

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC SP

JÉSSICA REGINA YAMAMUTI

**INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NA JUSTIÇA DO
TRABALHO**

MONOGRAFIA

SÃO PAULO
2018

JÉSSICA REGINA YAMAMUTI

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título em pós-graduação *latu sensu* de Direito, na área de Direito do Trabalho, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Fabíola Marques.

SÃO PAULO
2018

JÉSSICA REGINA YAMAMUTI

**INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NA JUSTIÇA DO
TRABALHO**

Aprovada em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMIDORA

Prof.^a Dr.^a Fabíola Marques
Orientador

Prof. (Nome do professor avaliador)

Prof. (Nome do professor avaliador)

SÃO PAULO
2018

Dedico o presente trabalho à minha família por sua capacidade de acreditar e investir em mim. Mãe por seu cuidado e dedicação que me deram esperança para seguir. Pai, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinha nessa caminhada.

Dedico o presente trabalho também a minha irmã Jeyza Renata Yamamuti pelo incentivo e apoio constante.

A minha orientadora, Professora Dra. Fabíola Marques, pelo excelente ensinamento. E dedico este trabalho a pessoa que se tornou mais importante, Diego Luiz Garcia, pessoa com que amo partilhar a vida. Com você tenho me sentido mais viva de verdade. Obrigada pelo carinho, a paciência e por sua capacidade de me trazer paz na correria da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada, concedendo força e coragem.

À minha família, e ao meu namorado pelo amor, incentivo e apoio incondicional demonstrados em todos os momentos.

Aos meus amigos de longa data e aos recém-descobertos por me ombrearem nas minhas escolhas.

A todos que compõem o Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC - COGEAE.

À professora Zélia Maria Cardoso Montal, que ao longo dos dois últimos anos não só por ter me ensinado, mas por ter me feito aprender.

À equipe da Biblioteca Dr. Nebrídio Negreiros – EJUD2 – Fórum Trabalhista Ruy Barbosa pela disponibilização do material necessário para a presente pesquisa.

À Prof. Dra. Fabíola Marques, pela orientação, apoio e confiança

A todos que de algum modo colaboraram para mais esta realização em minha vida.

*"Palavras são, na minha não tão humilde
opinião, nossa inesgotável fonte de magia.
Capazes de ferir e de curar"*

(J.K. Rowling)

*"Nós aceitamos o amor que achamos que
merecemos. "*

(Stephen Chbosky)

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar o Incidente de Assunção de Competência com foco na Justiça do Trabalho, utilizando-se dos métodos indutivo e comparativo e da pesquisa à legislação, doutrina e jurisprudência.

Num primeiro momento, visando à contextualização da ciência processual, trataremos o panorama atual da Justiça do Trabalho, com a problemática da constante busca pela cessação da lentidão do judiciário, sendo agregada a isto a constitucionalização do direito processual, o problema da crescente necessidade de procura do judiciário diante da massificação das relações jurídicas, a jurisprudência lotérica e os dados da Justiça do Trabalho que demonstram o colapso do sistema judiciário.

Num segundo momento, por meio da análise de institutos existentes no direito pátrio que têm a finalidade de uniformizar a interpretação e aplicação do direito, trataremos da necessidade de utilizar precedentes vinculantes, em decorrência principalmente da ineficiência das reformas no intento de acelerar a prestação da tutela jurisdicional.

Num terceiro momento será analisada a proposta de inclusão do Incidente de Assunção de Competência previsto no Código de Processo Civil, como meio de uniformização da jurisprudência.

Num quarto momento, serão abordadas todas as características que delineiam os precedentes e sua aplicabilidade no direito Brasileiro, tendo em vista que o Incidente de Assunção de Competência é um precedente vinculante.

Por fim, será analisado Incidente de Assunção de Competência, em relação aos requisitos, procedimentos, limites, bem como inovações e os problemas mais evidentes.

Palavras-chaves: Incidente de Assunção Competência. Uniformização da Jurisprudência. Precedentes Vinculantes. Direito do Trabalho.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the Incidence of Assumption of Competence focus on Labor Court, using inductive and comparative methods and research to legislation, doctrine and jurisprudence.

In a first moment, view to the contextualization of procedural science, we will discuss the current panorama of Labor Court, with the problem of the constant search for the cessation of the slowness of the judiciary, being added to this the constitutionalisation of procedural law, the problem of the increasing need for demand of the judiciary in the face of the massification of legal relations, lottery jurisprudence and Labor Court data that demonstrate the collapse of the judicial system.

In a second moment, through the analysis of existing institutes in the country's law that aim to standardize the interpretation and application of the law, we will deal with the need to use binding precedents, mainly due to the inefficiency of the reforms in the attempt to accelerate the provision of judicial protection.

In a third moment will be analyzed the proposal to include the Incident of Assumption of Competence provided in the Code of Civil Procedure, as a means of uniformity of jurisprudence.

In a fourth moment, all the characteristics that outline the precedents and their applicability in the Brazilian law will be approached, considering that the Incident of Assumption of Competence is a binding precedent.

Finally, we will analyze the Incident of Assumption of Competence, in relation to the requirements, procedures, limits, as well as innovations and the most obvious problems.

Key-words: Incident of Assumption of Competence. Standardise Jurisprudence. Binding Precedents. Labor Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. PANORAMA ATUAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO	13
1.1 A constante busca pela cessação da lentidão do Judiciário	13
1.1.1 A Constitucionalização do Direito Processual	13
1.1.2 Emenda Constitucional 45/2004	14
1.1.3 A evolução da sociedade e a massificação dos negócios jurídicos	15
1.2 Jurisprudência lotérica no Brasil	16
1.3 Explosão de Recorribilidade	17
1.4 Relatório Geral da Justiça do Trabalho	18
2 PRECEDENTES VINCULANTES COMO SOLUÇÃO EMERGENCIAL	20
2.1. Por que precisamos de precedentes?	20
2.2 Minirreformas processuais não lograram resultado suficientes	20
2.3 Principais justificativas para adoção de precedentes vinculantes	21
3 URISPRUDÊNCIA	22
3.1 Incidente de uniformização de jurisprudência no CPC/73	22
3.2 Incidente de uniformização de jurisprudência na Justiça do Trabalho	24
4 PRECEDENTES JUDICIAIS	25
4.1. O Artigo 926 do Código de Processo Civil	25
4.2 O olhar para uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil	27
4.3 Regime Híbrido entre o <i>civil law</i> e <i>common law</i>	30
4.4 <i>Leading Case</i> na justiça do trabalho – dispensa coletiva	30
4.5 Os elementos formadores dos precedentes judiciais	33
4.6 Os elementos posteriores do precedente judicial: <i>stare decisis</i>	35
4.7 Os meios de formação de precedentes judiciais no CPC/2015	35
3.7.1 A formação de precedente para gestão de estoque	36
4.7.2 A formação de precedente para questão jurídica não repetitiva	36
5 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA	37
5.1 O Incidente de assunção de competência no CPC/73: Lei n. 10.352/2001	37
5.2 Requisitos para a instauração do incidente	39

5.2.1 Pendência de julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária	40
5.2.2 Questão de direito	40
5.2.3 Repercussão social e interesse público	41
5.2.4 Prevenção ou composição de divergência	42
5.2.5 Ausência de multiplicidade	43
5.2.6 Análise dos IACs propostos no TST	43
5.3 Natureza jurídica	45
5.3.1 Incidente Processual	45
5.3.2 Recurso	47
5.3.3 Ação autônoma	48
5.3.4 Técnica de julgamento	49
5.4 A ampliação da possibilidade do IAC	50
5.5 Legitimidade para a proposição do IAC	51
5.6 A desistência do processo representativo da controvérsia escolhido para IAC	52
5.6.1 A possibilidade de desistência da ação em primeiro grau, ante da prolação da sentença	53
5.7 Objeto passível de arguição do IAC	54
5.8 A impossibilidade de instauração em tribunal de segundo grau	55
5.9 A função dos tribunais brasileiros e a relação com a finalidade vinculante e pacificadora do IAC	55
5.10 Procedimento	56
5.10.1 Suspensão dos processos pendentes que envolvam a mesma questão de direito	57
5.10.2 Julgamento	59
5.10.3 Recursos	60
5.10.4 Consequências do julgamento do Incidente de Assunção de Competência	60
5.11 A fungibilidade entre os institutos formadores de precedentes	62
5.11.1 A possibilidade de fungibilidade entre os institutos: IRDR e IAC	63
5.11.2 O ponto autorizante da fungibilidade	64
5.11.3 A necessidade de sistematização: as diferenças de suscitações	64
5.11.3.1 A suscitação do IAC, a admissibilidade e a possibilidade de conversão em IRDR	64
5.11.3.2 A fungibilidade pela turma quando da análise da admissibilidade preliminar do IAC	65

5.11.3.3 A fungibilidade pelo colegiado maior quando da análise da admissibilidade definitiva do IAC	65
5.11.3.4 A suscitação do IRDR, a admissibilidade e a possibilidade de conversão em IAC.....	67
5.12 Litigar contra precedentes: Consequências e possibilidades	68
CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIA.....	73
ANEXOS.....	80

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu inciso LXXVIII, do art. 5º, coloca como garantia fundamental a duração razoável do processo.

Todavia, nos primeiros trabalhos de preparação do Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil para o Brasil, dentre os problemas a equacionar a Comissão credenciada pelo Senado Federal detectou dois que se aparentavam como representativos das maiores preocupações sociais com a chamada "crise da justiça": a duração excessiva e quase sempre intolerável dos processos; e a insegurança dos resultados da prestação jurisdicional, em face da recorrente diversidade de posições dos tribunais na aplicação da mesma norma legal.

Diante desse quadro, o Código de Processo Civil de 2015, que foi recepcionado pela Justiça do Trabalho por meio da Instrução Normativa n. 39 do Tribunal Superior do Trabalho, teve como objetivo garantir a obtenção da tutela jurisdicional num prazo razoável e uma isonomia na aplicação da lei, para tanto adotou os precedentes judiciais vinculantes.

Assim, o sistema processual trabalhista passou a contemplar a obrigatoriedade de os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho uniformizarem a sua jurisprudência. Os instrumentos para uniformização de jurisprudência atualmente possíveis no 2º grau de jurisdição, tanto no processo civil quanto no direito do trabalho, são o IRDR e o IAC, conforme repetitiva ou não a questão objeto do dissenso.

Nesse trabalho, pretendemos demonstrar que, o Incidente de Assunção de Competência, uma das formas de alcançar um precedente judicial vinculante, criada pelo Código de Processo Civil de 2015, poderá proporcionar que se reduza as dificuldades relacionadas à tempestividade da tutela e a sua efetividade, aliada à melhor qualidade das decisões substancialmente fundamentadas e imediatamente oriundas dos tribunais superiores, posto que, da mesma forma que uma tutela jurisdicional tardia não oferece justiça, também não oferece resultado útil e satisfatório uma tutela jurisdicional efetiva e célere, quando injusta ou de baixa qualidade.

1. PANORAMA ATUAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

1.1 A constante busca pela cessação da lentidão do Judiciário

A lentidão do Judiciário na resolução dos conflitos e o crescente número de demandas não é assunto novo, nem problema localizado.

Pode se dizer que é um dos principais pontos que levaram o legislador a realizar reformas setoriais no processo pátrio, bem como ainda leva o legislador a buscar novos mecanismos processuais, com o fim de tentar dar a sociedade uma resposta aos direitos consagrados: o direito de acesso ao Judiciário, para obtenção da tutela jurisdicional pleiteada, num prazo razoável obedecendo aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, destaca-se também a alteração do eixo metodológico, que, no início do século passado, estava voltado para o estudo da ação e atualmente está voltado para o estudo da tutela¹.

1.1.1 A Constitucionalização do Direito Processual

No desenvolvimento do direito constitucional, na qual podemos destacar a preocupação com a proteção dos direitos de primeira, segunda e terceira gerações, também constatamos um salto na preocupação com direitos processuais mínimos que devem ser garantidos aos cidadãos²

Os direitos de segunda geração surgiram com o término da primeira guerra, quando se passaram a reconhecer os direitos sociais. Após isso, três outros fatos históricos marcaram a humanidade: a segunda guerra mundial, o fascismo e o nazismo. Consequentemente, foi proclamada, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevendo direitos processuais básicos. Com esse progresso, houve a constitucionalização dos direitos fundamentais³, sendo incluídos entre eles os direitos processuais.

À vista disso, ocorreu a constitucionalização de muitos dos princípios processuais, para que os cidadãos pudessem obter proteção contra eventuais abusos do Estado. No Direito Pátrio, após um período de ditadura militar, fomos coroados com

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. (Trad. Aroldo Plínio Gonçalves). 2ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.56.

³CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** (Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p.61-63.

uma Constituição que possui um imenso rol de direitos fundamentais, destacando-se como direitos constitucionais processuais, o devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do acesso ao Judiciário, da isonomia, da motivação das decisões e do juiz natural.

Em que pese as grandes garantias asseguradas pela Constituição de 1988, o Constituinte Derivado entendeu que havia a necessidade de alteração na Constituição para adequação do direito Processual e do Judiciário à realidade desse novo século.

Isto porque, houve aumento de procura pelo Judiciário para a solução dos conflitos e este precisa responder aos anseios da sociedade para que cumpra sua função constitucional.

1.1.2 Emenda Constitucional 45/2004

Em 8 de dezembro de 2004 foi promulgada a Emenda Constitucional 45, batizada de emenda da “reforma do Judiciário”.

A Emenda Constitucional 45 incluiu o princípio da razoável duração do processo, alterou as competências entre o STF e o STJ, alterou a competência na Justiça do Trabalho, criou enunciados de súmulas com efeito vinculante, criou o Conselho Nacional de Justiça

Nesse sentido da mudança da Constituição Federal, foram sancionadas leis alterando a separação de processo entre cognição e execução; houve alteração no regime do recurso de agravo contra as decisões interlocutórias; a criação de uma sistemática que possibilitou a improcedência liminar pelo juiz de primeiro grau; a alteração dos requisitos para a interposição do recurso extraordinário; a criação de procedimento para o julgamento de recurso por amostragem; a previsão de informatização do processo; e a edição de enunciados de súmula vinculante.

As reformas apontadas no direito processual, apesar de trazerem alguns resultados positivos não tiveram o condão de solucionar os problemas existentes, que a cada dia se tornam maiores.

Em 2009, por determinação do Senador José Sarney, então presidente do Senado, por meio do Ato 379/2009 foi instituída comissão de juristas encarregada de elaborar proposta de anteprojeto de Código de Processo Civil visando acelerar a tramitação de processos perante o Judiciário, desafogando os Tribunais e garantindo à sociedade, um processo mais célere.

Verifica-se, por meio dessa evolução, uma luta constante por parte da doutrina e também da sociedade por maior agilidade do processo, que não fica limitada à maior efetividade do processo. Também envolve maior busca por isonomia e segurança jurídica. Assim, os institutos processuais precisam ser aperfeiçoados para evitar a existência de decisões antagônicas, o que traz previsibilidade, isonomia e também segurança jurídica.

1.1.3 A evolução da sociedade e a massificação dos negócios jurídicos

A sociedade vem sofrendo transformações, geradas, dentre outros motivos, pela revolução industrial, iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII e expandida pelo mundo em meados do século XIX. Posteriormente, o surgimento do Fordismo e com ele o surgimento da cultura da produção em massa e também da economia de escala.⁴

Os negócios jurídicos, que século antes eram poucos, passaram a crescer ano após ano. Em efeito da evolução da sociedade, ampliam-se os meios de comunicação, e as pessoas que não tinham acesso a informação básica passam a tê-la.

Vai-se implementando, ao longo da evolução histórica de nossa sociedade, a ideia do consumismo, sendo a economia de escala grande atrativo para os empresários, que poderiam lucrar a partir da produção em grande quantidade de produtos em série. Surge a massificação⁵ e com ela a estandardização dos negócios jurídicos⁶.

Durante essa evolução, constatou-se o êxodo rural e a concentração das pessoas em grandes metrópoles, cada vez mais inchadas, sem deixar de mencionar o crescimento populacional.

O acesso aos meios de comunicação, de fundamental importância nesse processo, decerto faz com que as pessoas alimentem o desejo por bens de consumo, porém, ao mesmo tempo, também leva a essas mesmas pessoas mais informações sobre seus direitos e garantias.

⁴ RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência**. São Paulo: RT, 2010. p.31.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 56-57.

⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. (trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 1998, p. 302.

Ressalta-se ainda, a nova transformação pela qual estamos passando, desde a quebra de fronteiras, por meio da globalização, até a instantaneidade das informações, sem deixar de lado a constante evolução tecnológica.

Diante desse cenário, a justiça, que até pouco tempo era elitizada, pois os conflitos surgidos eram, em sua grande maioria, decorrentes de discussão sobre posse, propriedade, inventário, ou seja, justiça acessível apenas àqueles que detivessem conhecimento e fortuna, passa a abrir suas portas para a população em geral.

Essa evolução do acesso à justiça, no entanto, não foi acompanhada de uma correspondente evolução do Judiciário, o qual, estagnado, hoje se vê abarrotado de processos que aguardam, quase sem esperança, um provimento final efetivo.

1.2 Jurisprudência lotérica no Brasil

O cenário de abarrotamento de demandas não causa somente uma incipiência na quantidade de julgamento, mas também insegurança jurídica, pelo fato que mais processos possibilitam julgamentos dos mais diversos resultados, com dispersão de entendimento e, conseqüentemente, falta de qualidade para a própria prestação jurisdicional.

A justiça material⁷, deve ser dentro dos princípios do devido processo legal, da duração razoável do processo, da segurança jurídica e da isonomia. Quando ocorre uma grande quantidade de demandas com a mesma identidade material em lesões a direitos individuais homogêneos ou somente com questões repetitivas, há necessidade de uma pacificação de entendimentos no próprio Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, com a importância ainda maior por parte dos Tribunais Superiores.

Os problemas de uma alta litigiosidade se esgotam somente em uma grande complicação de julgar enorme quantidade de demandas, mas também, em conseguir uma sistemática de gestão processual cognitiva.

Diante do cenário do Judiciário, a prestação jurisdicional protuberante e o senso de justiça só serão alcançados se houver o mínimo de pacificação entre os entendimentos dos Tribunais, sob pena de causar sentido inverso: insegurança jurídica, jurisprudência lotérica e alta recorribilidade.

⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Ed, Revista dos Tribunais. 2016. p.157

A insegurança jurídica e a jurisprudência lotérica, se justificam, porque há uma bipolaridade/multipolaridade na atuação dentro e entre os Tribunais, com julgamento de casos com situações fáticas idênticas de modo totalmente diverso. Dessa forma, a bipolaridade/multipolaridade ocasiona um descrédito do próprio Tribunal, tornando a atuação jurisdicional e seu resultado numa grande lotérica jurídica determinando muito mais pela distribuição, quando se tem o sorteio lotérico, quando se define se aquela demanda que apesar de idêntica a outra, por ser distribuída para outro órgão, terá resultado diferente, pela existência de dispersão de entendimento naquele Tribunal.

Cambi⁸ conceitua a jurisprudência lotérica como aquela que um mesmo Tribunal tem decisões conflitantes em uma mesma matéria, possibilitando que recurso de matéria idêntica, de acordo com o entendimento por Câmara ou Turma decida por resultados diversos para problemas jurídicos idênticos.

Além das consequências expostas, importante mencionar que teremos ainda uma alta recorribilidade, isto porque a jurisprudência lotérica causa instabilidade jurídica e proporciona um amplo interesse recursal para todas as partes que postulam sobre aquele objeto material.

Desse modo, mesmo diante das poucas possibilidades recursais prevista na Constituição Federal para os Tribunais Superiores, a existência dessa bipolaridade e da jurisprudência lotérica permitem que quase todas as questões possam chegar ao STJ, TST e STF e, justamente pela atuação destes ao não julgarem de modo estável, coerente e íntegro.

Um excesso de litigiosidade, o que já era previsto por Cappelletti e Garth⁹, é uma consequência mundial, necessitando de novas técnicas de enfrentamento jurisdicional sistêmico, com o intuito de possibilitar acesso à justiça do indivíduo em sociedade, contudo garantir, de igual maneira efetividade do direito material ali posto ao Estado enquanto Judiciário, recaindo também na efetividade processual.

1.3 Explosão de Recorribilidade

No Brasil ampla maioria das decisões de primeiro grau são objeto de recurso, com elevada taxa de reforma.

⁸ CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica. Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, anos 90, v.786, abr.2001. p.111.

⁹ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso a Justiça**. Tradução: NORTHFLEET, Ellen Greice. Porto Alegre. 1991.

A elevada recorribilidade é decorrente de um complexo de causas. A ausência de limites mais estritos à reforma, permitindo que está ocorra, pela mera divergência entre os juízos *a quo* e *ad quem* na valoração da prova sem clara indicação de um *error in judicando*, eleva sobremaneira as chances de reforma e encoraja a recorribilidade lotérica. Também contribuem para a sobrecarga do sistema recursal a pletora de recursos permitida,¹⁰ o relativamente baixo custo para recorrer, a rara e insuficiente imposição das penalidades por má-fé processual, uso predatório da justiça ou recursos protelatórios¹¹ e, notadamente, a falta de unidade da jurisprudência, permitindo que o recorrente explore os dissensos entre as cortes.

Ante as reiteradas reclamações de sobrecarga e morosidade do Poder Judiciário, o objetivo da mudança é evitar que as questões já pacificadas continuem sendo recorridas milhares ou milhões de vezes. Tal aumentaria a segurança jurídica e descongestionaria os tribunais, liberando-os para melhor investir seu tempo no refinamento e unificação do direito, bem como no uso de precedentes de forma consciente, lógica e harmônica – exercendo um trabalho de elevada reflexão, mas em um número mais reduzido de acórdãos.

1.4 Relatório Geral da Justiça do Trabalho

O cenário que se revela ao simples exame do conteúdo dos mais de 277.270 recursos recebidos em 2017 no TST, o que significou crescimento em relação a 2016 que recebeu 243.447, bem com o fato de mais de 70% dos recursos não foram providos ou não foram conhecidos e apenas 19% foram providos ou providos em parte.¹² Evidencia que, há muito tempo, o TST deixou de cumprir o seu papel de corte unificadora da interpretação da legislação, e, em boa parte dos casos, se limita a resolver querelas jurisprudenciais internas dos TRTs, diante dos incontáveis casos que revela divergências entre turmas que os compõem.

