E faço a pergunta inversa: quem, no dia de hoje, não recebeu uma dezena ou talvez uma centena de mensagens eletrônicas? Como um Código que entrou em vigor no século XXI trata do telegrama e não da Internet? De certo modo, veremos isso no Código de Processo Civil. Sabem por quê? Porque a ideia original não era tratar do processo eletrônico, pois ele seria objeto de outra lei. Mas, no meio do caminho, mudou-se isso, introduzindo uma seção para tratar do processo eletrônico no projeto do Código de Processo Civil.

Isso vai gerar, mais ou menos, aquilo que aconteceu no Código Civil, quando também, devido ao passar do tempo, percebeu-se que era preciso fazer algumas adaptações. Por exemplo, a questão da união estável. Na década de 60, quando se começou a redigir o projeto de Código Civil, ninguém imaginava a união estável; porém, quando o Código ia ser aprovado, já no século XXI, a união estável era um dado da realidade, reconhecida pela jurisprudência e que precisava ser disciplinada. O que o legislador fez? Introduziu um capítulo sobre a união estável. Mas ele foi colocado de última hora, sem os ajustes necessários, e aconteceram inúmeros problemas. Por exemplo, no livro relativo ao Direito das Sucessões, a união estável não foi devidamente regulamentada e adaptada para ser inserida. Foi uma colocação de última hora, que gerou problemas.

Vamos ter exatamente o mesmo com o projeto do Código de Processo Civil e o processo eletrônico, que foi introduzido de última hora. Isso será fonte de inesgotáveis problemas. Havia um dispositivo – para mencionar rapidamente apenas um exemplo –, que foi corrigido de última hora. Trata-se do dispositivo do prazo em dobro para os litisconsortes, que não tinha a ressalva do processo eletrônico. No processo eletrônico, é

claro, não faz sentido o prazo em dobro para os litisconsortes. Na redação original, não havia isso. Na última hora, colocaram: “Não se aplica o prazo em dobro quando se trata de processo eletrônico.” É evidente, isso faz sentido. Não fosse esse ajuste, teríamos uma enorme controvérsia jurisprudencial para saber se, no processo eletrônico, aplica-se ou não o prazo em dobro. Por quê? Porque o Código não foi concebido para o processo eletrônico, ou seja, para o processo que, dentro de cinco ou dez anos, será o único que teremos.

A última observação que farei, em caráter geral, antes de tratar de algumas novidades que merecem reflexão, sobretudo a partir da perspectiva do Processo do Trabalho, é a seguinte: se fosse para mudar algumas coisas, o Código começaria bem, por exemplo, acabando com um dispositivo que não tem mais nenhuma razão de ser. Esse preceito do art. 20, que é mais um dos 80% que repetem o Código anterior, decorre do Código atual. Isso porque, no Código de 1939, havia uma enorme controvérsia doutrinária para saber se cabia a ação declaratória quando a parte já podia ajuizar a ação condenatória. Foram rios de tinta na doutrina para se discutir esse assunto. O Código de 1973 resolveu o problema. Mas esse é um problema que só faz sentido do ponto de vista teórico. Na prática, no Direito do Trabalho, por exemplo, quem imagina o reclamante pedindo uma tutela declaratória, quando pode pedir a condenação? Para que pedir a declaração, se posso pedir a condenação? Então, esse dispositivo não faz nenhum sentido, é algo do Código anterior, que já deveria ter sido eliminado.

Não quero dizer que não haja aspectos interessantes e algumas novidades que merecem a reflexão.

Um ponto importante, sim, é a nova visão do contraditório, que o Código acolhe muito bem. Não pude, infelizmente, participar dos debates anteriores, portanto não sei se esse ponto já foi sublinhado. Mas o Código muda isso, e o projeto muda muito bem esse ponto, porque até hoje há quem veja o contraditório como simplesmente o direito de ser ouvido em juízo, o direito de se manifestar no processo. No projeto do Código, isso muda para se caracterizar como o Direito de tentar influir na formação do convencimento do julgador, participar na formação do convencimento do julgador, o que, de fato, é muito importante e confere ao contraditório um significado muito mais amplo.

Esse dispositivo do art. 10, na verdade, origina-se especialmente da jurisprudência dos tribunais estrangeiros, inclusive da Corte Europeia de Direitos Humanos, que teve de examinar um caso muito interessante. Vejam como o contraditório pode adquirir uma abrangência muito maior: a Corte Europeia anulou uma decisão de um Tribunal – e aqui tem a íntegra do pronunciamento –, um julgamento proferido por um tribunal belga, em que, na ocasião dos debates, no Tribunal, o Representante do Ministério Público suscitou uma questão e o Tribunal acolheu essa alegação do Representante do Ministério Público sem que as partes pudessem sobre elas se manifestarem. A Corte Europeia entendeu que isso violava o direito ao contraditório, porque as partes foram privadas de discutir aquele ponto e de participar na formação do convencimento do julgador; uma amplitude muito maior ao contraditório.

Depois disso passou para vários códigos, o Código de Processo Civil Francês. Aliás, o Novo Código de Processo Civil Francês, como os franceses chamam até hoje, que é da década de 70, mas é o Novo Código de Processo Civil Francês. E também, para ficar mais perto da nossa realidade, o Código de Portugal, que tem essa visão do contraditório. Esse já é o texto do Código de 2013, que foi aprovado. Reflitam como esse novo contraditório vai influir no processo. De um lado, aquela distinção acadêmica que fazíamos entre nulidade e anulabilidade começa a perder importância. Lembram-se? O juiz pode pronunciar a nulidade de ofício, mas antes tem de ouvir a parte, se não vai quebrar o contraditório nesse sentido mais abrangente; ou, se quiserem, incompetência absoluta. O juiz pode pronunciar de ofício. Ninguém discute, é verdade, mas, antes de pronunciar de ofício, ele não pode fazer aquilo que a jurisprudência europeia chama de decisão surpresa: a invocação de um ponto não discutido na causa. Então, mesmo para pronunciar de ofício a incompetência absoluta, o juiz ou tribunal devem submeter a matéria à discussão das partes no âmbito do contraditório.

Aqui talvez tenhamos para o dia a dia forense também um ponto interessante que começa a ser um pouco preocupante. Já tenho visto isso em casos concretos. Em relação à iniciativa probatória do juiz que agora ficou muito mais fácil com a Internet, às vezes acontece de, no momento do julgamento, o Magistrado ir à Internet colher informações e trazê-las na sentença. Ora, sob essa nova perspectiva do contraditório, isso não poderia ocorrer, porque, sobre essas novas informações, sabemos que hoje a Internet é um repositório quase inesgotável de dados, registros e notícias. Para que venham ao processo, devem ser

submetidas ao crivo do contraditório, ao debate entre as partes. Essa regra do art. 10 do Código projetado vai resolver essa dificuldade.

Talvez o ponto do Código que mais controvérsia suscitou – falo pelo que li, quase que como leigo nos jornais –, sobretudo nos meios não apenas jurídicos, parece ser o capítulo dos recursos, especialmente por conta de duas regras do texto do projeto. O Professor Daniel mencionou o art. 1.020, e citei o art. 1.008, porque não é fácil saber exatamente qual é o texto, porque são tantas as mudanças, os projetos em andamento, que isso não é uma questão simples. Mas não há mudança importante nesse ponto. O mundo quase veio abaixo, nos meios extralegais, diante de duas alterações no capítulo dos recursos. Primeira, a eliminação do efeito suspensivo para a apelação proposta no projeto; segunda, o fim da recorribilidade imediata das interlocutórias, ou seja, aquele agravo de instrumento do processo civil, que cabia de qualquer interlocutória, desaparece e é substituído por um recurso de cabimento restrito. Ou seja, demos voltas, saímos do Código de 1939 para o Código de 1973, para voltar onde estava o Código de 1939. Todas essas voltas para chegarmos ao mesmo lugar.

Mas, para nós do processo do trabalho, absolutamente nada de novo. Aliás, em minha opinião, a prova de que o processo do trabalho, nesse capítulo dos recursos, está anos luz à frente do processo civil. Porque já não temos o efeito suspensivo *ex lege* do recurso ordinário. O recurso ordinário tem o efeito meramente devolutivo desde sempre, sempre foi assim, e não temos a recorribilidade imediata das interlocutórias. Todos sabem que as interlocutórias são discutidas no âmbito do recurso contra a decisão final. E o mundo acabou? Não. O processo funciona muito bem, pelo menos nesse campo. Quer dizer, tudo aquilo que se diz em torno dos problemas que o Código causaria nesse campo não me parece verdadeiro.

Aliás, se pesquisarmos no Direito Comparado, veremos que a tendência é essa, e recorribilidade em separado das interlocutórias cada vez existe menos, cada vez se acolhe menos. A ideia é mesmo a do modelo da Consolidação das Leis do Trabalho, sem eficácia suspensiva *ex lege* e sem recorribilidade ampla das interlocutórias.

Agora, há algumas outras inovações que também merecem ser rapidamente mencionadas nesse capítulo dos recursos e dos processos dos tribunais, que foi o

capítulo que resolvi examinar um pouco mais demoradamente. De um lado, vemos uma valorização da instrumentalidade, uma repetição de um dispositivo que já está no Código de Processo Civil quando haja dúvida a respeito do recolhimento das custas.

Outra norma que menciono diz respeito ao art. 1.042, § 3.º: o vício formal que não seja reputado grave não impedirá o conhecimento do recurso de natureza extraordinária ou especial. Para desapontamento de todos, duas alterações que não têm nenhuma inovação no processo do trabalho. Segunda-feira entra em vigor a Lei n.º 13.015/14, que já introduz no processo do trabalho essas duas alterações a respeito de uma maior instrumentalidade do processo. Não tenho dúvida de que rios de tinta vão correr para definir o que será o defeito formal que não se repute grave, vamos ter muito que refletir sobre isso. Como exemplo, para especulação, eu diria o seguinte: A falta de um centavo no recolhimento do depósito recursal é um defeito formal não grave? Conheço a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e sei que, hoje, considera-se um óbice ao conhecimento do recurso. Acho que está certa a jurisprudência, porque aqui o legislador quantificou, e, quando se quantifica, elimina-se o arbítrio, substitui-se a qualidade pela quantidade. É uma técnica que o Direito adota para resolver problemas jurídicos. Mas tenho dúvida de que essa solução continue a valer após a entrada em vigor do art. 896, § 11. Estou inclinado a dizer que não mais.

Temos outras indagações interessantes. Por exemplo, o dispositivo está no capítulo do recurso de revista. Aplica-se também ao recurso ordinário, ao agravo de instrumento e ao agravo de petição? Essa é uma boa questão. Se formos à finalidade da norma, eu responderia que não, porque me parece que claramente temos um exemplo da chamada tendência de objetivação dos recursos de natureza extraordinária, ou seja, cada vez mais importa que os Tribunais Superiores deem uma decisão que sirva de parâmetro para os demais integrantes do Poder Judiciário. Por isso é que o Tribunal poderá relevar o vício não grave, a fim de emitir o seu julgamento. Convenhamos que parece fazer pouco sentido a dispensa no campo do recurso de revista e não se fazer o mesmo no campo dos demais recursos.

Para encerrar, porque não quero ultrapassar o meu tempo, Ministro Dalazen, chamo a atenção para uma nota que é muito característica do projeto, e que, na verdade, é algo do dia a dia do nosso Direito. É uma realidade cada vez mais forte no nosso

ordenamento jurídico, que é a valorização da jurisprudência. Creio que isso já foi mencionado, o Professor Daniel fez referência a isso e imagino que tenha sido tratado em outras Mesas. Cada vez mais aquela distinção que, no primeiro ano da faculdade, ouvimos entre *Civil Law* e *Common Law* faz menos sentido. Cada vez mais a *Common Law* se aproxima da *Civil Law* - nos Estados Unidos a legislação codificada é numerosíssima. O Reino Unido, com sua entrada na União Europeia, tem a influência do direito escrito cada vez mais forte, e nós, cada vez mais, nos aproximamos da *Common Law*, com as súmulas, as súmulas vinculantes, as orientações jurisprudenciais, precedentes, jurisprudência impeditiva de recurso, etc.

Agora, é claro que, com a valorização da jurisprudência, os mesmos problemas que existem na *Common Law* começam a ingressar em nosso sistema jurídico, e antes não tínhamos esses problemas, especialmente o tema da modulação dos efeitos temporais da jurisprudência - eu comentava o assunto com o Ministro Vieira de Mello Filho há pouco. Na medida em que a jurisprudência passa a ser mais importante na prática - e isso é um dado da realidade -, a aplicação no tempo da jurisprudência, que é algo que, no passado, não importava, agora tem uma relevância extraordinária. E o anteprojeto trata disso ao permitir expressamente a modulação dos efeitos da mudança da jurisprudência.

Outra vez, nenhuma novidade para o processo do trabalho, porque, na segunda-feira, entrará em vigor o art. 896-C, § 17, que já permite a modulação dos efeitos da jurisprudência. Isso é algo que, *na Common Law*, com a importância dos precedentes, é algo rotineiro. Cito um julgamento que é de meados do século XIX, salvo erro, é de 1880 da Suprema Corte, em que se modulou uma alteração da jurisprudência. E a modulação dos efeitos da mudança jurisprudencial, nos Estados Unidos, é aplicada essa modulação até no âmbito das garantias mais fundamentais.

Por exemplo, na década de 1960, a Suprema Corte mudou a sua jurisprudência em torno do direito do réu a ser processado perante o Tribunal do Júri, que é uma garantia que está na Constituição, antes não considerava necessário o processamento perante o Tribunal do Júri, e passou a entender que seria necessário. Ora, não houvesse modulação, as condenações anteriores teriam sido nulas, porque firmadas por juiz incompetente; não o Tribunal do Júri, teria havido violação à Constituição. A Suprema Corte modulou a mudança da jurisprudência para dizer: “É um direito do acusado nesses casos ser

processado perante o Tribunal do Júri, mas o reconhecimento dessa nova jurisprudência não anula as decisões que foram firmadas ao tempo em que a jurisprudência dizia o contrário”.

E aqui o próprio Tribunal Superior do Trabalho já, em mais de uma ocasião, modulou as alterações da jurisprudência. Conheço um acórdão do Ministro Vieira de Mello Filho, no caso da Súmula n.º 277, e também um acórdão do Ministro Walmir, ambas as decisões modulando a aplicação da nova jurisprudência. É algo que será um dado da realidade daqui para frente. Para arrematar, uma pequena curiosidade: esse problema da modulação da jurisprudência começou por acaso nos sistemas da *Civil Law*, na França, mais particularmente no Direito do Trabalho, porque a Corte de Cassação Francesa, durante muito tempo, entendeu que a cláusula de não competição no contrato de trabalho dispensava indenização ao empregado, uma compensação financeira; jurisprudência, em minha opinião, absurda, porque não se pode pactuar a não competição, a não concorrência sem uma compensação financeira. Mas os empregadores pactuavam sem a compensação e, depois, a Corte de Cassação mudou a sua jurisprudência, em 2000 ou 2001, e pôs-se o problema: mas quando contratei não era preciso pagar indenização, por isso não paguei; agora é nula? Disse a Corte de Cassação, ao modular: “não, a mudança da jurisprudência vale dali para frente”. O novo Código disciplina bem esse tema, mas o faz, eu diria, para encerrar, tal como o processo do trabalho já poderá fazer a partir de segunda feira, pelo menos, com a Lei n.º 13.015.

