

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

ÉLISSON MIESSA DOS SANTOS

**A participação no recurso de revista repetitivo:** análise de casos envolvendo os litigantes  
habituais

Ribeirão Preto

2021

ÉLISSON MIESSA DOS SANTOS

**A participação no recurso de revista repetitivo: análise de casos envolvendo os litigantes habituais**

**Versão Original**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso

Ribeirão Preto

2021

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca  
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

dD722p	<p>dos Santos, Élisson Miessa</p> <p>A participação no recurso de revista repetitivo: análise de casos envolvendo os litigantes habituais / Élisson Miessa dos Santos; orientador Jair Aparecido Cardoso. -- Ribeirão Preto, 2021. 220 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2021.</p> <p>1. RECURSO DE REVISTA REPETITIVO. 2. PARTICIPAÇÃO. 3. CONTRADITÓRIO. 4. AMICUS CURIAE. 5. LITIGANTES HABITUAIS. I. Cardoso, Jair Aparecido, orient. II. Título</p>
--------	--

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: SANTOS, Élisson Miessa dos

Título: A participação no recurso de revista repetitivo: análise de casos envolvendo os litigantes habituais

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

## DEDICATÓRIA

A minha amada esposa Luiza, que  
nesse momento também participa desse  
Programa de Mestrado, pelo apoio  
incondicional que sempre me concedeu. Juntos  
seremos mestres.

Ao nosso filho Otávio que, tendo pai e  
mãe simultaneamente no programa, foi capaz  
de compreender, na sua ingenuidade de  
criança, nossas ausências para conclusão do  
mestrado.

Sem dúvida, vocês são a razão da  
minha existência.

## AGRADECIMENTOS

Agradecer na finalização de um trabalho é perigoso, já que podemos nos esquecer de alguém importante que fez parte dessa caminhada.

No entanto, agradecer é algo sublime e necessário, vez que nossas conquistas não dependem apenas de nós, mas de diversas pessoas e entidades que facilitam e abrem nosso caminho. Nesse contexto e de plano pedindo desculpas se me esquecer de alguém, passo a agradecer tão somente àqueles que participaram desse processo, aqui considerado como depois da entrada no Programa.

Inicialmente, à Luiza, minha esposa e amiga de mestrado, que me deu a felicidade de retornar aos bancos escolares ao seu lado, auxiliando-me nos conteúdos das aulas e nos pontos de reflexão deste trabalho desde o projeto até sua conclusão.

À Beatriz Carvalho minha principal fonte de discussão e informação sobre o processo do trabalho, fazendo-me raciocinar de forma mais clara em diversos aspectos deste trabalho.

Ao amigo Juliano Ferreira, por gastar seu tempo na leitura do trabalho, trazendo dicas e material valiosas que contribuíram para seu aprofundamento.

Ao meu orientador, prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso, que me guiou detidamente nesse processo, levando-me à conclusão deste trabalho.

Aos professores Drs. Camilo Zufelato e Paulo Eduardo Alves da Silva que abriram minha mente sobre o tema estudado no momento da minha qualificação, mudando a rota e a qualidade da pesquisa.

Ao Ministério Público do Trabalho, por permitir meu afastamento durante 60 dias, o que me concedeu tranquilidade necessária para caminhar nesse trabalho.

Aos meus amigos, Henrique Correia e Cinthia Passari Von Amon, por me substituíram com maestria nesse período de afastamento no Ministério Público do Trabalho.

## RESUMO

SANTOS, Élisson Miessa dos. **A participação no recurso de revista repetitivo**: análise de casos envolvendo os litigantes habituais. 2021. 220 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2021.

O recurso de revista repetitivo é um mecanismo destinado a solucionar os conflitos em massa, viabilizando que, em um único processo, crie-se uma tese jurídica que será aplicada para todos os demais casos, presentes e futuros, com a mesma questão jurídica. Como ele atinge diversos sujeitos que não participaram do processo, gera-se uma tensão entre a duração razoável do processo (base desse instituto) e o devido processo legal, especialmente o contraditório, o que poderá ser compatibilizado por meio da ampla participação no incidente de recurso de revista repetitivo, atenuando-se o déficit de contraditório e as disparidades existentes entre os litigantes eventuais e habituais, que frequentemente aparecem nesse incidente. Essa participação se dará por meio da intervenção dos entes coletivos, como legítimos representantes dos interesses coletivos; do Ministério Público, como tutelador do interesse público; das partes dos processos escolhidos, sobrestados e ausentes, como representantes dos grupos e subgrupos atingidos pela decisão; do *amicus curiae* como defensor do interesse institucional e especialistas, todos com foco na participação instrumental, no sentido de contribuírem adequadamente para a construção da norma. O recurso de revista repetitivo, a um só tempo, é processo coletivo, mecanismo de gestão processual e precedente judicial. Processo coletivo por ter como objeto uma situação jurídica coletiva, inserindo-se no microssistema de julgamentos repetitivos e autorizando a incidência das regras do microssistema de tutela coletiva. Mecanismo de gestão processual, porque visa a racionalizar a atividade do TST na solução dos recursos repetitivos. E precedente judicial por viabilizar a criação de decisão com eficácia obrigatória. Visando relacionar os estudos teóricos realizados no trabalho com a atuação exercida pela Corte Trabalhista, pesquisou-se de forma empírica e qualitativa os temas 2 e 5 da tabela de incidente de recursos de revistas repetitivos, que têm como partes litigantes habituais, buscando responder questões específicas sobre os processos paradigmas e sua forma de escolha, a participação das partes dos processos paradigmas, a participação do *amicus curiae*, o fomento da atuação dos entes coletivos, a participação dos sobrestados e ausentes, a participação do Ministério Público, a participação na audiência pública e a influência que as participações tiveram no julgamento do incidente.

**Palavras-chave:** recurso de revista repetitivo; participação; contraditório; *amicus curiae*; litigantes habituais.

## ABSTRACT

SANTOS, Élisson Miessa dos. **Participation in the repetitive judicial appeal resource: analysis of cases involving repeat players.** 2021. 220 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2021.

The repetitive judicial appeal resource is a mechanism designed to resolve mass conflicts, making it possible, in a single process, to create a legal thesis that will be applied to all other cases, present and future, with the same legal issue. As it affects several subjects who did not participate in the process, a tension is generated between the reasonable duration of the process (the basis of this institute) and the due legal process, especially the adversarial process, which can be reconciled through the broad participation in the incident of repetitive judicial appeal resource, mitigating the deficit of adversarial principle and the existing disparities between occasional and habitual litigants, which frequently appear in this incident. This participation will take place through the intervention of collective entities, as legitimate representatives of collective interests; the Public Prosecutor's Office, as guardian of the public interest; of the parts of the processes chosen, suspended and absent, as representatives of the groups and subgroups affected by the decision; of the *amicus curiae* as a defender of institutional interest and specialists, all focused on instrumental participation, in order to adequately contribute to the construction of the norm. The repetitive judicial appeal resource, at the same time, is a collective process, a procedural management mechanism and a judicial precedent. Collective process for having as object a collective legal situation, inserting itself in the microsystem of repetitive judgments and authorizing the incidence of the rules of the microsystem of collective tutelage. Procedural management mechanism, because it aims to rationalize the TST's activity in solving repetitive appeals. And judicial precedent for enabling the creation of a decision with mandatory effectiveness. Aiming to relate the theoretical studies carried out in the work with the performance of the Labor Court, themes 2 and 5 of the repetitive judicial appeal resources incident table were empirically and qualitatively researched, which have as repeat players, seeking to answer specific questions on the paradigm processes and their form of choice, the participation of the parties in the paradigm processes, the participation of the *amicus curiae*, the promotion of the performance of collective entities, the participation of surrogates and absentees, the participation of the Public Ministry, participation in the public hearing and the influence the entries had on the judgment of the incident.

**Keywords:** Repetitive judicial appeal resource; participation; adversarial principle; *amicus curiae*; repeat players.



## LISTA DE TABELAS

Tabela 1.1 - Setores que mais provocaram o Poder Judiciário desde 2013.....	30
Tabela 1.2 - Média de setores que mais tiveram casos novos nos TRTs (2014 a 2020).....	31
Tabela 1.3 - Setores que mais provocam novos processos nos TRTs, com exclusão de “outros” e “serviços diversos” .....	32
Tabela 1.4 - Relatório de movimento processual no TST do ano de 2019.....	33
Tabela 1.5 - 20 maiores litigantes no TST no ano de 2020 .....	34
Tabela 1.6 - Movimentação processual do TST de 2020 sobre casos novos .....	35
Tabela 1.7 - Movimentação processual do TST de 2021 até fevereiro sobre casos novos .....	35
Tabela 3.1 - Eixos de análise e questões do estudo de caso .....	126
Tabela 3.2 - Participantes da audiência pública .....	151
Tabela 3.3 - Comparação dos argumentos trazidos pelos amici curiae nas atuações processuais .....	152
Tabela 3.4 - Novos argumentos apresentados na audiência pública pelos novos participantes .....	164
Tabela 3.5 - Comparativo entre os argumentos novos trazidos pelos amici curiae e os já existentes no incidente.....	186

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>ABNT</b>	Associação Brasileira de Normas Técnicas
<b>CCT</b>	Convenção Coletiva de Trabalho
<b>CDC</b>	Código de Defesa do Consumidor
<b>CEF</b>	Caixa Econômica Federal
<b>CF</b>	Constituição Federal
<b>CF/88</b>	Constituição Federal de 1988
<b>CLT</b>	Consolidação das Leis do Trabalho
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil
<b>FPPC</b>	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
<b>IRDR</b>	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
<b>LACP</b>	Lei de Ação Civil Pública
<b>SDI-I</b>	Subseção I Especializada em Dissídios Individuais
<b>TRT</b>	Tribunal Regional do Trabalho
<b>TST</b>	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	13
<b>1 FACETAS DO ACESSO À JUSTIÇA .....</b>	<b>17</b>
1.1 Como direito de ingresso .....	17
1.2 Como devido processo legal .....	19
1.3 Como direito de sair do judiciário.....	21
1.4 Compatibilização dos aspectos do acesso à justiça .....	24
1.5 O acesso à justiça para os litigantes habituais.....	25
1.5.1 <i>Maiores litigantes no Judiciário Trabalhista</i> .....	30
1.6 Os litigantes habituais nos recursos repetitivos .....	37
1.7 Litigância habitual e disparidade das partes no processo do trabalho.....	39
<b>2 PARTICIPAÇÃO NO RECURSO DE REVISTA REPETITIVO.....</b>	<b>41</b>
2.1 Participação como base do devido processo legal coletivo .....	41
2.2 Participação nas ações coletivas .....	45
2.2.1 <i>Representação adequada nas class action</i> .....	45
2.2.2 <i>Representação nas ações coletivas no Brasil</i> .....	47
2.3 Recurso de revista repetitivo.....	51
2.3.1 <i>Como processo coletivo</i> .....	52
2.3.1.1 <i>Participação dos entes coletivos</i> .....	54
2.3.1.1.1 <u>Atuação no incidente</u> .....	55
2.3.1.2 <i>Participação e intervenção do Ministério Público do Trabalho</i> .....	58
2.3.2 <i>Como gestão de processos</i> .....	60
2.3.2.1 <i>Causa-piloto ou procedimento-modelo</i> .....	62
2.3.2.2 <i>Participação da parte da causa-piloto (processo paradigma)</i> .....	64
2.3.2.2.1 <u>Escolha da causa-piloto (processo paradigma)</u> .....	67
2.3.2.3 <i>Suspensão de outros processos (processos sobrestados)</i> .....	69
2.3.2.3.1 <u>Requerimento de não suspensão do processo sobrestado</u> .....	72
2.3.2.3.1.1 Impugnação da decisão de suspensão .....	73
2.3.2.3.1.2 Preclusão para análise da distinção .....	74
2.3.2.4 <i>Participação dos sobrestados diretamente no recurso de revista repetitivo</i> ....	75
2.3.2.4.1 <u>Natureza da atuação: parte ou terceiro</u> .....	79
2.3.2.4.2 <u>Poderes do sobrestado no recurso repetitivo</u> .....	80

2.3.2.5 <i>Julgamento do incidente como gestão de processos</i> .....	81
2.3.2.6 <i>Desistência da ação em curso no primeiro grau</i> .....	84
<b>2.3.3 <i>Como precedente judicial</i>.....</b>	<b>85</b>
2.3.3.1 <i>Aproximação entre o civil law e o common law</i> .....	86
2.3.3.2 <i>Precedente de propósito</i> .....	89
2.3.3.3 <i>Estrutura dos precedentes: ratio decidendi e obiter dictum</i> .....	91
2.3.3.4 <i>Motivação reforçada</i> .....	95
2.3.3.4.1 <u>Publicidade: banco de dados de casos repetitivos</u> .....	96
2.3.3.5 <i>Decisão de afetação e de organização</i> .....	98
2.3.3.5.1 <u>Delimitação do objeto do incidente</u> .....	99
2.3.3.5.2 <u>Escolha dos processos paradigmas</u> .....	100
2.3.3.5.3 <u>Fixação das diretrizes de participação</u> .....	100
2.3.3.5.4 <u>Comunicação dos interessados e da sociedade</u> .....	101
2.3.3.5.5 <u>Suspensão dos processos</u> .....	102
2.3.3.6 <i>Participação dos ausentes na formação do precedente</i> .....	102
2.3.3.7 <i>Participação do amicus curiae</i> .....	104
2.3.3.7.1 <u>Elementos necessários para viabilizar a participação do amicus curiae no incidente</u> .....	105
2.3.3.7.2 <u>Poderes do amicus curiae</u> .....	107
2.3.3.7.3 <u>O amicus curiae e a participação dos sobrestados e ausentes</u> .....	107
2.3.3.7.4 <u>Sujeito interessado</u> .....	108
2.3.3.8 <i>Participação na audiência pública</i> .....	109
2.3.3.9 <i>Efeitos do julgamento para os processos futuros</i> .....	111
2.3.3.10 <i>Participação dos ausentes na utilização dos precedentes</i> .....	111
2.3.3.10.1 <u>Distinguishing</u> .....	112
2.3.3.10.2 <u>Superação</u> .....	115
2.3.3.10.2.1 <u>Overruling</u> .....	115
2.3.3.10.2.2 <u>Outras formas de superação</u> .....	118
2.3.3.10.3 <u>Ônus de identificar os fundamentos determinantes do precedente ou demonstrar a existência de distinção ou superação</u> .....	119
<b>2.3.4 <i>Meios de impugnação como mecanismo de participação dos sobrestados e dos ausentes</i>.....</b>	<b>120</b>
<b>2.4 Recurso de revista repetitivo e vantagens potenciais aos litigantes habituais.....</b>	<b>121</b>

<b>3 PARTICIPAÇÃO NO RECURSO DE REVISTA REPETITIVO COM LITIGANTES HABITUAIS: ESTUDO DE CASO .....</b>	<b>125</b>
<b>3.1 O caso do divisor de horas extras do bancário: descrição da questão discutida...</b>	<b>127</b>
<b>3.1.1 Processos paradigmas .....</b>	<b>128</b>
3.1.1.1 <i>Partes, representantes e alegações .....</i>	129
3.1.1.1.1 <u>Recurso de Revista nº 144700-24.2013.5.13.0003 .....</u>	129
3.1.1.1.2 <u>Recurso de Revista nº 849-83.2013.5.03.0138 .....</u>	133
<b>3.1.2 Escolha dos recursos paradigmas na decisão de afetação .....</b>	<b>137</b>
3.1.2.1 <i>Informações dos Tribunais Regionais .....</i>	140
<b>3.1.3 Decisão de afetação: delimitação do tema e sobrestamento dos processos.....</b>	<b>142</b>
<b>3.1.4 Participação das partes dos processos paradigmas.....</b>	<b>143</b>
<b>3.1.5 Participação do amicus curiae.....</b>	<b>145</b>
<b>3.1.6 Participação dos sobrestados e ausentes .....</b>	<b>148</b>
<b>3.1.7 Participação do Ministério Público .....</b>	<b>149</b>
<b>3.1.8 Participação na audiência pública .....</b>	<b>150</b>
<b>3.1.9 Fundamentação e tese jurídica.....</b>	<b>168</b>
<b>3.1.10 Considerações sobre o estudo de caso .....</b>	<b>171</b>
<b>3.2. O caso do adicional de insalubridade para o operador de telemarketing: descrição da questão discutida.....</b>	<b>173</b>
<b>3.2.1 Processo paradigma .....</b>	<b>174</b>
3.2.1.1 <i>Partes, representantes e alegações .....</i>	174
<b>3.2.2 Escolha do recurso paradigma na decisão de afetação .....</b>	<b>179</b>
3.2.2.1 <i>Informações dos Tribunais Regionais .....</i>	180
<b>3.2.3 Decisão de afetação: delimitação do tema e sobrestamento dos processos.....</b>	<b>181</b>
<b>3.2.4 Participação das partes dos processos paradigmas.....</b>	<b>183</b>
<b>3.2.5 Participação do amicus curiae.....</b>	<b>184</b>
<b>3.2.6. Participação dos sobrestados e ausentes .....</b>	<b>192</b>
<b>3.2.7. Participação do Ministério Público .....</b>	<b>193</b>
<b>3.2.8. Participação na audiência pública .....</b>	<b>194</b>
<b>3.2.9 Fundamentação e tese jurídica.....</b>	<b>194</b>
<b>3.2.10 Considerações sobre o estudo de caso .....</b>	<b>197</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>201</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>211</b>

## INTRODUÇÃO

A massificação e homogeneidade das relações jurídicas na atualidade acabam provocando ameaças ou lesões padronizadas ao direito, dando origem à litigância repetitiva.

O legislador, por meio da Lei nº 13.015/14 e visando essa litigância, inseriu na CLT o recurso de revista repetitivo, acompanhando a sistemática dos recursos extraordinário e especial repetitivos, criando um mecanismo destinado a solucionar os conflitos em massa, viabilizando que, em um único processo, crie-se uma tese jurídica que será aplicada para todos os demais casos com a mesma questão jurídica.

A tese criada, portanto, transcende ao processo em que foi fixada, o que significa que produzirá reflexos que ultrapassam o âmbito jurídico, alcançando aspectos sociais, econômicos, políticos etc.

No campo jurídico, esse mecanismo processual impõe uma análise detida da observância do devido processo legal, mormente do contraditório, vez que a decisão atinge diversos sujeitos que não participaram do processo.

É esse o objetivo deste trabalho, o qual buscou verificar todas as modalidades de participação no recurso repetitivo como forma de tentar compatibilizar a tensão existente entre a duração razoável do processo e o contraditório.

Noutras palavras, o recurso de revista repetitivo é embasado na duração razoável do processo e na efetividade, almejando um processo de resultado. No entanto, insere-se no contexto processual, submetendo-se ao devido processo legal, o que impõe a observância do contraditório. Desse modo, atingindo sujeitos que não participaram do processo, a presente pesquisa buscou analisar a compatibilização desses princípios por meio da participação de diversos sujeitos processuais, ampliando o debate e minimizando o déficit de contraditório.

Para tanto, dividiu o trabalho em três capítulos, dois ligados aos aspectos meramente teóricos e o último dirigido aos estudos de caso.

No Capítulo 1, em análise descritiva e com levantamentos bibliográficos, estudou-se o acesso à justiça sobre três viés complementares: como direito de ingresso, como devido processo legal e como direito de sair do judiciário.

Diante dessas três facetas, todas reconhecidas como direitos fundamentais, examinou-se o recurso de revista repetitivo como o direito de sair do judiciário, buscando ponderá-lo com os demais aspectos do acesso à justiça, mormente o devido processo legal, que tem em sua base o contraditório.

Ademais, o recurso repetitivo, por estar intimamente ligado à litigância habitual, pode permitir que aqueles que se valem com frequência do judiciário criem estratégias para a formalização da tese a ser fixada, podendo inclusive eliminar decisões nos casos que entendem que o risco é maior, fazendo, por exemplo, acordos, e viabilizando a chegada nos tribunais superiores dos casos que têm maiores chances de firmar teses favoráveis.

Disso resultou a necessidade de observar o acesso à justiça sob o ângulo dos litigantes, valendo-se dos estudos de GALANTER (2018) para verificar as potenciais vantagens daqueles que litigam habitualmente em relação aos litigantes eventuais.

Desse modo, seja para gerar compatibilidade entre a duração razoável do processo e o contraditório, seja para atenuar as disparidades entre os litigantes, o Capítulo 2 foi direcionado à participação, que está conectada com o contraditório.

Nesse Capítulo 2, inicialmente, pretendeu-se verificar o contraditório como elemento base do processo e do devido processo legal que, embora possa sofrer algumas adaptações no processo coletivo, mantém suas diretrizes básicas, abrindo espaço para o estudo da participação direta ou por meio de representantes.

Nesse contexto e pela proximidade e maturidade que a representação tem nas ações coletivas, averiguou-se a participação nessas ações, tanto sob o aspecto da representação adequada, com aplicação na *class action* do direito norte-americano e que inspiraram o legislador brasileiro na criação das ações coletivas, quanto no aspecto da representação nas ações coletivas no Brasil.

A seguir, o instituto do recurso de revista repetitivo foi analisado sob três aspectos diferentes e complementares: processo coletivo, gestão de processo e precedente judicial, sempre direcionado à participação dos sujeitos como forma de minimizar o deficit de contraditório.

Como processo coletivo, buscou-se investigar a possibilidade de aplicação das normas do microsistema de tutela coletiva aos recursos repetitivos, a necessidade de fomento da participação dos entes coletivos e a intervenção obrigatória do Ministério Público do Trabalho.

Na análise do recurso de revista repetitivo como gestão de processos, pesquisou-se se ele é uma causa-piloto ou um procedimento-modelo, o que refletiu diretamente no estudo da participação da parte do processo paradigma utilizado para criar a tese jurídica. A propósito, foram identificados quais os requisitos necessários para a adequada escolha do processo paradigma.

Ainda como mecanismo de gestão processual, foram analisadas as diretrizes de suspensão dos processos atingidos, especialmente o direito das partes requererem que seu processo não seja atingido.

Nesse aspecto, aprofundou-se no exame da participação direta no incidente pelo sobrestado, entendido como aquele que teve seu processo suspenso em decorrência do recurso repetitivo, bem como nos efeitos que o julgamento provoca sobre esses processos.

Partindo para o estudo do recurso de revista como precedente judicial, já que o CPC de 2015 assim o incluiu no art. 927, III, primeiramente, foi feita uma análise descritiva da aproximação das famílias romano-germânica (*civil law*) e anglo saxônica (*common law*) nos sistemas atuais, inclusive no Brasil.

Ato contínuo, investigou-se alguns elementos importantes do precedente judicial para dar sequência à pesquisa, como a *ratio decidendi*, a necessidade de a decisão ter motivação reforçada e a ampla publicidade.

Um ponto de destaque que foi aprofundado é a decisão de afetação e organização, apresentando seus contornos, como a delimitação do objeto do incidente, a fixação das diretrizes de participação e comunicação dos interessados e da sociedade, a fim de que possa guiar adequadamente o incidente e viabilizar a efetiva participação dos sujeitos estudados nesse trabalho.

Nesse aspecto, analisou-se a participação dos ausentes, entendido como aqueles que serão atingidos no futuro pelo precedente criado no recurso de revista repetitivo, embora não tenham processo em andamento no momento do julgamento do incidente.

Foi verificado ainda a relevância da participação do *amicus curiae*, buscando trazer os requisitos necessários para que possa ser incluído no incidente, passando também pela análise de seus poderes e a sua atuação como representante dos sobrestados ou ausentes.

Ademais, averiguou-se a participação na audiência pública como instrumento destinado a legitimar o procedimento, tornando-o mais democrático e plural, sendo um ambiente propício para ampliar os debates com a participação de integrantes da sociedade, a fim de viabilizar que se alcance uma decisão de melhor qualidade.

Além das participações durante a criação da tese jurídica e do precedente judicial, foi examinada nesse capítulo as participações após sua criação, ou seja, no momento de aplicação/utilização dos precedentes, o que exigiu a análise do *distinguishing*, da superação, e dos meios de impugnação.



Como último aspecto do capítulo 2, fez-se a correlação do recurso de revista repetitivo com as vantagens potenciais dos litigantes habituais, buscando minorar as vantagens destes litigantes.

No capítulo 3, passou-se à análise empírica e qualitativa por meio de pesquisa documental da integralidade de dois processos recursos de revistas repetitivos julgados pelo TST, visando correlacionar os estudos teóricos com a atuação exercida pela Corte Trabalhista.

A partir dos critérios previamente estabelecidos e ligados aos litigantes habituais, foram analisados os temas 2 e 5 da tabela de incidente de recursos de revistas repetitivos, buscando responder questões específicas sobre os processos paradigmas e sua forma de escolha, a participação das partes dos processos paradigmas, a participação do *amicus curiae*, o fomento da atuação dos entes coletivos, a participação dos sobrestados e ausentes, a participação do Ministério Público, a participação na audiência pública e a influência que as participações tiveram no julgamento do incidente.

Enfim, o estudo é direcionado à análise da participação de diversos sujeitos no incidente como forma de diminuir o deficit de contraditório existente em um processo que é capaz de atingir diversos sujeitos que dele não participaram.

## 1 FACETAS DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é analisado, normalmente, sob o viés da possibilidade de provocar o judiciário e nele ingressar, ou seja, no sentido da inafastabilidade da jurisdição. Ele, porém, como base do Poder Judiciário, tem um contexto muito mais amplo, passando não somente pelo direito de ingresso, mas também pelo desenvolvimento do processo dentro de uma ordem jurídica justa e o direito de alcançar exatamente o que pretendia com tal provocação, visando a tutela efetiva e tempestiva de seus direitos.

Noutras palavras, o acesso à justiça na sua concepção plena passa pelo direito de ingresso, do devido processo legal e de sair do judiciário.

### 1.1 Como direito de ingresso

O acesso à justiça passa por análise multidisciplinar, podendo ser verificado no contexto jurídico, sociológico e outras ciências sociais.

Na década de 70, o “Projeto Florença” representou um verdadeiro marco no conceito do acesso à justiça, buscando contextualizar diversos estudos realizados pelos pesquisadores envolvidos e analisá-los de modo empírico e não apenas teórico. O Projeto surgiu como linha de pesquisa do núcleo de Processo Civil da Universidade de Florença, mas sua visão não ficou tão-somente no aspecto essencialmente processual, mas também numa visão sociológica sobre o tema.

O relatório deste projeto foi traduzido para o Português em 1988 dando origem à clássica obra “Acesso à Justiça”, reconhecendo este acesso pelo menos sob dois enfoques: permitir que todos tenham acesso à solução de conflitos sob as vistas do Estado e produzir resultados individuais e socialmente justos, buscando assim um acesso efetivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

O acesso efetivo à justiça na visão do relatório escrito por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 15) seria a “igualdade de armas”, no sentido de que os elementos externos não influenciassem na afirmação ou reivindicação de seus direitos, pautando-se apenas no mérito jurídico das partes antagônicas.

Embora eles reconheçam que essa igualdade é utópica, indicam que devem ser afastados diversos obstáculos do processo, como seu alto custo, o tempo, a possibilidade das partes - seja de recursos financeiros, seja a aptidão de conhecer seus direitos e disposição para se sujeitar ao judiciário, ou ainda a disparidade entre os litigantes eventuais e habituais -, e a

tutela dos interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 19-28). Concluem, diante desses obstáculos, que existe um padrão entre eles estando ligado às pequenas causas e autores individuais, mormente os pobres, e, por outro lado, as vantagens pertencem aos litigantes organizacionais que conseguem utilizar a justiça a seu favor (1988, p. 28).

Desse modo, CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 31), buscando uma solução prática para essas barreiras, anunciam as chamadas ondas de reforma para possibilitar melhor acesso à justiça, sendo a primeira destinada à assistência jurídica, a segunda à representação dos interesses difusos e a terceira simplesmente denominada de “enfoque de acesso à justiça”.

A primeira onda contempla o esforço de propiciar o acesso dos mais pobres ao sistema jurídico.

A segunda onda ressalta a necessidade de se criar mecanismos de representação dos interesses difusos, o que provoca reflexão em diversos institutos tradicionais do processo individual, como a legitimidade, normas de procedimento (p.ex. citação e o direito de ser ouvido), atuação jurisdicional e a coisa julgada (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50). Destacam os autores que, não podendo todos os membros comparecer em juízo, é preciso que tenham uma representação adequada de modo que, mesmo que todos os membros não sejam citados, serão alcançados pela coisa julgada.

Na terceira onda, CAPPELLETTI e GARTH reconhecem a importância da representação judicial dos indivíduos pobres e dos interesses difusos, mas admitem a necessidade de ir além, exigindo novos mecanismos procedimentais para que essas mudanças de regras se tornem tangíveis no mundo prático (1988, p. 68), como os métodos alternativos (1988, p. 81-83), instituições e procedimentos especiais para determinado tipo de causas particulares de importância social (1988, p. 90), objetivando levar em conta especialmente a tutela do direito das pessoas comuns.

O Projeto Florença tornou-se um marco referencial no acesso à justiça, sendo citado em diversas pesquisas, doutrinas e em anteprojetos de leis brasileiras, produzindo reflexos em algumas mudanças legislativas da década de 80, com é o caso da Lei 7.244/84<sup>1</sup> que criou os juizados especiais de pequenas causas e da Lei 7.347/85, que viabilizou a tutela das demandas coletivas, construindo um processo coletivo sem impactar as demandas individuais (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 162).

O foco deste Projeto, no entanto, era a necessidade de se tornar efetivos os novos direitos conquistados na década de 60, enquanto no Brasil, nessa época, buscava-se expandir

---

<sup>1</sup> Atualmente revogada pela Lei nº 9.099/95.

direitos básicos que a maioria não tinha acesso, tanto que o País nem mesmo constou do Projeto (JUNQUEIRA, 1996, p. 390), o que fez com que JUNQUEIRA descrevesse que o despertar do Brasil pelo acesso à justiça na década de 80 não acompanhava o movimento internacional daquele momento por ampliação do acesso, contemplando as “ondas de acesso”, mas sim pelo movimento interno de abertura política e nos movimentos sociais que se iniciaram (1996, p. 390).

É que o cenário que viabilizou o surgimento das discussões sobre o acesso à justiça no âmbito internacional destacado no Projeto Florença, configura-se com as questões de direito social do pós-guerra, enquanto no Brasil essa pauta não vem exatamente nesse momento, mas com a redemocratização, criando-se uma nova ordem político-constitucional de repensar os espaços públicos e sociais (PORTO, 2009, p. 20).

Ganhou, em parte, contornos próprios no direito brasileiro, de modo que o acesso à justiça delineado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, decorre do processo de redemocratização posterior ao regime ditatorial que afastou por aproximadamente duas décadas o Poder Judiciário dos brasileiros, tornando o acesso à justiça exigível (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 156).

Embasa-se, pois, na pauta retributiva de que todos, independentemente, de suas capacidades tem direito de acesso o judiciário.

Acaba se confundindo, portanto, com a própria inafastabilidade da jurisdição, criando o direito de ingresso ao Poder Judiciário.

Nessa concepção, ganha relevância o direito de ingresso para participar, para ser ouvido, exigindo a efetivação de seus direitos fundamentais e permitindo sua participação no processo (FRANCISCO, 2018, p. 15), o que tem reflexo direto nesse estudo quando se analisa a representação e/ou participação dos atingidos pela tese criada nos recursos repetitivos.

## **1.2 Como devido processo legal**

Não basta, porém, ampliar o âmbito de pessoas e causas a serem absorvidas pelo Judiciário, sendo indispensável o aprimoramento interno da ordem processual, buscando resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo (DINAMARCO, 2020, p. 149).

Busca-se uma noção mais ampla de acesso à justiça do que o simples ingresso no judiciário, sendo denominada por Kazuo Watanabe como “acesso à ordem jurídica justa”, tendo como dados elementares desse direito:

(1) o direito à *informação e perfeito conhecimento do direito substancial* e à

*organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características (2019, p. 10, grifos no original).*

Afasta-se da ideia de acesso à justiça como direito tão somente pré-processual para compreendê-lo como o direito fundamental de ingressar no judiciário e adentrando-o ter um processo embasado no devido processo legal, nos termos do art. 5º, LIV, da CF/88.

O devido processo legal pode ser visto como um consectário do acesso à justiça, já que não existindo este elimina-se o processo justo e equilibrado (ASSIS, 2015a, p. 399).

É nesse contexto que DINAMARCO (2020, p. 144) reconhece como promessa-síntese o acesso à justiça, que para alcançá-lo a Constituição Federal dota de uma série de garantias (promessas instrumentais), como é o caso do contraditório, da ampla defesa, motivação das decisões judiciais, juiz natural etc.

Na realidade, nessa contemplação mais ampla de acesso à justiça é possível incluir-se no próprio conceito de acesso à justiça o devido processo legal, reconhecendo que a ordem jurídica somente terá sido acessada de forma justa se forem resguardadas todas as garantias processuais.

Dentre essas garantias processuais, o contraditório é elemento central, viabilizando a efetiva participação dos jurisdicionados no processo, impondo limites ao poder de julgar do Estado (ZUFELATO, 2019, 43-44) e influenciando o processo democrático de construção da decisão judicial.

Nos recursos repetitivos, que serão estudados nesse trabalho, o contraditório pode receber conotações diferentes do processo individual, mormente no que tange aos sobrestados (que tiveram seus processos suspensos) e aos ausentes, entendidos como aqueles que serão atingidos pela decisão, embora não tenham processos em andamento.

Do mesmo modo, não se nega que o devido processo legal nos recursos repetitivos ganha novos contornos (BASTOS, 2012), mas é necessário resguardar seus aspectos elementares como o direito de participar na formação tese jurídica, a fim de que se conceda oportunidades efetivas de participação e influência no processo<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> O devido processo legal será mais explorado no capítulo 2.

### 1.3 Como direito de sair do judiciário

Se nas concepções anteriores o acesso à justiça é analisado sob o direito de entrar no judiciário e participar de um processo embasado no devido processo legal, ele também pode ser concebido como o direito de sair do judiciário (FARIA, 2010, p. 479), ganhando relevância a eficiência e a duração razoável do processo, descrita no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Desse modo, após a Constituição Federal de 1988, criou-se um estado neoliberal com abertura do mercado e de privatizações, viabilizando que, nas opções legislativas de reformas processuais e do judiciário no contexto do acesso à justiça, tenha se perdido força a pauta redistributiva de acesso aos indivíduos, aos grupos e conflitos marginalizados, ganhando lugar a pauta de eficiência gerencial do Poder Judiciário (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 154 e 163-164).

É o que se verifica com a Emenda Constitucional nº 45/04, denominada reforma do Judiciário. Na época discutia-se qual era o modelo ideal de reforma do Judiciário, existindo três posições: corporativa-conservadora, Judiciário democrático e Judiciário mínimo (KOERNER, 1999, p. 11).

A posição corporativa-conservadora defendia apenas ajustes na organização do judiciário e na legislação, a fim de modernizá-la e racionalizar os serviços, além de ampliar recursos para o Judiciário (KOERNER, 1999, p. 12).

A posição Judiciário democrático exaltava a necessidade de ampliar a autonomia funcional dos juízes e sua participação nas decisões de política judiciária, questionando inclusive o modelo do juiz neutro aplicador da lei. Buscava mudanças no sistema processual para garantir acesso aos mais pobres e tornar efetiva as garantias constitucionais, bem como a representação mais democrática dos Órgãos dirigentes do Poder Judiciário (KOERNER, 1999, p. 14). Destacava ainda a necessidade de universalização do acesso à justiça (KOERNER, 1999, p. 15).

Por sua vez, a posição do Judiciário mínimo decorria de um projeto global e alinhado com a reforma neoliberal do Poder Judiciário, de modo que a reforma deveria ter como objetivo adaptar o Judiciário à globalização, reduzir custos e o tempo dos litígios para favorecer o crescimento econômico (KOERNER, 1999, p. 18). O relatório do Banco Mundial, segundo KOERNER (1999, p. 18), trazia três características que deveriam ser almejadas pela reforma do judiciário: independência, força e eficiência gerencial.

O que ocorre, especialmente sob o viés dessa posição, é um crescente interesse do

Banco Mundial nas questões de direito, na perspectiva de que interfere na economia mundial, buscando favorecer o ambiente dos negócios, a iniciativa e propriedade privada, de modo que ele indica, recomenda e financia reformas judiciais com a finalidade de compatibilizar as instituições nacionais com os parâmetros do mercado (PORTO, 2009, 88).

A interpretação da globalização no contexto da economia mundial gera muitas implicações na relação direito e economia globalizada, redimensionando o Estado-nação, padronizando o direito e reformando os espaços estatais que transitam para os espaços privados (PORTO, 2009, p. 86).

No ano anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, o Banco Central, nessa linha neoliberal, expediu a nota técnica nº 35 tratando do sistema judicial e o mercado de crédito no Brasil, descrevendo que o crescimento elevado das demandas impede que o aumento de processos julgados possa se traduzir como aumento de eficiência, gerando um dos maiores gargalos do Judiciário que é a morosidade, a qual dificulta o recebimento dos valores contratados, encolhendo a atividade de crédito e provocando o aumento dos custos dos financiamentos por dois motivos: insegurança jurídica que aumenta as despesas administrativas e redução da certeza do pagamento (Banco Central do Brasil, 2003, p. 14).

A nota técnica relata, ainda, que a insegurança dos contratos e a deficiência no sistema judicial, faz com que o custo adicional dos empréstimos seja repartido por toda a sociedade, em forma de aumento do *spread* e da retração na oferta de crédito (Banco Central do Brasil, 2003, p. 15). Desse modo, um dos principais focos de atuação do Banco Central seria a minimização dos riscos jurídicos, já que um sistema judicial ineficaz ou pró-devedor estimula a inadimplência e inibe a atividade creditícia (Banco Central do Brasil, 2003, p. 16).

Em nenhum momento, porém, a nota técnica analisou as razões do aumento das demandas, especialmente sob o contexto do acesso à justiça, nem mesmo quem seriam os maiores litigantes do Judiciário a gerar a obstrução do Poder Judiciário, mas apenas pretendeu levar para o Judiciário o conceito de eficiência, embora esta seja o problema fundamental dos economistas, enquanto a justiça é o que orienta os operadores do direito (STIGLER, 1992, p. 462).

A terceira corrente, posição do Judiciário mínimo, acabou predominando, dando origem à Emenda Constitucional nº 45/04 que, embora tenha ampliado consideravelmente a competência da Justiça do Trabalho, teve como foco a eficiência na prestação jurisdicional, inserindo, dentre outros aspectos relacionados à gestão, o direito à razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LXXVII), a repercussão geral como pressuposto do recurso extraordinário (CF/88, art. 102, § 3º) e a súmula vinculante (CF/88, art. 103-A), elevando-se

assim a necessidade de padronização das decisões judiciais e a centralização de poder nos tribunais superiores, especialmente na Corte Suprema.

A legislação infraconstitucional prosseguiu no mesmo sentido, promovendo diversas alterações no âmbito processual com a finalidade de dar eficiência à prestação jurisdicional e tornar as decisões previsíveis, por meio da padronização das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, criando-se, por exemplo, o recurso especial repetitivo pela Lei nº 11.672/2008, o que foi acompanhado na seara trabalhista por meio da Lei nº 13.015/14, que institucionalizou o recurso de revista repetitivo.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) ampliou a necessidade de padronização das decisões e centralização de poder nos tribunais, criando o incidente de resolução de demandas repetitivas e a assunção de competência, além de regulamentar amplamente os recursos extraordinários e especial repetitivos, com o nítido objetivo de gerir processos e tornar eficiente o Poder Judiciário, diminuindo as demandas repetitivas. Deu destaque à uniformização da jurisprudência, tornando os precedentes judiciais de observância obrigatória para os processos pendentes e futuros, aproximando ainda mais o direito brasileiro do sistema do *common law*.

Em razão do foco dirigido à gestão dos processos, o CPC/15, nesse aspecto, dá prevalência à efetividade em detrimento do contraditório, vez que não teve uma preocupação efetiva na participação daqueles que serão atingidos pela tese jurídica firmada, o que poderá acontecer de forma direta ou indireta por meio da atuação do *amicus curiae* e das entidades representativas (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 173). Essa participação, aliás, se mal utilizada pode ampliar ainda mais os poderes dos que têm capacidade econômica (como regra, os litigantes habituais), o que torna relevante sua análise nesse estudo.

Não se busca com o que foi explanado até esse momento afastar o judiciário de um processo de resultados, entendido como aquele que pretende assegurar à ordem processual o maior rendimento possível otimizando o processo em si mesmo considerado (BRASIL, 2010, p. 26), o que evidentemente se inclui o tempo do processo (tempestividade). Tanto que o acesso à ordem jurídica substancial se obtém quando se consegue o exame de suas pretensões pelo judiciário, quando se recebe soluções tempestivas ou bem formuladas de suas pretensões e melhora efetivamente a vida em relação ao bem pretendido, sendo capaz, como diz DINAMARCO (2020, p. 150-151), de atender ao trinômio qualidade-tempestividade-efetividade.

O que se pretende, porém, é demonstrar que o acesso à justiça deve ser analisado sob essas três facetas, ou seja, o direito de ingresso, o direito de se valer do devido processo legal,



com ênfase no contraditório, e o direito de ter a concessão de suas pretensões em tempo razoável.

Não se pode exaltar apenas uma dessas concepções, como se verifica nas últimas mudanças legislativas, afastando-se o acesso à justiça, inicialmente, concretizado na Constituição Federal com o objetivo de viabilizar o acesso àqueles que não tinham, para dar espaço tão-somente para a eficiência, colocando-se a litigiosidade, especialmente a repetitiva, como a causa da morosidade do Judiciário, sendo considerada a principal responsável pelo congestionamento do Judiciário e dos impactos negativos no mercado e na economia (ASPERTI, 2018, p. 47).

#### **1.4 Compatibilização dos aspectos do acesso à justiça**

O acesso à justiça na sua acepção ampla, como apresentado anteriormente, busca contemplar ao menos três direitos fundamentais: a inafastabilidade da jurisdição, o devido processo legal e a duração razoável do processo, todos descritos no art. 5º da Constituição Federal, respectivamente, nos incisos XXXV, LIV e LXXVIII.

Esse acesso dita funções negativas e positivas do Estado, no primeiro caso para defender o indivíduo do arbítrio Estatal e, no segundo, impondo um dever de proteção e prestação do Estado (ARENHART, 2013, p. 31/32), como ocorre com os direitos sociais.

Como direito social, ele era lido e idealizado por CAPPELLETTI e GARTH como um direito universal, mas por se tratar de direito prestacional, impondo atuação positiva do Estado, o acesso à justiça não é plenamente universalizável (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 157), atraindo a premissa exposta por Galanter de que o acesso é um recurso escasso e, por isso, é distribuído a determinados litigantes por uma escolha política muitas vezes implícitas nas instituições e âmbito normativo de determinado país (GALANTER, 2018, 119-130).

Na realidade, considerado o acesso à justiça como a conjugação de três direitos fundamentais, eles devem conviver harmoniosamente, em face do princípio da unidade da Constituição. Mas pode ocorrer de coludirem em determinados momentos, o que impõe solução para o caso concreto, de modo que sacrifique o mínimo possível cada um dos interesses salvaguardados, pautando-se pelo princípio da proporcionalidade e tendo como norte os valores constitucionais (SARMENTO, 2006, p. 65).

Trata-se de um juízo de ponderação que pode ser solucionado pelo juiz, no caso concreto, ou pelo legislador (BRANCO, 2002, p. 184), permitindo que, em um determinado

caso, um direito possa prevalecer, momentaneamente, em detrimento de outro.

É nesse contexto que se inserem os recursos repetitivos, dando o legislador prioridade à duração razoável do processo, direcionando seu foco para a gestão dos processos nas Cortes Superiores, sem prejuízo de se conectar a outros princípios como o da segurança jurídica, além de atenuar a participação direta dos titulares do direito material, o qual embasa o contraditório no processo individual.

Isso não significa, porém, que nesses recursos deve prevalecer tão somente o direito fundamental priorizado pelo legislador. Como já dito, o princípio da unidade da Constituição exige concordância prática entre todos os direitos nela inseridos, de modo que, ainda que se priorize um determinado direito para um caso, deve-se sacrificar minimamente o outro.

No caso dos recursos repetitivos, a prevalência da duração razoável deve gerar o menor sacrifício às demais facetas do acesso à justiça, buscando-se manter o mais íntegro possível o direito de ingresso e o direito de participar da formação da tese jurídica, com base no devido processo legal. Se atendidas essas limitações, serão justificadas algumas restrições momentâneas no acesso à justiça, contribuindo para firmar a legitimidade do resultado e dar ênfase à qualidade do processo.

Nessa perspectiva, não basta propiciar aos jurisdicionados a possibilidade de apresentar suas pretensões e suas defesas em juízo, sem que seja disponibilizada efetiva participação e influência no processo, produzindo resultados na vida daqueles que buscaram a intervenção do Estado em tempo razoável (FRANCISCO, 2018, p. 43-44).

Ademais, a contemplação da duração razoável do processo, sob o ângulo global do Judiciário, deve passar pela análise das partes, verificando se alguns jurisdicionados não acabam se valendo dele com frequência e com vantagens, a fim de que não se aplique de forma meramente instrumental esse direito fundamental, mas dentro da ideia estrutural do sistema.

### **1.5 O acesso à justiça para os litigantes habituais**

A Lei busca a neutralidade e um tratamento igualitário, mas ela não escapa “da individualidade e dos recursos das partes” (GALANTER, 2018, p. 20). Noutras palavras, o resultado do processo não deriva simplesmente dos fatos e da lei, mas também de quem está jogando (GALANTER, 2018, p. 20).

A legislação, por sua vez, busca criar mecanismos que minimizam as desigualdades, viabilizando a paridade de armas. No entanto, esses mecanismos, de certo modo, atingem

aqueles “que têm”<sup>3</sup>, provocando um movimento de desregulação e reformulação do sistema.

Surgem assim propostas que atacam, por exemplo, a assistência jurídica aos pobres, como podemos inclusive verificar no campo laboral, com a vigência da Lei nº 13.467/17, que condena o beneficiário da Justiça gratuita ao pagamento de honorários advocatícios e periciais. O mesmo se diga das ações coletivas, que atualmente passam a ser questionadas sob alguns aspectos, em especial acerca da possibilidade de apenas beneficiarem os titulares do direito, ou seja, os “que não tem”, criando-se assim mecanismos de uniformização (v.g., incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos) que também permitem atingir essa classe.

Na visão de GALANTER (2018, p. 23), “por trinta anos, temos assistido a uma enxurrada de ataques às regras e dispositivos que dariam algum poder a ‘quem não tem’, enquanto a capacidade dos atores corporativos para utilizar o sistema jurídico não foi afetada”. Ressalta ainda a crescente corporativização da vida jurídica e a legalização da vida organizacional, tornando cada vez mais as organizações (sociedades, associações e organismos governamentais) litigantes habituais (GALANTER, 2018, p. 23).

Nesse contexto, GALANTER (2018, p. 45-46) inverte a análise do acesso à justiça que, como regra, parte dos sistemas normativos e das instituições para verificar os efeitos das regras sobre as pessoas, passando a analisar o sistema jurídico iniciando pelos diferentes tipos de partes e os efeitos que isso provoca no sistema, dividindo-as em participantes eventuais ou jogadores habituais.

Os participantes eventuais (PE) são os que apenas ocasionalmente se valem dos tribunais, enquanto os jogadores habituais (JH) são os que se envolvem em diversas litigâncias ao longo do tempo (GALANTER, 2018, p. 46).

Constroem-se os conceitos sob um aspecto contínuo e não dicotômico. Assim, o jogador habitual é “uma unidade que já teve e antecipa a litigância repetitiva, que corre poucos riscos com o resultado de qualquer caso e que possui recursos para perseguir seus interesses de longo prazo”. Já o participante eventual é “uma unidade cujas demandas são muito amplas (em relação ao seu próprio tamanho) ou muito pequenas (em relação ao custo da resolução) para serem administradas rotineira e racionalmente (GALANTER, 2018, p. 47-48).

Desse modo, GALANTER (2018, p. 48-54) apresenta algumas vantagens dos jogadores habituais:

- 1) têm conhecimento prévio da demanda, permitindo a construção de um registro e a

---

<sup>3</sup> Em termos de poder, riqueza e *status* (GALANTER, 2018, p. 55).

estruturação da transação seguinte;

2) têm mais acesso a especialistas;

3) têm oportunidades para desenvolver relações informais com os encarregados institucionais, tendo em vista que, por habitualmente se apresentarem na instituição, facilita a criação de relações informais entre o litigante e os integrantes da estrutura institucional;

4) precisam criar e manter sua credibilidade como combatente;

5) podem jogar com probabilidades, minimizando ao máximo o risco de perda;

6) podem disputar regras e ganhos imediatos, valendo a pena utilizar recursos para criar regras relevantes por meio, por exemplo, de lobby.

7) podem disputar regras da própria litigância, preocupando-se com o resultado para os casos futuros. Negociam naqueles casos que aguardam um resultado negativo, levando a julgamento aqueles que consideram mais prováveis de criar resultados favoráveis. Desse modo, espera-se que os precedentes sejam inclinados aos resultados favoráveis dos jogadores habituais.

Ressalta ainda que os aparatos institucionais também acabam constituindo vantagens para os JH, em razão da sua passividade e sobrecarga (GALANTER, 2018, p. 80).

Por ser passivo (inerte), concede-se vantagem àquele que possui informação, capacidade para ultrapassar custos e habilidade para atuar com as exigências restritivas dos procedimentos (GALANTER, 2018, p. 81). Essa passividade também gera responsabilidade de cada parte para prosseguir com o caso, de modo que, por exemplo, as provas são deixadas sob a iniciativa e recursos das partes, tratando-as como se fossem igualmente dotadas de recursos econômicos, oportunidades investigativas e habilidades jurídicas (HOMBERGER *apud* GALANTER, 2018, p. 81-82). Quanto maior a delegação às partes mais vantagem será conferida à parte mais rica (GALANTER, 2018, p. 82).

A sobrecarga nas instituições reforça as vantagens dos JH, vez que cria pressão para que se negocie ao invés de julgar o processo, em razão do atraso do processo, do aumento dos custos, da indução dos funcionários das instituições para redução das causas pendentes e da indução do fórum a adotar regras restritivas para desencorajar os litígios (GALANTER, 2018, p. 83-84). “A situação da sobrecarga significa que existem mais compromisso no sistema formal do que recursos para honrá-los – mais direitos e regras ‘nos livros’ do que é possível proteger ou executar” (GALANTER, 2018, p. 85).

As regras também tendem a favorecer interesses dominantes, pois estes articulam de modo bem-sucedido antes da sua formação (GALANTER, 2018, p. 87). Ademais, “as exigências do devido processo, com suas barreiras ou proteções contra a ação precipitada,

tendem naturalmente a proteger o possuidor ou o proprietário contra o demandante” (GALANTER, 2018, p. 88). Aliás, as regras são complexas e problemáticas, viabilizando que a quantidade e a qualidade dos serviços jurídicos possam extrair vantagens delas (GALANTER, 2018, p. 88).

Em suma, “quem tem” tende a sair na frente, porque os JH têm capacidade de estruturar transações, *expertise*, especialização, economia de escala, estratégia a longo prazo, capacidade de disputar as regras, reputação de negociador, capacidade de investir em penetração. Seus serviços jurídicos têm prática, especialização e continuidade. Os apartados institucionais os favorecem pela passividade, barreiras de custo e atrasos, além de prioridades favoráveis. Por fim, as regras lhes são favoráveis e existem barreiras ao devido processo (GALANTER, 2018, p. 89).

Acompanhando as diretrizes de Galanter, observam GABBAY, SILVA, ASPERTI e COSTA (2016, p. 13) que o trabalho em escala dos litigantes habituais permite definir estratégias de atuação, fazendo acordo nos processos em que sabem que a chance de sucesso nos tribunais é baixa e levando para estes as demandas repetidas que têm maiores chances de vencer, criando assim um precedente favorável. Nesses processos, contratam juristas renomados e respeitados com influência nos tribunais, viabilizando a formação do precedente, que nos dias atuais é de observância obrigatória (CPC, arts. 926 e 927).

Isso é potencializado quando se insere a Jurimetria e o Big Data Jurídico, os quais viabilizam a análise ideológica do julgador conjugada com diversos elementos inseridos no banco de dados, permitindo assim que se preveja a decisão a ser proferida por determinado magistrado e/ou tribunal, ampliando ainda mais a análise estratégica dos litigantes habituais. Conseguem prever quando e onde irão transacionar e como poderão ter êxito em algumas teses (ASPERTI, 2018, p. 66).

Esses aspectos são relevantes para o presente estudo, porque os recursos repetitivos têm relação direta com a litigância habitual, viabilizando que aqueles que se valem com frequência do judiciário (JH) criem estratégias para a formalização da tese a ser fixada no recurso repetitivo, podendo inclusive eliminar decisões nos casos que entendem que o risco é maior, fazendo, por exemplo, acordos, e viabilizando a chegada nos tribunais superiores dos casos que têm maiores chances de firmar teses favoráveis.

Diante de tal quadro, GALANTER (2018, p. 105) sugere quatro estratégias de reforma: a) mudanças de regras; b) mudanças dos aparatos institucionais; c) melhoria dos serviços jurídicos em quantidade e qualidade e; d) melhoria da posição estratégica de “quem não tem”.

Dando ênfase a melhorias estratégicas, busca-se a sua organização em “grupos coesos

com habilidade para atuar de modo coordenado, jogar com estratégias de longo prazo, se beneficiar de serviços jurídicos de primeira qualidade e assim por diante” (GALANTER, 2018, p. 115). Com isso, os PEs podem se agrupar em JHs, o que incluem: o agente negociador de uma associação (p.ex., sindicato dos trabalhadores); o procurador-administrador de direitos fragmentários; o patrocinador de grupos de interesses (p. ex., grupos de ambientalistas); uma câmara de compensação que estabeleça comunicação entre os PEs (GALANTER, 2018, p. 115-116).

Desse modo, os litígios deixariam de ser entre PE x JH, transformando-se em litígios entre JH x JH. Assim, as ações coletivas aumentariam os riscos para o JH, ficando maior do que ele poderia suportar, além de permitir que os autores pudessem desfrutar as vantagens dos JHs. Ademais, essa mudança viabilizaria o recurso do caso-teste para se alcançar mudança de regras (GALANTER, 2018, p. 118-119).