O aumento de demandas, com o não acompanhamento da estrutura, gera um aumento de processos com aumento de tempo de duração dos processos. Ou se trabalha mais, ou cresce o tempo de duração do processo.

¹⁰ CPC, artigo 994; CLT, artigo 893.

¹¹ BARRAL, Weber; MACHADO, Rafael Bicca. **Civil Procedure and Arbitration**. In: Introduction to Brazilian Law, 2011, p. 183.

¹² SITE: <http://www.tst.jus.br/documents/26682/0/Relat%C3%B3rio+Demonstrativo+por+Instancia+Reduzido.pdf/eae9d567-3e07-9387-68a0-9ae8f95d9114>> Acessado em 09 de setembro de 2018

Aumentar o volume de pessoas dentro do Poder Judiciário Trabalhista é inviável, tendo em vista à escassez dos recursos públicos. O que se deve procurar, portanto, é modificar o trâmite dos processos. Não basta fazer mais do mesmo, é preciso inovar, buscar novos caminhos, novas formas de solução para o problema da morosidade judicial.

Algumas turmas da Corte Superior Trabalhista, chegam a julgar 1.500 processos numa única sessão, contudo, isso só se é possível em razão da repetição de teses, e dos assuntos recorrentes que são horas extras, negativa de prestação jurisdicional, intervalo intrajornada¹³, ressaltando os casos mais específicos. Chegar a esse patamar administrativo de julgamento de processos foi alcançado com gestão estratégica na forma de julgar e no acolhimento de teses. Esse é um exemplo de mudança de paradigma e de mudança na forma de julgar demandas.

Atualmente a função principal do TST é a substituição por uma competência originária, quando em verdade deveria ser dedicada na maioria do tempo para questões uniformizadoras.

Nesse contexto, é possível identificar o grande problema nos recursos de revista; as causas repetitivas e as causas banais, pois, quando se fala em crise da Justiça do Trabalho, a referência que se tem é quanto a uma crise que atinge não só o processo, mas, também, produz efeitos no campo do direito material do trabalho. O nível de cumprimento espontâneo, muito abaixo do que seria razoável, produz um prejuízo enorme para sociedade devido à morosidade.

O Brasil convive com um índice de ações muito maior do que convivem outros países de economia equivalente que acaba refletindo a incapacidade da Justiça do Trabalho em responder às demandas e seu crescimento. Por esta razão, as decisões deliberadas de não cumprir as normas trabalhistas por parte dos empregadores é um dos maiores elementos que levam a grandes litigiosidades.

O Estado Judiciários precisa encontrar políticas públicas coletivas que deem respostas a altura para tais lesões e o uso do canal sindical, como lógica de *class action*, tem sido estimulado pelo TST, incentivando os sindicatos pelas ações coletivas, concedendo honorários, desburocratizando rol de substituídos, mas nem mesmo com tais medidas tem sido possível alcançar o efeito pretendido.

¹³SITE: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes> Acessado em 06 de setembro de 2018.

2 PRECEDENTES VINCULANTES COMO SOLUÇÃO EMERGENCIAL

2.1. Por que precisamos de precedentes?

O processo de judicialização do direito como garantidor da cidadania, das liberdades fundamentais, defensor da República e da tripartição dos poderes, acabou expandindo as tarefas do Judiciário, que passaram a cobrir funções que deveriam ser exercidas pelos poderes legislativo e executivo. O inchaço do judiciário com a multiplicidade de processos impede que se alcance o padrão jurídico fundamental traçado na Constituição Federal, qual seja, o de máxima eficácia.

O sistema judiciário brasileiro revela um exaurimento da capacidade instalada, sem perspectiva de solução sem grandes investimentos em pessoal e estrutura (inviável, pois nunca acompanhará o crescimento exponencial da demanda), sem reformas processuais significativas que respondem à explosão de demandas e massificação do processo, dando aos juízes das várias instancias ferramentas para julgar mais rápido e em maior quantidade.

A justiça do Trabalho especificamente depara-se diariamente com o fato de as demandas dos trabalhadores não serem efetivamente atendidas de forma natural, ou seja, o empregado, submetido ao contrato de trabalho estabelecido pelo empregador, acaba alcançando seus direitos pela via judicial. O Princípio da Proteção deve nortear todas as relações de labor e com frequência excessiva acaba materializando-se apenas dentro do processo trabalhista.

2.2 Minirreformas processuais não lograram resultado suficientes

Os últimos vinte anos foram pródigos de alteração legislativa que tentaram limitar a excessiva recorribilidade e unificar a jurisprudência. Por exemplo, em 1995 o artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973 foi alterado para que o relator de um recurso pudesse negar seguimento ao mesmo se “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou *contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior*”¹⁴. Nova alteração do mesmo artigo, em 1998, determinou que o relator negue seguimento a recursos por contrariedade a *jurisprudência dominante* do respectivo tribunal ou Tribunal Superior,¹⁵ bem como autorizou-o a dar provimento monocraticamente ao recurso se a decisão recorrida contrariar súmula ou

¹⁴ CPC 1973, artigo 557., com redação dada pela Lei n. 9.139, de 1995

¹⁵ CPC 1973, artigo 557, com redação dada pela Lei n. 9.756, de 1998

jurisprudência dominante do STF ou de outro tribunal superior – mas não do próprio Tribunal Regional ou de Justiça¹⁶. Em 2004, com a Emenda Constitucional 45 foi introduzida a figura da *súmula vinculante*.¹⁷ A mesma emenda, ainda, instituiu a obrigatoriedade de o recorrente demonstrar a *repercussão geral* do recurso extraordinário, condicionando sua admissibilidade a que a repercussão gera seja reconhecida por ao menos um terço dos Ministros do STF¹⁸. Não é diferente a situação no âmbito do processo do trabalho, em que a busca pela celeridade e simplicidade sempre foram preocupação central. Na justiça do trabalho desde 1988, o recurso de revista contra decisão do Tribunal Regional que esteja de acordo com súmula do TST autoriza o ministro relator a negar seguimento ao correspondente recurso.¹⁹. Entretanto diversas reformas pontuais exemplificadas acima foram capazes de alterar o sistema de modo a munir o Judiciário de instrumentos que lhe permita enfrentar a crescente carga de trabalho em ritmo suficiente.

2.3 Principais justificativas para adoção de precedentes vinculantes

Dentro do contexto de exaurimento do modelo atual, a primeira vantagem dos precedentes vinculantes é a economia processual, com a possibilidade de enormes ganhos em celeridade e eficiência da administração judiciária. Uma mesma questão de direito não precisará subir até os tribunais superiores dez mil, cem mil, ou um milhão de vezes apenas para transitar em julgado, recebendo uma decisão que já se sabia antemão seria prolatada em tal sentido, uma vez que já pacificada tal questão jurídica na mesma corte.

A litigiosidade seria dramaticamente reduzida. Haveria segurança jurídica sobre o que o Judiciário diria sobre tal matéria, desencorajando o próprio ajuizamento da lide quanto àqueles casos que estivessem contrários ao entendimento vinculante. Caso ajuizada a lide, o entendimento fixado seria aplicado desde o primeiro grau, reduzindo a possibilidade de recursos ou autorizando sua rejeição sumária. Em caso de recursos aos tribunais superiores, se em desacordo com entendimento fixado, não seria necessário fazer subir milhares de recursos no mesmo sentido, apenas para sua

¹⁶ CPC 1973, artigo 557, parágrafo 1-A com redação dada pela Lei n. 9.756, de 1998

¹⁷ CRFB 1988, artigo 103-A.

¹⁸ CRFB 1988, artigo 102, parágrafo 3º, introduzido pela EC n. 45/2004: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” Ver ainda CPC, artigo 543-A

¹⁹ CLT, artigo 896, parágrafo 5º, na época com redação dada pela Lei n. 7.701, de 1988.

rejeição, abarrotando a limitada estrutura de tais tribunais. Ademais, a segurança jurídica decorrente da uniformização dos entendimentos sobre as questões jurídicas controversas, com a resultante clareza das regras vigentes no país, são condições essenciais para um mercado próspero e que tenha confiança para investir e gerar mais empregos.

Além de segurança jurídica, o precedente vinculante é uma garantia de isonomia. O cidadão A, em caso idêntico ao de B, logicamente deve obter o mesmo resultado, sob pena de descrédito do próprio Poder Judiciário. No entanto, todos os operadores do direito conhecem situações em que casos idênticos, mesmo em varas ou turmas recursais contíguas em um mesmo foro ou tribunal, foram decididos de forma oposta, dada a pulverização dos entendimentos que a falta de vinculação a precedentes permite. Pode-se dizer que se trata de uma jurisprudência lotérica.

Finalmente registre-se que o precedente vinculante serve como um elemento de preservação da cultura jurídica de uma sociedade, já que grandes debates e argumentos jurídicos ficam preservados e costumam ser revisitados em casos posteriores. Outrossim, dá a sociedade um importante via para aprimoramento do direito ou mesmo de transformação social, já que é possível fixar entendimento jurídico importante de forma vinculante.

3 JURISPRUDÊNCIA

3.1 Incidente de uniformização de jurisprudência no CPC/73

No Código de Processo Civil de 1973, havia o instituto do incidente de uniformização de jurisprudência²⁰, previsto no artigo 476²¹ da codificação revogada, com intuito de solicitar pronunciamento prévio do Tribunal acerca de interpretação do direito quando ocorresse divergência.

²⁰ “Não se trata de recurso, já que tem função preventiva: fixa-se a tese jurídica previamente, de molde a evitar que se venha configurar divergência jurisprudencial, cujo risco já existe e se deve demonstrar. Está-se, na verdade, diante de um incidente processual” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos Estrito Direito e de Ação Rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.331/332.

²¹ CPC/73 – Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedea ao disposto neste artigo.

O incidente tinha caráter preventivo, com a necessidade de se pacificar a jurisprudência antes do julgamento do recurso, com a remessa. Uma vez suscitada a divergência, havia no colegiado menor a deliberação sobre sua incidência, em caso negativa, rejeitava-se tal incidente e prosseguia com o julgamento da demanda. Por outro lado, caso fosse admitida e reconhecida a divergência, nos moldes do artigo 477²² do Código de Processo Civil de 1973, lavra-se o acórdão do julgamento do colegiado menor, sem julgamento de fundo, para a remessa ao presidente do Tribunal para que distribuísse ao colegiado competente.

Com isso, ao ser distribuído para o colegiado maior, este deveria realizar a nova admissibilidade, agora definitiva. Caso negativa, remetia-se novamente o processo para a resolução pelo colegiado originário, caso contrário, com a admissibilidade positiva, cada integrante do colegiado²³ profere sua definição do que entende ser o entendimento para aquela questão de direito que se pleiteou pronunciamento prévio, depois da oitiva do Ministério Público sobre aquele ponto material. Importante mencionar que somente se julga a parte sobre a qual se solicitou o pronunciamento prévio.

O resultado do julgamento meritório – aquele pronunciamento prévio – causava duas possibilidades materiais: a definição da matéria para a vinculação ao colegiado menor; e caso fosse por maioria absoluta, a edição de uma súmula daquele Tribunal²⁴. Todavia, caso não fosse por maioria absoluta ou aquele Tribunal não tivesse previsão regimental para edição de súmulas, a questão era resolvida com vinculação para aquela demanda, sem uma interligação objetiva para os demais processos.

O incidente não era visto como um dever, mas como uma mera possibilidade, seja pelos órgãos julgadores e pelas partes ou Ministério Público.

Uma das grandes críticas era a bipartição do julgamento, com a visão de que o colegiado maior, sem ter a competência natural para o julgamento da demanda, se pronunciaria com uma vinculação material a ser seguida pelo colegiado menor quando retornasse o julgamento.

²² CPC/73 – Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

²³ CPC/73 – Art 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

²⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 613, nov.1986. p. 16.

Nesse sentido Cunha e Didier Jr.²⁵:

O procedimento do incidente de uniformização de jurisprudência era burocrático e moroso. A câmara ou turma deveria suscitar-lo, lavrando um acórdão. Suscitando o incidente, caso era encaminhado ao plenário ou órgão especial, que iria definir o entendimento a ser adotado, lavrando-se um segundo acórdão. Definindo o entendimento, o julgamento era retomado pela turma ou câmara originária que iria, então, seguindo o entendimento estabelecido pelo plenário ou corte especial, julgar o caso concreto.

Assim, a assunção de competência, mesmo incipiente, regimentalmente ou no Código de Processo Civil de 1973, fosse melhor visualizada, pelo fato de que havia a transferência de competência e não uma bipartição de julgamento.

3.2 Incidente de uniformização de jurisprudência na Justiça do Trabalho

A uniformização da jurisprudência já estava prevista na CLT, mas na prática apresentava pouca efetividade por não dispor de um procedimento regular, não impondo aos magistrados a sua observância nem projetar qualquer resultado positivo na contenção do número de recursos de revista. A partir da Lei n. 13.015/2014, esse mecanismo ganhou impulso, desde então os incidentes de uniformização passaram ocupar as pautas dos Tribunais Regionais e as súmulas e/ou teses prevalecentes aprovadas passaram a balizar os julgamentos nas Turmas e Seções quanto às matérias uniformizadas.

Na data da edição da Lei n. 13.015, em 2014, ainda estava em vigor o Código de Processo Civil de 1973, que também previa o incidente de uniformização de jurisprudência, mas que, diante da edição de norma específica para a Justiça do Trabalho, remanesceu como instituto de aplicação supletiva. Nos parágrafos 4º, 5º e 6º acrescidos ao artigo 896 da CLT, o TST determinava o retorno dos autos à origem para uniformização da jurisprudência, o mesmo podendo fazer o presidente do respectivo TRT, no exame de admissibilidade do recurso de revista. Dessa forma a Lei n. 13.015/2014 estabeleceu os procedimentos para instauração e julgamento dos Incidentes, o que foi complementado pela Instrução Normativa TST n. 37/2015.

²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.p.654.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o tratamento destinado ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência – IUJ, na Justiça do Trabalho, restringiu-se basicamente ao artigo 896 e parágrafos da CLT e à Instrução Normativa n.37/2015, considerados suficientes, destacando-se que o novo Código de Processo Civil não contemplou procedimentos específicos aos trâmites desse instituto.

A promulgação da Lei da Reforma Trabalhista, no entanto, abalou esse cenário. Os parágrafos 3º a 6º do artigo 896 da CLT foram revogados.

Dessa forma, os instrumentos para uniformização de jurisprudência atualmente possíveis no 2º grau de jurisdição, tanto no processo civil quanto no direito do trabalho, são o IRDR e o IAC, conforme repetitiva ou não a questão objeto do dissenso.

4 PRECEDENTES JUDICIAIS

4.1. O Artigo 926 do Código de Processo Civil

O artigo 926²⁶ do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente e supletivamente ao Processo do Trabalho, na forma dos artigos 769 e 889 da CLT e da Instrução Normativa 39 do TST, estabelece que os Tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência, preconizando uma busca pela solução interna para essa jurisprudência lotérica, numa tentativa de sistematizar os entendimentos dos Tribunais, justamente para que guarde o mínimo de coerência, estabilidade e, consequentemente, segurança jurídica e isonomia na aplicação do direito via atividade jurisdicional.

Nesse sentido a justiça do trabalho ao aplicar o artigo 926 do Código de Processo Civil outorgou um valor ao precedente judicial, aos Tribunais e sua função judicante, colocando-a como uma base para a aplicabilidade da justiça.

Os Tribunais, diante desse novo prisma, não detêm somente a função de julgar de acordo com a lei, mas, também, de acordo com o seu próprio conjunto de decisões judiciais, seja para formar um precedente judicial seja para utilizá-lo.

A uniformização da jurisprudência e dos posicionamentos é o primeiro passo para qualquer Tribunal, isto porque, não há como conviver com posições internas apontando para lados diversos e, em muitos casos, contrários.

²⁶ CPC - Art. 926. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”

Após o dever de uniformização alcançado, deve o Tribunal passar pela estabilidade, que é a manutenção do pensamento e consequência da própria uniformização.

Ademais, o precedente judicial deve persistir enquanto estiver em consonância com a legalidade e com a conjuntura social daquela situação em que foi firmado. Se novos espectros legais ou sociais existirem, logicamente que o precedente judicial pode ser alterado, atualizado ou, simplesmente, revogado. Contudo não se pode alterar constantemente pela alteração na composição do colegiado ou pela vontade popular, sem razões jurídicas para tanto.

O Código de Processo Civil cobra do Judiciário a utilização dos precedentes judiciais de modo coerente, ou seja, a comparação da *ratio decidendi* com a delimitação de fatos daquela ação.

A coerência é a manifestação na aplicação do precedente do princípio da isonomia jurídica²⁷, a utilização coerente daquele precedente judicial para um caso análogo, possibilitando uma igualdade de tratamento pelo Tribunal aos jurisdicionados, seja aquele que formou o precedente judicial – aquele paradigmático, seja aquele que tem o caso a ser julgado com base na utilização deste precedente judicial firmado.

Nesse sentido, a visão gira em torno de uma obrigação de todo o sistema jurídico, inclusive dos juízes de primeiro grau, o Judiciário visto como um só corpo e, assim, a resposta aos mesmo fatos deve ter coerência, seguir o mesmo caminho, o mesmo resultado.

Por outro lado, a integridade tem relação com o princípio da motivação ou da fundamentação²⁸ e do contraditório²⁹, com a necessidade do juízo formar o

²⁷“Neste cenário, o respeito ao princípio da isonomia (em sua conotação material) e à própria segurança jurídica passou a exigir uma aproximação entre os sistemas *civil law* e o *common law*, a fim de assegurar tratamento igual para casos iguais (treat like cases alike)”. DOTTI, Rogéria. **Os precedentes judiciais e antecipação: tutela da evidência no novo**. Revista de Direito da ADVOCEF. Ano XI n. 21 nov/2015. p.63.

²⁸ “A motivação controla tanto a racionalidade do convencimento fático do magistrado como a aplicação do Direito produzido democraticamente pelo povo e para o povo. Motivar uma decisão significa demonstrar que a decisão está fundada sobre uma premissa fática devidamente alegada e provada nos autos do processo sobre uma permissão jurídica correta, pois fruto da aplicação de uma norma jurídica previamente estabelecida e conhecida pelas partes, ainda que tenha sido extraída de uma complexa interpretação do sistema jurídico, dos seus princípios estruturantes e dos valores da sociedade.” LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador, Jus Podivm, 2015. p. 379.

²⁹ “A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto de direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedade interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes

precedente judicial ou, principalmente, ao aplicá-lo, seguir o mesmo pensamento, concedendo uma resposta de um só ente, o Poder Judiciário como um todo.

Não pode se almejar que a decisão judicial seja a convicção pessoal do juízo, mas deve representar uma integridade de pensamentos sistêmicos do Judiciário³⁰. Menos convicções e mais construções íntegras de pensamentos, com diálogos entre as matérias e as decisões anteriores.

O jurisdicionado almeja, na sua busca pela solução dos conflitos, não a convicção individual daquele magistrado, mas a integridade de pensamentos do judiciário, aplicáveis aos casos análogos, a resposta íntegra do Judiciário.

4.2 O olhar para uma teoria dos precedentes judiciais no Brasil

O Tucci determina, ao delimitar a base de um precedente, a sua relação fática e parte motivacional, o que leva a “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.³¹

Para Didier Jr., Braga e Oliveira, a conceituação do precedente seria “a decisão judicial tomada à luz de um caso em concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.³²

Por essas visões verifica-se que para a formação de uma norma advinda de um precedente, a jurisdição deve ser provocada por um indivíduo, com o pedido de resolução de um caso concreto, com uma delimitação fática e jurídica pelo Estado-juiz com a interpretação judicial ao caso, culminando em uma decisão que, pelos seus

solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação de arbitrariedade”. STRECK, Lênio Luiz, **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC**. <http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc> - acessado em 06 de setembro de 2018

³⁰ “O respeito aos precedentes judiciais é ainda tema novo no Brasil e gera grande polêmica. Parte da magistratura entende que a aplicação de decisões judiciais anteriores a novos casos implicaria restrição à liberdade de convicção do julgador. Isso é natural diante desse momento de ruptura. Cada grande mudança é, normalmente, acompanhada de resistência. Mas, na verdade, o estudo mais apropriado da teoria dos precedentes mostra que ela não viola a liberdade judicial. Muito pelo contrário. Se aplicado corretamente, tal teoria valoriza as decisões e ainda assegura uma evolução da própria jurisprudência” DOTTI, Rogéria. **Os precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo**. Revista de Direito da ADVOCEF. Ano XI n.21 nov/2015. p. 68.

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004. p.12.

³² DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 10 ed. Salvador. JusPodivm. 2015. p.441

elementos, serve como base para utilização posterior em casos que tragam as mesmas indagações concretas.

No entanto, importante entender o que seria a cultura do precedente no direito comparado. Quando estudamos os precedentes judiciais nos países adeptos ao *common law* temos uma base diferente de formação do precedente, geralmente sem uma determinada lei para aquela situação levada ao judiciário, o conflito existente merece uma solução a ser construída pelo julgador, o que, para aquela situação, é a própria formação da norma jurídica, atrelando os fatos ali dispostos como componentes da própria norma.

O direito, diante dessa concepção, nasce dos conflitos e suas resoluções, o que impacta, numa maneira geral, os precedentes num direito *common law* nascem dessas soluções jurídicas concretas, porém, com vinculação gradativa, seja para o juízo que assim o decidiu, depois para os Tribunais em escala, a partir do momento em que decidem aquela matéria, até chegar na Corte Superior, quando o efeito vinculante argumentativo terá maior incidência. Todavia, importante salientar que a cultura de precedentes não nasce meramente de uma decisão maior da Corte, mas se consolida com esta. Ou seja, a formação de um precedente nasce do caso comum, da atuação do juízo de primeiro grau, dos Tribunais de revisão até chegar na estabilização dada pela Corte Superior, em sua decisão, criando, argumentativamente, através dos costumes, a sua própria vinculação.³³

O Brasil tem uma complexidade normativa processual, sem a tradição de uma cultura de precedentes, apesar de uma utilização paulatina de um direito jurisprudencial, com a utilização de decisões reiteradas de Tribunais, contudo, não há, como enfatiza Zaneti Jr., uma vinculação³⁴ do que se decidiu anteriormente ao que se decidirá em caso parecido.