Bem, Sr. Ministro, essas eram algumas considerações sobre o tema. Agradeço muito a atenção e a paciência com que me ouviram.

Muito obrigado.

Painel: “Os impactos do novo CPC no processo do trabalho”¹⁵

Júlio César Bebber

Ministro João Oreste Dalazen, meu agradecimento à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho e à V. Ex.^a pelo honroso convite para aqui debater este assunto tão atual e tão importante para nós da Justiça do Trabalho. Os grandes organizadores sempre disseram que o sucesso para qualquer coisa é iniciar bem e concluir bem, o que está no meio tem pouca relevância. Observem que este Seminário foi organizado observando rigorosamente essa regra. Começou muito bem, com o Professor Estêvão Mallet e concluirá muito bem com o Professor Homero.

Devo dizer que cometi uma infidelidade com os meus colegas, o Professor Estêvão Mallet e o Professor Homero, porque havíamos feito certa divisão e ontem à noite fui obrigado a reorganizar um pouco a minha fala, porque cheguei ao hotel, depois do que ouvi aqui, extremamente deprimido. Senti-me o responsável pelo fracasso da justiça no País, como integrante do Poder Judiciário.

Começo falando do art. 15 do Código de Processo Civil, que estabelece a sua aplicação no Direito Processual do Trabalho supletiva e subsidiariamente. Passo a analisar se esse dispositivo realmente é interessante ou importante ou efetivamente muda alguma coisa. Ao que parece, quando se fala dele, começa a se dizer que o art. 769 fala só em aplicação subsidiária e o art. 15 também permite uma aplicação supletiva, mas será que isso é verdade? Será que isso já não está no art. 769 da CLT? Esse dispositivo ab-roga o art. 889, que, antes de ingressar no Processo Civil, na execução, determina que façamos a incursão pela Lei de Execução Fiscal?

Penso que, para responder a essas indagações, devemos compreender a razão e o motivo da existência desses dois dispositivos na CLT. Esses dois dispositivos não têm origem na CLT, a origem deles é precedente à CLT. A primeira norma que tivemos tratando de Direito Processual do Trabalho foi o Decreto-Lei n.º 1.237, de 2 de maio de 1939. À época, as normas de Direito Processual do Trabalho, que hoje ainda são as

¹⁵ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 16 de setembro de 2014, às 14h40. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

normas que temos, eram extremamente avançadas, extremamente progressistas, extremamente inovadoras. Qual era o Direito Comum, o Direito Processual que existia na época? Ainda não existia o CPC de 1939, que surgiu apenas em setembro daquele ano. O Direito Processual Civil era regido pelo Código de Processo Civil estadual. Naqueles que não adotaram os códigos próprios, era regido pelo Regulamento n.º 737, de 1850, e, nas suas omissões, pelas Ordenações Filipinas. Então, era preciso uma norma que obstasse a contaminação das regras de Direito Processual do Trabalho por todo esse arcabouço existente no Direito Processual Comum, que era extremamente nocivo e retrógrado diante da inovação, da progressividade e da celeridade que se pretendia alcançar com o Decreto-Lei n.º 1.237, de 1939.

Relativamente à execução, porém, fez-se a remessa à Lei de Execução Fiscal, porque, no ano anterior, em 1938, foi publicado um decreto-lei para a adoção da Lei de Execução Fiscal. E como, obviamente, a Lei de Execução Fiscal beneficiava o Estado, o Poder Público, ela também tinha regras para a execução muito mais avançadas do que as do Código de Processo Civil estadual e do Regulamento n.º 737, de 1850. Por isso se fez a opção de edição de poucos dispositivos tratando de execução ou remessa subsidiária à Lei de Execução Fiscal. Mais uma vez, estabeleceu-se uma regra de contenção. O objetivo era evitar o ingresso, no processo do trabalho, das normas de Direito Processual Comum. Isso foi feito no art. 39 do Decreto-Lei n.º 1.237, de 1939. Quando surgiu o Código de Processo Civil de 1939, logo em seguida foi publicado o Decreto-Lei n.º 6.596, de 1940, para regulamentar o Decreto-Lei n.º 1.237, de 1939.

Nesse momento, tínhamos a oportunidade de adotar o Código de Processo Civil, já que passávamos a ter um código de processo civil unitário. Se tiverem a oportunidade de fazer um comparativo do Código de Processo Civil de 1939, os senhores verão que ele repete quase que literalmente o Regulamento n.º 737, de 1850. Direito Processual Civil. O CPC de 1939 evoluiu muito pouco. Se fizerem um comparativo do Regulamento n.º 737, de 1850, os senhores verão que é quase que uma cópia literal das Ordenações Filipinas. Portanto, o Direito Processual Civil, em 1939, teve uma evolução mínima. O que se fez foi regulamentar o Decreto-Lei n.º 1.237/39, adotando as mesmas regras de contenção. A regra estabelecida no art. 196, atualmente, é o dispositivo consolidado na CLT. É o dispositivo que temos. Esse decreto é a parte processual da CLT, que apenas

consolidou, em 1943, a legislação que havia à época. O que temos, na verdade, nestes dois dispositivos legais, arts. 769 e 889 da CLT, são regras de contenção.

Evita-se o ingresso, no Direito Processual do Trabalho, das normas de processo civil que não são efetivas e eficazes. Com isso, esses dois dispositivos legais já contemplam subsidiariedade e supletividade do Direito Processual Comum diante daquilo que neles for mais efetivo e eficaz do que a norma que há no processo do trabalho. Vejam que já fazemos isso. Não estou falando nenhuma novidade aqui. Já aplicamos normas de Direito Processual Comum, mesmo não havendo omissão na CLT.

Aplicamos isso sobrepondo, por exemplo, o art. 422 do CPC, que dispensa o compromisso do perito, quando o art. 827 da CLT sugere este compromisso, quando fala que o juiz ouvirá o perito compromissado. Portanto, há compromisso do perito. Vejam que utilizamos também a multa nos embargos de declaração, que está no Código de Processo Civil, sendo que temos dispositivo específico sobre embargos de declaração que não trata de multa. Utilizamos o art.13 da Lei de Execução Fiscal para que o Oficial de Justiça faça a avaliação da penhora no momento da sua realização, em detrimento do art. 886, § 2.º, da CLT, que diz que a avaliação será feita após o julgamento dos embargos. Usamos o art. 692 do CPC, que trata do preço vil na arrematação, quando o art. 888, § 1.º, estabelece que o bem será alienado pelo maior lance.

Além disso, utilizamos também de normas conjugadas e da supletividade. Vejam que fazemos uma conjunção, uma mescla de dispositivos da CLT com dispositivos do CPC. Fazemos isso, por exemplo, no art. 801, que trata dos casos de impedimento, suspeição do juiz. Fazemos uma mescla com os arts. 134 e 135 do CPC, em alguns de seus incisos, porque o restante já está no art. 801. Vejam que fazemos isso nas hipóteses de suspeição, incapacidade e impedimento de testemunhas, já tratadas no art. 829, e conjugamos com o art. 405 do CPC. Há algumas discussões que se estabelecem dizendo que, quando aplicamos norma do Código de Processo Civil, não podemos trazer parte dele. Estou mencionando hipótese em que fazemos isso.

Na remessa necessária, temos Decreto-Lei n.º 779/69 e trazemos do CPC só o § 2.º e o § 3.º do art. 475. Alguns, a propósito, passam a dizer: “Tudo bem. Podemos, então, trazer um parágrafo, desde que seja inteiro; o que não podemos fazer é trazer

um pedaço”, que é o que se faria se aplicássemos o art. 475-J, porque tudo já está disciplinado no art. 880 da CLT. Se fôssemos aplicar o 475-J, dele traríamos só a multa de 10%. Isso, não podemos fazer, trazer só um pedaço. Essa aplicação supletiva, não podemos fazer.

Mas isso não é verdade. Fazemos isso, e o fazemos quando admitimos embargos de declaração por obscuridade. O art. 897-A fala que podemos. Temos embargos de declaração para as hipóteses de omissão, contradição e manifesto equívoco no exame dos pressupostos recursais. Não fala de obscuridade. Quando aplicamos o 535, estamos trazendo para o processo do trabalho somente a obscuridade.

Portanto, parece-me que o art. 15 do novo Código de Processo Civil projetado não traz inovação alguma, não muda absolutamente nada, porque a nossa regra, existente na CLT, as regras existentes na CLT são autossuficientes e não se modificam com ele, passam a conviver em conjunto e de modo harmônico. Dizem praticamente a mesma coisa.

Há certa rejeição de nossa parte a algumas ideias do novo Código de Processo Civil, principalmente porque nos imputam responsabilidades pela morosidade, pela deficiência, mas penso que não é caso para rejeitarmos o novo CPC. O projeto tem normas importantes que garantirão grande eficácia no processo do trabalho se extrairmos efetivamente essas normas efetivas. E, principalmente, o mais importante é que temos que ter sempre a noção de que a norma se desprende do interesse do legislador. Ela tem vida própria. E lembro aqui o Filósofo argentino Carlos Carcova, que diz o seguinte: “As normas só dizem o que alguns homens dizem que as normas dizem”. Somos nós que interpretamos as normas. Cabe-nos, portanto, interpretá-las de modo a garantir efetividade, a garantir a publicização do processo, que jamais pode se perder no âmbito do processo do trabalho.

Falando como membro do Judiciário trabalhista, penso que a publicidade impera. Como cidadão, tenho despreço à ideia de um processo privatizado como se prega ou como se pregou ontem durante todo o dia. Por exemplo, a ideia de negociação processual que se tratou aqui. Falou-se de altos empregados. Mas o que é alto empregado? O alto empregado, segundo a ideia, não necessitaria de proteção alguma no âmbito do processo do trabalho porque ele não é hipossuficiente. Por que razão então o salário é impenhorável? Qual a razão de se estabelecer a impenhorabilidade do salário sem a distinção de altos

empregados, baixos, ou seja o que for? Porque o empregado sobrevive, independentemente do valor que recebe, sobrevive desse valor. O único poder de manutenção dele é a força de trabalho dele. E aí podemos enfrentar essa ideia de negociação, embora eu não esteja dizendo que não é possível negociação alguma.

Temos normas que permitem negociação, mas podemos enfrentar com o art. 444 da CLT, que estabelece que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes – aí está a negociação, é possível – em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho: aos contratos coletivos e às decisões das autoridades competentes.

Com relação à declaração escrita de testemunha, também foi uma ideia sugerida, a possibilidade de se negociar, penso que, principalmente no âmbito do processo do trabalho, tendo em conta a publicização dele, não podemos compactuar com isso com perda da imediatidade, exceto nas hipóteses em que a imediatidade é inviável, como, por exemplo, na situação de oitiva de testemunha por carta precatória. Agora, não sendo essa hipótese, a imediatidade é fundamental. Todos nós que passamos por salas de audiência, que estamos em sala de audiência, não decidimos de acordo com aquilo que ouvimos. O nosso convencimento se forma de acordo com aquilo que nós sentimos porque muito mais importante do que as palavras ditas pela testemunha ou pela parte é o modo como se diz, o modo como se fala. É isso que provoca o convencimento. É isso que permite ao juiz exercer o controle psicológico das declarações. Sem isso, não há justiça.

Há algum tempo, eu conversava com um magistrado da província de Buenos Aires e perguntava a ele como é que se davam os julgamentos lá. Para minha surpresa – eu não conhecia a legislação da província de Buenos Aires –, dá-se sem imediatidade. O juiz que instrui não julga. Ele instrui e encaminha para um colegiado julgar, com perda absoluta e total de imediatidade.

Outras situações que foram tratadas aqui ontem, que foi dito sobre o princípio do autorregramento da vontade das partes, atuação supletiva do magistrado, redução de poder instrutório do juiz, inquirição pelas partes e supletivamente pelo juiz, permissão para não produção de provas contra si, penso que nada disso ingressa no processo do trabalho. Nada disso ingressa no processo do trabalho porque, aqui, sim, temos regras mais

efetivas. Primeiro, temos o amplo poder de direção do juiz no processo de trabalho, que está na primeira parte do art. 765. Temos o amplo poder probatório do juiz, que está na segunda parte do art. 765 da CLT.

Com relação à inquirição do juiz, está no art. 820, é o juiz que inquire. As partes podem requerer a inquirição que será feita por intermédio do juiz. Quem se atreveu a autorizar as partes a formularem perguntas direto para as testemunhas fez isso uma única vez. Confesso que já fui seduzido por essa ideia, porque, doutrinariamente, é uma ideia fantástica. É a ideia de democratização, é a ideia de divisão de trabalho. Na prática é um desastre.

No processo civil, começou-se a falar do princípio da cooperação mais ou menos em 2002. E agora ele foi positivado no projeto. Começou-se a falar do princípio da cooperação no processo civil em 2002 não porque se percebeu que esse princípio deveria ser ou era um princípio do processo Civil; começou-se a falar dele porque em 2002 o Código de Processo Civil de Portugal foi modificado para introduzir esse princípio naquele código. Temos esse princípio desde 1939 - está no art. 645 da CLT, que diz: “O serviço da Justiça do Trabalho é relevante e obrigatório, ninguém dele podendo eximir-se, salvo motivo justificado”. Portanto, ninguém pode ou ninguém tem o direito de produzir prova contra si, exceto nos casos – e aí salvo o motivo justificado – de incriminação, de imputação de crime, exceto nos casos de dever de sigilo profissional. Fora dessas hipóteses, todos são obrigados a cooperar. E todos são todos: partes, testemunhas, juízes, terceiros, seja quem for.

Com relação ao veto a decisões surpresas, também adiro à manifestação do Professor Estevão Mallet, porque penso que o contraditório é fundamental, não só como Magistrado, mas como cidadão. Em juízo, eu também gostaria de ter o meu contraditório respeitado, o meu direito à manifestação. Não tenho dúvida, entretanto, que a criatividade dos juízes fará surgir jurisprudência em alguma medida, como surgiu no Direito português. Eu trouxe duas decisões do Tribunal das Relações de Portugal. Esse contraditório que impede a emissão de decisão surpresa foi introduzido no Código de Processo Civil, editado ano passado, em 2013, mas já existia, já havia sido positivado anteriormente. Anteriormente – vejam que são decisões de 2004 e 2011 – se disse o seguinte: “A decisão surpresa apenas emerge quando ela comporte uma solução jurídica que, perante os factos

controvertidos, as partes não tinham obrigação de prever”. Se as partes tinham obrigação de prever aquela decisão, ela não é decisão surpresa.