Nesta análise sugere GALANTER (2018, p. 128-129) que não se tenham apenas alterações de regras, já que podem ser prontamente absorvidas sem ter mudanças de poder. Deve-se, por isso, dar atenção também aos aparatos institucionais, aos serviços jurídicos e à organização das partes, em especial para esta última que é a capaz de gerar maiores mudanças em outros níveis, sendo o mais poderoso suporte para a transformação.

No Brasil, o que se tem visto pelas últimas mudanças no âmbito processual é que aqueles que habitualmente se valem do Judiciário têm influenciado os legisladores na criação de normas que acabam por beneficiá-los, dando prioridade aos que utilizam reiteradamente as cortes em detrimento dos “que não tem” (GABBAY; COSTA; ASPERTI, 2019, p. 154), como se verificou na seção anterior, especialmente com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04 e nas modificações processuais, destinadas a gerir os processos no Judiciário.

É por isso que, na interpretação desses mecanismos processuais, mormente dos recursos repetitivos, é necessário verificar se sua utilização não amplia as vantagens dos “que têm” centralizando esforços em um único processo para a formação de tese jurídica obrigatória para os demais casos.

Disso decorre a importância de se analisar detidamente o direito de participação daqueles que serão atingidos pelos recursos de revista repetitivo, bem como suas representações em juízo, a fim de que esse instrumento processual sirva como efetivo mecanismo de resguardo dos três aspectos do acesso à justiça e não tão-somente da duração razoável do processo.

### 1.5.1 Maiores litigantes no Judiciário Trabalhista

O Conselho Nacional de Justiça criou o índice de acesso à justiça (BRASIL, 2021d) e na sua composição não mirou o acesso para a análise dos litigantes habituais, incluindo na sua composição a cidadania (direitos e deveres; vulnerabilidade e acesso à serviços públicos), a população (perfil e dinâmica demográfica) e o Judiciário (padrão de resolução de conflitos; distribuição e acesso a serviços públicos e inovação tecnológica).

No que tange ao Judiciário, a base para análise do padrão de resolutividade dos litígios levou em conta o tempo médio para proferir a sentença e o acórdão, o tempo médio do processo baixado e do processo pendente, índice de produtividade comparada da justiça, taxa de congestionamento, índice de atendimento da demanda, índice de conciliação, índice de produtividade dos magistrados, índice de produtividade dos servidores e índice de produtividade dos servidores da área judiciária (BRASIL, 2021d).

O que se verifica é que todos os parâmetros utilizados estão ligados à eficiência da prestação jurisdicional, não focando no padrão das partes que provocam o Judiciário.

Interessante notar que o CNJ em 2011 e 2012 expediu dois relatórios dos 100 maiores litigantes do país, no último caso referente aos dados de 2011 (BRASIL, 2012a), mas a partir de então não reproduziu exclusivamente esse tipo de relatório nos anos seguintes, deixando de utilizar tais dados para contemplar o índice de acesso à justiça, ou seja, não reconhece a habitualidade na provocação do Judiciário como um parâmetro a ser utilizado para contextualizar o efetivo acesso à Justiça.

No âmbito trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho expede relatórios dos setores que mais provocam o Poder Judiciário desde 2013, descrevendo os casos novos que chegam aos Tribunais Regionais do Trabalho da seguinte forma:

Tabela 1.1 - Setores que mais provocaram o Poder Judiciário desde 2013

Setor	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<b>Administração Pública</b>	5,7%	7,8%	7,8%	8%	9%	9,8%	8,5%	9,8%
<b>Agropecuária, Extração, Vegetal e Pesca</b>	1,1%	1,5%	1,9%	1,8%	1,7%	1,8%	1,8%	1,6%
<b>Comércio</b>	5,5%	7,0%	9,0%	9,4%	9,1%	8,8%	9,1%	8,8%
<b>Comunicação</b>	3,0%	3,8%	3,2%	3,4%	3,7%	3,6%	3,7%	3,9%
<b>Educação, Cultura e</b>	1,3%	1,7%	1,9%	2,0%	2,1%	2,3%	2,4%	2,7%

Setor	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<b>Lazer</b>								
<b>Empresa de processamento de dados</b>	0,2%	0,3%	0,5%	0,6%	0,7%	0,8%	0,9%	0,8%
<b>Indústria</b>	12,1%	16,3%	19,8%	21%	21,5%	20,6%	19,6%	17,6%
<b>Seguridade Social</b>	2,1%	2,6%	1,9%	2%	2%	2,3%	2,5%	2,5%
<b>Serviços diversos</b>	7,0%	8,7%	11%	11,6%	12,2%	12,5%	12,9%	12,6%
<b>Serviços Domésticos</b>	0,1%	0,2%	0,3%	0,4%	0,4%	0,5%	0,6%	0,6%
<b>Serviços Urbanos</b>	1,6%	2,1%	2,6%	2,5%	2,7%	2,6%	2,5%	2,6%
<b>Sistema Financeiro</b>	3,9%	5,0%	5,8%	6,2%	6,1%	6,5%	6,7%	7,2%
<b>Transporte</b>	3,6%	4,4%	5,6%	5,9%	5,9%	5,8%	5,8%	5,8%
<b>Turismo, Hospitalidade e Alimentação</b>	0,9%	1,1%	1,3%	1,6%	1,8%	1,8%	2,1%	2,2%
<b>Outros</b>	28,4%	37,4%	27,4%	23,6%	21,1%	20,4%	21,2%	21,2%

Fonte: Elaboração própria com base em BRASIL, 2020b.

Abstraindo o ano de 2013 em que a somatória dos valores indicados no relatório alcança o montante de 76,50% e, por isso, será excluído, temos a seguinte média de 2014 a 2020 dos setores que mais tiveram casos novos nos Tribunais Regionais do Trabalho.

Tabela 1.2 - Média de setores que mais tiveram casos novos nos TRTs (2014 a 2020)

	Setor	Média
1º	Outros	24,61%
2º	Indústria	19,49%
3º	Serviços diversos	11,64%
4º	Comércio	8,74%
5º	Administração Pública	8,67%
6º	Sistema Financeiro	6,21%
7º	Transporte	5,60%
8º	Comunicação	3,61%
9º	Serviços Urbanos	2,51%
10º	Seguridade Social	2,26%
11º	Educação, Cultura e Lazer	2,16%
12º	Agropecuária, Extração, Vegetal e Pesca	1,73%



	<b>Setor</b>	<b>Média</b>
13º	Turismo, Hospitalidade e Alimentação	1,70%
14º	Empresa de processamento de dados	0,66%
15º	Serviços Domésticos	0,43%

Fonte: Elaboração própria

Retirando “outros” e os “serviços diversos” que são conceitos amplos e não definem verdadeiramente um setor, temos que os seis primeiros setores que mais provocam novos processos nos Tribunais Regionais do Trabalho são a indústria, o comércio, a administração pública, o sistema financeiro, o transporte e a comunicação, como se verifica pela tabela a seguir:

Tabela 1.3 - Setores que mais provocam novos processos nos TRTs, com exclusão de “outros” e “serviços diversos”

	<b>Setor</b>	<b>Média</b>
1º	Indústria	19,49%
2º	Comércio	8,74%
3º	Administração Pública	8,67%
4º	Sistema Financeiro	6,21%
5º	Transporte	5,60%
6º	Comunicação	3,61%

Fonte: Elaboração própria

Os setores da indústria, do comércio e de transporte são setores que possuem diversas empresas, ou seja, são pulverizados, de modo que nessa análise os litigantes habituais estão concentrados na Administração Pública, no sistema financeiro e nas empresas do setor de comunicação. Além disso, é possível constar que esses três setores ampliaram sua participação nas causas sujeitas aos Tribunais entre os anos indicados anteriormente.

A concentração de demandas nesses três setores reflete na Corte Trabalhista, como se verifica pelos relatórios apresentados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) nos anos de 2019 e 2020 indicando os 20 maiores litigantes naquela Corte.

O relatório de movimento processual do ano de 2019 mencionou que 31,7% dos processos no Tribunal Superior do Trabalho estavam concentrados em 20 litigantes assim elencados:

Tabela 1.4 - Relatório de movimento processual no TST do ano de 2019

<b>Partes</b>	<b>Número de processos</b>
União	21.464
Petrobrás	13.775
Banco do Brasil S.A.	12.261
Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos	11.373
Caixa Econômica Federal	10.857
Banco Bradesco S.A	7.242
Itaú Unibanco S.A.	6.385
Banco Santander (Brasil) S.A.	6.010
Fazenda Pública de SP	4.773
Fundação Casa – SP	4.642
Estado do Rio de Janeiro	4.216
Claro S.A.	3.801
Telefônica Brasil S.A.	3.244
Estado do Rio Grande do Sul	3.196
Via Varejo S.A.	3.000
OI S.A.	2.977
Estado da Bahia	2.824
Brasil Foods	2.743
Volkswagen	2.545
General Motors	2.472
<b>Total</b>	<b>129.600</b>

Fonte: Elaboração própria com base em BRASIL, 2021c

Desta relação é possível detectar que 7 litigantes estão relacionados à Administração Pública<sup>4</sup> (35%), 5 são bancos<sup>5</sup> (25%) e 3 empresas de telefonia (15%). Quando analisado sob o ângulo do número de processos existentes entre os litigantes habituais (129.600), a Administração Pública representa 40,44% (52.488) dos processos, os Bancos 32,94% (42.755), as empresas de telefonia 7,72% (10.022), além do que apenas a Petrobrás tem entre esses litigantes 10,61% (13.775) dos processos.

<sup>4</sup> A Petrobrás, embora integrante da Administração Pública indireta, não incluímos na porcentagem da administração, vez que possui atividade econômica, de modo que optamos por incluir na Administração Pública apenas as entidades que se submetem ao regime de precatórios ou requisição de pequeno valor. Esse mesmo critério utilizaremos nas demais tabelas.

<sup>5</sup> A Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil, embora integrantes da Administração Pública indireta, optamos por inserir entre os Bancos ante sua atividade eminentemente econômica. Esse mesmo critério utilizaremos nas demais tabelas.

No final de 2020, o TST apresentou o resíduo de processos existentes em 31.12.2020, indicando os 200 maiores litigantes, sendo os 20 primeiros os seguintes:

Tabela 1.5 - 20 maiores litigantes no TST no ano de 2020

<b>Partes</b>	<b>Números de Processos</b>
Petrobrás	11.564
Banco do Brasil S.A.	10.397
Caixa Econômica Federal	8.537
União	7.990
Banco Bradesco S.A.	7.308
Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos	6.667
Banco Santander (Brasil) S.A.	5.081
Itaú Unibanco S.A.	5.009
Fundação Casa-SP	3.923
Telefônica Brasil S.A.	2.898
Claro S.A.	2.839
OI S.A.	2.597
Estado do Rio de Janeiro	2.567
Volkswagen do Brasil indústria de veículos automotores Ltda.	2.317
Atento Brasil S.A.	2.022
Vale S.A.	1.887
Telemar Norte Leste S.A.	1.830
Estado de São Paulo	1.645
Fundação Petrobrás de seguridade social	1.480
Companhia brasileira de distribuição	1.413
<b>Total</b>	<b>89.971</b>

Fonte: Elaboração própria com base em BRASIL, 2021e

Neste relatório, verifica-se que 5 litigantes estão relacionados à Administração Pública (25%), 5 são bancos (25%) e 5 empresas de telefonia (25%). Quando verificado sob o aspecto do número de processos existentes entre os litigantes habituais (89.971), a Administração Pública representa 23,33% (22.792) dos processos, os Bancos 40,38% (36.332), as empresas de telefonia 13,54% (12.186), além do que apenas a Petrobrás e a

Fundação Petrobrás tem entre esses litigantes 14,50% (13.044) dos processos.

É possível detectar que os litigantes habituais dominam o âmbito dos Tribunais e continuam aumentando a concentração de seus processos especialmente na Corte Trabalhista, como se verifica pela movimentação processual do TST de 2020 e 2021 sobre os casos novos, assim entendidos como os recursos advindos dos Tribunais Regionais ou as ações originárias no TST.

Tabela 1.6 - Movimentação processual do TST de 2020 sobre casos novos

<b>Partes</b>	<b>Número de processos</b>
Petrobrás	9.670
Banco do Brasil S.A.	7.684
Banco Bradesco S.A.	6.903
Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos	6.827
União	5.820
Estado do Rio de Janeiro	4.781
Itaú Unibanco S.A.	4.739
Caixa Econômica Federal	4.578
Telefônica Brasil S.A.	4.337
Banco Santander (Brasil) S.A.	3.931
Claro S.A.	3.654
Via Varejo S.A.	3.476
Fundação Casa/SP	3.044
General Motors do Brasil Ltda.	2.954
Companhia Brasileira de Distribuição	2.343
Estado de São Paulo	2.307
OI S.A.	2.151
Município do Rio de Janeiro	2.086
Atento Brasil S.A.	1.877
Pró-Saúde - Associação Beneficente de Assistência Social E Hospitalar	1.804
<b>Total</b>	<b>84.966</b>

Fonte: Elaboração própria com base em BRASIL, 2021e

Tabela 1.7 - Movimentação processual do TST de 2021 até fevereiro sobre casos novos

<b>Partes</b>	<b>Número de Processos</b>
Petrobrás	1.377

<b>Partes</b>	<b>Número de Processos</b>
União	1.078
Caixa Econômica Federal	863
Banco Bradesco S.A.	837
Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos	803
Banco do Brasil S.A.	785
Telefônica Brasil S.A.	556
Itaú Unibanco S.A.	543
Fundação Casa	528
Estado do Rio de Janeiro	483
Banco Santander (Brasil) S.A.	478
Via varejo	464
Claro S.A.	456
Município do Rio de Janeiro	362
OI S.A.	352
Estado de São Paulo	321
Pró-Saúde	291
Telemar Norte Leste S.A.	273
Grupo Pão de Açúcar	272
Estado do Rio Grande do Sul	252
<b>Total</b>	<b>11.374</b>

Fonte: Elaboração própria com base em BRASIL, 2021e

Dos casos novos existentes no TST em 2020, entre os 20 maiores litigantes 6 estão ligados à Administração Pública, 5 são bancos e 4 empresas de telefonia. Quanto ao quantitativo de processos entre os maiores litigantes a Administração Pública possui 29,26% (24.865), os bancos 32,76% (27.835), empresas de telefonia 14,15% (12.019), além da Petrobrás ter 11,38% (9.670).

No ano de 2021, embora o relatório seja até fevereiro, o cenário não é diferente. Dos 20 maiores litigantes, 6 são da Administração Pública, 5 são bancos e 4 empresas de telefonia. Quanto ao número de processos entre esses litigantes a Administração Pública tem 31,43% (3.575), os bancos 30,82% (3.506), as empresas de telefonia 14,39% (1.637), além de a Petrobrás representar 12,11% (1.377).

Em suma, por essa análise os litigantes habituais no âmbito da Corte Trabalhista são a Administração Pública, os Bancos, as empresas de telefonia e a Petrobrás, podendo verificar que o quantitativo de processos desses setores tem ampliando nos últimos anos, permitindo que, enquanto muitos não tenham efetivo acesso, outros acabam centralizando a máquina do

Judiciário para julgamento de seus casos, criando desigualdade na distribuição do serviço do judiciário.

É por isso que a morosidade e ineficiência do Judiciário não derivam, necessariamente, de uma democratização do acesso à justiça, mas da utilização excessiva de alguns entes públicos e privados, em razão de suas condutas ou omissões (ASPERTI, 2018, p. 57).

Essa distorção decorre, como bem observado por FRANCISCO, da própria interpretação do acesso à justiça que, por ter acepções múltiplas, pode gerar inclusive concepções contraditórias, ou seja, por um lado pode-se interpretá-lo como a necessidade de viabilizar o acesso aos jurisdicionais, inclusive aos pobres, por outro, pode-se compreender que o volume excessivo de processos inviabiliza tal acesso, aproximando-se da ideia de eficiência dos meios judiciais “coibindo o abuso do direito de ação, com a introdução de filtros à propositura de demandas frívolas ou ainda à interposição de recursos protelatórios” (2018, p. 24).

## 1.6 Os litigantes habituais nos recursos repetitivos

Dentro da sociedade de massa, temos relações jurídicas massificadas e conseqüentemente lesões delas derivadas. Isso resulta que, além dos interesses difusos e coletivos, é importante a tutela dos direitos individuais homogêneos, vez que um ato derivado de origem comum pode provocar danos que atinjam pessoas dispersas na sociedade.

É por isso que o Código de Defesa do Consumidor contemplou-os expressamente no art. 81, parágrafo único, inciso II, como aqueles “decorrentes de origem comum”.

Esses direitos, por serem individuais e divisíveis (ZAVASCKI, 2017, p. 40), viabilizam o ajuizamento de ações individuais pelo próprio titular. Podem, ainda, ser tuteladas por meio de um processo ajuizado em litisconsórcio por afinidade (CPC, art. 113, III). Autorizam, também, o ajuizamento de ação coletiva pelos legitimados descritos no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos busca-se tão somente beneficiar as vítimas e seus sucessores, ante a coisa julgada *secundum eventus litis* formada nessas ações (CDC, art. 103, III). Isso significa que, mesmo existindo a ação coletiva, se seus pedidos forem julgados improcedentes, não obsta o ajuizamento das demandas individuais, salvo se tiver participado do processo como assistente litisconsorcial.

Elas viabilizam, portanto, o acesso à justiça pelo menos sob dois aspectos: primeiro, permite que o processo alcance todos os lesados e, segundo, na concepção de Galanter, com o

agrupamento dos participantes eventuais (PEs), eles se tornam jogadores habituais (JHs), deixando os litígios de ser entre PE x JH, transformando-se em litígios entre JH x JH, aumentando os riscos para o JH, além de permitir que os autores possam desfrutar das vantagens dos JHs (GALANTER, 2018, p. 118-119).

Essas ações podem se enquadrar ainda na concepção do acesso à justiça ligado à eficiência do Judiciário. É que derivam do princípio da economia processual, já que em um único processo é possível solucionar diversas relações individuais, vez que a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*.

Elas, porém, não alcançam todos os problemas da litigiosidade repetitiva, sofrendo inclusive algumas críticas da doutrina resumidas por TEMER (2016, p. 35-36) como a restrição em relação a algumas matérias, a restrição da legitimidade da pessoa física, a ausência de critérios para aferir e controlar a representação adequada, a ineficiência do sistema de comunicação do ajuizamento das ações coletivas, a necessidade das execuções individuais decorrentes da condenação genérica, dentre outras.

Isso levou a criação de novas técnicas processuais tendentes a garantir o direito fundamental da duração razoável do processo inserido pela EC nº 45/04 e, conseqüentemente, dar eficiência gerencial ao Judiciário, como é o caso do recurso repetitivo.

Como mecanismo de solução de demandas massificadas, os litigantes habituais serão frequentemente convocados a participar dos julgamentos repetitivos. Tanto é assim que dos 18 recursos repetitivos, atualmente, no C. TST, 6 deles são de litigantes habituais do Poder Judiciário Trabalhista, a saber: Bancos (tema 2), empresa de telefonia (tema 5), Petrobrás (tema 13) e Administração Pública (temas 8, 15 e 16).

Partindo-se do pressuposto que o legislador ponderou adequadamente os direitos fundamentais em jogo, dando destaque nesse aspecto ao da duração razoável do processo, faz-se necessário analisar adequadamente esse mecanismo processual para viabilizar que os recursos repetitivos representem litígios entre dois jogadores habituais, viabilizando a adequada participação dos atingidos na formação da tese jurídica, para ampliar os riscos dos JH e não criar maiores vantagens para eles.

Em suma, o recurso de revista repetitivo deve legitimar a criação da tese jurídica e reconhecer que a duração razoável do processo é uma das facetas do acesso à justiça, de modo que as demais também devem ser preservadas, convivendo harmoniosamente com o direito de ingresso e o de participar da formação do precedente obrigatório, por meio do devido processo legal.

## 1.7 Litigância habitual e disparidade das partes no processo do trabalho

A análise de Galanter, descrita anteriormente, tem como pressuposto que a parte que habitualmente participa do processo tem vantagens sobre aquelas que postulam eventualmente, podendo ser destacada dentre uma das vantagens a de trabalhar com as regras da própria litigância, fazendo acordos nos processos que têm menores condições de sucessos e prosseguir com os demais, facilitando, com isso, a criação de um precedente favorável.

No processo do trabalho, evidentemente, não é diferente.

Nesse contexto, já foi constatado que alguns jogadores habituais, valendo-se da Jurimetria, negociam naqueles casos em que aguardam um resultado negativo, levando a julgamento aqueles que consideram mais prováveis de criar resultados favoráveis.

Trata-se da litigância manipulativa da jurisprudência pela conciliação como delineado por ORSINI e LEME (2021, p. 24-44), indicando as autoras que as empresas UBER do Brasil Tecnologia Ltda e 99 Tecnologia Ltda têm realizado acordos no 2ª grau, nos dias anteriores à sessão, baseados na pessoa dos julgadores e não, necessariamente, na prova dos autos e riscos deles decorrentes (2021, p. 31), já que são formalizados nas turmas que têm predileção para o reconhecimento do vínculo empregatício, pretendendo, com isso, criar uma aparente jurisprudência amplamente favorável ao não reconhecimento do vínculo.

Essas vantagens, como visto, derivam dos litigantes habituais. No entanto, no campo trabalhista acredita-se que elas podem estar além da mera habitualidade de litigar em juízo, estando conectada com a própria figura das partes (empregado x empregador) que, por si só, já concede disparidade entre elas deste o nascedouro das relações material e processual, de modo que os empregadores já saem na frente.

Não se nega que, como regra, os empregadores são jogadores habituais, mas ainda que não sejam (p.ex., empregador demandado eventualmente) ela já sai na frente, valendo-se de diversas vantagens que GALANTER (2018, p. 48-54) direciona aos jogadores habituais como, por exemplo: o conhecimento prévio da demanda, construindo registro e estruturação para transação seguinte, se houver; têm mais acesso a especialistas; podem jogar com probabilidades, minimizando ao máximo o risco de perda; podem disputar regras da própria litigância, preocupando-se com o resultado para os casos futuros, se existente.

Desse modo, não se pode admitir que o recurso de revista repetitivo sirva como mais um mecanismo para ampliar as vantagens “dos que têm”, especialmente dos empregadores, devendo o instituto ser adequadamente aplicado, a fim de garantir a legítima participação dos atingidos pela criação da tese jurídica firmada, minimizando possíveis disparidades e



contemplando o acesso à justiça em sua concepção plena.

## 2 PARTICIPAÇÃO NO RECURSO DE REVISTA REPETITIVO

O recurso de revista repetitivo é embasado na duração razoável do processo, buscando em um único processo solucionar diversas demandas idênticas ou semelhantes, ao autorizar que firmada a tese jurídica ela será aplicada a todos os processos presentes e futuros.

No entanto, como visto no capítulo anterior, o acesso à justiça não se resume ao direito de sair do judiciário, devendo se compatibilizar com as demais facetas ou, caso não seja possível essa compatibilização, haja o menor sacrifício aos demais direitos fundamentais.

Desse modo, faz-se necessário analisar o direito de participação, base do devido processo legal, como forma de atenuar o déficit de contraditório e gerar o menor sacrifício a este direito fundamental.

### 2.1 Participação como base do devido processo legal coletivo

O processo, para que seja reconhecido como instrumento legítimo no Estado Democrático de Direito, pressupõe o respeito ao devido processo legal, considerado nesse estudo como faceta do acesso à justiça<sup>6</sup>.

Trata-se de direito fundamental descrito no art. 5º, LIV, da CF/88, reconhecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, impondo, assim, o respeito às garantias processuais, como é o caso do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais, do tratamento paritário das partes no processo, da proibição de provas ilícitas, da publicidade dos atos processuais etc.

Como adverte DINAMARCO (2020, p. 320), o devido processo legal tem significado sistemático, fechando o círculo das garantias e exigências constitucionais relacionados ao processo, tendo um conteúdo sintético que afirma a indispensabilidade de todas e reafirma a autoridade de cada uma.

É, ainda, uma cláusula geral, permitindo que seu significado normativo seja modificado ao longo do tempo, observando, evidentemente, a proibição do retrocesso em termos de direitos fundamentais (DIDIER JR., 2016, p. 66-67).

Isso significa que os direitos fundamentais já contemplados na interpretação atual do devido processo legal não poderão ser retirados no futuro, permitindo a integração de novos direitos fundamentais ou nova interpretação consentânea com os já existentes.

---

<sup>6</sup> Diante desse recorte não exploraremos o devido processo legal no processo de formação das leis.

Nesse cenário que se insere o devido processo legal coletivo, o qual deve respeitar as garantias existentes, sem prejuízo de ampliar a incidência de algumas e restringir o campo de atuação de outras, quando a compatibilização dos direitos fundamentais assim exigir.

Noutras palavras, interpreta-se o alcance dessas garantias, sem a necessidade de buscar outros elementos para sua incidência nos processos coletivos (VITORELLI, 2019, p. 154).

Desse modo, o dever de motivação das decisões judiciais, por exemplo, é ampliado no julgamento dos recursos repetitivos, ao se exigir fundamentação reforçada, o que significa que o acórdão deve analisar todos os fundamentos suscitados no que tange à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrárias (CPC, art. 984, § 2º).

O mesmo se diga da publicidade que deve ser majorada nos recursos repetitivos, vez que atingindo diversos sujeitos que não estão no processo, eles devem ter conhecimento de sua existência (CPC, art. 979, *caput*).

Por outro lado, o princípio do contraditório sofre diversas adaptações, em prol da segurança jurídica, duração razoável do processo e da isonomia.

Como adverte VITORELLI (2020, p. 120) ao tratar das ações coletivas, o grande problema dos processos coletivos em todos os sistemas em que foi implementado é compatibilizá-lo com o devido processo legal, já que pessoas que não figuram no processo são atingidas pela decisão, o que contraria o senso básico que orienta os sistemas jurídicos modernos, pois o devido processo legal é associado à participação, permitindo que o interessado acompanhe o que irá acontecer com o advento da decisão.

Pela análise histórica realizada por VITORELLI (2019, p. 156) na jurisprudência dos Estados Unidos e da Inglaterra, o conceito de devido processo legal cresceu em volta da participação, fazendo parte do senso de justiça, sobressaindo o direito de participar do desenvolvimento do processo em relação as demais garantias. Garante-se, assim, o direito de ter o dia na Corte.

É por isso que o contraditório é visto como elemento central do devido processo legal, tendo a função de garantir a efetiva participação dos jurisdicionados no processo judicial e impor limites ao poder de julgar do Estado (ZUFELATO, 2019, p. 43).

Tanto é assim que “o que caracteriza o *processo* é a celebração *contraditória* do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante exercício das faculdades e

---

<sup>7</sup> Embora esse dispositivo esteja no capítulo do incidente de resolução de demandas repetitivas, ele também tem incidência no recurso de revista repetitivo, pois ambos se inserem no microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos e de formação de precedentes obrigatórios, o que significa que as normas do CPC e da CLT acerca do recurso de revista repetitivo se inter-relacionam, compatibilizam-se e são complementares (DIDIER Jr.; CUNHA, 2017, p. 676).

poderes integrantes da relação jurídica processual” (DINAMARCO, 2005, p. 79).

Integra, portanto, o próprio conceito de processo, viabilizando que a decisão seja construída com a participação das partes, a fim de torná-la legítima dentro do Estado Democrático de Direito.

O contraditório é um direito fundamental descrito no art. 5º, LV, da CF/88, inicialmente concebido como contraditório formal, consistente no dever de informar os sujeitos processuais do ocorrido no processo, possibilitando sua manifestação.

O contraditório moderno, denominado contraditório substancial ou dinâmico, dispõe que não basta informar as partes e permitir sua manifestação, impondo que essa permissão ocorra antes da decisão judicial, com a finalidade de poder influir o convencimento do julgador, obstando o proferimento de decisões-surpresa, conforme declina os arts. 9º e 10º do CPC.

Inclui-se no contraditório o direito de influenciar o julgador, de modo que a participação somente será efetiva se inviabilizar decisões-surpresa.

Essa participação ganha contornos mais complexos, no caso do recurso de revista repetitivo, vez que o ordenamento não estabelece um representante *ope legis* ou *ope judicis* a tutelar os interesses dos sobrestados<sup>8</sup>, como ocorre nas ações coletivas. Além disso, sendo um precedente de observância obrigatória pode inclusive prejudicar aqueles que não participaram do processo, ou seja, os ausentes<sup>9</sup>.

Com efeito, o problema do contraditório nesses recursos deve ser compreendido em uma perspectiva pamprocessual, alcançando garantias que ultrapassam o autor, o réu e os demais sujeitos do processo (VITORELLI, 2019, p. 170).

Para ARENHART e OSNA (2019, p. 43-44) essa perspectiva impõe uma análise global do processo reconhecendo a justiça como um serviço público, em que o Estado é convocado a prestar, devendo ser entendida não apenas pelo aspecto processual, mas sob a ótica legislativa, estrutural e cultural. Legislativa como o dever de se criar leis que ofereçam respostas adequadas e atuais às demandas da sociedade. Estrutural ao exigir que o sistema de Justiça tenha recursos humanos e materiais adequados para que possa desempenhar suas atividades da melhor forma possível. E no plano cultural quando se relaciona com a qualidade da demanda posta no Judiciário e, indiretamente, com a resposta que ele é capaz de fornecer.

Disso resulta que a escassez de recursos impõe que o “grau de efetividade outorgado a

---

<sup>8</sup> Entendido nesse trabalho como aqueles que têm seu processo sobrestado em razão do recurso de revista repetitivo.

<sup>9</sup> Aqueles que serão atingidos no futuro pelo precedente criado no recurso de revista.

um único processo deve ser pensado a partir da necessidade de assegurar eficiência do sistema judiciário como um todo” (ARENHART e OSNA, 2019, p. 45).

Nesse contexto de análise global do sistema, a tutela coletiva acaba implicando a limitação da participação direta do destinatário do provimento jurisdicional em favor de determinada sistemática representativa (ASPERTI, 2018, p. 101), a qual se perfaz na participação instrumental.

Essa participação instrumental reconhece que os direitos processuais devem ser analisados com base em seus custos, não apenas sob a ótica do caso, mas de todo sistema, de modo que o aumento da participação somente é valioso se contribuir para a melhoria da qualidade dos julgamentos (VITORELLI, 2019, p. 207).

É por isso que o sistema pode impedir que determinados titulares de direito possam participar de um processo, desde que ocorre em face de outros valores que o ordenamento reputa mais relevante e adote medidas para assegurar a qualidade do resultado (VITORELLI, 2019, p. 214-215), no contexto da colisão de direitos fundamentais já tratado no Capítulo 1.

De qualquer maneira, os valores considerados mais relevantes para determinado caso devem direcionar para a qualidade do resultado do processo que é a tutela efetiva do direito material, de modo que “a restrição ou supressão da participação é condicionada pela avaliação da sobrecarga do sistema jurídico e da possibilidade de obtenção de resultados materiais adequados em sua ausência” (VITORELLI, 2019, p. 213-214).

Portanto, as participações nos recursos de revista repetitivo, conquanto devam ser exaltadas para garantir o contraditório, devem ser analisadas sob o contexto da qualidade e não da quantidade.

Ademais, impõe-se verificar integralmente o procedimento para a criação desses precedentes, desde a escolha dos processos paradigmas, passando por todos os envolvidos no processo e seu resultado para se verificar com exatidão a qualidade daqueles que atuaram no processo e se “representaram”, ainda que indiretamente, os sujeitos ausentes ou que tiveram seus processos sobrestados.

Há de se registrar, ainda, que o contraditório no caso dos recursos de revista repetitivos deve ser analisado tanto no momento da criação do precedente como na sua aplicação, a fim de permitir efetivos debates na sua construção e também viabilizar, no momento de sua aplicação, o cotejo dos fundamentos invocados pelas partes para afastar ou distinguir o precedente do seu caso (ZUFELATO, 2019, p. 244).

## 2.2 Participação nas ações coletivas

Considerando a conexão existente entre as ações coletivas e os recursos repetitivos e sabendo-se que aquelas possuem sistema de representação mais sedimentado pelo tempo de sua utilização, buscar-se-á inicialmente analisar a participação nas ações coletivas como mecanismo de minimizar o déficit de contraditório, atraindo as diretrizes necessárias para os recursos repetitivos.

### 2.2.1 Representação adequada nas *class action*

As *class action* do direito norte-americano inspiraram o legislador brasileiro na criação das ações coletivas, especialmente para tutela dos direitos individuais homogêneos (WATANABE, 2019, p. 269), embora tenham algumas diferenças dignas de notas que serão analisadas na próxima seção.

Elas podem ser definidas como um processo em que uma pessoa (integrante da classe ou do grupo) ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto grupo, representa um grupo maior ou classe de pessoas, devendo compartilhar entre si um interesse comum (BUENO, 1996, p. 2).

A *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure* estabelece os pré-requisitos necessários para que a demanda coletiva seja processada, incumbindo ao autor demonstrar que todas as exigências estão satisfeitas, a saber: definir a classe de forma clara e precisa para determinar o alcance e os limites subjetivos do julgado, além de viabilizar a comunicação de seus membros; a classe seja tão numerosa que inviabilize a formação do litisconsórcio; deve ter questões comuns de fato ou de direito; as pretensões ou defesas devem ser típicas de classe, impondo que a parte representativa seja integrante da classe; as partes representativas devem efetuar a justa e adequada proteção dos interesses da classe (MENDES e MENDES, 2021, p. 795).

Esse último pré-requisito, de maior importância para o presente estudo, é a denominada representação adequada, momento em que haverá o controle judicial da possibilidade das partes representativas e seus advogados defenderem adequadamente os interesses da classe.

Permite-se nessas ações que uma pessoa ou um grupo de pessoas, assim considerado, represente todos os demais integrantes do grupo, autorizando-se que se alcance todos os seus integrantes, ainda que não tenham participado do processo ou tenham exercido seu direito de ser ouvido, na concepção clássica do contraditório existente no processo individual.

Autoriza-se, pois, que os direitos e interesses sejam defendidos em juízos por outros titulares, sem poderes específicos conferidos voluntariamente mediante mandato ou outro tipo de autorização, afastando-se da ideia básica de representação ou defesa de direito alheio que está associada à manifestação de vontade do próprio titular, diretamente, como se dá pelo voto, ou indiretamente, quando o representante, mediante lei, outra eleição ou substabelecimento, confere a terceiro os poderes recebidos (MENDES; MENDES, p. 801).

É por isso que conceitos fundamentais do direito processual tradicional, como o devido processo legal e, conseqüentemente, o contraditório são revisitados para se adaptar às novas exigências da sociedade contemporânea. Isso não significa que devem ser abandonados, mas reestruturar adequadamente institutos como a legitimação, a representação e a substituição processual, os limites da coisa julgada, os poderes do juiz no processo e as garantias processuais das partes (GRINOVER, 1979, p. 31 e 35), a fim de se preservar o efetivo acesso à justiça.

A representação adequada da *class action* é tida como uma forma de reestruturação desses conceitos pela própria natureza do litígio, permitindo que os membros ausentes desta mesma classe sejam afetados por seus efeitos e pela impossibilidade de rediscussão da decisão (BUENO, 1996, p. 11).

Representação adequada consiste em aferir se aquela pessoa ou grupo que se apresenta perante a Corte defenderá da melhor forma possível os interesses de toda a classe e não somente os seus interesses (BUENO, 1996, p. 19).

Evidentemente que atingindo todos os integrantes do grupo, essa análise da representação deve ser efetiva, verificando a presença do interesse jurídico das partes representativas na demanda; a capacidade técnica dos advogados que patrocinam a demanda, a experiência em ações coletivas, a especialização na área e sua estrutura para assumir a demanda em classe, mormente para cumprir o dever de comunicação e esclarecimento aos membros da classe e; ainda, se existe algum conflito dentro da classe, podendo dividir nesse caso a classe em subclasses (CAVALCANTI, 2015, p. 86).

Ademais, para que o ausente esteja devidamente representado e possa exercer o direito de exclusão ou aceitar a representatividade do autor, é dada ampla publicidade da propositura e da certificação da *class action*, entendendo a jurisprudência norte americana que todos os membros da classe representada devem ser identificados e encontrados com esforço razoável, sendo notificados individualmente, mesmo que sejam milhões de pessoas, para que tenham ciência da ação coletiva que trata de seus interesses (CAVALCANTI, 2015, p. 93).

Com a alteração promovida em 2018 na *Rule 23 das Federal Civil Procedure Rules*,

permitiu-se que a comunicação seja realizada pelos correios, meios eletrônicos ou outros meios apropriados. De qualquer maneira, como adverte BUENO (1996, p. 16), a publicidade nessas ações relaciona-se de forma intrínseca com a representação adequada.

Aliás, a notificação pretende assegurar ao representante que seja um defensor efetivo e vigoroso para todos os membros do grupo, vez que havendo a participação indireta no processo, o devido processo legal requer a adequação da representação para que o exercício do poder jurisdicional não se constitua em arbítrio (MARINONI, 2019, p. 82).

Estando presentes todos os pré-requisitos e reconhecendo como demanda coletiva, tem-se a certificação (*class certification*), presumindo-se que todos os integrantes da classe serão representados na demanda, o que significa que a vontade do representante será a vontade de todos os integrantes do grupo, sendo uma espécie de *longa manus* da classe (CAVALCANTI, 2015, p. 84).

Disso resulta que os efeitos da coisa julgada material atingirão todos membros do grupo, independentemente do resultado do processo. Permite-se, porém, o direito de exclusão chamado de *opt-out*. Noutras palavras, o membro do grupo não precisa aderir à ação coletiva (*opt-in*) ou autorizar seu ajuizamento para sofrer os efeitos da decisão, mas caso não queira ser atingido deverá exercer obrigatoriamente seu direito de exclusão (*opt-out*).

Reconstrói-se, de certo modo, o contraditório e, conseqüentemente, o direito participar, que se faz por meio de representação. No entanto, dá-se muita ênfase na ciência do ausente para que tenha conhecimento de que seus direitos estão sendo discutidos em juízos. A mudança na *Rule 23* em 2018 (MENDES; MENEDES, p. 818) deu ainda maior ênfase na comunicação especialmente no caso de acordo, tudo com o objetivo de preservar, ainda que reconstruído, o devido processo legal, atenuando a participação dos ausentes em todos os atos do processo, mas viabilizando sua manifestação nos atos essenciais.

### **2.2.2 Representação nas ações coletivas no Brasil**

Os litígios em massa não passaram despercebidos pelo legislador brasileiro, tendo um amplo e dos mais modernos sistemas de proteção dos direitos metaindividuais, especialmente dos direitos individuais homogêneos.

Cite-se, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 (arts. 5º, LXX, 8º, III, 129, III), a Lei da ação popular (Lei n. 4.717/1965), a Lei da ação civil pública (Lei n. 7.347/1985), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), a Lei de Portadores de Deficiência (Lei n. 7.853/89), o Estatuto



da Criança e do Adolescente ( Lei n. 8.069/90) etc.

A análise sistemática e intercomunicante dessas normas dá origem ao que se denomina de microssistema de tutela coletiva (RIBEIRO, 2016, p.7-9), viabilizando “a reunião sistemática de todas as leis que tratam da tutela de direitos coletivos no Brasil”, criando um “verdadeiro ‘Código Brasileiro de Processos Coletivos’” (CAVALCANTI, 2015, p. 532).

A propósito, com a chegada do CPC de 2015 que consagra normas fundamentais, mormente no seu art. 1º, evidencia-se “um outro patamar de unidade, um sistema aberto e flexível e combinado com a Constituição e com os microssistemas processuais, em especial, com o processo coletivo, fazendo referência expressa às ações coletivas” (DIDIER Jr.; ZANETI Jr, 2016a, p. 49), de modo que o CPC passa a integrar o microssistema de tutela coletiva, tendo aplicação direta naquilo que não for contrário aos direitos coletivos (CARDOSO, 2018, p. 82).

Conquanto esse microssistema busque congrega os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, diante do recorte deste trabalho que é analisar os recursos de revista repetitivos, iremos nos ater aos direitos individuais homogêneos, consistente em direitos subjetivos individuais que, por decorrerem de origem comum, podem ser tutelados coletivamente.

O direito se mantém como individual, mas admite-se sua tutela por meio de um processo coletivo, com a finalidade de exaltar a economia processual, a duração razoável do processo e minimizar decisões conflitantes.

Trata-se, pois, de “uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (massa)” (GIDI, 1995, p. 30).

Esses direitos, por serem individuais e divisíveis (ZAVASCKI, 2017, p. 40)<sup>10</sup>, viabilizam o ajuizamento de ações individuais pelo próprio titular. Podem ser tutelados por meio de um processo ajuizado em litisconsórcio por afinidade (CPC, art. 113, III) e, ainda, autorizam, o ajuizamento de ação coletiva.

Diante dessa pluralidade de sujeitos e objeto material divisível, tais direitos podem ser atingidos com maior frequência pelos recursos repetitivos, o que justifica a delimitação desse tópico aos direitos individuais homogêneos.

---

<sup>10</sup> Em sentido contrário entende DIDIER JR; ZANETI JR (2016, p. 76) que os direitos individuais homogêneos não são acidentalmente coletivos, mas direitos coletivizados pelo ordenamento, com o que não concordamos vez que a dimensão coletiva descrita pelos autores somente decorre do *fluid recovery*, o que não existe quando os beneficiários efetivam seus direitos, ou seja, acredita-se que a natureza do direito não deve ser reconhecida pela frustração da efetivação pelos beneficiários, mas sim pelo próprio direito que tem natureza individual. Trata-se de técnica processual coletiva não tornando o objeto indivisível e em lesões coletivas (TEMER, 2016, p. 48-49).

Isso não significa, porém, que os recursos de revista repetitivos apenas irão julgar questões que poderiam se submeter à ação civil coletiva, podendo atingir outros objetos, inclusive questões repetidas estritamente processuais (TEMER, 2016, p. 60).

Os direitos individuais homogêneos, como dito, podem ser tutelados de forma coletiva pela ação civil coletiva, a qual tem seus legitimados previamente definidos pelo legislador, nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC<sup>11</sup>, a saber: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III- a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código de defesa do consumidor; VI - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades o direito metaindividual levantado em juízo. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

As entidades sindicais, como espécie de associação, possuem legitimidade disjuntiva e concorrente para ajuizar a ação civil coletiva. Têm, porém, duas peculiaridades dignas de nota: não precisam ser constituídas a pelo menos um ano e incluir entre suas finalidades o direito metaindividual levantado em juízo.

A exigência de que as associações sejam constituídas a pelo menos um ano tem entre outros objetivos o de obstar a criação de associações oportunistas. No caso das entidades sindicais, além do registro civil, para que tenham personalidade sindical, seu estatuto deve ser depositado no Ministério do Trabalho e Previdência, o qual irá preservar o princípio da unicidade sindical. Após tais formalidades, adquire personalidade jurídica e sindical, podendo ajuizar ações coletivas, como é o caso do dissídio coletivo e a ação de cumprimento. Pode ainda formalizar convenções e acordos coletivos. Desse modo, seria contraditório viabilizar que o sindicato pudesse realizar a tutela dos interesses dos integrantes da categoria por outros instrumentos de tutela coletiva e não poder ajuizar a ação civil coletiva (SANTOS, 2008, p. 357). Ademais, as entidades sindicais têm existência mais perene, não sendo constituídas apenas para atuar na defesa de determinado e circunstancial interesse coletivo, como pode ocorrer com as associações (MELO, 2012, p. 222).

Quanto à desnecessidade de incluir entre suas finalidades o direito metaindividual

---

<sup>11</sup> Em razão do microsistema de tutela coletiva esses dispositivos se aplicam de forma complementar, como determina inclusive o art. 21 da LACP e o 90 do CDC.

levantado em juízo, temos a denominada pertinência temática, consistente em requisito indispensável para as associações, o qual visa a demonstrar que sua finalidade institucional é compatível com a defesa judicial do interesse. No caso das entidades sindicais, sua finalidade institucional se extrai diretamente do art. 8, III, da CF/88, não havendo necessidade de constar em seu estatuto que poderá agir em juízo para a defesa de interesses metaindividuais relacionados direta ou indiretamente à categoria profissional por ela representada ou conexos a ela (SANTOS, 2008, p. 354).

Os arts. 5º da LACP e 82 do CDC viabilizam, porém, a representação por meio de presunção legal, no sentido de que os entes descritos nesses dispositivos representam adequadamente os interesses dos titulares do direito violado. Trata-se de representação *ope legis*, diferentemente do que ocorre nas *class actions* em que a representação adequada é analisada em juízo, sendo, pois, *ope judicis*.

MAZZILLI (2006, p. 275) entende que haverá necessidade de analisar a representação adequada nas ações coletivas ajuizadas por associações, ao exigir a pertinência temática. Embora essa análise seja realizada pelo juízo, ela é bem diferente da representação adequada das *class actions*, vez que o juízo irá analisar tão somente a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional da associação, ou seja, se ela é integrante do grupo, não fazendo análise efetiva se ela tem capacidade de representar adequadamente o grupo ou a classe.

Por sua vez, CAVALCANTI (2015, p. 599-601) defende que, no direito brasileiro, também se deve analisar a representação adequada para garantia do contraditório e, conseqüentemente, o devido processo legal, a fim de verificar se a parte representativa e seu advogado têm condições de efetivar a adequada defesa dos direitos coletivos em juízo. Reconhece, porém, que diante da coisa julgada firmada nos direitos individuais homogêneos não há violação do contraditório.

É que diante da presunção legal (*ope legis*) e da ausência de análise efetiva da representativa do autor coletivo, o legislador brasileiro estabeleceu que a coisa julgada firmada na ação coletiva apenas poderá beneficiar os titulares e sucessores do direito material, ou seja, a coisa julgada é *secundum eventus litis*. Teve como foco legitimar a ação coletiva e não prejudicar aqueles ausentes do processo.

Caso o titular do direito material pretenda participar do processo, o ordenamento permite, mas não o estimula, uma vez que nessa hipótese o titular do direito material será atingido pela coisa julgada independentemente de seu resultado (*pro et contra*), como prevê o art. 103, § 2º, do CDC.

Ademais, o art. 104 do CDC concede ao membro do grupo, caso queira, o direito de sair

do âmbito de incidência da ação coletiva (*op-out*) ainda que ela seja julgada procedente (DIDIER; ZANETI Jr, 2017, p. 185). Para tanto deverá prosseguir com sua ação individual e não requerer sua suspensão após ter conhecimento da existência da ação coletiva.

Vê-se, portanto, que o ordenamento brasileiro, diferentemente das *class actions* do direito americano, não buscou criar um representante adequado para determinado grupo ou classe, mas sim preestabeleceu autores coletivos. Em contrapartida, e com o objetivo de resguardar o devido processo legal, não atingiu os titulares do direito material na hipótese de improcedência, salvo se tiver participado do processo.

### 2.3 Recurso de revista repetitivo

A Lei nº 13.015/14, ao incluir na CLT os arts. 896-B e 896-C, inseriu no processo do trabalho o recurso de revista repetitivo, acompanhando a sistemática dos recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC, art. 1.036).

Desse modo, diante da multiplicidade de recursos de revista com fundamento em idêntica questão de direito, elege-se um ou alguns como representativo da controvérsia, deslocando a competência da Turma do TST para a Seção de Dissídios Individuais I (SDI-I)<sup>12</sup> ou para o Tribunal Pleno do TST, a fim de que julguem a (s) causa(s) piloto(s) e firmem a tese jurídica que deverá ser aplicada em todos os outros processos com questão jurídica idêntica, estejam em andamento ou sejam ajuizados posteriormente.

Trata-se, pois, de incidente processual que busca racionalizar a atuação do TST, estando embasado especialmente nos princípios da duração razoável do processo e efetividade processual, mas ao permitir que a decisão do incidente transcendem as próprias partes da causa piloto, traz em destaque a necessidade de se analisar a participação dos sujeitos nesse incidente, com o objetivo de se formar um procedimento que preserve as garantias processuais, mormente o contraditório.

Desse modo, nessa seção analisar-se-á o instituto sob três aspectos diferentes e complementares: processo coletivo, gestão de processos e precedente judicial, sempre verificando a participação dos sujeitos como forma de minimizar o déficit de contraditório.

---

<sup>12</sup> A própria Seção, por decisão da maioria simples de seus membros, pode atribuir competência ao Tribunal Pleno, ressaltando que, quando se tratar de matéria disciplinada em súmula ou orientação jurisprudencial, o incidente será necessariamente afetado ao Tribunal Pleno, como estabelece o art. 281, § 3º, do Regimento Interno – RI – do TST.

### 2.3.1 Como processo coletivo

A ação coletiva para tutela dos direitos individuais homogêneos permite que, em um único processo coletivo, possa resolver os objetos litigiosos, atingindo todos os titulares do direito material, quando houver procedência do pedido.

Essa ação visa a conceder celeridade, economia processual e uniformidade de tratamento das decisões judiciais, além de contemplar o acesso à justiça para aqueles danos ínfimos que, como regra, não impulsionariam o titular do direito material a provocar o judiciário.

Ao mesmo tempo, garante que a coisa julgada atinja os titulares do direito material apenas na hipótese de procedência dos pedidos, como forma de adequar-se ao devido processo legal especialmente para aqueles que não participaram da demanda.

Elas foram contempladas como mecanismo de tutela das demandas em massa, minimizando a existência de ações individuais no Poder Judiciário.

No entanto, as ações coletivas não foram capazes de diminuir as demandas existentes no Judiciário, mais por influências externas<sup>13</sup> do que por sua ineficácia (ALVES, 2018, p. 31), permitindo por vezes inclusive decisões contraditórias entre a ação individual e a coletiva, vez que o sistema de comunicação implementado no art. 94 do CDC não se mostrou efetivo.

Diante disso, surgem novos mecanismos tendentes a minimizar as demandas repetitivas, criando-se um microsistema de julgamento de casos repetitivos, composto pelas normas do CPC e as inseridas na CLT a respeito do julgamento do recurso de revista repetitivo (art. 896-B e art. 896-C), com o objetivo de impedir que casos semelhantes possuam decisões distintas e contraditórias, autorizando que as normas de regência se complementem reciprocamente, devendo ser interpretadas em conjunto (Instrução Normativa nº 38 do TST, art. 1º, e Enunciado n. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - FPPC).

Tem, pois, a finalidade de “resolver coletivamente os conflitos em massa” (CAVALCANTI, 2015, p. 531).

Esse microsistema é subdividido em dois microsistemas: a) de formação concentrada de precedentes obrigatórios, que institui um procedimento para que determinadas decisões sejam de observância obrigatória em outros processos; b) de gestão e julgamento de casos repetitivos, produzindo um procedimento de sobrestamento dos processos em que a questão a ser decidida se repete, aplicando-se a tese jurídica definida aos processos pendentes (DIDIER

---

<sup>13</sup> Cite-se como exemplo as limitações quanto ao objeto da ação civil pública descritas no parágrafo único da Lei nº 7.347/85 e a falta de entidades associativas, inclusive de sindicatos, que utilizem as ações coletivas.

JR.; CUNHA, 2017, p. 673-676).

Por razões pragmáticas, esses mecanismos ganharam muito prestígio nas reformas processuais, especialmente na Lei 13.015/14 e no CPC de 2015, mas nem por isso as ações coletivas perderam seu espaço.

Tanto é assim que o próprio CPC em seu art. 139, X, determina que diante de casos repetitivos o juiz deverá comunicar o fato aos entes legitimados para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Ademais, em análise do direito comparado, ROQUE (2017, p. 31) anuncia que, na Alemanha, o procedimento-modelo (*Musterverfahren*) evoluiu sem afastar as ações coletivas propostas por associações (*Verbandsklagen*), o que também aconteceu na Inglaterra em que as decisões dos litígios em grupo (*group litigation order*) foram previstas sem abolir as ações representativas (*representative actions*). O mesmo ocorre nos Estados Unidos em que se admite a utilização de casos-pilotos sem prejuízos das *class actions*.

As ações coletivas e os recursos de revista repetitivos são, portanto, complementares, embora possam ter pontos de sobreposição, o que acontece na tutela dos direitos individuais homogêneos com pretensões individuais significativas. De qualquer modo, ficará reservado às ações coletivas os direitos individuais homogêneos com danos pulverizados, enquanto caberá ao recurso de revista repetitivo julgar questões comuns extraídas de demandas heterogêneas, como é o caso de matéria processual (ROQUE, 2017, p. 32).

Acredita-se que a conexão desses institutos, mormente por buscarem a solução de conflitos em massa, leva à conclusão de que ambos se valem de tutela processual coletiva, estando o recurso de revista repetitivo inserido no contexto do processo coletivo, já que tem como objeto litigioso uma situação jurídica coletiva - titularizada por grupo/coletividade/comunidade, consistente no direito de certificar a questão repetitiva (DIDIER; ZANETTI Jr., 2016, p. 211)<sup>14</sup>.

É, portanto, uma espécie de processo coletivo, autorizando a incidência das regras do processo coletivo (DIDIER; ZANETTI Jr., 2014, p. 278), ou seja, do microssistema de tutela coletiva.

De qualquer maneira, existindo o microssistema de tutela coletiva e o microssistema de julgamento de casos repetitivos, ou seja, dois microssistemas, deve-se observar a regra da especialidade das normas, prevalecendo a norma especial em detrimento da geral

---

<sup>14</sup> TEMER entende que o IRDR não é técnica de processo coletivo, porque há incontestáveis diferenças em relação às ações coletivas, de modo que estas tutelam situações jurídicas concretas, enquanto o IRDR há abstração em relação aos casos concretos, podendo no máximo afirmar que ambos tem função social que se assemelham (2016, p. 92-95).

(CAVALCANTI, 2015, p. 533).

Dessa forma, no caso do recurso de revista repetitivo existindo norma expressa no microsistema de julgamento repetitivos (CPC e CLT) afasta-se a aplicação do microsistema de tutela coletiva, incidindo este de forma subsidiária ou supletiva. Subsidiária quando não existir norma disciplinando determinado instituto ou situação e supletiva quando, apesar de a legislação disciplinar determinado instituto, não o faz de modo completo (MIESSA, 2021a, p. 54-55).