³³ PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>, acessado no dia 6 de setembro de 2018

³⁴ Zaneti Jr. Explica a utilização da jurisprudência, apesar de não ser um precedente, no direito brasileiro e a maneira com que esta tem um certo poder, mas não guarda a relação correta com a função de basilar, de maneira argumentativa em sua autoridade, a decisão posterior: “A expressão “direito jurisprudencial” é de uso habitual nos países de *civil law*. Essa expressão, normalmente, refere-se ao uso reiterado de decisões judiciais, como exemplo do que os tribunais estão decidindo, indicando um linha de entendimento dos tribunais.” ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes; teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. p.303.

Portanto, num aspecto cultural e sistêmico, devemos, por tradição, vinculação somente a norma legal³⁵, o que ocasiona, mediante diversas interpretações possíveis do texto normativo, uma jurisprudência laudicante e com excesso de recorribilidade.

Evidente que o intuito de uma teoria de precedentes, ainda que seja uma às avessas, como no Brasil, é conceder ao sistema Judiciário e, conseqüentemente, a sociedade uma previsibilidade³⁶, garantindo um mínimo de segurança jurídica, princípio constitucional basilar para a aplicabilidade da justiça.

O sistema normativo deve propiciar uma base de confiança uma gama de direitos que propiciem uma confiança legítima³⁷ do jurisdicionado no próprio Estado como garantidor da justiça, com a possibilidade de uma previsibilidade naquela prestação jurisdicional. Sem essa confiança, não há, evidentemente, uma relação pertinente entre o indivíduo que almeja a justiça e o próprio Estado. Sem norma condizente a garantir uma pacificação, uniformização e estabilidade, a situação somente se agrava, o que leva o sistema normativo a ser o ponto inicial da confiança.

Depois, a segurança jurídica almejada na teoria dos precedentes se concretiza quando na aplicabilidade futura deste se alcançará a isonomia jurídica³⁸, pela própria utilização coerente daquele paradigma para o caso análogo futuro a ser julgado, possibilitando uma igualdade de tratamento pelo Tribunal aos jurisdicionados, seja

³⁵ Sobre a jurisprudência, Zaneti Jr. Explica: “Portanto, não considerada, do ponto de vista dogmático, norma válida e obrigatória. Esta força vinculante comumente, é atribuída apenas às normas legais”. ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes; teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. p.303.

³⁶ “Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados”. MARIONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: A força dos precedentes**. Estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.560.

³⁷ Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a confiança legítima: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais”. CUNHA, Leonardo José Carneiro, DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.656

³⁸ “Neste cenário, o respeito ao princípio da isonomia (em sua conotação material) e à própria segurança jurídica passou a exigir uma aproximação entre os sistemas *civil law* e o *commom law*, a fim de assegurar tratamento igual para casos iguais (treat like cases alike)”. DOTTI, Rogéria. **Os precedentes judiciais e antecipação: tutela da evidência no novo CPC**. Revista de Direito da ADVOCEF. Ano XI n21, nov/2015. p.63.

aquele que formou o precedente, seja aquele que tem o caso a ser julgado com base na utilização desse precedente.

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu um sistema de valorização da decisão judicial como parâmetro para chegar-se a uma decisão constitucionalmente adequada, com artigos. Ainda que não seja um sistema *common law* – e nem nunca será, há uma clara visão híbrida diante de tais ponderações.

4.3 Regime Híbrido entre o *civil law* e *common law*

Insuficientes as tentativas anteriores, o legislador pátrio avançou na criação de dispositivos visando a um sistema em que as cortes estaduais ou regionais unifiquem sua própria jurisprudência, e que os tribunais superiores sirvam para uniformizar divergências entre os tribunais regionais, a fim de que, em qualquer parte do país, o jurisdicionado tenha o mesmo direito, em casos faticamente idênticos. Em um país de dimensões continentais, entretanto, para que o sistema tenha alguma utilidade, foi necessário doá-lo de instrumentos para que a jurisprudência unificada pudesse ser imposta às instâncias inferiores, sob pena de continuarmos com a eternização de entendimentos divergentes. Trata-se de um rompimento parcial com a tradição romano-germânica no direito brasileiro, já que em tal cultura jurídica se desvaloriza os precedentes, partindo-se da utópica premissa de que a aplicação estrita do texto da lei seria suficiente para garantir a uniformidade do direito e a segurança jurídica ao jurisdicionado.

Com o código de processo civil de 2015, ainda que o Brasil não tenha aderido integralmente ao princípio do *stare decisis*, não é exagero afirmar que tenha se tornado um híbrido entre o *civil law* e *common law*,³⁹ dada a proeminência atingida pelos precedentes, com diversas modalidades de decisões vinculantes, como os Incidentes de Assunção de Competência ou de Resolução de demandas Repetitivas (IAC – IRDR), bem como instrumentos jurídicos para impor a observância aos mesmos⁴⁰.

Ressalta que no processo do trabalho, além de ser o próprio Código de Processo Civil aplicável supletivamente e subsidiariamente ao processo do trabalho, a Lei n.

³⁹ Conforme MELLO filho, Luiz Philippe Vieira de. **Considerações sobre a Lei n. 13.015/14; uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais**. Palestra proferida na Escola Judicial do TRT 4 Região em 20.08.2015. Arquivada em vídeo na intranet da Escola Judicial do TRT da 4 Região, <<http://ead.trt4.jus.br/course/view.php?id=1106>. Acessado em 6 de setembro de 2018

⁴⁰ Artigos 489 e 926-928 do CPC de 2015

13.015/2014 e a Lei n. 13.467/2017 implementaram instrumentos para fortalecer o papel do TST como uniformizador da jurisprudência trabalhista. A regulamentação atinente aos recursos especiais e extraordinários repetitivos foi estendida também aos recursos de revista⁴¹ e finalmente foi positivada a regulamentação para a transcendência como pressuposto do recurso de revista⁴²

4.4 *Leading Case* na justiça do trabalho – dispensa coletiva

Até a Reforma Trabalhista a dispensa coletiva não era regulamentada na CLT, de maneira específica em nenhum aspecto.

No ano de 2009, quando, no Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região, foi ajuizado um dissídio coletivo (autos n. 309/2009), que ganhou importantes contornos e magnitudes, devido ao seu conteúdo, que ensejou severos e perversos efeitos sociais.

O dissídio coletivo foi julgado procedente em parte, tendo o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região reconhecido a abusividade desta dispensa coletiva, por ausência de negociação coletiva.

O Tribunal Superior do Trabalho analisou o recurso apresentando pela empresa ré e, de maneira inovadora, constituiu um *leading case* quanto ao tema, decidindo que seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo, bem como fixou premissa para os casos futuros.

Posto isso, a *ratio decidendi* utilizado pelo Tribunal Superior do Trabalho para constituir o precedente judicial, é formada pelo seguinte tripé: 1) os princípios insculpidos na Constituição da República de 1988, 2) Convenções OIT ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ratificadas pelo Brasil e 3) direito comparado.

Importante destacar que o julgamento proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho no dissídio coletivo autos n. 309/2009 (conhecido como o *leading case* brasileiro no tema) com o decorrer do tempo, tornou-se um precedente judicial, vez

⁴¹ Artigo 896-B da CLT: “Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos”. Artigo 896-C da CLT; “Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimento divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.”

⁴² Parágrafos 1º ao 6º do artigo 896-A da CLT, incluídos pela Lei n. 13.467/2017.

que o posicionamento ali adotado foi utilizado pelas Varas do Trabalho, pelo Tribunais Regionais do Trabalho de todo o Brasil (*binding effect*), e até mesmo o Tribunal Superior do Trabalho, que passaram a adotar a *ratio decidendi* estabelecida quando dos julgamentos dos casos subsequentes, caracterizando o seguinte *stare decisis*: a existência de uma jurisprudência pacífica sobre a dispensa coletiva, que utiliza-se do acórdão proferido em 2009, pelo Tribunal Superior do Trabalho como precedente judicial.

Destaca-se ainda que o artigo 489, parágrafo 1º do Código de Processo Civil de 2015, que introduziu a figura do precedente no ordenamento brasileiro, determina que o precedente judicial possui o *status* de fonte formal heterônoma, e daí tornou o estuário normativo brasileiro híbrido, formado por leis e por precedentes.

Após o Tribunal Superior do Trabalho ter constituído o precedente judicial, diante da ausência de norma específica acerca da proteção à dispensa coletiva, adveio uma lei ordinária – Lei 13.467/2017, determinando justamente o contrário do que este precedente determina. Diante deste confronto entre o precedente judicial formulado pelo Tribunal Superior Trabalho e o artigo 477-A da CLT, torna-se necessário saber se neste caso ocorreu a superação deste precedente, seja por meio do *overruling* ou do *overriding*.

Não se trata de *overriding*, pois ainda que haja legislação superveniente o artigo 477-A da CLT é inconstitucional e não convencional, uma vez que na forma do artigo 7º e inciso I da Constituição Federal, somente lei complementar, que exige quórum específico, poderá tratar sobre dispensa imotivada, que é o mesmo que despedida arbitrária ou sem justa causa e no presente caso estamos diante de uma lei ordinária, a Lei n. 13.467/2017, e, assim declarados em controle difuso.

Diante desse cenário, o precedente constituído pelo Tribunal Superior do Trabalho só poderá ser considerado como superado, por meio da técnica de *overrruling*, na hipótese do Tribunal Superior do Trabalho superar o entendimento estabelecido no precedente judicial nos autos n. 309/2009.

Neste sentido, as instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho, mesmo diante do artigo 477-A da CLT, deverão continuar aplicando o precedente judicial constituído nos autos n. 309/2009, e, se entenderem ser o caso, provocar e aguardar um posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, por meio de *overrruling*, prospectivo.

4.5 Os elementos formadores dos precedentes judiciais

A formação de um precedente não está em sua parte dispositiva, no resultado da decisão, uma vez que essa norma criada como solução é vinculada ao caso em concreto com validade somente para as partes⁴³

O essencial de um precedente é a sua fundamentação⁴⁴ quanto a tese jurídica, a construção do julgado como um procedimento com impacto para a utilização em casos análogos futuros. O simples ato de decidir não é o que forma o precedente, mas o caminho que pavimentou argumentativamente, entre análise de fato e de direito, para se chegar à convicção da decisão é norma abstrata do precedente.

Toda decisão é, de certo modo, um precedente, evidentemente que com graus de vinculação, de menores a maiores. Uma decisão de primeiro grau não deixa de ser um precedente para aquele juízo⁴⁵ que prolatou, mas não é um precedente vinculativo para outros juízes.

O precedente nasce da *ratio decidendi*⁴⁶ da decisão ou, simplesmente, razão de decidir, numa tradução informal.

Toda e qualquer decisão cria uma norma jurídica⁴⁷, a interpretação do juízo sobre a relação fato x lei. O resultado da decisão é a norma jurídica almejada para a

⁴³ Qualquer decisão é uma norma jurídica concreta, numa intersecção entre o texto normativo (se existente) e o caso em concreto, com as questões fáticas a serem resolvidas. Desse modo, ao decidir, o juízo, cria norma jurídica, ainda que não seja num sistema precedentes, seja para a resolução do caso em concreto, numa vinculação individualizada às partes da demanda, seja para a atuação em caso análogo. Evidentemente que num sistema de precedentes, com a importância da segunda, está ganha maior folêgo, contudo não nasce deste sistema e, sim, da própria atividade judicante natural. Didier Jr., Braga e Oliveira discorrem sobre essa divisão das normas criadas na decisão judicial: “É importante assentar o seguinte: ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise. “DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 10ª ed. Salvador. JusPodivm.2015.p.442.

⁴⁴ “a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra.” MARIONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p.211.

⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. Precedentes**. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015.p.265.

⁴⁶ “Segundo Defforian apud Gordon, a *ratio decidendi* consiste no princípio do direito com base no qual o caso é decidido. Nas palavras de Tucci, a *ratio decidendi*, “constituem a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto” A *ratio decidendi* envolve questões levantadas no processo que foram fundamentais para a formação da decisão judicial”. SOARES, Marcos José Porto. **A *ratio decidendi* dos precedentes judiciais**. RBDPro. Revista Brasileira de Direito Processual. Ed. Fórum. n. 85 anos 22.2014. p. 49.

⁴⁷ Interessante concepção de visão sobre o precedente a *ratio decidendi*, não é somente a decisão que forma o precedente que tem a uma *ratio decidendi*. Toda e qualquer decisão tem uma *ratio decidendi*,

resolução do conflito de interesses tutelado pela jurisdição. No entanto, há outra norma criada na decisão, conteúdo universal, que ultrapassa os limites da lide e que não está na parte dispositiva, mas na fundamentação.

Nesse sentido toda decisão tem um norma jurídica limitada às partes e outra norma jurídica transcendental⁴⁸.

Se o precedente tem identificação na *ratio decidendi* encontrada na decisão judicial, muitos pontos discutidos, fundamentados e rejeitados na demanda não serão dispostos como parte do precedente, apesar de insertos no conteúdo da decisão. Ou seja, mesmo diante de uma fundamentação de uma decisão, existem ponto que são precedentes e outros que não, que são conceituados como *obter dictum*⁴⁹.

Buril coloca a separação⁵⁰ na interpretação da decisão para utilização como precedente, entre o que é *ratio decidendi* e o que é *obter dictum* como fundamental para a própria visualização do conteúdo do próprio precedente. O julgador futuro, aquele que utilizará aquela decisão como paradigmática, deve entender o que dali pode se extrair como norma jurídica e o que foi fundamentação de passagem e, talvez, seja uma das tarefas mais difíceis da implementação de uma teoria de precedentes no direito brasileiro.

um caminho de decidir, porém somente nas argumentações vinculantes de determinadas decisões que aquela ratio tem o poder de vincular. Ou seja, não é o *ratio decidendi* por si só realiza a vinculação, mas o seu poder enquanto precedente. “A autoridade do precedente não é reduzível à *ratio decidendi*. Mesmo decisões que não são valorizadas como precedentes podem ter uma ratio. A identificação de uma ratio em um julgado anterior não é necessariamente uma evidência de que a decisão possui força vinculante. “Tradução livre. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge, Cambridge University Press, 2008. p.91.

⁴⁸ MARIONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.216.

⁴⁹ “O *obter dictum* engloba as matérias argumentadas e decididas no curso do processo de maneira periférica. Nele não se instala o que foi decidido para a solução da questão posta em juízo. O *obter dictum* é considerado quando muito elemento persuasivo e confirmador da decisão proferida, mas não o ponto que a faz existi”. SOARES, Marcos José Porto. **A ratio decidendi dos precedentes judiciais**. RBDPro. Revista Brasileira de Direito Processual. Ed. Fórum. n. 85 ano 2014.p.49.

⁵⁰ “A diferença entre *ratio decidendi* e *obter dictum* esta pautada justamente em separar, respectivamente, a parcela obrigatória de um precedente da não obrigatória. Essa separação é de extrema relevância, pois serve como forma de regular a produção de direito pelos tribunais de acordo com o devido processo legais e com as “virtudes passivas” dos tribunais”. BURIL, Lucas. **Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo/ vol.234/ Ago/ 2014. p.303.

4.6 Os elementos posteriores do precedente judicial: *stare decisis*

Uma das bases da teoria dos precedentes passa não somente pela preocupação com a própria formação deste, mas com a estabilização, ou seja, com a manutenção no tempo da aplicabilidade daquilo que se formou como precedente.

Essa estabilização e respeito ao precedente no decorrer do tempo com a aplicabilidade futura, coerente e íntegra forma a teoria do *stare decisis*⁵¹

*Stare decisis*⁵² pode ser definido como o termo que vem do latim, do brocardo “*stare decisis et non quieta movere*” que significa numa tradução livre⁵³, respeitar o que se decidiu e manter quieto o que está estável.

Dessa forma, se há um precedente anterior utilizável para aquela demanda a ser julgada, num posicionamento definido, segui-lo, além de ser óbvio jurídico, pela justiça que se faz para aquela situação, é o julgamento correto e a correlação que se tem como decidido anteriormente, é seguir a teoria do *stare decisis*.

Se as condições sociais, políticas, econômicas e jurídicas continuam de igual maneira àquela época em que o precedente se formou, não existem motivos para ter um julgamento diferente. Essa é a condição base do *stare decisis*, a manutenção da mesma linha decisória enquanto a sociedade tiver os mesmos parâmetros e alicerce.

4.7 Os meios de formação de precedentes judiciais no CPC/2015

Mediante o dever fixado pelo Código de Processo Civil de 2015 pela uniformização da jurisprudência, houve uma reformulação de institutos e criação de novos para o combate à dispersão, os quais o artigo 927 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente e supletivamente ao Processo do Trabalho, na forma dos

⁵¹ “O *stare decisis* constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* dos tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento do *Englishmen*.” MARIONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p.32.

⁵² “De regra, o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão preterida de Corte superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada). Esta é a posição adotada, entre outros, por Neil Duxbury e Melvin Aron Eisenberg. Em outra senda, há aqueles que optam por distinguir o termo *stare decisis* de precedente, como Frederik Schauer, para quem, “tecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é dita como sendo *stare decisis* (...)”, e o termo mais abrangente precedente é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior.” MARIONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p.27

⁵³ “A expressão *stare decisis* pode ser assim traduzida: mantenham-se a decisão e não altera o que está quieto”. NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo. Vol.33. n. 161.2008. p.101.

artigos 769 e 889 da CLT e da Instrução Normativa 39 do TST, concedeu necessidade de observância pelos demais julgadores.

As decisões oriundas dos institutos delineados no artigo 927 do Código de Processo Civil tem uma vinculação normativa, dada a alteração procedimental realizada para a formação desses precedentes.

Os institutos formadores de precedentes vinculantes, cada qual a seu modo peculiar, são técnicas para que se julguem uma só demanda – ou algumas, com o intuito de que o resultado analítico desta seja utilizada nos demais processos⁵⁴ que tenham identidade fática material com aquele outrora julgado.

3.7.1 A formação de precedente para gestão de estoque

No Código de Processo Civil de 2015 existem dois institutos que visam a criação de um precedente, mediante o julgamento por amostragem, para a gestão de estoque, para que essa multiplicidade de processos com pontos em comum, atual e futura, seja resolvida. Os institutos próprios de gestão de estoque são; recursos excepcionais repetitivos; e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O intuito da instituição de um rito repetitivo passa por dois planos, conseguir conceder segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade das decisões dos tribunais, com eficácia para todos os processos que tiverem identidade material e reorganizar o judiciário, na tentativa de estancar a crise de multiplicidade de demandas. Araújo destacava ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, sobre o recurso excepcional repetitivo que “o novo dispositivo pretende, de um lado, conter a remessa de grande número de apelos reiterados e, de outro, instituir a vinculação da decisão aos casos repetidos”.⁵⁵

4.7.2 A formação de precedente para questão jurídica não repetitiva

Diante da sistemática escolhida para formar precedentes, além daqueles mencionados no item anterior para aplacar uma multiplicidade já existente, existem também outros institutos que visam definir grandes questões de direito, sem ater-se a existência da multiplicidade como requisito para a sua instauração. Dentre esses

⁵⁴ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As demandas de massa e o projeto de novo código de processo civil. In Freire, Alexandre at. **Novas tendências do processo civil**. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.48.

⁵⁵ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **O julgamento dos recursos especiais por amostragem: notas sobre o art. 543-C, do CPC**. Revista Dialética de Direito Processual, v.65, p.55-62, 2008. p.59.

institutos estão: a repercussão geral em recurso extraordinário; e o incidente de assunção de competência, em qualquer Tribunal.

A decisão de um incidente recursal para o julgamento de uma matéria de direito, de grande repercussão social, contudo sem a existência de demandas repetitivas, é um contraponto as técnicas de julgamento por amostragem por repetitivos.

A decisão desse incidente, apesar de definir um ponto futuro, uma grande questão de direito já será identificada e pacificada, o intuito é diverso das demandas repetitivas, não há a existência de um estoque de demandas a serem resolvidas, mas uma questão de direito que mesmo sem a repetitividade, tem grande importância para que os Tribunais a resolvam.

5 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O Incidente de assunção de competência ou IAC é um meio processual incidente de formação de precedente vinculante, com o intuito de compor ou prevenir divergência quando houver uma relevante questão de direito, com a grande repercussão social, sem multiplicidade, em recurso, remessa necessária ou ação de competência originária.

Sinteticamente, o IAC é o meio de formar precedentes que preenche a lacuna sobre as matérias importantes para a sociedade e para o direito, contudo que não são possíveis em institutos repetitivos. Dessa forma, é um incidente que não tem o intuito de apagar um estoque de demandas, não tem a serventia de realizar gestão de estoque de demandas, ao contrário, o intuito é discutir grandes questões jurídicas que não estão incididas em demandas repetitivas.

Diante desse cenário, o IAC é um instituto para fechar e completar o microsistema de formação de precedentes vinculantes, com a possibilidade ampla para as partes, o Judiciário e os demais legitimados para a sua suscitação, em tornarem real a intenção legislativa de um sistema de precedentes, com uma racionalidade judicante, com uniformização de entendimentos, estabilidade, coerência e integridade. A lacuna que os repetitivos deixavam para as questões não repetitivas é preenchida pelo IAC.

5.1 O Incidente de assunção de competência no CPC/73: Lei n. 10.352/2001

Desde o Código de Processo Civil de 1939 já existia a preocupação em pacificar a jurisprudência, quando no artigo 861 preconizava uma reunião de Turmas ou

Câmaras quando um dos membros reconhecia a incidência de divergência em determinada matéria.⁵⁶

No Código de Processo Civil de 1973 estava previsto o incidente de uniformização de jurisprudência, contudo havia uma visão geral pelos Tribunais de que não tinha muito utilidade, o que fez continuar a necessidade de outro instituto que servisse para pacificar a jurisprudência.

Com isso, criou-se, via a Lei n. 10.352/2001, um incidente que primava por compartilhar com o antigo incidente de uniformização de jurisprudência tarefa de pacificar os entendimentos dos Tribunais, principalmente os de segundo grau. O incidente, à época, não ganhou uma denominação pelo, então, código vigente, deixando a cargo da doutrina sua nomenclatura, respaldando-se no incidente de assunção de competência⁵⁷, nominado por Beneti⁵⁸.