Há outra: “O cumprimento do princípio do contraditório não se reporta, pelo menos essencial ou determinadamente, às normas que o juiz entende aplicar, nem à interpretação que delas venha a fazer, mas antes aos factos invocados e às posições assumidas pelas partes”. E aí temos uma mitigação dessa ideia de decisão surpresa.

Rapidamente vou falar de um princípio fundamental na execução. Ele é extremamente maltratado e, felizmente, o projeto do Código de Processo Civil deu o devido tratamento a ele. Se tomarmos a jurisprudência que trata desse dispositivo legal, o art. 620, o princípio da menor onerosidade, veremos que a maioria das decisões interpreta esse dispositivo como se ele existisse sozinho no mundo. Então, nenhuma execução pode ser processada de modo gravoso ou devedor. Qual é a execução que não causa prejuízo ao executado? Nenhuma. Todas causam prejuízo. O que se tem de buscar é a menor onerosidade. Precisamos retornar às ideias da teoria geral da execução. Qual é a finalidade da execução? Isso está dito no atual Código e reproduzido no Código projetado: a finalidade da execução é satisfazer o interesse do exequente – isso está no art. 612 do CPC. Se a execução tem por finalidade satisfazer o interesse do exequente, o executado se encontra em estado de sujeição. E aqui não vai nenhuma consideração ideológica para dizer isso. Isso está dito com essas mesmas palavras, na exposição de motivos do CPC de 1973. Portanto, a aplicação do princípio da menor onerosidade não pode contrariar a finalidade da execução. Por isso, felizmente, o art. 821 passa a dizer o seguinte: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Até aqui, nenhuma novidade. No parágrafo único do art. 821, diz o seguinte: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. O que se quer dizer com isso, na verdade, é o que já foi dito em jurisprudência inclusive desta Corte.

Há uma decisão que teve como Relator o Ministro Luiz Philippe e adequou exatamente a interpretação desse dispositivo legal. Ela diz que esse princípio será aplicável quando houver vários meios de execução, no mínimo, igualmente eficazes. Não há possibilidade de aplicar esse dispositivo diante de meios de execução díspares. Posso aplicar esse dispositivo – por exemplo, diante de uma penhora de dinheiro e, adotando a

jurisprudência do TST, a carta de fiança bancária, que equivale a dinheiro. Entre dinheiro e imóvel, tenho meios de execução diferentes; não são meios igualmente eficazes; não tenho como aplicar esse dispositivo legal. Vou ler só para não incorrer em imprecisão: Art. 821. Parágrafo único: “Incumbe ao executado, que alegar maior gravosidade da medida executiva, indicar outros meios igualmente eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”. É isso. Há necessidade que os meios executivos tenham a mesma efetividade.

Para não avançar o tempo do meu colega Homero, tratarei de mais um ponto específico e vou parar. Tratarei só do item VIII, que permite o protesto extrajudicial de sentença e a inscrição do nome do executado em cadastro de devedores (arts. 532 e 798, § 3.º). Valho-me, uma vez mais, do que disse o Professor Estêvão Mallet: “Não fazemos estudos econômicos para a aplicação do Direito.” Pergunto aos senhores: alguém que deve para um trabalhador determinada quantia e tem também de pagar uma dívida existente ou que realizou no mercado. Ele só tem um valor para pagar uma dessas dívidas. Por qual dívida ele optará? A de pagar o crédito trabalhista ou uma dívida comercial ou bancária? Se ele fizer a opção de pagar a dívida trabalhista, tendo em vista seu espírito humanitário, no dia seguinte, seu nome estará inscrito no SPC e no Serasa. Qual será a opção dele? Precisamos, portanto, também adotar esses mecanismos que, na verdade, são de coerção e são legítimos para fazer com que a decisão judicial tenha uma importância pelo menos, no mínimo, igual a uma prestação, que é feita no comércio ou em relação a uma dívida bancária cobrada extrajudicialmente.

Peço desculpas pelo excesso de tempo. Eu gostaria de tratar de outros temas, mas, tenho certeza de que meu colega e amigo Homero terá muito mais a acrescentar aos senhores.

Obrigado a todos pela paciência.

Painel: “Os impactos do novo CPC no processo do trabalho”¹⁶

Homero Mateus Batista da Silva

Boa tarde a todos. Não sei se conseguirei em meia hora discorrer a lição de casa toda que fiz. O Professor Júlio falou ontem da depressão ontem no hotel, e fiquei muito preocupado com a missão que me foi passada aqui, com esse convite honroso, porque as mudanças são muitas e bem impactantes. Dedico a minha vida inteira à primeira instância. Sou Juiz daquela safra em que se fica doze anos como Substituto. Estou há dez anos como Titular e sou o centésimo da lista de titulares. Somos muito formados pela visão de mundo e, portanto, a minha visão é de primeira instância, e assim será durante todo o tempo, acredito. Trouxe muito material pensando na primeira instância, apesar de falar para uma plateia muito seleta, como os senhores. Antes, preciso fazer alguns agradecimentos rapidamente. Agradeço ao Ministro Dalazen a confiança e o convite que me foi feito. O Professor Estêvão Mallet, para quem não sabe, foi meu orientador no doutorado, e também do Marcos Fava e do Júlio César. Pouca gente, portanto, pode se gabar dessa safra gerada lá na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco. É uma honra ser colega do Professor Estêvão hoje, depois de ter sido por ele orientado. Tivemos uma harmonia muito grande. Defendi o mestrado em prescrição e o doutorado em execução. Lembro-me de que, por uma pequena diferença de dias - o doutorado foi defendido em dezembro de 2007, num aperto para defender no Natal, abriu-se o edital de concurso na São Francisco em 2008, se eu tivesse esperado o prazo regimental, eu não poderia ter me candidatado ao concurso em que eu viria a obter êxito em 2008. Nunca tive a oportunidade de agradecê-lo publicamente pela serenidade e esse jeito bastante inteligente de conduzir os trabalhos. O Ministro Dalazen não me conhecia, e fez-me o convite. Fiquei muito preocupado com o convite e perguntei ao Marcos Fava, que é meu vizinho de parede lá na Barra Funda, se esse convite era para valer. Ele me disse que ele não podia correr riscos e, por isso, gostaria muito que eu me empenhasse em torno dessa visão do novo Código de Processo Civil. Agradeço muito ao Marcos – não sei onde ele se encontra agora – e o cumprimento pelo voto de confiança. Cumprimento os Ministros presentes e reverencio a todos. Sempre estudei muito as OJs e as súmulas nos cursos preparatórios para concursos. Agora, com a confiança do Ministro Barros Levenhagen, assumi a Comissão Nacional de

¹⁶ Palestra proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 16 de setembro de 2014, às 14h40. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

Efetividade de Execução Trabalhista, em abril de 2014, e passei a estudar ainda mais a jurisprudência do TST, fazendo um trabalho insano de procurar execução trabalhista, no recurso de revista, que já sabemos que será pouco, mas, sobretudo, no recurso de embargos. Tenho conseguido com a ajuda da Comissão Permanente de Jurisprudência e de Precedentes Normativos; do Ministro Renato de Lacerda Paiva; dos demais Ministros e da servidora Eveline. Lá, temos conseguido encontrar alguns acórdãos de execução. Já estamos no Informativo n.º 4, para quem não está familiarizado, aquele informativo maravilhoso, que é uma grande fonte de estudo, e está no n.º 87. Agora temos uma frente só de execução trabalhista que está no n.º 4, porque não é fácil encontrar casos. Agradeço muito a confiança do Ministro Barros Levenhagen. Espero levar adiante a bandeira da execução pelos próximos anos, quiçá. No ano que vem, queremos nos reunir sobre execução trabalhista.

Na palestra de hoje, destacarei a execução trabalhista e procurarei em que o CPC pode nos ajudar a enfrentar esse embate com a possibilidade de algumas medidas nos atropelarem. A solução que encontrei para alguns dilemas que vou compartilhar com os senhores é pegar a origem - a CLT. Estou em sintonia com o que os Professores Estêvão Mallet e Júlio César Bebber mencionaram. Aprendemos muito no ombro dos gigantes, reavivando os estudos dos anos 70, quando eles sofreram os impactos.

Não trago respostas, mas, sim, algumas inquietações; essa seria a palavra mais correta. Finalmente, cumprimento a seleta plateia. Tive a oportunidade de encontrar amigos queridos de muitos Regionais. Estamos sendo televisionados para todas as Ejuds. Já me comuniquei ontem. Em São Paulo, fiz as audiências, assisti à palestra do Professor Freddie Didier Júnior pela manhã. A sala em São Paulo estava bem cheia. Por sinal, preciso mandar meus cumprimentos para a Ejud da 10.^a Região. Na semana que vem - para terminar a minha propaganda -, iniciar-se-á a Semana de Execução Nacional. Nem todos os Regionais aderiram enfaticamente, mas essa semana foi prevista para os meses de setembro de 2014, de 2015 e de 2016. Faço votos que leiam o Ato n.º 117, que já prevê o dia 21 de setembro de 2015, como nova semana de execução, e o dia 19 de setembro de 2016 também. A ideia é fazer as pautas apenas de execução naquelas semanas vindouras. Essa semana foi prevista em abril para setembro. Sabemos, pela dificuldade do nosso cotidiano, que nem sempre é possível preencher os espaços das audiências. Finalmente, eu gostaria de dizer que

essa visão de primeira instância, que vou apresentar agora, é neutra, e, evidentemente, não objetiva contemporizar os eminentes professores de processo civil que estiveram aqui ontem e me antecederam. Tenho uma visão própria do processo civil, mas sou uma pessoa profundamente envolvida e apaixonada pela CLT, e somos formados por nossas visões. Portanto, a CLT terá prioridade em meu enfoque.

Chamei de Novos Rumos, rapidamente, a expressão, porque vamos passar por algumas trovoadas e por uma época turbulenta, como o Professor Júlio disse, a respeito de se reavivar discussões que já julgávamos superadas.

Começo com o velho art. 769. A gente não gosta dele, tem uma redação sofrível, mas é nossa âncora, nossa tábua de salvação. Eu gostaria de lembrar à digna plateia - não precisava desse recado – de que a expressão, que lá aparece, “casos omissos”, não é jurídica, é uma palavra com um conceito aberto, que pode tanto ser omissão do próprio instituto como de uma concretização. Daí, o uso das expressões: subsidiariedade e complementariedade ou caráter supletivo, a que já se referiu o palestrante anterior.

A palavra, portanto, dá-nos certa liberdade. Outra lembrança é a de que, ali, não está escrito CPC. Memorizou-se isso, mas o que está escrito são as normas de direito processual comum em geral. Encontramos processo na Lei de Ação Civil Pública, no Código Civil - vou falar do art. 50 desse Código -, e também no Código de Defesa do Consumidor, e assim por diante.

A subsidiariedade é do Direito Processual do Trabalho, e não da CLT. Temos de valorizar as leis que orbitam em torno da CLT e muitos as ignoram, tais como, o Decreto-Lei n.º 779/69, a Lei n.º 5.584/70 e a Lei n.º 7.701/88, que revolucionou a divisão do TST. A gente se esquece disso. Nesses dispositivos há soluções criativas, interessantes, que agora vão ter que ser reavivadas, vamos ter que desenferrujar os nossos manuais a esse respeito, e, como o Juiz Júlio falou, lembrar que o art. 889 tem regra própria. Na fase de execução, mandar buscar a Lei de Execução Fiscal. Esses dois dispositivos estão soltos na CLT e agora vão ser chamados para a linha de frente de um debate muito complexo que se avizinha. Vou tentar explicar o tamanho da minha inquietação.

O Ministro Luiz Fux proferiu uma palestra magnífica em São Paulo, no dia que a Lei de Falência completou 5 anos. Sou muito ligado ao processo da VASP, que coordenei lá em São Paulo, perdi muita saúde lá na 14.^a Vara, porque me envolvi muito com o pessoal da falência, os dois eminentes Juízes que coordenavam a falência no Fórum João Mendes. O Ministro Luiz Fux estava alucinado com o anteprojeto, bem como a Relatora Teresa Wambier. Então, no 5.^o aniversário da Lei de Falência, em junho de 2010, eles fizeram, no meio do Congresso de Falência, uma defesa apaixonada do anteprojeto porque estavam contando, naquele momento, com o beneplácito, com o apoio do José Sarney, que viria a ser o subscritor.

Ontem, o Professor Didier mencionou que temos de ter cuidado com a memória, porque estamos, na memória, com o anteprojeto ou, quando muito, com o viés que o Senado imprimiu, e já temos o substitutivo da Câmara. Então, por isso, embaralham os artigos, embaralham. Procurei o máximo possível rastrear os três e na minha apresentação 80% são coincidentes, mas existem algumas mudanças expressivas. Pois bem, vejam o que vai acontecer: no anteprojeto fala-se expressamente que o CPC é aplicável ao processo do trabalho, no anteprojeto, que, portanto, não é lei, e que, quando muito, no futuro, servirá como uma interpretação histórica talvez. Então, aparece: penal, eleitoral, administrativo e trabalhista. É polêmica que não acaba mais, porque não se sabe. O penal talvez não devesse estar ali; para muitos administrativistas não existe o processo administrativo. Por essa razão, essa expressão já nasce polêmica de ponta a ponta. E eles afirmam que serão aplicadas supletivamente. A presença da expressão “trabalhista” gerou bastante polêmica, qual seja, se estaria afrontando o art. 769. O que vai acontecer? Para advogar o art. 769, teremos de dizer que ele é norma específica, porque ficarão dois dispositivos com redação harmônica, mas só o art. 769 lembra o valor, o caráter axiológico, a celeridade. Eles não vão falar de celeridade e de efetividade. É uma afirmação: aplica-se. Então, modestamente, no meio daquela assembleia gigante de Juízes de Falência, perguntei ao Ministro Luiz Fux: foi de caso pensado que se colocou esse dispositivo, foi sem querer ou foi um reforço de argumento? Ele disse que foi de caso pensado porque a Comissão chegou ao entendimento - trata-se de anteprojeto - de que era para acabar com a divergência. Na verdade, ele é uma pessoa educada e não ia falar que era para acabar com o processo do trabalho, mas para acabar com a divergência, para acabar com a existência de múltiplas possibilidades de aplicação. Então, foi de caso pensado e o objetivo era aplicar

determinantemente, levando em consideração valores, efetividade, aquela expressão final do art. 769, que eu propositalmente pulei, que todos conhecem, exceto naquilo que for incompatível com as normas desse título. Então, isso me assustou na época, deixei o anteprojeto de lado e fiquei preocupado com que destino ele ia ter.