### 2.3.1.1 Participação dos entes coletivos

Os recursos repetitivos, ao se inserirem no contexto do processo coletivo, possuem normas em comum com as ações coletivas, como se verifica, por exemplo, na legitimidade para instauração dos incidentes de resolução de demandas repetitivas que autorizam sua provocação pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, os quais também podem ajuizar as ações coletivas.

Como adverte DIDIER; ZANETTI Jr. (2016c, p. 215) “os legitimados à propositura de ação coletiva, que não se encaixam em um (sic) dessas situações legitimantes, poderão participar do incidente como intervenientes (assistentes ou *amici curiae*)”.

No caso do recurso de revista repetitivo, porém, o TST interpretando o art. 896-C, § 1º, da CLT declinou no art. 2º, § 1º, da Instrução Normativa nº 38 que a iniciativa para sua instauração é do presidente da Turma ou da SDI, por meio de comunicação do Ministro relator do recurso de revista. Diante desta norma não autorizou a aplicação supletiva do art. 1.036, § 1º, do CPC que também permite a provocação pelos Tribunais de origem.

Acredita-se que melhor seria o TST admitir ao processo trabalhista a sistemática aplicada ao STF e STJ, viabilizando a instauração pelos presidentes dos TRTs, uma vez que o § 1º do art. 896 da CLT não está vinculado ao § 3º. Noutras palavras, ele não impõe a atuação do presidente do TRT apenas após o ofício do presidente do TST. Ademais, o § 4º faz menção expressa à admissão de alguns recursos de revista, não restringindo a atuação do presidente do TRT à suspensão dos recursos. Aliás, o art. 9º, § 1º da Resolução nº 235 do CNJ admite, expressamente, a incidência do art. 1.036, § 1º, do CPC/15 ao processo do trabalho<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup>Art. 9º A fim de permitir a padronização, a organização e o controle dos recursos representativos da controvérsia encaminhados ao STF, ao STJ e ao TST e daqueles que permanecem sobrestados no estado ou na região, conforme o caso, bem como nas turmas e colégios recursais e nos juízos de execução fiscal, os tribunais deverão criar grupo de representativos (GR). § 1º O grupo de representativos é o conjunto de processos enviados ao STF, ao STJ ou ao TST, nos termos do § 1º do art. 1.036 do CPC. § 2º O conjunto de processos a que se

Desse modo, o presidente do TRT poderia, no juízo de admissibilidade, admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais seriam encaminhados ao Tribunal Superior do Trabalho, ficando suspensos os demais recursos de revista até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896-C, § 4º). Na realidade, a verificação da repetitividade na origem deveria ser a regra, a fim de já restringir a subida de recursos com a mesma questão jurídica (MIESSA, 2021b, p. 467).

Contudo, partindo do pressuposto que o TST entende que há norma expressa na CLT acerca dos legitimados para instauração do recurso de revista repetitivo e, ainda que assim não fosse, os recursos repetitivos possuem regra expressa de instauração na CLT e no CPC, não há espaço para aplicação subsidiária ou supletiva de outras regras do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos e também do microsistema de tutela coletiva, obstando sua instauração pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e outros entes legitimados.

Isso não afasta, porém, que tais entes possam provocar o Ministro relator a instaurar o recurso de revista repetitivo, como simples requerimento, já que podendo atuar de ofício não impede que possam agir a partir de provocação de alguém (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 749). A diferença é que, sendo atividade oficiosa, não há necessidade de resposta ou análise do requerimento pelo relator (LEMOS, 2018, p. 514).

#### 2.3.1.1.1 Atuação no incidente

Conquanto os entes coletivos não possam instaurar o recurso de revista repetitivo, é indispensável que se reconheça a necessidade de estimular a atuação desses entes no incidente para representar a classe e/ou grupo atingido, sobretudo por meio das entidades sindicais, já que a tese fixada ultrapassará o âmbito daqueles que atuam no processo.

Como adverte MARINONI (2019, p. 95) os legitimados coletivos previstos na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor para tutela dos direitos individuais homogêneos “devem ser vistos como aqueles que podem representar os excluídos no incidente e, assim, resgatar a sua legitimidade constitucional”.

Essa afirmação tem o condão de priorizar a eleição dos representantes dos sobrestados e excluídos, direcionando-a aos legitimados descritos nos arts. 82 do CDC. Melhor explicando.

Os entes coletivos são autorizados a atuar no recurso de revista repetitivo, por força do art. 896, 9º, da CLT que estabelece que o relator pode admitir pessoa, órgão ou entidade com

---

refere o caput receberá um número sequencial e descrição da questão jurídica discutida e servirá de controle para os processos em virtude dele sobrestados no âmbito de cada tribunal. [...]



interesse na controvérsia para atuar no recurso de revista repetitivo, viabilizando assim a participação do *amicus curiae*, o que atrai as diretrizes do art. 138 do CPC.

Sendo os entes coletivos uma espécie de *amicus curiae*, o interesse na controvérsia é tido como interesse institucional, o qual desagua na representação adequada descrita no art. 138 do CPC.

Essa representação não é aquela das *class actions*, mas impõe, inicialmente, que demonstre a correlação do seu interesse institucional e o objeto do processo (BUENO, 2015, p. 135). No caso do ente coletivo, como representante de um grupo ou classe, deve demonstrar que o objeto do processo atingirá seus representados.

Ato contínuo, a representatividade adequada exige que se tragam elementos úteis para o debate a fim de melhorar a qualidade da decisão.

Noutras palavras, o ente coletivo estará representando adequadamente o grupo ou a classe no incidente se tiver a potencialidade de contribuir para o debate. Como adverte TALAMINI (2016, p. 470) a representação adequada deve ser vista como contributividade adequada.

Trata-se, pois, da participação instrumental defendida nesse trabalho, de modo que o ente coletivo estará autorizado a participar desde que tenha o potencial para contribuir com a obtenção de uma decisão mais adequada, sendo detentor de conhecimento passível de auxiliar na resolução do caso, afastando-se as intervenções meramente opinativas ou ideológicas que buscam apenas reforçar os argumentos de alguma das partes envolvidas no conflito (VITORELLI, 2019, p. 480 e 513).

Isso significa que a entidade coletiva deverá trazer contribuição argumentativa para o incidente, o que reflete, como já anunciado, na representação adequada.

Essa representação viabiliza a subdivisão das classes em tantas subclasses que se façam necessárias para a efetiva representação e prosseguimento do incidente (BUENO, 1996, p. 14).

Desse modo, o TST poderá admitir, por exemplo, diversos sindicatos<sup>16</sup> da mesma categoria para atuar no recurso de revista repetitivo, desde que cada um demonstre que representa uma subclasse e seus argumentos sejam capazes que contribuir para o debate.

Diz-se que os entes coletivos são uma espécie de *amicus curiae*, porque eles sempre estarão direcionados a tutelar um grupo ou uma classe, não sendo um sujeito desvinculado do

---

<sup>16</sup> A participação das entidades sindicais decorre de comando constitucional, vez que o art. 8º, III, da CF confere-lhe a defesa dos interesses coletivos em âmbito judicial, o que, evidentemente, engloba o recurso de revista repetitivo.

grupo e desinteressado, como pode acontecer em outros casos com o *amicus curiae*. Isso lhe dá uma característica própria, o que viabiliza sua inclusão como espécie.

Poder-se-ia discutir se há um grupo ou uma classe a ser tutelada nesse incidente.

TEMER (2016, p. 161) entende que é irrelevante a vontade do grupo no IRDR, porque não há como identificá-lo e sequer se exige a existência de uma classe propriamente dita.

Contudo, no direito do trabalho, analisado sob um contexto ampliativo, a contemplação da classe é facilitada por existir, como regra quase absoluta, o contraponto entre empregado x empregador, podendo falar em classe de empregadores e classe de empregados.

Ademais, “no julgamento de casos repetitivos, como espécie de processo coletivo, o grupo é formado por todos aqueles que tiverem como pretensão em juízo a questão de direito repetitiva objeto da tese jurídica” (CARDOSO, 2018, p. 130).

Com efeito, existindo uma classe ou um grupo a ser representada no recurso de revista repetitivo e já declinando o processo coletivo nos art. 82 do CPC e 5º da LACP quais são os sujeitos legítimos dessa representação, deve-se fomentar a atuação dos entes coletivos no incidente, a fim de resguardar o devido processo legal.

Isso se justifica, porque nas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos a coisa julgada apenas beneficia os titulares do direito material (*secundum eventus litis*). Já nos recursos repetitivos a tese jurídica atingirá todos os sobrestados e ausentes, mesmo que lhe seja desfavorável (*pro et contra*), tendo maior relevância a atuação dos entes coletivos.

A participação do ente coletivo, mormente para representar a classe de trabalhadores, aumenta os riscos dos litigantes habituais, ficando maior do que eles poderiam suportar, além de permitir que os litigantes eventuais possam desfrutar das vantagens daqueles (GALANTER, 2018, p. 118-119). Não estimular essa participação é ampliar os benefícios dos litigantes habituais, permitindo que concentrem seus esforços em um único processo, enquanto os litigantes ocasionais não serão adequadamente representados.

Cumprir ressaltar ainda que o que se pretende com essa atuação é ampliar as participações no incidente, como mecanismo democrático de legitimar a decisão, o que significa que não servirá tão somente para excluir a atuação direta do sobrestado ou ausente, quando esta se fizer necessária e houver cumprimento dos requisitos a serem levantados nesse trabalho.

### *2.3.1.2 Participação e intervenção do Ministério Público do Trabalho*

Para além da participação dos entes coletivos no incidente como anunciado na seção anterior, quanto ao Ministério Público do Trabalho o interesse de participar do incidente é evidente e legalmente previsto no § 9º, do art. 896-C da CLT.

É que, como se analisará nesse estudo, o recurso de revista repetitivo julga o (s) caso (s) piloto (s) e também cria uma tese jurídica que atingirá todos os processos sobrestados e futuros que tenham a mesma questão jurídica. Nessa parte da criação da tese, afasta-se da simples tutela do direito subjetivo, alcançando o direito objetivo, o que evidencia o manifesto interesse público na resolução da questão jurídica (TEMER, 2016, p. 191).

A técnica de julgamentos repetitivos está, pois, “consubstanciada num interesse primário de toda a comunidade na fixação da tese” (BASTOS, 2012, p. 48), de modo que há interesse público “no julgamento de casos repetitivos, porque a fixação da tese jurídica a ser aplicada aos diversos casos similares (coletividade) transborda a dimensão puramente individual” (CARSOSO, 2018, p. 150).

CABRAL, ao declinar acerca da prioridade na escolha da ação coletiva como causa-piloto, expressamente reconhece que “há evidente presença de um interesse público no julgamento dos incidentes de processos repetitivos” (2016b, p. 60).

Reconhece-se, pois, o interesse público e a natureza de processo coletivo do incidente, como visto nos tópicos anteriores, o que legitima a atuação do Ministério Público do Trabalho.

CABRAL (2016a, 1459) vê “com dificuldade um caso em que não se afigurasse presente o interesse público apto a autorizar e exigir a manifestação efetiva do Ministério Público”.

Acredita-se, porém, que se deve ir além, não se analisando casuisticamente a necessidade da participação do Ministério Público e exigindo que em todos os recursos repetitivos haja sua intimação para participar, já que não é o objeto do incidente que define a necessidade de sua atuação, mas o próprio interesse tutelado e sua natureza. Impede-se, inclusive, que o Ministério Público possa expedir parecer no sentido de que não há interesse a ser defendido no caso.

Noutras palavras, ainda que a matéria discutida sob o aspecto individual e de direito subjetivo seja meramente patrimonial, por exemplo, o divisor de horas extras do bancário definido no Tema 2 da tabela de recursos de revista repetitivos, ao se instaurar o incidente, a tese a ser fixada tem um viés objetivo e abstrato, tornando-se de interesse público por atingir

um grupo, impondo assim que o Ministério Público do Trabalho atue como fiscal da ordem jurídica minimizando o deficit de contraditório e ampliando o debate democrático na construção da tese jurídica.

Tanto é assim que, como adverte TEMER (2016, p. 192), a atuação do Ministério Público se justifica predominantemente pela defesa da ordem jurídica objetiva, dispensando “a demonstração casuística de relevância social ou outro requisito similar”.

Portanto, a participação do Ministério Público no incidente é obrigatória, sendo dever do relator intimá-lo.

Nesse sentido, o art. 896-C, § 9º, da CLT expressamente declina que o Ministério Público terá vista do incidente, de modo que o art. 284, VI, do Regimento Interno do TST, quando descreve que o relator “poderá conceder vista<sup>17</sup>” deve ser interpretado no sentido de que deverá ser dada vista ao Ministério Público (PEREIRA, 2017, p. 253).

Essa participação, analisada no contexto das normas do microssistema de julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 928), poderá ocorrer com a condução da causa piloto em que o Ministério Público é parte (quando a ação coletiva foi eleita) ou na hipótese de desistência do recurso pela parte da causa piloto, ocasião em que o Ministério Público assumirá a titularidade da causa (CPC, art. 976, § 2º).

No caso da desistência, como não há diligências prévias realizadas pelo Ministério Público, como ocorre no Inquérito Civil para o ajuizamento da ação coletiva, corre-se o risco de sua atuação “centrar-se, unicamente, nos argumentos jurídicos, sem que as questões de ampla repercussão econômica, política e social, usualmente envolvidas na litigiosidade repetitiva, sejam devidamente enfrentadas” (ASPERTI, 2018, p. 193).

De qualquer maneira, a atuação do Ministério Público no recurso de revista repetitivo deve ser fomentada, tendo inclusive o papel de tentar mitigar o desequilíbrio existente na litigiosidade repetitiva articulando formas de ampliação da participação direta dos sobrestados e ausentes “angariando informações, manifestações e pugnando pela consideração de todos os elementos fáticos e jurídicos pertinentes à definição da tese, mas sem se obstar a participação direta dos interessados” (ASPERTI, 2018, p. 193).

Não sendo as hipóteses em que o Ministério Público for parte ou assumir a titularidade da causa, a intervenção também é obrigatória, autorizando o microssistema sua participação em três oportunidades: após a admissão (CPC, art. 982, III); após a manifestação dos outros sujeitos e informações dos Tribunais Regionais (CLT, art. 896-C, § 9º; CPC, art. 983) e na

---

<sup>17</sup> No mesmo sentido estabeleceu o art. 5º, VI, da Instrução Normativa nº 38 do TST.

sustentação oral (CPC, art. 984, II, a).

Embora a CLT faça referência expressa apenas ao segundo momento e regimento interno do TST ao terceiro (art. 146), acredita-se que é importante sua manifestação logo após a admissão do incidente, como forma de fiscalizar especialmente a adequada escolha do (s) processo (s) piloto (s) e a exata delimitação do tema.

### **2.3.2 Como gestão de processos**

A massificação e homogeneidade das relações jurídicas na contemporaneidade provocam ameaças ou lesões padronizadas ao direito, gerando o fenômeno denominado de litigância repetitiva (ou em massa), considerada como aquela em que as demandas possuem similaridade de causas de pedir ou no pedido (ALVES, 2018, p. 28).

Essa similaridade acaba por provocar que as decisões judiciais também sejam uniformes “para preservar a igualdade, a boa fé e a segurança jurídica, atendendo à confiança que o jurisdicionado deposita na função jurisdicional e buscando combater a imprevisibilidade das decisões judiciais” (BASTOS, 2012, p. 119).

Desse modo, inicialmente, buscou-se solucionar tais conflitos por meio do processo coletivo, principalmente a ação civil coletiva dirigida a tutelar direitos individuais homogêneos. No entanto, a utilização tão somente desse instrumento, não foi capaz de solucionar as demandas repetitivas, mormente em determinados aspectos que ele não poderia alcançar, como é o caso, por exemplo, da repetitividade de discussões processuais, não dando vazão a tais demandas na mesma proporção (ou próxima) que a entrada de novos processos.

Impõe-se, assim, a criação e adaptação de novas técnicas processuais com o objetivo de contingenciar estas demandas marcadas pela repetitividade (TEMER, 2016, p. 37), embasadas especialmente no princípio da duração razoável do processo e da eficiência processual, inseridos na terceira faceta do acesso à justiça como descrito no capítulo 1.

Dentre essas novas técnicas surgiram os recursos repetitivos, primitivamente criados pelas Leis nº 11.418/2006 (repercussão geral em recursos extraordinários repetitivos) e nº 11.672/08 (recurso especial repetitivo), o que desaguou na Lei 13.015/14 que estabeleceu o recurso de revista repetitivo nos arts. 896-B e 896-C da CLT.

Criou-se um mecanismo gerencial com o objetivo de padronizar a decisão das relações massificadas, gerando uma tese jurídica acerca da questão de direito que será replicada para os demais casos, proferindo um julgamento por “amostragem” (MOREIRA, 2010, p. 621).

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho -TST, diante da multiplicidade de recursos de

revista com a mesma questão jurídica, escolhe um ou alguns por amostragem, julgando-os e formando uma tese jurídica a ser aplicada aos demais processos em trâmite ou que serão ajuizados no futuro<sup>18</sup> com questão de direito idêntica, que pode ser de direito material ou processual (CPC/15, art. 928, parágrafo único).

O CPC de 2015 sedimentou essa sistemática, criando um microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 928), no qual se incluem os recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas, produzindo o sobrestamento dos processos em que a questão a ser decidida se repete, aplicando-se a tese jurídica firmada aos processos pendentes.

Como adverte CÂMARA (2015, p. 548), trata-se de uma “técnica destinada a permitir o gerenciamento das assim chamadas *causas repetitivas*”, evitando que os Tribunais Superiores que possuem poucos magistrados “fiquem exageradamente assoberbados pela chegada de excessivo número de recursos excepcionais, versando as mesmas questões de direito”.

Nesses casos, gera-se a vinculação da tese jurídica aos processos pendentes (eficácia vinculativa da tese jurídica), de modo que “a tese deverá ser aplicada como premissa de julgamento em todos os processos pendentes que discutem a questão de direito” objeto do recurso de revista repetitivo (ALVES, 2018, 161).

O recurso de revista repetitivo tem natureza jurídica de incidente processual, não tendo natureza recursal, pois não está no rol dos recursos, não há necessidade de provocação das partes para sua instauração e não existe decisão prévia para ser impugnada. Tem, por outro lado, a necessidade de existir recurso de revista em andamento no TST no qual atuará como procedimento incidente, além de haver deslocamento de competência da Turma do TST para a Seção de Dissídios Individuais I do TST ou para o Tribunal Pleno.

É por isso que o Tribunal Superior do Trabalho o denomina de incidente de recurso de revista repetitivo na Instrução Normativa nº 38 do TST e no seu Regimento Interno.

Vê-se, portanto, que este incidente está eminentemente ligado à ideia de eficiência do Judiciário (gestão processual), buscando “produzir mais” com o menor dispêndio de tempo.

Não se pode esquecer, porém, que o acesso à justiça não se resume ao direito de sair do judiciário, ou seja, ao princípio da duração razoável do processo, de modo que tais mecanismos devem se adaptar as demais facetas do acesso à justiça, mormente do devido processo legal.

---

<sup>18</sup> Como atinge processos futuros o recurso de revista repetitivo também é considerado um precedente judicial, o que será analisado posteriormente em seção específica.

Isso quer dizer que o gerenciamento processual não pode violar garantias processuais, como é o caso do contraditório, vez que, como a tese jurídica firmada atingirá diversos processos sobrestados, entendidos como aqueles processos suspensos, há de se garantir mecanismos eficazes para que os atingidos pela decisão possam participar da formação da tese jurídica, seja diretamente ou por meio de representação, diminuindo o déficit de contraditório e resguardando, conseqüentemente, o devido processo legal.

Como adverte DANTAS (2015, p. 92) “a eficiência do Judiciário, por si só, não pode ser motivo para a propagação de uma ideologia coletivizante que subtrai do cidadão o direito de ter ‘his day on Court’, que nada mais é do que a expressão do princípio do *acesso à Justiça*”.

Do mesmo modo, destaca MARINONI (2016, p. 2.174) que a técnica de julgamentos repetitivos é um instituto embasado em três valores: economia processual, coerência e contraditório, de modo que não pode ser interpretado como um simples instrumento para rápida solução de litígios de massa. “É fundamental que a resolução tenha em vista uma decisão coerente e que respeite o direito de todos os interessados de terem seus argumentos considerados”.

Ademais, a mera gestão processual não pode ampliar ainda mais a diferença entre os litigantes habituais e os eventuais. É que, como regra, a litigância repetitiva tem identidade em um dos polos, por exemplo, a Petrobrás, garantindo que se concentre em um único processo, enquanto os litigantes eventuais, por serem pulverizados, têm maiores dificuldades de se organizarem e defenderem sua tese e, conseqüentemente, seus direitos.

Disso resulta a necessidade de viabilizar a ampla participação dos sujeitos atingidos pelos recursos repetitivos, como se analisará nesse trabalho.

### 2.3.2.1 *Causa-piloto ou procedimento-modelo*

O recurso de revista repetitivo pressupõe a eleição de um ou mais recursos de revista para se firmar a tese. Esse recurso eleito é denominado de processo piloto, causa-piloto, processo paradigma ou processo representativo da controvérsia, usados indistintamente nesse trabalho.

Como a tese firmada atingirá diversos outros processos com questão jurídica idêntica, cumpre analisar se o recurso de revista repetitivo é considerado uma causa-piloto ou um procedimento-modelo, o que provocará reflexos especialmente na atuação da parte que teve o processo escolhido como paradigma.

Diz que há causa-piloto quando o órgão jurisdicional cria a tese jurídica e também julga o caso escolhido como paradigma, não havendo cisão no julgamento, ou seja, têm uma unidade cognitiva que aprecia a questão comum e julga o caso originário (paradigma), replicando posteriormente a *ratio decidendi* para os casos similares (CABRAL, 2016a, p.1436). Julga-se completamente a causa (NUNES, 2016, p. 2428).

Por outro lado, haverá procedimento-modelo quando apenas se cria a tese jurídica, não havendo julgamento de uma causa pelo órgão criador da tese, de modo que haverá cisão cognitiva e decisória. Fixa-se a tese em abstrato, sem adentrar na análise do conflito subjetivo do processo paradigma, isto é, sem aplicação direta ao caso concreto, assumindo feição objetiva (TEMER, 2016, p. 67-68).

AMENT (2018, p. 82 e 84), embora dê o nome de causa-piloto, aparentemente entende que o recurso de revista repetitivo se trata de um procedimento-modelo, descrevendo que é um procedimento autônomo que tem como objetivo a “definição de uma tese jurídica acerca de questões homogêneas reproduzidas em inúmeros processos e não o julgamento do recurso propriamente dito, cuja decisão deverá ocorrer em acórdão específico”.

Por sua vez, DIDIER JR. E CUNHA (2017, p. 678) entendem que os recursos repetitivos são processados e julgados como causa-piloto, uma vez que “julgados os recursos paradigmas, decidem-se as causas neles contidas (*causas-piloto*) e, ao mesmo tempo, fixa-se a tese a ser aplicada a todos os demais processos que ficaram sobrestados”.

No recurso de revista repetitivo, acredita-se que há unidade decisória no julgamento dos casos repetitivos, julgando-se a causa piloto e fixando a tese. Tanto é assim que o art. 11 da Instrução Normativa – IN – nº 38 do TST e o art. 290 do Regimento Interno do TST expressamente destacam que o recurso afetado deverá ser julgado.

O julgamento da causa piloto e, conseqüentemente, a unidade de cognição tem a virtude de já demonstrar como a tese deverá ser aplicada ao caso concreto. Noutras palavras, o próprio órgão criador da tese jurídica já indica como ela deverá ser interpretada no momento da aplicação ao caso concreto.

Como adverte DANTAS (2015, p. 125), esse juízo de revisão no momento da fixação da tese<sup>19</sup> auxilia a corte “a conhecer as vicissitudes do caso e proferir um comando normativo mais rente à realidade empírica subjacente, o que de certo modo, legitima e reforça a vinculatividade do *comando normativo abstrato*”.

De qualquer maneira, a SDI-I ou o Tribunal Pleno do TST apenas julgará o caso-piloto,

---

<sup>19</sup> Denominado por ele de padrão decisório.



cabendo aos juízes onde tramita o processo sobrestado aplicar a tese e decidir a questão jurídica (ALVES, 2018, p. 183). É que além de julgar o caso concreto, fixará uma tese abstrata, tendo natureza objetiva nesse aspecto, já que provocará reflexos não somente para o caso concreto que deu origem, mas para todos os outros processos que tiverem a mesma questão jurídica (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 693).

Por fim, não se pode deixar de dizer que o art. 998, parágrafo único, do CPC declina que a desistência do recurso representativo não impede o julgamento da questão afetada, com o nítido objetivo de não se admitir manobras processuais, especialmente pelos litigantes habituais que poderiam escolher qual o processo paradigma que melhor lhe conviesse.

Nessa hipótese, havendo desistência de todos os recursos representativos da controvérsia (processos paradigmas), o incidente prosseguirá para a formação da tese jurídica, tendo a excepcionalíssima situação de um procedimento-modelo, pois terá apenas a fixação da tese jurídica sem o julgamento da causa (DIDIER JR; CUNHA, 2017, p. 681), assumindo um caráter objetivo (CABRAL, 2016a, p.1441).

#### *2.3.2.2 Participação da parte da causa-piloto (processo paradigma)*

O legislador nos arts. 1038, I, 983 e 984 estabeleceu de forma genérica os poderes daqueles que irão participar do incidente, mas não definiu com exatidão quais serão os participantes.

Considerando que o recurso de revista repetitivo é uma causa-piloto, as partes dos processos escolhidos participarão do incidente, viabilizando que possam apresentar memoriais e atuar na sustentação oral pelo prazo de 30 minutos, nos termos do art. 984, II, a, do CPC aplicável ao recurso repetitivo em decorrência do microssistema de julgamento de casos repetitivos (CÂMARA, 2015, p. 552), sem prejuízo de ser autorizada sua participação em outros momentos.

Tem-se, pois, posição de destaque no incidente podendo ser considerado um “porta-voz” ou representante dos sobrestados (aqueles que tiveram os processos suspensos) e dos ausentes (que serão atingidos pela decisão sem que tenham processos em andamento).

Disso resulta a necessidade de que os sujeitos dos processos paradigmas tenham condição adequada de representar aqueles que não participarão do incidente e serão atingidos. Em outros termos, a escolha do processo paradigma é o ponto de partida para observação do princípio do contraditório, ainda que em forma representativa, “podendo ser impactado se dele participar litigante mal preparado ou inexperiente” (CABRAL, 2016b, p. 47), de modo

que “o equilíbrio da participação no incidente depende também da seleção das causas que servirão como referência para a sua instrução” (CABRAL, 2016a, p. 1.455).

Diferentemente do incidente de resolução de demandas repetitivas que possui diversos legitimados, no recurso de revista repetitivo, tal como ocorre nos recursos repetitivos no STF e no STJ, centra-se a eleição dos processos paradigmas no Poder Judiciário, o que minimiza a atuação da sociedade no destino gerencial desse Poder, mas, por outro lado, reduz a possibilidade de os litigantes habituais escolherem os processos que serão submetidos ao incidente.

Diz-se reduz a possibilidade porque, mesmo no âmbito do TST, podem existir casos de “seleção”, estratégica ou não, do processo que será base do incidente (CABRAL, 2016b, p. 41), de modo que o órgão julgador deve avaliar o processo selecionado “de maneira a inadmitir o incidente instaurado a partir de uma equivocada escolha da causa-piloto, ou pelo menos corrigir esta seleção, evitando problemas de tramitação e déficit nas garantias processuais” (CABRAL, 2016b, p. 42).

Tanto é assim que o art. 4º, parágrafo único, da IN nº 38 do TST e o art. 283 do Regimento Interno do TST descrevem que o relator do incidente não está vinculado às propostas de afetação dos processos indicados como representativos da controvérsia, podendo recusá-los ou selecionar outros, caso os recursos indicados não tenham cumprido os requisitos para afetação.

Esses dispositivos em seu *caput* e acompanhando o descrito no art. 1.036, § 6º, do CPC indica dois requisitos para que o processo possa ser eleito como paradigma: 1) ser um recurso admissível e; 2) conter abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

Versam, pois, apenas sobre elementos objetivos, nada tratando acerca os elementos subjetivos ligados aos sujeitos dos processos paradigmas.

No entanto, diante da relevância que as partes dos processos paradigmas possuem no processo podendo legitimar o princípio do contraditório, CABRAL (2016b, p. 57) fundamenta que nessa eleição deve-se examinar elementos subjetivos como a pluralidade e a representatividade dos sujeitos do processo originário.

A pluralidade busca ampliar os debates selecionando processos que, na origem, tiveram o maior número de sujeitos, figurando vários autores e réus, desde que não inviabilizem o trâmite do incidente. Nesse caso, propõe que uma causa com litisconsórcio, inclusive nos dois polos, deve ser preferida àquela que tenha um autor e um réu; deve-se dar preferência para os processos que tenham intervenção de terceiros, especialmente pelo *amicus curiae* e deve

ainda se preferir os processos que tenham tido audiência pública (CABRAL, 2016b, p. 59).

Já a representatividade tem como objetivo dar prioridade na escolha das ações coletivas em detrimento das individuais, mormente as ajuizadas pelo MP e pela Defensoria Pública, atribuindo “ao contraditório uma maior legitimação política e social, reduzindo os descontentamentos com o resultado e contribuindo para uma mais ampla aceitação e o reconhecimento da vinculação decorrente da decisão final” (CABRAL, 2016b, p. 60-61).

Como adverte ZANETI JR (2016, p. 1.345), sempre que possível, deverá ser escolhido como processo-piloto um caso derivado de ação coletiva, a fim de que “na formação da decisão e do precedente nos casos repetitivos, estejam presentes todas as garantias pensadas para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*”. No mesmo caminho trilhou o Conselho Nacional de Justiça ao declinar no art. 8º da Recomendação nº 76 o que segue:

Art. 8º Recomendar que os incidentes de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos sejam, respectivamente, suscitados, selecionados ou instruídos, a critério do órgão judicial, quando possível, preferencialmente, a partir de processos coletivos, se esses, de fato, fornecerem, nas suas peças, arrazoados e eventuais decisões, elementos que sejam considerados os melhores em termos de representatividade da controvérsia, tendo em vista, em especial, a abrangência, o debate, a diversidade e a profundidade de fundamentos, argumentos e teses apresentados e relacionados com a questão de direito comum a ser decidida.

Ademais, sobretudo quando eleitos processos individuais, o critério da representatividade, na concepção norte americana das *class actions* (CABRAL, 2016b, p. 59), ou seja, da representação adequada impõe que se elejam processos em que os advogados e as partes representativas tenham “condições técnicas, morais, financeiras, etc, de agir em juízo na defesa das posições jurídicas relacionadas às questões jurídicas discutidas nas demandas repetitivas” (CAVALCANTI, 2015, p. 603), especialmente porque a decisão desfavorável atingirá todos aqueles que possuem a mesma questão jurídica.

A análise do advogado que atua no caso é importante para afastar problemas de linguagem e distorções comunicativas, de modo que “o bom advogado, com formação acadêmica relevante, atualizado e especializado na matéria em discussão, pode ser um dos fatores essenciais para evitar distorções que possam decorrer do mau uso da linguagem técnica”, sendo um fator que pode auxiliar na escolha dos condutores<sup>20</sup> (TEMER, 2016, p. 163).

Aliás, a atuação de advogado competente na tutela dos litigantes eventuais pode, em tese, equalizar as condições em relação aos litigantes habituais, já que o próprio advogado é

---

<sup>20</sup> TEMER (2016) utiliza-se da expressão sujeito condutor (líder), por entender que o IRDR é um processo objetivo que não julga causa, não tendo porquanto uma causa-piloto e, conseqüentemente, partes.

um “litigante habitual” (FRANCISCO, 2018, p. 129).

De qualquer maneira, cabe consignar que é inevitável que haja polarização nessa disputa acerca da interpretação da questão, já que “a tese jurídica sempre acabará por beneficiar uma das partes e prejudicar a outra” (ALVES, 2018, p. 196).

Por isso, essa verificação deve ser feita observando ambos os polos, a fim de que, especialmente no direito do trabalho que temos, como regra, polos antagônicos (empregado x empregador), as duas classes estejam adequadamente representadas em juízo, obstante que haja disparidade entre elas e, conseqüentemente, desrespeito ao princípio do contraditório.

Em suma, a acertada eleição do processo piloto que viabilize a adequada participação das partes do processo paradigma como representantes dos sobrestados e ausentes pode ser capaz de minimizar o deficit do contraditório, mas não é suficiente, devendo ser cumulada com todas as demais participações analisadas nesse trabalho.

Ademais, pode acontecer, inclusive, de o recorrente desistir do processo paradigma, havendo prosseguimento do processo, como procedimento-modelo, nos termos do art. 998, parágrafo único, do CPC, o que significa que não haverá partes do processo paradigma a atuar no incidente. Nesse caso, o Ministério Público do Trabalho assumirá essa posição (CPC, art. 976, § 1º<sup>21</sup>), além do que o deficit de contraditório deve ser equalizado com as demais participações no processo, como dos sobrestados, ausentes e *amicus curiae*.

#### 2.3.2.2.1 Escolha da causa-piloto (processo paradigma)

A escolha da causa-piloto representa o ponto de partida do recurso de revista repetitivo, vez que é dos processos paradigmas que se extraem a representatividade da controvérsia e a representação adequada das partes, ou seja, os elementos objetivos e subjetivos do incidente.

Na seção anterior, verificamos os elementos subjetivos, a saber: pluralidade e representatividade. Para além desses elementos, exige-se a presença de elementos objetivos que podem ser extraídos do art. 1.036, §6º, do CPC, o qual dispõe que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”<sup>22</sup>.

O primeiro aspecto exigido é que o recurso de revista seja admitido, até para que possa promover o exame do mérito, “sob pena de frustrarem-se os objetivos a alcançar com o emprego desta especial técnica processual” (CÂMARA, 2015, p. 549).

---

<sup>21</sup> Aplicável por integrar o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos.

<sup>22</sup> No mesmo sentido, o art. 4º da Instrução Normativa nº 38 do TST e art. 283 do Regimento Interno do TST.

O segundo trata da abrangência da argumentação e da discussão a respeito da questão a ser decidida, buscando que a causa piloto alcance todos os aspectos da controvérsia, sendo o mais completo possível, minimizando discussão posteriores, inclusive acerca da distinção do caso concreto com a tese jurídica firmada.

Desse modo, conquanto o art. 896-C, § 1º, da CLT autorize a afetação de um único processo, o ideal é que sejam eleitos pelos menos dois recursos representativos<sup>23</sup>, podendo ainda escolher mais processos, dando prioridade para que se busquem processos em que tiveram “vitórias” de teses opostas, a fim de equilibrar a forma como os argumentos foram levantados, ressaltando que a escolha de casos não seja excessiva para não tumultuar e inviabilizar o trâmite do incidente (CABRAL, 2016b, p. 43-44).

Em outros termos, a escolha da causa-piloto deve representar adequadamente a polaridade existente (ALVES, 2018, 198), a qual é evidente no direito do trabalho.

Ademais, como bem adverte BASTOS (2012, p. 167) a legitimidade da criação da tese jurídica vinculante pressupõe a maturação da questão nas instâncias inferiores, começando o debate desde o primeiro grau, “de maneira difusa e com a ampla manifestação de diversos sujeitos que figuram como autores e réus em cada processo, passando pelo exame dos julgadores, nas mais diversas instâncias, para que haja um amadurecimento dialético sobre o tema”.

No contexto trabalhista, essa polaridade e necessidade de maturação deve ser analisada com foco na diversidade regional que se tem entre os Tribunais Regionais do País, sendo salutar que a escolha da causa piloto busque representá-la, colhendo elementos que possam gerar a fixação de uma tese comum para todos os regionais.

Disso resulta a importância de se observar os §§ 2º e 4º, do art. 896-C, que autorizam a indicação de outros processos como representativos da controvérsia, respectivamente, pelos Presidentes das Turmas do TST ou Seção Especializada ou pelos Presidentes dos Tribunais de origem, a fim de conferir ao órgão julgador visão global da questão.

Busca-se, portanto, afastar o julgamento da “macrolide em ‘fatias’(com análise parcial de argumentos e indução de divergências interpretativas) que promove a instabilidade decisória e a superficialidade dos julgados” (NUNES, 2016, p. 2432).

A abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser discutida é uma de uma cláusula geral, o que significa que deixa margem de flexibilidade para que o TST

---

<sup>23</sup> O CPC de 1973 no seu art. 543-C autorizava a escolha de um recurso representativo, o que foi acompanhado pela legislação trabalhista. Por sua vez, o CPC de 2015, atento à necessidade de polarização, passa a exigir pelo menos dois recursos representativos da controvérsia.

preencha tal conceito em cada caso concreto.

De qualquer maneira a doutrina busca trazer alguns critérios para seu preenchimento, declinando CABRAL (2016b, p. 48) que o guia para a definição do elemento objetivo da causa piloto é amplitude do contraditório no processo originário, devendo ter os seguintes parâmetros: “a) a completude da discussão; b) qualidade da argumentação; c) diversidade da argumentação; d) contraditório efetivo; e) existência de restrições à cognição e à prova”.

A completude da discussão decorre da maior quantidade de argumentos, enquanto a qualidade dessa argumentação deve ser alcançada pela análise das manifestações existentes na causa piloto, especialmente dos recursos e contrarrazões, além da própria decisão judicial que deve ser a mais bem fundamentada. A diversidade de argumentos amplia o debate, viabilizando a pluralidade de linhas argumentativas. O contraditório efetivo exige que no processo eleito tenha sido efetivado o contraditório dinâmico, consubstanciado na informação, reação e direito de influência, obstando a escolha de processos em revelia e também daqueles que os argumentos levantados não foram analisados na decisão judicial. Por fim, não devem ser eleitos processos que tenha limitações na cognição, seja no plano horizontal (cognição limitada), seja no plano vertical (cognição sumária), ou que restrinjam o direito de prova (CABRAL, 2016b, p. 48-57).

### 2.3.2.3 *Suspensão de outros processos (processos sobrestados)*

Considerando que o recurso de revista repetitivo se insere no microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, a decisão a ser proferida no julgamento das causas repetitivas atingirá outros processos que serão suspensos, em decorrência de sua lógica gerencial.

CABRAL (2016a, p. 1451), ao tratar do IRDR, entende que não há necessidade de decisão determinando a suspensão dos processos que possuam questão jurídica idêntica, sendo automática pela simples admissão do incidente.

No entanto, no recurso de revista repetitivo, há regra própria impondo que o relator, na decisão de afetação<sup>24</sup>, poderá determinar a suspensão dos recursos de revista ou de embargos que tenham como objeto controvérsia idêntica à do recurso afetado como repetitivo (CLT, art. 896-C, § 5), o que significa que não será automática, podendo inclusive não determinar a suspensão, embora seja “recomendável, diante da necessidade de uniformização da tese no TST e para evitar que sejam proferidas decisões que, posteriormente, se revelem contrárias ao

---

<sup>24</sup> Regimento interno do TST, art. 284, II; IN nº 38 do TST, art. 5º, II.

posicionamento final quanto ao tema” (BRANDÃO, 2016a, p. 1232).

O relator do incidente, portanto, determinará a suspensão dos processos em trâmite no TST.

Por sua vez, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, dentro das suas funções administrativas, oficiará os presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho (órgão judicial de organização administrativa) para que suspendam os recursos de revista interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896-C, § 3º).

Embora a lei não preveja a suspensão dos agravos de instrumentos interpostos para destrancar recurso de revista, acredita-se que eles também poderão ser sobrestados, aguardando no TRT o julgamento do incidente (BRANDÃO, 2016b, p. 368).

O Tribunal Superior do Trabalho, numa interpretação lógico-sistemática, entendeu que os recursos ordinários pendentes de julgamento nos Tribunais Regionais que versem sobre a tese de direito em discussão também poderão ser suspensos, conforme prevê o art. 285 do Regimento Interno do TST, *in verbis*:

Art. 285. O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho oficiará os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho, com cópia da decisão de afetação, para que suspendam os recursos de revista interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos e ainda não encaminhados a este Tribunal, bem como os recursos ordinários interpostos contra as sentenças proferidas em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.

A propósito, o TST admitiu, de forma excepcional, a suspensão dos processos em primeiro grau de jurisdição (TST-IN nº 38 do TST, art. 14, III; TST-RI, art. 293, III). Como adverte o Ministro Cláudio Brandão:

A continuidade da tramitação na primeira instância também se mostra necessária em virtude das características dos processos na Justiça do Trabalho de serem multitemáticos. Geralmente são múltiplos pedidos, com diversos temas e questões fáticas e jurídicas, muitos deles não atingidos pela tese discutida nos recursos repetitivos. A paralisação causaria grande prejuízo aos jurisdicionados.

(...)

Contudo, de maneira excepcional, nada impede que, comunicada aos Presidentes dos TRTs a decisão de afetação, no âmbito das respectivas jurisdições, determinem eles a paralisação dos processos nos quais seja discutida matéria pertinente à controvérsia objeto do incidente em curso no TST e que se encontrem em fase de julgamento no primeiro grau. A instrução pode ser concluída, pois, como visto, pode haver pedidos não afetados pela decisão do Relator no TST, mas não deve alcançar a fase de julgamento, para que não se amplie, ainda mais, a possibilidade de divergência de teses.

Essa afirmação não consta da Lei, mas, pelas mesmas razões já expostas, especialmente pela força vinculante do precedente judicial, não é prudente que os processos continuem sendo julgados.

Também pode ser extraída da interpretação do inciso III do art. 14 da IN aludida (...) Admite-se, portanto, a possibilidade de suspensão na primeira instância, mas não como medida inexorável; ao contrário, deve ser em casos excepcionais (BRANDÃO, 2016a, p. 1232).

Portanto, os processos em primeira instância apenas excepcionalmente devem ser suspensos<sup>25</sup>, como é o caso de a questão jurídica discutida no incidente produzir reflexos para todos os pedidos da reclamação trabalhista, não devendo ocorrer o sobrestamento “caso se mostre necessária a produção de provas para efeito de distinção de precedentes” (Enunciado nº 364 do FPPC).

Em resumo, admite-se a suspensão dos recursos de revista e embargos de divergência no TST; dos recursos de revista no TRT e ainda não encaminhados ao TST; dos agravos de instrumento destinados a destrancar o recurso de revista, ainda não encaminhados ao TST; dos recursos ordinários a serem julgados no TRT e; excepcionalmente, dos processos em primeiro grau.

Pode acontecer de existir cumulação simples de pedidos e a questão idêntica não alcançar a integralidade dos pedidos, o que é muito comum na seara trabalhista. Nessa hipótese, a suspensão atinge apenas os pedidos que sofrem condicionamento da tese a ser firmada no incidente.

Ademais, tratando-se de questão jurídica verificada nos processos individuais como pedido acessório, entende-se que a discussão acerca dele não deve provocar a suspensão dos processos, tal como realizado pelo TST no tema 3 da tabela de incidentes de recursos de repetitivos, que versa sobre honorários sucumbenciais.

Julgado o incidente, cessa a suspensão, aplicando-se a tese firmada no caso concreto. No entanto, pode ocorrer de o incidente demorar consideravelmente para ser julgado. Nesse caso, o CPC de 2015, em sua redação original, previa no art. 1037, § 5º, que o julgamento deveria ocorrer em 1 (um) ano, cessando automaticamente a suspensão caso não julgado nesse prazo. Esse dispositivo foi revogado pela Lei 13.256/16, antes mesmo de entrar em vigor.

No recurso de revista repetitivo, a CLT não versa acerca do prazo de suspensão, de modo que o TST, regulamentou-o na Instrução Normativo nº 38 e previu a suspensão pelo prazo máximo de 1 (um) ano. Embora essa regulamentação tenha sido expedida antes do advento da Lei 13.256/16, o TST reproduziu esse prazo no seu novo Regimento Interno publicado em novembro de 2017, estabelecendo no art. 290 que os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos. Ultrapassado referido prazo, será permitida outra proposta de afetação<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> FACÓ (2016, p. 134) não admite a suspensão em primeira grau.

<sup>26</sup> Art. 290. Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1(um) ano e terão preferência sobre os demais feitos. § 1º Na hipótese de não ocorrer o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar da publicação da decisão de que trata o art. 284 deste Regimento, cessam automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a



Acredita-se que a delimitação temporal e a automática finalização da suspensão têm o condão de privilegiar a base do incidente que é o princípio da duração razoável do processo, não eternizando processos suspensos perante os tribunais e varas do trabalho. De qualquer maneira, melhor seria aplicar o art. 980, parágrafo único, do CPC, por força do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivo, permitindo que o relator proferisse decisão fundamentada de prorrogação do prazo do incidente, afastando-se a necessidade de se ter nova proposta de afetação.

#### 2.3.2.3.1 Requerimento de não suspensão do processo sobrestado

Recebida a comunicação da instauração do incidente e da suspensão dos processos, cabe ao juízo perante o qual tramita o processo determinar a incidência da decisão, suspendendo o processo, e intimar as partes (CPC, art. 1037, § 8º; TST-IN nº 38, art. 9º, *caput*; TST-RI, art. 288).

Trata-se de contraditório diferido, vez que a suspensão é proferida de ofício sendo intimada a parte apenas depois de já estar suspenso o seu processo.

ZUFELATO (2019, p. 259), invocando o art. 927, § 1º, do CPC, defende que o julgador primeiro deveria dar a oportunidade para a parte se manifestar para depois efetivar a suspensão, a fim de afastar a decisão-surpresa, especialmente naqueles casos em que há cumulação de pedidos, o que é muito frequente na área trabalhista<sup>27</sup>. Reconhece, porém, que quanto aos recursos repetitivos há norma declinada no art. 1037, §§ 8º e 9º, do CPC prevendo o contraditório diferido, sugerindo sua aplicação analógica ao IRDR.

Desse modo, ciente da decisão de suspensão de seu processo, não caberá recurso imediato para atacar essa decisão, prevendo o ordenamento que o mecanismo para impugná-la será por meio de simples requerimento dirigido: a) ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau; b) ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem; c) ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso de revista no tribunal de origem; d) ao relator, no Tribunal Superior do Trabalho, do recurso de revista ou de embargos cujo processamento houver sido sobrestado (TST - IN nº 38, art. 9º, § 2º; CPC/15, TST-RI, art. 288, § 2º e art. 1.037, § 10).

---

suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal. § 2º Ocorrendo a hipótese do § 1.º, é permitida, nos termos e para os efeitos do art. 281 deste Regimento e do art. 896-C da CLT, a formulação de outra proposta de afetação de processos representativos da controvérsia para instauração e julgamento de recursos repetitivos, a ser apreciada e decidida pela Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais deste Tribunal.

<sup>27</sup> No mesmo sentido, LEMOS sustenta que após a decisão de afetação deverá ser ouvida a partes e depois ser proferida a decisão da demanda afetada.

Embora o ordenamento não preveja prazo para tal requerimento, a ele não se aplica o prazo geral de 5 dias descrito no art. 218, § 3º, do CPC, vez que, enquanto perdurar a suspensão, a lesão ao direito da parte persiste, podendo, por isso, ser formulado o requerimento até que finalize a suspensão.

O requerimento terá como objetivo afastar a suspensão e, conseqüentemente, dar prosseguimento ao processo, ficando limitado a dois argumentos: 1) demonstrar a intempestividade do recurso nele interposto; ou 2) demonstrar a existência de distinção entre a questão jurídica a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso afetado (CPC, art. 1.036, § 2º e 1.037, § 8º; TST - IN nº 38, art. 9º, § 1º; TST-RI, art. 288, § 1º).

Para que se possa realizar adequadamente a distinção entre a questão jurídica discutida no processo sobrestado e aquela existente no recurso afetado, ganha relevância a decisão de afetação, a qual deve delimitar com exatidão a matéria que será objeto de julgamento (THEODORO JR, 2016, p. 1.145).

Antes de se decidir sobre o requerimento, a outra parte deverá ser ouvida, no prazo de cinco dias, como forma de garantir o contraditório (CPC/15, art. 1.037, § 11; TST - IN nº 38, art. 9º, § 3º; TST-RI, art. 288, § 3º).

Reconhecida a distinção, dar-se-á prosseguimento ao processo (CPC/15, art. 1.037, § 12; TST - IN nº 38, art. 9º, § 4º; TST-RI, art. 288, § 4º). Por outro lado, não acolhendo o requerimento, o processo manterá suspenso.

#### 2.3.2.3.1.1 Impugnação da decisão de suspensão

No processo civil, a decisão que resolve o requerimento poderá ser impugnada por agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau, ou por agravo interno, se a decisão for de relator (CPC/15, art. 1.037, § 13). No processo do trabalho, segue-se a regra da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, prevista no art. 893, § 1º, da CLT, de modo que o C. TST entende que a decisão que resolver o requerimento é irrecorrível de imediato (TST - IN nº 38, art. 9º, § 5º; TST-RI, art. 288, § 5º).

A Corte Trabalhista, ao obstar a impugnação da decisão proferida pelo relator, contrariou entendimento já consubstanciado na Súmula nº 214, b, do TST, que autoriza recurso imediato de decisão interlocutória quando se tratar de recurso para o mesmo tribunal, como é o caso do agravo interno. Desse modo, acredita-se que deve ser aplicado esse entendimento, permitindo o recurso da decisão do relator, vez que toda decisão monocrática se submete a tal recurso, por força do art. 1.021 do CPC, aplicável ao processo do trabalho

(TST-IN nº 39, art. 3º, XXIX).

No caso de decisão do juízo da Vara do Trabalho, o ato de manter a suspensão indevida do processo pode provocar prejuízo grave e iminente à parte, de modo que se pensa ser cabível a impugnação por meio do mandado de segurança.

#### 2.3.2.3.1.2 Preclusão para análise da distinção

Pode acontecer de a parte não apresentar referido requerimento e o seu processo se manter suspenso, o que poderia provocar questionamento se haveria preclusão, no sentido de obstar que a parte possa levantar tal distinção posteriormente, inclusive após a criação da tese.

ALVES (2018, p. 186) entende que se deve evitar discussões após a criação da tese acerca da distinção, vez que já oportunizada sua manifestação no momento em que é intimada da suspensão.

Acredita-se que não seja a melhor solução, pois não há preclusão para a análise da distinção (NEVES, 2019, p. 1767).

É que o requerimento de não suspensão do processo ocorre antes de se criar a tese. Desse modo, somente após sua criação é que se terá obrigatoriedade de sua aplicação, razão pela qual o que se vincula é a decisão do incidente e não a decisão de afetação.

Tanto é assim que só há falar em *distinguishing* propriamente dito após a criação da tese jurídica, já que o resultado da distinção, antes de sua criação, é simplesmente o fim ou não do sobrestamento do processo e não a aplicação do precedente (GONÇALVES, 2018, p. 38).

Aliás, no julgamento do incidente pode-se não enfrentar algumas peculiaridades existentes no processo sobrestado que, em tese, poderiam ser analisadas observando a decisão de afetação (NEVES, 2019, p. 1767).

Pode ocorrer ainda de, por algum equívoco de identificação, o processo não ter ficado suspenso. Isso não afasta a obrigatoriedade de o juiz, posteriormente, ter que observar a tese criada, caso a questão jurídica seja idêntica. A determinação de aplicação da tese definida no incidente a todos os processos em tramitação, isto é, litispendentes, independe de estarem ou não suspensos (CABRAL, 2016a, p. 1464).

Portanto, a ausência de requerimento de não suspensão do processo, não retira da parte o direito de se manifestar posteriormente no sentido de que a tese não deve ser aplicada ao seu caso.

#### 2.3.2.4 Participação dos sobrestados diretamente no recurso de revista repetitivo

Como analisado, a instauração do recurso de revista repetitivo provoca a suspensão de diversos processos idênticos, denominados de processos sobrestados, ante a lógica gerencial do incidente.

Já se verificou que a parte do processo sobrestado tem o direito de manifestar acerca da suspensão, a fim de prosseguir com seu processo, caso demonstre a distinção entre o objeto deste e a questão a ser julgada no incidente.

No entanto, caso não seja acolhida essa distinção, o processo sobrestado ficará suspenso, ao menos quanto ao capítulo idêntico, e, após a criação da tese jurídica no incidente, será julgado acompanhando o entendimento firmado no incidente.

Isso significa que a questão jurídica debatida no processo sobrestado já será julgada, diretamente, no incidente. Na realidade, como adverte DIDIER JR. e CUNHA (2017, p. 693), “o incidente admitido no tribunal *representa a controvérsia*, concentrando, no tribunal, todas as demandas que se fundam na questão jurídica a ser ali examinada”.

Nas palavras de CABRAL (2016a, p. 1464), “em relação aos processos atuais, a aplicação da tese definida no incidente dar-se-á pela simples incorporação da conclusão do tribunal como premissa no processo originário”, cabendo ao juízo de origem incorporar “a questão prévia em relação a outras questões daquele processo”.

Assim, após a criação da tese jurídica, no processo sobrestado não incide o contraditório, como direito de influência, para rediscutir os fundamentos que levaram à criação da tese jurídica (ALVES, 2018, p. 187).

Para ZANETI JR. (2016, p. 1.346) não incidirá plenamente o art. 489, § 1º, do CPC, quanto aos fundamentos já enfrentados no momento da criação da tese, quando se tratar de processos sobrestados, porque já foram analisados no momento do julgamento do caso-piloto pelo órgão competente, incidindo tal dispositivo apenas para os casos futuros.

Acredita-se, porém, que não há razões para afastar a aplicação do art. 489, § 1º, do CPC nesse caso, já que o julgador, ao aplicar a tese no caso concreto, deverá identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos levantados na tese (inciso V). Na verdade, apenas não haverá necessidade, seja para os casos pendentes ou futuros, de o órgão julgador “enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica, já que eles foram examinados pelo tribunal no acórdão do incidente de casos repetitivos” (DIDIER Jr; CUNHA, 2017, p. 690).

Ademais, o que pode acontecer é de o juiz já ter manifestado acerca da não distinção,

razão pela qual, após a criação da tese, não precisa fundamentar novamente sobre o enquadramento do caso à tese firmada, “apenas porque já terá manifestado sobre o tema, não porque estará dispensado de fazê-lo de modo fundamentado” (TEMER, 2016, p. 229).