Os Tribunais Superiores, regimentalmente, já previam um incidente idêntico à assunção de competência, com a possibilidade, em caso de divergência entre as Turmas, de suscitar a remessa da matéria para ser julgada por um colegiado maior, justamente para pacificar a jurisprudência e o entendimento sobre aquele ponto material.⁵⁹

O artigo 455, parágrafo 1º do Código de Processo Civil de 1973 foi no intuito de ampliar aos Tribunais de segundo grau o que já era possível nos Tribunais Superiores, com visão de que isso ocasionaria uma melhoria na própria prestação jurisdicional, através de uma pacificação dos entendimentos nesses Tribunais.

⁵⁶ “O artigo 861 do Código de Processo Civil de 1939 determinava: “A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras ou turmas”. CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.653.

⁵⁷ Sobre o incidente constante no ordenamento revogado, Barbosa Moreira já tinha esclarecido a sua importância, apesar de sua limitação em termos práticos: “Trata-se de mais expediente ordenado à uniformização da jurisprudência, que naturalmente se espera seja mais eficiente do que regulado nos artigos 476 e seguintes do CPC/73. Pode-se até supor que ele venha a ser preferido na prática judicial, subtraindo ao outro instituto parcela de sua importância já diminuta. Uma vantagem prática decerto se manifesta aqui. O órgão a que se remete a matéria não se limita a enunciar a solução da *quaestio juris*, mas procede ao julgamento que competia ao outro. Com a ressalva que oportunamente fará, não há devolução ao órgão de origem: tudo se resolve naquele que recebe o recurso. Evita-se assim o vaivém, causa de maior demora”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p.653.

⁵⁸ BENETI, Sidnei Agostinho. **Assunção de Competência e fast-track recursal**. Revista de Processo. VOL.171 Ano 34. São Paulo; Revista dos Tribunais, maio/2009. p.14.

⁵⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.654/655.

Diante da ênfase dada pelo Código de Processo Civil de 2015 ao sistema de precedentes, optou-se pela manutenção do incidente de assunção de competência, ou reformulação como dizem Cunha e Didier Jr⁶⁰, seja na sua concepção precípua, quanto na definição do nome para o instituto, reeditando-o artigo 947, com a ampliação do incidente e uma certa fusão ao antigo incidente de uniformização de jurisprudência.

Incidente de assunção de competência pode ser conceituado como⁶¹:

Instrumento de uniformização de jurisprudência que (...) busca prevenir divergência jurisprudencial interna (de qualquer tribunal), mediante transferência da competência, a um órgão de mais composição, com finalidade de julgar o recurso, a remessa necessária ou ação originária no tribunal, cujas respectivas decisões terão efeito vinculante.

Nesse sentido, a assunção de competência agregou o incidente de uniformização de jurisprudência à sua existência, escolhendo os melhores pontos de cada uma das possibilidades processuais, com a adequação à realidade prática e melhorando ambos ao transformarem em um só incidente, com preferência pela assunção, mas com características da uniformização, como a ampliação da legitimidade e vinculação, numa notória valorização do próprio instituto.

5.2 Requisitos para a instauração do incidente

Os requisitos⁶² para a instauração do Incidente de Assunção de Competência – IAC, podem ser extraídos do seu conceito e, portanto, são eles: pendência de julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária; questão de direito; repercussão social; prevenir ou compor divergência; e ausência de multiplicidade.

⁶⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.655.

⁶¹ MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Processo Civil**. Volume Único. 8ª ed. Revisada, ampliada e atualizada. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016. p. 929.

⁶² “a assunção de competência está condicionada aos seguintes pressupostos: (a) processo em estágio de julgamento em curso, de sorte que se o resultado já foi proclamado, não haverá mais possibilidade de instaurar-se o incidente; (b) a divergência não pode ser entre posições de juízes e tribunais diversos, haverá de ser apenas entre órgãos do próprio tribunal; o incidente ocorre sobre questão de direito envolvida na lide (i) seja relevante, (ii) tenha grande repercussão social, (iii) não haja sido repetida em múltiplos processos, (iv) de modo a tornar conveniente ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”. THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. III**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.825.

5.2.1 Pendência de julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária

O Incidente de Assunção de Competência está inserto no Livro III do Código de Processo Civil de 2015, que disciplina os processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais.

Conforme a primeira parte do artigo 947, a assunção de competência será admissível em julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária.

Isto significa que, de acordo com a redação do código, o Incidente apenas poderá ser instaurado em órgão que possuam competência para julgar recursos, remessa necessária ou processo de competência originária.

Exclui-se, de imediato, a possibilidade de o juiz singular realizar assunção de competência. Por ser realizada no interior do próprio caso a ser julgado, é muito difícil visualizar uma hipótese em que, a exemplo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas⁶³, o juiz de primeiro grau poderá pedir a instauração do incidente.

Destacamos que o Incidente de Assunção de Competência pode ser instaurado, dentre outras possibilidades, no julgamento de recurso. Em recursos que possuem maior amplitude em seu efeito devolutivo, como é o caso do recurso ordinário. É possível em alguns casos específicos instaurar o incidente a partir do julgado de embargos de declaração. Isto porque, os embargos de declaração podem possuir efeitos infringentes, ou seja, podem ter o condão de modificar a decisão embargada, ou quando tiver como objeto omissão de decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

5.2.2 Questão de direito

O requisito questão de direito é em decorrente da inviabilidade visualizada pelo legislador por discutir-se questões fáticas, optando comente por questões em que se firmarão teses jurídicas.

⁶³ CPC - Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal: I – pelo juiz ou relator, ofício;

Nesse sentido, o intuito é analisar a base posta dos fatos já realizada no duplo grau de jurisdição, para a partir dessa definição, discutir-se a aplicabilidade do direito em questão.

No presente caso não ocorrera a reanálise da questão fática quanto à sua definição, mas somente de modo a utilizar-se dos fatos postos como definidos, para alcançar-se a melhor aplicabilidade do direito como consequência jurídica destes.

Dessa forma, o IAC utiliza da base fática já posta, no que já se tem definido nas questões fáticas, para uma discussão das consequências ali existentes, mas não para definir a própria questão fática e, sim a questão jurídica, o que dali se pode extrair. Essa é a função do IAC, sem a possibilidade de discutir pontos fáticos, limitando-se somente às questões de direito.

5.2.3 Repercussão social e interesse público

O artigo 947 do Código de Processo Civil insere como requisito a repercussão social de da questão de direito, ou seja, por mais que não exista uma grande quantidade de demandas sobre aquela questão jurídica, deve esta impactar a sociedade, tendo, ao mesmo tempo, relevância e repercussão social⁶⁴, ambos expressos no referido artigo.

Os pontos são de grande subjetividade, com necessária sensibilidade do julgador na análise para entender a existência dessa conjunção entre a relevância quanto a questão de direito e a repercussão na sociedade. A argumentação do suscitante sobre a presença desta conjunção é, não somente, importante, mas essencial, para a instauração do incidente.

Para uma grande repercussão social necessita de multiplicidade, porém de um impacto na sociedade, uma repercussão sobre aquele assunto. Marinoni e Mitidiero tem uma definição que essa repercussão deva ser sobre a vida social, aquela que impacta a sociedade como um todo⁶⁵

⁶⁴ Neves tem um posicionamento de que a repercussão social seria uma simbiose de enunciado com interesse público. “Afim, é preciso ter repercussão social ou interesse público para ser cabível o incidente de assunção de competência? O mais provável é que as expressões sejam consideradas como sinônimas – ainda que não o sejam -, sendo admissível o incidente sempre que interessar a quantidade razoável de sujeitos”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Volume único. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.851.

⁶⁵ Marinoni e Mitidiero definem essa repercussão social de maneira bem maior do que a repercussão geral e, também, de matérias que possam parecer de repercussão, por exemplo, no mundo técnico processual. A afetação, para eles, deve ser na vida social, de maneira intensa. “Porém, não basta que a questão de direito apenas diga respeito à política, à religião, à cultura ou à economia de uma região.

Quando se impõe a grande repercussão social como requisito, já preconiza-se a necessidade de uma transcendência e, ainda, conjuga-se que esta não se dará por meio de multiplicidade, o que impõe a necessidade de um impacto na sociedade, um interesse além daquela demanda, mas, não necessariamente, naquele momento, impactando outras demandas.

Em outro momento, o órgão responsável pelo julgamento deve averiguar a presença de interesse público⁶⁶, outro conceito também indeterminado, o que concede, junto com a repercussão social, uma grande carga de subjetividade, dependendo da argumentação dos requerentes ou do próprio julgador que suscitar o incidente, qualquer deles deve justificar essa importância para aquela questão de direito, com seus impactos e efeitos.

5.2.4 Prevenção ou composição de divergência

A percepção pelo suscitante e, posteriormente pelo órgão julgador, sobre a amplitude da matéria, com a existência ou não de divergência e, diante dessa análise, as possibilidades jurídicas sobre o impacto no julgamento e como prevenção⁶⁷ para posterior julgamento, seja para definir, desde já, a tese jurídica ou, até, prevenir a ulterior existência de múltiplas demandas.

É preciso que a resolução afete diretamente, e com relevante impacto, tais aspectos da vida social para que possa ser considerada de “grande repercussão social” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao novo código de processo civil**: artigos 926 a 975. Coord: Marinoni, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1ª ed, RT: São Paulo: 2016.p.249.

⁶⁶ Esse interesse público é um novo requisito? Marinoni e Mitidiero colocam como um só requisito – repercussão social e interesse público – ainda que em momentos diferentes. “Pórem, além de o art. 947 ter aludido “interesse público” ao tratar de uma fase específica, das duas locuções inseridas no artigo “grande repercussão social” e “interesse público” – pode-se retirar previsões absolutamente similares, de modo que não se pretendeu criar dois requisitos diferentes para a admissão da assunção de competência.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao novo código de processo civil**: artigos 926 a 975. Coord: Marinoni, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1ª ed, RT: São Paulo: 2016.p.253.

⁶⁷ “Surge outra função prevalecente, qual seja, o seu caráter preventivo, na medida em que há cláusula limitativa de cabimento do incidente. Diz a lei que o incidente não se instaura quando houver “repetição de múltiplos processos”, pois, para uma tal situação, o novo sistema prevê o incidente de recursos repetitivos. Em outras palavras, procura-se obter para a jurisdição sob égide de um determinado Tribunal a definição de teses sobre questões de direito para vincular órgãos fracionários (juízes e câmaras) pela simples razão de que a definição dessa tese exsurge de uma colegiada mais ampla e representativa sobre “questões relevantes com grande repercussão na sociedade de uma forma mais prudente e diferenciada de questões corriqueiras e ordinárias”. (Paixão Cortês, ob.cit.,p.2.112). “RODRIGUES, Walter Piva. **Breves anotações sobre o incidente de assunção de competência no Novo CPC/2015**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. v. 13.n.97, set/ out/2015. p.17.

Dessa forma, não há necessidade de uma divergência existente, podendo, para tanto, servir de caráter preventivo para a definição daquela tese jurídica, com um viés pacificador logo no início da apreciação da matéria por aquele Tribunal.

Essa possibilidade de prevenção diferencia o incidente dos demais meios de pacificação de entendimentos dos Tribunais, pelo fato de que nos demais institutos, geralmente a existência de divergência é requisito para a própria suscitação, diferindo da possibilidade do IAC.

5.2.5 Ausência de multiplicidade

Para a configuração da possibilidade processual do incidente, não há possibilidade de existência de demandas repetitivas, diferenciado a assunção de competência dos meios do microsistema de resolução de demandas repetitivas.

Uma demanda em assunção de competência pode ter uma certa quantidade de processos, não muitos, mas uma diminuta quantidade, cabível, ainda, a assunção de competência.

Entretanto, há uma dificuldade de estabelecer-se o que seria multiplicidade.

Nesse cenário, o que realmente não deve ter multiplicidade é a questão de direito relevante, podendo, portanto, ocorrer um IAC em uma demanda em que existe multiplicidade de outras demandas idênticas, contudo aquela questão de direito é inerente somente aquela demanda, sem conjugar com a questão repetitiva.

5.2.6 Análise nos IACs propostos no TST

O Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP) instituído no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho pelo Conselho Nacional de Justiça, possui atualmente em seu banco de dados apenas dois Incidentes de Assunção de Competência, conforme tabela:

Número do IAC	Questão Submetida a Julgamento	Situação IAC	Assunto	Referência Legislativa	Data de Instauração do IAC	Órgão julgador	Classe Processual	Processo (s) Paradigma (s)
1	Prevalência ou não da Convenção n.132 da Organização Internacional do Trabalho sobre o art. 146, parágrafo único, da CLT.	INADMITIDO	Férias (2662); Férias proporcionais (8821)	Art. 146, parágrafo único, CLT e Art. 4.1 da Convenção 132 da OIT	06/09/2016	SBDI-1 Plena	(AIRR) 11882	423-11.2010.5.09.0041
2	Gestante. Trabalho Temporário. Lei 6.019/1974. Garantia Provisória de Emprego. Súmula 244, item III, do TST. (aguardando delimitação pelo Relator)	ADMITIDO	1904 - Despedida/ Dispensa imotivada 1978 - Gestante 55068 - Contrato de Trabalho Temporário	Lei 6.019/1974 Súmula 244, item III, do TST	10/08/2017	Tribunal Pleno (45239)	E (1006)	5639-31.2013.5.12.0051

O primeiro Incidente de Assunção de Competência, foi suscitado pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho para que fosse firmada tese quanto à prevalência do artigo 4.1 da Convenção 132 da OIT sobre o artigo 146, parágrafo único, da CLT, no que se refere às férias proporcionais na dispensa por justa causa do empregado.

A Subseção1 Especializada em Dissídios Individuais decidiu, conforme artigo 947, *caput*, do CPC, que não cabe o Incidente de Assunção de Competência, vez que sobre o tema há múltiplos processos. Neste caso, o instrumento eventualmente cabível é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conforme artigo 976 do CPC. Além de mencionar que não há divergência jurisprudencial entre as Turmas a ser composta e tampouco se justifica a prevenção de divergência jurisprudencial, uma vez que toda as Turmas do TST têm decidido de acordo com o entendimento assentado na Súmula 171 do TST, que foi revista em 2003 após a edição do Decreto 3.197/99 que promulgou a Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho, conforme decisão integral anexa.

Concordamos com a decisão Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais em não admitir o Incidente de Assunção de Competência, eis que não preenche todos

os requisitos taxativos do *caput*, do artigo 947 do CPC. Todavia, entendemos que poderia a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais suscitar o Incidente de Recursos Repetitivo pelo princípio da fungibilidade, questão que iremos abortar mais à frente no trabalho.

O segundo Incidente de Assunção de Competência foi proposta Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais, para que fosse firmada tese quanto a questão relativa ao tema “Gestante. Trabalho Temporário. Lei 6.019/1974. Garantia Provisória de Emprego. Súmula 244, item III, do TST”. O Incidente foi admitido e aguarda manifestação do Tribunal Pleno para realizar o segundo juízo de admissibilidade.

Concordamos com a decisão que admitiu o incidente de assunção de competência. Isto porque, em que pese ter um entendimento do Supremo Tribunal Federal de que nos contratos por prazo determinado tem direito a estabilidade provisória a gestante, não há posicionamento específico sobre o direito a estabilidade da gestante no contrato de trabalho temporário regido pela Lei 6.019/1974. Ressalta-se ainda que não há multiplicidade de demandas envolvendo essa questão de direito.

5.3 Natureza jurídica

5.3.1 Incidente Processual

À primeira vista, pela nomenclatura conferida ao instituto, analisamos a natureza jurídica do Incidente de Assunção de Competência como incidente processual.

De acordo com Marcelo Abelha, o incidente processual é um ponto, questão ou ação que recai sobre processo preexistente, formando-se, assim, um procedimento paralelo e autônomo ao processo principal⁶⁸.

Marcos Cavalcanti, baseando-se nesta ideia, lista as principais características de um incidente processual:

- (a) acessoriedade: depende da existência de outro processo (o principal);
- (b) incidentalidade: é algo que “cai”, “incide”, “surge” sobre um processo preexistente;
- (c) procedimento incidental: exige a instauração de um procedimento específico para o exame das questões incidentais; e
- (d) acidentalidade: representa um desvio ao desenvolvimento normal do processo.⁶⁹

⁶⁸ ABELHA, Marcelo. **Suspensão da segurança:** sustação da eficácia da decisão proferida contra o Poder Público. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.39.

⁶⁹ CAVALVANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 176.

Os incidentes processuais, conforme apontado por Marcelo Abelha, podem ter conteúdo relativo, tanto ao mérito da ação principal, como às questões meramente processuais. Cita, como exemplo de questões relativas ao mérito, o incidente de arguição de inconstitucionalidade, e, como exemplo de questões processuais, exceções de impedimento, suspeição e incompetência⁷⁰.

Conforme os parágrafos 1º e 2º do artigo 947 do CPC, na hipótese de ocorrer assunção de competência, o relator proporá que o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária seja julgado pelo órgão colegiado indicado pelo regimento interno se neles reconhecer interesse público.

Fazendo um cotejo com os requisitos do incidente processual, verificamos a existência de algumas divergências. Falta, a nosso ver, a acessoriedade, a incidentalidade e a acidentalidade. Isto porque, não será instaurado um procedimento acessório, com o objetivo de resolver uma questão incidental. De acordo com o artigo da lei, o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária serão apenas encaminhados para julgamento do órgão de hierarquia superior.

Ademais, no Incidente de Assunção de Competência, não se resolverá uma questão incidental, preliminar ou prejudicial de mérito, mas o próprio mérito da causa levada ao tribunal. O tribunal julgará o recurso, remessa necessária ou ação de competência originária, colocando fim ao processo.

É diferente da natureza do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que, ao revés da Assunção de Competência, preenche os requisitos:

- (a) acessoriedade: o IRDR tem acessoriedade múltipla, uma vez que sua instauração depende da existência de diversos processos repetitivos sobre a mesma questão unicamente de direito, assim como necessita da pendência de um desses processos repetitivos no tribunal competente (artigo 978, parágrafo único do NCPC);
- (b) acidentalidade: representa um desvio ao desenvolvimento normal dos processos repetitivos, visto que, dentro outros aspectos, estes serão suspensos até a fixação da tese jurídica sobre as questões comuns do direito discutidas no IRDR, a qual, em seguida, deverá ser aplicada em cada um desses processos repetitivos;
- (c) incidentalidade: o IRDR “cai”, “incide”, “surge” não apenas sobre os processos repetitivos preexistentes, mas também sobre as causas futuras; e
- (d) procedimento incidental: o NCPC cria um procedimento específico para o exame das questões comuns de direito, estabelecendo, especialmente nos artigos 976 ao 987 o tratamento legal do IRDR.⁷¹

⁷⁰ ABELHA, Marcelo. **Suspensão da segurança**: sustação da eficácia da decisão proferida contra o Poder Público. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, p.44-45.

⁷¹ CAVALVANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 179-180

Ao colocarmos os institutos lado a lado, é possível verificar a natureza de incidente no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, já que o julgamento da tese e o julgamento do caso concreto ocorrem em momentos distintos. Primeiramente, resolve-se o incidente processual, fixando a tese vencedora para, em um segundo momento, julgar-se o caso submetido ao tribunal. Isso não ocorre no Incidente de Assunção de Competência. Há neste segundo, apenas o julgamento do próprio caso, por órgão hierarquicamente superior ao que originalmente o recebeu.

Impossível, deste modo, caracterizar o Incidente de Assunção de Competência como incidente.

5.3.2 Recurso

Nelson Nery Jr., define recurso como remédio colocado a disposição das partes, de um terceiro, ou do Ministério Público, que submete a decisão judicial a uma nova análise, realizada em regra, por jurisdição hierarquicamente superior àquela que a proferiu. Tem natureza jurídica de prolongamento do exercício do direito de ação, dentro do mesmo procedimento⁷².

Podemos afirmar que o Incidente de Assunção de Competência não tem natureza recursal. Destacamos dois princípios fundamentais dos recursos, que não se aplicam ao Incidente, o que é suficiente para embasar a conclusão exposta.

O primeiro deles é o da taxatividade. Segundo este princípio, só será recurso aquilo que a lei federal, em *numerus clausus*, assim dispuser⁷³. O Código de Processo Civil de 2015 disciplinou os recursos em seu artigo 994, deixando claro serem cabíveis os seguintes recursos; apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência. Em nosso sistema jurídico, a decisão sobre o que é ou não recurso cabe exclusivamente ao legislador.

Outro princípio é o da voluntariedade. Para recorrer, é necessário que a parte exteriorize seu inconformismo com a decisão, com fim de reverter o prejuízo que lhe foi causado⁷⁴. É essencial que a parte recorrente expresse sua vontade de recorrer.

⁷² NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 202-223

⁷³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p.1987).

⁷⁴ Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno: "O princípio da *voluntariedade*, quinto princípio infraconstitucional dos recursos, é significativo da necessidade de o recorrente, isto é, aquele que detém legitimidade e interesse em recorrer (porque a decisão, tal qual proferida, trouxe-lhe algum gravame), exterioriza o seu inconformismo com vistas a afastar o prejuízo que a decisão lhe acarreta.

A análise desses dois princípios é suficiente para afastar a possibilidade de se enquadrar o Incidente de Assunção de Competência como recurso.

Em primeiro lugar, o Incidente não está disposto no rol do artigo 994 do Código de Processo Civil, portanto, não respeita o princípio da taxatividade. Ademais, conforme o parágrafo 1º do artigo 947 do Código de Processo Civil de 2015, o Incidente pode ser proposto de ofício pelo relator, ou seja, poderá ser suscitado pelo próprio julgador, sem nenhuma das partes fazer qualquer pedido. Se o Incidente tivesse natureza de recurso, a possibilidade de ofício violaria o princípio da voluntariedade.

Impossível, portanto, atribuir a natureza de recurso ao Incidente de Assunção de Competência.