A partir dali eu não parava mais de falar do art. 14. Doravante vamos chamar de art. 15, porque vai mudar. Mas não parei mais de falar do art. 14. Aonde eu ia, falava: “cuidado com o art. 14”, porque daqui a pouco amanhece morta a CLT. É isso, porque se for mesmo interpretado na forma de aplicação determinante, não teremos mais razão de ser como uma Justiça especializada. Teria que fazer uma construção bem complexa para dizer que somos tributários, das normas de Direito material do Trabalho, que tem a simetria, que vem de uma origem histórica, até chegar ao pobre coitado do art. 896, do art. 888 e dos demais. O Senado tirou a palavra “trabalhista”. Agora é o art. 15. Então, doravante, quando eu falar Senado, é o Projeto de Lei do Senado n.º 166. Nas disposições eles tiraram a palavra “trabalhista”. Permaneceu penal, eleitoral e administrativo.

Então, acho que a maioria da plateia deve pensar assim: tirou a palavra “trabalhista”, suavizou, voltou para o art. 769. Vejam onde foi parar a discussão. O eminente Professor Cássio Scarpinella Bueno publicou um comentário dizendo assim: “o texto aprovado no Senado nada fala sobre o processo do trabalho”, o que, portanto, S. S.^a interpretou como caráter ab-rogatório do art. 769, porque interpretou assim: para penal, eleitoral e administrativo aplica subsidiariamente, e para o trabalho aplica integralmente. Então, foi o contrário. Desculpem-me. Não sei nem se o Professor já chegou. Estou comentando com vocês onde pode parar a interpretação, por causa da interpretação histórica. Se tinha e tiraram, fizeram-no porque foram cordiais ou porque era para aplicar integralmente? Isso me surpreendeu. Achamos que, tirando a palavra “trabalhista”... Uma pessoa do Processo Civil, da estatura do Professor Cássio, interpretou como sendo caráter ab-rogatório. Então, o que a Câmara fez? Repôs a palavra “trabalhista”, porque alguém poderia achar que a falta da palavra “trabalhista” era falha. Por isso, o Professor Estêvão me perguntava qual estaria em vigor? Na verdade, mais ou menos, estou fazendo uma cronologia, porque o anteprojeto é dos idos de 2009, foi depositado em 2010, o Senado fez a intervenção - o Professor Didier já falou bastante disso - e a Câmara termina os trabalhos em 2014 e manda,

no dia 26 de março, para o Senado. Então, o art. 15, no projeto da Câmara, que é o de n.º 8046, repõe a palavra “trabalhista”, faz a adequação dos advérbios de modo - conforme o Professor Júlio falou -, supletiva e subsidiariamente.

Até esse ponto já vínhamos navegando nesse sentido, um pouco subsidiário e um pouco supletivo, de acordo com o tamanho da encrenca. Então, escreve-se a palavra “trabalhista” de novo. Colocou a palavra “trabalhista” para o bem ou para o mal? Para aqueles que acharem... Vejam só a situação cerebrina em que estamos agora: se tirar a palavra “trabalhista”, alguém pode achar que é rolo compressor. Se puser a palavra “trabalhista”, não tem ali o valor, a axiologia, a incompatibilidade. O art. 769 vai ficar refém dessa situação. Teremos de valorizar o art. 769. O Senador Álvaro Dias, do Estado do Paraná, conhecido nacionalmente, ficou preocupado. Pelo que li das emendas, ele está muito bem assessorado do ponto de vista trabalhista, não sei se pela própria Assessoria Legislativa da nossa Casa. S. Ex.^a disse; “A prevalecer a redação prevista no artigo 15 do Substitutivo da Câmara dos Deputados, as normas do direito processual civil serão necessariamente aplicadas em todas as hipóteses de omissão da norma processual trabalhista, sem que seja aferido o requisito da compatibilidade do direito processual comum com todo o arcabouço principiológico e normativo que norteia o processo do trabalho”. Esta frase é bonita: não se levará em consideração o arcabouço principiológico. Então, o Senador apresentou uma emenda. Não me cabe falar disso - não sei se vocês vão se lembrar, acho que foi falado ontem -, mas agora não cabe subemenda e começar tudo de novo. Agora é tudo ou nada, porque é a Casa originária, foi para a Casa Revisora e agora é a Casa final que vai... Ou vai ou racha. Há uma previsão no Regimento Interno que fala que tem de votar em bloco e que o voto não pode ser para adulterar. Se comportar divisão cômoda do artigo, é possível tirar ou colocar. Não sei nem mesmo se não vão considerar que a retirada da palavra “trabalhista” não é adulteração do espírito que a Câmara tinha dado. Então, pode ser até que bloqueie, mas isso não é da minha alçada. Pode ser que o Senador não consiga emplacar essa nova reescrita do art. 15. Teremos de conviver com essa redação, que, aparentemente, ter-se-á como a redação final se o Senado não mudar e se não houver veto da Presidência.

Não sei também o quanto foi falado disso, mas ainda estamos com uma lei em gestação. Se prevalecer este art. 15 tal como se encontra, a única ideia que me

ocorre é dizer que o art. 769 é lei especial, porque, do contrário, não teremos para onde correr, a julgar pelo espírito do que o Ministro Luiz Fux dizia, como coautor do anteprojeto, de que era deliberado para aplicação integral. Portanto, teremos de conviver com isso.

Divido a apresentação, agora, em três partes. Autodenominei de moderadas, capciosas e complexas, e terminarei com a execução, porque não poderia deixar de falar um pouco de execução.

Mas isso tudo é uma percepção subjetiva, porque vou abrir agora as moderadas e certamente alguns irão considerá-las capciosas. Se um Juiz dá aulas em uma faculdade, torna-se impedido para julgar aquela faculdade. Isso não tem previsão expressa, acho que é uma medida simples, que chamei de moderada. É uma nova forma de impedimento. Doravante, não posso mais julgar os processos da USP. Aliás, é muito tranquilo, muito adequado que assim seja. Sempre me constrange ter os processos da USP na mesa de audiência. Procuro lidar da maneira mais ética possível, convidando o Juiz auxiliar a apreciar a matéria, mas acho que é uma medida moderada. O Juiz passa a ser impedido se tiver parente no escritório, ainda que não tenha o nome dele na procuração. Isso é uma polêmica muito comum em São Paulo com aqueles escritórios de duas mil pessoas. Depois, fica-se sabendo que a irmã do Juiz era chefe do cível e não do trabalhista, o que gera uma enorme controvérsia. O Juiz tem de ser honesto e parecer honesto. Então, esse impedimento vem para o processo do trabalho. O Juiz Júlio falou que fazemos uma mescla do art. 134 com o art. 135.

Se o Juiz considerar que a causa é de alta complexidade, pode alterar o prazo e a ordem. Na verdade, de certa forma, já fazemos isso com o art. 765, lembrando, por exemplo, o caso da perícia. Às vezes, o quesito é primeiro da reclamada, depois do reclamante, de acordo com as peculiaridades, mas isso se torna oficial, até mesmo para mudança de prazo peremptório, que acho que o sonho de alguns era tentar mexer. A publicação no Diário Oficial pode ser em nome de uma pessoa jurídica, acho que é salutar – vão se organizar melhor em nome da sociedade de advogados. Deve-se ter falado muito aqui de tutela de evidência e tutela de urgência, quer dizer, não precisamos que o trabalhador, necessariamente, comprove que ele tem um desespero, porque a verba é rescisória. Não, é

verba rescisória, tutela de evidência, já tem os documentos, a rescisão não foi paga, não precisamos somar com aqueles requisitos que conhecemos como tutela de urgência, de desespero, da fome, da falta de dinheiro - é a tutela de evidência. Vejo isso com bons olhos em inúmeros casos que nos afligem no dia a dia. A reconvenção desaparece com este nome. O Professor Didier tem um artigo no qual comenta que o conteúdo continua, então, não adianta ficarmos tentando procurar grandes novidades. O pedido contraposto se torna mais valorizado. Acho que no processo do trabalho isso vem a calhar, porque faz com que, na mesma peça processual, o devedor já se manifeste sem precisar de peça em separado. Para nós, de certa maneira, isso já vinha acontecendo também. Coloquei a expressão “expansão do pedido contraposto” em respeito ao Professor Didier, quando ele lembra que o fato de mudar o conteúdo não significa, necessariamente, que mudou o instituto, salvo engano – depois podemos comentar isso.

A universalização – usei a expressão universalização do *amicus curiae* no sentido de a própria primeira instância poder evocar. As pessoas que aqui me escutam, que já vivenciaram grandes ações civis públicas, sabem da aflição de ter de tomar uma decisão na solidão do gabinete com aquelas matérias que fogem ao nosso alcance. Fico muito à vontade para falar, porque, no doutorado, minha matéria é saúde e segurança do trabalho. É difícil julgar aquelas ações de amianto, de elementos cancerígenos sem ter uma informação mais adequada, só as informações do reclamante e da reclamada. Ainda que seja do Ministério Público do Trabalho. Já imaginei uns dez casos da 88.^a Vara, em que entidades idôneas poderiam colaborar. O número oito é o nosso dia a dia na primeira instância. O devedor diz: não sou eu o empregador, mas sei quem é. E o empregado concorda. Fazemos uma ginástica tremenda para tentar fazer uma intervenção de terceiros, mas o Juiz mais rigoroso não permite. O CPC traz uma previsão de correção do polo passivo, a Câmara parece que deslocou para a intervenção de terceiro, mas coloquei a forma mais simples possível, não coloquei números de artigos, é só para a plateia refletir. São dispositivos afetos ao nosso dia a dia. É fazer uma correção consensual do polo passivo. A tese de doutorado do Gustavo Filipe Barbosa Garcia é isso. Ele chama de integração à lide, que não é nem intervenção, é porque vivemos o polo passivo. Às vezes, temos a impressão de que o polo passivo é amorfo, não tem uma forma, às vezes não tem cor, não tem cheiro, é atividade econômica, não é exatamente uma pessoa jurídica.

Quanto à remessa necessária – permitam-me uma digressão, porque depois se vai voltar no fim –, o TST, desde sempre, aceitou aplicar as novidades do Processo Civil para restringi-la. Talvez elas não se justifiquem mais; é oriunda do século XIX; o Supremo já foi chamado a se manifestar várias vezes se foi recepcionado pelo Constituição/88; as autarquias e os Estados-membros estão organizados com Procuradorias; e o reexame é dureza, não desaparece. Mas, para não afrontar os deuses, eles puseram uma limitação numérica ao invés de eliminar, e a delimitação é expressiva – acho expressiva –, mil salários mínimos. Fico meses sem ter uma ação de setecentos mil reais. Então, é possível que, naqueles casos da União, para a nossa área trabalhista, com a prescrição quinquenal, com os salários modestos, estejamos assistindo ao desaparecimento do reexame necessário. Prefeitura vai dar trabalho, porque é freguesa habitual. Vários colegas da 15.^a estão aqui. As prefeituras, com aqueles passivos enormes, setenta mil reais. Mas está bom setenta mil, cem salários mínimos de hoje. É um início. Setenta mil reais, talvez em uma ação coletiva vá dar algum trabalho. Então, faço votos de que o TST decida pela incidência, dentro da Súmula n.º 303, que aplicou o art. 475, quando foi reformado – o art. 475 sem letras – quando foi restringido o reexame, dizendo que não cabe reexame em havendo súmula, por exemplo, temos o Decreto-Lei n.º 779, que, se for levado ao pé da letra, teria de ter reexame de tudo, sobre tudo, em todos os instantes. Mas – lembro-me bem – saiu artigo doutrinário dizendo que deveríamos liberar o reexame, não seguir a limitação do CPC. Agora temos um desafio para o TST. Se se aplicou aquela restrição, essa restrição me parece benéfica e ainda mais afeta ao processo do trabalho.

Demorei a achar esse adjetivo. Ficou sendo “capciosa”, porque foi a palavra que me ocorreu. Vamos ver. Não se computa prazo de 20 de dezembro a 20 de janeiro. Temos recesso próprio. O TST, depois de muita discussão, chegou à conclusão de que o recesso deveria suspender, porque, pela lei, era considerado feriado, mas tem característica de férias. Corremos o risco de criar outro recesso. Não sei como vai ser compatibilizado isso ou simplesmente dizer que não se aplica, que temos recesso e temos regra própria para a suspensão. Se o objetivo era dar um fresco para os advogados – é isso que aparece na exposição de motivos –, já temos um fresco, só que o nosso fresco é menor do que o dos outros. Vai ficar sendo. Agora, e contar só dias úteis? Esse item está um pouco mais fácil para afastarmos por causa do art. 775 da CLT. Aí vem a parte final. Daqui a pouco chega. Tem de revalorizar; nem nos lembramos do que está aqui. O art. 775 ainda lembro porque é pegadinha

de concurso. Sempre falo para os alunos que têm de se lembrar de que consta na redação original a expressão “contínuos e irrelevantes”. Não é assim? Os prazos excluem o dia do início e são contínuos e irrelevantes. Então, quando o CPC afirma que só se contam os dias úteis, vamos ter uma colisão, e temos regra própria que, de certa maneira, também atende à celeridade. Quanto à carga rápida, a minha Diretora de Secretaria está desesperada. No projeto do Senado consta direito a carga de duas horas, independentemente se o prazo é comum ou se tem procuração. É a carga rápida. A Câmara amplia para seis horas. Por isso, coloquei duas ou seis, dependendo do projeto. Não é tão rápida, o xerox é um pouco mais fácil hoje em dia. Tenho a vara de papel. Mas tudo bem. Se serve de consolo, o eletrônico vai acabar com esse problema. Está bem, vamos pensar grande.

Agora, esse item do MPT nos interessa - prazo peremptório de trinta dias. A nulidade passa a ser não intimar o MPT, a nulidade não é mais não ter o parecer. Se se passarem os trinta dias, o processo prossegue e a sentença pode ser proferida. Não é MPT, é Ministério Público, eu é que estou imaginando o MPT. Audiências de vinte em vinte minutos, se for de conciliação; de quarenta e cinco em quarenta e cinco, se for de instrução; e a Câmara passou para sessenta minutos. Permitam-me falar logo, porque ali está só o do Senado. Na Câmara, o espaçamento mínimo é de uma em uma hora para fins de instrução. Eu falava disso rapidamente com os Juízes Auxiliares da Presidência. Não temos dispositivo de intervalo mínimo, mas temos o dispositivo da hora de início e da hora de término. A CLT tem aquele artigo das 6h às 20h e tem audiência das 8h às 18h. Então, temos regras que norteiam, e as cinco horas máximas para não sobrecarregar. Acabou. E também as premissas sobre as quais se assentam esses dispositivos são totalmente diversas. Eles não têm audiência na espinha dorsal, o DNA deles não é formado por audiência. Temos audiência em 95% - o percentual era de 100% até a Emenda n.º 45. Eles podem se dar ao luxo de fazer audiência de uma em uma hora. Se fizermos de uma em uma hora – desculpem-me a franqueza -, acabou. A 88.ª Vara faz trinta e duas audiências por dia: dezesseis de manhã e dezesseis à tarde. Isso não é raro acontecer por aí fora. Temos de ter hombridade para não deixar as pessoas esperando. Então, trabalha-se com duas mesas; matéria de direito, é feita a audiência em pé; ver os acordos. Mas isso é do nosso cotidiano, sabemos que é difícil de ser mudado e não vai ser mudado pela regra do espaçamento das audiências. Se isso for transformado em obrigatório, a pauta tranquilamente vai para 2017.