De qualquer maneira, criada a tese jurídica não se discutem mais os fundamentos que levaram à sua criação, o que significa que todos os processos sobrestados serão atingidos.

Diante disso, passa a ser extremamente pertinente a análise da participação dos sobrestados diretamente no incidente, fomentando sua participação e reduzindo o deficit do contraditório, especialmente para que se possa minimizar ou afastar “as objeções acerca dos efeitos do julgamento do incidente, e sua extensão subjetiva aos não participantes” (CABRAL, 2016b, p. 57).

É que sendo afetados pela tese jurídica, os sobrestados tem interesse jurídico.

Como anuncia o art. 896-C, § 8º, da CLT tem interesse na controvérsia, entendido por ALVES (2018, p. 215) como o interesse jurídico que possibilita a intervenção não em decorrência “das relações jurídicas de direito material existentes nas causas-piloto, mas exatamente da situação jurídica coletiva já constatada e da vinculação que advém da tese jurídica firmada acerca da questão de direito”.

Tendo interesse na controvérsia, cumpre verificar se a parte do processo sobrestado tem de fato interesse de participar diretamente do recurso de revista repetitivo, retornando à tona a suposta tensão entre os princípios da duração razoável do processo e do contraditório (ZUFELATO, 2019, p. 241).

Essa tensão ocorre porque, estando o incidente embasado na duração razoável do processo, a possibilidade de participação de todas as partes dos processos sobrestados inviabilizará o próprio instituto, ante o tumulto processual que poderá provocar. Por outro lado, como a parte do processo sobrestado será atingida para beneficiá-la ou prejudicá-la (*pro et contra*) é necessário analisar sua participação na criação da tese, como forma de garantir o contraditório e, conseqüentemente, o devido processo legal.

Como adverte BASTOS (2012, p. 166) “o contraditório, antes de garantir o direito de participar eficazmente, abrange o direito à informação”, motivo pelo qual “tratando de processos repetitivos, decorrente do fenômeno da massificação social, a publicidade, em tais casos, também deve ser realizada pelos meios de comunicação de massa”.

Busca-se, inicialmente, reconhecer a necessidade de instrumentos e meios de comunicação para dar ciência do recurso repetitivo aos sobrestados, a fim de viabilizar sua participação no incidente.

Para ASPERTI (2018, p. 209 e 211) as partes dos processos sobrestados devem ser

intimadas acerca da instauração do recurso repetitivo podendo participar de todas as etapas do procedimento, vedando-se qualquer restrição de antemão acerca da participação direta, “sem que haja razões, verificadas no caso concreto, que tornem essa participação efetivamente viável”.

Não se nega a necessidade de ampliar a participação direta dos sobrestados no recurso de revista repetitivo a fim de resguardar o contraditório. Ademais, não criar critérios pré-estabelecidos viabilizará que a jurisprudência possa construir critérios eficazes para autorizar essa participação.

No entanto, a realidade leva à incompatibilidade da participação de todos os integrantes dos processos sobrestados no incidente, pois, como dito, inviabilizará a existência do próprio instituto, de modo que se entende ser salutar a presença de critérios prévios definidos pela doutrina para se examinar de forma adequada a participação do sobrestado no incidente, sem prejuízo de sua evolução em momento posterior.

DIDIER JR, ZANETI JR; ALVES (2019, p. 66) declinam que, no momento da intervenção, o sobrestado deve demonstrar que ultrapassa os filtros da contribuição argumentativa e do grau de interesse na controvérsia.

Contribuição argumentativa entendida como:

a) apresentação de novos argumentos, que efetivamente contribuirão para o debate acerca da questão de direito; b) representação de compreensão da questão de direito pertencente a um subgrupo que ainda não estava sendo representado; c) expertise do advogado do membro de grupo (2019, p. 67).

Nesse contexto, a intervenção somente será possível quando se demonstrar útil para a discussão e a formação da tese jurídica, trazendo novos argumentos (DIDIER JR. e CUNHA, 2017, p. 694).

Noutras palavras, os argumentos devem contribuir para o debate em torno da controvérsia (DIDIER JR., ZANETI JR.; ALVES, 2019, p. 66), razão pela qual “a efetividade da participação pressupõe que ela possa trazer resultado útil à prestação jurisdicional, não se restringindo a um aspecto meramente formal” (BASTOS, 2012, p. 159).

TEMER (2016, p. 178) acompanha esse entendimento, esclarecendo que a manifestação ausente de novos argumentos não viola o contraditório, em razão da impossibilidade de influenciar a convicção do tribunal sobre a questão de direito, vez que já estão no incidente não tendo a “*potencialidade* para exercer tal influência” (grifos no original).

É que essa participação não objetiva apenas tutelar interesses subjetivos do sobrestado, servindo para representar os demais sobrestados que possuem os mesmos argumentos, sendo, pois, hipótese de participação instrumental, de modo que o aumento da participação somente é

valioso se contribuir para a melhoria da qualidade dos julgamentos (VITORELLI, 2019, p. 207).

Além de novos argumentos é importante que haja representação dos diversos grupos e subgrupos existentes, a fim de contemplar o maior número argumentos, gerando inclusive paridade de armas quando um dos polos da relação seja um litigante habitual.

Essa amplitude de argumentos e de representatividade tem a virtude de minimizar discussões futuras que levem ao seu descumprimento sob a alegação de que alguns argumentos não foram ponderados e também auxilia na admissibilidade dos requerimentos de revisão “afastando-se a suposta novidade necessária à mudança de entendimento” (TAVARES, 2021, p. 482).

Ademais, é importante que se analise a atuação do advogado representante do sobrestado e, conseqüentemente, do grupo que representará, atraindo as diretrizes das *class actions*, no sentido que verificar se tem “condições técnicas, morais, financeiras, etc., de agir em juízo na defesa das posições jurídicas relacionadas às questões jurídicas discutidas nas demandas repetitivas” (CAVALCANTI, 2015, p. 603).

A expertise do advogado, nesse caso, deve ser vista como um elemento inclusivo e não isoladamente para inviabilizar a participação da parte que ele representa.

Em outros termos, existindo diversos sobrestados que representem determinado grupo e, portanto, com os mesmos argumentos, a escolha de qual irá participar passa pela análise da atuação do advogado verificando sua capacidade de articulação e compreensão da discussão, o que se faz não apenas pelo pedido de intervenção no incidente, mas por todos os atos praticados no processo sobrestado em que atua. Por outro lado, não existindo outros representantes do grupo ou subgrupo, deve-se dar prevalência à inclusão do sobrestado que traga argumentos novos que possam contribuir para o debate, ainda que não haja expertise do advogado nesse tipo de procedimento.

O foco, portanto, será incluir novos argumentos, ainda que se possa compensar a deficiência da defesa de tais argumentos em momento posterior com a participação de outros envolvidos, como, por exemplo, o Ministério Público do Trabalho e o *amicus curiae*, buscando afastar critérios que meramente “elitize” o sobrestado que poderá atuar no incidente.

Outro requisito levantado por DIDIER JR., ZANETI JR.; ALVES (2019, p. 68) é grau de interesse na controvérsia, que será examinado no caso concreto, mas já autoriza criar algumas diretrizes gerais, como é o caso de as partes dos processos sobrestados terem maior proximidade com o interesse, enquanto aqueles que poderão ser atingidos pela decisão no futuro tem menor interesse.

Enfim, as partes dos processos sobrestados tem interesse na controvérsia (sendo seu grau analisado em concreto), podendo participar do recurso de revista repetitivo desde que tragam argumentos novos capazes de contribuir para o debate e possam representar grupos ou subgrupos.

#### 2.3.2.4.1 Natureza da atuação: parte ou terceiro

Definida a possibilidade de intervenção das partes dos processos sobrestados no recurso de revista repetitivo, cabe verificar se atuam como parte ou terceiro.

BASTOS (2012, p. 173 e 181) acredita que as partes do processo sobrestado, embora não figurem como partes do processo originário, devem ser consideradas como partes do incidente, por se tratar de litisconsórcio multitudinário facultativo, ativo ou passivo, por afinidade de questões por ponto comum de direito.

Acredita-se que a intervenção como litisconsorte não seja adequada, porque, embora o recurso de revista repetitivo seja uma causa piloto, como defendido nesse trabalho, na criação da tese, que ocorre no incidente, tem-se um julgamento de forma abstrata, não viabilizando a atuação como partes. Por outro lado, no processo piloto, como descreve ASSIS (2015b, p. 237), o momento hábil para intervenção do litisconsorte ulterior termina “quando a demanda estabiliza-se de forma definitiva, objetiva e subjetivamente”, o que significa que na fase recursal ele estará obstado.

No que tange à atuação como terceiro, especialmente como assistente, TEMER (2016, p. 169), por defender que o IRDR tem natureza abstrata não tendo partes e é um procedimento-modelo, entende que não existe nesse caso interesse jurídico na concepção tradicional a legitimar a atuação da parte do processo sobrestado como assistente simples ou litisconsorcial, já que não há relação subjetiva entre as partes do processo sobrestado e o que provocará a criação da tese jurídica. Permite, porém, que haja “uma espécie de atuação judicial, que não se encaixa nas modalidades nominadas, que visa a direcionar a formação de padrões decisórios” (TEMER, 2020, p. 251).

DIDIER JR. e CUNHA (2017, p. 693-694), por compreenderem que se trata de causa-piloto, diferenciam a atuação da parte do processo sobrestado no incidente da que ocorre no processo piloto (paradigma). No primeiro caso são consideradas intervenientes, enquanto na causa-piloto inserem-se como assistente simples, porque atuam na defesa do interesse do assistido, tendo interesse na sua vitória, auxiliando-o. Reconhece, ainda, que essa assistência é condicionada, porque pressupõe, inicialmente, que seja admitido como interveniente no



incidente.

DIDIER JR. em outro estudo mais detido sobre o assunto realizado em conjunto com ZANETI e ALVES, por partirem do pressuposto de que a intervenção não deriva das “relações jurídicas de direito material existentes nas causas-piloto, mas exatamente da situação jurídica coletiva já constatada e das vinculações que advém da tese jurídica e do eventual precedente judicial firmados acerca da questão de direito”, reconhecem uma nova espécie de intervenção de terceiros denominada de intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos, a qual deve ser dividida em dois grupos que possuem interesse na controvérsia: “(i) as partes dos processos sobrestados; (ii) e aqueles indivíduos interessados na formação do precedente” (DIDIER JR., ZANETI JR.; ALVES, 2019, p. 55 e 64-65).

Aparentemente, a CLT contemplou a tese de que há interesse jurídico e que a intervenção se dará por meio da assistência simples, pois no art. 896-C, § 8º, autorizou que o relator possa “admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples”.

No entanto, reconhece-se que nem todos os casos submetidos ao recurso de revista repetitivo terão uma relação jurídica conexa capaz de legitimar a assistência, como é o caso das questões processuais discutidas no recurso repetitivo, parecendo-se, pois, mais adequado ampliar essa figura interventiva, desvinculando-a da assistência.

É, pois, uma intervenção de terceiros *sui generis*, podendo ser denominada de intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos (DIDIER JR., ZANETI JR.; ALVES, 2019, p. 65).

#### 2.3.2.4.2 Poderes do sobrestado no recurso repetitivo

Partindo da premissa de que o sobrestado poderá participar do recurso repetitivo, como analisado nas seções anteriores, incumbe examinar quais atos ele poderá praticar no incidente.

Dentro do microsistema de julgamentos repetitivos, a CLT não versa sobre o tema, estabelecendo genericamente o CPC nos arts. 983, 984, II, “b” e 1.038, I, a possibilidade de juntar documentos, requerer diligências necessárias para elucidação da questão de direito controvertida, sustentar oralmente e apresentar manifestação escrita.

Embora a lei preveja abstratamente a prática de diversos atos pelos entes sobrestados, a fim de não se gerar tumulto processual no incidente e contribuir efetivamente para o debate, autoriza-se a análise da intervenção realizada em concreto para cada ato que pretenda praticar

no processo, de modo que o relator do recurso repetitivo deverá controlar a intervenção não “de forma única, mas, sim, para cada ato que o membro pretenda praticar durante o trâmite do procedimento de julgamento de casos repetitivos” (DIDIER JR, ZANETI JR; ALVES, 2019, p. 65).

De qualquer maneira, tendo o sobrestado interesse na controvérsia, deve-se ampliar a gama de atos que poderá ser realizado no incidente (DIDIER JR, ZANETI JR; ALVES, 2019, p. 69).

### *2.3.2.5 Julgamento do incidente como gestão de processos*

O aspecto gerencial do recurso de revista repetitivo faz com que ele produza um verdadeiro efeito cascata para os processos pendentes<sup>28</sup> que possuem idêntica questão jurídica, estejam sobrestados ou não (CABRAL, 2016a, p. 1464).

É que os recursos de natureza extraordinária, como é o caso do recurso de revista, reaprecia apenas a tese de direito federal ou constitucional, de modo que basta que a SDI-I ou o Tribunal Pleno defina uma vez sobre a tese de direito repetida na série de recursos pendentes para que seja cumprida sua função constitucional de manter a autoridade e uniformidade da legislação federal (THEODORO JR, 2016, p. 1.139).

Assim, em todos os processos em que a questão jurídica se repete haverá vinculação à tese jurídica firmada, seja favorável ou não, estabilizando-se a questão de direito perante eles, os quais não poderão rediscuti-la em seus respectivos processos (ALVES, 2018, p. 181).

Considerando que o TST não é responsável pelo julgamento de todos os processos em que se discute a questão, julgando apenas a causa piloto e criando a tese, decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos jurisdicionais respectivos declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão, aplicando a tese firmada (TST-IN nº 38, art. 13, *caput*; TST-RI, art. 292), enquanto os processos porventura suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST-IN nº 38, art. 14, III; TST-RI, art. 293, III; CPC/15, art. 1.040, III).

Portanto, haverá cisão decisória, de modo que, fixada a tese, incumbe ao juízo onde tramita o processo julgá-lo, formando-se a coisa julgada, individualmente, em cada um dos processos sobrestados e não no incidente de recurso de revista repetitivo (ALVES, 2018, p.

---

<sup>28</sup> Os efeitos para os processos futuros serão analisados na seção relacionada ao julgamento como precedente judicial.

183).

Desse modo, os recursos de revista sobrestados que estavam em trâmite no TST serão julgados pelas Turmas do TST, sendo considerados prejudicados caso tenham tese equivalente à firmada no incidente. Por outro lado, se possuem entendimento diverso da tese firmada serão julgados pela Turma aplicando o entendimento definido na tese do incidente.

Nos Tribunais Regionais, os recursos sobrestados terão dois destinos como se extrai do art. 896-C, § 11, da CLT:

1) terão seguimento denegado pelo presidente ou vice-presidente do TRT na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Tribunal Superior do Trabalho; ou

2) serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.

No primeiro caso, conquanto a norma indique que o recurso será denegado, há julgamento de mérito, havendo delegação legal de competência do TST para que os Tribunais Regionais julguem o recurso de revista (BUENO, 2015, p. 682).

Pode ocorrer de o presidente ou vice-presidente do TRT negar seguimento ao recurso de revista, com o pretexto de que a decisão-paradigma do TST é idêntica a do acórdão recorrido, embora não ocorra tal identidade. Nesse caso, caberá agravo interno para destrancar o recurso de revista, nos termos do art. 1.030, § 2º, do CPC/15.

Na segunda hipótese, embora o texto legal decline que o reexame será realizado pelo tribunal de origem, na realidade, o que ocorrerá é o retorno dos autos ao órgão prolator do acórdão recorrido (Turma do TST), sendo este o órgão competente para reanalisar a decisão (TST - IN nº 38, art. 14, II; TST-RI, art. 293, II; CPC/15, art. 1.040, II).

Trata-se, pois, de hipótese de retratação da decisão do recurso ordinário já publicada, sendo uma exceção à regra do art. 494 do CPC “de que a decisão não pode ser alterada depois de publicada” (AMENT, 2018, p. 110).

O ordenamento prevê a aplicação imediata pelo órgão de origem da tese firmada no incidente, sem consignar a necessidade de contraditório prévio (substancial), partindo do pressuposto de que a distinção, se existente, já deveria ter sido levantada previamente no momento da suspensão (BRANDÃO, 2016b, p. 369-370).

No entanto, embora tecnicamente o objeto da decisão de afetação e a tese firmada devam ser idênticos, o que se verifica na prática é que a tese jurídica fixada nem sempre é idêntica à decisão de afetação que delinea o objeto do incidente e provoca a suspensão dos processos, especialmente quando não enfrenta alguma peculiaridade existente no processo sobrestado que, em tese, poderia ser analisada observando a decisão de afetação (NEVES,

2019, p. 1767). Ademais, a decisão de afetação ocorre no início do incidente, podendo aparecer peculiaridades e argumentos novos durante a instrução.

Isso significa que a distinção não se limita à decisão de afetação, podendo surgir após a criação da tese jurídica.

Disso resulta que a ausência de contraditório antes de aplicar a tese firmada acaba por fulminar a possibilidade de o recorrido levantar a distinção na mesma relação processual, quando há retratação pelo juízo de origem.

É que, caso o órgão prolator da decisão altere seu julgamento para se adaptar ao entendimento fixado na tese jurídica, o recurso de revista ficará prejudicado. Por outro lado, a parte contrária (antes recorrido) passará a ter interesse de interpor recurso de revista da nova decisão, embora, provavelmente, faltar-lhe-á o pressuposto intrínseco da violação legal ou constitucional, pois o TST já terá assentado a interpretação sobre a questão de direito, afastando-se, pois, as discussões de distinção nessa relação processual.

Portanto, é salutar que haja contraditório prévio antes da retratação, a fim de garantir o contraditório substancial, afastando a existência de decisão surpresa<sup>29</sup>.

De qualquer maneira, ainda que não se autorize o contraditório prévio, o art. 966, § 5º, do CPC permite a ação rescisória quando houver retratação que não considera a existência de distinção entre a questão discutida no processo e a tese firmada no incidente (DIDIER Jr; CUNHA, 2017, p. 752).

Ademais, ocorrendo a alteração do julgamento e havendo outras questões não decididas na origem, elas devem ser julgadas na origem, pois o enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração (TST - IN nº 38, art. 15, § 2º; TST-RI, art. 294, § 2º).

Pode acontecer ainda de ser interposto recurso de revista sobre diversas questões, todas já decididas pelo órgão de origem, mas a controvérsia do recurso repetitivo contemplar apenas parte do recurso de revista. Nesse caso, o recurso de revista ficará sobrestado, porque primeiro se julgará a questão submetida ao recurso repetitivo.

Julgando o recurso repetitivo e formando-se tese jurídica diferente do que havia sido decidida na origem, poderá o órgão julgador alterar sua decisão. Na hipótese de alteração, caberá ao presidente ou vice-presidente do tribunal regional, independentemente de ratificação do recurso, proceder a novo juízo de admissibilidade, retomando o processo o seu curso normal (TST - IN nº 38, art. 15, § 3º; TST-RI, art. 294, § 3º).

Outro questionamento que pode surgir no momento do julgamento é se o órgão de

---

<sup>29</sup> Em sentido semelhante, ZUFELATO (2019, p. 259-260) defende o contraditório antes de se aplicar a tese firmada nos recursos repetitivos.

origem está obrigado a aplicar a tese fixada pelo TST.

Os arts. 896-C, § 12<sup>30</sup>, da CLT e 1.041, *caput*, do CPC<sup>31</sup>, interpretados literalmente, dão a impressão de que é possível ao órgão de origem manter o acórdão divergente.

Contudo, a tese jurídica fixada no recurso de revista repetitivo tem eficácia vinculativa (ALVES, 2018, p. 182), de modo que órgão de origem não tem opção de aplicar ou não da tese, devendo obrigatoriamente adequar sua decisão à proferida na decisão-paradigma.

DANTAS (2015, p. 132), por entender que na criação da tese o Tribunal Superior atua como Corte de cassação e reenvio, anuncia que “as cortes de apelação já não poderão apreciar livremente os casos, devendo fazê-lo nos limites do juízo de reenvio. Vale dizer, ou acatam a orientação da corte superior, ou realizam analiticamente o *distinguishing*”.

Desse modo e interpretando sistematicamente os §§ 12 e 16<sup>32</sup> do art. 896-C da CLT, o TST definiu que o órgão que proferiu o acórdão recorrido poderá manter sua decisão, desde que demonstre, fundamentadamente, a existência de distinção (*distinguishing*), por se tratar de caso particularizado por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa (TST - IN nº 38, art. 15; TST-RI, art. 294).

Não sendo o caso de distinção, deve aplicar a tese fixada no incidente, obstando que possa “manter posicionamento contrário àquele firmado pelo TST, na decisão da questão jurídica” (BRANDÃO, 2016b, p. 369).

Além do afastamento pela distinção, DIDIER JR; MACÊDO (2016, p. 214) anunciam também a possibilidade de a decisão ser assentada em mais de um fundamento e a tese firmada “trate apenas de um deles; por isso, não haveria justificativa para alteração da decisão, que ainda se encontraria firmada no fundamento restante”.

De qualquer modo, sendo o caso de distinção e mantida a decisão divergente, far-se-á novo exame de admissibilidade do recurso de revista pelo presidente ou vice-presidente do TRT e, sendo positivo, encaminhá-lo-á ao TST.

#### 2.3.2.6 Desistência da ação em curso no primeiro grau

Na concepção de gestão de processos, o recurso de revista repetitivo tem a função de

<sup>30</sup> CLT, art. 896-C, 12. Na hipótese prevista no inciso II do § 11 deste artigo, mantida a decisão divergente pelo Tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso de revista.

<sup>31</sup> CPC, art. 1041, *caput*. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.

<sup>32</sup> CLT, art. 896-C, § 16. A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

concentrar a discussão da questão jurídica em um único incidente e depois de criada a tese jurídica replicá-la para os demais casos idênticos, com fundamento especialmente nos princípios da duração razoável do processo e efetividade processual.

Com base nesses mesmos princípios, o art. 1.040, §§ 1º e 2º, do CPC autoriza que, antes de se replicar a tese no caso concreto sobrestado, a parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, desde que o faça antes de proferida a sentença e a questão nela discutida seja idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia (TST-IN nº 38, art. 16, *caput*).

Essa desistência independe de consentimento do reclamado, ainda que apresentada contestação, mas se a desistência ocorrer antes de oferecida a defesa, a parte, se for o caso, ficará dispensada do pagamento de custas e de honorários de advogado (TST-IN nº 38, art. 16, §§ 1º e 2º).

Trata-se de medida que busca racionalizar as demandas ainda não julgadas em primeiro grau que tenham questão idêntica à já decidida no recurso de revista repetitivo, vez que sendo contrárias a tese firmada pelo TST fatalmente serão julgadas improcedentes.

Havendo, porém, cumulação de pedidos, apenas o pedido correlato à tese firmada observará o presente procedimento, devendo os demais pedidos prosseguir a sistemática do art. 841, § 3º, da CLT.

### ***2.3.3 Como precedente judicial***

O recurso de revista repetitivo, como já analisado nos tópicos anteriores, é uma espécie de processo coletivo que busca racionalizar os julgamentos da Corte Trabalhista, sendo, pois, uma técnica de gestão de processos no qual em um único julgamento, decide-se o caso piloto e cria-se a tese jurídica que será replicada para todos os demais processos que tenham a mesma questão jurídica.

Além desses dois aspectos (processo coletivo e gestão de processos), o recurso de revista repetitivo também é capaz de atingir processos futuros, ou seja, alcançar processos que ainda não estão em trâmite, já que forma um precedente judicial de observância obrigatória (CPC, art. 927, III; TST-IN nº 39, art. 15, I, “a”).

É por isso que parte da doutrina trata o tema como o duplo discurso da decisão: o

discurso do caso e o do precedente (MITIDIERO, 2012, p. 62)<sup>33</sup>.

O discurso do caso busca a solução para a litigiosidade em massa existente nos recursos repetitivos, criando-se uma tese que será aplicada a todos os processos atuais (eficácia da decisão). Já o discurso do precedente provoca a eficácia vinculante da tese jurídica fixada, incidindo sobre todos os casos que vierem a ser propostos (ZANETI Jr., 2016a, p. 1.345). Até a decisão judicial tem-se o discurso do caso e para os atos futuros o do precedente (CARDOSO, 2018, p.131-135).

Para ALVES (2018, p. 181), enquanto nos processos pendentes temos a eficácia vinculativa da tese jurídica firmada do recurso de revista repetitivo, para os processos futuros haverá eficácia vinculante do precedente judicial “vinculando, prospectivamente, todos os cidadãos que busquem a tutela jurisdicional e discutam a questão de direito solucionada”.

Acredita-se que a principal diferença entre os dois “discursos” é que para os processos atuais haverá a possibilidade de suspensão e restrição da discussão da tese firmada no caso concreto que ficará limitada à análise da distinção com o caso concreto. Já para os processos futuros, não se fala em suspensão, porque inexistente, e amplia-se a possibilidade de interpretação do precedente criado, podendo incidir não apenas a distinção, mas ainda sua superação.

De qualquer maneira, como o recurso de revista repetitivo é considerado um precedente judicial, impõe-se examinar o sistema de precedentes no direito brasileiro, mormente para verificar a participação dos sujeitos na criação do precedente.

### 2.3.3.1 Aproximação entre o *civil law* e o *common law*

René David (2002, p. 22-23), como forma de facilitar e compreender os diferentes direitos do mundo contemporâneo, agrupou-os em famílias, definindo como principais a família romano-germânica, a família anglo-saxônica (*common law*) e a família dos direitos socialistas, sendo as duas primeiras as que interessam para o presente trabalho.

A família romano-germânica engloba os países que foram constituídos com fundamento no direito romano, sendo formada “graças aos esforços das universidades europeias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos” (DAVID, 2002, p. 24). Concedeu-se a denominação de sistema romano-germânico, diante dos esforços comuns das universidades

---

<sup>33</sup> O autor usa as expressões: discurso voltado para o caso concreto (fundamentação) e o discurso para a ordem judicial (precedente).

latinas e germânicas (DAVID, 2002, p. 24). A expressão *civil law* também é utilizada com frequência para representar esta família, embora possa ser criticada por restringir a noção de ciência (DAVID, 2002, p. 24), podendo dar a ideia de que se limitaria às regras dos “direitos civis”.

O sistema romano-germânico dá prevalência às normas escritas e legisladas, colocando como fonte supletiva as demais fontes do direito, como a jurisprudência e os costumes (LIMA JR. 2015, p. 88).

O *civil law* é sistematizado de modo que “as leis básicas são organizadas em códigos, por matéria ou ramo do Direito, de forma ordenada, lógica e compreensível, com a concentração das formações jurídicas por meio dos órgãos estatais politicamente dominantes” (ALMEIDA, 2016, p. 91).

Em razão das colonizações e da facilidade de sua recepção pela técnica jurídica da codificação, esta família é aplicada em diversos territórios (DAVID, 2002, p. 33-34).

O Brasil tem forte influência da tradição romano-germânica em razão da colonização portuguesa, “do que é exemplo o fato de parte das Ordenações Filipinas permanecerem em vigor em território brasileiro até a segunda década do século XX” (LIMA JR., 2015, p. 101).

Diferentemente do *civil law*, que teve origem nas universidades europeias, o *common law* (família anglo-saxônica), que em português significa direito comum, foi criado pelos próprios juízes na resolução de determinados litígios, “principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça” (DAVID, 2002, p. 351).

Em razão dessa diferença histórica, a própria formação dos juristas no *common law* baseou-se na atividade prática, revelando-se o Direito “muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentares” (REALE, 1993, p. 142).

Nas palavras de Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida

No sistema do *common law*, o Direito pode ser definido como o conjunto de normas de caráter jurídico, não escritas, sancionadas e acolhidas pelos costumes e pela jurisprudência. Nele, a jurisprudência dos tribunais superiores vincula os tribunais inferiores, pois, ao julgarem os casos concretos, os juízes declaram o direito comum aplicável. Os julgados proferidos são registrados nos arquivos das Cortes e publicados em coletâneas (*reports*) e adquirem a força obrigatória de regras de precedentes (*rules of precedents*), razão pela qual atuam como parâmetro para os casos futuros. Os juízes e juristas abstraem destes julgados princípios e regras para, no futuro, ampliarem os limites do *common law*, propiciando a sua evolução. Não existindo precedente ou norma escrita, os tribunais podem criar uma norma jurídica para aplicá-la ao caso concreto, predominando a forma de raciocínio analógico a partir de “precedentes judiciais” (ALMEIDA, 2016, p. 96).

Prevalece, portanto, o direito casuístico, fundamentado nos precedentes judiciais.



A obrigação de se recorrer às regras que já foram estabelecidas pelos juízes é denominada de *stare decisis* que vem “da máxima latina *stare decisis et non quita movere*, algo como: mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto” (PRITSCH, 2020, p. 106).

Nada obsta, porém, de existirem leis nesse sistema.

Todavia, como o “precedente jurisprudencial é a principal fonte do *Common Law*, os juízes sempre interpretaram de modo restritivo a legislação (*Statute Law*), limitando ao máximo a incidência desta no *Common Law*” (LOSANO, 2007, p. 334).

Como assevera MARINONI, nesse sistema, os códigos não fecham o espaço para o juiz pensar, deixando de se preocupar se todas as regras são capazes de solucionar os casos em conflitos, razão pela qual “se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código (MARINONI, 2009, p. 30).

Desse modo, a preocupação do *common law* não se baseia na necessidade de o juiz aplicar, de forma estrita, a legislação, mas na possibilidade de o próprio juiz interpretar o direito.

Atualmente, observa-se a tendência de aproximação dos dois sistemas jurídicos, com a adoção de normas codificadas em países do *common law* e com a valorização dos precedentes nos países do *civil law*, sendo “este movimento de interpenetração de institutos jurídicos típicos de cada uma das famílias (...) conhecido como *circulação de modelos jurídicos*” (ZUFELATO, 2015, p. 91).

Como descreve MANCUSO (2007, p. 183) não é tão nítida e radical a dicotomia entre as famílias do *civil law* e do *common law*, como ocorria antigamente, sendo visível a evolução e constante aproximação entre elas, crescendo o direito legislado nos países tradicionalmente embasados nos precedentes e, de modo contrário, a jurisprudência vem ganhando destaque nos países que tem como primado a lei.

MARINONI (2009, p. 19) esclarece que o direito inglês primitivo, embasado no *commow law*, produzia poucas leis, o que não ocorre na atualidade, sendo “provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes”.

René David (2002, p. 24) declina, ainda, que, além dessa aproximação estrutural, no que tange à substância “soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito”.

Com o advento do constitucionalismo, adverte MARINONI que

o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do Legislativo. Lembre-se que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere sentido à lei, distinto do que lhe deu o Legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. (MARINONI, 2009, p. 37)

No Brasil, em que o modelo adotado se baseia no paradigma do *civil law*<sup>34</sup>, a aproximação entre os dois sistemas jurídicos é ainda mais evidente, uma vez que diversos instrumentos previstos no ordenamento jurídico são claramente inspirados na tradição jurídica do *common law* como, por exemplo, o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, as súmulas vinculantes do STF, os recursos repetitivos etc. (MIESSA, 2021b, p. 622).

Com o Código de Processo Civil de 2015, os precedentes judiciais passam a ter maior destaque, aproximando-se o direito brasileiro ainda mais das técnicas utilizadas no sistema do *common law*, ao incorporar uma série de técnicas deste sistema, principalmente nos art. 926, 927, 928, 489, criando “um sistema brasileiro de precedentes, manifestamente destinado à estabilidade das decisões judiciais e à do precedente de caráter vinculante” (CARDOSO, 2018, p. 133).

Essa mudança de paradigma “consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior (precedentes persuasivos) para assumir o papel normativo dos precedentes atuais (precedentes vinculantes)”, tornando os juízes e tribunais “*menos* livres e mais responsáveis pela interpretação no quadro da teoria dos precedentes do que no quadro da mera legalidade. Lei e precedentes vinculam, ambos têm caráter normativo” (ZANETI JR, 2016a, p. 1311 e 1313).

### 2.3.3.2 Precedente de propósito

O ordenamento brasileiro inseriu a sistemática dos recursos repetitivos como gestão de processos, inicialmente, na repercussão geral dos recursos extraordinários e nos recursos especiais, respectivamente pelas Leis nº 11.418/2006 e nº 11.672/08.

Em 2014, por meio da Lei nº 13.015, atraiu essa disciplina para o processo do trabalho, dando origem ao recurso de revista repetitivo nos arts. 896-B e 896-C da CLT.

Nesta lei o legislador não se limitou em reconhecê-lo como um mecanismo de gestão de

---

<sup>34</sup> ZANETI JR. (2016, p. 1321) entende que o Brasil é um país de tradição híbrida: *civil law* e *common law*.

processo, introduzindo diretamente na CLT instrumentos dedicados aos precedentes judiciais obrigatórios.

É o que se verifica pelo art. 896-C, § 16, que estabelece o *distinguishing*, “sendo o primeiro enunciado normativo brasileiro a tratar do tema de maneira tão clara – é, também, por isso, um marco na evolução do Direito sobre os precedentes no Brasil” (DIDIER JR.; MACÊDO, 2016, p. 215).

O mesmo se diga do § 17 que versa sobre a superação, que é instituto eminentemente ligado à teoria dos precedentes.

O CPC de 2015 sedimentou essa sistemática, criando, como já visto, o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, no qual se inclui o recurso de revista repetitivo.

Nesse contexto, o art. 927, III, do CPC declinou que são de observância obrigatória “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

O C. TST, interpretando referido dispositivo, estabeleceu no art. 15, I, a, da Instrução Normativa nº 39 que se considera precedente o “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1046, §4º)”.

Vê-se pelo *caput* do art. 927 do CPC que os juízes e os tribunais “observarão” tais precedentes, o que significa que não se trata da faculdade de o juiz aplicar ou não o precedente, mas sim dever de observá-lo, criando, portanto, precedentes obrigatórios e não meramente persuasivos. Nesse sentido, o enunciado nº 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

Ademais, os precedentes obrigatórios vinculam não somente o tribunal que proferiu a decisão, mas também os órgãos a ele subordinados, tendo respectivamente duas direções: horizontal e vertical (ZANETI JR, 2016a, p. 1314).

Por serem vinculantes, as decisões que não contenham manifestação sobre referidos precedentes obrigatórios provocam decisões com erro de julgamento ou de procedimento, sendo consideradas inclusive omissas, nos termos do art. 1.022, parágrafo único, II, do CPC/15 (MIESSA, 2021b, p. 630).

É interessante destacar que, quando se analisa o termo precedente em sentido amplo, ele tem um aspecto relacional, o que “significa que determinado objeto antecede a outro, demonstrando alguma similariedade, e em direito refere-se a decisões judiciais, as quais

servirão de modelo ou ponto de partida” (DIDIER JR; MACÊDO, 2016, p. 196).

Nesse contexto, precedente é uma decisão judicial que será observada no futuro, tendo uma visão retrospectiva, já que incumbe ao julgador que irá aplicá-lo ter um olhar voltado para trás. “Os precedentes não surgem como previamente vinculantes, mas tornam-se vinculantes ao longo do tempo” (ZUFELATO, 2015, p. 91).

Conquanto essa seja a ideia originária de precedentes, não se vinculando a esta ou aquela decisão, definindo a *ratio decidendi* e sua capacidade obrigatória em momento futuro, o legislador brasileiro já previu de antemão “precedentes de propósito” (CÂMARA, 2015, 437), criando-se assim uma vinculação formal pela inserção dos recursos repetitivos dentro do rol do art. 927, III, do CPC (LEMOS, 2018, p. 544).

Impôs, portanto, um aspecto prospectivo, vez que, no momento da decisão do recurso de revista repetitivo, o TST já tem dimensão que seu julgado deverá ser aplicado para os processos pendentes e também para os processos futuros<sup>35</sup>.

#### 2.3.3.3 Estrutura dos precedentes: *ratio decidendi* e *obiter dictum*

Os precedentes judiciais, estruturalmente, são compostos pelos fundamentos fáticos que embasam a controvérsia e pelos fundamentos jurídicos utilizados na motivação da decisão.

Os fundamentos essenciais que sustentam a decisão e vinculam são denominados de *ratio decidendi*, no direito inglês, e *holding*, no direito americano.

O julgador pode levantar, ainda, elementos jurídicos e realizar colocações que, embora possam servir como reforço da tese apresentada, não compõem propriamente a *ratio decidendi*. Essas colocações acessórias, periféricas são denominadas de *obiter dictum*.

O *obiter dictum* representa, portanto, as argumentações incidentais sem as quais os fundamentos determinantes da decisão se manterão. São questões levantadas pelo magistrado que não precisariam ser enfrentadas para que se chegasse à conclusão (MIESSA, 2016, p. 1063).

Trata-se de conceito residual, ou seja, é tudo aquilo que não se considera como *ratio decidendi*, sendo, pois, um conceito absolutamente atrelado ao de *ratio decidendi* (MARINONI, 2013, p. 231).

O *obiter dictum*, apesar de não compor a *ratio decidendi*, pode, em casos posteriores,

---

<sup>35</sup> PEIXOTO (2016, p. 130) defende que, mesmo nos países adeptos aos *common law*, como é o caso dos EUA, as Cortes têm ciência de que suas decisões já nascem vinculantes, tanto que o *stare decisis* tem relação justamente com a obrigatoriedade de se seguir o que já foi decidido, além de se discutir a limitação temporal na superação dos precedentes.

ser transformado em *ratio decidendi*. “Nessa hipótese, o julgador subsequente, ao observar determinado precedente, torna o seu *obiter dictum* do caso passado a *ratio decidendi* de sua própria decisão, o que enseja a sua elevação ao *status* da norma” (MACÊDO, 2016, p. 255).

Aliás, o *obiter dictum*, embora não gere o efeito vinculativo do precedente, pode servir de elemento persuasivo para decisões posteriores. “A sua força depende do tribunal do qual emanou, da argumentação que lhe fundamenta, das características de sua formação, do seu acolhimento na doutrina e da influência e autoridade do julgador de quem a emanou.” (ATAÍDE JR., 2012, p. 88)

Portanto, a busca pela definição da “*ratio decidendi* parte da necessidade de se evidenciar a porção do precedente que tem efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores” (MARINONI, 2013, p. 220).

*Ratio decidendi* ou *holding* consiste na razão de decidir (PRITSCH, 2020, p. 112) ou o núcleo essencial da decisão (MARINONI, 2009, p. 50), sendo numa primeira perspectiva “a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão (MARINONI, 2013, p. 220).

Para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça a *ratio decidendi* são os fundamentos determinantes da decisão (BRASIL, 2012b; BRASIL, 2013c; BRASIL, 2013a; BRASIL, 2013b). Como descrito pelo Tribunal Superior do Trabalho, “a *ratio decidendi* é entendida como os fundamentos determinantes da decisão, ou seja, a proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão” (BRASIL, 2015a).

É o que se extrai dos arts. 489, § 1º, V (fundamentação adequada), e 979, § 2º, que “assimila *ratio decidendi* ao conceito de *fundamentos determinantes*” (ZANETI JR, 2016a, p. 1331).

Trata-se, pois, do precedente em sentido estrito (DIDIER JR., 2015, p. 441), uma vez que corresponde ao elemento que vinculará o julgamento posterior de casos semelhantes, ou seja, é a norma criada pela decisão.

Para que se encontre a *ratio decidendi*, deve-se investigar, primordialmente, a fundamentação utilizada no julgamento, que compreende as razões que fizeram com que o julgador proferisse determinado dispositivo. Isso porque a essência da decisão, ou seja, o que deverá ser aplicado pelos demais juízes, em regra, encontra-se na fundamentação.

E nesse aspecto ganha relevância a fundamentação exaustiva descrita no art. 489, § 1º, do CPC/15. A fundamentação da decisão judicial sempre teve muita importância, tanto que seu regramento vem disposto na Constituição Federal (CF/88, art. 93, IX). Isso se justifica, dentre outros aspectos, para que as partes tenham conhecimento das razões que levaram o juiz a decidir desta ou daquela forma, possibilitando o contraditório em âmbito recursal, e

permitindo que o Tribunal *ad quem* possa compreender os motivos da decisão. Contudo, no contexto do CPC de 1973, a decisão sempre foi pensada *inter partes*, não produzindo reflexos para o futuro, sendo incapaz, como regra, de beneficiar ou prejudicar terceiros.

Já na ideologia dos precedentes, a decisão, reconhecida como precedente, produz efeitos prospectivos atingindo casos semelhantes. Além disso, para que um precedente não seja aplicado em determinado caso futuro, é necessário que a decisão posterior fundamente demonstrando que ele se distingue do caso concreto ou que o precedente está superado. Verifica-se, portanto, que a fundamentação ganha ambiente de destaque na decisão judicial com o CPC/15, seja para produzir efeitos no futuro, seja para afastar a incidência dos precedentes em casos concretos (MIESSA, 2021b, p. 626).

Conquanto a *ratio decidendi* seja identificada, em regra, na fundamentação, na análise dos fundamentos não se deve ignorar as razões fáticas que embasaram a decisão (relatório) e o dispositivo. A propósito, o art. 489, § 3º, do CPC/15 é expresso ao declinar que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

Em outros termos, o relatório e o dispositivo não são ignorados “quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva” (MARINONI, 2013, p. 219).

Desse modo, para que se possa extrair o alcance e significado da *ratio decidendi*, deve-se analisar todos os elementos da decisão: relatório, fundamentação e dispositivo, sem prejuízo de se dar ênfase à fundamentação.

É um ato eminentemente interpretativo, que se alcança primordialmente pela casuística.

Por isso, que, embora seja importante a definição de um método para se alcançar a *ratio decidendi*, é praticamente impossível definir um único método infalível (PEIXOTO, 2015, p. 183), até porque a *ratio decidendi* é norma que pressupõe interpretação, seja para criá-la, seja para aplicá-la no futuro.

Noutras palavras, a norma do precedente difere de seu texto. É que “todo texto depende de interpretação, sendo conseqüente que texto e norma não se confundam, pois a norma é o resultado da interpretação” (ZANETI JR, 2016b, p. 292).

O texto é um símbolo gráfico, isto é, aquilo que é descrito literalmente na decisão. A norma tem no texto o seu ponto de partida, mas vai muito além dele, decorrendo da interpretação do texto, que pode gerar diversos significados e não somente o literal descrito no texto. Disso resulta que a extração da *ratio decidendi* pressupõe interpretação do texto no caso

concreto (MIESSA, 2021b, p. 616).

Isso acaba refletindo nas duas dimensões temporais do precedente: a da formação e a da aplicação (ZANETI JR., 2016a, p. 1331).

O órgão criador do precedente no momento da formalização da tese jurídica deve buscar indicar com precisão os fundamentos determinantes, especialmente porque no direito brasileiro a própria norma já indica quais decisões são precedentes.

É que o legislador, embasada na tradição jurídica do *civil law*, optou por criar precedentes por força de lei, de modo que “o próprio tribunal que decide o caso blinda sua decisão pela obrigatoriedade de obediência a ela no âmbito das outras instâncias do Poder Judiciário subordinadas a esse órgão” (ZUFELATO, 2016, p. 278).

O segundo momento é o da aplicação, de modo que “a delimitação da *ratio decidendi* será realizada pelos julgados posteriores, atuando aquele julgado original como um parâmetro inicial do texto a ser interpretado” (PEIXOTO, 2016, p. 163).

“Não há dúvida que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento” (MARINONI, 2013, p. 229).

Nesse aspecto de interpretação, é necessário destacar uma importante diferença entre a interpretação da lei e do precedente para se extrair a norma neles existentes.

A lei, como norma geral e abstrata, desliga-se dos fatos e fundamentos que a originaram, passando as discussões levantadas antes de sua criação a serem um elemento histórico que, embora tenham alguma relevância interpretativa, em regra, não são determinantes.

Por sua vez, o precedente está umbilicalmente vinculado ao caso concreto que lhe deu fundamento, não se admitindo a análise tão somente da tese jurídica criada, mas essencialmente do(s) caso(s) que lhe deu (deram) origem (MIESSA, 2016, p. 1060). “A *ratio decidendi* sempre tem que estar acompanhada da situação concreta que gerou o *decisum*” (ZUFELATO, 2015, p. 99), de modo que mesmo que o *thema decidendum* seja matéria de direito, como é o caso do recurso de revista repetitivo, “não há como desvinculá-lo do contexto fático no qual se aplica” (ZUFELATO, 2016, p. 282).

Cumpra registrar ainda que é possível extrair mais de uma *ratio decidendi* de um precedente, especialmente quando se tratar de cumulação de pedidos, admitindo-se tantas normas do precedente quanto são os capítulos da decisão (MACÊDO, 2016, p. 250).

Ademais, os precedentes não são estáticos, permitindo sua reconstrução com a evolução do direito, com as mudanças sociais etc., o que significa que a *ratio decidendi*, por ser uma

norma, pode ser interpretada diferentemente com o passar do tempo. Isso demonstra “que a regra extraída dos precedentes nunca está acabada, tendo um caráter permanentemente incompleto, que paulatinamente evolui em conjunto com as demais modificações ocorridas no direito e na sociedade” (PEIXOTO, 2016, p. 165).

#### 2.3.3.4 *Motivação reforçada*

O dever de fundamentação da decisão judicial vem descrito no art. 93, IX, da CF/88 e sistematizado nos arts. 832 da CLT e 489, § 1º, do CPC, sendo uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito.

Sua exigência tem dupla função (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 322): uma interna (endoprocessual) e a outra externa (exoprocessual ou extraprocessual).

A função endoprocessual busca legitimar a decisão para as próprias partes, de modo que o magistrado, expondo suas razões de decidir, possibilita que elas possam se convencer de sua argumentação, viabiliza o contraditório em âmbito recursal, bem como permite que o Tribunal *ad quem* compreenda os motivos da decisão.

No aspecto extraprocessual a legitimidade do Judiciário, diferentemente dos demais Poderes que é prévia decorrente da escolha popular (LUCCA, 2015, p. 125), ocorre *a posteriori* por meio da motivação da decisão que viabiliza seu controle “pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada” (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 322).

Essa dupla função acaba refletindo diretamente no duplo discurso: o discurso do caso (interno) e o discurso do precedente (externo) voltado para a sociedade (MITIDIERO, 2012, p. 62).

Ademais, como analisado no tópico anterior, a *ratio decidendi* tem estreita relação com a fundamentação, o que significa que nos precedentes judiciais a fundamentação e argumentação são peças centrais “seja para dotar de força e legitimidade a decisão que tem caráter vinculante, seja para que, na aplicação do precedente vinculante, realize-se de maneira adequada o seu enquadramento nos casos semelhantes” (ZUFELATO, 2016, p. 281).

Os argumentos trazidos nos recursos repetitivos têm como ponto inicial os recursos paradigmas, mas é possível que novos argumentos sejam levantados por todos aqueles que participam do processo como analisado neste trabalho, gerando uma complexidade de argumentação que deve ser enfrentada na decisão.

Por isso, que o art. 1038, § 3º, do CPC em sua redação original impunha que o conteúdo



do acórdão deveria abranger a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrárias. A Lei nº 13.256/2016 alterou esse dispositivo, afastando teoricamente a necessidade de analisar os argumentos favoráveis ou contrários.

No entanto, diante do microssistema de julgamento de casos repetitivos, acredita-se que deve ser aplicado o art. 984, § 2º, do CPC ao recurso de revista repetitivo, o qual exige que sejam analisados todos os fundamentos favoráveis e contrários (CABRAL, 2016a, p. 1463).

Isso se justifica para “evitar uma decisão paradigma que seja autocentrada em si própria e desconectada das discussões que foram produzidas para a edição do precedente” analisando apenas os fundamentos que “o tribunal considerar relevantes” (ZUFELATO, 2016, p. 286).

Ademais, previne-se futuras discussões acerca da incidência do precedente em determinados casos, “evitando que a decisão não seja cumprida sob a alegação de que há um argumento novo ou não apreciado no incidente que seria apto a alterar a conclusão” (CABRAL, 2016a, p. 1463), assim como para examinar possível superação.

Diante disso, proporciona a incidência do princípio da inércia argumentativa (ATAÍDE JR., 2014, p. 389), o qual dispõe que, nos julgamentos posteriores, o magistrado que enquadrar seu caso no precedente atenuará seu dever de fundamentação, exigindo apenas que faça a correlação fático-jurídica do seu caso com o precedente (CPC, art. 489, § 1º, V). Por outro lado, exige-se uma carga argumentativa qualificada caso pretenda inobservar a *ratio decidendi* do precedente, seja pela distinção, seja pela superação (CPC, art. 489, § 1º, VI).

A exigência de fundamentação dos argumentos favoráveis à tese vencedora e também dos contrários permite, ainda, verificar se o princípio da cooperação foi respeitado, no sentido de que se observou todos os argumentos levantados pelos sujeitos que participaram do incidente para a construção da tese jurídica, honrando, assim, com o devido processo legal.

É que “em um ambiente democrático, a vinculação dos precedentes só será admissível se as decisões forem construídas por uma comunhão de forças entre os sujeitos processuais e não de modo exclusivo pelo magistrado” (MACÊDO; PEREIRA; PEIXOTO, 2012, p. 540).

Esse reforço na fundamentação, portanto, “está longe de ser mero preciosismo do legislador; ao contrário, é requisito que acresce legitimidade e autoridade ao julgamento” (DANTAS, 2016, p. 2293).

#### 2.3.3.4.1 Publicidade: banco de dados de casos repetitivos

O art. 93, IX, da CF/88 trata conjuntamente da exigência de publicidade e motivação da decisão judicial, criando uma conexão direta e obrigatória entre esses dois princípios, de

modo que não haverá publicidade se não há exteriorização do pensamento (motivação), ou seja, a publicidade não será alcançada se a decisão é carente de motivação (MACÊDO; PEREIRA; PEIXOTO, 2012, p. 542).

Aliás, o próprio modelo do *stare decisis* exige um sistema hierarquizado de juízes e tribunais, bem como “a existência de sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade das decisões, de forma a garantir o conteúdo das decisões para consulta e vinculação no julgamento dos casos-futuros” (ZANETI JR, 2016b, p. 312).

Desse modo, o CPC exige que sua instauração e julgamento observem o princípio da publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Além disso, os tribunais devem manter banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao recurso de revista repetitivo, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro (CPC/15, art. 979, caput e §§ 1º e 3º).

Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do recurso repetitivo, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro deve conter, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (CPC/15, art. 979, § 2º).

Em razão da disciplina do CPC/15, o CNJ, por meio da Resolução 235/2016, criou o banco nacional de dados de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência, o qual deve ser alimentado continuamente pelos tribunais (art. 5º, § 1º) e é gerido pelo Conselho Nacional de Justiça.

No art. 8º institui também os bancos regionais de dados, declinando que os tribunais deverão manter, nos respectivos sítios eletrônicos, banco de dados pesquisável com os registros eletrônicos dos temas para consulta pública com informações padronizadas de todas as fases percorridas dos casos repetitivos, permitindo a consulta das peças eletrônicas dos processos paradigmas essenciais à compreensão da questão discutida e da tese firmada.

O TST, por meio do Ato da Presidência nº 90, de 1º de março de 2017, instituiu o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), dividido em duas seções: I – Seção de Gerenciamento de Recursos de Revista Repetitivos, vinculada à Presidência do TST (NUGEP-SP) e a Seção de Gerenciamento de Recursos Extraordinários Trabalhistas em Repercussão Geral, vinculada à Vice-Presidência do TST (NUGEP-SVP).

Dentre as competências do NUGEP-SP está a de informar ao NUGEP do CNJ, mantendo no sítio do Tribunal, os dados relativos aos incidentes de recurso de revista repetitivo, incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência do

TST, bem como os integrantes da Seção do Núcleo e seus dados para contato, nos moldes exigidos pelo CNJ.

#### *2.3.3.5 Decisão de afetação e de organização*

Mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção de Dissídios Individuais I do TST (SDI-I), a questão poderá ser afetada à esta Seção ou ao Tribunal Pleno, quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal (CLT, art. 896-C).

O requerimento do Ministro deverá indicar um ou mais recursos de revista representativos da controvérsia e ser formulado por escrito diretamente ao Presidente da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais (TST-RI, art. 281, § 1º).

De forma concorrente, quando a Turma do TST entender necessária a adoção do procedimento de julgamento de recursos repetitivos, seu Presidente deverá submeter ao Presidente da SDI-I a proposta de afetação do recurso de revista (TST-RI, art. 281, § 2º).

O Presidente da SDI-I submeterá a proposta de afetação ao colegiado que, sendo acolhida, definirá se o incidente será julgado pela SDI-I ou pelo Tribunal Pleno, salvo quando se tratar de matéria disciplinada em súmula ou orientação jurisprudencial, caso em que o incidente será necessariamente afetado ao Tribunal Pleno. Ato contínuo, será distribuído a um relator e a um revisor (TST-RI, art. 281, § 3º, I e III).

O acolhimento da proposta provoca, nesse momento, a delimitação provisória do objeto do incidente, analisando a questão sob a perspectiva do requerimento do Ministro que formulou a proposta, de modo que indicará “a questão jurídica, os argumentos ou teses dissonantes apresentadas até aquele momento e os dispositivos normativos relacionados à controvérsia” (TEMER, 2016, p.121).

Desse modo, o Presidente da SDI-I expedirá comunicação aos demais Presidentes de Turma, que poderão afetar outros processos sobre a questão para julgamento conjunto, a fim de conferir ao órgão julgador visão global da questão (TST-RI, art. 282).

Selecionados os recursos representativos e designado o relator, ele ficará responsável pela organização do incidente, seja para atos relacionados à instrução, seja para indicação da questão jurídica que será objeto de discussão.

Para tanto, deve proferir uma decisão fundamentada de organização do incidente que não tem previsão expressa no ordenamento, mas pode ser extraída do art. 1.037 do CPC, do

art. 284 do Regimento Interno do TST e do art. 5º da Instrução Normativa nº 38 do TST, sendo denominada de decisão de afetação.

Essa decisão é essencial para identificar de forma precisa o objeto do incidente; a escolha dos casos representativos; fixação das diretrizes para participação; a comunicação dos interessados e à sociedade sobre a afetação da matéria; a comunicação dos Ministros e do Presidente do TST para suspensão dos processos que tenham questão idêntica (DIDIER JR; TEMER, 2016, p. 233-244). Ademais, gera a prevenção do relator que primeiro tiver proferido a decisão, caso haja mais de uma afetação (CPC, art. 1.037, 3º).