5.3.3 Ação autônoma

Pontes de Miranda conceitua ação como:

É hoje princípio fundamental do direito, em geral, que toda pretensão corresponda ação que a assegure. Onde há pretensão há, se ocorre óbice, a ação respectiva. De modo que as espécies ou os casos, em que isso não se dá, são excepcionais; e podemos, com toda a exatidão, falar de direitos mutilados ou pretensões mutiladas. A mutilação pode ser na exigibilidade extrajudicial, ou na exigibilidade judicial (não se falando aqui no que não interessa ao direito material; no corte do rito sumário, por exemplo), ou em toda exigibilidade. Temos caso de corte de parte da exigibilidade extrajudicial no *pactum de non compensado*. É corte de toda exigibilidade judicial qualquer um que atinja a ação toda. Discutiu-se se podem ser amputadas a exigibilidade por ação e a exigibilidade fora da ação. Naturalmente, tal pretensão não é mais pretensão. Para que reste algo de pretensão, é preciso que, todos os seus elementos constitutivos, pelo menos um não haja sido eliminado. Sempre que a pretensão só pode se exercer em “ação”, há pretensão sem exigibilidade extrajudicial e há ação (judicial). Pode dar-se que ela não tenha aquela e a ação ainda tenha nascido; então, a pretensão existe; é pretensão sem exigibilidade extrajudicial e de exigibilidade judicial futura. A exigibilidade potencial basta ao conceito de pretensão.⁷⁵

Conforme se denota do trecho transcrito, Pontes de Miranda nunca confundiu ação com pretensão. Assim, a ação, no direito processual, escorada no artigo 5º,

Para que o recurso seja compreendido como tal, é inarredável que o recorrente manifeste o desejo de recorrer e, além disso, que ele exponha a extensão de seu inconformismo. (...) O princípio em análise vincula-se a olhos vistos ao chamado efeito *devolutivo* e, mais amplamente, encontra eco seguro em um princípio geral do direito processual civil, o princípio dispositivo.”BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil** – volume único. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.670-671.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia – Tomo I. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Gorges Abboud. São Paulo: RT, 2016, p. 149.

XXXV da Constituição Federal, é o direito de pedir a tutela jurisdicional⁷⁶. A ação é o meio pelo qual a pretensão é veiculada.

Ante o conceito exposto, impossível configurar a natureza jurídica do Incidente de Assunção de Competência como uma espécie de ação processual autônoma. O Incidente será instaurado no interior de uma ação, para resolver a lide, não podendo se falar em uma nova ação.

5.3.4 Técnica de julgamento

Afastadas as hipóteses de incidente processual, recurso ou ação processual, analisemos se o Incidente de Assunção de Competência teria natureza jurídica de técnica de julgamento⁷⁷, tais quais os recursos especial e extraordinário repetitivos.

O procedimento para julgar recurso extraordinário e especial repetitivo está disposto nos artigos 1.036 a 1.042 do Código de Processo Civil. Se houver multiplicidade de recursos extraordinários e especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento. Essa identificação é feita pela presidência ou vice-presidência dos tribunais de justiça ou tribunais regionais federais.

O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará, no mínimo, dois recursos repetitivos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, e determinará a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região.

Depois de selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, proferirá a decisão de afetação.

Cumpridas todas as exigências da legislação, o tribunal superior julgará o recurso paradigma, proferindo acórdão que, obrigatoriamente, abrangerá a análise

⁷⁶ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3ª ed.. São Paulo: RT, 2002.

⁷⁷ “O CPC regula, em seus arts. 1.036 a 1.041, mais uma técnica destinada a viabilizar a criação de precedentes vinculantes, a serem usados como padrões decisórios que terão de ser seguidos pelos órgãos jurisdicionais brasileiros quando do exame de casos nos quais se discutam as mesmas questões de direito já definidas, e diante de circunstâncias fáticas equivalentes. Trata-se, além disso, de uma técnica destinada a permitir o gerenciamento das assim chamadas *causas repetitivas*, capaz de evitar que o STF e o STJ, tribunais que não só têm competência sobre todo o território nacional, mas também se caracterizam por serem formados por pequeno número de magistrados (onze no STF, trinta e tre no STJ, fiquem exageradamente assoberbados pela chegada de excessivo número de recursos excepcionais, versando as mesmas questões de direito.” CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo; Atlas, 2016, p.552.

dos fundamentos relevantes da tese jurídica. Neste sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

Justamente em função do fato de que deve abarcar um grupo de recursos cuja solução dele depende, o julgamento do recurso representativo da controvérsia precisa necessariamente ser amplo a ponto de abarcar todos os fundamentos relacionados à tese jurídica, que deverão ser, posteriormente, relacionados no acórdão paradigma que dele resulta. Vale lembrar que o julgamento, como é de se esperar, está restrito aos fundamentos suscitados em relação à tese discutida, não sendo autorizada inovação no âmbito dos recursos repetitivos, como ocorre, de modo geral, com os recursos genericamente chamados excepcionais. A consideração de todas as questões suscitadas em relação a tese jurídica é também obrigação do órgão julgador, que, caso seja desatendida, enseja a oposição de embargos de declaração (CPC 1022).⁷⁸

Este procedimento, é o que mais se aproxima do Incidente de Assunção de Competência. Assim, como no Incidente, o Superior Tribunal de Justiça, ou o Supremo Tribunal Federal, responsáveis pelo julgamento de um recurso especial ou extraordinário repetitivo, decidirão a controvérsia presente no caso concreto. O recurso paradigma terá seu mérito julgado pelo tribunal superior e esta decisão terá efeito vinculante.

No incidente de Assunção de Competência, em que pese não ser utilizado para solução de casos repetitivos, o tribunal também decidirá o caso concreto. Ao ser instaurado o Incidente, não se cria uma nova relação jurídica, um incidente processual, ou um novo recurso. Apenas transfere-se a competência do julgamento do recurso, remessa necessária ou ação de competência originária para um órgão hierarquicamente superior, dentro do próprio tribunal. Trata-se de técnica de julgamento para casos que envolvem relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

5.4 A ampliação da possibilidade do IAC

O incidente de assunção de competência no Código de Processo Civil de 1973, era restrito ao âmbito dos Tribunais de segundo grau.

O Código de Processo Civil de 2015 no fortalecimento de precedentes judiciais, ampliaram-se as possibilidades de aplicação e instauração do incidente, com

⁷⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 2215.

cabimento em qualquer recurso, bem como na remessa necessária ou nas causas de competência originária, nos moldes do artigo 947 do CPC.

A inclusão desses ritos – remessa necessária e ação de competência originária, nas hipóteses de possibilidade de instauração do incidente, permitem questões relevantes em processos nos Tribunais que não tem características ou origens recursais serem, de igual maneira, pacificadas por um órgão colegiado maior, seja de forma preventiva ou para compor divergência.

O IAC, ao ampliar sua atuação aos Tribunais Superiores, positiva a técnica de julgamento prevista nos regimentos internos⁷⁹ que permitia o deslocamento da competência, de um órgão fracionário para um órgão maior, dependendo da possibilidade de divergência ou pelo interesse da demanda, como uma regra processual, e ainda, como um meio formador de um precedente vinculante, como uma carga de importância bem maior.

Evidente que o cabimento nos Tribunais de segundo grau continua possível.

Primeiro pelo fato de que a palavra “recurso” envolve todo e qualquer recurso, o que importa em um cabimento no recurso ordinário, recurso desse grau de jurisdição. Posteriormente, a “remessa necessária” é um instituto pertinente somente aos Tribunais de segundo grau, não deixando dúvidas para a sua aplicabilidade nesse âmbito. E, ainda, a possibilidade em “ações de competência originária”, cabíveis, de igual maneira, nesse grau de jurisdição.

5.5 Legitimidade para a proposição do IAC

Em uma interpretação literal do Código de Processo Civil de 1973 apenas o relator tinha legitimidade para suscitar a instauração do IAC.

No Código de Processo Civil de 2015, a legitimidade é ampliada expressamente para as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, continuando para o relator e seu colegiado, nos moldes do artigo 947, parágrafo 1º.

Um ponto importante a mencionar está na possibilidade do Ministério Público e, principalmente, da Defensoria Pública em suscitar o IAC. Ambas as entidades não devem ser vistas como legitimadas simplesmente por atuarem como partes do processo, até pelo fato de que se assim o fizessem, não haveria necessidade de

⁷⁹ Regimento Interno do STF (artigo 22, parágrafo único, alíneas “a” e “b”) e do STJ (artigo 14, II; artigo 12, parágrafo único).

disposição sobre tais entidades. Dessa maneira, é importante diferenciar a atuação dessas entidades com os demais legitimados se o julgador e as partes farão a suscitação por serem atrelados àquele processo, o Ministério Público e Defensoria Pública⁸⁰ podem suscitar independente de atuarem na demanda, com a possibilidade de adentrarem para tal desiderato, com a intervenção para a proposição de tal medida ao relator.

5.6 A desistência do processo representativo da controvérsia escolhido para IAC

A desistência recursal é direito do recorrente, com independência em relação ao recorrido, não necessitando de anuência da outra parte ou do juízo. Logo, o recorrente pode dispor de tal ato, a qualquer momento até o julgamento, desistindo do mesmo.

Não há previsão legal se a matéria afetada pela questão de direito pela IAC, será julgada mesmo havendo a desistência do processo admitido como representativo do incidente.

Nos moldes do artigo 998, parágrafo único, do Código de Processo Civil quando o recorrente exercer o seu direito pela desistência do ato recursal, não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de julgamento de recurso extraordinário ou especiais repetitivos.

Todavia, o artigo 998 do Código de Processo Civil não incluiu o IAC entre os institutos formadores de precedentes vinculantes que solucionasse tal situação com a manutenção do julgamento, mesmo diante da desistência recursal da demanda.

Nesse cenário, pela formação de precedente judicial, com um microsistema próprio para tal⁸¹, deve-se levar em consideração a mesma regra de desistência do

⁸⁰ “Sobre a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, cabe frisar, fazendo eco ao que dispõe o art. 977, III, a propósito do incidente de resolução de demanda repetitiva, que a regra merece ser interpretada amplamente para admitir que a legitimidade daqueles órgãos dê-se tanto quando atuam como parte (em processos coletivos, portanto) como também quando o Ministério Público atuar na qualidade de fiscal da ordem judicial e a Defensoria Pública estiver na representação de hipossuficiente ou, de forma mais ampla, desempenhando seu papel institucional em processos individuais, como *amicus curiae*.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.594.

⁸¹ “Entretanto, com a criação dos recursos que formam precedentes e seus incidentes, a desistência de um recurso que está afetado como o representativo da controvérsia de um recurso especial em rito repetitivo ou uma repercussão geral, este contém uma transcendência maior do que o seu próprio interesse pessoal, outros cidadãos se interessam por aquele desfecho. Como solucionar essa situação? Esses ritos e espécies de recursos que julgam por amostragem tem uma função social, almejando a pacificação de entendimentos, com o intuito de balizar a aplicabilidade do direito no Brasil ou aquela região, sobre aqueles assuntos decididos. Todavia, ao mesmo tempo que há uma transcendência da matéria da demanda, a parte tem um interesse seu, pessoal, com a possibilidade

rito repetitivo e da repercussão geral. Em primeiro lugar pelo fato da relevância daquela questão de direito afetada, com a necessidade de prosseguimento de tal matéria e decisão sobre o pertinente, utilizando aquela demanda desistente como base de concretude para a delimitação fática do precedente judicial a ser firmado, ainda que não detenha validade para tal processo. Em segundo lugar, a existência de outros processos, ainda que não de modo repetitivo ou múltiplos corrobora a necessidade de resposta aos recursos afetados.

Sendo assim, a questão afetada pelo IAC, mesmo com a desistência do recurso representativo da controvérsia, deve ser julgada, somente sem validade para aquela demanda em que houve a desistência, com a devida resolução da controvérsia daquela questão de direito relevante, com repercussão social e, conseqüentemente, essa decisão sendo aplicável aos processos existentes e futuros da mesma questão de direito⁸²

5.6.1 A possibilidade de desistência da ação em primeiro grau, ante da prolação da sentença

Nos recursos excepcionais repetitivos, com a decisão pelo Tribunal Superior sobre a matéria afetada via rito repetitivo, o autor de uma ação em primeiro grau pode, a qualquer momento, desistir da ação, desde que antes da prolação da sentença⁸³

Essa possibilidade existe para incentivar o autor de um processo, em que seu conteúdo material teve decisão em rito repetitivo desfavorável, não continue a litigar,

de abrir mão do direito de recorrer e, ser prontamente atendido.” LEMOS, Vinicius Silva. **A desistência no microssistema de formação de precedentes**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 13 n.97, set/out/2015.p.614.

⁸² “Com a instauração do incidente de assunção de competência e a parte não tiver mais interesse recursal, realizando o pedido de desistência do recurso, pertinente o deferimento do mesmo, porém com a necessidade do colegiado instruir e julgar, desde logo, a matéria afetada pelo incidente de assunção de competência, formando um precedente judicial, mesmo que o recurso que serviu de base para a instauração do incidente não exista mais, tampouco sofra os efeitos da decisão do colegiado. Pela existência deste microssistema, é totalmente cabível a desistência do recurso que ensejou o incidente, sem causar prejuízo ao julgamento para formação do precedente, utilizando os mesmos moldes do incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como, mais distante, o rito repetitivo e a repercussão.” LEMOS, Vinicius Silva. **A desistência no microssistema de formação de precedentes**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 13 n.97, set/out/2015. p.622.

⁸³ Os parágrafos 1,2 e 3 criam uma situação que deve estimular as partes a desistir da ação nesta situação, dispensando o juiz de proferir sentença de mérito. Se a desistência ocorrer antes da contestação, o autor ficará isento das custas e honorários de sucumbência (parágrafo 2). Se, todavia, ocorrer depois de apresentada a contestação por força de determinação legal (parágrafo 3), dispensa-se a anuência do réu, no entanto, não fica o autor dispensado de arcar com custas e honorários.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. 1. Ed. São Paulo: RT. 2015. p.1.520.

se perceber que não tem direito pela interpretação dada mediante essa decisão repetitiva.

Importante mencionar que somente seria possível tal ensejo nos IACs que versarem sobre questões materiais, o que leva a influenciar totalmente nas demandas em primeiro grau, fato que não ocorreria em questões processuais.

Nesse sentido, poderia ocorrer a desistência de um pedido da ação, se somente esse pedido versar sobre a matéria decidida em IAC e os outros pedidos tiverem matéria diversa. No entanto, para os pedidos que não guardam relação com o IAC, a regra de desistência da demanda continua a mesma, com a necessidade, após a citação, da concordância do réu.

5.7 Objeto passível de arguição do IAC

Não há nenhuma previsão legal sobre a limitação há direito material ou processual para instauração de IAC.

No Código de Processo Civil de 1973, não havia, de igual maneira, tal especificação. Agora no Código de Processo Civil 2015, houve amplitude para todos os recursos, remessa necessária e competência originária, o que leva a possibilidade de suscitar mais matérias, sejam elas materiais ou processuais em mais Tribunais e com maior alcance de debates e discussão, pelo fato de não se restringir a somente algumas hipóteses recursais.

Nesse sentido, somente é necessário que seja uma questão de direito, com grande repercussão social. Tanto uma questão material ou processual se enquadra em questão de direito, somente importando, então, a sua relevância para ensejar a admissibilidade do incidente, com a repercussão social e interesse público.

De todo o modo, a questão será delimitada tanto na proposição quanto na admissibilidade, com a posterior decisão de afetação quando houver, portanto, a ciência do objeto específico do incidente, o qual será o cerne do debate do contraditório ampliado, bem como se formará o precedente vinculante. As demais eventuais matérias da demanda não formaram um precedente, ainda que sejam julgadas por um colegiado ampliado, justamente por não fazerem parte da questão delimitada no próprio IAC.

5.8 A impossibilidade de instauração em tribunal de segundo grau

Não há especificação no artigo 947 do CPC sobre os limites de proposição do IAC, contudo sabe-se que é cabível tanto nos Tribunais de segundo grau, quanto nos Tribunais Superiores, o que nos impõe a necessidade de sistematizar limites propositivos quando matérias já forem discutidas grau superior, ainda que não haja disposição legal sobre tal ponto.

Dessa maneira, há um impedimento objetivo para a instauração do IAC em Tribunais de segundo grau⁸⁴: hipótese daquela mesma matéria suscitada num Tribunal Superior ter uma decisão de afetação idêntica, seja em rito repetitivo, em repercussão geral ou mesmo em IAC, tornando incabível o incidente.

Todavia, é importante salientar que a matéria deve ser afetada em IAC, repetitivo ou em repercussão geral (com abertura do incidente e suspensão) para que seja um impeditivo de instauração do IAC, se somente existirem decisões no âmbito dos Tribunais Superiores, sem a presença de uma decisão de afetação, em rito específico, o Tribunal de segundo grau pode aceitar o incidente, sem nenhum impedimento.

5.9 A função dos tribunais brasileiros e a relação com a finalidade vinculante e pacificadora do IAC

Importante entender a função de cada espécie de tribunal no direito brasileiro, até pelo fato de que o IAC é cabível em qualquer desses tribunais, tornando necessário o entendimento de onde e como suscitar tal incidente e a relação com o Tribunal competente para julgamento.

Quando há prestação jurisdicional de primeiro grau, pelo juízo singular, todas as suas decisões – interlocutórias ou sentenças – são passíveis de revisão pelo Tribunal de segundo grau. Desse modo, todas as decisões estão passíveis de revisão pelo Tribunal de segundo grau, o que importa em denominar este como Tribunais de revisão.

⁸⁴ Considerando o grau de vinculação/transcendência da matéria discutida (local ou nacional), o parágrafo 4º, do art. 976 do NCPC deixa claro que o incidente apenas poderá ser provocado se a matéria discutida não tiver sido afetada por um dos Tribunais Superiores, no âmbito de sua respectiva competência. Este dispositivo evita divergência entre o posicionamento do tribunal local e do Órgão Superior”. ARAÚJO, Jose Henrique Mouta. **O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.6 – Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Orgs: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015.p.329.

A função primordial dos Tribunais de segunda instância, seja os Estaduais ou Regionais Federais, revisar as decisões dos juízes de primeiro grau a estes vinculados. Nessa visão, esses Tribunais não teriam função primordial de definir precedentes, uma vez que podem rever os próprios fatos decididos pelos juízes, bem como o direito ali utilizado. Não há intenção primordial de formar um precedente, função está inerente, em regra, a Tribunais Superiores, mas, no Código de Processo Civil de 2015 foi concedida essa possibilidade, continuando, no entanto, como função secundária da atividade judicante desses tribunais.

Por outro lado, os Tribunais Superiores têm função diversas daqueles Tribunais de revisão, com uma bipartição da jurisdição, almeja a defesa objetiva do direito, pela infringência da lei federal ou da norma constitucional e, somente consequentemente, que se deve esperar o recorrente a melhora pretendida.

De modo amplo, não há um interesse primordial na prestação jurisdicional para partes processuais, mas uma prioridade em proporcionar a segurança jurídica ao julgar os casos em concreto, com uma uniformização de jurisprudência, a defesa jurídica estatal ao direito ali elencado, seja lei federal ou a Constituição.

Quando o artigo 926 do CPC dispõe sobre o dever de uniformizar a jurisprudência de um Tribunal, incumbindo-o de entender que a pacificação de entendimentos é obrigação, não ordena, tampouco se espera que seja realizada nos moldes abstratos pura e simplesmente. A formação dessa uniformização e, porventura, dos precedentes vinculantes, deve realizar-se na guarida da jurisdição concreta, julgando os processos que ali chegam e imbuído de uma análise fático-jurídica para chegar na melhor decisão, ainda que haja a reunião de vários processos ou recursos para que se tenha um entendimento maior da controvérsia.

O IAC tem esse intuito de ser um dos mecanismos possíveis a dar validade e eficácia real ao disposto no artigo 926 do CPC, pacificando o direito, as grandes questões de direito, compondo ou prevenindo divergência.

5.10 Procedimento

Diferentemente do tratamento dado ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Código de Processo Civil foi muito econômico ao tratar do Incidente de Assunção de Competência. Há poucos artigos versando sobre o tema.

Por este motivo, aplicam-se ao Incidente de Assunção de Competência os artigos 983 e 984⁸⁵ do Código de Processo Civil e a Instrução Normativa 38 do TST, referentes ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

5.10.1 Suspensão dos processos pendentes que envolvam a mesma questão de direito

Estava previsto no parágrafo 1º do artigo 865 do Anteprojeto da Comissão de juristas, possibilidade de o Presidente do Tribunal suspender os processos em trâmite, que versem sobre a mesma controvérsia debatida no Incidente de Assunção de Competência.

Todavia, durante o processo de aprovação do Código de Processo Civil, esta hipótese foi suprimida. Foi mantida, apenas, para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no artigo 982, I do CPC.

O que parece ter motivado esta supressão foi o fato de, no Incidente de Assunção de Competência, não haver, em tese, repetição da tese em múltiplos processos⁸⁶. Todavia não concordamos.

Isto porque, o Incidente de Assunção de Competência será instaurado quando a questão de direito não tiver repetição em múltiplos processos, ou para prevenir ou compor divergência entre turmas e câmaras do mesmo tribunal.

Ora se instaurado para compor divergência entre turmas do mesmo tribunal, presume-se a existência de decisões diferentes nas turmas. Portanto, mais de uma demanda, envolvendo a mesma questão jurídica, foi submetida a julgamento.

Dessa forma, de modo a prevenir decisões contraditórias mesmo que isso ocorra em apenas dois processos, o artigo 982, I do Código de Processo Civil deve ser

⁸⁵ CPP - Art. 983. O relator ouvirá as partes e demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse e controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. Parágrafo 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento da matéria. Parágrafo 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente. Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: I – o relator fará a exposição do objeto do incidente; II – poderão sustentar suas razões, sucessivamente: a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência. Parágrafo 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado. Parágrafo 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concementes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

⁸⁶ ZUFELATO, Camilo. Do incidente de assunção de competência. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. V.4. (arts. 926 a 1.072). São Paulo; Saraiva, 2017, p.109.

aplicado, de forma analógica, ao Incidente de Assunção de Competência. Nesse sentido, Camilo Zufelato:

Basta olhar a própria função do incidente de assunção de competência para se notar que a uniformidade de julgamento como valor perseguido não tem a ver com maior ou menor quantidade de demandas correlatas, mas simplesmente com o fato de haver risco de julgamentos contraditórios. Nesse sentido, ainda que a reiteração de causas possa ser menor na assunção de competência que no incidente de resolução de demandas repetitivas, é muito mais coerente com o seu escopo, e também com a teoria dos precedentes, que se suspendam processos com a mesma questão de direito até que o órgão indicado no Regimento Interno julgue o feito. Para tanto, o fundamento normativo deve ser a aplicação, por analogia, do art. 982, II, do CPC de 2015⁸⁷.