Pergunta direta às partes, que já foi falado ontem, e instrução secundária do juiz, para mim, isso está tranquilo com o 820, que o Júlio César mencionou. A pergunta é feita diretamente pelo juiz. Temos audiência fervilhando, a prova testemunhal é a prova mais usada, é a prova que sobra para o trabalhador, é a prova dentro do princípio da primazia da realidade. Não podemos nos comparar com as audiências do cível, que têm pontos específicos. Nós temos cumulação objetiva na petição inicial de quarenta, cinquenta pedidos - não é raro isso. Os senhores sabem que o alfabeto é insuficiente para o rol de pedidos. Do ponto de vista do cível, isso não é realidade. Então, uma audiência de uma hora com comentário, talvez tenha até a ver com que o Júlio mencionou, sobre um caráter mais dinâmico, mais democrático, mas não para nós, com o desespero para dar conta dessa demanda.

A distribuição dinâmica do ônus da prova não assusta. De certa maneira, já fazemos, houve muito debate sobre o Código de Defesa do Consumidor. A aptidão para a prova, uma expressão que se introduziu no nosso vocabulário, não foi mais retirada, trabalhamos isso com naturalidade.

O que pode ser capcioso é o que o Professor Estêvão falava sobre gerar certa nulidade, porque não avisou antes, porque colheu a prova testemunhal da empresa depois. Sugiro, Ministro Dalazen, um evento só de ação rescisória, se o Código for aprovado. Imaginem, os Ministros da SDI-2 que estão me ouvindo, ação rescisória por prova nova, que a prova nova não é documento novo, porque isso já vai dar trabalho. Ação rescisória por documento novo vai dar um trabalho maior porque está escrito: cuja falsidade foi comprovada ou cuja falsidade possa ser comprovada na ação rescisória. Já vai dar uma frente de batalha. Mas prova nova, prova de cuja existência a pessoa ignorava. Já estou imaginando os meus fregueses dizendo que não sabiam que havia uma testemunha ocular ou não sabiam que havia um documento da ata da reunião, e ação rescisória vai se tornar um recurso cotidiano. Já o é, e estamos reféns disso, porque não temos ação rescisória. E não sei como eu poderia dizer que esgotamos a matéria de ação rescisória. Essa ação rescisória, desculpem-me interromper, ela fica como sugestão para um evento inteiro para discutir a nova roupagem.

Três ou quatro pessoas ontem me perguntaram o que eu iria falar sobre a fundamentação exauriente de que foi tratada ontem. Eu trouxe algumas modestas sugestões, e talvez essa seja a parte mais delicada, para não ferir nenhuma sensibilidade. O Senado aprova então a disposição que não se considera fundamentação se não houver esses quatro requisitos, e a Câmara ainda acrescentará mais dois - já deve ter sido falado aqui. Não podemos fazer indicação ou paráfrase do ato normativo, essas são fundamentações um pouco sofríveis, sabemos disso, mas, às vezes, no dia a dia, naquela enxurrada de planos econômicos, é comum uma sentença ser feita de uma maneira mais sintética. Vejam o inciso III - chega a ser até engraçado: “Não vale fazer uma fundamentação que se prestaria a fundamentar qualquer sentença”. Até imagino o advogado, quando inseriu isso, o desespero que estava para falar que não vale fazer um recorte e cola tão indiscriminado. No inciso IV está escrito que é necessário enfrentar todos os argumentos que seriam capazes, em tese, de infirmar. Nesse ponto, acho que será até mais fácil, porque o juiz vai dizer: “Os outros estão prejudicados porque, em tese, não são capazes de infirmar a minha convicção”. A justa causa. Não aparecem lá vinte ângulos? Digo: não foi grave o bastante. Essa é uma percepção da justa causa, convivemos com isso. Ou o contrário: considero que a justa causa foi grave o bastante. A imediatidade nesse caso é secundária, não vamos conseguir sobreviver a essa pletera.

Eu queria lembrar o art. 832, que faz parte dos que não lemos. Aliás, o art. 832 voltou ao cartaz em razão de o INSS ter introduzido aqueles incisos no final. Mas o art. 832 - Professor Didier, respeitosamente - menciona que a fundamentação nossa é sintética, e é suficiente que se demonstre a prestação das provas, os fundamentos e a respectiva conclusão, a menos que peguemos o espírito do Ministro Luiz Fux e digamos que aplica integralmente o CPC. Mas vou valorizar o 832. Não temos condição, nas verbas rescisórias, as funções pré-processuais que fazemos no dia a dia, baixar carteira no dia a dia e fazer um tratado a respeito, dizer por que baixei a carteira. É o art. 832, *caput*, basicamente. Ali, desculpe-me mais uma provocação, não está na tela que a Câmara acrescentou incisos V e VI para dizer que, se não acompanhar a súmula, dizer por que não acompanhou; se acompanhar, dizer por que acompanhou. Ora, o TST tem uma dignidade, uma tradição de fazer as orientações jurisprudenciais há mais de quinze anos. Elas correm paralelamente às súmulas, elas têm uma razão de ser, têm maior flexibilidade, o Regimento Interno as separa. Não podemos, a todo instante, ter de justificar as OJs ou ter de afastar a OJ. Um exemplo qualquer: a baixa na carteira com a projeção de trinta dias. É a OJ n.º 82, salvo engano. Não

podemos, naquela prolação de sentença de verba rescisória, ficar discutindo. A todo o momento, o Juiz parar para discutir. Se projetou, tem de dizer que está em sintonia com a súmula; se não projetou, tem de dizer: “Respeitosamente, não aplico a OJ n.º 82, porque, nesse caso, a projeção não apresenta resultados práticos”. Acho que o espírito que norteou a redação desse dispositivo foi pensando... Desculpe-me mais uma vez, mas estou pensando na primeira instância trabalhista. Em um processo com cinco ou seis pedidos, talvez dê para encarar, mas não em um processo com cinquenta pedidos, com tantas OJs e súmulas que temos.

Mas ainda há os complexos. O complexo é mais para reflexão. Acaba o prazo quádruplo para contestação do ente público, mas temos o Decreto-Lei n.º 779. É diferente do reexame obrigatório porque, no reexame, vamos dizer que não acabou, mas adaptamos à realidade. Quanto a esse, acho que o TST terá um “abacaxi para descascar”, porque, nós, que somos os céleres, seremos os únicos que vamos ter o quádruplo.

Daí, o projeto de lei da execução - o Júlio lembrou muito bem. E havia um projeto de lei do Deputado Fleury, de São Paulo - mas já foi arquivado -, que introduzia um parágrafo único no art. 769 para dizer: “Podemos aplicar a norma mais célere ainda que tenhamos a norma menos célere expressamente em sentido contrário”. Resolveria, mas não foi aprovado. Acho que esse prazo quádruplo traz uma mudança complexa para enfrentarmos. Por que estou insistindo? Porque a prefeitura é freguesa. Não é despicienda a preocupação. O número de ações da União e do Estado - e eles lá surfando no prazo quádruplo e os outros não tendo mais.

A Coletivização das Demandas Repetitivas. Vejo com bons olhos, sou defensor disso academicamente, mas sei muito bem a dificuldade que isso vai trazer nos planos econômicos e nas dispensas em massa. Praticamos isso em São Paulo fazendo arresto coletivo, concentramos as penhoras no Juizado de Execução. O julgamento antecipado parcial do mérito, de certa maneira, fazemos nas verbas rescisórias. Ministro Dalazen, deixe-me falar sobre a consideração da pessoa jurídica, senão, não consigo dormir esta noite. Tenho uns cinco ou seis pensamentos acerca da desconsideração.

Eu não sei se foi falado aqui que o incidente de desconsideração inclui também incidente de declaração de grupo econômico. Foi falado? Temos grupo econômico. Há setenta anos, nunca fizemos incidente em apartado. Está escrito, tanto no Senado quanto na Câmara, direito de defesa para o grupo econômico antes de se declarar. Está junto. O incidente de desconsideração da PJ também vale para incidente de declaração de grupo econômico. Isso é retrocesso, se adotarmos. Temos grupo econômico, no art. 2.º, e nunca foi exigido que se autuassem em apartado.

Outra observação é que o art. 50 do Código Civil – a gente vem aprendendo com a ajuda dos sábios dessa matéria – não trata de desconsideração da pessoa jurídica; é quando ela abusa do uso da pessoa jurídica. Então, se me disserem que é obrigatório o incidente, eu diria que não estou desconsiderando a pessoa jurídica, se for ver por este lado, porque, na esfera trabalhista, as nossas pessoas jurídicas sabemos que têm uma densidade menor, há promiscuidade muito grande entre o patrimônio do sócio e o patrimônio da pessoa jurídica. É muito difícil ser comparado com as grandes questões tributárias, com as grandes questões das *holdings*, das ações cíveis. Ainda está escrito que se a pessoa requerer na petição inicial, não precisará do incidente. Ora, todos vão requerer na inicial. Vai ficar um inferno a sentença trabalhista, que da primeira vez já vai ter de falar a responsabilidade dos sócios. O TST fala com muita autoridade sobre isso, porque lá está escrito também que todos os corresponsáveis têm de vir ao polo passivo na fase de conhecimento, não se podendo ventilar grupo econômico depois, só se for para reavivar a Súmula n.º 205. Depois de décadas de discussão, depois de vários cenários que temos de grupo econômico superveniente, fusão de bancos, esse dispositivo tem provavelmente uma conotação própria para área tributária, para área cível, até para área penal, talvez, mas temos uma construção muito sólida a esse respeito. Quem responde pelo débito é a atividade econômica e não a PJ especificamente.

Não vou falar de execução em respeito aos demais palestrantes, mas temos umas novidades interessantes. A execução é objeto do meu estudo primordial e espero que a gente consiga falar disso numa outra oportunidade. Eu gostaria de dizer para os senhores que isso são, portanto, inquietações cujo desenvolvimento a gente espera. Não tenho a convicção de que isso esteja tão pronto em novembro, como os professores falaram, e acho

que a gente vai ter de reavivar a CLT e os comentários à CLT dos anos 70 e 60. Quem tiver o Coqueijo Costa, o Nélcio Reis pode pegar, porque eles vão nos fazer falta. Boa tarde.

Obrigado.

Conferência: “Os princípios no(s) projeto(s) de novo CPC”¹⁷

Cássio Scarpinella Bueno

Boa tarde a todos. É um privilégio para mim estar aqui, mais uma vez, no Tribunal Superior do Trabalho, na Enamat. Agradeço imensamente ao Ministro João Oreste Dalazen pelo honroso convite de aqui estar. Cumprimento os eminentes colegas de Mesa, os Srs. Ministros, os Professores, os Juízes e os Desembargadores que estão presentes na assistência. Enfim, peço desculpas só por não ter estado aqui antes. Eu estava lá. É que eu precisava fazer uma série de acertos. Mas, enfim, é uma honra muito grande em estar aqui. Eu só não estava aqui dentro da sala.

A mim cabe um tema muito difícil, permitam-me dizer, que, na visão do Processo Civil, é trazer um pouco do Código de Processo Civil para cultores, estudiosos e aplicadores do Direito do Trabalho. E como disse muito bem o Professor Homero, com relação, temos um problema da CLT, que é justamente o 769. E o que o Senado quis fazer, com a devida vênia, foi justamente o oposto. Se disse bem ou mal o Senado... Essa é outra história, e é essa a discussão que, a meu ver, existe, é justamente termos que saber se isso prevalecer, se a versão do Senado prevalecer, é saber se a CLT fica longe do CPC. É justamente o oposto. É exatamente o oposto do que queria a Comissão de Juristas, e é exatamente, em minha opinião, o oposto do que quer a Câmara dos Deputados. E aí os problemas que virão.

Estou absolutamente de acordo com V. Ex.^a quando põe a questão. Então, essa é a dificuldade, porque havendo o 769, a questão é saber qual é o impacto do 14 do Senado em relação ao 769, por ser lei posterior. Aí é que está, com outra forma redacional, outro texto, mas quer passar a seguinte regra: CLT, CLT; CPC, CPC. É Processo do Trabalho de um lado; Processo Civil do outro, porque há mil problemas, mil questões em todos os sentidos: culturais, estruturais e de matéria, respeitando inclusive a concepção do Direito Material. Isso só torna o desafio, lógico, muito mais prazeroso, mas extremamente mais

¹⁷ Conferência proferida na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 16 de setembro de 2014, às 16h30. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

difícil, ainda mais para um final de tarde, onde, pelo que vi, a temperatura chegou aos 30° e 13% de umidade.

Prezados colegas, Processualistas Civis, Professor Fredie Didier Júnior, o Professor Luiz Henrique Volpe Camargo: não é o que aconteceu no Senado? Não é justamente o oposto? O Professor Luiz Henrique Volpe Camargo é testemunha ocular, porque ele era assessor do Senador. Foi exatamente o contrário. Tira esse negócio daqui. É justamente o oposto, *data maxima venia*. E, por favor, não me culpem. Aqui sou simplesmente alguém que traz ideias. Não é o meu Código. Sempre brinco que, se fosse o meu Código, seria um Código diferente, certamente muito melhor. Cheio das minhas próprias esquisitices, em minha opinião, seria melhor para mim. Mas, enfim, o Código não é para mim. Tudo isso para falar do que temos.

Como bem disseram os colegas que me precederam – isso é um fato –, ainda vivenciamos o último estágio do processo legislativo. Então, ainda é hora, em minha opinião, de nos informarmos sobre o tal do novo Código de Processo Civil quer dizer, tanto na perspectiva do que foi aprovado no Senado Federal, em dezembro de 2010, seja naquilo que foi aprovado, finalmente, em março de 2014, portanto, seis meses atrás, na Câmara dos Deputados. E agora vivemos, desde março, abril de 2014, essa última etapa, com a devolução do projeto da Câmara ao Senado. Não há uma revogação de projetos, há convivência de projetos. Em tese, os Senadores podem pegar o da Câmara, jogar fora e falar que preferem o do Senado. E a recíproca pode ser verdadeira. Não consta que isso aconteça. As informações que temos dos colegas que estão lá trabalhando, alguns inclusive da Comissão de Juristas, Professora Tereza Arruda Alvim Wambier, Ministro Luiz Fux, Professor José Roberto dos Santos Bedaque, Professor Paulo Cesar Pinheiro Carneiro. A informação, a que vez ou outra conseguimos ter acesso é justamente a de que há uma tendência de absorver muito da Câmara em relação ao projeto do Senado. O Senado trabalhou em quatro meses; a Câmara trabalhou em quatro anos. Há, obviamente - falo com absoluta tranquilidade -, muito mais tempo pensado e maior reflexão, cuidado e esmero no projeto da Câmara em relação ao do Senado. Por outras razões e também pelo tempo, a Câmara pôde trabalhar melhor em relação a isso. Digo sempre que é muito prematuro, pelo menos na minha visão - vários colegas afirmam e eu os respeito -, e por isso não afirmo que vai prevalecer isto

ou aquilo. Estamos em ano de eleição. A Copa já aconteceu e foi uma tragédia. A eleição está indo. Começou com uma tragédia séria, que impactou até o calendário eleitoral. Refiro-me ao falecimento trágico de um dos grandes candidatos, independentemente de votarmos ou não nele. Objetivamente, isso impactou o calendário político brasileiro. Enfim, quem viver verá. Espero que todos possamos viver para ver o que acontecerá, não só com as eleições, mas também com esse monte de leis, inclusive esta, o que, quando e se prevalecerá.