#### 2.3.3.5.1 Delimitação do objeto do incidente

O primeiro ato do relator na decisão de afetação é identificar com precisão a questão a ser submetida a julgamento (TST-RI, art. 284, I; TST-IN nº 38, art. 5º, I; CPC/15, art. 1.037, I).

Trata-se de “etapa fundamental para que se possa delimitar, com exatidão, os temas que comporão o precedente judicial a ser emitido e todas as suas variáveis” (BRANDÃO, 2016a, p. 1229), direcionando adequadamente o incidente.

Portanto, as possíveis variáveis (questões) que poderão ser debatidas no incidente devem, necessariamente, compor a decisão de afetação, acreditando-se que, para melhor clareza, sejam apresentadas em forma de questionamento, norteadas a sociedade e envolvidos acerca de seu objeto e sobre quais questões deverão ser respondidas no incidente.

Além das questões jurídicas, também deve delimitar “as circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia, ou, ainda, a categoria fática para a qual a tese será aplicada” (DIDIER JR.; TEMER, 2016, p. 235).

Essa identificação é de suma importância porque será vedado ao órgão colegiado decidir questão não delimitada no objeto de afetação (TST-IN nº 38, art. 12, parágrafo único; TST-RI, art. 291, § 1º), já que deve haver congruência entre a decisão de afetação e a decisão final que fixa a tese jurídica (Enunciado nº 606 FPPC).

Noutras palavras, a decisão de afetação delimita definitivamente o objeto do incidente, tornando-o estável e obstando, conseqüentemente, a apreciação pelo tribunal de argumentos sobre questões diversas (TEMER, 2016, p. 129). Ela limita o Poder Judiciário e a discussão das partes, as quais devem concentrar seus argumentos naquilo que foi definido na decisão.

A correlação entre a decisão de afetação e a decisão que fixa a tese se justifica, especialmente pelo respeito ao princípio do contraditório (TEMER, 2016, p. 129),

viabilizando que aqueles que participaram do incidente possam se manifestar sobre todas as questões e variáveis existentes no incidente, afastando assim decisões surpresa. Tem, pois, ligação direta com o direito de participação e o devido processo legal.

A delimitação tem relevância ainda “para a adequada aplicação do precedente em relação aos processos que estão pendentes e aos que forem ajuizados em momento posterior” (BASTOS, 2012, p. 167).

#### 2.3.3.5.2 Escolha dos processos paradigmas

O segundo passo será justificar a escolha dos processos paradigmas, que impactam diretamente nas conclusões que o tribunal julgador extrairá a respeito da questão comum (CABRAL, 2016a, p. 1455), devendo observar os elementos objetivos e subjetivos, já explanados neste trabalho.

Deve-se, portanto, fundamentar porque tais processos foram eleitos e quais os critérios foram utilizados para sua escolha, não ficando vinculado às propostas de afetação, podendo recusá-las por entender que os recursos representativos da controvérsia não são admissíveis ou não contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, podendo, ainda, selecionar outros recursos representativos da controvérsia (TST-IN nº 38, art. 4º; TST-RI, art. 283, parágrafo único).

#### 2.3.3.5.3 Fixação das diretrizes de participação

O relator, na decisão de afetação, definirá os critérios que irá utilizar para admitir os sujeitos que participarão do incidente, delimitando inclusive seus poderes e atos que poderão praticar.

Trata-se de ponto de partida para viabilizar o adequado debate no incidente, minimizando o deficit de contraditório e viabilizando o efetivo respeito às garantias processuais, defendendo-se nesse trabalho a ampla possibilidade de participação para que legitime o incidente, vez que “o respeito aos precedentes só se revela um caminho viável em um processo dialético, em que exista um debate real” (MACÊDO; PEREIRA; PEIXOTO, 2012, p. 528).

Nesse contexto, a decisão deve descrever os elementos gerais que o relator irá adotar para a admissão dos participantes, diferenciando inclusive os requisitos para cada tipo participante, por exemplo, sobrestados, ausentes ou *amici curiae*, já que possuem interesses

diversos e, conseqüentemente, requisitos diferentes.

A definição prévia de quais critérios serão utilizados para o deferimento da participação contribui para a efetivação do contraditório substancial, já que viabiliza que os sujeitos possam melhor instruir seu requerimento e, evidentemente, convencer o julgador.

Contribui ainda para o princípio da efetividade, vez que os requerimentos não serão aleatórios, mas focados nos critérios já previamente estabelecidos, o que direciona o incidente e permite que se alcance melhores resultados.

O mesmo deve ocorrer com os critérios para participação na audiência pública que poderá ser designada pelo relator (CPC, art. 1.038, II). Essa audiência poderá ser definida na decisão de afetação ou, se necessário, em momento posterior.

O importante, porém, é que sejam delimitados previamente os requisitos para participação, sejam subjetivos (como a representatividade adequada), sejam objetivos (como a necessidade de trazer elementos úteis para o debate).

É possível inclusive que o relator já indique, com base no objeto do incidente, o que se pretenderá com a realização da audiência, podendo levantar alguns questionamentos prévios. Autoriza-se também que, o relator dentro dos seus poderes instrutórios, possa determinar a apresentação de documentos para melhor elucidar a questão.

Ainda como elementos que viabilizam a qualificação do debate, deve-se intimar o Ministério Público para se manifestar e poderá solicitar informações dos Tribunais Regionais acerca da controvérsia, a fim de verificar especialmente como o Regional tem abordado a tema, podendo, inclusive, requisitar o envio de dois recursos representativos da controvérsia (TST-RI, art. 284, III e IV).

Na solicitação de informações aos Regionais, entende-se que o relator deve apresentar de forma clara o que se pretende alcançar com tal ato, facilitando a apresentação das respostas, bem como tornando efetivas as informações fornecidas que, se bem utilizadas, podem fomentar e qualificar o debate, trazendo a visão dos regionais sobre o tema em discussão.

#### 2.3.3.5.4 Comunicação dos interessados e da sociedade

Como já anunciado na seção anterior quando se tratou do banco de dados de casos repetitivos, a publicidade do incidente está conectada com a ideia de motivação das decisões judiciais e é base do instituto de precedentes judiciais.

Desse modo e considerando que o recurso de revista repetitivo possui grande

repercussão e importância na uniformização da jurisprudência, é salutar que a sociedade tenha conhecimento de sua existência e da matéria que está sendo debatida, viabilizando inclusive que possa participar da criação da tese jurídica a ser firmada (TEMER, 2016, p. 126), incidindo no recurso de revista repetitivo as regras do IRDR (CPC/15, art. 979, § 3º) por integrar o microsistema de julgamento de causas repetitivas.

Essa comunicação finca-se no devido processo legal, já que os sujeitos que não participam originariamente do incidente, “mas possuem interesse no precedente a ser formado, apenas têm condições de medir a necessidade de sua intervenção no procedimento através da ciência prévia do que será objeto de decisão” (DIDIER JR; MACÊDO, 2016, p. 211).

#### 2.3.3.5.5 Suspensão dos processos

A decisão de afetação deverá analisar a necessidade de suspensão dos processos, já que como analisado nesse trabalho, a CLT não exigiu a suspensão automática como ocorre no processo civil, devendo essa verificação ser realizada pelo relator nessa decisão (CLT, art. 896-C, § 5º; TST-RI, art. 284, II).

#### *2.3.3.6 Participação dos ausentes na formação do precedente*

Definiu-se como ausente para o presente trabalho, o sujeito que será atingido no futuro pelo precedente criado no recurso de revista repetitivo, embora não tivesse processo em andamento no momento do julgamento do incidente.

Como já analisado, a tese firmada no incidente tem o potencial de atingir todos os processos em andamento que possuem a mesma questão jurídica, produzindo um verdadeiro efeito cascata sobre estes processos, o que viabiliza a participação da parte do processo sobrestado diretamente no incidente, desde que traga argumentos novos capazes de contribuir para o debate e represente um grupo ou subgrupo.

Ademais, por produzir um precedente obrigatório, atingirá os processos futuros que tenham a mesma questão jurídica, “vinculando os órgãos jurisdicionais que devem respeito ao precedente e também os indivíduos que poderão ter suas esferas jurídicas afetadas pelas repercussões causadas pelo precedente judicial formado” (DIDIER JR, ZANETI JR; ALVES, 2019, p. 54), o que pode fazer surgir seu interesse na controvérsia.

Diante disso, torna-se relevante verificar a possibilidade de os ausentes participarem

diretamente do recurso de revista repetitivo, tal como analisado para os sobrestados, vez que o contraditório “há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica geral (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado)” (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 485).

Diferentemente dos sobrestados que seu interesse jurídico é mais evidente, no caso dos ausentes pode-se gerar dificuldade nessa demonstração, sendo possível admitir como faz BASTOS (2012, p. 190) que seu interesse seria meramente reflexo e eventual, porque poderá jamais “tornar litigiosa sua relação substancial, ou mesmo por modificá-la, de modo a ‘escapar’ da tese” (TEMER, 2016, p. 182), não sendo aconselhável sua participação, especialmente para não criar tumulto processual (BASTOS, 2012, p. 190).

Acredita-se, porém, que diante da eficácia vinculante do precedente, os ausentes são potencialmente atingidos pela tese firmada, sendo indiferente, para o caso, se irá ou não ajuizar demanda futura.

Aliás, não se pode de antemão negar a atuação dos ausentes com base em uma das facetas do acesso à justiça (duração razoável do processo), sem considerar a colisão existente com a outra faceta (devido processo legal), o que deverá ser resolvido no caso concreto e não de forma antecipada.

Evidentemente que o ausente deve “mostrar em que medida o precedente irá afetar futuramente a sua esfera jurídica, além de qual a contribuição será dada para a fixação da tese” (DIDIER JR., ZANETI JR.; ALVES, 2019, p. 69).

Tal como ocorre com o sobrestado, o ausente deverá revelar casuisticamente que, no momento de sua intervenção, ultrapassa os filtros da contribuição argumentativa e do grau de interesse na controvérsia, como já estudado no tópico relacionado à participação do sobrestado.

A principal diferença entre a participação do sobrestado e do ausente está ligada ao grau de interesse na controvérsia, que a do ausente é menor do que o do sobrestado, de modo que quando for admitido para atuar no processo poderá o relator lhe conceder menor número de poderes processuais do que aqueles conferidos às partes dos processos sobrestados (DIDIER JR., ZANETI JR.; ALVES, 2019, p. 66 e 69).

Embora não haja descrição expressa no ordenamento acerca dessa definição de poderes desses sujeitos interessados para atuarem no processo, sendo possível seu fracionamento para o *amicus curiae* (CPC, art. 138, § 2º) “não deixa de ser viável essa delimitação também para os demais sujeitos, cujos parâmetros iniciais podem constar da decisão de organização” (DIDIER JR.; TEMER, 2016, p. 241).



Portanto, da mesma forma como ocorre com o sobrestado e já analisado nesse trabalho, o ausente somente será admitido no recurso de revista repetitivo se seus argumentos forem novos, úteis e contribuirão para o debate, bem como for capaz de representar um grupo ou subgrupo.

Autuará por meio de intervenção de terceiros *sui generis*, denominada intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos (DIDIER JR, ZANETI JR; ALVES, 2019, p. 65).

### 2.3.3.7 Participação do *amicus curiae*

A legislação brasileira, como visto, instituiu procedimentos destinados a construir “precedentes de propósito” (CÂMARA, 2015, 437), já que estabelece previamente quais decisões serão vinculantes, o que incluiu a proferida no recurso de revista repetitivo.

Disso resulta que tal decisão atingirá os recursos sobrestados e também os processos futuros, ultrapassando (transcendendo) as partes do processo-paradigma, o que viabiliza a participação do *amicus curiae*<sup>36</sup> para fomentar o debate sobre a questão jurídica que provocará a criação do precedente, ampliando os argumentos e o exercício do contraditório, legitimando a tese jurídica e o precedente que será formado a partir do julgamento do recurso de revista (ALVES, 2018, p. 217), já que a legitimidade da decisão é “diretamente proporcional à qualidade do debate travado no processo” (VIOLIN, 2016, p. 270).

O *amicus curiae*, conhecido como amigo da Corte, é um terceiro<sup>37</sup> que auxilia o julgador contribuindo e colaborando para o debate, devendo sua intervenção, quando admitida, impor ao magistrado a análise de seus argumentos (TEMER, 2020, p. 237).

Está embasado, pois, em um interesse que transcende o interesse individual das partes, sendo considerado um interesse público (ASPERTI, 2018, p. 215), atingindo a perspectiva social e coletiva (ALVES, 2018, p. 218).

Como adverte BUENO (2012, p. 162 – grifos no original), ele tem um interesse institucional, entendido como aquele que tem alguma relação “com o que está sendo discutido em juízo, mas isso deve ser aferido no plano institucional, de suas finalidades institucionais, e não propriamente dos *seus* interesses próprios no deslinde da ação e das consequências de seu

---

<sup>36</sup> No plural utiliza-se a expressão *amici curiae* (BUENO, 2012, p. 46).

<sup>37</sup> Embora haja dissenso doutrinário acerca da natureza do *amicus curiae*, se parte, terceiro ou auxiliar do juízo, obteve-se por incluí-lo como terceiro, ainda que seja *sui generis*, vez que o próprio CPC definiu-o como uma modalidade de intervenção de terceiros. Aliás, essa figura já foi inclusive denominada pela doutrina como um terceiro enigmático (BUENO, 2012).

juízo”.

O interesse institucional está conectado com a possibilidade de ampliar a qualidade do debate, ou seja, “é voltado à melhor solução possível do processo por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão” (NEVES, 2019, p. 384).

Trata-se, pois, de uma “intervenção que se preocupa muito mais com os *efeitos externos* e *difusos* do que for decidido do que, propriamente, com o atingimento desses mesmos efeitos na situação pessoal (na sua esfera jurídica individual) do interveniente” (BUENO, 2012, p. 155).

Conquanto a legislação extravagante autorizasse a figura do *amicus curiae* em algumas ações específicas como é caso, por exemplo, da ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99), o CPC de 2015, no art. 138, generalizou o instituto permitido a participação no processo de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, de forma voluntária ou provocada, desde que sua atuação seja justificada pela relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia.

Do mesmo modo, o art 896-C, § 8º, da CLT e os arts. 983, e 1038, I, ambos do CPC, contemplam a participação do *amicus curiae* no recurso repetitivo.

#### 2.3.3.7.1 Elementos necessários para viabilizar a participação do *amicus curiae* no incidente

O art. 138 do CPC, supramencionado e aplicável ao processo do trabalho (TST-IN nº 39, art. 3º, II), trouxe dois elementos para que seja viabilizada a participação do *amicus curiae* no processo: um ligado à representatividade do postulante (adequada) e outro correlacionado à matéria debatida.

A representatividade adequada exigida nesse artigo não se identifica com aquela existente nas *class actions*, devendo demonstrar “satisfatoriamente a razão de sua intervenção e de que maneira seu ‘interesse institucional’ (...) relaciona-se com o processo” (BUENO, 2015, p. 135).

De forma complementar deve ainda revelar que tem “condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional”, afastando-se aqueles que tenham “meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade de reclama seu ingresso em juízo” (BUENO, 2012, p. 161).

Em outros termos, essa representatividade, na verdade, está ligada à adequada aptidão

em contribuir para o debate, tendo a potencialidade de trazer elementos úteis para a solução do incidente, o que é demonstrado “pela verificação do histórico e atributos do terceiro, de seus procuradores, agentes, prepostos etc.” (TALAMINI, 2016, p. 470), ou seja, por elementos externos ao processo.

Acredita-se que essa aferição também pode ocorrer pela própria manifestação e documentos apresentados pelo *amicus curiae*, na oportunidade de seu requerimento de intervenção, isto é, por elementos internos do processo.

Essa representatividade, finca-se, pois, na denominada participação instrumental, de modo que a participação do *amicus curiae* poderá ser indeferida quando não for valiosa para contribuir para a melhoria da qualidade do julgamento (VITORELLI, 2019, p. 207).

Assim, exige-se com a representação adequada que ele demonstre que seu interesse institucional se relaciona com o objeto do processo e sua possibilidade de “contribuir com a qualidade da decisão a ser proferida” (NEVES, 2019, p. 385), trazendo “argumentos, dados e elementos extraídos de sua experiência ou atividade, que se relaciona com o tema a ser examinado pelo tribunal” (DIDIER Jr; CUNHA, 2017, p. 696).

No que tange ao elemento ligado à matéria debatida, o legislador apresenta três requisitos: relevância da matéria, especificidade do tema e repercussão social da controvérsia, os quais devem ser analisados alternativamente (Enunciado 395 do FPPC).

A relevância da matéria é quando a questão jurídica extrapola o “interesse subjetivo individual, enquanto a especificidade da demanda requer a participação de um especialista na questão para ajudar a elucidá-la e a repercussão social quando a questão discutida é importante para a coletividade” (ROCHA, 2017, p. 70).

No recurso de revista repetitivo acredita-se que estão evidenciadas a relevância da matéria e a repercussão social, ante o reflexo que a decisão produz para a sociedade, restando apenas a análise casuística da especificidade do tema.

Tem-se que reconhecer que os requisitos do art. 138 do CPC combinados com o art. 896-C, 8º, da CLT, 1038, I e 983, ambos do CPC são bem abertos permitindo que “haja interesse e finalidades dos mais variados para ingresso como *amicus*. A igualmente ampla cláusula da ‘representatividade adequada’ contribui para o cenário de pluralismo e diversidade que cerca tal figura” (TEMER, 2020, 241).

De qualquer maneira, são requisitos relevantes para nortear o relator no momento de admitir o *amicus curiae* no incidente, afastando-se aqueles que não tenham efetivas condições para contribuir para o debate e, conseqüentemente, para a criação do precedente.

#### 2.3.3.7.2 Poderes do *amicus curiae*

O *amicus curiae*, embora seja um terceiro, é considerado um terceiro *sui generis*, vez que o juiz pode limitar seus poderes no processo, nos termos do art. 138, § 2º, do CPC, de modo que sua participação “deve ser analisada sob a perspectiva do ato processual ou do conjunto de atos, já que não haverá, necessariamente, interesse em participar de todas as etapas do incidente” (TEMER, 2016, p. 187).

Desse modo, o 896-C, § 8º, da CLT contempla a possibilidade de o *amicus curiae* manifestar, enquanto o art. 983 do CPC autoriza requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida e o art. 1038, I, do CPC permite ser ouvido. A autuação do *amicus curiae*, portanto, pode ocorrer de diversas formas, podendo, como adverte VIOLIN (2016, p. 277):

trazer ao processo dados, prognósticos, informações, argumentos jurídicos, teses científicas, pontos de vista, relatos de experiência, provas, análises de direito comparado e quaisquer outros elementos que possam influenciar a convicção do julgador e, por consequência, o resultado do processo. Tudo isso poderá ser feito por via escrita ou por meio de sustentação oral, nos procedimentos que a admitem”.

Pode ainda recorrer da decisão proferida no recurso de revista repetitivo, por força do art. 138, § 3º, do CPC, aplicável ao recurso repetitivo, por integrar o microssistema de julgamento de casos repetitivos (Enunciado nº 391 do FPPC).

Diante dessas previsões legais, tem-se que os poderes do *amicus curiae* podem ser limitados, desde que não restrinjam seu núcleo essencial ineliminável, ou seja, a manifestação por escrito, a legitimidade de opor embargos e de recorrer do acórdão (DIDIER JR., 2016, p. 532).

Embora a lei não preveja até que momento ele poderá intervir no processo, acredita-se que no recurso de revista repetitivo deverá ser acompanhado o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4071/DF que permitiu sua intervenção até a data em que o relator liberar o processo para a pauta (ROCHA, 2017, p. 72), o que é seguido pelo TST no art. 299, § 2º, do seu Regimento Interno.

#### 2.3.3.7.3 O *amicus curiae* e a participação dos sobrestados e ausentes

A participação do *amicus curiae* pode, por vezes, representar os interesses dos sobrestados ou dos ausentes, como ocorre especialmente com os entes coletivos.

Não serve, porém, para suprir adequadamente a falta de participação e defesa direta a

ser realizada por sobrestados e ausentes. É que estes atuam com interesse jurídico, enquanto o *amicus curiae* tem interesse institucional tendo direito de participar para contribuir “com argumentos, dados e elementos extraídos de sua experiência ou atividade, que se relaciona com o tema a ser examinado pelo tribunal” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 696).

Como descreve TAVARES (2021, p. 476) “diferentemente do *amicus curiae* – que atua com fundamento no chamado interesse institucional, de modo pretensamente altruísta –, as partes nas demandas sobrestadas possuem interesse jurídico direto na certificação da questão comum”.

Portanto, embora as Cortes Superiores tenham analisado a participação dos sobrestados e dos ausentes como se fossem um *amicus curiae*, acredita-se que são interesses e atuações distintas que os movem, devendo pois ser analisados sob aspectos diferentes, não sendo “possível fixar exatamente os mesmos critérios para sua admissão” (DIDIER JR.; TEMER, 2016, p. 240).

#### 2.3.3.7.4 Sujeito interessado

A imparcialidade do *amicus curiae* é de certo modo uma necessidade do sistema jurisdicional (BUENO, 2012, p. 378), a fim de se alcançar um sujeito desinteressado no resultado do processo e simplesmente com o objetivo de contribuir para a qualidade da decisão.

Não exige-se, pois, que o “*amicus curiae* seja o porta-voz de um grupo ou de um determinado segmento social, mas sim que tenha conhecimento e idoneidade para colaborar para o esclarecimento das questões em debate” (CARNEIRO, 2016, p. 244).

No entanto, é ingênua a atitude de exigir-lhe “a condução de interveniente neutro ou desinteressado” (ASSIS, 2015b, p. 664), pois ao fincar-se em um interesse institucional, ele não é visto, obrigatoriamente, como um ser imparcial, ou seja, como um ser neutro como outrora se pensava, sendo reconhecido como um sujeito parcial (CÂMARA, 2015, p. 106), afastando-se a possibilidade de ser questionado por suspeição ou impedimento (CARNEIRO, 2016, p. 244).

Por isso, não se obsta que possa representar um grupo ou segmento, como ocorre especialmente com os entes coletivos. Nesse caso “não é necessário que sua participação preceda da anuência de todos os participantes da classe” (CARNEIRO, 2016, p. 244).

Como ele pode representar um grupo ou segmento, a atuação voluntária e também a provocada do *amicus curiae* deve ser bem analisada, mormente quando se tratar de litigantes

habituais, a fim de que, com a inclusão desse sujeito, não se amplie ainda mais a disparidade destes com os litigantes eventuais, sendo uma intervenção meramente estratégica (NUNES, 2016, p. 2441).

Dessa forma, a atuação discricionária do relator do incidente sobre a participação do *amicus curiae* e os atos a serem praticados (CLT, art. 896-C, § 8º; CPC, art. 138, caput e § 2º) deve ser ponderada especialmente quando se vale do critério da especialidade e especificidade do tema.

É que os litigantes habituais têm mais fácil acesso aos especialistas e “recursos para financiar levantamento de informações (econômicas, técnicas, estatísticas, etc.) que poderão ser apresentadas por eles mesmos ou por entidades que representem seus interesses” (ASPERTI, 2018, p. 221), de modo que se corre o risco “de que essa via, voltada à promoção de uma participação mais ampla e plural, perca, na prática, seu poder de influência, ou se transforme em mais uma oportunidade para aferição estratégicas para os litigantes habituais” (ASPERTI, 2018, p. 222).

#### 2.3.3.8 Participação na audiência pública

A audiência pública, no recurso de revista repetitivo, tem como finalidade legitimar o procedimento, tornando processo mais democrático, plural, e permitindo que se ampliem os debates com a participação de integrantes da sociedade e se alcance uma decisão de melhor qualidade, o que se compatibiliza com todas as participações já analisadas nesse trabalho.

É, pois, “uma abertura processual para ampliar os debates, para uma decisão mais próxima de (sic) realidade da causa, com uma pluralidade de conhecimentos” (LEMOS, 2018, p. 539).

Desse modo, o art. 1.038, II, do CPC, autoriza ao relator “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento”.

O Tribunal Superior do Trabalho, regulamentando essa sistemática, descreve no art. 289 do seu Regimento Interno que a oitiva pressupõe a necessidade de esclarecer “questões ou circunstâncias de fato subjacentes à controvérsia objeto do incidente de recursos repetitivos”, cabendo ao relator “selecionar previamente as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista de habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de manifestação de cada um, que deve se restringir à questão discutida” (art. 199 § 6º).

Essas audiências devem ter como finalidade a oitiva de especialistas técnicos que visam

trazer novos elementos para o processo e não simplesmente reproduzir atos já documentados nos autos, tornando-se “uma sustentação oral ampliada daqueles que já poderiam intervir (e muitas vezes de fato o fazem)” (ASPERTI, 2018, p. 232).

Noutras palavras, a audiência pública não se confunde com a sustentação oral, devendo ser um instrumento de ampliação do debate e não de reprodução ou limitação de fases do incidente.

Como a oitiva pode ampliar a desigualdade entre as partes, o art. 199, § 4º, do Regimento interno do TST expressamente declina que “será garantida a participação das diversas correntes de opinião em torno da questão discutida”. Trata-se de requisito extremamente relevante, mormente quando um dos polos é um litigante habitual, a fim de que a isonomia seja resguardada no incidente.

Aliás, as questões levantadas durante a audiência pública deverão ser examinadas pelo órgão julgador, na forma do art. 489, § 1º, do CPC (TST-RI, art. 199, § 9º).

Embora as pesquisas empíricas demonstrem que as audiências públicas são insuficientes para verificar a opinião de uma sociedade plural de interessados (VITORELLI, 2019, p. 498), acredita-se que elas devem ser aprimoradas com o tempo e fomentadas, sempre com a perspectiva de gerar qualidade para o debate e, conseqüentemente, para a decisão, não servindo apenas como um mecanismo formal ou para ampliar os poderes de um dos lados do incidente.

Nesse contexto, entende-se que o relator deve, como regra, consultar o colegiado acerca da audiência pública a fim de que participem da assentada o maior número de integrantes da Seção.

As exposições técnicas devem ser claras, com a finalidade de elucidar questões que fogem ao alcance dos sujeitos envolvidos no incidente e dos julgadores, tendo, portanto, preocupação em expor o tema de forma compreensível.

Deve-se, ainda, ser um momento para formação de opinião e oitiva do *expert* e não meramente ambiente expositiva das autoridades que conduzem a audiência, permitindo que os sujeitos possam verdadeiramente se manifestar não limitando sua fala em pouquíssimos minutos que sejam incapazes de se formular um raciocínio adequado. O foco deve ser o debate e não apenas divulgação ou esclarecimento de informações.

Ademais, a audiência deve ter seu escopo bem delimitado, para que as discussões sejam adequadamente centradas na questão controversa.

Com essas observações, acredita-se que a audiência pública possa ser um efetivo instrumento que fomente o debate, resguardando o devido processo legal.

### 2.3.3.9 Efeitos do julgamento para os processos futuros

Antes do advento do CPC de 2015, o julgamento de causas repetitivas tinha o condão de atingir os processos em curso, sobrestando-os até que a decisão do acórdão-paradigma.

Com a chegada do referido código, o acórdão proferido no recurso de revista repetitivo tornou-se um precedente de observância obrigatória para o próprio tribunal e para as instâncias inferiores (CPC/15, art. 927, III; TST-IN nº 39, art. 15, I, “a”), criando-se uma norma jurídica.

Disso resulta a relevância da inserção formal dos recursos repetitivos no art. 927, III, do CPC, já que o art. 896-C da CLT e os arts. 1.036 a 1.041 do CPC apenas tratam sobre “a aplicabilidade nos recursos e processos já existentes, deixando a sua aplicabilidade para processos vindouros, que nem foram protocolados ou que somente serão futuramente, para as regras e técnicas de aplicação de precedentes” (LEMOS, 2018, p. 544).

Assim, verificando-se que “as circunstâncias fáticas de um novo caso concreto são equivalentes às do caso paradigma, deverá o órgão jurisdicional, fundamentadamente, proferir sua decisão a partir dos fundamentos determinantes do precedente, cuja observância é obrigatória” (CÂMARA, 2015, p. 554).

Noutras palavras, incumbirá ao julgador aplicar a tese firmada no precedente, salvo se demonstrado o *distinguishing*, a superveniência de texto legislativo que altere a base do precedente ou a superação antecipada (MIESSA, 2021b, p. 652).

Como se trata de norma jurídica, não aplicando a tese, o julgamento será proferido com *error in iudicando* ou *error in procedendo* (MACÊDO, 2016, p. 79), a depender do caso, permitindo sua impugnação pela via recursal ou, esgotadas as vias ordinárias, por meio da reclamação, como disposto no art. 988, § 5º, II, do CPC/15.

Ademais, criado o precedente, o ordenamento autoriza diversos reflexos nos processos futuros: a) concessão de tutela provisória de evidência (CPC, art. 311); b) julgamento de improcedência liminar do pedido (CPC, art. 332); c) julgamento monocrático do recurso (CPC, art. 932, IV, b, e V, b); d) cabimento de embargos de declaração da decisão que não se manifesta sobre a tese firmada (CPC, art. 1022); e) nulidade da decisão que não se manifesta sobre o precedente (CPC, art. 489, § 1º, V e VI); f) dispensa da remessa necessária (CPC, art. 496, § 4º); g) dispensa de caução para a execução provisória (CPC, art. 521, IV).

### 2.3.3.10 Participação dos ausentes na utilização dos precedentes



Como já anunciado, a participação, como mecanismo de resguardar o contraditório nos recursos de revista repetitivos, não se resume ao momento de criação do precedente devendo ser observado também no instante de sua utilização (aplicação), realizando-se adequadamente o cotejo dos fundamentos invocados pelas partes para afastar ou distinguir o precedente do seu caso (ZUFELATO, 2019, p. 244).

Ganha relevância nesse caso o exame da participação dos ausentes para se reconhecer o *distinguishing* ou até mesmo a superação do precedente.

No aspecto gerencial do incidente não se analisou a superação, porque estando o processo em andamento dificilmente poder-se-á falar em superação tão rapidamente, sob pena de se afastar de uma das bases da teoria dos precedentes que é a segurança jurídica, o que significa que esse tema fica reservado para os processos futuros.

Por outro lado, verificou-se a distinção que, abstraindo a possibilidade de ser levantada no momento do sobrestamento do processo, todas as diretrizes a seguir estudadas também incidirão para os processos pendentes. Em outros termos, a distinção aplica-se para os processos pendentes e futuros.

#### 2.3.3.10.1 Distinguishing

Os precedentes têm “o objetivo de regular o futuro e, assim, uma das questões centrais de qualquer teoria dos precedentes deve estar na aplicação da *ratio decidendi* aos novos casos (MARINONI, 2013, p. 325).

É por isso que na utilização dos precedentes, inicialmente, deve-se extrair a *ratio decidendi*, afastando-se os elementos acidentais (*obiter dictum*), que não são obrigatórios.

Em seguida, o órgão julgador deve confrontar o caso em julgamento com o precedente, analisando se ele possui semelhanças com o precedente.

Havendo similitude, o julgador deverá interpretar a norma do precedente, aplicando-a ao caso, salvo na hipótese de superação (*overruling*).

Por outro lado, entendendo o julgador que há distinção entre a tese do precedente e o caso em julgamento, ele poderá: a) não aplicá-lo ou b) interpretá-lo de forma ampliativa ou restritiva, incidindo no caso.

Essa análise comparativa, com o objetivo de distinguir o precedente do caso *sub judice*, é chamada de *distinguishing* ou *distinguish*, impondo ao julgador uma argumentação qualificada (ATAÍDE JR, 2014, p. 389), de modo que a distinção deve “sempre vir

acompanhada de ampla fundamentação, que seja capaz de justificar a não aplicação de um Precedente Vinculante” (CUNHA, 2019, p. 113).

Trata-se de técnica de confronto, de interpretação (da norma) e de aplicação dos precedentes, que vem expressamente prevista no art. 896-C, § 16 da CLT, o qual estabelece que “a decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos”.

As distinções (*distinguishing*) constituem-se como a principal forma de operacionalização dos precedentes judiciais, podendo “evitar ou trazer a aplicação de um precedente no caso subsequente” (MACÊDO, 2016, p. 262), devendo ser realizada por qualquer julgador, já que é uma técnica de aplicação do direito (Enunciado nº 174 do FPPC).

O *distinguishing* pode ser analisado sob dois enfoques. O primeiro, mais amplo, corresponde à técnica de comparação (método de confronto) realizada entre dois casos para que se verifique as diferenças e similaridades (TUCCI, 2004, p. 174). Já na concepção mais estrita, o *distinguishing* corresponde ao resultado propriamente obtido com a comparação (método de resultado), na qual se conclui pela utilização ou não do precedente, em razão de divergências substanciais (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 505).

Na verdade, a técnica ocorre em momentos sucessivos: primeiro, compara-se para, em seguida, verificar o resultado dessa comparação<sup>38</sup>.

Nesse processo comparativo não se exige, evidentemente, que os casos sejam totalmente idênticos. “O raciocínio é eminentemente *analógico*” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 615 – grifos no original).

Ademais, a simples diferença fática nem sempre é suficiente para afastar a aplicação do precedente, já que fatos irrelevantes ou não fundamentais, são incapazes de afastar a aplicação do precedente (MARINONI, 2013, p. 326). “Não se trata de mera casuística de identificação de casos idênticos em todos os pormenores, mas de extração de fatos materialmente relevantes para a aplicação do direito” (ZANETI JR, 2016a, p. 1334).

Desse modo, na aplicação do precedente, deve-se observar os fatos que foram relevantes (decisivos) para que a tese jurídica fosse criada e, em seguida, “analisar as similaridades com o caso subsequente, especificando se os fatos categorizados que foram considerados juridicamente importantes estão presentes e quais fatos não possuem relevância para o

---

<sup>38</sup> No aspecto gerencial do recurso de revista repetitivo, o resultado da distinção será o fim ou não do sobrestamento do processo afetado e suspenso (GONÇALVES, 2018, p. 38). Por isso, defendeu-se nesse trabalho que, antes da criação da tese, não se trata propriamente dita de *distinguishing*.

Direito” (MACÊDO, 2016, p. 264).

Impõe-se, portanto, a comparação das diferenças entre os dois casos analisados e a verificação da importância destas a ponto de justificar a não aplicação do precedente.

Chegando-se à conclusão de que precedente não será aplicado ao caso sob julgamento, o magistrado julgará o caso livremente sem vinculação ao precedente. Isso não significa sua “retirada ou revogação do ordenamento jurídico” (FACÓ, 2016, p. 39), mas tão-somente que naquele caso específico não será aplicado.

A propósito, tendo em vista que a interpretação do precedente só é realizada em momento posterior, ao realizar o *distinguishing*, o juiz pode ampliar a extensão e os limites do precedente. Nesses casos, a distinção será ampliativa (*ampliative distinguishing*).

Por outro lado, nas hipóteses em que a incidência do precedente é muito ampla, e o juiz, ao realizar o *distinguishing*, especifica determinadas situações fáticas de aplicação da *ratio decidendi*, é realizada a distinção restritiva (*restrictive distinguishing*).

Nesse caso, entende-se que a restrição pode gerar tanto a aplicação do precedente de forma diminuta quanto afastar sua incidência do caso concreto; nessa última hipótese, quando no processo de restrição o precedente distanciar-se dos fatos substanciais do caso concreto. Como advertido por PEIXOTO (2015, p. 216), essa “técnica deve ser realizada com cuidado, sob pena de haver tentativa de superação do órgão jurisdicional incompetente para tanto”.

Há de se observar ainda que a *ratio decidendi* de um precedente muitas vezes precisará de outros precedentes posteriores para a delimitação do alcance de seus efeitos. Ademais, essa técnica afasta o julgador da ideia de que é mero aplicador de precedentes, devendo interpretá-los em cada caso concreto.

De qualquer maneira, havendo precedente obrigatório sobre determinada tese, o juiz deve aplicá-lo, se não existirem distinções, ou não aplicá-lo, se verificar diferenças substanciais. O que não se permite é que, mesmo existindo um precedente obrigatório, o julgador simplesmente o desconsidere (decisão *per incuriam*). Nesse caso, a decisão é considerada omissa, por força do art. 1.022, parágrafo único, I e II, do CPC/15.

Vê-se, portanto, que a técnica da distinção é eminentemente interpretativa, o que impõe a construção participativa da decisão com as partes, a fim de se observar o contraditório substancial e viabilizar sua manifestação antes do proferimento da decisão, ou seja, “a aplicação de precedentes relativos a demandas repetitivas não dispensa a oitiva prévia das partes, sob pena de se configurar decisão-surpresa” (ZUFELATO, 2019, p. 247).

Tanto é assim que o art. 927, § 1º, do CPC impõe a observância do art. 10 do CPC quando os juízes decidirem com base em precedentes obrigatórios, o que significa que seja no

processo de identificação da *ratio decidendi*, seja na possível *distinguishing* devem ser construídos em conjunto, dentro da ideia cooperativa do processo atual.

Impõe-se, pois, o dever de o juiz oportunizar a participação dos atores do processo para legitimar a interpretação do direito, devendo permitir “enfrentar, dentro do procedimento do contraditório, todos os elementos de identificação e de distinção do precedente” (GONÇALVES, 2018, p. 34).

Esse modelo cooperativo ganha ainda maior relevância com a introdução da Inteligência Artificial usada para identificar possíveis distinções, como é o caso do sistema Athos utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça (REVOLUÇÃO, 2021). Tais sistemas devem no máximo fornecer subsídios informatizados para detectar possível distinção a serem levados aos magistrados e disponibilizados para as partes, devendo, por isso, passar pelo crivo do contraditório e manter a função interpretativa do direito que é eminentemente racional.

#### 2.3.3.10.2 Superação

A teoria dos precedentes judiciais impõe que o princípio da segurança jurídica deixe de ser interpretado apenas como a consolidação de situações passadas, mas também como previsibilidade da atuação do Estado-juíz, extraindo-se o princípio da confiança legítima, “gerando os deveres de uniformizar a jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente” (DIDIER JR, BRAGA, OLIVEIRA, 2016, p. 483).

Isso significa que os jurisdicionados passarão a confiar que, em casos semelhantes, o Poder Judiciário proferirá julgamentos semelhantes.

Contudo, o direito deve estar em constante modificação para se adequar às mudanças sociais, políticas e econômicas da sociedade, de modo que, embora a jurisprudência deva ser estável, nada obsta a alteração de entendimento.

Impõe-se, assim, a busca por um equilíbrio entre a certeza e rigidez do sistema, com a necessidade de sua evolução, o que repercute na teoria dos precedentes que, conquanto seja primada na presunção a favor dos precedentes (ZANETI JR., 2016b, p. 314), em dado momento podem ser superados, desde que “haja fundadas razões para retirá-los do ordenamento sem afetar a confiança dos jurisdicionados” (FACÓ, 2016, p. 41).

##### 2.3.3.10.2.1 Overruling

A superação é denominada de *overruling*, consistindo na substituição de um precedente

por outro em momento posterior, perdendo o precedente inicial sua força obrigatória.

Trata-se, assim, “de uma rejeição da tese jurídica contida no precedente, por considerá-la ultrapassada ou equivocada, substituindo-a por uma orientação em sentido diverso” (COSTA, 2014, p. 397).

O *overruling*, no ordenamento brasileiro, não pode ser de forma tácita (*implied overruling*), uma vez que o art. 927, § 4º, do CPC/15 exige fundamentação adequada e específica para a superação de determinado precedente, ou seja, impõe atuação expressa (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 494; PEIXOTO, 2015, p. 199).

Ademais, a superação só é permitida ao próprio tribunal prolator do precedente ou ao tribunal hierarquicamente superior (MACEDO, 2015, p. 388), o que decorre da própria ideologia dos precedentes obrigatórios, vez que, se fosse admitida a superação pelos órgãos inferiores, o precedente não seria aplicado a casos semelhantes, deixando, pois, de ser obrigatório. Difere, pois, do que ocorre no *distinguishing*, no qual a disparidade dos casos pode ser examinada por qualquer magistrado, independentemente de sua hierarquia.

Diante disso, no caso de superação ou revisão da tese firmada no recurso de revista repetitivo, deverá ser suscitado, de forma escrita, por qualquer de seus Ministros do TST, ou por provocação do Procurador-Geral do Trabalho, do Conselho Federal da OAB ou do Defensor Público-Geral da União, em requerimento dirigido ao Presidente do Tribunal (TST-RI, art. 301), provocando a instauração de um incidente, desde que seja aprovado por 2/3 dos Ministros que compõe a SDI-I.

Vê-se que o quórum para instauração desse incidente é qualificado, já que ele deve ser excepcional, “sob pena de prejudicar a estabilidade e a confiabilidade do sistema” (FACÓ, 2016, p. 42), não ficando à mercê da modificação da composição do órgão julgador. “Há que se exigir **elemento qualitativo** que justifique a mudança; não é, portanto, o simples desejo do Tribunal ou mesmo a alteração em sua composição que a legitimará: deve ser significativa e, ainda, assim preservada a segurança jurídica” (BRANDÃO, 2016b, p. 382 - grifos no original).

Desse modo, o *overruling* poderá ocorrer quando o precedente deixar de corresponder aos padrões de congruência social e de consistência sistêmica, ou seja, quando determinada *ratio decidendi* passa a ser incompatível com os valores atuais da sociedade ou com o próprio ordenamento jurídico, sendo mais adequado revogá-lo do que preservá-lo.

Diz-se que um precedente deixou de corresponder “aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência” (modo como o mundo funciona), devendo as duas primeiras estar ancoradas nas aspirações da sociedade como um

todo, enquanto as de experiência podem seguir tendências de conduta de um subgrupo social, podendo dizer respeito a assuntos técnicos, de interesse e conhecimento de poucos (MARINONI, 2013, p. 390).

Por outro lado, haverá inconsistência sistêmica quando “deixa de guardar coerência com outras decisões” (MARINONI, 2013, p. 390).

É por isso que o art. 896-C, § 17, da CLT declina que pode haver revisão quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, o que acompanha entendimento do STF, na ADIN 4.071, que indicou que a mudança no entendimento jurisdicional “pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes” (BRASIL, 2009).

Nesse contexto, para que o Tribunal Superior do Trabalho possa realizar a superação deve demonstrar que o precedente causa injustiças ou é inadequado e demonstrar que as “razões substanciais para a mudança superam as razões formais para a continuidade, isto é, que é mais importante a prevalência do princípio material do que a segurança jurídica fornecida pela continuidade da tese” (DIDIER JR.; MACÊDO, 2016, p. 216).

O erro ou equívoco que justifica a *overruling* “deve ser claro, evidente, de modo a dar à Corte a nítida ideia de que a perpetuação do precedente constituirá uma ‘injustiça’” (MARINONI, 2013, p. 400).

Ademais, para que haja a superação não de ser observados três aspectos relevantes: a modulação dos efeitos; o ônus argumentativo maior (ZANETI, 2016b, p. 299) e o amplo debate.

A modulação dos efeitos da decisão que define superar o precedente anterior tem como base o princípio da confiança legítima, já que o Tribunal, após decidir pela necessidade de alteração ou revogação do precedente, deve se preocupar com as relações jurídicas que foram firmadas com base no precedente até então vigente.

É o que declina a parte final do art. 896-C, § 17, da CLT ao estabelecer que havendo revisão da tese deverá ser “respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado”.

O ônus argumentativo maior deriva da presunção favorável ao precedente, o que significa que o Tribunal, por estar vinculado aos seus próprios precedentes, deverá argumentar de forma exaustiva e reforçada a possibilidade de deixar de aplicá-lo no futuro.

Com efeito, o CPC/15, apesar de claramente permitir a superação dos precedentes,

exige no art. 927, § 4º que a decisão tenha fundamentação adequada e específica, com observância dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Verifica-se, assim, que a decisão que tiver como objetivo a *overruling* deverá possuir “uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 497), ou seja, não basta a fundamentação corriqueira (PEIXOTO, 2016, p. 175), devendo ser identificados com clareza os elementos que levaram à revogação do precedente anterior.

Já a ampliação do debate na decisão de superação está conectada com a temática do presente trabalho, tendo correlação direta com o requisito anterior. Noutras palavras, se no modelo de processo cooperativo a construção da decisão (ou a norma do precedente) pressupõe a participação dos sujeitos que poderão ser atingidos, os argumentos trazidos pelo Tribunal para superar o precedente devem ser debatidos com tais sujeitos, a fim de que possa legitimar sua decisão.

É por isso que o art. 927, § 2º, do CPC/15 indica que existam debates públicos na alteração dos julgamentos de casos repetitivos, por meio de audiências públicas e participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, incluindo-se aqui a participação do *amicus curiae*.

Acredita-se que esse dispositivo deve ser interpretado de forma impositiva e ampliativa, não sendo mera faculdade do Tribunal e sim obrigatoriedade de instalar o debate público, o qual deverá alcançar todos os sujeitos analisados nesse trabalho: entes coletivos, Ministério Público, partes dos processos sobrestados (se houver), ausentes e o *amicus curiae*, criando-se a mesma sistemática que é exigido para a criação do precedente. Isso se justifica porque a superação, além de revogar o precedente anterior, nada mais faz do que criar um novo precedente para o futuro.

Noutras palavras, a um só tempo rejeita a tese criada em um procedimento que foi embasado em contraditório ampliado, como defendido nesse trabalho, e cria um novo precedente, tendo a necessidade “ao quadrado” de legitimar sua atuação, por meio da participação de todos os sujeitos já descritos nesse trabalho.

#### 2.3.3.10.2.2 Outras formas de superação

A necessidade de superação de determinado precedente também pode surgir com a superveniência de lei nova que com ele seja incompatível.

Nesse caso, não se tem propriamente a superação dos precedentes (PEIXOTO, 2015, p. 209; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 498), porque a alteração do texto normativo foi realizada pelo Poder Legislativo e, portanto, de forma externa aos tribunais, não se tratando de descumprimento do entendimento jurisprudencial, mas de aplicação da norma vigente, que modifica a própria base (razão de existir) do precedente.

Desse modo, o novo entendimento, consolidado pelo texto normativo, passará a ser aplicado a partir da data de sua vigência no ordenamento jurídico (PEIXOTO, 2015, p. 210), podendo ser realizada por qualquer juiz (Enunciado nº 324 do FPPC).

O Tribunal criador do precedente também pode sinalizar que irá alterar seu entendimento, valendo-se do *signaling* (sinalização).

Trata-se de técnica utilizada quando um tribunal, apesar de aplicar determinado precedente, ao perceber sua desatualização, sinaliza sua futura superação. Essa técnica tem como objetivo conceder segurança jurídica aos jurisdicionados, uma vez que evita a superação do precedente de forma repentina e permite a provocação de novo debate público no tocante ao entendimento sinalizado, mormente de forma difusa nas instâncias inferiores.

Ela momentaneamente pode gerar insegurança aos jurisdicionados, vez que, não sendo expressa, não se sabe exatamente qual o caminho a ser seguido pela Corte, mas, “embora reduza a segurança, promove uma mudança desejada no Direito, atendendo a exigências sociais, e, assim, ao próprio sistema jurídico” (MACÊDO, 2016, p. 307).

É que ela acaba permitindo a utilização de outra técnica chamada de superação antecipada (*anticipatory overruling*) que permite a não aplicação pelos juízes de 1ª instância ou de tribunais inferiores de determinado precedente, quando já há a sinalização pelo tribunal criador do precedente ou hierarquicamente superior de que o entendimento será modificado, fomentando assim o debate de forma difusa.

Por fim, pode ainda acontecer de não ser oportuna a revogação total do precedente, de modo que o Tribunal poderá revogá-lo parcialmente. Nesse caso, chama-se de *overriding*, o qual consiste na possibilidade de reduzir o alcance de um precedente anterior pela existência de um precedente posterior. É, portanto, a revogação (superação) parcial do precedente anterior.

#### 2.3.3.10.3 Ônus de identificar os fundamentos determinantes do precedente ou demonstrar a existência de distinção ou superação

Conforme verificou-se nessa seção, incumbe aos magistrados identificar *ratio decidendi*



dos precedentes, ou seja, seus fundamentos determinantes, os quais serão de observância obrigatória, não pode deixar de adotá-los, salvo se for o caso de distinção, superveniência de lei nova ou superação, como visto nos tópicos anteriores.

Nesse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho, no art. 15, VI, da Instrução Normativa nº 39 do TST, impôs às partes o ônus de identificar os fundamentos determinantes do precedente, bem como demonstrar a distinção ou a superação do entendimento, sempre que invocarem precedente.

A justificativa para referido ônus é embasada no princípio do contraditório substancial, no sentido de que as partes possam discutir tais fundamentos a fim de influenciar o julgador.

Não se nega que se a parte invocar o precedente, viabilizará de imediato o estabelecimento do contraditório acerca a aplicação ou não do precedente para o caso concreto. Realidade diferente é criar um ônus para a parte.

É que ônus provoca efeitos negativos para aqueles que não se desincumbem, o que significa que, não levantando os fundamentos determinantes para a distinção ou a superação, a parte seria prejudicada.

No entanto, acredita-se que identificação da *ratio decidendi*, da distinção e da superação é incumbência dirigida ao julgador, pois cabe a ele a interpretação do precedente no caso concreto, de modo que encontrando a *ratio decidendi* passará à análise de sua aplicação, da distinção ou da possível superação. Noutras palavras, ainda que as partes não tenham invocado o precedente, é dever do magistrado sua identificação, por se tratar de norma jurídica (MIESSA, 2021b, p. 665).

Difere, porém, da ação rescisória que no art. 966, § 6º, do CPC impõe ao autor o ônus de “demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”. É que nesse caso, a distinção em relação precedente equivocadamente aplicado é a causa de pedir da ação rescisória, de modo que não sendo levantada provoca a inépcia da inicial.

#### ***2.3.4 Meios de impugnação como mecanismo de participação dos sobrestados e dos ausentes***

Conforme analisado até este momento, os sobrestados e os ausentes podem participar da formação do precedente, a fim de legitimar sua criação. Em seguida, podem levantar sua distinção ou a superação (no caso dos ausentes) para afastar sua incidência para o caso concreto.

Pode acontecer, porém, de o magistrado não aplicar o precedente, quando era o caso, ou aplicá-lo de forma inadequada, provocando uma decisão com *error in iudicando* ou *error in procedendo* (MACÊDO, 2016, p. 79), já que o precedente obrigatório é considerado fonte do direito.

Isso significa que a teoria dos precedentes não impõe a existência de um mecanismo específico para fazer valer sua obrigatoriedade, possibilitando sua anulação ou modificação em grau recursal.

Portanto, cabe à parte sucumbente interpor recurso, a fim de buscar a exata aplicação do precedente, seguindo a mesma sistemática da má ou incorreta aplicação da lei.

Contudo, em alguns casos o ordenamento admite que, além do mecanismo recursal, também será cabível a reclamação como meio de impugnação, não servindo, pois, como sucedâneo recursal (LIMA; FERNANDES, 2016, p. 451).

É o que acontece quando se busca garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recurso de revista repetitivo. Nesse caso, porém, para que seja admitida a reclamação exige-se que seja esgotada a instância ordinária (CPC/15, art. 988, § 5º, II). Noutras palavras, primeiro impõe-se a impugnação pela via recursal esgotando a instância ordinária e somente depois por meio da reclamação.

Aliás, a possibilidade de impugnação pela via da reclamação não afasta a via recursal, se existente, de modo que determinada decisão regional que não aplica a decisão proferida em recurso de revista repetitivo cabe o recurso de revista e também a reclamação. Na verdade é necessário que seja interposto o recurso de revista, para não provocar o trânsito em julgado, e em seguida ajuizar a reclamação, já que esta não pode ser ajuizada após o trânsito em julgado da decisão.

Permite-se ainda que a parte possa se valer da ação rescisória com fundamento no inciso V do *caput* do art. 966 do CPC/15, quando não se tenha considerado a existência de distinção da “questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”, nos termos do art. 966, § 5º do CPC/15.

Em suma e observadas as peculiaridades anteriores, cabem os seguintes meios de impugnação: recurso, reclamação e ação rescisória.

## **2.4 Recurso de revista repetitivo e vantagens potenciais aos litigantes habituais**

Os litigantes habituais são aqueles que se envolvem em diversas litigâncias ao longo do tempo, o que está presente, como regra, no recurso de revista repetitivo, já que está embasado

na multiplicidade de recursos.

Como já analisado no capítulo 1, tais litigantes acabam tendo diversas vantagens em relação aos litigantes eventuais, compreendidos como aqueles que apenas ocasionalmente se valem dos tribunais (GALANTER, 2018, p. 46).

É que os litigantes habituais têm melhores condições de colher e organizar as informações a partir dos processos que atuam, criando estratégias de atuação e buscando firmar teses jurídicas que lhe são favoráveis, inclusive tendo capacidade financeira de contratar juristas renomados e respeitados com influência nos tribunais (GABBAY, SILVA, ASPERTI e COSTA, 2016, p. 13).

Como forma de minimizar essas vantagens, uma das estratégias levantadas por GALANTER (2018, p. 115) é organizar os litigantes eventuais em “grupos coesos com habilidade para atuar de modo coordenado, jogar com estratégias de longo prazo, se beneficiar de serviços jurídicos de primeira qualidade e assim por diante” (GALANTER, 2018, p. 115), valendo-se, pois, de ações coletivas.

Dessa forma, os litígios deixariam de ser entre litigantes eventuais x litigantes habituais, transformando-se em litígios entre litigantes habituais x litigantes habituais, de modo que se aumentariam os riscos para o litigantes habituais, além de permitir que os autores eventuais pudessem desfrutar das vantagens dos habituais, viabilizando inclusive o recurso do caso-teste para se alcançar mudança de regras (GALANTER, 2018, p. 118-119).

O recurso de revista repetitivo, como visto, é uma modalidade de processo coletivo, o que significa que poderia, formalmente, ser utilizado para minorar tais vantagens.

Diz-se, formalmente, porque a simples instauração do incidente, sem sua efetiva legitimação, ao invés de minorar irá ampliar as vantagens dos litigantes habituais, já que concentrará suas forças em um único processo, buscando a criação de um precedente que será obrigatório para os demais processos.