Admitido o Incidente e delineada a tese jurídica a ser discutida, deverá o relator, portanto, ordenar a suspensão de todos os processos pendentes cuja questão jurídica dependa de julgamento. Esta suspensão, nos termos do parágrafo 1º do artigo 982 do Código de Processo Civil deverá ser comunicada a todos os órgãos jurisdicionais competentes.

Os processos ficarão suspensos até o julgamento do caso que ensejou a instauração do Incidente, e sua decisão deverá ser aplicada a todos os casos que possuem a mesma questão jurídica.

Pode ocorrer, por um equívoco do juiz responsável pelo processo, a suspensão de uma demanda que não versa sobre a questão jurídica discutida no Incidente. Nestes casos, as partes poderão realizar um pedido de distinção, através do qual irão demonstrar que seu caso se distingue daquele que está sendo julgado em Assunção de Competência e, portanto, não deveria estar suspenso.⁸⁸

Se acolhida a tese da interpretação analógica, os processos versando sobre a mesma controvérsia serão suspensos até o julgamento do Incidente. Desta forma, se as partes dos processos suspensos sentirem necessidade de obter alguma tutela provisória, deverão requer ao relator de seu processo suspenso. Este, por sua vez, terá competência para decidir a respeito da tutela. Se a urgência surgir no processo sendo julgado através do Incidente, a tutela deverá ser solicitada ao relator do incidente.

⁸⁷ ZUFELATO, Camilo. Do incidente de assunção de competência. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. V.4. (arts. 926 a 1.072). São Paulo; Saraiva, 2017, p.110

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2015, p.916-917.

5.10.2 Julgamento

Identificada, no momento do julgamento do recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária a relevante questão de direito, com repercussão social, ou a relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente prevenir ou compor a divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá ser proposta a instauração do Incidente de Assunção de Competência.

Uma vez proposta, o órgão competente, ao identificar o interesse público na assunção de competência, julgará o caso. Ao contrário do ocorrido no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária, conforme disposição expressa do parágrafo 2º do artigo 947.

Em razão da situação relevante, produzir uma decisão com efeitos vinculantes, ao julgar o Incidente de Assunção de Competência o órgão competente deverá aplicar, por analogia, o artigo 984 do Código de Processo Civil, que dispõe;

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: I – o relator fará a exposição do objeto do incidente; II – poderão sustentar suas razões, sucessivamente: a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência. Parágrafo 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado. Parágrafo 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concedentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Desta forma, o julgamento do Incidente de Assunção de Competência, assim como o do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, deve ser sujeito ao artigo 984 do Código de Processo Civil.

A questão mais importante deste artigo, é que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados relativos a tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários, já que o provimento com efeitos vinculantes apenas abarcará aqueles argumentos sobre o qual houve decisão expressa. Se, por exemplo, são ventilados, no curso do processo, os argumentos A, B, C, D, e E, mas a decisão não abordar o argumento E, as demandas futuras nas quais este argumento for suscitado não estarão vinculadas à decisão do Incidente.

Analizados todos os argumentos, o órgão competente julgará o recurso, de remessa necessária ou procedimento de competência originária. O acórdão produzido

a partir deste julgamento vinculará todos os juízes submetidos hierarquicamente ao tribunal que proferiu a decisão.

5.10.3 Recursos

A decisão que julga o incidente de Assunção de Competência é um acórdão. Esse acórdão é recorrível.

Sempre será possível a oposição de embargos de declaração. Caso tenha sido proferido por Tribunal Regional do Trabalho, caberão recurso ordinário ou recurso de revista, para o Tribunal Superior do Trabalho, a depender da causa que tenha sido julgada; caso o julgamento tenha sido proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, caberá recurso extraordinário, uma vez preenchida uma de suas hipóteses de cabimento.

O artigo 987 do Código de Processo Civil de 2015, com exceção da parte que determina o efeito suspensivo automático aos recursos especial e extraordinário, aplica-se ao julgamento de incidente de assunção de competência. Do julgamento da assunção de competência cabem recurso ordinário, revista e extraordinário, presumindo-se a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida. Julgado o recurso, a tese adotada pelo STF ou pelo TST terá aplicação em todo o território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. Em outras palavras, formando o precedente, este haverá de ser aplicado obrigatoriamente.

5.10.4 Consequências do julgamento do Incidente de Assunção de Competência

Finalizado o julgamento do Incidente, será julgado o caso concreto posto, decidida a relevante questão de direito, ou fixado o entendimento correto, em casos de divergência jurisprudencial. Esta decisão possuirá caráter vinculante para os juízes e tribunais, submetidos à jurisdição do órgão que julgou o incidente, deverão observá-la.

Neste momento, esta decisão passa a gerar consequências práticas a outros processos, pendentes e futuros, envolvendo a mesma questão julgada.

A primeira delas é a possibilidade de julgamento de improcedência liminar do pedido. Conforme disposto no artigo 332, III, do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente e supletivamente ao Processo do Trabalho, na forma dos artigos 769 e 889 da CLT e da Instrução Normativa 39 do TST, o juiz poderá, nas causas que

dispensem instrução probatória, independentemente da citação do réu, julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar entendimento firmado em incidente de assunção de competência. De acordo com Georges Abboud e José Carlos Van Cleef de Almeida Santos, não cabe ao juiz escolher se aplica ou não decisão vinculante:

Diferentemente da redação do artigo 285-A do CPC/73, a imperatividade do tempo verbal do caput do art. 332 do CPC/2015 revela que o julgamento da improcedência liminar do pedido tornou-se um dever do órgão judicial. De efeito, o legislador foi expresso em indicar que o juiz “julgará” com base nessa técnica sempre que presenciar alguma das hipóteses legitimantes, retirando o caráter da norma.⁸⁹

O segundo efeito é que pode o juiz conceder tutela provisória independentemente de urgência, somente pelo enquadramento na conjunção do precedente, conforme a doutrina.⁹⁰

De acordo com a artigo 311, II do Código de Processo Civil, a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Em que pese a Assunção de Competência não se tratar de julgamento de casos repetitivos, é uma interpretação teleológica de ambos os institutos. Para se conceder a tutela de evidência baseada neste inciso, a pretensão deve estar fundada em fatos que dependem apenas de prova documental; além disso, a jurisprudência a respeito do tema deve ser estável. Considerando que a matéria já foi apreciada em Assunção de Competência e, portanto, tem natureza vinculante, é possível embasar nela um pedido de tutela de evidência.

A última consequência prática do julgamento do Incidente consta no artigo 932 do Código do Processo Civil, incisos IV, c e V, c. Estes preceitos dizem respeito à possibilidade de o relator decidir demanda de forma monocrática. O inciso IV, c, o

⁸⁹ ABBoud, Georfe; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. In: (Coords.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p.858.

⁹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Comentários ao artigo 947 do CPC DE 2015. In: (Coords.) CABRAL, Antonio de Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1362-1373.

relator deverá negar provimento a recurso-contrário a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Por outro lado, o inciso V, c, oferece a possibilidade ao relator, após a oitiva da parte contrária, de dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

5.11 A fungibilidade entre os institutos formadores de precedentes

Fungibilidade significa trocar, uma coisa por outra, substituição. A fungibilidade como um termo processual é a aceitação de um ato realizado de uma forma, como um intuito de eficácia, contudo em momento em que, legalmente, a formalidade era diversa, mas que havia dúvida sobre a questão, autorizando, portanto, tal equívoco.

De certo modo, diante da crescente aceitação da instrumentalidade das formas, corroborado pelo princípio da primazia ao julgamento de mérito, a fungibilidade ganha uma importância ainda maior no novel ordenamento, como um princípio geral processual. Na seara recursal, o princípio da fungibilidade já era plenamente aceito, desde os ordenamentos anteriores e, agora, mais ainda.

Com isso, a fungibilidade, evidentemente, é um princípio excepcional para balizar uma situação curva fora do comum, nunca como regra, possibilitando um aproveitamento processual, almejado uma maior satisfação do jurisdicionado; porém, há de ser respeitar requisitos básicos, como ausência de erro grosseiro, possível dúvida jurisprudencial sobre a escolha, bem como não preclusão do prazo recursal sobre a dúvida entre os recursos.⁹¹

O Código de Processo Civil de 2015 não trata da fungibilidade de maneira ampla, seguindo a mesma forma da codificação anterior, utilizando-se dos mesmos requisitos, das mesmas formalidades, nas situações peculiares somente. Apesar de o princípio ser de grande utilidade na seara recursal, não há óbice para ampliação de tal uso para outros momentos e institutos, desde que a finalidade a ser perseguida seja alcançada por aquele ato e, igualmente, cumpra os mesmos parâmetros para a

⁹¹ “É aquele pelo qual se permite a conversão de um recurso em outro, no caso de equívoco da parte, desde que não houvesse erro grosseiro ou não tenha precluído prazo para a interposição. Trata-se de aplicação específica do princípio da instrumentalidade das formas”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.108.

fungibilidade de um recurso: ausência de erro grosseiro, dúvida plausível e procedimentalidade compatível.

5.11.1 A possibilidade de fungibilidade entre os institutos: IRDR e IAC

Tanto o IRDR quanto o IAC são institutos formadores de precedentes vinculantes, o primeiro com características territoriais limitadas aos tribunais de segundo grau e o posterior, mais abrangente, importando em formação de precedentes com teor diverso de vinculação dada a limitação territorial do IRDR.

Apesar de ambos servirem para formar precedentes, cada qual trabalha com problemas diversos, enquanto o IRDR preocupa-se em melhorar o controle de estoque de demandas, identificando como problemática primordial a existência de milhares de demandas ou questões de direito idênticas, o IAC não tem o mesmo viés, tampouco trabalha com repetitividade, preocupando com as grandes questões de direito, com grande importância para sociedade, ainda que com poucas demandas.

Mesmo que os institutos convirjam de formar precedente e, assim, conceder maior estabilidade, coerência e integridade, servem para aplacar situações diversas, processualmente, o que levam a ter requisitos convergentes e, principalmente, divergentes.

Como as situações da sociedade são rápidas, com conflitos ocorrendo a cada momento, muitas vezes, uma questão de direito pode parecer, em dado momento suscetível a instauração de um IAC, mas, no momento em que for realizado tal pleito, pode, dado o tempo para a admissibilidade e seu processamento, transformando aquela situação fática mais condizente, agora, com um IRDR.

Apesar de ausência de previsibilidade legal para tanto, sem nenhum dispositivo a tratar do tema, opinamos pela possibilidade, com a viabilidade de que um instituto, ao ser requerida a sua instauração e posto ao crivo do colegiado competente, este, ao analisar a matéria, não tem a percepção do cumprimento de tais requisitos inerentes ao pleito realizado, mas percebe o preenchimento dos requisitos do outro instituto, podendo, desse modo, proceder à fungibilidade.

E, ainda, essa possível fungibilidade seria de mão dupla, ou seja, tanto para transformar o IAC em um IRDR, quando vice-versa, o IRDR em IAC, dependendo, sempre, do não enquadramento de um deles e, conjuntamente, da presença dos requisitos nos outros.

5.11.2 O ponto autorizante da fungibilidade

Se falta previsibilidade expressa sobre a questão, a saída pela aceitação de tal situação jurídica, a fungibilidade entre o IAC e IRDR está presente na possibilidade, em ambos os institutos, da suscitação oficiosa: no IAC, pela dicção do artigo 947 do Código de Processo Civil, há a disposição sobre o relator propor de ofício,⁹² já no IRDR, o artigo 977, II, do Código de Processo Civil, discorre que o juiz ou o relator poderão suscitar oficiosamente.

Desse modo, quando o colegiado competente analisar a admissibilidade de qualquer dos institutos, pela própria possibilidade oficiosa de suscitação, ao perceber que tal pleito não preenche os requisitos específicos de determinado instituto, mas, ao mesmo tempo, preenche todos os outros institutos, pode aquele colegiado proceder à fungibilidade, seja para um pleito oficioso para a instauração fungível, caso não seja competente para o julgamento do instituto, remetendo ao devido colegiado daquele novo instituto ou, se for competente para o julgamento de ambos, pode, desde logo, admitir a existência do outro instituto, ainda que não pleiteado pelas partes, somente com o reconhecimento do colegiado sobre tal preenchimento de requisitos específicos.

5.11.3 A necessidade de sistematização: as diferenças de suscitações

5.11.3.1 A suscitação do IAC, a admissibilidade e a possibilidade de conversão em IRDR

Uma vez suscitado o IAC, este passará, por dois momentos de admissibilidade: um preliminar, na própria turma; e um definitivo, no colegiado competente para o julgamento do mérito do instituto.

O objetivo da primeira admissibilidade é a verificação preliminar do preenchimento dos requisitos e, ainda, da análise desse colegiado sobre a modificação da competência, com a assunção para o colegiado maior. Já a segunda admissibilidade tem o intuito diverso, desde a convergência sobre a presença de todos os requisitos, bem como a aceitação, ou não, da competência para julgar aquela

⁹² Freire e Schimitz entendem que na assunção de competência, o relator tem, além da legitimidade para tanto, o dever-poder de suscitação: “O relator, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública possuem legitimidade para suscitá-lo. Exige-se que a questão seja de direito. Não se admite, portanto, a provocação do incidente quando a matéria for eminentemente de fato. É dever-poder do relator desencadear o incidente sempre que presentes os requisitos delineados no caput do artigo 947 do CPC.” FREIRE; SCHIMITZ. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016

questão de direito e, ainda, o instituto principal recurso, remessa ou ação de competência originária. O colegiado maior deve, então, aceitar a assunção de competência, na literalidade da palavra.

A fungibilidade poderá ser requerida por qualquer desses momentos, pelo fato de que o colegiado originário, mesmo que menor, cumpre o requisito da suscitação oficiosa. Se o relator pode suscitar qualquer dos institutos, o colegiado, ainda que o menor, ao analisar a admissibilidade de quaisquer deles, ao vislumbrar a possibilidade da fungibilidade entre tais institutos, não há óbice em se realizar tal pleito.

No entanto, diante da bipartição da admissibilidade, cada qual terá uma procedimentabilidade para a fungibilidade.

5.11.3.2 A fungibilidade pela turma quando da análise da admissibilidade preliminar do IAC

Ao suscitar, qualquer legitimados, o IAC, aquele colegiado originário, competente para o julgamento do recurso, remessa ou ação de competência originária, deverá suspender o julgamento principal para possibilitar a análise perfunctória da admissibilidade do incidente⁹³. Em caso positivo, suspende o julgamento daquela demanda e realiza a remessa ao colegiado maior para o julgamento do incidente e da demanda. Por outro lado, se o resultado for negativo, a normalidade seria o prosseguimento da questão principal.

No entanto, se, nesse momento, o colegiado, independentemente de quem suscitar, verificar que não estão presentes os requisitos do IAC, mas, ao mesmo tempo, perceber o preenchimento dos requisitos do IRDR, poderão, de igual maneira, suspender o julgamento daquela demanda principal, com expedição de ofício para o órgão competente para análise e julgamento do IRDR.

5.11.3.3 A fungibilidade pelo colegiado maior quando da análise da admissibilidade definitiva do IAC

A admissibilidade a ser realizada pelo colegiado maior é sobre a existência ou não dos requisitos inerentes ao IAC, ou seja, aqueles do artigo 947 do CPC: questão de direito, com repercussão social, interesse público e não multiplicidade de

⁹³ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p.2008.

demandas. Se o colegiado admitir o incidente, afeta a matéria, assume a competência para julgamento da questão principal e realiza toda a procedimentalidade para o julgamento, ampliando o contraditório, com o intuito de exaurimento material, para culminar na formação de um precedente.

Todavia, nesse momento, há possibilidade de o colegiado não visualizar o enquadramento devido para o IAC, mas, ao mesmo tempo, vislumbrar a presença dos requisitos para o IRDR, suscitando tal incidente.

Essa possibilidade abrirá duas possibilidades, dependendo do regimento interno de cada tribunal para a delimitação do órgão competente para julgar os incidentes de formação de precedentes. Se o regimento dispuser que o mesmo colegiado é competente para ambos os institutos, no momento em que inadmite o IAC, pode, oficiosamente, suscitar e instaurar o IRDR, caso veja que estão presentes os requisitos para tanto, procedendo, posteriormente, somente a modificação da classe processual, mantendo a mesma numeração.

Ou seja, ao mesmo tempo que opta pela fungibilidade, por ser competente para ambos os institutos, já instaura o IRDR, procedendo à admissibilidade positiva e, concedendo a possibilidade de o relator proferir, devidamente, a decisão de afetação, nos moldes do artigo 982 e seguintes do CPC.

Nessa situação, a fungibilidade já proporcionou a admissibilidade positiva do IRDR. Ou seja, deixou de ser IAC e passou, no mesmo momento, a ser, positivamente, IRDR.

Em sentido diverso, se, naquele tribunal, o regimento determinar órgão diversos para o processamento e julgamento dos incidentes, IAC e IRDR, a fungibilidade realizada pelo órgão maior competente para o julgamento do IAC será de modo parecido com o explicado no subcapítulo anterior, com a diferença de que o julgamento será encerrado nesse colegiado atinente a julgar e processo o IAC, para remeter tal pleito ao colegiado competente ao julgamento do IRDR, com a necessidade de distribuição.

Para esse colegiado, uma vez distribuído esse ofício para a instauração do IRDR, tal pleito será para julgamento da admissibilidade do próprio incidente, sem necessidade de adentrar na questão da fungibilidade, pelo fato de o incidente já chegar com o pleito de instauração como IRDR.

No entanto, nessa possibilidade, por serem colegiados diversos, seja vindo do colegiado menor ou do colegiado para julgamento do IAC, aquele competente para

receber o IRDR, realizar-se-á a análise de admissibilidade do incidente, com a possibilidade de negá-la se verificar ausência de algum requisito, negando tal suscitação. Ou seja, não há vinculatividade para a fungibilidade, caso os colegiados sejam diversos, com a necessidade de aquele competente para o IRDR proceder à sua admissibilidade, ainda que negue tal instauração.

5.11.3.4 A suscitação do IRDR, a admissibilidade e a possibilidade de conversão em IAC

A procedimentalidade da suscitação do IRDR é mais simples do que no IAC, pelo fato de que há um pleito autônomo, fora de qualquer demanda, iniciando um novo procedimento, diretamente no colegiado competente para tal, sem nenhuma análise do colegiado daquela demanda, até pelo fato dessa suscitação ser, também, por um juízo de primeiro grau.

Desse modo, uma vez suscitada a instauração do IRDR, com a distribuição para o órgão competente e a definição do relator, deve-se proceder ao julgamento de admissibilidade, com a verificação do preenchimento dos requisitos estiverem presentes, a admissibilidade será positiva e o relator autorizado a realizar a decisão de afetação, conforme o artigo 982 do CPC.

Em contrário, sem o vislumbre, pelo colegiado, de algum dos requisitos, o IRDR será arquivado, dada a sua existência autônoma, somente com a intimação das partes para tal e, ainda, a informação ao colegiado daquela demanda sobre tal resultado e a possibilidade de prosseguir com o andamento processual pertinente.

Esse será o momento oportuno para a fungibilidade, caso algum dos julgadores suscite tal aplicabilidade do princípio e a conversão para o IAC. Se o colegiado entender sobre tal fungibilidade, deve-se proceder a tal viabilidade, contudo depende do regimento interno de cada tribunal.

Se o órgão colegiado competente para o IRDR for, igualmente, competente para o IAC, a análise de fungibilidade, com a sua devida aceitação, é, ao mesmo tempo, a admissibilidade positiva desse incidente, com o prosseguimento, agora, de seu processamento, com a devida afetação, intimações para manifestações, tudo para exaurir a demanda, cognitivamente.

Por outro lado, se os órgãos foram diversos, a fungibilidade proposta por esse colegiado competente para o IRDR somente será uma suscitação de IAC para o órgão competente para tal, com a necessidade de expedição de um ofício para tanto, com a

devida distribuição e, quando possível, a análise sobre a admissibilidade de tal incidente, com a análise sobre o cumprimento dos requisitos do artigo 947 do CPC.

Se a admissibilidade for positiva, o IAC estará instaurado, e o processamento será realizado para o julgamento da questão de direito e daquela principal, perante o órgão maior que assumiu a competência. De modo inverso, com a negativa de admissibilidade, o órgão informará o competente para o julgamento da questão principal para o devido prosseguimento da demanda e seu julgamento.

Para a fungibilidade ser suscitada diretamente pelo órgão competente pelo julgamento do IRDR, caso o órgão competente para o IAC entenda de modo diverso, sem acatar tal fungibilidade, não pode esse colegiado entender pela fungibilidade inversa, com a suscitação do IRDR, pelo fato de que o colegiado remetente já negou tal incidente.

5.12 Litigar contra precedentes: Consequências e possibilidades

O processo judicial deve contar com a cooperação das partes, conforme, artigo 6º do CPC⁹⁴, que devem agir de acordo com a lealdade processual e de acordo com a boa-fé, ou seja, de acordo com o comportamento padrão esperado dos sujeitos processuais. Dessa maneira, as partes devem expor os fatos conforme a verdade, cumprir com exatidão as decisões judiciais, evitar a prática de atos inúteis, entre outros comportamentos consentâneos com a boa-fé.

Quando uma das partes, ou ambas, atuarem em completa desconformidade com o princípio da lealdade processual, tem-se a litigância de má-fé. Esta não é uma figura nova no estudo do direito processual.

As hipóteses de litigância de má-fé estão listadas no artigo 79 e seguintes do Código de Processo Civil, como no artigo 793-A, 793cB e 793-C da CLT, e envolvem o pedido contra texto expresso de lei, a alteração da verdade dos fatos, a utilização do processo para atingimento de fim ilegal, a interposição de recurso meramente protelatório, entre outros⁹⁵.