Dito isto, trago dois grandes blocos de reflexões. Como bem disse o Ministro João Oreste Dalazen, a minha proposta é falar de princípios. Falarei um pouco de princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Ambos os projetos, na verdade, até antes disso, o anteprojeto da Comissão de Juristas é muito enfático em termos de princípios e - permito-me dizer - muito diferente do Código Buzaid e da CLT, como texto. Não é aquilo que fazemos com base na CLT. Extraímos princípios da CLT e também do Código de Processo Civil. Ambos os projetos, seguindo em alguma medida o que já propunha a Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, são muito fortes na principiologia, tanto constitucional, como infraconstitucional. Dentro da principiologia constitucional, gosto sempre de lembrar que, de alguma forma, os projetos absorveram aquilo que, parece-me, deve ser destacado como modelo constitucional do Direito Processual Civil, mas que valerá para o Trabalhista, para o Penal, para o Tributário, para o Processo Administrativo, e assim por diante.

Em última análise, como todos sabemos, a Constituição Federal de 88, diferentemente do que se dava com relação às Constituições anteriores, é repleta de ideologia constitucional para todos os campos do Direito, inclusive para o processo estatal. No fundo, a Constituição Federal se preocupa e se ocupa bastante com a configuração constitucional do Judiciário, não só em termos de estruturação orgânica. Basta dizer que a Justiça do Trabalho é toda desenhada diretamente a partir da Constituição. Há até a possibilidade de lei estabelecer competência para o Tribunal Superior do Trabalho. É uma delegação constitucional, inexistente na perspectiva constitucional para o STJ ou para o STF, em que o correto é dizer que a competência é exclusivamente constitucional, taxativamente prevista na Constituição. Isso não ocorre apenas no lado orgânico, mas também no sentido

daquilo que o Judiciário, em suas diversas facetas de competência, fará. Esse talvez seja o lado mais divulgado do modelo constitucional, isto é, os princípios constitucionais que incidem sobre o processo jurisdicional, sobre o processo estatal jurisdicional. Não é o caso, evidentemente, de falar de princípios constitucionais do processo. Apenas chamo a atenção de todos que, do art. 1.º ao art. 11 de ambos os projetos, tanto na versão Senado como na versão Câmara – isso é verdade também quando se olha retroativamente para o anteprojeto –, essa principiologia está de uma forma mais ou menos clara, mais ou menos absorvida.

O art. 1.º do Senado é extremamente claro e direto. Não lendo o texto, mas me referindo à norma jurídica de lá extraída, o art. 1.º do Senado bem poderia ser lido, interpretado e aplicado da seguinte forma: “Por favor, ao acabar a leitura deste art. 1.º, não prossiga na leitura do Código. Leia a Constituição e extraia dela todas as normas relativas ao processo, civil, trabalhista, penal. Depois, bem compreendidas as normas constitucionais processuais, prossiga a leitura deste Código”. Esse é o art. 1.º do Senado. Alguns dirão que isso é inútil, porque a força normativa da Constituição, por evidente, não depende de previsão legislativa. Inútil, na minha humilde opinião, é o art. 1.º da Câmara, que dá a falsa impressão de que o Código se rege pelo Código, coisa que nem o Código atual prevê. O Código e o Direito Processual Civil tendem a ser confundidos no art. 1.º da Câmara. Isso não quer dizer que não se aplicará a Constituição. De fato não. A força normativa da Constituição, como todos sabemos, está acima do art. 1.º do Projeto da Câmara, e, evidentemente, também está acima do art. 1.º do Senado. Em uma perspectiva, isso é muito forte na Comissão de Juristas, no anteprojeto e na sua exposição de motivos.

Uma das grandes finalidades e propostas de um novo Código de Processo Civil, por mais óbvio ou consagrado que seja pela doutrina e pela jurisprudência, é tornar fáceis certas coisas, com fácil acesso e informação. Neste sentido, se não é novidade falar da importância do estudo constitucional no processo, aplicar a Constituição ao processo - não estou aqui para dizer que é; concordo que não é novidade -, nesta perspectiva da Comissão de Juristas, o art. 1.º do Senado me parece mais adequado. Ele é inútil, mas é didático. O outro é inútil e não didático. Entre uma coisa inútil e didática, opto pela inutilidade didática. É a lei mandando a gente ler a Constituição.

Como somos brasileiros, permito-me dizer que, no dia em que uma resolução do CNJ recomendar a mesma leitura, com certeza, a eficácia da resolução será ainda maior. Adoramos uma lei “infralegal”. Isso é nosso. Se uma resolução do Conselho disser: “Ler a Constituição será quesito de avaliação de Juiz”, todo mundo vai ler a Constituição. Infelizmente é assim, mesmo em Exame de Ordem. Não é uma questão de classe. É assim. No dia em que começaram a exigir Direito Constitucional no Exame de Ordem, todo mundo começou a acordar para o Direito Constitucional. Não é o Direito Constitucional, o Código; é o Direito Constitucional teórico, inclusive a força normativa. É uma inversão de valores. A meu ver, o art. 1.º do Senado, repito, tem essa inversão.

Dentro do espírito da Comissão de Juristas, que idealizou o anteprojeto, isso tem a sua valia. Deus queira que, nessa escolha comparativa dos projetos, um não revogue o outro. Os dois coexistem até o Senado decidir que prevaleça o art. 1.º do Senado. Mesmo que o art. 1.º do Senado não prevaleça, mas sim o art. 1.º da Câmara, temos do art. 2.º ao art. 11 de ambos, com alguma diferença, evidente, de redação e de conteúdo, mas a ideia do art. 2.º ao art. 11 da versão Senado e da versão Câmara, que se equivalem, na verdade, pressupõe que ninguém lê a Constituição.

Isto é interessante: é um código de brasileiros, feito por brasileiros, para brasileiros. Embora o art. 1.º do Senado diga “Leia a Constituição e depois volte aqui”, o art. 2.º do próprio projeto do Senado diz: “Eu sei que você não leu. Então, vamos falar aqui os melhores momentos dos princípios constitucionais aplicados ao processo.” É um rol absolutamente inútil de princípios constitucionais aplicáveis ao processo. É inútil, porque tudo deriva da Constituição. Nada daquilo precisaria estar previsto como lei. Em minha opinião, haveria trinta vezes mais repetições constitucionais na lei para abrir a cabeça de todo mundo - permito-me dizer -, a começar pelos operadores acadêmicos do Direito Civil e do processo civil. Mais importante do que o Código é a Constituição. A nossa Constituição cuida dos problemas, por incrível que pareça. Não adianta uma lei dizer o que o STJ pode fazer. Não pode. Há que se mudar a Constituição, porque a Constituição não deixa. No TST a lei vai permitir, ainda, mas não é o caso. Evidentemente o Código de Processo Civil não está preocupado com a competência do TST, eventualmente. É uma discussão importante, que os senhores estão tendo e terão por muito tempo, até vir uma nova CLT. Até que ponto isso se

aplica, ou não, efetivamente, ao processo de trabalho como um todo, inclusive a atuação do TST? Apenas para ilustrar, porque isso não é teórico. A lei, o Código, ao criar o incidente de resolução de demanda repetitiva, prevê os casos em que o STJ julga esse incidente. Pergunta: isso é constitucional? É constitucional dizer que o TST julga. Mas eu, sinceramente, de boa-fé, tenho dúvidas sobre se é constitucional a lei dizer que o STJ e o STF julgam algo, se aqueles Tribunais Superiores dizem que a competência é taxativamente constitucional.

É o que digo: não fiquem chateados comigo, não tenho culpa. Isto é assim. Esta é a jurisprudência deles, eterna, com questões muito interessantes e importantes, inclusive sobre corrida eleitoral, sobre foro de prerrogativa. A lei não pode ampliar o que o STJ ou o STF julgam, nem para fins de improbidade. É uma das discussões importantes da ficha limpa ou ficha suja, depende da perspectiva. Muito interessante. É diferente do modelo constitucional trabalhista, onde a lei pode ampliar a competência do Tribunal Superior do Trabalho, e está tudo bem, mesmo os Tribunais Regionais Federais que têm competência por Lei Federal. A Constituição dos Estados é que prevê a competência dos Tribunais de Justiça, não a Lei Federal. Isso é interessante, não é? Já que vivemos numa Federação. Então, supondo que ninguém leia o art. 1.º, há nele os melhores momentos dos princípios constitucionais.

Destaco alguns, todos inúteis; mas vejam - é carinhoso - todos muito interessantes, didáticos. Não é feito para a academia, é feito para o dia a dia forense. Essa era uma preocupação que a mim sempre me perturbou. Para que o novo Código? É tudo tão claro no Código. É claro quando se tem o dia inteiro dentro do laboratório, quando se é um *nerd* processual. Nesse caso, é tudo muito claro: as letras, as coisas. Não é claro para o advogado do dia a dia, para o juiz do dia a dia, para o promotor ou procurador do dia a dia. Isso, por favor, não é um demérito, mas essa é a realidade. Para a academia é ótimo, quanto mais confusão melhor. Vamos ficar o dia inteiro brincando de fazer de conta, mas já há algo extremamente real que mexe em todos os sentidos do cidadão, do jurisdicionado.

Então, o art. 3.º, por exemplo, do Senado, que equivale ao art. 3.º da Câmara, fala da inafastabilidade do controle jurisdicional. Vedada a lei, a ameaça, a lesão não é afastada do Poder Judiciário. Já que estamos fazendo uma lei interessante, vamos à lei.

O Senado vai sempre um pouco... O Senado é mais tímido; o seu projeto é sempre mais tímido porque tinha um *timing* de quatro ridículos meses de trabalho. A Câmara teve mais tempo para mexer. É ótimo, e soube aproveitar isso. Que bom. Então vai e fala dos meios alternativos de resolução de conflitos, que é tão importante para a Justiça do Trabalho, e é, sim, e cada vez será mais importante também para a esfera cível. E a toda hora - o Código é até repetitivo - investe muito no âmbito do processo civil, nessa nova mentalidade de um juiz que promove a conciliação e a mediação. Tanto que é correto dizer, olhando o projeto, que a espinha dorsal do procedimento comum - estou falando do processo civil - proposto pelo projeto é um processo por audiências, mesmo no civil. A citação inicial é para a audiência de mediação e conciliação feita no Centro de Conciliação do fórum. É bem no estilo da Resolução n.º 125 do CNJ, o que já é, de alguma forma, uma realidade um pouco mais ou um pouco menos incipiente em um estado ou em outro estado; no âmbito federal com outros problemas, mas que é uma verdade, não como condicionante. É um problema que o trabalhista já precisou enfrentar. Mas, a partir do momento que o autor e o réu não se neguem a tanto, o ato inicial não é apresentar a contestação, é comparecer a uma audiência de conciliação ou mediação. Vai ser presidida pelo juiz, mas vai ter, preferencialmente, conciliador e mediador, e se não tiver nem conciliação, nem transação, nem nenhuma forma de autocomposição, não tira a contestação do bolso e apresenta. Abre-se o prazo para contestar. Esse é o procedimento como proposto, e já era assim no anteprojeto. Óbvio, o Senado aperfeiçoou, a Câmara aperfeiçoou, e, que bom, viva o processo legislativo.

Então, vejam, extrai-se didaticamente coisas que poderíamos extrair da Constituição. Tudo está no art. 3.º.

O art. 4.º é a mesma questão. Fala-se aqui do princípio da... enfim, gosto de chamar de princípio da eficiência processual; o processo e a sua razoável duração com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Mas celeridade sendo no sentido de eficiência, de produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforço, com o mínimo de custos possível. A meu ver, o art. 4.º, tanto o Senado quanto a Câmara são pertinentes, porque, lógico, eles não se limitam a repetir o Texto Constitucional, eles enunciam de forma, a meu ver, satisfatória, a ideia de que essa razoável duração do processo não é só de produzir sentença, mas é também de satisfazer o que está na sentença. É algo muito claro no Direito

européu, inclusive em algumas constituições europeias, mas que para nós a doutrina é clara, a lei não é clara, a Constituição não é clara, então a lei agora evidencia: a razoável duração do processo não é só ter uma sentença rápida, mas é ter o direito reconhecido na sentença também de forma rápida. É a tal da execução, cumprimento de sentença, execução; quer dizer, o Código também. O projeto está preocupadíssimo com a execução, tanto que as últimas reformas estruturais do CPC dizem respeito à execução, procurando aperfeiçoá-la porque, diferentemente do que um grande Deputado Federal candidato à reeleição pela minha terra diz: “Pior do que está, pode ficar, sim, e tem ficado muito pior”. Então, vamos melhorar.

O art. 7.º fala de isonomia, fala de contraditório. Essa ideia de contraditório, aliás, é incisiva, é repetitiva, é maçante, é cansativa no projeto, como já era no anteprojeto. Mas se tem uma palavra que se repete nos projetos, e inclusive nesses onze primeiros artigos, é contraditório. Contraditório em todas as suas variantes. Pergunto: Isso é errado? Não, isso é constitucional, o que é errado é não ter contraditório. O que é errado é não ter prévio contraditório. O que é errado é não ter prévio contraditório eficaz, e como tanto lá como cá às vezes não há o tal do contraditório prévio eficaz, o projeto insiste que tem de haver contraditório. O juiz pensa contraditório; ele expõe, ele abre. Chega-se até, e aí é a evolução no art. 9.º, no art. 10... Isso foi falado, e falou-se muito bem. Cheguei quando o Professor Estevão Mallet falava, e eu concordava com S. Ex.^a, quando ele falava da vedação da decisão surpresa, que é uma ideia, hoje - permita-me dizer -, absolutamente correta, extraível da Constituição brasileira, mas que a lei brasileira, que a CLT, que o Código de Processo Penal não tratam disso. Então, vem o art. 10, dos projetos, com alguma diferença entre um e outro, cuidar dessa ideia. Sim, o juiz ao apreciar questões, mesmo aquelas que ele juiz, que ela juíza podem e devem reconhecer de ofício, devem submeter isso ao prévio contraditório. E o Senado e a Câmara chegaram a fazer o requinte, que até comentamos entre nós, mas é o requinte de escrever que se o caso for de urgência posterga-se o contraditório, para não ter a impressão de que contraditório não é eliminado, contraditório é no máximo postergado; postergado porque há outro princípio constitucional, a efetividade, a exigir uma mera postergação, mas nunca uma eliminação.