A legitimação desse processo, como analisado nesse capítulo, está fincada na amplitude de contraditório, buscando a criação do precedente em conjunto com a sociedade e aqueles que serão por ele atingidos.

Noutras palavras, a participação, como base do devido processo legal, impõe que nos recursos repetitivos, seja franqueada a intervenção dos entes coletivos, como legítimos representantes dos interesses coletivos; do Ministério Público, como tutelador do interesse público; as partes dos processos escolhidos, sobrestados e ausentes, como representantes dos grupos e subgrupos atingidos pela decisão; do *amicus curiae* como defensor do interesse institucional e especialistas, todos com foco na participação instrumental, no sentido de

contribuírem adequadamente para a construção da norma.

Ademais, outros aspectos analisados também visam a embasar o incidente no devido processo legal, como é a escolha adequada do processo piloto, da motivação reforçada e da publicidade.

Bem manejados esses aspectos, potencialmente, poderá minorar as vantagens dos litigantes habituais, podendo alcançar a efetividade processual sem violar o devido processo legal, mormente o contraditório substancial.

Enfim, o recurso de revista repetitivo, como processo coletivo, gestão de processo e precedente judicial, deve respeitar as garantias processuais para que possa ser considerado legítimo instrumento de pacificação social e respeitar todas as facetas do acesso à justiça.



### **3 PARTICIPAÇÃO NO RECURSO DE REVISTA REPETITIVO COM LITIGANTES HABITUAIS: ESTUDO DE CASO**

No capítulo anterior, analisou-se teoricamente o recurso de revista repetitivo, dando ênfase na necessidade de amplitude do contraditório para legitimar esse incidente, já que tem o potencial de atingir diversos sujeitos que não participaram diretamente do processo.

Nessa etapa do trabalho, serão investigados empiricamente os incidentes julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho que tenham em algum de seus polos litigantes habituais, para verificar se houve observância do contraditório amplo, como delimitado no capítulo anterior, viabilizando que as potenciais vantagens desses litigantes tenham sido atenuadas pela participação dos diversos sujeitos.

Portanto, objetiva-se analisar de forma qualitativa tais processos, a fim de verificar se efetivamente foram oportunizadas as participações a legitimar o procedimento e considerá-lo em consonância com o devido processo legal.

A tipologia dos litigantes habituais partiu das diretrizes de Galanter e foi delimitada nesse trabalho com base nos dados extraídos das tabelas analisadas no capítulo 1, item 5.1, chegando-se aos seguintes litigantes habituais no âmbito da Corte Trabalhista: a Administração Pública, os Bancos, as empresas de telefonia e a Petrobrás.

Partindo desses litigantes e, conforme informações disponibilizadas na planilha constante no sítio eletrônico do tribunal<sup>39</sup>, verificou-se que dos 18 (dezoito) temas submetidos ao incidente de recursos de revistas até a conclusão do presente trabalho, 6 (seis) deles são de litigantes habituais, a saber: Bancos (tema 2), empresa de telefonia (tema 5), Petrobrás (tema 13) e Administração Pública (temas 8, 15 e 16).

Desses 6 (seis) incidentes apenas 3 (três) foram julgados até o fechamento desta pesquisa, referentes aos Temas nº 2, 5 e 13.

O Tema 13, oriundo dos processos nºs 21900-13.2011.5.21.0012 e 118-26.2011.5.11.0012, foi questionado no STF por meio do RE 1.251.927, o qual foi provido para reformar o acórdão do TST proferido no incidente e restabelecer a sentença de improcedência dos pedidos (BRASIL, 2021).

Com efeito, a pesquisa se concentra nos incidentes de recursos repetitivos já julgados pelo TST que tenham litigantes habituais e que estejam produzindo efeitos.

Desse modo, serão analisados os temas 2 e 5 da tabela de recursos de revista repetitivos,

---

<sup>39</sup> <https://www.tst.jus.br/web/guest/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>

pois já possuem a instrução delimitada, sendo capazes de dar uma visão plena das participações existentes no processo, e analisar se minimizaram ou ampliaram as vantagens dos litigantes habituais, ou seja, se as participações e representações produziram impacto no julgamento.

Definidos os incidentes a serem analisados, passou-se à coleta de dados por meio: 1) dos autos integrais dos processos paradigmas (afetados); 2) dos autos integrais dos incidentes; 3) das informações disponíveis nas audiências públicas, quando realizadas; 4) manifestações escritas dos *amici curiae* e demais interessados; 5) informações obtidas na internet sobre os advogados das partes.

Diante disso e refletindo sobre os pontos e perguntas da pesquisa, identificou-se o perfil das partes dos recursos de revista repetitivos e sua representação; a participação por elas exercidas; os critérios de escolha dos recursos paradigmas; a participação dos entes coletivos, do Ministério Público do Trabalho, dos sobrestados e ausentes; a participação do *amicus curiae*; a influência dessas participações nos debates e no julgamento do incidente.

Para tanto foram feitas as seguintes questões específicas:

Tabela 0.1 - Eixos de análise e questões do estudo de caso

Eixos de análise do estudo de caso	Questões específicas
Processo paradigma	Quem são as partes dos processos paradigmas? Quem são seus advogados? Atuam em casos semelhantes? São especializados na matéria? Quais as alegações de fato e de direito arguidas no processo? Quais os fundamentos da sentença e do acórdão regional sobre o tema?
Escolha do processo paradigma (piloto) na decisão de afetação	Quais os argumentos para eleição do caso como representativo da controvérsia? A decisão de afetação considerou na eleição o perfil da parte e de seus representantes?
Participação das partes do processo paradigma	Houve participação no incidente? Quais argumentos suscitados e defendidos?
Participação do <i>amicus curiae</i>	Quais <i>amici curiae</i> participaram do incidente? Qual seu perfil? Pessoa física ou jurídica? Entidade de direito público ou privada? Foi priorizada a participação dos entes coletivos? Defende interesse de alguns dos sujeitos atingidos pelo incidente? Contribuíram para ampliar o debate?
Participação dos sobrestados e ausentes	Houve participação no incidente das partes dos processos sobrestados e de futuros processos (ausentes), por meio de manifestação escrita ou na audiência pública?

Eixos de análise do estudo de caso	Questões específicas
	Trouxeram novos argumentos para o incidente?
Participação do Ministério Público	Participou do incidente?
Audiência Pública	Quais argumentos e tese defendida pela instituição?
	Quais os participantes da audiência pública? Qual o perfil do participante?
	Qual posicionamento foi defendido?
	Foram ouvidos <i>experts</i> ? Trouxeram argumentos novos para o incidente?
Julgamento e influência da participação dos sujeitos envolvidos no incidente	Quais os argumentos do voto vencedor?
	Foram discutidos os elementos extraídos do recurso paradigma?
	Quais argumentos mais repercutiram na formação da convicção dos julgadores? Qual a origem desses argumentos (suscitado pelas partes? Pelos entes coletivos? Pelo Ministério Público? Em julgados anteriores? Pelos <i>amici curiae</i> ? Pelo <i>expert</i> ? Pelos sobrestados ou ausentes)?
	Houve modulação dos efeitos?

Fonte: Elaboração própria com base em ASPERTI (2018, p. 261)

### 3.1 O caso do divisor de horas extras do bancário: descrição da questão discutida

A questão submetida a julgamento no tema 2 de Incidentes de Recurso de Revista Repetitivo diz respeito ao divisor de horas extras dos bancários.

A discussão origina-se da literalidade do art. 224 da CLT, que prevê que “a duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana”.

A partir do dispositivo, que exclui o trabalho realizado aos sábados, iniciaram-se os questionamentos acerca da instituição de dois dias de descanso semanal remunerado para a categoria bancária (sábado e domingo).

Para o TST, a regra era que o sábado deveria ser considerado dia útil não trabalhado, não cabendo, portanto, o pagamento de horas extras e do adicional noturno com repercussão nos sábados, mas tão somente no descanso semanal remunerado (DSR). Nesse sentido, é a previsão da Súmula nº 113 do TST: “O sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado. Não cabe a repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração.”

Estabeleceu-se, portanto, para o bancário com trabalho de seis horas diárias, o divisor 180 (6 horas diárias multiplicadas por 30 dias mensais ou 36 horas semanais multiplicadas por



5 semanas) e, para o bancário com trabalho de oito horas diárias, o divisor 220 (44 horas semanais - máximo permitido pela Constituição -, divididas por 6 dias úteis e multiplicadas por 30 dias), dando origem à Súmula 124 do TST: “Para o cálculo do salário-hora do bancário mensalista, o divisor a ser adotado é o de 180 (cento e oitenta)”.

Apesar do entendimento consolidado, diversos instrumentos coletivos, consistentes em acordos coletivos e convenções coletivas, passaram a estabelecer que as horas extras deveriam refletir nos sábados, o que gerou discussão acerca da natureza desse dia, se descanso semanal remunerado ou dia útil não trabalhado.

É que, na época, a definição de tal natureza refletia no divisor utilizado no cálculo das horas extras, de modo que, quanto menor o valor do divisor, maior seria o valor da salário-hora, aumentando, assim, o valor das horas extras devidas (50% do salário-hora).

Frente às divergências, o TST alterou a redação da Súmula nº 124 fixando que, aos bancários, aplicavam-se os divisores 150 e 200 quando as normas coletivas ou individuais equiparassem o sábado ao dia de descanso semanal remunerado.

Nas demais hipóteses, incidiriam os divisores 180 e 220 para os empregados submetidos à jornada de seis e oito horas, respectivamente, como estabelecia a Súmula nº 124 do TST como redação anterior ao julgamento desse incidente, *in verbis*:

**Súmula nº 124 do TST.** Bancário. Hora de salário. Divisor

I – O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será:

- a) 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do art. 224 da CLT;
- b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.

II – Nas demais hipóteses, aplicar-se-á o divisor:

- a) 180, para os empregados submetidos à jornada de seis horas prevista no caput do art. 224 da CLT;
- b) 220, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.

Apesar da redação da súmula do TST, ainda havia uma série de recursos que discutiam o divisor aplicável aos bancários, especialmente para interpretar se as cláusulas dos instrumentos normativos se reconheciam ou não o sábado como descanso semanal remunerado, razão pela qual, o tema foi submetido ao incidente de recursos de revista repetitivos.

### **3.1.1 Processos paradigmas**

Foram eleitos 2 (dois) processos paradigmas para o julgamento desse incidente.

O Recurso de Revista nº 144700-24.2013.5.13.0003 foi interposto pela Caixa Econômica Federal e é proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, sendo distribuído à 4ª Turma do TST, tendo como relator o Ministro João Oreste Dalazen.

O Recurso de Revista nº 849-83.2013.5.03.0138 foi interposto pelo Banco Santander (Brasil) S.A., sendo proveniente do TRT da 3ª Região. Foi distribuído à 4ª Turma do TST ao Ministro João Oreste Dalazen.

Verifica-se que os 2(dois) recursos selecionados foram interpostos pelos empregadores.

O Incidente de Julgamento de Recursos de Revista Repetitivos foi proposto pela 4ª Turma do TST, sendo acolhido e julgado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, tendo como relator o Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão.

### *3.1.1.1 Partes, representantes e alegações*

Nessa seção, busca-se analisar se as partes são consideradas litigantes eventuais ou habituais, se os advogados são especializados na matéria e na clientela, bem como os argumentos levantados até o recurso de revista acerca da temática debatida no incidente.

#### 3.1.1.1.1 Recurso de Revista nº 144700-24.2013.5.13.0003

O processo nº 144700-24.2013.5.13.0003 foi ajuizado por Maria Aldinete Silva Feitosa em face da Caixa Econômica Federal e tramitou perante a 3ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB.

A reclamante é pessoa física que se autodeclarou pobre na aceção do termo, sendo informado na contestação que é aposentada e foi desligada da empresa ré por meio de adesão ao PAA.

O banco réu é considerado litigante habitual, como se verificou no capítulo 1 desse trabalho, sendo um dos bancos que mais possui processos no TST.

É importante consignar que não é possível analisar outros processos ajuizados pela reclamante, observação que também deverá ser replicada para os demais casos analisados, uma vez que não é possível pesquisar pelos sites dos TRTs os reclamantes das ações para não viabilizar discriminações no momento da contratação.

De qualquer maneira, é possível presumir que se trata de uma demanda de litigante eventual em face de litigante habitual.

Quanto ao perfil dos advogados representantes, o patrono da reclamante, advogado

Henrique Souto Maior Muniz de Albuquerque, atua em casos semelhantes, podendo ser considerado especialista no tema e nessa clientela, vez que pelo site escavador dos 498 (quatrocentos e noventa e oito) processos indexados em seu nome, 126 (cento e vinte e seis) são ajuizados em face da Caixa Econômica Federal (ESCAVADOR, 2021a.).

O réu, inicialmente foi representado pelo advogado Renato Antônio Varandas Nominando Diniz, no momento da interposição do recurso de revista pelo advogado Jaime Martins Pereira Júnior e perante o TST pelos advogados Osival Dantas Barreto e Felipe Montenegro Matos, os quais integram o departamento jurídico do banco, atuando de forma recorrente nesses processos.

Quanto ao objeto, conquanto no âmbito da Justiça Laboral seja frequente a cumulação de pedidos, a reclamação trata especificamente do tema discutido no incidente, ou seja, alega que as horas extras foram calculadas com os divisores 180 ou 220, mas deveriam observar os divisores 150 e 180 em razão do instrumento coletivo, requerendo a condenação ao pagamento das diferenças das horas extras utilizando-se os divisores corretos e o consequente reflexos nas demais verbas. Além disso e reconhecendo a litigância habitual da reclamada, pleiteia sua condenação em *Dumping Social*.

Define, pois, como matéria fática a realização de horas extras e diferenças no pagamento efetuado em razão do divisor utilizado. Já a argumentação jurídica está relacionada à existência de instrumento normativo que define o sábado como descanso semanal remunerado e não dia útil não trabalhado, de modo que os bancários submetidos à jornada diária de 6 horas laboram 30 horas semanais e não 36, culminando a incidência do divisor 150 e não 180. Da mesma forma, os empregados que exercem cargos comissionados, que tem jornada de 8 horas, laboram apenas 40 horas semanais, atraindo o divisor 200 e não 220.

A cláusula do acordo coletivo que sustenta a reclamação (repetitivas durante o período imprescrito) tem o seguinte teor:

#### HORAS EXTRAORDINÁRIAS

A jornada diária de trabalho dos empregados da CAIXA poderá ser prorrogada, excepcionalmente, observado o limite legal, e em face da necessidade de serviço, assegurando-se o pagamento, com o adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal, ou a compensação das horas extraordinárias, nos termos da presente cláusula.

(...) Parágrafo Quarto - As horas extraordinárias pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado, considerados os sábados, domingos e feriados, décimo terceiro salário e férias, inclusive nas indenizações rescisórias dessas parcelas.

Parágrafo Quinto - As horas a compensar, consoante o parágrafo primeiro, deverão ser computadas desconsiderando-se os dias de descanso remunerado e dias úteis não trabalhados (sábados, domingos e feriados).

O réu, em contestação alega que a autora cumpria jornada de 6 horas, tendo o cargo de “técnica bancária novo”, refutando as alegações da inicial pelos seguintes argumentos jurídicos:

a) o divisor de horas extras é uma operação matemática que se extrai da multiplicação da jornada (6 horas) x 30, por força do art. 64 da CLT, vez que se trata de empregado mensalista, chegando-se ao divisor 180;

b) é indiferente para a definição do divisor o fato de o sábado ser repouso semanal remunerado ou dia útil não trabalhado, de modo que o salário mensal remunera 30 jornadas, trabalhadas ou não;

c) a Súmula 124 do TST (vigente à época da contestação) apenas considerava os divisores 150 e 200 quando o instrumento normativo expressamente declarasse o sábado como dia de descanso semanal remunerado;

d) os instrumentos normativos aplicados à ré descrevem o sábado como dia útil não trabalhado;

e) existem normas internas assegurando que o sábado continua sendo dia útil não trabalhado, como descrito na Súmula nº 113 do TST, a qual não foi cancelada com a nova redação da Súmula nº 124 do TST;

f) não há *Dumping* social por estar exercendo seu legítimo direito de defesa, além de realizar o pagamento com base na CLT e nos instrumentos coletivos.

Realizada audiência foram dispensados depoimentos e encerrada a instrução processual.

Em sentença foram julgados improcedentes os pedidos, sob o argumento de que a Súmula nº 124 do TST exige expressamente que venha consignado no instrumento coletivo que o sábado seja considerado um dia de repouso remunerado, o que não aconteceu nesse caso, vez que: a) a redação do parágrafo quarto insere o sábado num rol de parcelas que devem ser consideradas para efeito de integração no cálculo das horas extraordinárias, gerando repercussões, como nos domingos, feriados, no décimo terceiro e nas férias; b) o parágrafo quinto revela expressamente que, assim como os domingos e feriados, o sábado é considerado dia útil não trabalhado; c) os formulários financeiros que acompanharam a contestação não foram impugnados pela reclamante e registaram o pagamento regular de horas extraordinárias mediante aplicação do divisor 180, não havendo diferenças a serem deferidas.

No recurso ordinário interposto pela reclamante aduziu-se que:

1) a cláusula do acordo coletivo expressamente reconhece o sábado como repouso semanal remunerado, o que é reforçado pelo MN RH 035 024 juntado aos autos pela

reclamada ao descrever no item 3.11.1 que “o empregado faz jus ao repouso semanal remunerado aos sábados, domingos e feriados”;

2) as cláusulas dos acordos coletivos dos precedentes que deram origem à Sumula 124 do TST são semelhantes às do presente processo;

3) com base nos princípios da segurança jurídica e da duração razoável do processo o Tribunal Regional deve acompanhar o entendimento do TST, que pacificou em todas as suas Turmas que, havendo instrumento coletivo descrevendo o sábado como repouso semanal remunerado, deve incidir os divisores 150 e 200.

Em contrarrazões de recurso ordinário, o banco recorrido reafirma seus argumentos, no sentido de que o acordo coletivo reconhece o sábado como dia útil não trabalhado, além de fundamentar que a interpretação ampliada da norma coletiva implica em contrariedade ao disposto nos artigos 114, 884 e 885, do Código Civil. Reproduz, ainda, integralmente a contestação inclusive para anunciar que é indiferente se o sábado é útil não trabalhado ou repouso semanal remunerado para se definir o divisor de horas extras.

O acórdão regional deu parcial provimento ao recurso reconhecendo que o acordo coletivo expressamente reconhece o sábado como descanso semanal remunerado, vez que declina que “as horas extraordinárias pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado, considerados os sábados, domingos e feriados, (...)”, condenando assim ao pagamento das diferenças das horas extras, observando o divisor 150; o parágrafo 5º da cláusula em análise, ao citar os “sábados, domingos e feriados”, não faz no sentido do reconhecimento de dias úteis não trabalhados, porque não seria lógico inserir domingos e feriados nessa classificação; mesmo que assim não entendesse, haveria contradição entre os comandos normativos advindos dos instrumentos coletivos, prevalecendo o mais benéfico em favor dos trabalhadores, em face da incidência do princípio da proteção.

No recurso de revista, o banco recorrente alega que:

1) o acordo coletivo não define o sábado como repouso semanal remunerado. Na verdade, a cláusula busca ampliar o direito do empregado com relação à remuneração do sábado, que, por se tratar de dia útil não trabalhado, em tese, não sofreria a incidência dos reflexos relativo às horas extras, mas que, a partir da cláusula convencional, passa a sofrer tais reflexos no cômputo das horas extras;

2) não é possível mudar a natureza do sábado em cláusula que versa sobre horas extras;

3) para o art. 64 da CLT é indiferente para a definição do divisor de horas extras se o sábado é dia útil não trabalhado ou repouso semanal remunerado;

4) há divergência jurisprudencial com os TRTs da 3ª, 6ª e 9ª Regiões e com a SDI I do

TST, além do que o acórdão regional contraria o inciso II da Súmula 124 do TST e viola os arts. 7º, II, XXVI, da CF, 64 da CLT, 114 e 884 do CC; discute ainda a incidência de juros e multa sobre as contribuições previdenciárias.

A decisão de admissibilidade do Vice Presidente do TRT reconheceu a comprovação da divergência quanto aos juros e multa das contribuições previdenciárias, processando o recurso de revista integralmente, sem a análise sobre o objeto relacionado às horas extras.

A reclamante não apresentou contrarrazões ao recurso de revista.

Em decisão do Ministro João Oreste Dalazen, que justifica a proposta de afetação e instauração do incidente, argumentou que havia divergência na interpretação das cláusulas dos acordos coletivos acerca da natureza do sábado, se dia útil não trabalhado ou repouso semanal remunerado. Aduziu que os acordos de 2007/2008 até 2011/2012 replicam a mesma norma. Ressaltou que, a partir do acordo 2013/2014, houve alteração significativa no teor da norma coletiva, a qual passou a estabelecer que “as horas extras pagas deverão integral o pagamento do repouso semanal remunerado (domingos e feriados) e dias úteis não trabalhados (sábados) (...)”. Assim, propôs a instauração do incidente de recurso de revista repetitivo para fixar tese jurídica aplicável para o cálculo das horas extras de empregado da Caixa Econômica Federal.

Aliás, explicitou que o referido recurso foi selecionado porque preenchia os pressupostos extrínsecos do recurso de revista e continha abrangente argumentação e debate acerca da questão jurídica que seria decidida, reconhecendo a existência de acordos coletivos de 2007 a 2012, o que não alcançava a nova redação introduzida a partir do acordo coletivo de 2013/2014.

Pela análise desse processo, embora existam diversos argumentos trazidos pelas partes, a questão central trazida nas decisões é sobre a interpretação do acordo coletivo, no sentido de verificar se a cláusula coletiva reconhece o sábado como repouso semanal remunerado.

#### 3.1.1.1.2 Recurso de Revista nº 849-83.2013.5.03.0138

O processo nº 849-83.2013.5.03.0138 deriva de reclamação trabalhista ajuizada por Rosângela Antônia de Oliveira Gomes em face do Banco Santander (Brasil) S.A., em trâmite perante a 38ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto.

A reclamante é pessoa física e se autodeclarou pobre, trabalhando 29 anos para o banco.

O banco réu é considerado litigante habitual, como se verificou no capítulo 1 desse trabalho, sendo um dos bancos que mais possui processos no TST.

É possível constatar que se trata de uma demanda de litigante eventual em face de litigante habitual.

Quanto ao perfil dos advogados representantes, a reclamante é representada pelo advogado Antônio Carlos Ivo Metzker (Metzker advogados), o qual tem indexado no site escavador 1271 processos e a parte que mais apareceu foi o Banco Santander, com 95 processos, podendo ser considerado um advogado especializado na matéria e na clientela (ESCAVADOR, 2021b).

O Banco Santander (Brasil) S.A., representado na contestação pelo advogado Fernando de Oliveira Santos (Oliveira, Santos & Cruz advogados associados), que possui indexado no site escavador 3023 processos, dos quais 280 processos ou mais são do Banco Santander S.A (ESCAVADOR, 2021c). No âmbito do TST passou a ser representado pelo advogado Mozart Victor Russomano Neto (Russomano Advocacia S/S), o qual tem notória especialidade no direito do trabalho.

No que tange ao objeto dessa demanda, diferentemente do processo anterior que a temática era reduzida e dirigida ao foco do recurso de revista repetitivo, no presente caso a reclamação trabalhista aduz diversos fatos e fundamentos jurídicos, a saber:

1) atraso de 77 dias na homologação da rescisão contratual, por culpa exclusiva do empregador, requerendo o pagamento de multa do art. 477, § 8º, da CLT, da multa descrita na convenção coletiva e indenização por danos morais;

2) exercia atividades meramente técnicas, sem poder de direção, fiscalização, gerência ou chefia, mas era submetida à jornada de 8 horas, postulando a incidência do *caput* do art. 224 da CLT para reconhecer sua jornada de 6 horas;

3) cumpria jornada das 8h30 às 20h30, com 30/40 minutos de intervalo, pleiteando o pagamento das horas extras (acima da 6ª diária ou, subsidiariamente, acima da 8ª) e do intervalo intrajornada não gozado;

4) para a definição da base de cálculo das horas extras requer a incidência do divisor 150 ou, subsidiariamente, 180, no caso de reconhecimento da jornada de 8 horas;

5) a convenção coletiva da categoria define o sábado como descanso semanal remunerado (DSR), ao estabelecer no que tange aos reflexos das horas extras nos DSR's que “quando prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados”, de modo que os reflexos das horas extras deveriam incidir nos sábados, domingos e feriados;

6) além de a reclamante exercer suas funções rotineiras também executava as atividades desenvolvidas pela gerente de relacionamento do PAB, já que a demanda era muito alta e

tinham apenas três empregadas no PAB, postulando as diferenças salariais pelo acúmulo de função;

7) o banco alterou de forma lesiva a proporção entre o salário base e a comissão, requerendo as diferenças salariais decorrentes dessa alteração;

8) substituía a gerente de relacionamento nas suas férias, mas não recebia salário equivalente à da empregada substituída no período, pleiteando as diferenças e reflexos;

9) foi obrigada a pagar R\$ 7.625,24 ao banco, em razão de quebra de caixa ocorrido no dia 23.11.2012, requerendo sua restituição.

Realizada a audiência inaugural a conciliação foi frustrada, sendo apresentada contestação escrita, na qual a empresa argumenta que:

a) realizou o pagamento das verbas rescisórias tempestivamente e a homologação não ocorreu no prazo legal, por culpa exclusiva do sindicato que recusou fazer a homologação, sendo público e notório que tal fato se deu como resistência das demissões ocorridas em todo o sistema bancário, não devendo incidir as multas pleiteada e a indenização pelo dano moral;

b) a reclamante cumpria jornada de 8 horas, com 1 hora de intervalo, possuindo carta mandato e assinatura autorizada com poderes para praticar e assumir os mais diversos atos em nome do banco, além de ser responsável pela retaguarda das agências onde trabalhou e, por delegação do Gerente Geral Operacional, cuidava de toda a área de suporte administrativo da agência;

c) a reclamante recebia gratificação superior à prevista em lei;

d) anotava corretamente a jornada e quando fazia horas extras, elas eram compensadas dentro da semana ou pagas corretamente;

e) é indevida a repercussão dos DSR's nas horas extras e seus reflexos nas demais parcelas;

f) sobre o terço de férias são devidos os reflexos de horas extras;

g) a base de cálculo das horas extras, quando devidas, deve levar em conta apenas o salário base, a adicional de tempo de serviço e a gratificação de função;

h) inexistem reflexos nos sábados, porque dia útil não trabalhado;

i) sejam deduzidos os valores pagos;

j) o divisor a ser utilizado é o 180 ou 220, sendo inaplicáveis os divisores 150 ou 180, por violarem o art. 64 da CLT, além do que não existe ajuste individual ou coletivo que considere o sábado como descanso semanal remunerado, apenas havendo previsão de uma nova forma de pagamento de horas extras;

k) para o art. 64 da CLT não importa quantos ou quais são os dias de repouso



remunerado para delimitar o divisor de horas extras, bastando multiplicar a jornada por 30;

l) embora a nova redação da Súmula 124 do TST (vigente à época) não tivesse alterado a realidade do banco, ela não pode ser aplicada de forma retroativa;

m) a reclamante não desviou ou acumulou funções;

n) não alterou de forma lesiva o contrato de trabalho, já que não houve nenhum prejuízo salarial;

o) a reclamante não substituiu a gerente de relacionamento, vez que em suas férias era substituída por outra gerente, ou se houve substituição foi meramente eventual;

p) o empregado bancário que exerce atividades no caixa ou na tesouraria recebe a título de indenização um pagamento mensal em face de possíveis e eventuais diferenças que possam ocorrer no desempenho de sua função, denominado de comissão de caixa ou gratificação de caixa ou Gratificação de Função, de modo que havendo diferenças deve arcar com os prejuízos provocados.

Definidos os fatos e argumentos jurídicos levantados pelas partes e verificando-se que vários não estão relacionados à temática do recurso de revista repetitivo, a partir de agora, limitar-se-á à análise dos fatos e argumentos objeto do incidente, qual seja, o divisor das horas extras do bancário.

Desse modo, o teor da convenção coletiva da categoria (CCT) descrita na contestação, indicando a ré que se trata de norma idêntica há mais de 20 anos, é a seguinte:

**ADICIONAL DE HORAS EXTRAS**

As horas extraordinárias serão pagas com o adicional de 50% (cinquenta por cento).  
PARÁGRAFO PRIMEIRO - Quando prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados.

Em réplica, a reclamante argumenta que o divisor aplicável para o cálculo das horas extras devidas é o 150 ou 200, dependendo de seu enquadramento legal a ser definido na sentença, já que a referida cláusula da CCT considera o sábado como dia de descanso remunerado.

Realizada audiência de instrução que, evidentemente, não tratou do aludido divisor.

Na sentença, reconheceu-se que a reclamante exercia funções meramente operacionais, o que afastava o cargo de confiança, de modo que condenou ao pagamento das horas extras acima da 6ª diária. Quanto ao divisor apenas indica que deve ser observado o divisor 150 de acordo com a Súmula nº 124 do TST.

O reclamante interpôs recurso acerca da multa do art. 477 da CLT e da indenização por danos morais e o banco réu também recorreu refutando a condenação levantando os mesmos

argumentos quanto ao divisor de horas extras. Do mesmo modo, o reclamante manteve os seus argumentos quanto ao divisor 150.

O acórdão regional manteve o divisor 150 por entender que há previsão normativa expressa no sentido de que o sábado é considerado descanso semanal remunerado.

Em recurso de revista, quanto ao divisor de horas extras, o banco argumenta que a cláusula da CCT não equipara o sábado ao DSR, mas dispõe única e exclusivamente para fins de reflexos das horas extras nos sábados, não alterado o divisor de horas extras ou afastando a incidência da Súmula 113 do TST; a interpretação da cláusula, por ser benéfica ao empregado, deve ser restritiva; não importa quantos ou quais são os dias de repouso remunerado para fins de cálculo do divisor de horas extras, que deve ser obtido da jornada do trabalhador multiplicada pelo número 30. Apresentou como divergência acórdão proferido pelo TRT da 9ª Região em ação coletiva ajuizada pelo Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Cianorte.

A reclamante apresentou contrarrazões reafirmando que a cláusula da CCT prevê o sábado como descanso semanal remunerado, atraindo a incidência da Súmula 124, I, do TST.

O recurso foi distribuído ao Ministro João Oreste Dalazen, o qual proferiu decisão propondo a afetação desse processo, ao fundamento de que havia divergência entre os TRT's na interpretação das cláusulas das convenções coletivas dos bancos privados acerca do divisor de horas extras. Justifica ainda que o recurso preenche os pressupostos extrínsecos e que contém abrangente argumentação e debate acerca da questão em debate.

Desse modo, propõe que o processo seja afetado para julgamento por meio do incidente de recurso de revista repetitivo para fixação de tese sobre o divisor de horas extras de bancários do setor privado, em razão da cláusula 8ª da CCT.

Da mesma forma que ocorreu no outro processo paradigma, a questão central apresentada na decisão do acórdão regional é sobre a interpretação da cláusula da Convenção Coletiva da Categoria, reconhecendo-se que ela definiu o sábado como descanso semanal remunerado.

### ***3.1.2 Escolha dos recursos paradigmas na decisão de afetação***

A escolha do recurso representativo (paradigma) é ponto de partida para a participação legítima no incidente, como estudado nesse trabalho. Para tanto, impõe-se a análise de elementos subjetivos (pluralidade e representatividade) e objetivos (recurso admitido e abrangência de argumentos e discussões).

No incidente em estudo, verifica-se que ambos os processos afetados são ajuizados por reclamantes, em ação individual e litigantes eventuais, em face dos bancos Caixa Econômica Federal e Santander S.A, que são litigantes habituais, não havendo análise do perfil das partes.

Não se priorizou a pluralidade na eleição do processo paradigma, a qual busca selecionar os processos com maior número de sujeitos, pois nos dois processos, tem-se apenas uma reclamante e um reclamado.

Do mesmo modo, não se verificou a representatividade, que procura escolher ações coletivas como processos paradigmas. Nesse caso, deveriam existir ações coletivas para serem indicadas como processos paradigmas, tendo em vista que o próprio banco Santander trouxe em seu recurso de revista acórdão divergente consubstanciado em decisão proferida em processo coletivo, bem como os sindicatos que se manifestaram no incidente indicaram a existência de diversas ações coletivas ajuizadas.

No que tange à representatividade dos advogados das partes, tem-se que são especializados na matéria e nesse tipo de cliente, trazendo nas peças apresentadas diversos argumentos acerca do tema proposto.

Quanto aos elementos objetivos, os recursos eleitos preencheram os pressupostos recursais, o que foi indicado pelo Ministro Relator da 4ª Turma que propôs a afetação, mas não foi declinado expressamente na decisão de afetação.

No que se refere à abrangência dos argumentos, o Ministro relator da 4ª Turma priorizou a eleição de um caso do setor público, que define o tema em acordo coletivo, e outro do setor privado, em que a norma é descrita em convenção coletiva. Embora tenham diversos argumentos sobre o tema em debate, a decisão foi padronizada, apenas declinando que os processos continham abrangente argumentação e debate acerca da questão em debate, não especificando nenhum argumento.

Na decisão de afetação, proferida pelo Cláudio Mascarenhas Brandão, reconheceu-se que ambos os processos tratavam de matéria idêntica, concernente à definição do divisor a ser utilizado para o cálculo das horas extraordinárias, decorrente do fato de as normas coletivas aplicáveis aos empregados de bancos públicos e privados determinarem a inclusão dos sábados e feriados no cálculo do valor do repouso semanal remunerado.

Tal como ocorreu com a decisão do relator na Turma, a decisão de afetação não traz nenhum argumento levantado pelas partes para fundamentar a existência de amplo debate sobre o tema, definindo de forma padronizada a existência de argumentos sobre o tema.

Ademais, na eleição dos processos não se buscou vitórias opostas em âmbito regional, o que seria relevante, porque alguns argumentos surgem diretamente no recurso de revista, por

se tratar de um recurso mais técnico.

A decisão de afetação ainda determinou a expedição de ofícios para que os Tribunais Regionais prestassem as informações que julgassem cabíveis ao deslinde da questão jurídica e remetessem até dois recursos que fossem efetivamente representativos da controvérsia, especialmente aqueles que contivessem peculiaridades que ampliassem o universo fático ou o alcance da decisão que seria proferida.

As informações dos Tribunais Regionais são relevantes especialmente para se ampliar os aspectos da controvérsia, já que as diversidades interpretativas em âmbito nacional podem ser identificadas nesse momento.

Acredita-se que, para que sejam efetivas as informações prestadas e os recursos representativos encaminhados, a decisão de afetação já deve delimitar com exatidão os elementos subjetivos e objetivos para eleição dos processos. No caso, a decisão declinou algumas particularidades do elemento objetivo, nada versando sobre elementos subjetivos, o que, aparentemente, dificultou a indicação e informações dos Tribunais Regionais, como reconhecido pelo próprio relator do incidente.

De qualquer maneira, ante as respostas dos Tribunais, selecionaram-se mais dois processos.

O processo TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001, proposto por Marizete Marconde Dourado em face da Caixa Econômica Federal, sob o fundamento de que a decisão proferida partiu da análise de cláusula diversa, com o seguinte teor:

Parágrafo Quarto - As horas extraordinárias pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado, considerados os sábados, domingos e feriados, décimo terceiro salário e férias, inclusive nas indenizações rescisórias dessas parcelas.

Acredita-se que referida cláusula é idêntica a do processo nº 144700-24.2013.5.13.0003, que já estava selecionado.

O processo TST-RR-82111-07-2014-5-22-0004, ajuizado por Nivaldo José de Lima Neri em face do Banco do Brasil S.A, foi escolhido porque a decisão regional teria partido da premissa de que a caracterização do sábado como dia de repouso para o bancário decorre do disposto no artigo 224 da CLT e não da norma coletiva.

Realmente, a ementa dessa decisão indica que o art. 224 da CLT exclui os sábados dos dias úteis. No entanto, analisando a fundamentação do acórdão regional (BRASIL, 2015b) verifica-se que expressamente declina que não abrirá discussão sobre o teor do art. 224, da CLT, que disciplina a jornada dos bancários, devendo prevalecer o conteúdo da Súmula 124, do TST, haja vista a existência de pactuação inter partes atribuindo ao sábado o condão de

repouso semanal remunerado. Os argumentos do Tribunal para definir o divisor 150 decorrem de dois aspectos:

1) se o sábado fosse dia útil não trabalhado, a sua natureza seria salarial e não haveria motivos para se fazer repercutir as horas extras sobre esse dia, na forma como está nos Acordos Coletivos;

2) há Norma Interna nº 361-1 do Banco do Brasil declarando que os empregados têm direito a repouso semanal de repouso semanal de 48 horas consecutivas, coincidentes com os sábados e domingos, exceto na hipótese de prestação de serviços de caráter permanente.

Vê-se que os dois processos acabaram sendo eleitos com fundamentos equivocados, além de estarem ligados exclusivamente à interpretação da decisão recorrida (no segundo caso, na ementa), não verificando os demais elementos subjetivos e objetivos para escolha do processo paradigma.

### *3.1.2.1 Informações dos Tribunais Regionais*

Como aludido anteriormente, as informações dos Tribunais regionais são relevantes para o procedimento de escolha do recurso representativo da controvérsia, podendo-se alcançar processos que tenham mais elementos subjetivos e objetivos, definindo-se ainda com exatidão o objeto do incidente.

Na sistemática laboral essas informações são ainda mais importantes, ante a ampla dimensão do País e as particularidades regionais que podem ser levantadas e trazidas para o incidente.

Desse modo, verifica-se pelas informações prestadas por todos os regionais, exceto do TRT da 18ª Região que não se manifestou, que o cerne da questão estava na interpretação das normas coletivas, no sentido de considerar o sábado como descanso semanal remunerado ou dia útil não trabalho.

Das informações apresentadas, inicialmente, cabe destacar a afirmação dos tribunais que já tinham uniformizado sua jurisprudência sobre o tema.

Nesse contexto, o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região informou que o assunto foi objeto do incidente de uniformização de jurisprudência nº 0000223-38.2015.5.06.0000, o qual foi julgado em sessão plenária do dia 11 de dezembro de 2015, decidindo-se, por maioria, pela prevalência da tese jurídica de que a Convenção Coletiva de Trabalho dos Bancários, vigente no Estado de Pernambuco, consagra o sábado como dia destinado ao repouso remunerado sendo, portanto, aplicável o divisor de horas extras de 150 para os

empregados submetidos à jornada de trabalho de 6 horas e de 200, para os empregados sujeitos à carga de 8 horas.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por sua vez, informou que o tema foi amplamente discutido pelos seus membros, a partir de Proposição da Comissão de Uniformização de Jurisprudência, resultante na Súmula 23: “As convenções coletivas dos bancários, ao estabelecer o pagamento de horas extras com reflexos em RSR, incluídos nestes os sábados, equiparam o sábado a dia de descanso semanal remunerado, o que torna aplicável o divisor mensal 150 para cálculo do valor do salário-hora para o trabalhador com jornada normal de seis horas e o divisor 200 para os trabalhadores com jornada de oito horas”.

Ademais, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região manifestou que já foi instaurado o incidente de uniformização tendo como paradigma os autos de nº 0002180-05.2012.5.02.0384, com o conseqüente sobrestamento de todos os processos em que se discutem idêntica matéria com o tema: “Adoção do divisor 150 quando há previsão, em norma coletiva, de incidência dos reflexos das horas extras nos sábados, o que equivale a considerá-los como DSR’s”.

O Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região relatou que a matéria era objeto de divergência entre as turmas, já tendo suscitado incidente de uniformização de jurisprudência, suspenso na ocasião. Além disso, informou que, majoritariamente, prevalece o entendimento regional de que o sábado recebe os reflexos das horas extraordinárias habituais e que deve ser reconhecido como dia de repouso semanal remunerado, ainda que diante da omissão da norma coletiva. Minoritariamente, o Regional entende que a negociação coletiva se limitou a considerar o reflexo das horas extras sobre o repouso semanal remunerado e, não estipulando o sábado expressamente como descanso semanal remunerado, não é suficiente para transmutar o sábado em dia de repouso semanal remunerado.

O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região declarou que tramitava no tribunal Incidente de uniformização de Jurisprudência sobre o mesmo tema.

Conquanto esses Tribunais já tivessem incidente julgado ou instaurado, não foram selecionados os processos indicados por eles, o que poderia demonstrar a tendência de atuação dos regionais e como interpretaram a norma para uniformizar a questão.

Além das informações sobre incidente de uniformização, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região comunicou que há unanimidade entre as dez Turmas em considerar o sábado dos bancários como dia de repouso semanal remunerado, aplicando-se os divisores da Súmula nº 124, I, “a” e “b”, interpretação mais favorável aos reclamantes.

Já o Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região relatou que no âmbito do regional,

os juízes e desembargadores, que aplicam o divisor 180 para a hipótese, entendem que o sábado é dia útil não trabalhado, conforme Súmula 113 do TST, razão pela qual o número de horas da jornada diária deve ser multiplicado por 30 dias, gerando a aplicação do divisor 180. Além disso, concluem que o instrumento coletivo que reconhece o sábado como dia de repouso semanal remunerado, o faz apenas para efeito de cálculo dos reflexos das horas extras, não alterando o divisor para 150.

Verifica-se que tais informações, se bem exploradas, poderiam servir como rico material para análise da temática discutida, mas não foram consideradas para o deslinde da questão.

### ***3.1.3 Decisão de afetação: delimitação do tema e sobrestamento dos processos***

A decisão de afetação, além dos aspectos relacionados à eleição dos recursos representativos e dos ofícios aos regionais, como anunciado anteriormente, delimitou a questão jurídica em discussão da seguinte forma:

BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. DIVISOR. A definição do sábado como dia de repouso semanal remunerado, por norma coletiva da categoria dos bancários, mesmo que apenas para fins de reflexos das horas extras habituais, acarreta alteração no divisor utilizado para cálculo das horas extraordinárias, nos termos da Súmula nº 124 deste Tribunal? (BRASIL, 2017b, p. 779)

A delimitação foi concisa, podendo se extrair o seguinte questionamento: como a Súmula 124 do TST indicava no item I que haveria alteração do divisor de horas extras na hipótese de a norma coletiva reconhecer o sábado como DSR, o simples fato de a cláusula coletiva indicar que há reflexos das horas extras no sábado o transforma em descanso semanal remunerado para autorizar a incidência do item sumular?

Esse questionamento decorre especialmente dos processos paradigmas que interpretaram a norma coletiva no sentido de que definiram o sábado como repouso semanal remunerado.

No entanto, no decorrer do incidente foi possível constatar que houve ampliação do objeto, buscando discutir a própria validade da Súmula. Tanto é assim que, no momento do julgamento, o relator indica que era possível extrair as seguintes variáveis da referida proposta de afetação:

- a) os limites da autonomia sindical coletiva, diante da cláusula coletiva que supostamente define o sábado como dia de repouso semanal remunerado;
- b) os efeitos produzidos por essa cláusula: se seriam limitados ao acréscimo das horas extras no sábado ou se também alterariam a natureza jurídica da parcela;
- c) se, em consequência, a mudança afetaria o valor da hora-normal de trabalho;
- e) (sic) em caso positivo à variável anterior, definir o procedimento a ser adotado

para a sua obtenção, no caso de empregado que percebe salário por mês. (BRASIL, 2017b, p. 6159-6160)

Acredita-se que a decisão de afetação não alcançava todas essas variáveis. É que a Súmula 124, I, do TST já indicava expressamente qual era o divisor na hipótese de existir norma coletiva reconhecendo o sábado como descanso semanal remunerado. Isso quer dizer que os itens “c” e “e” não estavam na decisão de afetação, porque eles questionam se haveria mudança do divisor, embora a Súmula já afirmasse de forma peremptória essa alteração do divisor.

O ideal é que estas variáveis já estivessem na decisão de afetação, a fim de guiar de forma mais segura o incidente, inclusive no que tange à participação dos envolvidos, obstante a ampliação do objeto, como ocorreu no caso.

Na decisão de organização e afetação, determinou-se ainda o sobrestamento de todos os recursos de revista e embargos em tramitação no TST que versassem sobre o tema, além do encaminhamento da decisão ao Presidente do TST para expedir ofício aos Tribunais Regionais para suspenderem os recursos de revista interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos e ainda não encaminhados ao TST, bem como os recursos ordinários interpostos contra as sentenças proferidas em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.

Ademais, expediu-se edital no sitio do Tribunal para que, no prazo de 15 dias, os interessados se manifestassem sobre o tema objeto da controvérsia, inclusive quanto ao interesse na admissão no feito como *amicus curiae*.

### ***3.1.4 Participação das partes dos processos paradigmas***

Como será analisado na seção da audiência pública, o relator autorizou que dela participassem os expositores que tivessem vinculação a quaisquer entidades ou órgãos cuja atuação pudesse representar contribuição ao julgamento da questão jurídica controvertida.

Desse modo, permitiu a participação do Banco Santander e da Caixa Econômica Federal, tendo cada um 15 minutos para explanar, não viabilizando a exposição nesse momento das partes recorridas (empregados) dos processos paradigmas, gerando disparidade de tratamento.

Na sessão de julgamento realizada no dia 21.11.2016, foi franqueada a palavra aos advogados das partes dos processos paradigmas, bem como aos *amici curiae* presentes.



Na ocasião, estavam presentes pelas partes o advogado Victor Russomano Júnior, representante do Banco Santander no processo n.º 849-83.2013.5.03.0138, o Dr. Felipe Montenegro Mattos, representando a Caixa Econômica Federal nos processos RR-144700-24.2013.5.13.0003 e 24216-77.2013.5.24.0001. O advogado Paulo Roberto Alves da Silva, representando o reclamante do Processo RR-82111-07.2014.5.22.0004, e advogado Oclécio Assunção Júnior, representando a reclamante do Processo n.º 24216-77.2013.5.24.0001.

Dignos de nota os fatos ocorridos na sessão de julgamento presidida pela Ministro Ives Gandra Martins Filho.

Reconheceu-se que se tratava da primeira sessão a ser realizada em um incidente de recurso de revista repetitivo e que o Regimento Interno do Tribunal ainda não havia sido adequado à Lei 13.015/14 e ao CPC de 2015, de modo que haveriam adaptações na sessão.

Desse modo, definiu-se que cada advogado do recorrente e do recorrido teriam 30 minutos para se manifestar, declinando que o processo n.º 849-83.2013.5.03.0138 era, teoricamente, o que estava pautado naquela sessão, embora os demais processos paradigmas caminhassem juntos e seriam, evidentemente, atingidos.

Como o advogado da reclamante do referido processo não estava presente, apenas o advogado Victor Russomano Júnior fez uso da palavra por 30 (trinta) minutos.

Para os demais presentes, houve a concessão de 30 (trinta) minutos para os que defenderam a tese dos bancos e 1 hora e 10 minutos para aqueles que protegiam a tese dos empregados.

Como existiam dois advogados que tutelavam a tese dos bancos foi concedido 15 minutos para cada um, sendo o advogado Estêvão Mallet pela FENABAN e advogado Felipe Montenegro Mattos, representando a Caixa Econômica Federal nos processos RR-144700-24.2013.5.13.0003 e 24216-77.2013.5.24.0001.

Já para a tese dos empregados existiam 7 (sete) advogados inscritos, sendo concedidos igualmente 10 minutos para cada um.

O advogado Paulo Roberto Alves da Silva representou o reclamante do Processo RR-82111-07.2014.5.22.0004, assim como o advogado Ricardo Quintas Carneiro, representante da FETRAFI - RS/CUT, mas que na ocasião da sessão juntou substabelecimento para representar o reclamante do Processo RR-82111-07.2014.5.22.0004. O advogado Oclécio Assunção Júnior, representou a reclamante do Processo n.º 24216-77.2013.5.24.0001. Os demais tiveram a palavra como *amicus curiae*.

Dessa divisão verifica-se que na sustentação oral, no que tange aos processos paradigmas, três advogados representaram a parte reclamante (recorrida), tendo 30 minutos ao

todo para explanar, enquanto os bancos reclamados (recorrentes) se valeram de dois advogados, tendo 45 minutos no total.

Disso resulta que, especificamente em relação às partes dos processos eleitos, não foi franqueada a palavra de modo igualitário.

Essa diferença de tratamento gerou reflexos especialmente na fala do advogado Victor Russomano Júnior. Por se tratar de advogado acostumado a atuar naquela Corte e Tribuna, explanou de forma clara sobre os pontos que defendia, trazendo inclusive razões históricas, lógicas e sistemáticas para se interpretar a cláusula da Convenção, o que influenciou as demais falas daqueles que se pronunciaram na sessão.

### ***3.1.5 Participação do amicus curiae***

Analisou-se nesse trabalho a importância da atuação do *amicus curiae* para ampliar o debate e melhorar a qualidade do julgamento, defendendo-se a necessidade de priorizar a atuação dos entes coletivos, como legítimos tuteladores do grupo ou da classe.

Essa participação, porém, não exclui a possibilidade de participação direta dos sobrestados e ausentes, quando demonstrarem que possuem argumentos novos que possam contribuir para a controvérsia.

No caso em análise, o relator reconheceu a relevância da matéria e a necessidade de participação do *amicus curiae* expedindo edital para que se manifestassem sobre o interesse na controvérsia. No entanto, não fez nenhuma diferença entre os manifestantes, incluindo todos na figura de *amicus curiae*.

Diversas manifestações foram apresentadas: 15 (quinze) sindicatos de empregados; 8 (oito) Federações, sendo uma de âmbito Nacional dos empregadores e as demais estaduais ou regionais dos trabalhadores; duas Confederações dos empregados; 10 (dez) sobrestados; 3 (três) bancos ausentes, sendo dois públicos e um privado; 3 (três) escritórios de advocacia; e uma associação, a Associação Nacional dos Beneficiários dos Planos de Regulamento Básico e Regulamento dos Planos de Benefícios – ANBERR, entidade civil de caráter nacional fundada por integrantes da Caixa Econômica Federal.

Reconhecendo o relator a relevância da matéria e a repercussão social da controvérsia, entende-se que o único requisito remanescente e que deveria ser verificado para o admissão do *amicus curiae* seria a representação adequada, a qual impõe a demonstração que seu interesse institucional se relaciona com o objeto do processo e que contribuirá para o debate trazendo argumentos úteis e relevantes para o deslinde da questão.

A aferição dessa contribuição, como defendido nesse trabalho, pode ser demonstrada por elementos externos - verificação do histórico e atributos do terceiro, de seus procuradores, agentes, prepostos etc. (TALAMINI, 2016, p. 470) – ou internos, pela manifestação e documentos apresentados pela requerente.

No caso, o relator não analisou os argumentos trazidos, delimitando a participação apenas por elementos externos.

Desse modo, na decisão em que analisou os pedidos de intervenção como *amicus curiae* impôs dois critérios para seu deferimento.

O primeiro ligado ao interesse, denominado pelo relator de pertinência objetiva, o qual definiu como aquela que relaciona a atividade dos requerentes ao objeto da controvérsia, especialmente vinculado à origem da cláusula em debate. Trata-se, pois, da necessidade de demonstrar que o interesse institucional tem relação com o objeto do processo.

Diante desse critério não admitiu os advogados (individualmente ou por meio de sociedades) que atuavam na defesa de clientes que tinham ações com pedidos vinculados àquele debatido no incidente, nem autores de processos com tese semelhante.

O segundo critério utilizado foi relacionado ao âmbito de atuação do postulante.

Como o debate versava sobre a interpretação de cláusula contida em diversas normas coletivas, todas elas oriundas da negociação ocorrida em âmbito nacional, levou-se à admissão apenas das entidades com esse perfil, admitindo a participação das Federações e Confederações.

Assim, foi admitida a participação da Federação Nacional dos Bancos, direcionada aos interesses dos bancos, enquanto para representar os interesses dos trabalhadores foram admitidas 7 (sete) Federações: Federação dos Trabalhadores em Empresas de Crédito do Centro Norte – FETEC-CUT/CN; Federação dos Trabalhadores em Empresas de Crédito do Estado do Paraná – FETEC; Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro de Minas Gerais – FETRAFI-MG/CUT; Federação dos Trabalhadores e Trabalhadoras em Instituições Financeiras do Rio Grande Do Sul - FETRAFI-RS - CUT; Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo; Federação dos Trabalhadores das Empresas de Crédito de São Paulo – FETEC/CUT – SP e Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro do Nordeste – FETRAFI/NE.

Quanto às Confederações, o relator destacou a existência de litígio entre a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF e a Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC, quanto ao monopólio da representação sindical da categoria, o que justificaria a manutenção das duas entidades, tendo

em vista a ausência de definição da controvérsia.

O relator reconheceu que as peculiaridades regionais ou locais poderiam justificar a manutenção de algumas entidades, mas não foi admitida a superposição de representações (como a de federações e sindicatos). É que nesse caso, a vontade dos sindicatos, teoricamente, seria representada pela Federação, órgão hierarquicamente superior.

Admitiu ainda em decisão posterior a intervenção da Associação Nacional dos Beneficiários dos Planos de Regulamento Básico e Regulamento dos Planos de Benefícios – ANBERR, argumentando que poderia contribuir de forma distinta daqueles até então admitidos no feito.

Vê-se que a análise do relator buscou trazer elementos objetivos e externos ao incidente para legitimar a participação do *amicus curiae*, pretendendo contemplar a maior diversidade de representações.

Não se nega que a decisão fomentou a participação dos entes coletivos. Aliás, como se verá, diversos sindicatos que não foram admitidos como *amicus curiae*, nesse momento, participaram da audiência pública, sendo seus argumentos inclusive manifestados na decisão.

No entanto, ao fincar-se unicamente em elementos externos e não analisar os argumentos trazidos pelos requerentes na petição de ingresso, acabou minimizando consideravelmente a qualidade do debate, apenas gerando quantidade de *amici curiae*.

É que das 7 (sete) Federações de empregados admitidas, 5 (cinco) estavam representadas pelo mesmo advogado José Eymard Loguercio, o qual reproduziu integralmente a mesma manifestação.

Ademais, a Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, embora representada por advogado distinto, também reproduziu o que já havia sido trazido pelas outras Federações.