⁹⁴ CPC, artigo 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁹⁵ CPC, artigo 80: Considera-se litigância de má-fé aquele que: I- deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II- alterar a verdade dos fatos; III- usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V- proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI- provocar incidente manifestamente infundado; VII- interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Fernando da Fonseca Gajardoni⁹⁶ defende a possibilidade de aplicação da pena de litigância de má-fé para o ato de demandar contra precedente com base no inciso I do artigo 80 do CPC, que cuida da dedução de pretensão contra texto expresso de lei, nas seguintes condições:

Pois se alguns precedentes doravante são vinculantes (art.926,CPC/2015); e se precedente, a partir de sua interpretação, revela norma jurídica; o simples litigar contra a *ratio decidendi* do precedente vinculante, sem ressalva alguma, é medida equivalente a litigar contra norma jurídica, conduta contrária à probidade processual e que autoriza, de uma só vez, que se obste, de plano, o curso da ação (art. 332, CPC/2015) ou do recurso (art.932, IV, CPC/2015), e que se imponha ao demandante/recorrente, fundamentadamente (art. 489, parágrafo 1, V, CPC/2015), as penas pela litigância de má-fé (art. 77, II e arts. 80, I, III e VII, do CPC/2015) – multa de 1% (um por cento) a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, além de indenizar a parte contrária por eventuais prejuízos sofridos -, inclusive contra beneficiários da gratuidade judiciária (art.98, parágrafo 4, CPC/2015).

Nesse contexto é importante mencionar que o conceito do princípio da legalidade foi atualizado para se considerar que os cidadãos devem pautar as suas condutas não apenas pelo previsto em lei em sentido estrito, como na fase anterior do positivismo jurídico, mas também nos direitos humanos e fundamentais. A releição do princípio da legalidade realizada pela jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal deixa assente que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude do ordenamento jurídico⁹⁷, englobando nele toda a legislação infraconstitucional, os direitos constitucionais, os direitos internacionais e, para o Direito do Trabalho, as normas coletivas, os regulamentos de empresas e as cláusulas dos contratos de trabalho, considerando-se todos como fontes formais do direito e não mais apenas a lei em sentido estrito.

É por isso que, conforme fez a doutrina atual e o Supremo Tribunal Federal em relação à releitura do princípio constitucional da legalidade, é preciso que os processualistas, civis e do trabalho, interpretem o novo artigo 80, I, do CPC e o novo artigo 793-B, I, da CLT, no sentido de que considera-se litigância de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso do ordenamento jurídico globalmente considerado, com a interpretação e o alcance que lhes deram os precedentes dos Tribunais Superiores.

⁹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **No Novo CPC, demandar contra precedente é litigância de má-fé?** Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/no-novo-cpc-demandar-contra-precedente-e-litigancia-de-ma-fe-15022016>. Acesso em: 21.02.2017

⁹⁷ STF, RE 201.819, 2 Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006

Ademais, encontra-se a possibilidade ainda de enquadramento da litigância também contra precedente no artigo 80, inciso V: “Considera-se litigante de má-fé aquele que; (...) V- proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo”.

Como aponta Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira: “Há polêmica em torno do significado de temeridade, alguns autores apontam como manifestação do dolo substancial: o litigante vai a juízo sabendo que não tem direito, ou com a consciência do injusto”⁹⁸. No entanto, já não se discute mais quanto à necessidade de demonstração da intenção do litigante que procede de má-fé. A análise para a caracterização da litigância de má-fé deve ser objetiva quanto à prática de conduta temerária.

Ainda que se alegasse o desconhecimento da *ratio decidendi* do precedente, tal argumento não procedería diante da necessidade de os tribunais conferirem ampla publicidade às teses firmadas no formato do artigo 927 do CPC.

Temerário significa aquele que não tem fundamento, infundado e perigoso⁹⁹. É o caso daquele que, sabendo da existência de tese jurídica firmada no formato do artigo 927 do CPC, ainda apresenta sua demanda contrária a ela sem fazer a necessária distinção ou demonstração de necessidade de *overruling*.

Conforme demonstrado, portanto, a litigância contra precedente será aplicada

⁹⁸ OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. **Litigância de má-fé**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.54.

⁹⁹ Dicionário **Michaelis on-line**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acessado em 6 de setembro de 2018

CONCLUSÃO

É público e notório o excesso de processos que tramitam hoje no Tribunal Superior do Trabalho, em número que excede em muito sua capacidade operacional, de modo que a busca por meios mais eficazes para a efetivação do direito é essencial para que a Justiça do Trabalho consiga realizar uma profunda e radical transformação em sua realidade.

O incidente de assunção de competência mostra-se como um meio ágil de prevenir e compor divergências no âmbito do TST e TRT, pois prevê que órgãos de grau superior estabeleçam a interpretação que deve prevalecer e já decidam sobre o caso concreto, o que confere dinamicidade e celeridade ao processo. Além disso, o precedente originado de tal julgamento tem efeito vinculante, ou seja, caracteriza-se como um ponto final às oscilações de entendimentos jurisprudenciais diversos sobre uma mesma matéria. Nesse sentido, os juízos e tribunais inferiores somente deixarão de aplicar o precedente obrigatório em três hipóteses: 1) *distinguishing*; 2) superveniência de texto legislativo que altere a base do precedente, da súmula ou de orientação jurisprudencial; ou 3) superação antecipada (sinalização).

Tais medidas, além de racionalizar o sistema recursal trabalhista, visam garantir um ambiente de segurança jurídica aos jurisdicionados, conduzindo à possibilidade de previsibilidade das decisões judiciais, de forma mais objetiva e menos subjetiva.

O novo sistema processual trabalhista prevê uma maior valorização da jurisprudência pacificada, com efeitos vinculantes para todo o Judiciário. Isto porque, o dever de uniformização de jurisprudência trabalhista confirma a tonalidade de um Estado forte, porque se mostra uno, coerente, íntegro, estável nas relações jurídicas, fortalecendo o exercício de poder democrático, resgatando a credibilidade do cidadão na instituição do Poder Judiciário, visualizando essa como promotora de direitos humanos, fundamentais, sociais e de exercício de cidadania.

Podemos dizer que o novo paradigma representa a visão integrada de uma teoria do processo assentada sobre uma concepção de tendência universalista, com pilares comuns a todos os processos, quais sejam normas fundamentais processuais, teoria da decisão, precedentes e estabilização da jurisprudência;

Todavia, o sucesso do Incidente de Assunção de Competência dependerá da qualidade de sua instrução (por meio de criteriosa seleção dos processos representativos da controvérsia e da amplitude do contraditório que se assegurar às

partes e aos terceiros interessados, de modo que abranja todas as questões relevantes desses litígios, assim assegurando que o precedente deles decorrente mostre-se realmente capaz de resolver, com justiça e amplitude, a *questão de direito* comum a todos eles e de ser aplicado a todos os futuros casos essencialmente iguais).

Em síntese, o Incidente de Assunção de Competência não será uma solução milagrosa, que contenha, em si mesmo, a norma pronta para resolver todos os diversos casos futuros semelhantes e de estancarem a inundação de demandas individuais em número superior à capacidade de os Tribunais brasileiros prestarem, com a necessária qualidade e rapidez, a tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente prometida – mas talvez este possa contribuir para dar um pouco mais de coerência, respeito à isonomia, integridade e previsibilidade às decisões da Justiça do Trabalho e, por extensão, às normas trabalhistas materiais delas objeto e que são, em última análise, a razão de ser desse ramo especial do Poder Judiciário brasileiro.

Com tudo isso se espera conferir integridade e estabilidade à jurisprudência dos tribunais, bem como a consequente redução do número de processos trabalhistas, potencializando o efeito preventivo.

REFERÊNCIA

ABBOUD, Georfe; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. In: (Coords.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p.858.

ABELHA, Marcelo. **Suspensão da segurança: sustação da eficácia da decisão proferida contra o Poder Público**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p.39.

ARAÚJO, Jose Henrique Mouta. **O incidente de resolução das causas repetitivas no novo CPC e o devido processo legal**. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.6 – Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Orgs: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015.p.329.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **O julgamento dos recursos especiais por amostragem: notas sobre o art. 543-C, do CPC**. Revista Dialética de Direito Processual, v.65, p.55-62, 2008. p.59.

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. As demandas de massa e o projeto de novo código de processo civil. In Freire, Alexandre at. Novas tendencias do processo civil. Salvador: Jus Podivm, 2014. p.48.

BARRAL, Weber; MACHADO, Rafael Bicca. **Civil Procedure and Arbitration**. In: Introduction to Brazilian Law, 2011, p. 183.

BELMONTE, Alexandre **Agra. As alterações da lei n. 13.015/2014 no sistema dos recursos trabalhistas e a jurisprudência como fonte criativa de direito: a teoria dos precedentes e a nova lei de recursos trabalhistas como técnica de flexibilização do sistema do civil law. A nova lei de recursos trabalhistas: Lei n. 13.015/2014**. São Paulo : LTr, 2015. p. 9-23

BENETI, Sidnei Agostinho. **Assunção de Competência e *fast-track* recursal**. Revista de Processo. VOL.171 Ano 34. São Paulo; Revista dos Tribunais, maio/2009. p.14.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.594.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil – volume único**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.670-671.

BURIL, Lucas. **Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Revista de Processo/ vol.234/ Ago/ 2014. p.303.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. (Trad. Aroldo Plínio Gonçalves). 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.56.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** (Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 56-57 e 61-63.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Ed, Revista dos Tribunais. 2016. p.157

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo; Atlas, 2016, p.552.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, anos 90, v.786, abr.2001. p.111.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso a Justiça**. Tradução: NORTHFLEET, Ellen Greice. Porto Alegre. 1991.

CAVALVANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 176.

Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em 6 de setembro de 2018

Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em 6 de setembro de 2018

Consolidação das leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acessado em 6 de

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Comentários ao artigo 947 do CPC DE 2015. In: (Coords.) CABRAL, Antonio de Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1362-1373.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.p. 108; e 653-656.

Decisão - Acórdão - STF, RE 201.819, 2 Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006

Dicionário **Michaelis on-line**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/>>. Acessado em 6 de setembro de 2018

DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 10 ed. Salvador. JusPodivm. 2015. p.441-442

DOTTI, Rogéria. **Os precedentes judiciais e antecipação: tutela da evidência no novo**. Revista de Direito da ADVOCEF. Ano XI n. 21 nov/2015. p.63; 68

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedente**. Cambridge, Cambridge University Press, 2008. p.91.

Emenda Constitucional 45/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acessado em 6 de setembro de 2018

FERNANDES, Tamires Rastoldo. **A evolução do incidente de uniformização de jurisprudência nos Tribunais Regionais do Trabalho à luz dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015**. Revista do TRT - 1ª Região. Rio de Janeiro, v. 27, n. 58, p. 113-128, jan./jun. 2016.

FREIRE; Alexandre. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **No Novo CPC, demandar contra precedente é litigância de má-fé?** Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/no-novo-cpc-demandar-contra-precedente-e-litigancia-de-ma-fe-15022016>> Acessado em 6 de setembro de 2018

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Dever de uniformização de jurisprudência. Processo do trabalho atual: aplicação dos Enunciados do Fórum Nacional e da Instrução Normativa do TST**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2016. p. 493-506

Instrução Normativa 37 do TST. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/58080/2015_res0195_in0037.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acessado em 6 de setembro de 2018

Instrução Normativa 38 do TST. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/72880/2015_res0201_in0038.pdf?search-result=true&query=¤t-scope=&filter_relational_operator_3=contains&filter_relational_operator_2=contains&filter_relational_operator_5=notequals&filter_relational_operator_4=notequals&filter_0=Instru%C3%A7%C3%A3o+Normativa+-+IN&filter_relational_operator_1>equals&filter_2=38&filter_relational_operator_0=equals&filter_1=Brasil.+Tribunal+Superior+do+Trabalho+%28TST%29&filter_4=N%C3%A3o+Revogado&filter_3=&filter_5=N%C3%A3o+Cancelado&filtertype_0=especieat o&filtertype_1=author&filtertype_2=numdoc&filtertype_3=dateIssued&filtertype_4=situacao&filtertype_5=situacao&rpp=15&sort_by=score&order=desc Acessado em 6 de setembro de 2018

Instrução Normativa 39 do TST. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/81692/2016_res0203_in0039_compilado.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acessado em 6 de setembro de 2018

Lei n. 9.139, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9139.htm. Acessado em 6 de setembro de 2018

Lei n. 9.756, de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9756.htm Acessado em 6 de setembro de 2018

setembro de 2018

Lei n. 7.701, de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7701.htm Acessado em 6 de setembro de 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A assunção de competência como mecanismo efetivo de uniformização de jurisprudência e de acesso à Justiça.** Revista do TRT - 7ª Região. Fortaleza, a. 32, n. 32, p. 87-90, jan./dez. 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A assunção de competência no novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho.** O novo código de processo civil e seus reflexos no processo de trabalho. Salvador : Juspodivm, 2016. p. 1129-1135

LEMONS, Vinicius Silva. **A desistência no microssistema de formação de precedentes.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. v. 13 n.97, set/out/2015.p. 614; 622

LEMONS, Vinicius Silva. **A possibilidade de fungibilidade entre o IRDR e o IAC: viabilidade e necessidade de sistematização.** Revista de Processo. São Paulo, a. 42, n. 274, p. 255-289, dez. 2017.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais.** Salvador, Jus Podivm, 2015. p. 379.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado.** São Paulo: RT, 2015, p.916-917.

MARIONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: A força dos precedentes.** Estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.560.

MARIONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: RT, 2010. p. 27; 32; 211; e 216.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao novo código de processo civil: artigos 926 a 975**. Coord: Marinoni, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1, Ed, RT: São Paulo: 2016.p.249; e 253

MELLO filho, Luiz Philippe Vieira de. **Considerações sobre a Lei n. 13.015/14; uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais**. Palestra proferida na Escola Judicial do TRT 4 Região em 20.08.2015. Arquivada em vídeo na intranet da Escola Judicial do TRT da 4 Região, <<http://ead.trt4.jus.br/course/view.php?id=1106>. Acessado em 6 de setembro de 2018

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **Da uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 613, nov.1986. p. 16.

MOLINA, André Araújo. **Litigância de má-fé por desrespeito aos precedentes**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Porto Alegre, a. 29, n. 344, p. 44-66, fev. 2018

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p.653.

MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Processo Civil**. Volume Único. 8 ed. Revisada, ampliada e atualizada. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016. p. 929.

NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 202-223

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p.2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo; RT, 2015, p.1987; 2215

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Volume único. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.851.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo. Vol.33. n. 161.2008. p.101.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST**. São Paulo : Ltr, 2015. p. 225-262

PIMENTA, José Roberto Freire. **O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho**. Brasília: Rev.TST, vol. 82, n. 2, abr/jun 2016. p.176-235

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações: ação, classificação e eficácia** – Tomo I. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Gorges Abboud. São Paulo: RT, 2016, p. 149.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. **Litigância de má-fé**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.54.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formato.pdf>> Acessado em 6 de setembro de 2018

Regimento Interno do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>> Acessado em 6 de setembro de 2018

Regimento Interno do STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc> Acessado em 6 de setembro de 2018

Relatório Geral da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/26682/0/Relat%C3%B3rio+Demonstrativo+por+Instancia+Reduzido.pdf/eae9d567-3e07-9387-68a0-9ae8f95d9114>> Acessado em 09 de setembro de 2018

Relatório Geral da Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes> Acessado em 06 de setembro de 2018.

ROBERTS, Sônia Maria Ferreira. **Aspectos históricos dos sistemas jurídicos civil law e common law e o atual sistema de precedentes jurídicos no NCPC e na Lei n. 13.015/14**. Revista do TRT - 12ª Região. Florianópolis, v. 18, n. 27, p. 257-280, 2014/2015.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. **A dispensa coletiva da reforma trabalhista analisada à luz do direito constitucional e da teoria dos precedentes judiciais**. Trabalho: diálogos e críticas, v. 1 : homenagem ao professor Márcio Túlio Viana. São Paulo : LTr, 2018. p. 141-151

RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência**. São Paulo: RT, 2010. p.31.

RODRIGUES, Walter Piva. **Breves anotações sobre o incidente de assunção de competência no Novo CPC/2015**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. v. 13.n.97, set/ out/2015. p.17.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. (Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 1998, p. 302.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

SOARES, Marcos José Porto. **A *ratio decidendi* dos precedentes judiciais**. RBDPro. Revista Brasileira de Direito Processual. Ed. Fórum. n. 85 anos 22.2014. p. 49.

STRECK, Lênio Luiz, **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>> Acessado em 6 de setembro de 2018

SUGUIMATSU, Marlene Teresinha Fuverki; HAYASHI, Thais. **Uniformização da jurisprudência dos tribunais e as modificações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017 (Lei da reforma trabalhista)**. Reforma trabalhista: impacto e aplicação da Lei 13.467/2017. São Paulo : LTr, 2018. p. 105-121

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil** – vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.825.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004. p.12.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes; teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016. p.303.

ZUFELATO, Camilo. Do incidente de assunção de competência. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao código de processo civil**. V.4. (arts. 926 a 1.072). São Paulo; Saraiva, 2017, p.109-110

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos Estrito Direito e de Ação Rescisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.331/332.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. Precedentes**. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buril de; ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Editora JusPodivm, Salvador, 2015.p.265.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. 1. Ed. São Paulo: RT. 2015. p.1.520.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

f1-2

PROCESSO N° TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

do CPC: "sem repetição em múltiplos processos", o que, por si só, inviabiliza a admissibilidade do Incidente de Assunção de Competência. Além do mais, não há divergência jurisprudencial entre as Turmas a ser dirimida tampouco se justifica a prevenção de divergência jurisprudencial (art. 947, § 4º, do CPC), uma vez que todas as Turmas têm decidido de acordo com o entendimento assentado na Súmula 171 do TST. Incidente de Assunção de Competência não admitido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Assunção de Competência nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041, em que é Suscitante 7ª TURMA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO e Suscitado JEFFERSON SIDNEY DA SILVA e CAVO SERVICOS E SANEAMENTO S.A.,

A Sétima Turma desta Corte, suscitou Incidente de Assunção de Competência, submetendo sua admissibilidade à deliberação da SDI-1 para que, caso se conclua de modo positivo, seja firmada tese quanto à prevalência do art. 4.º da Convenção 132 da OIT sobre o art. 146, parágrafo único, da CLT, no que se refere às férias proporcionais na dispensa por justa causa do empregado.

É o relatório.

COMPETÊNCIA	ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE
-------------	---

Trata-se de Incidente de Assunção de Competência suscitado pela Sétima Turma desta Corte, por meio do acórdão de fls. 442/465, objetivando a remessa dos autos à Subseção - I Especializada

[illegible]



PROCESSO Nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

em Dissídios Individuais para que, caso seja deliberado pela sua admissibilidade, firme tese acerca da prevalência da Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho sobre o art. 146, parágrafo único, da CLT.

Nos termos do art. 947, caput, do CPC de 2015:

“É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.” (sem destaques no original)



PROCESSO Nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

DISSENSO JURISPRUDENCIAL INTERNO NO TST (ARTIGO 947, § 5º, DO CPC/2015, DE APLICAÇÃO SUPLETIVA AO PROCESSO DO TRABALHO – ARTIGOS 15 DO CPC/2015 E 769 DA CLT). A jurisprudência atual do STF firmou-se no sentido de reconhecer que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que tenham ingressado no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, por essa razão, sem o quórum qualificado exigido (art. 5º, §3º), possuem status de norma supralegal, como reconhecido no voto prevalecente do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP. Em tal precedente, a Corte Maior introduziu no sistema jurídico pátrio, além do controle de constitucionalidade, a necessidade de compatibilização das normas infraconstitucionais com os tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário e que versem sobre direitos humanos, denominado pela doutrina como controle de convencionalidade, ou, nas palavras de Valério Mazzuoli, "o processo de compatibilidade vertical (sobretudo material) das normas de Direito interno com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos". Antes da manifestação da Excelsa Corte, poderia até ser sustentada a tese de ocorrência de conflitos entre normas de hierarquias equivalentes, a exemplo da CLT, e, por isso mesmo, a prevalência do argumento da incompatibilidade entre dispositivos nela contidos e os inseridos nos citados diplomas normativos internacionais. Contudo, a partir de então, se a Convenção situa-se acima da legislação consolidada, as suas disposições hão de prevalecer, tal como ocorreu com a autorização da prisão civil decorrente da condição de depositário infiel, afastada do ordenamento jurídico pátrio por decisão do STF. O mesmo ocorre com a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto n. 3.197, de 5 de outubro de 1999. Conforme disciplina inserta no seu artigo 4.1, não há nenhuma condicionante à obtenção do direito às férias proporcionais, as quais, por idêntica razão, não estão vinculadas à causa da extinção do contrato. Significa dizer que, nos termos da aludida norma internacional, o direito às férias, nos casos de período aquisitivo incompleto, é reconhecido e deve ser assegurado o pagamento de forma proporcional. Em outras palavras, a cada mês de trabalho o empregado adquire o direito a 1/12 de férias, acrescidas de 1/3 (este previsto na Constituição da República – art. 7º, XVII), mas deverá aguardar o transcurso de um ano para o efetivo gozo do descanso, ou o momento da ruptura contratual, para a sua remuneração. Justamente por se tratar de direito adquirido, a causa do rompimento do contrato de trabalho não interfere no pagamento das férias e, pelo mesmo motivo, não cabe falar em afronta ao princípio da isonomia. Assim, todos os empregados (inclusive o que foi despedido por justa causa), que tenham prestado serviço em período inferior a 1 (um) ano terão direito às férias de duração proporcionalmente reduzidas. Acrescente-se, finalmente, que a Súmula nº 171 desta Corte e os inúmeros julgados que nela se amparam não tratam especificamente da questão jurídica, à luz da aludida Convenção



PROCESSO Nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

internacional, com o status de norma supralegal reconhecido pelo STF, o que afasta a prevalência, no caso, da CLT. Diante de tais premissas, tendo em vista a relevância da questão de direito aludida no artigo 947 do CPC/2015, que ampliou o cabimento do Incidente de Assunção de Competência até mesmo para prevenção de divergência (§ 4º do citado artigo) entre Turmas desta Corte e, mais, a constatação de eventual superação da tese fixada no Enunciado em foco, diante da superveniência da decisão do STF, imprescindível se revela a instauração do citado Incidente, para que seja reavaliada a interpretação do citado artigo 146 da CLT, à luz da Convenção n. 132 da OIT, norma hierarquicamente superior.”