O art. 11 vai falar da fundamentação das decisões, como princípio, e da publicidade também, permitam-me dizer, absolutamente inútil à previsão porque isto está

muito para todos nós no art. 93, IX, da Constituição Federal. Mas está lá, repetido, inclusive com as exceções com relação à publicidade, em nome, enfim, de um interesse privado, de um interesse peculiar, e assim vai. O que existe, e isso também foi bem falado - o Dr. Júlio e o Dr. Homero falaram -, não me lembro de o Dr. Mallet ter falado, mas falaria se tivesse tempo, é a questão da fundamentação. No art. 499, na Câmara, que equivale ao art. 476 ou coisa parecida do Senado, então o Código sai da principiologia e estabelece a regra do que é essa fundamentação.

Há pessoas que estão adorando, eu, por exemplo, adoro, acho muito pertinente a exigência, e há aqueles que não gostam nem um pouco. Outro dia falei isso em um Congresso da AMB e, por “n” razões, os colegas não sabiam do art. 499 e ficaram muito bravos com aquilo. Desde então todo mundo começou a falar muito do art. 499; depois me arrependi de ter falado neste artigo. Ele estava lá quieto, escondido, bem no meio, estrategicamente no meio. Enfim, ainda pode ser retirado? Não. Agora passou. Esse é o devido processo legislativo. Vamos ver como a prática absorverá isso. Não posso falar que o processo fica 70% mais rápido se o juiz tem de usar vinte e cinco páginas para fundamentar uma decisão. Se ele tem de responder uma a uma das causas de pedir, além dos fundamentos, a decisão dele é mais longa, é mais demorada e acabou. Não é o processo mais rápido. Prefiro este processo, mais fundamentado, mas não é o mais rápido. Evidentemente que não é. Causa de pedir é uma coisa, aqui se trata de fundamento. Quanto à causa de pedir, todo mundo responde “fundamento”. O seu fundamento é inútil, é ridículo, menosprezo o seu fundamento. É isso que o senhor tem a dizer? Então escreva. Fundamentou. Está fundamentado. Precisou escrever uma linha para dizer que o fundamento é inútil, então sei que é inútil. Senão, não sei. Dá a entender que não sensibilizou, não viu. Fico na dúvida se visse teria sensibilizado.

O art. 5.º do Senado, que equivale ao art. 8.º da Câmara, enfim, há certa adequação, não é propriamente o mesmo dispositivo, mas se fala de boa-fé do ponto de vista que envolva todos os sujeitos processuais. Fala-se da cooperação entre todos os sujeitos processuais, e ninguém dúvida disso entre juízes e advogados, entre juiz e promotor ou entre juiz e defensor, mas já vi muitas críticas, bem feitas e respeitáveis, evidentemente, de advogados ou procurador e advogado ou advogado e defensor ou advogado público e privado cooperarem entre si. Há colegas que dizem, como advogados, que não cooperarão mesmo.

Acho que é por isso que a lei precisa, então, corrigir o comportamento. A lei valorou e acha importante que colegas de profissão, mesmo que públicos, privados, membros do MP ou da Defensoria Pública possam cooperar entre si, o que não significa trair a confiança de um cliente. Isso é uma coisa totalmente diferente. Mas ser leal, agir com boa-fé. São questões novas, inclusive éticas, deontológicas, que vão ser importantes para nós. E digo que não só para nós que já vivenciamos isso na prática, pois tenho muito orgulho de ser Professor de graduação, antes de ser Professor de pós, três vezes por semana, inclusive amanhã de manhã, dando aula sobre “Projeto de Código”. Pergunto ao aluno: você como Senador optaria por este ou aquele e por quê? A prova é assim. Preocupo-me com os novos meninos e as novas meninas, quero ensinar isso aos alunos, como já ensino, mas agora com respaldo legislativo: se o problema não é de berço, é de lei.

Aliás, no Brasil, dizem isto: a mudança cultural vem pela lei. Então, está na lei. Quanto tempo vai demorar para pegar é outra história. Mas acho que o nosso papel é destacar isso. Também o art. 8.º fala em fins sociais, do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade, eficiência e tudo de bom. São diretrizes hermenêuticas, que vejamos, para nós, hoje, até por causa das novas escolas hermenêuticas, estão, de alguma forma, mais ou menos intensa, em todo o nosso discurso judicial, acadêmico, forense.

O Código, a meu ver, os projetos - mais a Câmara do que o Senado - passam isso, oportunamente, a limpo. No plano infraconstitucional, no plano da principiologia infraconstitucional – gosto de chamar de modelo infraconstitucional justamente para fazer o paralelo do modelo constitucional, que não é só princípios, mas o modelo infraconstitucional também não é só princípios –, mas falando dos princípios infraconstitucionais, o que há de interessante?

Divido, doutrinariamente, esse modelo infraconstitucional em sete grupos de princípios. São princípios relativos à prestação jurisdicional, à organização dos procedimentos, etc. Tomarei a liberdade de usar esses sete grupos brevemente para expor alguns princípios que se encaixam em cada um desses grupos, porque isso é algo que nos permite ter uma visão panorâmica, mas muito fiel ao projeto – tanto do Senado como da

Câmara –, até evidenciando as diferenças que existem - e existem sim - entre ambos os projetos.

O primeiro grupo são os princípios relativos à prestação jurisdicional. Aqui, em rigor, o anteprojeto inovava mais que os projetos do Senado e da Câmara. As duas Casas, por “n” razões, por uma escolha que foi feita no Senado e que a Câmara aderiu a essa escolha política, mantêm a regra básica de que o juiz está vinculado ao pedido e à causa de pedir formulada pelo autor, sendo certo que pedido e causa de pedir podem ser alterados antes da citação do réu ou depois, com a concordância, e nunca depois do saneamento do processo. Digo isso porque no anteprojeto a proposta era no sentido de que a causa de pedir poderia ser modificada a qualquer tempo. É algo que está lá. O Professor Luiz Henrique Volpe Camargo estava comigo, éramos da Comissão do Senado, juntamente com o Ministro Athos Gusmão Carneiro, que faleceu, lamentavelmente, em julho, e o Professor Dorival Renato Pavan, Desembargador do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Essa era a Comissão que assessorava o Senado Federal. Posso lhes confidenciar isso, porque é público, está na Internet, no sítio do Senado, vinculado ao PLS n.º 166/10, que era a numeração do projeto lá. Esse dispositivo de alteração da causa de pedir a qualquer tempo foi o campeão de críticas. O tema que mais chegava com críticas era esse, porque, convenhamos, talvez fosse demais irrealista, por “n” razões, insegurança jurídica extrema. Então prevaleceu. A ideia de princípio dispositivo prevalece fortemente nos projetos do Senado. Mas não confundamos o dispositivo com a vedação da decisão surpresa, são coisas diferentes. Eu diria que, dentro daquela ideia de cooperação, o juiz, mesmo naquilo que ele pode trazer de ofício para o processo, submete-se ao prévio contraditório. A meu ver, só fortalece essa ideia principiológica de que as partes têm de saber o que está acontecendo no processo.

O segundo grupo diz respeito aos princípios relativos à organização dos procedimentos. Aqui há uma enorme diferença, que é a possibilidade expressa de flexibilização procedimental. Esse foi o segundo campeão – e o Professor Luiz Henrique Volpe Camargo sabe disso, é minha testemunha, porque já falei agora de que é a minha testemunha número dois para *second evidence* – de críticas no Senado, porque a flexibilização procedimental do Senado era geral. As pessoas organizavam o procedimento como queriam. Então, politicamente, aquilo não passaria. E a ideia que se tinha dos bons era pensar em algo

menos radical. O que acabou passando no Senado e na Câmara é a possibilidade de o juiz alterar prazos, aumentando-os, nunca os reduzindo – convenhamos que ninguém irá achar ruim, porque o problema é reduzir -, e outra coisa que me parece bem realista, bem interessante, inclusive para a esfera do Trabalho, é a possibilidade de o juiz alterar a ordem das provas a serem produzidas. A meu ver, isso é bastante interessante – lógico, mediante consulta, contraditório –, mas é isso o que está tanto no Senado como na Câmara. Existe até mesmo um artigo muito interessante – e esse só existe na Câmara, não no Senado – que tem relação com a organização dos procedimentos. Trata-se de uma regra, e não de um princípio, mas é bem interessante, porque ele permite que as partes, em determinados casos, enfim, que aceitam transação, possam acordar entre si sobre cronograma processual, calendário processual e sobre atos processuais. É uma ideia bastante interessante que tem dividido muito aqueles que já se dispuseram a estudar o assunto. Quais são os limites disso? Na esfera trabalhista, isso é sempre um problema. Tenho uma desigualdade pressuposta nos polos do processo trabalhista, mais até do que tenho na esfera cível. Lógico, pois lá posso ter o consumidor e a grande empresa, mas, digamos, na Justiça Trabalhista, isso representa 99% dos casos. Na esfera cível, não necessariamente. Às vezes, temos duas grandes empresas, um estado e uma agência, etc. Aqui, não; geralmente temos esse desequilíbrio a recomendar um extremo cuidado em aplicação a isso. Com relação à concentração de atos processuais, eventualidade, tudo isso, mais ou menos, como está, fica. Há muita mudança de regra, não de princípio. Por exemplo, as exceções de incompetência e a suspeição de impedimento desaparecem. Vira tudo ou preliminar de contestação ou petição avulsa. Então, há uma descomplicação, mas que, do ponto de vista principiológico, não chega a afetar aquilo que temos. É muito mais uma solução de regra e não de princípio.

O terceiro grupo é com relação à atuação dos sujeitos processuais. Aqui, a meu ver, os princípios são mantidos e enaltecidos, são desenvolvidos, são aprimorados. Então, há a ideia de probidade processual de todos os sujeitos. A meu ver, o Código, como regra, acerta. Vejam que o Juiz não sanciona o advogado; o Juiz chama a atenção do advogado e oficia à Ordem. O Juiz não sanciona o membro do Ministério Público. Ele chama a atenção e avisa à Corregedoria e ao Conselho Nacional, *idem* para o Defensor Público, *idem* para o Advogado Público. A recíproca também é verdadeira. Eventualmente, ninguém sanciona o Juiz, mas o leva para a Corregedoria ou para o Conselho Nacional. Então, isso é bastante importante. É forte a ideia de probidade. É forte a ideia de responsabilidade de

todos os sujeitos processuais, inclusive dos que detêm capacidade postulatória. É forte a ideia de lealdade, a ideia de sucumbência é muito cara ao processo civil e menos cara à Justiça Trabalhista de forma generalizada, mas tudo está como princípio, como estamos. É lógico que, do ponto de vista da regra, os honorários de advogados são totalmente diferentes no projeto em relação às regras atuais, inclusive em relação à fazenda pública, mas o princípio “quem deu causa, responde” está mantido.

O quarto grupo, dos princípios infraconstitucionais, é relativo às nulidades processuais. Aqui, também, como princípio, não há nenhuma modificação. A melhor doutrina foi ouvida e virou lei. Essa é a grande verdade. Prevalece o conteúdo em detrimento da forma, dando-se oportunidade, a todo tempo, de sanear o vício, de aproveitar o conteúdo em detrimento da forma. Mesmo aquilo que o Professor Mallet havia falado... Lógico, vamos discutir o que é erro grave, vício grave, até que ponto um Ministro do TST, ou do STJ, ou do STF, pode sugerir uma convalidação de um vício... Mas existe uma regra; o princípio está lá: havendo vício, vamos tentar superá-lo, vamos tentar consertá-lo. A meu ver, principiologicamente falando, as ideias estão bem feitas. O que eu não consigo de antemão – confesso - é saber se o princípio da fungibilidade recursal se aplicará. Em alguns momentos, o projeto, sobretudo na versão Câmara, ele próprio já trata da fungibilidade. Se você embargar de declaração da decisão monocrática do Ministro, o Ministro pode converter aquilo em agravo interno. Essa é uma prática que alguns Tribunais já adotam. Os Tribunais Superiores, sobretudo, já adotam essa prática. Acho que isso já não é fungibilidade, já é uma conversão. É outra figura que exploramos menos no Direito brasileiro, mas que há no Direito estrangeiro. Sobre a preocupação atual, que é um tema também muito caro à Justiça Trabalhista e que gera problemas grandes na Justiça do Trabalho: se a hipótese é de tutela antecipada ou de tutela cautelar. Hoje, essa dualidade nos cria uma série de problemas graves. Ao socorro dessa dificuldade, existe o atual art. 273, § 7.º. Alguns chegam a falar de fungibilidade das tutelas de urgência. Eu diria que esse problema é eliminado nos projetos, tanto na versão Câmara, quanto na versão Senado, porque, em última análise, não há essa dualidade. Embora por caminhos diversos, Senado e Câmara juntam tutela antecipada e cautelar em uma coisa só, o que, em minha opinião, é extremamente importante. Então, a meu ver, não haveria espaço, não haveria razão para essa fungibilidade que hoje alguns extraem com mais amplitude, alguns com menos amplitude, do art. 273, § 7.º.

São sete grupos; depois só as conclusões, rapidamente.

Quinto grupo: produção probatória; princípios relativos à produção probatória. Aqui também, em rigor, a maioria dos princípios é preservada pelos projetos. O que é diferente, e isso afeta princípios, foi enunciado nas duas palestras que me antecederam. Então, há uma modificação severa na mediação, na imediatidade, na colheita da prova. O Projeto de Código de Processo Civil quer que o Advogado ou o Procurador ou o Defensor faça as perguntas diretamente ao Juiz. Então, a ideia de imediatidade cai. Prevalece a oralidade, mas por meio da mediação do Juiz e não a imediatidade do Juiz, porque quem vai fazer as perguntas é, em última análise, o Advogado. Já ouvi alguns colegas da Magistratura criticando veementemente o dispositivo, porque viram nisso um trabalho dobrado. É tomar conta da testemunha e do Advogado. Isso porque o bom Advogado destrói uma testemunha. E, às vezes, o Juiz, se chegar tarde, a testemunha já está destruída, já arrancou mais do que era para arrancar ou já inviabilizou um testemunho. Para nossa cultura, é algo muito novo, que tem de ser bem estudado. Pode-se falar que na arbitragem funciona, mas não estou falando de arbitragem; estou falando do Processo Civil. O Processo Civil, às vezes, numa minúscula sala de audiência, com 48 graus, não tem nem papel do Governo Estadual para fazer uma ata. É diferente da sala de arbitragem onde oferecem biscoitos, porque para manter um processo lá custa cinco mil reais por mês, por parte. É um pouco diferente a realidade. Falo isso com absoluta tranquilidade, enaltecendo o Judiciário. Isso não é processo arbitral. É muito diverso. Vamos ver o que acontecerá. A própria OAB foi muito reticente em relação a isso. É interessante ver isso. A própria OAB falou: será que estamos preparados para isso? Obviamente pressupondo aqueles que passam no Exame de Ordem, óbvio, senão a preocupação não existiria. É interessante. A tipicidade das provas é mantida, até porque isso é um princípio constitucional, mas o interessante é que alguns meios de provas são introduzidos. O principal é a Ata Notarial, que hoje é usada como prova atípica, mas que passa a ser regulada pelo projeto, o que acho particularmente bastante interessante. É lógico que há todo um aprimoramento de documento eletrônico, prova eletrônica, etc. Até mesmo em termos de prova, de audiência, a documentação por *smartphone* de uma audiência é admitida expressamente pelos projetos e sem a anuência, sem a prévia concordância do Juiz. Se o Advogado quer gravar, ele coloca o aparelho na mesa, grava e ninguém pode impedi-lo, a não ser que o Juiz confisque o aparelho, mas daí ele vai ter de consignar em ata e vai tirar

outro aparelho e vai ficar nisso até acabar a audiência. É interessante. Enfim, há um cuidado menor com a prova emprestada, aquisição da prova, mas, repito, nada que já não tenhamos.