Por sua vez, a Federação dos Trabalhadores em Empresas de Crédito de São Paulo – FETEC/CUT trouxe os mesmos argumentos que a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF, já que era representada pelo mesmo advogado.

Em suma, das 7 (sete) manifestações das Federações, pode-se resumi-las a apenas duas, sendo que uma era idêntica à da Confederação.

Os argumentos trazidos pelas Federações dos empregados diziam que:

a) o tema já estava pacificado no TST nas suas Turmas e na SDI-I, no sentido de que as normas coletivas contemplavam o sábado como repouso semanal remunerado pelo fato de autorizar os reflexos das horas extras, de modo que apenas a 4ª Turma tinha entendimento diferente;

b) as normas coletivas reconhecem o sábado como descanso semanal remunerado;

c) a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil têm regramento interno que reconhecer o sábado como DSR;

d) deve prevalecer a interpretação mais favorável ao empregado.

Ao se verificar os argumentos trazidos pelas Confederações, viu-se que já contemplavam os que as Federações tinham trazido para os autos, o que significa que apenas a manifestação das confederações já era capaz de trazer argumentos relevantes para ampliar o debate.

Como defendido nesse trabalho, é importante ampliar a participação no incidente para legitimá-lo. Isso, porém, não significa aumentar quantitativamente, mas de forma qualitativa. A atuação repetida desqualifica o debate, apenas gerando tumulto processual.

Desse modo, a sobreposição apresentada pelo relator quanto à característica das entidades sindicais, com maior razão deveria ser aferida acerca da sobreposição dos argumentos trazidos, já que o objetivo da atuação do *amicus curiae* é melhorar a qualidade do debate, estando, pois, ligada ao conteúdo.

Noutras palavras, o *amicus curiae* não é um sujeito que apenas deve estar presente no incidente, mas deve ter a incumbência de efetivamente contribuir para a qualidade do processo e da decisão.

Portanto, entende-se adequada a análise do conteúdo das manifestações, para verificar a efetiva potencialidade de trazer elementos úteis para o incidente.

Cumprido destacar, por fim, o relator, seja na decisão de afetação, seja na decisão que analisou as intervenções dos *amici curiae*, não limitou os poderes destes.

### **3.1.6 Participação dos sobrestados e ausentes**

Como anunciado na seção anterior, o primeiro requisito definido pelo relator na decisão que analisou a intervenção dos *amici curiae* era a necessidade de demonstrar a pertinência objetiva, o qual definiu como aquela que relaciona a atividade dos requerentes ao objeto da controvérsia, especialmente vinculada à origem da cláusula em debate.

Em razão disso, não admitiu os advogados que informavam ser especialistas na matéria. Da mesma forma, não autorizou a participação dos empregados sobrestados, que eram representados por advogados.

Ressaltou que a figura do *amicus curiae* não corresponde nem se assemelha ao auxílio das partes para fazer prevalecer determinada tese, mas esclarecer à Corte.

Como defendido nesse trabalho, os sobrestados não são confundidos com o *amicus curiae*, vez que este tem interesse institucional e aqueles interesse jurídico na formalização de tese que lhe seja favorável, pois sua relação subjetiva será atingida.

Por isso, sua participação não pode ser descartada, como ocorreu nesse caso.

No entanto, para que possa ser admitido, deve demonstrar que é capaz de trazer argumentos úteis e relevantes para o debate.

No caso, cite-se por exemplo a petição do sobrestado Flávio Ferreira Reis que apresenta diversos argumentos matemáticos, inclusive embasados em artigo doutrinário, o que poderia ser útil para o processo.

Ademais, como visto, a repetição de argumentos pelas Federações e a não admissão de plano de todos os empregados sobrestados, sem uma análise de conteúdo, minimizou o debate acerca das teses dos empregados nas manifestações.

É interesse notar que o relator, embora tenha negado a intervenção desses advogados e trabalhadores que eles representavam, autorizou, por outro lado, a participação de 2 (dois) bancos públicos (Banco do Estado do Rio Grande do Sul e Banco Brasília), sob o argumento de que tinham interesses específicos.

No entanto, o Banco do Estado do Rio Grande do Sul não trouxe nenhuma particularidade em sua manifestação, discutindo a interpretação das mesmas normas já existentes no processo. O Banco de Brasília, por sua vez, apresentou cláusula semelhante à discutida no incidente, apenas com a introdução de outra cláusula que autorizava a repercussão das horas extras em outras hipóteses de interrupção do contrato de trabalho, p.ex., licença saúde, sem que isso seja capaz de alterar a natureza desses institutos para descanso semanal remunerado.

### ***3.1.7 Participação do Ministério Público***

Os autos foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho apenas depois de realizada a audiência pública, sob fundamento do relator de que o processo já estaria com todos os elementos definidores da controvérsia.

Acredita-se que o envio do incidente ao Ministério Público logo após a admissão do incidente, como defendido nesse trabalho, teria o condão de viabilizar a adequada escolha dos processos paradigmas, bem como a delimitação exata do tema proposta guiando de forma mais direta o contexto da discussão, especialmente acerca da necessidade ou não de alteração da Súmula 124 do TST.

De qualquer modo, no parecer do Ministério Público do Trabalho defendeu-se que a norma coletiva, ao considerar o sábado como dia de repouso semanal remunerado apenas para fins de reflexos, não traz uma imposição lógica que acarrete a necessária alteração do divisor utilizado para cálculos das horas extraordinárias, como previsto no item I da Súmula 124 do TST. Ademais, não haveria razão para mudança do texto sumular.

### ***3.1.8 Participação na audiência pública***

Como estudado no presente trabalho, a audiência pública é mais um instrumento que, se bem utilizado, pode ampliar o debate, qualificando e legitimando a decisão.

No caso em análise, o relator entendeu ser necessária a realização de audiência pública para obtenção de informações úteis à formação do convencimento dos Ministros da Corte Trabalhista acerca da melhor solução para a questão posta, em razão da relevância do tema e da grande quantidade de interessados em contribuir para a solução da controvérsia.

Diante dos diversos pedidos<sup>40</sup>, o relator definiu o seguinte critério para participação: que o expositor tivesse vinculação a quaisquer entidades ou órgãos cuja atuação pudesse representar contribuição ao julgamento da questão jurídica controvertida, particularmente nos seus contornos fáticos relacionados à elaboração das normas coletivas que amparavam a pretensão deduzida e as consequências por ela produzidas.

Acredita-se que a definição dos critérios deveria ter ocorrido de forma prévia, ou seja, na decisão que convocou a sociedade para se manifestar se tinha interesse de participar do debate. Assim agindo, os atores envolvidos teriam a exata dimensão do que se buscava com a audiência e viabilizaria a participação de sujeitos que efetivamente pudessem contribuir para o debate.

Tanto é assim que o Ministro relator no julgamento faz uma crítica aos presentes na audiência, no sentido de que pouco contribuíram para demonstrar a efetiva vontade das partes no momento da negociação.

Assim, usando tais critérios, indeferiu os requerimentos formulados por advogados ou outras pessoas que não se enquadravam no critério previamente estabelecido, obstando, novamente, a participação dos sobrestados e ausentes relacionados aos empregados.

Por outro lado, foram deferidas outras participações, permitindo-se a juntada de memoriais e documentos no momento da audiência, além da possibilidade de explanar por 15

---

<sup>40</sup> Não consta dos autos judiciais os requerimentos de participação para se verificar os argumentos utilizados.

minutos cada um, para os seguintes participantes:

Tabela 0.2 - Participantes da audiência pública

<b>Nome do expositor</b>	<b>Entidade que representa</b>
Mozart Victor Russomano Neto	Banco Santander S.A.
Gryecos Attom Valente Loureiro	Caixa Econômica Federal
Estêvão Mallet	Federação Nacional dos Bancos – FENABAN
Ricardo Magaldi Messetti	Confederação Nacional das Instituições Financeiras
Magnus Ribas Apostólico	Confederação Nacional do Sistema Financeiro
Ricardo Quintas Carneiro	Confederação Nacional dos Trabalhadores das Empresas de Crédito - CONTEC
Renata Silveira Veiga Cabral	CONTRAF/CUT e FETEC-CUT/SP
Nilo Jamardo da Cunha Beiro	Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro de Minas Gerais
Paulo Roberto Alves da Silva	FETEC CENTRO NORTE / FETRAFI RS / FETRAFI MG
Eduardo Henrique Marques Soares	FENAE / FETEC PARANA / FETRAFI NORDESTE
Paulo Roberto Lemgruber Ebert	Associação Nacional dos Beneficiários REG e Replan
José Affonso Dallegrave Neto	- ANBERR -
José Simpliciano Fontes Fernandes, Marcos D'Ávila Melo Fernandes e Jane Tereza Vieira da Fonseca	Sindicato dos Bancários de Sergipe
Valder Luiz Palombo Alberto	Sindicato dos Bancos dos Estados de SP, PR, MT, MS, AC, AM, PA, AP, RO e RR
Marcio Monteiro da Cunha e Maria da Consolação Vegi da Conceição	Sindicato dos Trabalhadores em Empresas do Ramo Financeiro do Grande ABC - Sindicato dos Bancários ABC
Augusto Sergio Vasconcelos de Oliveira	Sindicato dos Bancários da Bahia
Eduardo Araújo de Souza	Sindicato dos Bancários de Brasília
Alexandre Morais Cantero	Sindicato dos Bancários de Campo Grande-MS
Carlos Alberto Paes Marques de Oliveira	Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
Igor de Oliveira Zwicker	Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região

Fonte: Elaboração própria com base na decisão que deferiu as participações (p. 5469-5471)

Pela análise dos sujeitos autorizados a participar da audiência, realizada no dia 16 de maio de 2016, verifica-se que foi permitida a participação das próprias partes dos processos paradigmas, como é o caso do Banco Santander S.A e da Caixa Econômica Federal. Autorizou-se ainda que Confederações e Federações pudessem expor, embora a maioria já



tivesse sido incluída como *amicus curiae*. Do mesmo modo, a associação ANBERR também já estava inserida no incidente como *amicus curiae* e foi permitida sua participação na audiência pública.

Nesse aspecto, tem-se que a audiência pública serviu como mecanismo para ampliar a possibilidade dos *amici curiae* trazerem novos argumentos para o debate, embora, em certa medida, tenha autorizado a replicação de atos processuais, já que os *amici curiae* apresentaram manifestações escritas, participaram da audiência pública, juntaram memoriais e puderem novamente se manifestar no momento da sustentação oral.

Desse modo, pela análise comparativa das manifestações dos *amici curiae* no incidente, é possível constatar que a entidade que representava os interesses dos empregadores, FENABAN, manteve a mesma linha de defesa, reproduzindo seus argumentos na manifestação escrita, audiência pública e sustentação oral. Já os que representavam os empregados (Confederações, Federações e ANBERR) houve expressiva ampliação nas argumentações, como verifica pela análise comparativa a seguir.

Tabela 0.3 - Comparação dos argumentos trazidos pelos *amici curiae* nas atuações processuais

Entidade	Manifestação escrita	Audiência pública	Sustentação oral
<b>Federação Nacional dos Bancos</b>	<p>a) são distintas as cláusulas dos bancos privados e da CEF, ressaltando que o Banco do Brasil assinou acordos idênticos aos bancos privados;</p> <p>b) a questão inicial a ser analisada é se a previsão de incidência de reflexos das horas extras em sábado transforma-o em descanso semanal remunerado;</p> <p>c) a CCT apenas cria um</p>	<p>a) questão antecedente e fundamental é saber se a previsão em norma coletiva de pagamento de reflexo de horas extras em sábado alterou a natureza jurídica desse dia;</p> <p>b) cláusula 8ª da CCT</p>	

<b>Entidade</b>	<b>Manifestação escrita</b>	<b>Audiência pública</b>	<b>Sustentação oral</b>
<b>Federação Nacional dos Bancos</b>	critério condicionante de pagamento das horas extras, sem transformar a natureza jurídica do sábado bancário, que continua sendo dia útil não trabalhado;	não altera a natureza jurídica do sábado, ao prever, simplesmente que prestadas horas extras durante toda a semana, deverão ser pagos reflexos em sábados;	a) deve haver interpretação sistemática das cláusulas 8ª e 23ª da CCT
	d) quando a CCT dos Bancos Privados quis excepcionar a natureza dos sábados, o fez de forma expressa como é o caso da cláusula 23ª da CCT	c) a cláusula 23 da CCT confirma que o sábado é dia útil; quisesse a Convenção mudar a natureza do sábado, alterar o divisor, teria dito isso com toda clareza	b) quisessem as partes mudar o divisor teriam feito expressamente;
	e) desde 1985 a cláusula em questão é a mesma, de modo que as partes sempre entenderam que ela não alterava o divisor de horas extras;	d) a cláusula da CCT é de 1985 e teve como objetivo dar uma condição mais benéfica ao trabalhador do que a prevista na Súmula 113 do TST;	
	f) é indesejável e impossível dar à norma coletiva sentido diverso do que ela sempre teve, do que sempre lhe atribuíram as partes, do sentido pelo qual as partes pautaram sua conduta;	e) sempre foi o entendimento das partes convenientes que o sábado não era descanso semanal remunerado e não havia modificação do divisor;	c) comportamento das partes sempre foi de mencionar os divisores 180 e 220, inclusive nas ações ajuizadas pelos sindicatos
	g) a interpretação da cláusula no sentido de que transformou o sábado em DSR, leva-se à	f) divisor mudaria conforme a frequência da prestação das horas extras	d) qual a lógica de uma categoria ter dois DSRs? e) diferença entre falso

<b>Entidade</b>	<b>Manifestação escrita</b>	<b>Audiência pública</b>	<b>Sustentação oral</b>
<b>Federação Nacional dos Bancos</b>	<p>resultado absurdo, porque o sábado seria ou não DSR conforme a frequência de prestação de horas extras; ele poderá ser em uma semana e na outra não;</p> <p>h) se o sábado bancário tornou-se descanso remunerado, a falta imotivada do empregado em um dia da semana forçosamente levaria ao desconto nesse dia e do domingo, o que nunca se cogitou;</p> <p>i) se entendido que o sábado é DSR que sejam modulados os efeitos para aplicar os divisores 150 e 200 apenas depois de 2012, em razão da Súmula 124 do TST.</p>	<p>g) alterar a natureza jurídica do sábado é muito mais do que apenas prever repercussão de horas extras habituais: viabiliza o desconto em caso de falta injustificada, o que nunca se cogitou;</p>	<p>mensalista e verdadeiro mensalista: para este a quantidade de dias trabalhados não altera o valor do salário hora</p> <p>f) transformar o sábado em DSR viabilizará que seja descontado em caso de falta, o que nunca se cogitou;</p> <p>g) necessidade imperiosa de modular os efeitos da decisão no caso de aplicação do divisor 150 e 200.</p>
<b>1) Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF</b>	<p>a) há muito tempo se discute se o sábado é descanso semanal remunerado: o TST criou a Súmula nº 113 declinando que era dia útil não trabalhado, para fins de repercussão de horas extras habituais;</p>	<p>a) a Súmula n.º 113 nasce antes da cláusula 8ª da convenção coletiva como também nasce à época da Constituição anterior. Ela tem a única finalidade de afastar essa repercussão do pagamento de horas extras habituais na remuneração, perdendo sentido quando a cláusula da CCT traz outra condição ao descanso</p>	<p>a) a cláusula da CCT foi formulada antes da CF/88 e mantida posteriormente mas adequada ao novo comando constitucional</p>
<b>2) Federação dos Trabalhadores das Empresas de Crédito de São Paulo – FETEC/CUT – SP</b>			

<b>Entidade</b>	<b>Manifestação escrita</b>	<b>Audiência pública</b>	<b>Sustentação oral</b>
<b>1) Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro CONTRAF</b>	b) a Súmula 124 do TST – que trata do divisor de horas extras do bancário, foi criada em 1981 e modificada em 2012. A alteração substancial foi no sentido de que havendo ajuste expresso ou coletivo no sentido de conceder aos sábados a natureza de DSRs o divisor seria 150 e 180;	semanal remunerado. b) a Súmula nº 124 do TST apesar de ter nascido à época da Súmula nº 113, foi atualizada em 2012 diante da atualidade da questão de análise posterior à CF/88 e de análise expressa na CCT	
<b>2) Federação dos Trabalhadores das Empresas de Crédito de São Paulo FETEC/CUT – SP</b>	c) a cláusula 8ª da CCT, renovada a décadas, prevê o sábado como DSR, atraindo o divisor 150 e 200;	c) o que se busca no recurso de revista repetitivo não é a interpretação da cláusula 8ª da CCT, que já é pacificada na jurisprudência do TST, mas se a previsão da norma coletiva de repercussão das horas extras no sábado altera o divisor de horas extras	
	d) a nova redação Súmula 124 do TST teve inúmeros precedentes que indicam que a cláusula que prevê a repercussão das horas extras no sábado transforma-o em DSR. A SDI também decide nesse sentido;	d) o TST já pacificou a temática, sendo apenas a 4ª Turma dissonante, a qual é vencida e deve acatar a vontade da maioria	b) As cláusulas 8 e 23 se compatibilizam, como já pacificado no TST, apenas uma turma, em sua maioria, entende de forma diferente
	e) a jurisprudência se consolidou no sentido de		

Entidade	Manifestação escrita	Audiência pública	Sustentação oral
1) <b>Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro CONTRAF</b>	prestigiar as condições mais favoráveis aos empregados previstas e negociadas nas normas coletivas		
2) <b>Federação dos Trabalhadores das Empresas de Crédito de São Paulo FETEC/CUT – SP</b>	f) partindo do pressuposto que o sábado é DSR, o cálculo aritmético leva ao divisor 150 (6h/d x 5 d/semana = 30h por semana x 5 semanas) e 200 (8h/d x 5 d/semana = 40h por semana x 5 semanas)		
		e) considerar o sábado como DSR poderá, de fato, gerar desconto no salário do empregado não assíduo, porque decorre da própria lei	
		f) o fato de alguns sindicatos indicarem equivocadamente adicionais errados não altera a discussão;	
		g) não há necessidade de constar expressamente da CCT que o sábado é considerado DSR;	
	h) as normas coletivas são feitas e elaboradas por dirigentes, classes e trabalhadoras	c) a cláusula de CCT não é elaborada como a lei, não tendo todas as especificidades e nuances, porque não	

<b>Entidade</b>	<b>Manifestação escrita</b>	<b>Audiência pública</b>	<b>Sustentação oral</b>
<b>1) Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF</b>		<p>empregadores que as discutem. Os aplicadores do direito tentam ajustá-las com o objetivo de que essas questões não sejam, em absoluto, judicializadas, e sejam cumprida pelas partes, o que não tem ocorrido com os bancos;</p>	<p>sendo seria impossível firmá-la</p>
<b>2) Federação dos Trabalhadores das Empresas de Crédito de São Paulo – FETEC/CUT – SP</b>		<p>i) a grande novidade e importância da decisão do incidente é vincular os TRTs.</p>	<p>d) Importância da decisão do incidente é a vinculação dos TRTs</p> <p>e) O recurso de revista repetitivo não discute a modificação da Súmula 124 do TST, porque não foi esse o tema afetado e, se assim o fosse, a competência seria do Tribunal Pleno</p> <p>f) Deve ser mantido o entendimento atual do TST para dar segurança jurídica</p>
<b>Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC</b>	<p>a) a alteração da Súmula 124 do TST tem 21 precedentes, o que demonstra que o tema já foi amplamente debatido e é pacífico no Tribunal, no sentido de que a norma coletiva que atribuiu natureza jurídica</p>		<p>a) a Súmula nº 124 do TST nasceu de diversos precedentes que reconheciam o tema nela adotado;</p>

Entidade	Manifestação escrita	Audiência pública	Sustentação oral
<b>Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC</b>	de DSR ao sábado, consequentemente, provoca a aplicação do divisor 150.		
	b) a resistência que deu origem ao incidente é da 4ª Turma do TST, não havendo divergência a viabilizar a instauração do incidente.	a) a questão de direito que sustenta o procedimento de uniformização é inconsistente, por já haver resposta no entendimento sumulado do tribunal (Súmula nº 124, I, do TST) e nos julgados do TST	b) a SDI já pacificou o tema
	c) a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil tem normativa interna que descrevem expressamente que o sábado é descanso semanal remunerado		c) a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil evoluíram e reconheceram expressamente o sábado como DSR.
		b) O inciso XIII do art. 7.º da Carta, passou a impor à jornada de trabalho limites diário e semanal, e não apenas diário, como estabelecido pelo art. 58 da CLT. Assim, a Súmula 431 do TST adotou a matriz semanal para a definição do divisor que calcula o salário-hora	d) em 2012 do TST alterou as Sumulas 124 e 431, tendo a mesma gênese (carga semanal)
		c) tendo o bancário jornada de 6 horas e 30 horas semanais a previsão	

<b>Entidade</b>	<b>Manifestação escrita</b>	<b>Audiência pública</b>	<b>Sustentação oral</b>
<b>Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC</b>		da letra “a” da Súmula 124 do TST é desnecessária;	
		d) a Súmula nº 113 do TST não resistiu ao processo histórico, evolutivo e social, perdendo a razão de existir;	
		e) há conflitos entre os dois principais sistemas de uniformização jurisprudencial utilizados pelo TST, quais sejam, o da Lei nº 13.015/14 (art. 896-C da CLT) e o segundo, tradicional, regimental e sumular. O paradoxo apontado é o de que uma decisão da composição plena da SDI-I do TST, adotado conforme procedimento de uniformização, possa interferir no conteúdo das súmulas do TST, adotadas pelo Tribunal Pleno.	
<b>1) Federação dos Trabalhadores em Empresas de Crédito do Centro Norte – FETEC-CUT/CN;</b>	a) a lei, ao prever que o trabalho semanal do bancário será cumprido de segunda a sexta, estabeleceu o sábado e o		
<b>2) Federação dos Trabalhadores em Empresas de Crédito do Estado do Paraná –</b>	domingo como dias de repouso semanal remunerado, o que repercute no divisor		



<b>Entidade</b>	<b>Manifestação escrita</b>	<b>Audiência pública</b>	<b>Sustentação oral</b>
<b>FETEC;</b>			
<b>3) Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro de Minas Gerais – FETRAFI-MG/CUT;</b>	b) as normas coletivas reconhecem o sábado como repouso semanal remunerado ao assegurar a repercussão das horas extras, o que reflete no divisor;	a) as normas coletivas reconhecem o sábado como repouso semanal remunerado ao assegurar a repercussão das horas extras reflete no divisor;	
<b>4) Federação dos Trabalhadores e Trabalhadoras em Instituições Financeiras do Rio Grande Do Sul - FETRAFI-RS - CUT;</b>	c) as Turmas do TST, com exceção da 4ª Turma, e a SDI-I já pacificaram o tema reconhecendo que a norma coletiva contempla o sábado como DSR;	b) cita precedentes do TST que pacificaram o tema; o assunto está sumulado (há quatro anos, tempo menor do que a própria duração de um processo)	a) a 4ª turma do TST é a única que decide de forma divergente, o que não legitima o incidente; a questão já foi discutida exhaustivamente pelo TST na alteração da Sumula 124 do TST
<b>5) Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;</b>			
<b>6) Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro do Nordeste – FETRAFI/NE.</b>	d) deve-se observar a condição mais favorável ao trabalhador;		
	e) a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil têm normas internas que expressamente reconhecem o sábado como DSR.	c) a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil possuem normas internas que expressamente fixam o sábado como DSR	b) a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil têm normas internas reconhecendo o natureza de DSR do sábado, o que já foi acolhido pelo TST
	f) o entendimento consagrado na Súmula nº 113 do TST não tem aplicação nas hipóteses em que a norma coletiva fixa o sábado como dia de repouso remunerado	d) defendeu o cancelamento da Súmula nº 113 do TST e a manutenção da Súmula nº 124, com os respectivos divisores 150 e 200	
		e) o divisor deve ser calculado pelo módulo	c) a CF/88 provocou influência nos arts. 58 e

<b>Entidade</b>	<b>Manifestação escrita</b>	<b>Audiência pública</b>	<b>Sustentação oral</b>
1) <b>Federação dos Trabalhadores em Empresas de Crédito do Centro Norte – FETEC-CUT/CN;</b>		semanal. Por uma regra de três, chega-se à solução que 44 está para 220, assim como 30 está para 150 e 40 está para 200.	64 da CLT. A duração normal foi alterada pela CF/88 que deixou de ser apenas diária para adotar também o semanal, sendo simples a definição do divisor (30 horas por semana x 5 semanas)
2) <b>Federação dos Trabalhadores em Empresas de Crédito do Estado do Paraná – FETEC;</b>			Não é o acordo coletivo que definiu o divisor. O padrão matemática é o mesmo da Súmula 431 do TST
3) <b>Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro de Minas Gerais – FETRAFI-MG/CUT;</b>			c) Porque o bancário tem que ter divisor diferente do empregado da Sumula 431 do TST? Essa súmula nasce na mesma sessão que alterou a Sumula 124 do TST; deve ser aplicada a mesma lógica da Súmula nº 431 do TST para não criar desigualdade
4) <b>Federação dos Trabalhadores e Trabalhadoras em Instituições Financeiras do Rio Grande Do Sul - FETRAFI-RS - CUT;</b>			
5) <b>Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;</b>			
6) <b>Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro do Nordeste – FETRAFI/NE.</b>			
<b>Associação Nacional dos Beneficiários dos Planos de Regulamento Básico e Regulamento dos Planos de Benefícios – ANBERR</b>	a) o acordo coletivo prevê expressamente o sábado como repouso semanal remunerado;  b) o descumprimento reiterado do acordo coletivo pela Caixa		a) as partes expressamente acordaram que o sábado é repouso semanal remunerado;

Entidade	Manifestação escrita	Audiência pública	Sustentação oral
<b>Associação Nacional dos Beneficiários dos Planos de Regulamento Básico e Regulamento dos Planos de Benefícios – ANBERR</b>	Econômica Federal viola dos arts. 7º, XXVI, da Constituição Federal e 4º da Convenção nº 98 da OIT, bem como a boa-fé objetiva;	<p>a) o art. 224 da CLT é claro ao descrever que o bancário trabalha 30 horas semanais devendo incidir o divisor 150;</p> <p>b) O art. 224 da CLT configura o sábado como descanso semanal remunerado;</p> <p>c) o art. 224 da CLT está dentro do título de proteção, tendo como objetivo beneficiar o bancário e não prejudicá-lo;</p> <p>d) interpretar de forma contrária será discriminar o bancário em detrimento de outras categorias;</p> <p>e) seria demais exigir que a CCT, expressamente, declarasse que o sábado é descanso semanal remunerado;</p> <p>f) repouso semanal remunerado é um conceito umbilicalmente ligado à remuneração e à</p>	

Entidade	Manifestação escrita	Audiência pública	Sustentação oral
Associação Nacional dos Beneficiários dos Planos de Regulamento Básico e Regulamento dos Planos de Benefícios – ANBERR		jornada de trabalho, não sendo possível que o repouso semanal remunerado seja válido apenas para o fim de cálculos das horas extras, mas não para o divisor;	
		g) até 2013 a Caixa Econômica Federal tinha normativa interna reconhecendo o sábado como descanso semanal remunerado, não podendo ser alterada por integrar o contrato de trabalho.	b) a Caixa Econômica Federal tem norma interna reconhecendo o sábado como DSR;
			c) Não parece pertinente a invocação da discussão do divisor, porque já pacificado.

Fonte: Elaboração própria com base nos dados extraídos do incidente

Quanto às Confederações que não estavam incluídas como *amici curiae*, foram autorizadas duas Confederações representativas dos empregadores, as quais tiveram uma nova oportunidade de serem ouvidas no processo, já que não manifestaram na época em que foi concedida a oportunidade de inclusão dos *amici curiae*.

Verifica-se ainda que os sindicatos, embora tenham sido impossibilitados de atuar como *amici curiae*, foram admitidos na audiência pública, como forma de atenuar sua ausência no incidente.

A análise dos debates travados na audiência por esses novos participantes demonstra que trouxeram elementos úteis para a formação da tese. Como se confere na próxima tabela, foram apresentados alguns argumentos novos por ambos os polos (representantes dos empregados e dos empregadores).

Tabela 0.4 - Novos argumentos apresentados na audiência pública pelos novos participantes

Entidades	Argumentos favoráveis aos empregados (divisor 150 e 200)	Argumentos favoráveis ao setor bancário
Confederação Nacional do sistema Financeiro		a comparação das pautas de reivindicações de 2012 e 2015 indicam que em 2015 foi incluído um § 3.º que reivindicava alteração do divisor para cálculo de horas extras. No entanto, anuncia que essa condição jamais foi negociada ou acordada, mantendo-se sempre os termos e o espírito da negociação de 1985
Sindicato dos Bancos do Estado de SP, PR, MT, MS, AC, AM, PA, AP, RO e RR		<p>a) apresentou sua visão contábil das horas envolvidas, uma vez que é especialista em perícia contábil e defendeu que não há alteração do cálculo do divisor a consideração ou não do sábado como dia de descanso semanal remunerado, já que a base da remuneração é 1/30;</p> <p>b) sábado é considerado dia útil não trabalhado por determinação legal, uma vez que a Lei n.º 4.178/62 proibiu expressamente o funcionamento dos estabelecimentos bancários nesse dia.</p>
Confederação Nacional das Instituições Financeiras		<p>a) na mesa de negociação existem pessoas altamente capazes, qualificadas e com assessorias jurídicas de renomados escritórios, o que significa que as partes têm igualdade de armas (são equivalentes) no momento da realização das convenções, de modo que suas cláusulas não podem ser interpretadas de forma ampliativa;</p> <p>b) tutelar de forma hipossuficiente os trabalhadores no Direito Coletivo do Trabalho vai de encontro com tudo o que nos é ensinado dentro de Direito Coletivo de Trabalho;</p>

Entidades	Argumentos favoráveis aos empregados (divisor 150 e 200)	Argumentos favoráveis ao setor bancário
Sindicato dos Bancários de Sergipe	<p>a) a Súmula 124 do TST adota proporcionalidade equivocada, já que o divisor 220 está para quarenta horas, assim como o divisor 165 está para trinta horas;</p> <p>b) os divisores 150 e 200 independem das cláusulas coletivas, devendo ser adotado um critério único para qualquer empregado que esta na Súmula 431 do TST;</p> <p>c) o divisor depende da carga horária semanal, independentemente de o trabalhador gozar um, dois ou três dias de repouso, de modo que a fixação do divisor não deveria levar em consideração a categoria (se bancário ou não), tendo em vista que não há correlação do repouso semanal remunerado para o cálculo da hora extra.</p>	<p>c) trouxe um gráfico elaborado pela CNF, de que em 2010 e 2011 havia demanda de horas extras e que antes da reforma da Súmula, quase 75% das demandas foram acordadas na primeira audiência, em primeira instância. Após 2012 (2013 e 2014), teria havido um aumento de quase 100% das demandas, com diminuição do número de acordos, o que demonstraria a maior insegurança jurídica do tema.</p>
Sindicato dos Trabalhadores Empresas do	<p>a) o empregado que trabalha 6 horas durante 5 dias da semana tem salário hora maior do que o que</p>	

Entidades	Argumentos favoráveis aos empregados (divisor 150 e 200)	Argumentos favoráveis ao setor bancário
Financeiro do Grande ABC	<p>trabalho 6 hora durante 6 dias da semana;</p> <p>b) o artigo 64 da CLT não se aplica aos bancários, em razão das peculiaridades que envolvem essa categoria, especialmente, o fato de possuírem, como regra, duração de 30 horas para o trabalho semanal, distribuídas de segunda a sexta-feira;</p> <p>c) para se chegar ao divisor 150, deve-se usar uma lógica matemática e por uma questão de isonomia para com os demais trabalhadores, o divisor é alcançado com base na carga horária semanal. Quando a jornada é de quarenta e quatro horas semanais, divide-se por seis dias e multiplica-se por trinta e do mesmo modo quando se trata de uma jornada de trinta e seis horas. Assim, uma semana de trinta horas semanais, dividida por seis dias, resulta em cinco horas diárias, que, multiplicadas por trinta, chega-se em 150 horas.</p>	
Sindicato dos Bancários de Brasília	<p>a) trouxe o histórico da legislação e movimentação social que possibilitou que os bancários não trabalhassem aos sábados;</p> <p>b) apesar de constante na minuta de negociação, a inclusão do divisor em normas coletivas não foi uma prioridade, porque o tema já estava</p>	

Entidades	Argumentos favoráveis aos empregados (divisor 150 e 200)	Argumentos favoráveis ao setor bancário
Federação Nacional das Associações de Pessoal da CEF- FENAE	<p>pacificado no Tribunal.</p> <p>a única finalidade da Súmula nº 113 do TST, ao estabelecer que o sábado não é dia de repouso, foi evitar a repercussão do pagamento das horas extras habituais e sua remuneração, de modo que as normas coletivas, ao determinarem expressamente tal repercussão, afastaram a própria Súmula e equipararam o sábado ao domingo, para todos os efeitos.</p>	

Fonte: Elaboração própria com base no incidente

Dois servidores com especialidade em cálculos trabalhistas foram admitidos na audiência pública, não podendo se extrair dos autos qual o critério utilizado para essa escolha, tendo apenas a informação na ata da audiência pública que foram designados pelos presidentes dos Tribunais Regionais em que são lotados. Acredita-se que o servidor Igor de Oliveira Zwicker foi admitido porque, em razão de seu estudo sobre divisores apresentado na II Semana do TST, acabou provocando a alteração da Súmula 124 do TST (ZWICKER, 2015, p. 208), base de toda a discussão no incidente.

Nesse contexto, o servidor Carlos Alberto Paes Marques de Oliveira do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, argumentou que o bancário é empregado mensalista, ou seja, é remunerado por 30 dias por mês (inclusive os sábados, independentemente de sua natureza), defendendo que a mudança da natureza jurídica do sábado altera no cálculo do repouso remunerado, mas não o divisor. Quanto ao cálculo do salário de um dia do empregado, pode ser encontrado de duas formas: dividir salário por 30 dias ou dividir o salário por 180 (30 dias x 6 horas) e multiplicar por 6 (jornada). A ligação direta entre divisor de salário e jornada está restrita à jornada diária, não estando ligada à jornada semanal. O fato de considerar o sábado como dia de repouso, necessariamente, não deve acrescer uma vantagem de hora de trabalho ao trabalhador. E conclui: a diferença da natureza jurídica do sábado alteraria apenas o reflexo das horas extras trabalhadas durante a semana (em dobro, pois terá dois dias de descanso semanal remunerado) e não o divisor.



O servidor Igor de Oliveira Zwicker do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, por sua vez, defende que o divisor é encontrado pela jornada de trabalho, ou seja, diária. Não é correta a definição do divisor pela carga semanal, assim como a utilização das 5 semanas fictícias, como faz o TST na Súmula 434. O divisor não é direito, mas mero cálculo aritmético.

Do contexto geral da audiência pública, é possível constatar que foi o principal elemento de participação do incidente, criando um rico momento para debate das teses contrapostas, tornando o procedimento dialético e democrático.

Conquanto não se tenha viabilizado a participação das partes recorridas (reclamantes), sobrestados e ausentes na audiência, no presente caso, tem-se que reconhecer que os sujeitos envolvidos na audiência pública atenuaram o deficit de contraditório sendo capazes de contextualizar de forma ampla a necessária discussão para ambos dos polos e direcionar os julgadores na formalização da tese jurídica.

### ***3.1.9 Fundamentação e tese jurídica***

A fundamentação da decisão do recurso de revista repetitivo passou pelos seguintes temas: a) possibilidade da SDI-I julgar incidente que pode atingir tema sumulado pelo TST; b) possibilidade de ser ampliado o número de descansos semanais remunerados por norma coletiva; c) interpretação das cláusulas dos instrumentos coletivos em discussão; d) definição do salário hora e do divisor e e) modulação dos efeitos.

Considerando que a criação, modificação e revogação das Súmulas do TST são de competência do Tribunal Pleno, as Federações e Confederações dos trabalhadores arguíram que a SDI-I não teria competência caso fosse alterada a Súmula. A decisão reconheceu que o julgamento poderia modificar entendimento consolidado pelo TST, mas fundamenta que a referida Súmula foi criada no contexto em que eram apenas persuasivas, o que provocava o descumprimento pelos Tribunais, de modo que o julgamento do incidente viabilizaria a criação de norma jurídica de observância obrigatória nos planos horizontal (internamente ao tribunal) e vertical (instâncias inferiores), preservando assim os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da proteção da confiança. Desse modo, reconheceu a competência da SDI-I, órgão fracionário do Tribunal, para julgar o caso.

Destaca-se que, posteriormente ao julgamento, houve alteração do Regimento Interno do TST, descrevendo expressamente no art. 281, § 3º, I que, quando se tratar de incidente que tenha matéria disciplinada em súmula ou orientação jurisprudencial, a competência será

necessariamente do Tribunal Pleno.

O segundo ponto da decisão foi analisar a possibilidade de ampliar o descanso semanal remunerado por meio de norma coletiva.

Admitiu, inicialmente, a semelhança entre as cláusulas firmadas pelos bancos privados (inclusive o Banco do Brasil) e a Caixa Econômica Federal, bem como a divergência das teses contrapostas levantadas: para os representantes dos empregados a cláusula reconhecia o sábado como descanso semanal remunerado, enquanto para os bancos não havia esse reconhecimento, sendo um dia útil não trabalhado.

Nesse aspecto, criticou a atuação dos envolvidos na audiência pública por não terem contribuído para levar ao Tribunal a verdadeira vontade das partes no processo de negociação, o que afastou as alegações trazidas pela FENABAN e pela ANBERR de violação ao princípio da boa-fé objetiva, vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) ou a necessidade de se evitar interpretação de negócio jurídico que leve a resultados absurdos.

Acredita-se que a crítica tem fundamento quanto aos fatos ocorridos na audiência, mas, como já dito na seção anterior, a definição prévia dos critérios utilizados para seleção dos participantes da audiência pública talvez tivesse contribuído para esclarecer tal fato, determinando inclusive que os participantes apresentassem documentos relacionados às pautas de reivindicações, atas de reuniões, minutas da Convenção ou Acordo coletivo etc.

Aliás, partindo-se do pressuposto que o incidente não tem um procedimento estancado e que ele tem como objetivo formar a convicção dos membros da Corte para formalização da tese jurídica, é salutar que se autorize o saneamento do processo, permitindo-se que o relator determine a apresentação de novos documentos que são relevantes para a elucidação da questão. No incidente, os poderes instrutórios devem ser exaltados, não se valendo da inércia do Poder Judiciário quando se tratar algum elemento essencial a ser esclarecido. O que limita o Judiciário no incidente é o tema em debate, devendo buscar todos os elementos necessários para melhor fixar a tese que terá efeitos obrigatórios.

Quanto ao mérito propriamente dito, fixou a tese de que o número de dias do repouso semanal remunerado pode ser ampliado por norma coletiva, acolhendo a entendimento dos representantes dos trabalhadores.

No que se refere ao sentido da cláusula coletiva, o relator entendia que ela reconhecia o sábado como descanso semanal remunerado, adotando a tese dos empregados. No entanto, o voto vencedor, acolheu a tese dos bancos entendendo que as normas coletivas não mudaram a natureza do sábado, mas tão somente previa a remuneração das horas extras na remuneração do sábado. Argumenta que o objetivo da cláusula era beneficiar os empregados, afastando a

aplicação da Súmula nº 113 do TST. Por ser benéfica deveria ser interpretada de modo restritivo. Ademais, discordou do relator quanto ao princípio da boa-fé, sob o fundamento de que a ausência de questionamento da cláusula por mais de 20 anos pelas entidades sindicais, demonstra que a vontade no momento da formalização da cláusula foi de não incluir o sábado como descanso semanal remunerado.

Vê-se pelos julgados apresentados no incidente que essa discussão já estava pacificada no TST, o que significa que o incidente e a participação especialmente dos representantes dos bancos foi capaz de alterar o entendimento uniforme, passando a adotar posição diametralmente oposta.

Esse era o grande tema debatido no incidente como delineado nos processos paradigmas e na decisão de afetação. Aliás, verifica-se pela decisão de afetação<sup>41</sup> que a análise da alteração do divisor partia do pressuposto de que a norma coletiva transformava o sábado em descanso semanal remunerado. Desse modo, decidindo-se que a norma coletiva não fazia tal modificação, acredita-se que o tema já estava resolvido, simplesmente afastando a aplicação do item I da Súmula 124 do TST e incidindo o item II.

Contudo, o TST prosseguiu no julgamento adentrando na discussão do divisor para encontrar o salário hora do bancário, o que provocou a alteração da referida Súmula.

Nesse aspecto, partiu do raciocínio de que o critério a ser adotado deve ser o mesmo das demais categorias profissionais, em sendo os empregados mensalistas, com o objetivo de não criar desigualdades, argumento que, diga-se de passagem, foi levantando por ambos os polos da discussão.

A decisão faz evolução do entendimento do TST de como encontrar o salário hora, passando pelas Súmulas 113, 124 e 431 do TST, ressaltando que até esta última Súmula o módulo adotado era diário, enquanto a Súmula 431 introduziu o módulo semanal. Na redação da Súmula 124, anterior à modificação de 2012, entendia-se que para aos bancários aplicava a módulo diário descrito no art. 64 da CLT. Com a alteração, diferenciou-se a situação de existir norma coletiva prevendo o sábado como repouso semanal remunerado. Existindo a cláusula normativa, aplicava-se o módulo semanal e, caso não existisse, incidiria o módulo diário.

Aponta, porém, contradição na Súmula nº 124 entre suas premissas e o resultado da operação que define o divisor, vez que este decorre do salário mensal, independentemente de o

---

<sup>41</sup> A definição do sábado como dia de repouso semanal remunerado, por norma coletiva da categoria dos bancários, mesmo que apenas para fins de reflexos das horas extras habituais, acarreta alteração no divisor utilizado para cálculo das horas extraordinárias, nos termos da Súmula nº 124 deste Tribunal?

sábado ser dia útil não trabalhado ou repouso semanal remunerado. Desse modo, conclui que os bancários com jornada de 6 horas terão o divisor 180, enquanto que para aqueles que trabalham 8 horas, o divisor será 220, acompanhando a tese dos bancos e apresentada pelos servidores especialistas.

A decisão abre um tópico específico, digno de nota, para refutar todos os demais argumentos levantados pelos *amici curiae* e participantes da audiência pública, fixando-se a seguinte tese:

TEMA REPETITIVO Nº 0002: BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR. FORMA DE CÁLCULO. EMPREGADO MENSALISTA. TESES FIRMADAS:

I - o número de dias de repouso semanal remunerado pode ser ampliado por convenção ou acordo coletivo de trabalho, como decorrência do exercício da autonomia sindical;

II - o divisor corresponde ao número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não;

III - o divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, inclusive para os submetidos à jornada de oito horas, é definido com base na regra geral prevista no artigo 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, respectivamente;

IV - a inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado não altera o divisor, em virtude de não haver redução do número de horas semanais, trabalhadas e de repouso;

V - o número de semanas do mês é 4,2857, resultante da divisão de 30 (dias do mês) por 7 (dias da semana), não sendo válida, para efeito de definição do divisor, a multiplicação da duração semanal por 5;

VI - em caso de redução da duração semanal do trabalho, o divisor é obtido na forma prevista na Súmula n. 431 (multiplicação por 30 do resultado da divisão do número de horas trabalhadas por semana pelos dias úteis);

VII - as normas coletivas dos bancários não atribuíram aos sábados a natureza jurídica de repouso semanal remunerado. (BRASIL, 2017b, p. 6214)

Modulou ainda os efeitos da decisão que foi aplicada:

a) a todos os processos em curso na Justiça do Trabalho, à exceção apenas daqueles nos quais tenha sido proferida decisão de mérito sobre o tema, emanada de Turma do TST ou da SBDI-1, no período de 27/09/2012 (DEJT em que se publicou a nova redação da Súmula 124, I, do TST) até 21/11/2016 (data de julgamento do presente IRR);

b) às sentenças condenatórias de pagamento de hora extra de bancário, transitadas em julgado, ainda em fase de liquidação, desde que silentes quanto ao divisor para o cálculo.

Definidos esses parâmetros, para o mesmo efeito e com amparo na orientação traçada pela Súmula n. 83 deste Tribunal, as novas teses também não servirão de fundamento para a procedência de pedidos formulados em ações rescisórias. (BRASIL, 2017b, p. 6219)

### **3.1.10 Considerações sobre o estudo de caso**

O viés qualitativo utilizado na análise do estudo de caso permitiu extrair considerações acerca dos questionamentos e eixos fixados para o estudo, as quais foram destacadas e justificadas no decorrer da análise.

De qualquer maneira, como o foco desse estudo de caso é na participação dos envolvidos, com a finalidade de minimizar o deficit de contraditório e preservar o devido processo legal, faz-se necessária mais algumas considerações finais nessa seção.

Na eleição dos processos paradigmas não se observou a pluralidade e a representatividade, escolhendo-se processo com um reclamante e uma reclamada, não privilegiando a eleição de ação coletiva, embora existisse.

Dos processos selecionados, verificou-se que se tratam de litigantes eventuais (que é a regra no polo dos empregados) em confronto com litigantes habituais. No entanto, os advogados representantes dos processos paradigmas já tinham atenuado a desigualdade entre os polos por serem habituais nesse tipo de ação e cliente, o que foi reforçado no incidente, tendo ampla participação dos representantes dos empregados, não havendo, nesse aspecto, diferenças entre as partes.

A decisão de afetação, que é de extrema importância para garantir o efetivo direito de participação, merece algumas ponderações.

Ela limita o Judiciário e as partes, já que concentram seus argumentos naquilo que foi definido na decisão.

No caso em questão, acredita-se que, nesse aspecto, há um vício grave. É que a decisão de afetação não questiona a própria validade da Súmula 124 do TST, embora no julgamento se busque afirmar que a questão estava implícita na decisão de afetação.

Essa ampliação além de viabilizar a alteração da súmula do TST, o que provocou discussões acerca da competência da SDI-I, contraria o devido processo legal, ao gerar surpresa para os envolvidos no incidente.

Não se nega que, especialmente a partir da audiência pública, houve discussão sobre qual divisor deveria ser aplicado aos bancários, mas, repita-se, não foi esse o tema proposto, o que não legitima o procedimento quanto a esse aspecto.

É que, como analisado nesse trabalho, a decisão de afetação delimita definitivamente o objeto do incidente, tornando-o estável e obstando, conseqüentemente, a apreciação pelo tribunal de argumentos sobre questões diversas (TEMER, 2016, p. 129), de modo que deverá ter correlação entre a decisão de afetação e a decisão que fixa a tese, a fim de preservar o princípio do contraditório, afastando decisões surpresa. Tem, pois, ligação direta com o direito de participação e o devido processo legal.

Quanto à participação das partes dos processos paradigmas, elas se deram na audiência pública e na sustentação oral e, como visto, dando privilégio aos representantes dos bancos. De qualquer modo, não produziu reflexos substanciais para o julgamento do incidente, vez

que o Tribunal não se valeu dos argumentos deduzidos nesses processos, bem como nas manifestações de seus representantes, cabendo destacar que a maioria dos argumentos trazidos no incidente já constava dos processos paradigmas.

No que se refere aos *amici curiae*, foi admitido um representante nacional dos bancos e diversos representantes dos trabalhadores, mas como não houve análise do conteúdo das manifestações e tão somente de elementos externos, a quantidade de representantes não se transformou em qualidade.

Já os sobrestados e ausentes foram literalmente excluídos do incidente, sendo analisada sua participação por meio dos requisitos do *amici curiae*, o que obstou sua inserção no procedimento. No entanto, dois bancos públicos foram autorizados, mas pouco contribuíram para o debate.

O Ministério Público do Trabalho participou do incidente apenas expedindo parecer após a audiência pública, opinando pela não alteração da Súmula e que a norma coletiva, tal como escrita, não reconhecia o sábado como descanso semanal remunerado. Nesse aspecto, a decisão acolheu o parecer do órgão ministerial, mas contrariou no que tange à modificação da Súmula.

A audiência pública foi o principal momento de participação no incidente, trazendo diversos elementos para a construção da tese, demonstrando que a ampla participação é capaz de atenuar o deficit de contraditório estudado nesse trabalho e tornar a decisão mais legítima.

De qualquer maneira, a decisão acolheu as teses apresentadas pela empresa quanto à interpretação da norma coletiva, entendendo que a cláusula coletiva não incluía o sábado como descanso semanal remunerado. Pode-se afirmar que a participação dos bancos, litigantes habituais, foi representativa, tanto que foi capaz de modificar entendimento já consolidado no Tribunal.

Além disso, quanto ao divisor, acolheu a tese apresentadas pelos experts, ou seja, os servidores especializados que se manifestaram na audiência pública, embora de certo modo os bancos também tenham sustentado tal tese.

### **3.2. O caso do adicional de insalubridade para o operador de telemarketing: descrição da questão discutida**

A questão discutida no tema 5 da tabela de incidentes de recursos de revista repetitivos diz respeito ao direito de se conceder adicional de insalubridade para o operador de telemarketing, pelo simples exercício dessa atividade.

A discussão decorre de assunto que o TST já havia se manifestado de forma genérica, consistente em saber se para a concessão do adicional de insalubridade há necessidade de a atividade estar expressamente descrita na relação oficial da NR 15 do MTE.

Nesse contexto, a Corte Trabalhista pacificou o tema, inicialmente, na OJ 4, I, da SDI-I, convertida posterior na Súmula 448, I, do TST que assim estabelece:

Súmula nº 448 do TST. Atividade insalubre. Caracterização. Previsão na Norma Regulamentadora nº 15 da Portaria do Ministério do Trabalho nº 3.214/78. Instalações sanitárias.

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

No entanto, o TRT da 4ª Região analisando o caso específico dos operadores de telemarketing, distinguiu-o da referida sumula, passando a entender que, mesmo não havendo expressamente a atividade do operador de telemarketing na relação oficial, ele teria direito ao adicional de insalubridade, pacificando o tema no âmbito regional por meio da Súmula 66, que tinha o seguinte teor originalmente:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. OPERADOR DE TELEMARKETING. A atividade de operador de telemarketing, com utilização constante de fones de ouvido, é passível de enquadramento no Anexo 13 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Desse modo, por contrariar, ainda que no ponto específico do telemarketing, o posicionamento do TST, e existindo diversos recursos sobre essa questão jurídica, o tema foi submetido ao incidente de recursos de revista repetitivos.

### ***3.2.1 Processo paradigma***

Foi eleito apenas um processo paradigma para o julgamento desse incidente.

Trata-se do Recurso de Revista nº 356-84.2013.5.04.0007 interposto pela empresa CONTAX MOBITEL S.A., sendo proveniente do TRT da 4ª Região.

O recurso de revista foi distribuído à 4ª Turma do TST que acolheu proposta do Min. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, submetendo à SbDI-I, que aprovou a proposta submetendo ao rito do recurso de revista repetitivo, tendo como relator o Min. Walmir Oliveira da Costa.

#### ***3.2.1.1 Partes, representantes e alegações***

O processo nº 356-84.2013.5.04.0007 foi ajuizado, em 20 de março de 2013, por Cíntia Simões de Cândido em face das pessoas jurídicas Contax S.A. (incorporada pela empresa

Contax Mobitel S.A) e NET – Porto Alegre, posteriormente sucedida pela Claro S.A, e tramitou perante a 7ª Vara do Trabalho em Porto Alegre.

A reclamante é pessoa física e se autodeclara pobre, podendo ser considerada como litigante eventual.

As reclamadas, especialmente a sucessora Claro S.A, podem ser enquadradas como litigantes habituais, como destacado no capítulo 1, já que esta é uma das empresas com maior número de processos no TST.

Portanto, originariamente, temos uma relação entre litigantes habituais e eventuais.

No que se refere ao perfil dos advogados, a representante da reclamante, advogada Lídia Terezinha da Veiga Lima, do escritório Da Veiga Lima Advogados, indica no seu site<sup>42</sup> ser especialista em causas trabalhistas. No site escavador, utilizando a busca Lídia T. da Veiga Lima, foi possível localizar que a advogada tem participação em 683 processos, dos quais a empresa Tim - Total Logistic Management Serviços de Logística Ltda é a segunda parte que mais aparece, o que significa que pode ser considerada especializada nesse tipo de cliente (ESCAVADOR, 2021d). No TST foi representada pela advogada Cíntia Roberta da Cunha Fernandes, do escritório Roberto Caldas/Mauro Menezes, também representantes da Federação Interestadual dos Trabalhadores e Pesquisadores em Serviços de Telecomunicações – FITRATELP, tendo notória especialidade no âmbito trabalhista.

A empresa reclamada Contax Mobitel S.A. foi inicialmente representada pela advogada Daniela Rampazzo Costales, do escritório Benetti advogados associados, e posteriormente pelo advogado Felipe Bufrem Fernandes, enquanto a Claro S.A (sucessora da NET Serviços de Comunicação S.A) pelos advogados Luiz Fernando Egert Barboza, Elisa Mascarenhas Mendonça, Débora Menezes da Rosa, Jamile Becker Pires e Felipe Americano no Brasil Brancher, do escritório Noll Barboza. No TST, o advogado José Alberto Couto Maciel, do escritório Advocacia Maciel, passou a representar ambas empresas. Trata-se de escritório especializado na defesa de empresas de telefonia, vez que tem participação em mais de 88.000 processos, tendo tais empresas como as partes que mais aparecem na pesquisa do escavador (ESCAVADOR, 2021e).

No que se refere ao objeto, o processo eleito como paradigma possui diversos pedidos cumulados, mas para ficar detido ao assunto analisado no incidente, será relatado apenas os tópicos relacionados ao tema em debate, com a finalidade de verificar a abrangência dos argumentos apresentados.

---

<sup>42</sup> <http://daveigalimaadvogados.com.br/quem-somos>



Desse modo, na reclamação, a autora consignou que trabalhou em condições insalubres, pois era telefonista e utilizava fones de ouvido (*headset*) o dia todo, inclusive, sem que houvesse higienização do equipamento, requerendo o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, além da condenação subsidiária da 2ª reclamada.

Em audiência de conciliação, a reclamante aditou a inicial para que o adicional de insalubridade fosse fixado em grau apurado em perícia.