Não obstante os judiciosos fundamentos expostos no acórdão da Sétima Turma bem como se tratar de relevante questão de direito, entendo faltar um requisito para a admissibilidade do Incidente de Assunção de Competência, qual seja “sem repetição em múltiplos processos”.

Com efeito, inúmeros processos foram julgados recentemente nas diversas Turmas desta Corte acerca do tema “férias proporcionais - dispensa por justa causa”. Eis alguns precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. Consoante o entendimento pacífico desta Corte Superior, consubstanciado na Súmula nº 171, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento de férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de doze meses, salvo na hipótese de dispensa por justa causa. Desse entendimento divergiu o Tribunal Regional. Precedentes. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.” (sem destaque no original, RR - 1464-10.2011.5.04.0011, Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 20/3/2015);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. INEXISTÊNCIA DO DIREITO. SÚMULA Nº 171 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. A discussão dos autos envolve a aplicabilidade da Convenção nº 132 da OIT no ordenamento jurídico no que diz respeito à extensão, ou não, do direito a férias proporcionais ao empregado dispensado por justa causa. A questão foi pacificada por esta Corte, ao editar a Súmula nº 171, segundo a qual, no caso de dispensa por justa causa, o empregado não faz jus ao pagamento de férias proporcionais. Desse modo, conforme decidiu a Corte de origem, tendo sido o reclamante dispensado por justa causa, não há falar em direito às férias proporcionais. Portanto, o Tribunal a quo decidiu em consonância com a Súmula nº 171 do



PROCESSO Nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

TST. Agravo de instrumento desprovido." (AIRR - 11841-08.2014.5.15.0018, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 2/9/2016);

"DISPENSA POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. INEXISTÊNCIA DO DIREITO. SÚMULA Nº 171 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. A discussão dos autos envolve a aplicabilidade da Convenção nº 132 da OIT no ordenamento jurídico no que diz respeito à extensão, ou não, do direito a férias proporcionais ao empregado dispensado por justa causa. A questão foi pacificada por esta Corte, ao editar a Súmula nº 171, segundo a qual, no caso de dispensa por justa causa, o empregado não faz jus ao pagamento de férias proporcionais. Desse modo, ao contrário do que decidiu a Corte de origem, tendo sido o reclamante dispensado por justa causa, não há falar em direito às férias proporcionais. Com efeito, o Tribunal a quo, ao condenar a reclamada ao pagamento de férias proporcionais, decidiu em desacordo com a Súmula nº 171 do TST. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 807-44.2014.5.04.0373, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 13/5/2016);

"RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS COM 1/3 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL INDEVIDOS. O entendimento desta Corte é no sentido de que, no caso de dispensa por justa causa, não é devido o pagamento das férias proporcionais e do décimo terceiro salário proporcional, respectivamente, por contrariar a Súmula 171 do TST e o art. 3º da Lei nº 4.090/62. Precedentes. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula 171 do TST e por violação do art. 3º da Lei nº 4.090/62 e provido." (RR - 1464-87.2013.5.04.0383, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 22/6/2016, 3ª Turma, DEJT 24/6/2016);

"RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÊGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS, ACRESCIDAS DO TERÇO CONSTITUCIONAL, PROPORCIONAIS. PAGAMENTO INDEVIDO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES. Nos termos da Súmula 171/TST e do art. 146, parágrafo único, da CLT, a extinção do contrato de trabalho, na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, não sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais. Também, nos termos do art. 3º da Lei nº 4.090/62, é indevido o 13º proporcional. Precedentes. Registre-se que os dispositivos legais mencionados são plenamente compatíveis com a Constituição de 1988, por assegurarem elevado patamar de contratação trabalhista (art. 7º, caput, VIII e XVII, CF), civilizando o exercício do poder na sociedade civil e distribuindo renda, porém sem, ao revés, criarem tutela desproporcional e injusta, tratando de modo igual o empregado dispensado



PROCESSO Nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

arbitrariamente e aquele dispensado por infração grave cometida, ou seja, justa causa judicialmente reconhecida. Conferir tratamento idêntico ao trabalhador afrontado com a dispensa meramente arbitrária em face do trabalhador dispensado por justa causa é também ferir princípios constitucionais relevantes, tais como o da proporcionalidade, o da justiça social, o da justiça, o da democracia e o da segurança. Ordem jurídica infraconstitucional e entendimento jurisprudencial compatíveis, no aspecto, com a Constituição da República. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto.” (RR - 1255-27.2012.5.15.0067 , Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 29/4/2016);

"RECURSO DE REVISTA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. DISPENSA POR JUSTA CAUSA 1. Se ocorrer dispensa por justa causa, o empregado não faz jus ao pagamento de férias proporcionais. Inteligência da Súmula nº 171 do TST. 2. Recurso de revista do Reclamado de que se conhece e a que se dá provimento." (ARR - 1018-88.2012.5.04.0781, Rel. Min. João Oreste Dalazen, 4ª Turma, DEJT 13/5/2016);

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÊGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - FÉRIAS PROPORCIONAIS - DISPENSA POR JUSTA CAUSA Esta Corte pacificou o entendimento de que a dispensa por justa causa não enseja o pagamento de férias proporcionais. Nesse sentido é a Súmula nº 171 do TST, atual redação aprovada após a ratificação da Convenção nº 132 da OIT pelo Brasil. O referido instrumento internacional não cuida especificamente do direito às férias proporcionais na hipótese de dispensa por justa causa, devendo prevalecer a regra especial contida na CLT (art. 146, parágrafo único). Recurso de Revista conhecido e provido." (RR - 1876-07.2013.5.12.0056 , Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DEJT 9/9/2016)



PROCESSO Nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

considerando as peculiaridades de que se reveste a Convenção nº 132 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, este Tribunal Superior do Trabalho solucionou a questão por meio da reedição da Súmula nº 171 que se posicionou no sentido de que o empregado dispensado por justa causa não tem direito às férias proporcionais. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 10313-98.2014.5.15.0062 , Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 2/9/2016);

“RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. 13º SALÁRIO PROPORCIONAL E FÉRIAS PROPORCIONAIS. MULTA DO ARTIGO 477, § 8º, DA CLT. I - As férias e a gratificação natalina relativas ao período incompleto se tornam indevidas quando configurada a dispensa por justa causa, nos termos dos artigos 3º, da Lei nº 4.090/62, e 146, parágrafo único, da CLT, e da Súmula 171 do TST. Precedentes desta Corte. II - Recurso conhecido e provido.” (RR - 698-31.2013.5.04.0384 , Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, 5ª Turma, DEJT 24/6/2016);

“VERBAS RESCISÓRIAS. FÉRIAS PROPORCIONAIS. DISPENSA POR JUSTA CAUSA 1 - O Tribunal Regional não apreciou as alegações constantes do recurso ordinário interposto pela reclamante em relação ao disposto na Convenção n.º 132 da OIT, dizendo que a tese recursal era inovatória. 2 - Ocorre que, tal como alega a recorrente, considerando-se o teor do art. 840, § 1º da CLT, não havia necessidade de a reclamante discurrir sobre a Convenção n.º 132 da OIT na petição inicial, a fim de, posteriormente, utilizar-se desse argumento jurídico no recurso ordinário a fim de impugnar a sentença que lhe foi desfavorável. 3 - Não obstante isso, tratando-se de matéria apenas de direito, e a fim de atender ao princípio da razoável duração do processo, é possível a esta Turma a análise do argumento jurídico não apreciado pela Corte Regional, sem necessidade de remessa dos autos àquele Colegiado para seu exame. 4 - É necessário esclarecer que a Convenção nº 132 da OIT não trata da demissão de empregado por justa causa e seus efeitos, motivo pelo qual se aplica a legislação nacional específica sobre o tema. E a norma nacional específica encontra-se nos arts. 146, parágrafo único, e 147 da CLT, que expressamente afasta o direito a férias proporcionais no caso de dispensa do empregado por justa causa, sendo esse o caso dos autos. 5 - Assim, ao afastar o direito ao pagamento das férias proporcionais, acrescidas de 1/3, a decisão recorrida se amolda à jurisprudência pacífica desta Corte, consolidada na Súmula 171 do TST, segundo a qual “salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT”. 6 - Recurso de revista de que não se conhece.” (RR - 191-35.2014.5.04.0352 , Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 24/6/2016);



PROCESSO Nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

"RECURSO DE REVISTA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. Nos termos da Súmula nº 171 do TST, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses, salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 10351-23.2013.5.15.0070, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, 5ª Turma, DEJT 8/4/2016);

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. 1. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. SÚMULA 171/TST. Este Tribunal Superior pacificou o entendimento de que as férias proporcionais são devidas aos empregados dispensados por justa causa. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 131000-55.2012.5.13.0022, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, 20/4/2016, 7ª Turma, DEJT 29/04/2016);

"RECURSO DE REVISTA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. SÚMULA 171 DO TST. Este Tribunal Superior pacificou o entendimento de que as férias proporcionais são devidas aos empregados dispensados por justa causa. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 283-54.2013.5.04.0382, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT 22/3/2016);

"RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA - VERBAS RESCISÓRIAS - FÉRIAS PROPORCIONAIS. Em relação ao direito às férias proporcionais em hipótese de contrato de trabalho rescindido por ato culposo do empregado, ressalvado meu entendimento pessoal, a decisão proferida pelo Tribunal Regional, ao deixar de observar a exceção prevista no parágrafo único do art. 146 da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo ao contrato extinto com justa causa ensejada pelo empregado, acabou por contrariar o entendimento contido na Súmula nº 171 do TST. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 113300-55.2007.5.15.0032, Rel. Min. Luis Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 9/5/2014);

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - JUSTA CAUSA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E FÉRIAS PROPORCIONAIS. A dispensa do empregado por justa causa não enseja o pagamento de férias e décimo terceiro salário proporcionais.



PROCESSO N° TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

Inteligência da Súmula 171 do TST e do art. 3º da Lei nº 4.090/62. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 11322-55.2013.5.06.0103, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 6/5/2016);

Como se verifica dos julgados transcritos, a jurisprudência atual é no sentido de não ser devido o pagamento das férias proporcionais no caso de dispensa sem justa causa, nos termos do art. 146 da CLT bem como da Súmula 171 do TST, segundo a qual:

"FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO (república em razão de erro material no registro da referência legislativa). DJ 05.05.2004. Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT) (ex-Prejulgado nº 51)." (sem destaque no original)



PROCESSO Nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

Contudo, a partir de então, se a Convenção mencionada situa-se acima da legislação consolidada, as suas disposições não de prevalecer, tal como ocorreu com a autorização da prisão civil decorrente da condição de depositário infiel, afastada do ordenamento jurídico pátrio por decisão do STF. Têm-se, portanto, as seguintes premissas: o artigo 4º da Convenção nº 138 da OIT não estabelece nenhuma condicionante à obtenção do direito às férias proporcionais e se trata de norma situada em patamar superior à legislação ordinária, no caso, a CLT. Vale destacar que, nos termos da aludida norma internacional, a aquisição do direito às férias ocorre mensalmente; apenas a sua fruição é diferida. Em outras palavras, a cada mês de trabalho o empregado adquire o direito a 1/12 de férias, acrescidas de 1/3, mas deverá aguardar o transcurso de um ano, para o efetivo gozo do descanso, ou o momento da ruptura contratual, para a sua remuneração. Justamente por se tratar de direito adquirido, a causa do rompimento do contrato de trabalho não interfere no pagamento das férias e, pelo mesmo motivo, não cabe falar em afronta ao princípio da isonomia. Assim, todos os empregados (inclusive o que foi despedido por justa causa), que tenham prestado serviço em período inferior a 1 (um) ano terão direito às férias de duração proporcionalmente reduzidas. Acrescente-se, finalmente, que a Súmula nº 171 desta Corte não trata especificamente da questão, à luz da aludida convenção internacional. Recurso de revista de que não se conhece."

(RR - 28300-61.2009.5.15.0018 , Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 18/3/2016):

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA SÚMULA 171 DO TST. PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT SOBRE O ARTIGO 146 DA CLT. O direito às férias encontra-se previsto no artigo 7º, XVII, da Constituição Federal, que o assegura de forma plena, sem qualquer ressalva no que tange à despedida por justa causa. No mesmo sentido está a Convenção nº 132 da OIT, conforme disciplina inserta nos seus artigos 4º e 11. A restrição existe apenas no artigo 146 da CLT. Todavia, não há como se sustentar a recepção dessa norma pelo ordenamento jurídico. O posicionamento adotado no STF é no sentido de que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que tenham ingressado no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, por essa razão, sem o quórum qualificado exigido (art. 5º, §3º), possuem status de norma supralegal, como reconhecido no voto preponderante do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP. Antes da manifestação da Excelsa Corte, poderia até ser sustentada a tese de ocorrência de conflitos de norma de hierarquia equivalente e, por isso mesmo, a prevalência do argumento da incompatibilidade entre ambas.

Contudo, a partir de então, se a Convenção mencionada situa-se acima da legislação consolidada, as suas disposições hão de prevalecer, tal como

ocorreu com a autorização da prisão civil decorrente da condição de depositário infiel, afastada do ordenamento jurídico pátrio por decisão do STF. Têm-se, portanto, as seguintes premissas: o artigo 4º da Convenção nº 138 da OIT não estabelece nenhuma condicionante à obtenção do direito às férias proporcionais e se trata de norma situada em patamar superior à legislação ordinária, no caso, a CLT. Vale destacar que, nos termos da aludida norma internacional, a aquisição do direito às férias ocorre mensalmente; apenas a sua fruição é diferida. Em outras palavras, a cada mês de trabalho o empregado adquire o direito a 1/12 de férias, acrescidas de 1/3, mas deverá aguardar o transcurso de um ano, para o efetivo gozo do descanso, ou o momento da ruptura contratual, para a sua remuneração. Justamente por se tratar de direito adquirido, a causa do rompimento do contrato de trabalho não interfere no pagamento das férias e, pelo mesmo motivo, não cabe falar em afronta ao princípio da isonomia. Assim, todos os empregados (inclusive o que foi despedido por justa causa), que tenham prestado serviço em período inferior a 1 (um) ano terão direito às férias de duração proporcionalmente reduzidas. Correta a decisão regional. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.” (RR - 2337-94.2010.5.02.0077, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 23/10/2015);

“RECURSO DE REVISTA. 1. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA SÚMULA 171 DO TST. PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT SOBRE O ARTIGO 146 DA CLT. O direito às férias encontra-se previsto no artigo 7º, XVII, da Constituição Federal, que o assegura de forma plena, sem qualquer ressalva no que tange à despedida por justa causa. No mesmo sentido está a Convenção nº 132 da OIT, conforme disciplina inserta nos seus artigos 4º e 11. A restrição existe apenas no artigo 146 da CLT. Todavia, não há como se sustentar a recepção dessa norma pelo ordenamento jurídico. O posicionamento adotado no STF é no sentido de que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que tenham ingressado no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, por essa razão, sem o quórum qualificado exigido (art. 5º, §3º), possuem status de norma supralegal, como reconhecido no voto preponderante do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP. Antes da manifestação da Excelsa Corte, poderia até ser sustentada a tese de ocorrência de conflitos de norma de hierarquia equivalente e, por isso mesmo, a prevalência do argumento da incompatibilidade entre ambas. Contudo, a partir de então, se a Convenção mencionada situa-se acima da legislação consolidada, as suas disposições hão de prevalecer, tal como ocorreu com a autorização da prisão civil decorrente da condição de depositário infiel, afastada do ordenamento jurídico pátrio por decisão do STF. Têm-se, portanto, as seguintes premissas: o artigo 4º da Convenção nº 138 da OIT não estabelece nenhuma condicionante à obtenção do direito à

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico: http://www.tst.jus.br/votador/voto_cdb.asp. 100-16032-00 CIRCUL 068.



PROCESSO Nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

férias proporcionais e se trata de norma situada em patamar superior à legislação ordinária, no caso, a CLT. Vale destacar que, nos termos da aludida norma internacional, a aquisição do direito às férias ocorre mensalmente, apenas a sua fruição é diferida. Em outras palavras, a cada mês de trabalho o empregado adquire o direito a 1/12 de férias, acrescidas de 1/3, mas deverá aguardar o transcurso de um ano, para o efetivo gozo do descanso, ou o momento da ruptura contratual, para a sua remuneração. Justamente por se tratar de direito adquirido, a causa do rompimento do contrato de trabalho não interfere no pagamento das férias e, pelo mesmo motivo, não cabe falar em afronta ao princípio da isonomia. Assim, todos os empregados (inclusive o que foi despedido por justa causa), que tenham prestado serviço em período inferior a 1 (um) ano terão direito às férias de duração proporcionalmente reduzidas. Correta a decisão regional, proferida nesse sentido. Recurso de revista não conhecido. 2. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL. Conforme estabelece o art. 3º da Lei nº 4.090/62, o pagamento do décimo terceiro salário somente é devido quando a dispensa do empregado ocorrer sem justa causa. Recurso de revista conhecido e provido. 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. O entendimento jurisprudencial consubstanciado nas Súmulas 219 e 329, do TST, e na OJ 305 da SBDI-1 é no sentido de que a condenação em honorários advocatícios, nesta Justiça Especializada, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da sua categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar em juízo sem comprometimento do seu sustento ou de sua família. Portanto, a orientação estabelecida pela Súmula 219 do TST, mantida pela Súmula 329 do TST, referenda a necessidade de preenchimento de ambos os pressupostos, além da sucumbência. Nesse contexto, tendo o Tribunal Regional mantido a condenação em honorários advocatícios ante a simples declaração de pobreza da Reclamante, desprezando a exigibilidade de assistência sindical, não há como ser mantida a verba em questão. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 804-12.2012.5.04.0292, Redator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT 1/7/2015);

RECURSO DE REVISTA. 1. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA SÚMULA 171 DO TST. PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT SOBRE O ARTIGO 146 DA CLT. O direito às férias encontra-se previsto no artigo 7º, XVII, da Constituição Federal, que o assegura de forma plena, sem qualquer ressalva no que tange à despedida por justa causa. No mesmo sentido está a Convenção nº 132 da OIT, conforme disciplina inserta nos seus artigos 4º e



PROCESSO Nº TST-IAC-423-11.2010.5.09.0041

146 DA CLT. Constatado equívoco no despacho agravado, dá-se provimento ao agravo para determinar o processamento do agravo de instrumento. **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA SÚMULA 171 DO TST. PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT SOBRE O ARTIGO 146 DA CLT.** Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta ao artigo 11 da Convenção nº 132 da OIT. **RECURSO DE REVISTA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA SÚMULA 171 DO TST. PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT SOBRE O ARTIGO 146 DA CLT.** O direito às férias encontra-se previsto no artigo 7º, XVII, da Constituição Federal, que o assegura de forma plena, sem qualquer ressalva no que tange à despedida por justa causa. No mesmo sentido está a Convenção nº 132 da OIT, conforme disciplina inserta nos seus artigos 4º e 11. A restrição existe apenas no artigo 146 da CLT. Todavia, não há como se sustentar a recepção dessa norma pelo ordenamento jurídico. O posicionamento adotado no STF é no sentido de que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que tenham ingressado no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, por essa razão, sem o quórum qualificado exigido (art. 5º, §3º), possuem status de norma supralegal, como reconhecido no voto prevalecente do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP. Antes da manifestação da Excelsa Corte, poderia até ser sustentada a tese de ocorrência de conflitos de norma de hierarquia equivalente e, por isso mesmo, a prevalência do argumento da incompatibilidade entre ambas. Contudo, a partir de então, se a Convenção mencionada situa-se acima da legislação consolidada, as suas disposições não de prevalecer, tal como ocorreu com a autorização da prisão civil decorrente da condição de depositário infiel, afastada do ordenamento jurídico pátrio por decisão do STF. Têm-se, portanto, as seguintes premissas: o artigo 4º da Convenção nº 138 da OIT não estabelece nenhuma condicionante à obtenção do direito às férias proporcionais e se trata de norma situada em patamar superior à legislação ordinária, no caso, a CLT. Vale destacar que, nos termos da aludida norma internacional, a aquisição do direito às férias ocorre mensalmente; apenas a sua fruição é diferida. Em outras palavras, a cada mês de trabalho o empregado adquire o direito a 1/12 de férias, acrescidas de 1/3, mas deverá aguardar o transcurso de um ano, para o efetivo gozo do descanso, ou o momento da ruptura contratual, para a sua remuneração. Justamente por se tratar de direito adquirido, a causa do rompimento do contrato de trabalho não interfere no pagamento das férias e, pelo mesmo motivo, não cabe falar em afronta ao princípio da isonomia. Assim, todos os empregados (inclusive o que foi despedido por justa causa), que tenham prestado serviço em período inferior a 1 (um) ano terão direito às férias de

duracão proporcionalmente reduzidas. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (RR - 1302-15.2012.5.18.0003 , Redator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 17/6/2015. 7ª Turma. DEJT 19/6/2015).

Além do mais, não há divergência jurisprudencial entre as Turmas a ser composta tampouco se justifica a prevenção de divergência jurisprudencial (art. 947, § 4º, do CPC), uma vez que todas as Turmas têm decidido de acordo com o entendimento assentado na Súmula 171 do TST, que foi revista em 2003 após a edição do Decreto 3.197/99 que promulgou a Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho.

Logo, considerando a ausência de seus pressupostos, NÃO ADMITO o Incidente de Assunção de Competência e proponho determinar o retorno dos autos à Turma de origem para que prossiga no julgamento do AER-423-11 2010.5.09.0041

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, inadmitir o Incidente de Assunção de Competência e determinar o retorno dos autos à Turma de origem para que prossiga no julgamento do ARR-423-11.2010.5.09.0041, vencidos os Exmos Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, João Oreste Dalazen, Augusto César Leite de Carvalho e Hugo Carlos Scheuermann.

Brasília, 23 de fevereiro de 2017.

Firmado por assinatura digital (MP 2.206-2/2001)
JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/votacao>. 100.160.132.092/08.06.2017