Sexto e penúltimo princípio em relação à atividade executiva. O Dr. Homero acabou não falando de execução - também não vou falar -, mas em termos de principiologia, tudo mantido. Aliás, onde tem menos novidade estrutural e principiológica nos projetos é justamente na execução. E aí a questão não é uma crítica, é uma constatação. Por quê? Porque o Processo Civil acabou de mudar, 2005, 2006; é muito recente. Então, não há nada de novo. Há, isso sim, isso é correto, o aprimoramento daquilo que já está em vigor, inclusive com algumas dúvidas básicas que acabaram passando desde a última reforma. Hoje no processo civil - essa é a grande verdade - todos sabem que tem de pagar em quinze dias, sob pena de multa, mas ninguém sabe como se conta o prazo de quinze dias. Na execução de título extrajudicial, todos sabem que, se forem pagos em três dias, os honorários são reduzidos em 50%, mas ninguém sabe como se conta o prazo de três dias, e o Advogado tem uma dificuldade enorme de orientar o seu cliente a adimplir, porque ele pode errar e dizer que os três dias contam-se assim e não assado, e perde-se o desconto. Tudo isso é resolvido pelo Código, mas não há uma execução extrajudicial, uma execução parajurisdicional. Não há; não houve espaço para se discutir isso, embora algumas ideias, em alguns momentos, tenham sido aventadas. Então, a ideia do princípio do título executivo, da tipicidade dos atos executivos, do princípio do resultado que foi aqui discutido, o art. 620 atual, tudo isso está lá, e é lógico que poderemos ter luzes novas, mas o princípio em si foi bem mantido.

Com relação aos recursos, o último grupo dos princípios infraconstitucionais, o que há, em minha opinião, é a mudança de um princípio e há, sim, muita modificação de regra. Isso também já foi falando inclusive pelo Professor Mallet. Mas, vejam, o único princípio que muda mesmo - na verdade, em minha opinião, nem é um princípio no Código atual - todos falam do princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias. Pois bem. Isso existe na CLT, não existe no Processo Civil brasileiro. Isso deve existir no Juizado Especial, mas não existe no CPC brasileiro. O CPC brasileiro atual é justamente o oposto, é o princípio da recorribilidade tresloucada e irresponsável das interlocutórias. É o oposto. Realmente é o oposto. Estou muito convencido disso. Cabe agravo de tudo, de toda interlocutória. Aponta a Professora Tereza Wambier, que foi a Relatora geral

– ela foi parar nas páginas amarelas da Veja. Só vemos coisas ruins na Veja, mas a Veja sabe ser divertida. Aliás, não eram páginas amarelas, eram brancas, enfim, nas frases da semana, a Professora Tereza falou que um dos problemas do Processo Civil brasileiro é que o juiz espirra e, do espirro, cabe recurso. Substituindo a palavra espirro por decisão, isso é absolutamente verdade. Então, o que o Código, o projeto faz? Isso vai desde o anteprojeto: elimina, mas não é o modelo trabalhista. Passa a haver interlocutórias, taxativamente previstas na fase de conhecimento. Não é só para destrancar recurso, não é só na fase de execução. E é interessante verificar, no Senado há mais ou menos dez hipóteses; na Câmara, há mais ou menos vinte hipóteses, fora as dispersas. Então, vejam, há uma enormidade de diferenças sobre o que o Senado fará. E a pergunta não se cala. Muito bem. Passa-se amanhã o Código. Só dez interlocutórias são recorríveis. Essa é uma pergunta que assusta a Justiça Trabalhista também, é uma decisão do juiz trabalhista que concede uma tutela antecipada. Não cabe recurso. Não cabe recurso de jeito nenhum. O que cabe? Mandado de segurança. Às vezes me pergunto se a resposta correta é que não cabe nada, permitam-me dizer. O legislador fez a opção. Não cabe nada. O juiz errou. Está na conta. O juiz é humano. O juiz erra, menos frequentemente que outros humanos, mas erra. O problema é a vivência da justiça trabalhista mesmo. Uma liminar como essa pode gerar um dano irreparável para o réu. Tive o privilégio de outro dia participar de uma semana acadêmica na EJUD, do TRT da 2ª Região, e uma magistrada de primeira instância trabalhista trouxe uma questão fabulosa: a questão era saber se a tutela antecipada poderia ou não ser concedida de ofício. E S. Ex.^a sustentava a possibilidade de, no âmbito trabalhista, ser concedida de ofício. E o Desembargador da Mesa pediu a palavra, dei graças a Deus, porque não sou trabalhista e não iria me meter em briga alheia. Fiquei feliz, porque o Desembargador pediu a palavra e disse: “sabe qual é o problema de se conceder uma tutela antecipada de ofício na Justiça Trabalhista?” Era uma caso em que a reclamante havia sido demitida durante a estabilidade, e ela dizia, entre outras coisas, que sofria um *bullying* enorme. A discussão era essa, e a Juíza concedeu a liminar de ofício para reintroduzi-la ao trabalho. A visão do Desembargador a mim me agradou muito, mas não pode. Vai ser pior para ela, do ponto de vista psicológico. Se eram verossímeis as alegações dela, que ela sofria *bullying*, sofria isso, sofria aquilo, que estava grávida, é pior para ela e para o bebê. É melhor ela ficar de fora e ficar com o dinheiro - compensar. É interessante a questão. Não estou, evidentemente, defendendo uma ou outra posição, mas, numa situação como essa, nos deixa sossegados saber que um mandado de segurança nos leva à segunda instância. Para todos os efeitos, a tutela antecipada - ou qualquer que seja o nome dado a ela -

será agravável de instrumento no projeto de Código. Agora, os demais princípios serão mantidos. Um que é enaltecido – particularmente, acho que ele já existe – é o princípio da colegialidade. Isso é interessante e, a meu ver, acaba afetando a Justiça trabalhista em cheio. Toda decisão monocrática proferida no âmbito dos tribunais é agravável, toda decisão é agravável no âmbito dos tribunais. Se for monocrática, “colegia-se”. O recurso chama-se agravo interno, e não regimental, como a prática consagrou, e o que é interessante é que o prazo é de quinze dias. E se serão úteis ou não na Justiça do Trabalho é uma questão pertinentíssima, mas lá, com certeza, será útil, porque não haverá nenhuma outra regra a sugerir o oposto.

Senhoras e senhores, são essas as considerações que querem ser um breve apanhado de princípios, tanto constitucionais como infraconstitucionais, que estão refletidos nos projetos, tanto o Senado como a Câmara. Agradeço muito a atenção com que fui ouvido e agradeço, na pessoa do Ministro João Oreste Dalazen, o honroso convite que me foi formulado, a oportunidade de aqui estar mais uma vez, e permita-me, Ministro Dalazen, pedir que V. Ex.^a prossiga desta forma, permito-me dizer, não por minha causa, mas pela discussão, pela importância da discussão, porque mais dia ou menos dia esse Código virá, e como os senhores terão percebido ao longo de todo o Seminário, eu mesmo tive o privilégio de ouvir várias considerações fundamentais, pertinentíssimas, todas as questões que todos nós hoje, bem ou mal, achamos que temos alguma certeza sobre elas, deverão ser repensadas, nem que seja para confirmar aquela certeza.

Obrigado pela atenção. Boa tarde.

“Encerramento do Simpósio”¹⁸

Ministro João Oreste Dalazen

Senhoras e senhores, ao encerrar este Simpósio, devo, por um imperativo de consciência, ressaltar, em primeiro lugar, que o objetivo que nos animou a promover este evento foi essencialmente o de apresentar aos Juízes do Trabalho, aos Desembargadores e aos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho as proposições que constam do projeto do novo Código de Processo Civil, que ora tramita, em fase final, no Senado Federal. Apresentar o projeto de novo Código, eis o propósito que fundamentalmente presidiu a organização deste evento.

Fizemos uma tomada de consciência de todos nós sobre as possíveis ou prováveis novidades em termos de normas, de institutos que se avizinham, caso seja aprovada a versão no Senado, a versão na Câmara, enfim, caso seja aprovado o novo Código de Processo Civil.

Não quisemos, evidentemente, porque não seria apropriado, desde logo, firmar conclusões sobre a pertinência da invocação supletiva desse ou daquele instituto, dessa ou daquela norma processual específica do processo do trabalho. Para isso, haverá, como já se sabe, um prazo de *vacatio legis* de um ano depois de publicada a nova lei, e, portanto, haverá ensejo para que possamos discutir e discutir muito mais, de forma pontual e aprofundada, as inovações com que se acena no novo Código de Processo Civil.

Além disto, quisemos promover este evento com os olhos fitos no que já é uma realidade, a Lei n.º 13.015/14. A Lei n.º 13.015/14, que, em parte, já encampa, como visto, algumas das mais importantes inovações que já estão no Código de Processo Civil e que vão ser, em parte ou em grande medida, reformuladas no novo Código de Processo Civil. De modo que se faz necessária agora, e é urgente, uma tomada, não de consciência, mas de posição de todos nós que atuamos na Justiça do Trabalho em torno da regulamentação da Lei n.º 13.015/14 e do papel que cada um de nós passa a ter a partir do

¹⁸ Encerramento do Simpósio proferido na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, no dia 16 de setembro de 2014, às 17h15. Transcrição realizada pela Divisão de apoio e registro taquigráfico do TST. Revisão final do texto pela assessoria da Direção da ENAMAT.

momento em que, doravante, a partir da próxima segunda-feira, por exemplo, a uniformização da jurisprudência interna dos Regionais será inafastável e com vários mecanismos que a lei contempla para compelir os Regionais a que promovam essa uniformização, por exemplo, no sistema de recursos de revista repetitivos, com todas as implicações que daí derivarem.

De modo que este é um momento para que todos nos demos as mãos no sentido de colaborarmos uns com os outros no afã de que se promova, no Tribunal Superior do Trabalho, uma regulamentação adequada e pertinente, e que traga eficácia à nova Lei n.º 13.015/14 e principalmente que propicie a outorga da prestação jurisdicional de forma cada vez mais rápida, cada vez mais eficiente e cada vez mais efetiva pela Justiça do Trabalho, que se notabiliza no cenário nacional precisamente pela maior presteza e maior eficiência em cotejo com os demais segmentos do Poder Judiciário.

Pois bem, esta Lei nos dará, e dará, sobretudo aos Tribunais Regionais do Trabalho e ao Tribunal Superior do Trabalho, mecanismos que possam propiciar uma melhoria na qualidade e na outorga da prestação jurisdicional ainda mais acentuada. Mas o que quero ressaltar, acima de tudo, é que o propósito que animou a realização deste evento não foi o de extrair conclusões. Foi o de promover uma apresentação.

De minha parte, repito Fernando Pessoa, “não tenho nenhuma certeza, sou certo ou menos certo?”. Acho que, por enquanto, devemos todos cultivar a sábia dúvida, porque não me canso de dizer que tenho certa reserva àqueles que não têm dúvidas. Hoje temos todas as dúvidas, como é natural a um segmento do Poder Judiciário que está estruturado há décadas no cenário nacional e que tem normas e princípios próprios, cuja natureza certamente será preservada em qualquer que seja a interpretação, qualquer que seja a norma que sobrevenha diante da implantação de um novo Código de Processo Civil. Pelo menos é a minha intuição momentânea. Certamente, num dado momento vamos refletir pontualmente sobre o que é compatível ou o que não é compatível com a natureza do processo do trabalho, com as normas vigentes da legislação processual trabalhista e saberemos fazê-lo, tenho certeza disso, com a cooperação de todos.

Penso que o balanço da realização deste evento foi muito positivo no que nos permitiu iniciar esta reflexão, iniciar esta tomada de consciência sobre as inovações que se avizinham e sobre o que de proveitoso e de pertinente e de compatível com o processo do trabalho poderemos e deveremos aplicar para melhorar ainda mais o processo trabalhista brasileiro.

Perguntaram ao grande cientista Isaac Newton como descobriu a lei da gravidade. Ele respondeu: “pensando nela”. Vamos continuar pensando nessas inovações, vamos continuar refletindo sobre a necessidade de mudanças, como é próprio da evolução da humanidade, do Direito, da Economia, da sociedade, e vamos continuar com o firme propósito de melhorar ainda mais a Justiça do Trabalho.

Ao encerrar, quero transmitir uma palavra de profundo agradecimento aos Professores que acorreram com sacrifício pessoal, por certo, para prestigiar este evento, a todos os professores. E peço licença para homenagear a todos na pessoa do Professor Fredie Didier, que foi um entusiasta de primeira hora da organização deste evento. O Professor Didier contribuiu sobremodo para a organização do evento, e sabemos com que entusiasmo o fez, como, aliás, é característico da personalidade do nosso ilustre amigo e eminente Professor.

Quero também transmitir uma palavra de agradecimento a todos os demais que concorreram para a organização deste evento, em particular ao meu querido amigo Ministro Vieira de Mello Filho, ao Juiz auxiliar da direção da Enamat, Dr. Marcos Fava, e a todos os servidores da Enamat, e, não menos importante - *last but not least* -, uma palavra de profundo agradecimento a todos os participantes: Juízes do Trabalho, Desembargadores, servidores, aos que acompanharam de forma presencial, aos que acompanharam à distância, sempre com muito entusiasmo, sempre com muito empenho, sempre com muita preocupação em extrair o melhor proveito das mensagens que aqui foram transmitidas.

Tenho a certeza absoluta de que este comprometimento, a seriedade, a responsabilidade, o profissionalismo com que os senhores acompanharam e

participaram deste evento motivam-me, como Diretor da Escola, como Diretor da Enamat, a continuar ainda mais a propiciar novos eventos dessa natureza, com qualidade, de modo a que possamos nos aprimorar cada vez mais para o bom exercício da nossa atividade profissional.

Muito obrigado a todos. Está encerrado o Simpósio.