Delimitou, portanto, como matéria fática que era telefonista (operadora de telemarketing) e usava *headset*, o como questão jurídica o direito de receber o adicional de insalubridade, invocando nesse momento apenas o art. 192 da CLT.

A Contax Mobitel S.A., em contestação, quanto ao pedido de adicional de insalubridade, descreve que:

- 1) A reclamante não trabalhava na recepção de sinais telegráficos e/ou radiotelegráficos;
- 2) suas atividades não são enquadradas na NR 15 do MTE;
- 3) a OJ 4 da SDI –I (atualmente Súmula 448 do TST) torna necessária a classificação da atividade na relação oficial elaborada pelo MTE, o que não existe no caso da reclamante.

A empresa Claro S.A. (sucessora da NET Serviços de Comunicação S.A), por sua vez, aduz que:

a) existem estudos realizados pela NIOSH, em março de 1981, na Southern Bell Telephone Company - Hollywood, Florida, por John Erdreich (Ph.d.) e Jerome Flesch (M.S.), e, no Brasil, por meio do trabalho publicado na Revista Proteção nº 36 - dezembro 94, de Marcos Domingos da Silva, consultor de Higiene Ocupacional e gerente técnico da Doulos - Ensino, Consultoria e Assessoria Técnico, que demonstram que os níveis de ruído dos operadores de telemarketing/teleatendimento que usam fone de ouvido não ultrapassam 85 dB, enquanto a NR 15, anexo 1, impõe que alcance 87 dB para ter direito ao adicional e;

b) não podem ser confundidas as atividades de telegrafia e radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo Morses e recepção de sinais em fones com as atividades de telefonia e operador de telemarketing;

Ambas empresas trazem julgados favoráveis à sua tese.

Determinada a realização de perícia, o laudo técnico indicou que as atividades desenvolvidas pela reclamante não eram insalubres, pelo seguinte argumento:

“O Anexo nº 13 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78 é específica para agentes químicos e caracteriza como insalubre em grau médio a "manipulação em aparelhos do tipo Morse e recepção de sinais em fones", atividade típica de telegrafia e radiotelegrafia, a qual não se equipara ao trabalho realizado pela reclamante de recepção de fala mediante fones de telefonia - Headseat, não ficando os fones

inseridos na cavidade auricular, consistindo assim em atividade de mera conversação, ou seja, na transmissão de vozes humanas, não havendo nenhuma manipulação, ou seja, somente ouvia e falava, e ouvir e falar não é manipular.” (BRASIL, 2017a, p. 764)

Vê-se que o laudo pericial apenas interpreta o anexo 13 da NR 15 do MTE, não realizando qualquer medição de ruído, embora na resposta dos quesitos indique que não havia exposição a ruídos porque o aparelho de headset tinha controle de volume.

A reclamante manifestou sobre o laudo pericial, especialmente porque os quesitos formulados na inicial não foram respondidos, apresentando julgados que confirmam a configuração do adicional de insalubridade aos operadores de telemarketing/teleatendimento, sendo as questões respondidas posteriormente e mantendo o perito sua conclusão.

A CONTAX Mobitel S.A. e a Claro S.A concordaram com o laudo e esta última ainda trouxe mais alguns argumentos:

1) a NR 15 se refere a trabalhos da década de 90, em que eram emitidos sinais acústico, o que não acontece atualmente com o operador de telemarketing que somente vozes humanas são transmitidas e ouvidas, não gerando riscos à saúde do trabalhador.

2) os fones tinham controle de volume e não eram usados de forma ininterrupta;

3) os fones tinham esponjas que reduziam o controle de ruídos.

A sentença, no que tange ao adicional de insalubridade, seguiu a conclusão do laudo pericial e julgou improcedente o pedido, sob o argumento de que:

a) o uso de fones de ouvido decorrente do exercício das atividades de operador de telemarketing não se enquadra na hipótese da NR-15 do Anexo 13 da Portaria nº 3.214/78;

b) a norma estabelece como insalubre em grau médio a recepção de sinais em fones em razão do trabalho com telegrafia ou radiotelegrafia, o que é diferente da atividade do operador de telemarketing que recebe basicamente vozes humanas.

A reclamante interpôs recurso ordinário aduzindo, quanto ao adicional de insalubridade, o direito de recebê-lo, com base em julgado apresentado e trecho de doutrina específica sobre o assunto, ressaltando ainda que a atividade se encaixa na NR-15.

A Contax Mobitel S.A. apresentou contrarrazões, reforçando o já trazido no processo e apresentando um novo argumento relacionado à Nota Técnica 10/2002 do Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, a qual indicava que a insalubridade por recepção de sinais em telefones convencionais, por ser diferente dos sinais de telegrafia e de radiotelegrafia, dependem da verificação, no local, do nível de ruído que se submete o telefonista.

Claro S.A. apresentou contrarrazões não apresentando nenhum argumento novo.

A 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por unanimidade, deu provimento ao recurso do reclamante no que diz respeito ao adicional de insalubridade, sob os seguintes fundamentos:

a) a melhor interpretação do anexo 13 da NR 15 do MTE é no sentido de não restringir os sinais em fones àqueles emitidos por aparelhos de telegrafia, radiotelegrafia ou tipo morse, estendendo o conceito aos sinais oriundos da voz;

b) o TRT da 4ª Região pacificou esse tema na Súmula 66, descrevendo que:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. OPERADOR DE TELEMARKETING. A atividade de operador de telemarketing, com utilização constante de fones de ouvido, é passível de enquadramento no Anexo 13 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego.

c) uso de fones de ouvido não elimina e tampouco minimiza os efeitos nocivos ao sistema auditivo do trabalhador, ao expô-lo de forma contínua aos mais variados tipos de ruídos, sejam aqueles produzidos pela voz humana, sejam os sinais oriundos da própria linha telefônica;

d) não está vinculado à conclusão do laudo pericial.

A CONTAX MOBITEL S.A. interpôs recurso de revista reiterando os argumentos anteriores e fundamentando que a decisão regional teria violado o art. 190 da CLT e os arts. 5º, II, e 7º, XXIII, da CF/88, porque a atividade de operador de telemarketing não é enquadrada pela lei nem pelo Ministério do Trabalho como atividade insalubre. Invoca ainda contrariedade à Súmula nº 460 do STF e à OJ 4 da SDI-I (atualmente Súmula 448, I).

A autora apresentou contrarrazões ao recurso de revista alegando que a recorrente pretendia reexaminar fatos e provas, o que seria vedado (Súmula nº 126 do TST). Quanto ao mérito, apresentou novos argumentos, no sentido de que:

1) o rol de atividades descrita na NR não é taxativo e deve se adequar às alterações sociais e às novas profissões criadas pelo avanço da tecnologia;

2) deve ser realizada uma interpretação ampliativa e teleológica do art. 190 da CLT, não limitando o enquadramento à atuação do MTE;

3) há semelhança nas funções exercidas pela operadora de telemarketing com o labor em telegrafia e radiotelegrafia, porque ambas usam constantemente aparelho junto ao ouvido, recebendo sinais em fones de ouvido, devendo ser considerado a voz humana como sinal emitido através do aparelho.

O processo foi distribuído ao Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, relator na 6ª Turma do TST, o qual propôs o encaminhamento para a SDI-I para instauração de incidente de recurso de revista repetitivo, o que foi acolhido por unanimidade na referida Turma.

O Ministro Aloysio Corrêa da Veiga elabora toda sua argumentação com base no princípio da efetividade e da autoridade dos precedentes da Corte Trabalhista, indicando que o tema já estava pacificado naquela Corte, inclusive por meio da Súmula 448, I, mas o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em sentido aparentemente oposto, criou Súmula Regional, sem demonstrar a presença de *distinguishing* ou o *overruling*, o que demonstraria a relevância da matéria. Quanto à multiplicidade de recursos, destacou a chegada de diversos recursos derivados do TRT da 4ª Região, embora este regional em suas informações tenha indicado que não tinha nenhum processo sobrestado sobre a matéria.

Quando se analisa este incidente em comparação com o incidente do divisor de horas extras do bancário (tema 2), verifica-se que em ambos os casos o TST utilizou o recurso repetitivo para decidir tema já resolvido pela Corte trabalhista. No presente caso, para reafirmar sua jurisprudência e impor que o tribunal de origem cumpra, obrigatoriamente, seu entendimento, e no caso do Tema 2, indiretamente, para modificar Súmula do próprio TST.

Em outros termos, o mecanismo não tem sido utilizado adequadamente para verificar casos repetitivos, mas para reviver temas já julgados pela Corte Trabalhista, o que não parece totalmente adequado à finalidade do instituto, direcionada a minimizar a litigância em massa. Melhor seria, nos dois casos, a provocação do Tribunal Pleno para reafirmar ou modificar as Súmulas impactadas, valendo-se das novas diretrizes do CPC, o que tornariam as súmulas obrigatórias, chegando-se ao mesmo fim, mas pelo mecanismo adequado.

De qualquer modo, a SDI-I acolheu a proposta e instaurou o incidente, sendo definido como relator o Min. Wlamir Oliveira da Costa.

### ***3.2.2 Escolha do recurso paradigma na decisão de afetação***

Como já anunciamos nesse trabalho, a escolha adequada do processo paradigma é de extrema importância para se extrair a representatividade da controvérsia e a representação adequada das partes, pois, indiretamente, tutelam os interesses dos sujeitos sobrestados e ausentes.

É por isso que se defendeu a necessidade de se eleger pelo menos dois recursos representativos, embora o art. 896-C, § 1º, da CLT autorize a escolha de um único processo, com a finalidade de ampliar a representatividade, além de colher melhores elementos para desde o início guiar adequadamente o incidente.

A eleição de um único procedimento, tal como ocorreu nesse caso, pode tornar incidente um mero julgamento do recurso de revista, com deslocamento de competência para a SDI-I ou para o Tribunal Pleno.

Ademais, sedimentou-se nesse trabalho que é necessária a análise de elementos subjetivos (pluralidade e representatividade) e objetivos (recurso admitido e abrangentes argumentos e discussões) para a eleição dos processos, o que é de atribuição do relator do incidente.

No caso em questão, o relator não fez nenhuma referência ao processo paradigma na decisão de afetação. Embora seja de sua competência, podendo inclusive escolher outros processos, aparentemente, limitou-se aos argumentos genéricos e sem fundamentação do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga que propôs a afetação do tema, o qual indicou tão somente que o recurso satisfazia os pressupostos extrínsecos de admissibilidade e tratava da questão jurídica que seria discutida.

A indicação dos elementos subjetivos e objetivos pelo relator é pertinente inclusive para que os regionais tenham exata dimensão de quais recursos representativos podem enviar para o TST, tornando-se efetivas as respostas e os recursos representativos enviados. Tanto é assim que os Regionais não enviaram nenhum recurso representativo da controvérsia.

Na sistemática laboral em que se tem diversos regionais com posições que levam em considerações seus aspectos geográficos é importante que o TST dê valor na eleição de mais processos, com teses contrapostas e de preferência de regionais distintos, vez que a maturação das discussões dentro do processo, embasado no contraditório desde a primeira instância, eleva a legitimidade da decisão do TST.

Não se pode concordar que, instaurado o incidente, pouca valia tenham todas as discussões existentes nas instâncias inferiores, resumindo a um processo que a tese é construído tão somente a partir da decisão de afetação, desconsiderando todas as discussões trazidas desde a primeira instância.

### *3.2.2.1 Informações dos Tribunais Regionais*

Além da eleição dos recursos representativos, as informações dos regionais são importantes para fomentar o debate e indicar como estão se manifestando sobre o tema, até para verificar se a discussão não é meramente regionalizada.

Para tanto, defendeu-se nesse trabalho que a decisão de afetação não seja genérica ao pedir informações para os Regionais, indicando quais os pontos e elementos que entende pertinentes para ampliar o debate e melhorar o decisão.

A atuação do relator deve ser proativa buscando novos argumentos que possam contribuir para o incidente e não simplesmente expedir ofícios e aguardar que surjam tais elementos.

No caso em análise, o TRT da 4ª Região informou que a matéria foi objeto de incidente de uniformização de jurisprudência, o que originou a Súmula nº 66, indicando ainda que, por meio do IUJ nº 0007637-44.2015.5.04.0000, houve a alteração da Súmula Regional, com o objetivo de contemplar outros trabalhadores que utilizam fone do tipo headset.

O TRT da 15ª Região limitou-se a informar a suspensão dos recursos de revista interpostos em casos idênticos, demonstrando certa incompreensão do ofício do Presidente do TST, já que determinou a suspensão de recurso que contivessem abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

O TRT da 5ª Região informou que não existiam, no âmbito do Tribunal, recursos representativos da controvérsia, pois não foram interpostos recursos de revista sobre o tema.

O TRT da 21ª Região notificou que até aquele momento não tinham processos aptos no Tribunal que tivessem os requisitos necessários para remessa ao TST.

O TRT da 2ª Região relatou que foi determinada a suspensão de todos os recursos de revista que versassem sobre o tema.

O TRT da 3ª Região, por sua vez, indicou que foi determinada a suspensão de todos os processos envoltos na questão jurídica discutida e a divulgação para a comunidade jurídica. Informou que a matéria controvertida não é recorrente nos processos que tramitam no TRT e que não foram encontrados recursos de revista admissíveis ou admitidos representativos da controvérsia que pudessem ampliar os debates do TST.

Vê-se que diante da determinação genérica dirigida aos Regionais, as informações foram de pouco valia para o incidente, sendo desconsideradas para a instrução do procedimento.

### ***3.2.3 Decisão de afetação: delimitação do tema e sobrestamento dos processos***

A decisão de afetação e organização é muito relevante para o incidente, já que indicará quais as razões que levaram a eleição do recurso paradigma, delimitará de forma definitiva o objeto do incidente, determinará a suspensão dos processos, fará a comunicação da sociedade,

permitindo intervenções como a do *amici curiae*, dentre outras atividades que sejam importantes para o procedimento. É, portanto, a decisão que dará o norte do incidente.

No caso em questão, a decisão de afetação, como dito, não tratou da escolha do processo paradigma.

Quanto ao objeto, definiu a seguinte questão jurídica a ser dirimida no julgamento do Incidente de Recurso de Revista Repetitivo:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. OPERADORES DE TELEMARKETING. UTILIZAÇÃO DE FONES DE OUVIDOS. ANEXO 13 DA NR 15 DA PORTARIA Nº 3.214/78 DO MTE – Os operadores de telemarketing, que utilizam fones de ouvidos, têm direito ao recebimento de adicional de insalubridade nos termos do Anexo 13 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do MTE? (BRASIL, 2017a, p. 1161)

Verifica-se que a decisão de afetação instaurou o contraditório e, portanto, a participação com base nos operadores de telemarketing.

No entanto, a decisão que fixou a tese ampliou esse objeto ao descrever que a discussão girava em torno do direito ao adicional de insalubridade por operadores de telemarketing ou por outros profissionais que utilizem fones de ouvido de forma constante, não alcançando outros profissionais que utilizem fones de ouvido em seu labor. Essa ampliação teve o objetivo atingir a nova redação da Súmula do TRT que foi alterada após a instauração do incidente.

Embora as atividades dos operadores de telemarketing e outros profissionais que utilizam fone de ouvido de forma constante sejam semelhantes, não se pode admitir que a tese firmada afaste-se da correlação exata com a decisão de afetação.

É que ampliando o objeto obsta que outras atividades possam contribuir para o debate, criando decisão ilegítima para aqueles não são operadores de telemarketing, podendo-se inclusive reconhecer que a vinculação somente alcançariam esses profissionais, já que os demais não participaram do incidente e apenas surgiram na tese fixada.

A decisão de afetação também determinou a suspensão dos recursos de revista e embargos que discutiam a temática e comunicou a sociedade por meio de edital, divulgado no DEJT, no site do TST e afixado na porta de entrada da Secretaria da SbDI-1, viabilizando a participação no incidente.

### 3.2.4 Participação das partes dos processos paradigmas

Como indicado anteriormente, um único processo foi indicado como paradigma, tendo uma reclamante e duas reclamadas, as quais participaram do incidente, inicialmente, por meio de manifestação escrita e, em seguida, na sustentação oral.

Interessante destacar que a empresa Claro S.A, não era recorrente, mas foi dada a possibilidade de se manifestar no incidente como parte do processo paradigma, inclusive fazendo sustentação oral, oportunidade em que reforçou os argumentos já levantados nos autos, mormente sobre o caso concreto.

As partes se valeram do prazo de 15 dias, do edital geral expedido à sociedade que tivesse interesse na controvérsia para se manifestar. De qualquer maneira, após as manifestações, o relator deferiu expressamente sua juntada com os respectivos documentos apresentados pelas partes.

Na manifestação, a reclamante/recorrida aduziu que:

- 1) a NR 15 observou o cenário da época em que foi expedida, na década de 1970;
- 2) nas décadas de 1990 e de 2000 o setor de telecomunicações passou por expressiva transformação tornando os aparelhos telegráficos e radiotelegráficos inteiramente obsoletos, crescendo exponencialmente os serviços de telemarketing;
- 3) os operadores realizam sucessivos e ininterruptos atendimentos a clientes com a utilização de fones do tipo *headset* acoplados a apenas um de seus ouvidos por onde escutam, durante toda a sua jornada laboral, conversas com os interlocutores e também os pulsos e sinais decorrentes das ligações;
- 4) essas condições de trabalho têm ocasionado o aparecimento das mesmas patologias verificadas nos antigos operadores de equipamentos de telegrafia, radiotelegrafia e similares, especialmente a perda auditiva induzida por ruído (PAIR), citando estudos científicos para comprovar suas alegações e laudos perícias em processos individuais, de modo que restava evidenciado o direito da referida categoria à classificação de sua atividade profissional como insalubre e a respectiva percepção do adicional;
- 5) a NR 15, anexo 13, não pode ser interpretada de forma literal, devendo observar os princípios e regras concernentes à tutela dos trabalhadores em face dos riscos labor-ambientais;
- 6) a extensão do adicional de insalubridade aos operadores de telemarketing configura o patamar mínimo de proteção a tais trabalhadores enquanto os riscos ocupacionais de doenças



do trato auditivo não forem elididos ou substancialmente diminuído no âmbito das empresas do ramo;

7) se os operadores de telemarketing e os obreiros antigamente ativados nos aparelhos de telegrafia, radiotelegrafia e similares encontram-se submetidos, no plano fático, a idênticos riscos ocupacionais, não há como contemplar aquele primeiro grupo com o adicional de insalubridade em grau médio previsto no Anexo 13 da NR-15 e, ao mesmo tempo, não estendê-lo ao segundo, sob pena de violação do princípio da isonomia.

A empresa Claro S.A. apresenta manifestação reiterando os aspectos levantados anteriormente, reforçando as diferenças entre as atividades de teleatendimento/telemarketing/call center e as atividades de telegrafia e radiotelegrafia, indicando que o TST já pacificou o tema em todas as suas turmas, no sentido de que não é devido o adicional de insalubridade no caso de atendente de telemarketing. Traz como argumento novo que a mudança de entendimento produziria reflexos para a previdência social, em razão de aposentadoria diferenciada para os que trabalham em atividade insalubre, e que a NR 17 do MTE, que cuida expressamente do operador de teleatendimento, não prevê o pagamento de adicional de insalubridade.

A empresa Contax Mobitel S.A., por ter a mesma representação que a empresa Claro S.A no TST, traz argumentos semelhantes aos levantados por esta empresa, apenas instruindo sua petição com dados técnicos, especialmente diferenciando os equipamentos utilizados pelos operadores de telemarketing e pelos trabalhadores na telegrafia/radiotelegrafia. Apresenta ainda diversos laudos periciais realizados em âmbito nacional que demonstram que o ruído no ambiente de trabalho ficam dentro do limite de tolerância.

Em sustentação oral as partes tiveram 10 minutos cada uma para se manifestar, todos reiterando os argumentos levantados nas manifestações escritas.

Vê-se que a atuação das partes no incidente, quanto à tese dos empregados teve ampliação de argumentação, enquanto a empresa deixou mais clara a diferença entre as atividades de operadores de telemarketing e as atividades de telegrafia/radiotelegrafia, além de juntar diversos laudos periciais, o que contribuiu para elucidar a questão.

### **3.2.5 Participação do *amicus curiae***

No presente trabalho, defendeu-se a ampla participação dos *amici curiae* como forma de expandir o debate e contribuir com elementos úteis para a construção da tese jurídica, dando-se preferência aos entes coletivos, como representantes dos sobrestados e ausentes.

No caso em análise foram formulados 10 pedidos de intervenção como *amicus curiae*, sendo 3 sindicatos (1 dos empregados e 2 dos empregadores); duas federações dos trabalhadores; uma confederação dos empregadores; uma associação dos empregadores; duas empresas e um escritório de advocacia.

Diante dos referidos pedidos, o relator de plano indeferiu, por intempestivos, os formulados pelo escritório Carvalho Maciel & Advogados Associados e pela Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e operadores de mesas telefônicas.

Quanto aos demais, para autorizá-los indicou que deveriam ter representatividade adequada, definindo-a com fundamento na mesma base teórica utilizada no presente trabalho (BUENO, 2012), no sentido de que serão admitidos aqueles que demonstrarem que seu interesse institucional se relaciona com o objeto do processo e que contribuirá para o debate trazendo argumentos úteis e relevantes para o deslinde da questão.

Desse modo e reconhecendo o caráter eminentemente técnico da discussão (especificidade do tema) e seus reflexos nacionais (repercussão social), embora originário de um tribunal, deferiu a participação dos seguintes *amici curie*: 1) Sindicato Paulista das Empresas de Telemarketing, Marketing direto e conexos – SINTELMARK; 2) Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telemarketing, operadores de telemarketing, trabalhadores em empresas de rádio chamada e operadores de rádio chamada de Campinas e região - SINTRATEL; 3) Sercomtel Contact Center S.A.; 4) Federação Interestadual dos Trabalhadores e Pesquisadores em Serviços de Telecomunicações – FITRATELP; 5) ABT – Associação Brasileira de Telesserviços e 6) Confederação Nacional da Indústria – CNI.

Por outro lado, entendeu que não tinha representatividade adequada o Sindicato da Indústria da Energia no Estado de São Paulo – SINDIENERGIA e a DELL Computadores do Brasil Ltda. Acredita-se que o relator tenha indeferido suas inclusões pela ausência de demonstração do interesse institucional relacionado com o objeto em discussão, mas, por poderem contribuir com o debate, curiosamente, admitiu suas manifestações como memoriais. Na realidade, entende-se que indiretamente o relator deferiu a intervenção como *amicus curiae*, mas tão somente limitou seus poderes, resumindo-os à manifestação escrita nesse momento.

O relator analisou a representação adequada, valendo-se apenas de elementos externos ao incidente, ou seja, considerando os atributos históricos e a própria figura do postulante, como possível representante da classe.

Nesse aspecto, acredita-se que a participação nesse incidente foi totalmente desigual. É que, de todas as manifestações formuladas, apenas duas entidades representavam a classe de trabalhadores. Ademais, a FITRATELP, por ser representada pela mesma banca de advogados que a reclamante/recorrida, simplesmente reproduziu a mesma petição, o que significa a classe de trabalhadores, em termos de contribuição argumentativa, teve apenas uma entidade representando-a.

Isso provocou dois reflexos bem evidentes no incidente.

O primeiro ligado à capacidade de articulação dentro da classe, representando-a efetivamente.

Os representantes das empresas, mormente o SINTELMARK e a Associação Brasileira de Teleserviços (ABT), trouxeram dezenas de laudos periciais, o primeiro na cidade de São Paulo e a segunda em âmbito nacional, os quais não incluíam a atividade de operador de telemarketing no anexo 13 da NR 15 e demonstravam a inexistência de ambiente insalubre, já que os decibéis (dB) ficavam abaixo do limite de tolerância.

Ademais, a classe dos empregadores inseriu no processo um representante da Indústria, a CNI, que, embora não ligada diretamente à telefonia, demonstrou seu interesse porque seus representados utilizavam da atividade de vendas e poderiam ser atingidos, o que significa que ampliou consideravelmente o rol de representados.

O segundo reflexo está ligado à capacidade de trazer elementos novos e úteis para o incidente, como se verifica pelo quadro a seguir:

Tabela 0.5 - Comparativo entre os argumentos novos trazidos pelos *amici curiae* e os já existentes no incidente

Tese dos empregados		Tese dos empregadores	
Argumentos e elementos trazidos pela parte	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>	Argumentos e elementos trazidos pelas partes	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>
Atividade de operadora de telefonista (telemarketing) insere na NR 15 (inicial,	de A avaliação exata do ruído no canal auditivo do operador deve ser realizada por equipamentos especiais (ex,	Reclamante não trabalhava na recepção de sinais radiotelegráficos (contestação Contax)	As empresas que atuam no setor de telemarketing sofrem forte fiscalização de seus tomadores de serviços

Tese dos empregados		Tese dos empregadores	
Argumentos e elementos trazidos pela parte	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>	Argumentos e elementos trazidos pelas partes	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>
manifestação sobre o laudo pericial e recurso ordinário)	Minimicrofone) que poucos laboratórios e empresas possuem (SINTRATEL).		que exigem todos os laudos quanto a segurança de seus equipamentos, entre eles a calibração de seus aparelhos e laudos em cumprimento a segurança do trabalho (SINTELMARK)
A interpretação do anexo 13 da NR 15 do MTE é no sentido de restringir os sinais em fones emitidos por aparelhos de telegrafia, radiotelegrafia ou tipo Morse, estendendo o conceito aos sinais oriundos da voz (acórdão regional)	O ruído do ambiente de trabalho faz com que os operadores tenham que aumentar o volume do fone, ultrapassando os limites de tolerância (SINTRATEL)	As atividades de operadora de telemarketing não são enquadradas na NR 15 do MTE, vez que não podem ser confundidas as atividades de telegrafia e radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo Morses e recepção de sinais em fones com as atividades de telefonia e operador de telemarketing (contestação da Contax, da Claro S.A, laudo pericial e sentença)	Qualquer operador deve pausar sua atividade pelo menos 2 vezes no curso de sua jornada, sem prejuízo do intervalo de descanso e refeição e ainda, pode interromper sua jornada, sempre que entender necessário, não havendo qualquer sobrecarga de ruídos ou stress (SINTELMARK)
Súmula 66 do TRT pacificou o tema em âmbito regional (acórdão regional)	O <i>head set</i> altera a fisiologia natural da voz humana aumentando a pressão sonora (sustentação oral FITRATELP)	OJ 4 da SDI –I (atualmente Súmula 448 do TST) torna necessária a classificação da atividade na relação oficial elaborada pelo MTE (contestação Contax)	Estender aos operadores de telemarketing que utilizam fones de ouvidos para desempenhar suas atividades a mesma

Tese dos empregados		Tese dos empregadores	
Argumentos e elementos trazidos pela parte	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>	Argumentos e elementos trazidos pelas partes	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>
			regra aplicável objetiva e especificamente a outra categoria de trabalhadores afronta os arts. 5, II, e 7º, XXIII, da CF (memoriais do SINDIENERGIA)
O uso de fones de ouvido não elimina e tampouco minimiza os efeitos nocivos ao sistema auditivo do trabalhador, ao expô-lo de forma contínua aos mais variados tipos de ruídos, sejam aqueles produzidos pela voz humana, sejam os sinais oriundos da própria linha telefônica (acórdão regional)	O adicional de insalubridade de ser interpretado a partir da Constituição Federal, buscando inibir esse tipo de trabalho e elevar o patamar de dignidade (sustentação oral FITRATELP)	Existem estudos que demonstram que os níveis de ruído dos operadores de telemarketing/teleatendimento que usam fone de ouvido não ultrapassam 85 dB (contestação Claro S.A)	O anexo II da NR 17 indica que os aparelhos utilizados na atividade de telemarketing e teleatendimento são os headsets, que tem alternância de ouvido, e não fones de ouvidos que impedem essa alternância (manifestação da ABT)
O rol de atividades descrita na NR não é taxativo e deve se adequar às alterações sociais e às novas profissões		A NR 15 se refere a trabalhos da década de 90, em que eram emitidos sinais acústico, o que não acontece atualmente com o operador de telemarketing que somente vozes humanas são transmitidas e ouvidas,	Súmula 61 do TRT 2: O operador de telemarketing que utiliza fone de ouvido (head phone ou head set), não faz jus ao

Tese dos empregados		Tese dos empregadores	
Argumentos e elementos trazidos pela parte	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>	Argumentos e elementos trazidos pelas partes	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>
criadas pelo avanço da tecnologia (contrarrazões ao recurso de revista)		não gerando riscos à saúde do trabalhador (manifestação da Claro sobre o laudo pericial)	adicional de insalubridade, porquanto a atividade não se equipara à dos trabalhadores em telegrafia, radiotelegrafia, aparelhos do tipo Morse e recepção de sinais em fone (manifestação da ABT).
Deve ser realizada uma interpretação ampliativa e teleológica do art. 190 da CLT, não limitando o enquadramento à atuação do MTE e devendo observar os princípios e regras concernentes à tutela dos trabalhadores em face dos riscos labor-ambientais (contrarrazões ao recurso de revista e manifestação no incidente)		Os fones tinham controle de volume e não eram usados de forma ininterrupta (manifestação da Claro sobre o laudo pericial)	O acréscimo da atividade de operador de telemarketing no anexo 13, da NR15, configura usurpação da competência do Ministério do Trabalho e Emprego. (ABT)
Há semelhança nas funções exercidas		Os fones tinham esponjas que reduziam o controle de ruídos	O nível de ruído do operador de

Tese dos empregados		Tese dos empregadores	
Argumentos e elementos trazidos pela parte	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>	Argumentos e elementos trazidos pelas partes	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>
pela operadora de telemarketing com o labor em telegrafia e radiotelegrafia (contrarrazões ao recurso de revista)		(manifestação da Claro sobre o laudo pericial)	telemarketing está sujeito a critério quantitativo, regulada no anexo 1 e não no anexo 13, ambos da NR 15 (CNI)
A NR 15 observou o cenário da época em que foi expedida, na década de 1970, tendo expressiva mudança nas décadas de 1990 e 2000 (manifestação no incidente)		Nota Técnica 10/2002 do DSST do Ministério do Trabalho e Emprego indica que a insalubridade por recepção de sinais em telefones convencionais depende da verificação, no local, do nível de ruído que se submete o telefonista (contrarrazões ao RO – Contax)	A inclusão do operador de telemarketing no anexo 13 da NR 15 violará a Convenção 155 da OIT, pois impedirá que o tema seja resolvido por órgão tripartite (CNI).
As condições de trabalho dos operadores têm ocasionado o aparecimento das mesmas patologias verificadas nos antigos operadores de equipamentos de telegrafia, radiotelegrafia e similares, especialmente a perda auditiva induzida por ruído (PAIR), citando estudos científicos e		Súmula nº 460 do STF (recurso de revista)	Na época da elaboração da NR 17, o grupo tripartite definiu o ambiente de conforto para os operadores de telemarketing, o que foi inserido no anexo 2, tendo a participação da Fundacentro que é o órgão técnico que auxilia o Ministério do Trabalho (sustentação oral da ABT)

Tese dos empregados		Tese dos empregadores	
Argumentos e elementos trazidos pela parte	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>	Argumentos e elementos trazidos pelas partes	Argumentos e elementos novos trazidos pelo <i>amicus curiae</i>
laudos perícias em processos individuais (manifestação no incidente)			
A extensão do adicional de insalubridade aos operadores de telemarketing configura o patamar mínimo de proteção a tais trabalhadores (manifestação no incidente)		O TST já pacificou o tema em todas as suas turmas, no sentido de que não é devido o adicional de insalubridade no caso de atendente de telemarketing (manifestação da Claro S.A no incidente)	
violação do princípio da isonomia (manifestação no incidente)		Mudança de entendimento produziria reflexos para a previdência social (manifestação da Claro S.A no incidente)	
		É usado o headset extra-auricular nas atividades de telemarketing, não inserindo no interior do canal auditivo (manifestação da Claro S.A no incidente)	
		NR 17 do MTE, que cuida expressamente do operador de teleatendimento, não prevê o pagamento de adicional de insalubridade (manifestação da Claro S.A no incidente)	

Fonte: elaboração própria com base nas manifestações do incidente



Vê-se que o representante da classe de trabalhadores contribuiu muito pouco para ampliar o debate. Aliás, os argumentos trazidos, embora não diretamente expressos na petição da reclamante/recorrida, constam de artigo científico juntado com sua petição, de modo que a atuação do *amicus curiae* da classe dos trabalhadores não contribuiu para a qualificação do debate e da decisão.

Há de se reconhecer que a FITRATELP apresentou diversos argumentos úteis para o incidente, mas a partir da apresentação idêntica de manifestação em nome da parte paradigma, seus argumentos deixaram de ser relevantes, já que presentes no incidente. Noutras palavras, a contribuição argumentativa é requisito dirigido ao *amicus curiae* e não à parte paradigma, o que significa que, se esta trouxe os argumentos para os autos, deixam de ser relevantes aqueles apresentados pelo *amicus curiae*. Ademais, a apresentação de mais alguns argumentos na sustentação oral não foram capazes de influir no julgamento, já que a decisão do relator estava fixada o que foi acompanhado pelos demais ministros na ocasião da sessão.

Essa disparidade de partes representantes no incidente reforça o que foi apresentado no capítulo 1, no sentido de que os litigantes habituais têm vantagens estratégicas. No caso, conquanto os entes coletivos pudessem minimizar essa disparidade, assim não agiram, tornando o procedimento totalmente deficitário em termos de contraditório.

Disso resulta a necessidade de se analisar as manifestações apresentadas pelo *amicus curiae* para admiti-los, ou seja, o critério de escolha dos *amici curiae* não pode ser embasado apenas em elementos externos mas também em elementos internos para saber se a atuação irá contribuir para fomentar o debate e a qualidade da decisão. Além disso, o Tribunal deve ser mais proativo na participação dos *amicus curiae*, de modo que, além de viabilizar diversas participações, deve indicar entes que possam representar ambas as classes.

### **3.2.6. Participação dos sobrestados e ausentes**

O relator não diferenciou as manifestações, analisando-as como provocações de *amici curiae*. No entanto, como defendido nesse trabalho, a atuação do *amicus curiae* não se confunde e não afasta a possibilidade de participação dos sobrestados e ausentes, desde que demonstrem interesse na controvérsia.

No caso, embora não tenha diferenciado os participantes, o relator admitiu a empresa Sercomtel Contact Center S.A que não pode ser considerada *amicus curiae*, porque não ter interesse institucional. Por outro lado, pode ser considerada para esse trabalho como ausente (já que não indicou nenhum processo suspenso) tendo interesse na controvérsia e trazendo

argumentos úteis para o incidente. Desse modo, a referida empresa indicou que era empresa especializada no fornecimento de serviços de call center com 452 empregados no município de Londrina – Paraná, trazendo alguns argumentos novos, a saber:

1) o ordenamento deve ser interpretado de forma global para não gerar incongruência, vez que, não seria possível que o mesmo fato (trabalho no teleatendimento com o uso de fones headset) estivesse previsto no Anexo 13 da NR 15 como prejudicial à saúde do trabalhador e, ao mesmo tempo, de acordo com o Anexo 2 da NR 17, como adequado à preservação de seu conforto, segurança e saúde;

2) a CLT, no art. 227, distingue as atividades de telefonia (teleatendimento e telemarketing) com as de telegrafia, radiotelegrafia ou radiotelefonia;

3) possui Programa de Conservação da Audição (PCA), que reúne um conjunto de ações consistentes em avaliação do ruído, medidas de redução dos níveis de ruído e do tempo de exposição, educação do trabalhador e empregador e monitoramento audiométrico;

4) a concessão do adicional de insalubridade ao setor iria majorar a folha de pagamento provocando aumento do número de demissões.

Por sua vez, a empresa Dell Computadores do Brasil Ltda não teve deferida sua participação no incidente, por falta de representatividade adequada, mas sua manifestação foi mantida nos autos como memoriais. Referida empresa também pode ser considerada como ausente. A atuação dela teria a peculiaridade de representar empresas externas ao ramo da telefonia, vez que é indústria de computadores e acessórios que tinha alguns de seus empregados exercendo a atividade de vendas. Contudo, esse subgrupo já estava sendo representado pela Confederação Nacional da Indústria, a qual contemplou todos os argumentos trazidos pela empresa, afastando assim sua contributividade argumentativa.

### ***3.2.7. Participação do Ministério Público***

O Ministério Público do Trabalho apresentou parecer após as manifestações dos *amici curiae*.

No parecer, não tratou de nenhum aspecto relacionado à escolha do processo paradigma, da decisão de afetação e do déficit de contraditório existente até o momento, o que poderia ser salutar para ajustar o rumo do incidente, tornando-o mais legítimo. Tanto é assim que poderia provocar a realização de audiência pública a fim de ampliar os argumentos existentes.

No entanto, o parecer foi expedido nos moldes de um processo individual, não contribuindo para ampliar o debate, já que simplesmente diferenciou as atividades descritas

anexo 13 da NR 15 da atividade de telemarketing, correlacionou a NR 17 com a NR 15 e trouxe julgados do TST demonstrando que o tema era pacífico em todas as suas turmas e na SDI-I, não trazendo nenhum argumento novo que pudesse contribuir para o debate.

Concluiu, assim, que os operadores de telemarketing, que utilizam fones de ouvido, não têm direito ao recebimento de adicional de insalubridade, nos termos do Anexo 13 da NR 15 da Portaria 3.214/78 do MTE.

### **3.2.8. Participação na audiência pública**

Não houve convocação de audiência pública, sendo citado na decisão que a ausência de realização se deu porque o relator reputou suficiente para a legitimação da decisão a autorização de ingresso na lide dos *amici curiae*.

Contudo, como já anunciado, o déficit de contraditório nesse incidente foi visível, podendo a audiência pública minimizá-lo, o que não ocorreu.

O presente procedimento, aparentemente, foi iniciado para reafirmar a posição do TST e gerar efeitos obrigatórios para o TRT da 4ª Região que criou súmula contrária ao entendimento da Corte Trabalhista, não estando focada na necessidade de ampla participação dos envolvidos a fim de tornar o processo dialético e mais democrático.

### **3.2.9 Fundamentação e tese jurídica**

A fundamentação da decisão, de início, apresenta que o tema era pacífico no TST e que foi instaurado incidente porque, aparentemente, o TRT da 4ª Região editou Súmula Regional em sentido contrário.

Definiu que a discussão girava em torno do direito ao adicional de insalubridade por operadores de telemarketing ou por outros profissionais que utilizem fones de ouvido de forma constante, ou seja, atividades que usam fones de ouvido de forma constante e a possibilidade do pagamento do adicional nos moldes do Anexo 13 da NR 15, da Portaria nº 3214/78 do MTE.

Assim, passou a analisar os argumentos apresentados no processo.

A decisão refutou que a solução da questão jurídica em exame represente usurpação da competência legislativa, como articulado pela ABT e CNI, sob o argumento que o TST não estava criando norma legal adicional à matéria, mas conferindo a melhor e mais jurídica interpretação à legislação federal vigente sobre o tema controvertido. Nesse aspecto, também

não prosperava o argumento da CNI, de que qualquer decisão implicaria ofensa à Convenção 155 da OIT.

Rejeitou o argumento apresentado pela Claro S.A de impossibilidade de alteração da jurisprudência do TST, em razão dos impactos socioeconômicos e previdenciários da medida, justificando que uma das consequências possíveis do incidente de julgamento de recursos repetitivos é a revisão da jurisprudência do tribunal que o suscita, mencionando o IRR -849-83.2013.5.03.0138 (tema 2 – divisor de horas extras do bancário) como exemplo. Registrou que a matéria específica relativa ao direito dos profissionais de telemarketing ao adicional de insalubridade não estava sumulada. Ressalvou, contudo, a possibilidade de determinação da modulação dos efeitos do julgado, caso houvesse alteração do entendimento dominante na Corte.

Após apresentar o panorama histórico do adicional de insalubridade, destacou que o MTE editou a portaria nº 3.214/78, na qual o Poder Executivo aprovou 28 normas regulamentadoras e que, no momento do acórdão, havia 36 normas regulamentadoras relativas à segurança e medicina do trabalho.

Partindo das diretrizes apresentadas pela CNI, o acórdão explicou que a NR-15 permite dois métodos de aferição da insalubridade no ambiente de trabalho:

a) mediante a avaliação qualitativa da insalubridade, ou seja, pelo simples desenvolvimento de atividades específicas; ou

b) por meio da avaliação quantitativa da insalubridade, quando exige a aferição de exposição a agentes insalubres específicos acima dos níveis de tolerância previstos na própria norma regulamentadora.

O Anexo 13 da NR traduz hipóteses de reconhecimento de insalubridade mediante avaliação qualitativa do agente, descrevendo, porém, que da interpretação literal do anexo 13 não se depreende a previsão de que as atividades de telemarketing ensejam o pagamento de adicional de insalubridade, impondo interpretação dessa possível omissão.

Nesse contexto, e afastando os argumentos da reclamante/recorrente, indicou que o art. 190 da CLT tem previsão específica quanto à formulação de quadro de atividades insalubres por parte do Ministério do Trabalho, não havendo omissão, o que obstava a realização de analogia (LINDB). Aduziu, ainda, que a norma regulamentadora não abriu margem a interpretações extensivas quanto ao rol de atividades e operações que ensejam o pagamento do adicional de insalubridade, o que já era pacífico no âmbito do TST desde a edição da OJ nº 4, publicada em 1996, e pelo STF na Súmula 460.

Desse modo, concluiu que o rol de atividades e operações insalubres descrito no Anexo 13 deve ser considerado taxativo, desautorizando a interpretação analógica ou extensiva.

Afastou, ainda, os argumentos da reclamante/recorrida de que a interpretação literal violaria aos princípios constitucionais da isonomia, dignidade da pessoa e valor social do trabalho, sob o argumento de que a observância de regras claras e objetivas confere eficácia à proteção.

Outro argumento levantado pela reclamante/recorrida era de que as atividades do anexo 13 da NR 15 são da década de 1970 impondo sua atualização, o que foi rejeitado sob o fundamento de que a referida NR sofreu diversas alterações e atualizações, de modo que a relação oficial do Ministério do Trabalho frequentemente foi modificada sempre que autorizada pelo avanço do tempo sobre as relações de trabalho.

Mais um aspecto analisado pelo acórdão foi a similitude das atividades de telemarketing com a telegrafia e radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo Morse e recepção de sinais em fones.

Afastando os argumentos da reclamante/recorrida e acolhendo a tese dos empregadores, descreveu que as atividades descritas no anexo 13 caracterizam-se primordialmente pela manipulação de sinais emitidos de forma alternada e em alta frequência, a serem decifradas pelos profissionais da área, enquanto as atividades de teleatendimento, telemarketing ou teleoperação não pressupõem a exposição ao mesmo agente insalubre, o ruído de impacto, pois não se caracterizam pela recepção constante de sinais codificados em alta frequência, mas, diversamente, pressupõem o contato habitual com a voz humana.

Ressaltou, assim, que a recepção de sinais não guarda a mesma semântica da recepção de sons ou de voz, indicando inclusive a diferenciação feita pelo próprio Ministério do Trabalho, por meio de notas técnicas (a mais conhecida é a 10/2002-DSST). Ademais, a NR 17, que trata do operador de telemarketing, descreveu as condições de conforto do ambiente, não descrevendo a atividade como insalubre.

Reforça, ainda, trazendo argumentos novos, que o MTE inseriu as atividades de telegrafia e afins no Anexo 13, referente aos agentes químicos, pois estas atividades têm contato com tintas para a codificação das mensagens e com a poeira decorrente da técnica de perfuração de fitas de papel. Ou seja, as atividades não são insalubres apenas pelo ruído.

Com a finalidade de alcançar todos os argumentos levantados no incidente, refutou as alegações do SINTRATEL no sentido de que o ruído no ambiente do trabalho faz com que os operadores tenham que ampliar o som do fone, ultrapassando os limites de tolerância. O acórdão indica que o direito ao adicional de insalubridade não exsurge como consequência

automática da atividade de teleatendimento, do uso de fones de ouvido ou de qualquer dado meramente indicativo do ruído no ambiente de trabalho, mas deve ser aferido, concretamente, mediante avaliação técnica quantitativa dos níveis de ruído permanente ou intermitente. Em outros termos, o operador de telemarketing pode ter direito ao adicional por avaliação quantitativa e não qualitativa.

Rejeitou também o argumento trazido pela reclamante/recorrente de que, não sendo considerada a atividade de telemarketing como insalubre, estaria afastando dos profissionais a garantia de proteção da saúde no trabalho e ao patamar mínimo civilizatório, ampliando as patologias, porque a NR 17 teve a incumbência de adaptar as condições de trabalho às características psicofisiológicas dos operadores de telemarketing, de modo a proporcionar o máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente, o que significa que possuem proteção relacionada a sua saúde e ao meio ambiente do trabalho.

Por todo o exposto, manteve o entendimento prevalecente no âmbito do TST, e firmou as seguintes teses:

TEMA REPETITIVO Nº 0005: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. UTILIZAÇÃO DE FONES DE OUVIDO. OPERADOR DE TELEMARKEITING. TESES JURÍDICAS FIRMADAS:

1. O reconhecimento da insalubridade, para fins do percebimento do adicional previsto no artigo 192 da CLT, não prescinde do enquadramento da atividade ou operação na relação elaborada pelo Ministério do Trabalho ou da constatação de extrapolação de níveis de tolerância fixados para agente nocivo expressamente arrolado no quadro oficial.

2. A atividade com utilização constante de fones de ouvido, tal como a de operador de telemarketing, não gera direito ao adicional de insalubridade, tão somente por equiparação aos serviços de telegrafia e radiotelegrafia, manipulação em aparelhos do tipo Morse e recepção de sinais em fones, para os fins do Anexo 13 da Norma Regulamentadora 15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho (BRASIL, 2017a, p. 5212).

Considerando que manteve o entendimento já pacificado, não modulou os efeitos da decisão. Da decisão não houve a interposição de recurso.

### ***3.2.10 Considerações sobre o estudo de caso***

No decorrer do estudo de caso já foram feitas algumas ponderações, mas cabe nesse momento trazer mais algumas para sistematizar sua análise.

Verifica-se de modo global que o foco principal desse incidente era impor que o TRT da 4ª Região observasse o entendimento já pacificado no TST.

Nesse contexto, o procedimento foi bem restritivo, seguindo parâmetros que não objetivaram ampliar a participação dos envolvidos e conseqüentemente os debates.

Isso se verifica, inicialmente, pela eleição de um único caso paradigma, que não se preocupou ao menos de eleger recursos derivados de ações coletivas.

Em seguida, pela decisão de afetação que desconsiderou totalmente sua função de direcionar o procedimento, apenas delimitando o tema, que, a propósito, foi ampliado no momento do julgamento.

Nessa decisão não se analisou o processo paradigma e nem mesmo deu as diretrizes necessárias para colher informações dos TRTs, o que obstou inclusive o encaminhamento de outros casos representativos. Evidentemente que os próprios Tribunais poderiam ter equalizado a decisão e buscado ampliar o debate encaminhando novos processos, mas assim não agiram. O mesmo se diga do parecer do Ministério Público do Trabalho que poderia ter trazidos luzes para esse aspecto, mas também não o fez.

Quanto à participação dos envolvidos, as partes dos processos paradigmas tiveram ampla possibilidade de manifestação, sendo o ponto mais democrática em termos de participação.

No que se refere aos demais sujeitos envolvidos, como já anunciado, a disparidade entre os representantes das classes ficou evidente, criando um procedimento desigual e ampliando as vantagens dos litigantes habituais, vez que os empregados tiveram, na realidade, um único *amicus curiae* que trouxe apenas um argumento considerado na decisão.

Curiosamente, na decisão o relator quando se referia ao *amicus curiae* que representava os interesses dos trabalhadores indicava genericamente que “variados amici curiae” tinham argumentado dessa ou daquela forma. No entanto, tratava dos argumentos da FITRATELP que já estavam inseridos literalmente na manifestação da reclamante/recorrida.

Verificou-se, tal como ocorreu na análise do tema 2, que os advogados dos trabalhadores acabaram representando mais de um sujeito o que minimiza, consideravelmente, a possibilidade de ampliar o debate, tornando a atuação mais quantitativa do que qualitativa.

Por sua vez, os representantes dos empregadores, no presente caso, demonstraram grande capacidade de articulação, trazendo perícias de vários locais do País. Além disso, a CNI atuou, ampliando consideravelmente o rol de representados, pois extrapolou as empresas de telefonia.

Quanto aos ausentes, novamente, apenas representante dos empregadores compareceu, o que se fez por meio da empresa Sercomtel Contact Center S.A.

Portanto, o déficit de contraditório foi ampliado nesse incidente, tendo ampla participação dos representantes dos empregadores e diminuta participação dos empregados.

Essa disparidade poderia ser atenuada com a audiência pública, mas o relator entendeu desnecessária, sob o fundamento de que a manifestação dos *amici curiae* já teria legitimado o incidente, o que, como visto, não legitimava.

Não se tratou, pois, de um processo efetivamente dialético.

Como defendido nesse trabalho, o relator deve ter postura proativa no incidente, buscando legitimá-lo por meio da ampla participação, indicando inclusive alguns participantes para que não se criem disparidades ainda maiores entre os litigantes habituais e eventuais.

O reflexo dessa disparidade fica evidente na decisão judicial, vez que as teses dos empregados foram totalmente refutadas, mantendo-se de forma ainda mais sólida o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, com base nos argumentos trazidos pelos representantes das empresas e naqueles que o Tribunal já utilizava na época da criação da OJ 4 da SDI I e da Súmula 448.

A escolha de apenas único processo, com manifestações meramente escritas e amplo déficit de contraditório acaba aproximando o incidente ao próprio recurso de revista, mas com a grande diferença de ser julgado por um órgão colegiado maior e tornar-se obrigatório para todos os processos pendentes e futuros que tenham a mesma questão jurídica.

Enfim, o presente incidente, com amplo déficit de contraditório, serviu apenas para reforçar tese já consolidada no Tribunal, o demonstra a utilidade do presente trabalho, que apresentou e defendeu a ampla participação como forma de verdadeiramente legitimar a decisão, construindo-a em conjunto com a sociedade envolvida.

A necessidade da participação fica ainda mais evidente quando se confronta o estudo dos dois casos. No tema dois, que teve ampla participação, os bancos, litigantes habituais, conseguiram modificar entendimento já consolidado em Súmula do TST que tinha poucos anos de existência. Por sua vez, no presente caso (tema 5), o déficit de contraditório apenas reforçou tese consolidada na Corte Trabalhista, não trazendo elementos que pudessem questionar efetivamente a posição sumulada do TST.





## CONCLUSÃO

O acesso à justiça, por ter uma dimensão ampla, pode levar a interpretações contraditórias, a depender de como o intérprete pretende direcionar seu discurso.

Ele pode ser usado como exaltação do direito de provocar o judiciário, mas, por outro lado, pode ser utilizado como a necessidade de eficiência do Judiciário, permitindo que a decisão de um único processo atinja todos os outros casos idênticos ou semelhantes, presentes e futuros, o que, paradoxalmente, restringe o direito de acessar o judiciário daqueles que não ajuizaram seu processo.

É por isso que, no presente trabalho, parte-se do pressuposto de que o acesso à justiça deve ser analisado sob três facetas: como direito de ingresso, como devido processo legal e direito de sair do judiciário.

Como direito de ingresso, entende-se que é um direito universal, tornando o acesso à justiça exigível, permitindo que todos aqueles que tenham lesão ou ameaça de direito possam provocar o judiciário, tal como previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Como devido processo legal, ele deixa de ser visto como uma concepção puramente pré-processual, para reconhecer que o acesso à justiça garante ao jurisdicionado o direito de, adentrando com o processo, que seja justo e equânime, resguardando todas as garantias processuais, especialmente o contraditório, como se depreende do art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88.

Já o direito de sair do judiciário reflete na duração razoável do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII) e na efetividade da tutela jurisdicional, otimizando o processo, a fim de que possa examinar adequadamente as pretensões dos jurisdicionados em menor tempo possível.

Vê-se que as três facetas são direitos fundamentais delineados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 e como tal devem conviver harmoniosamente, por força do princípio da Unidade da Constituição.

Disso resulta que, na contemplação do acesso à justiça, não se pode verificar de modo isolado apenas um desses direitos fundamentais, buscando reconhecê-los de forma cumulada e coordenada.

De qualquer maneira, pode acontecer de, em determinado caso, existir colisão desses direitos fundamentais, o que autoriza que o julgador, no caso concreto, e o legislador possam dar prevalência a um determinado direito em detrimento do outro, desde que sacrifique de menor forma possível cada um dos direitos fundamentais.

É o que acontece com o recurso de revista repetitivo que, a um só tempo, é processo coletivo, mecanismo de gestão processual e precedente judicial. Processo coletivo por ter como objeto uma situação jurídica coletiva, inserindo-se no microsistema de julgamentos repetitivos e autorizando a incidência das regras do microsistema de tutela coletiva. Mecanismo de gestão processual, porque visa a racionalizar a atividade do TST na solução dos recursos repetitivos. E precedente judicial por viabilizar a criação de decisão com eficácia obrigatória.

Desse modo, fincado na duração razoável do processo, permite que, em um único processo, crie-se uma tese jurídica que será aplicada para todos os demais casos que tenham a mesma questão jurídica, o que restringe o direito de ingresso daqueles que ainda não ajuizaram seu processo, bem como o devido processo legal, pois atingirá sujeitos que não participaram da relação processual que firmou a tese.

Nesse contexto, e com o objetivo de gerar o menor sacrifício possível a tais direitos, defendeu-se nesse trabalho o direito de participação como mecanismo adequado para a diminuição do déficit de contraditório.

Porém, antes de adentrar no direito de participação, analisou-se o acesso à justiça para os litigantes habituais, verificando-o sob o viés daqueles que participam do processo.

Nesse aspecto e valendo-se dos estudos de Galanter (2018), demonstrou-se que os litigantes habituais têm diversas vantagens em relação àqueles que litigam de forma eventual como, por exemplo, estruturam suas atuações futuras com bases nos atos pretéritos, têm mais acesso à especialista, fazendo acordos nos processos que têm menores probabilidades de sagrar-se vencedor etc, o que já foi identificado em reclamações trabalhistas ajuizadas em face da UBER. Em suma, são capazes de criar estratégias processuais que geram disparidades entre as partes.

Isso reflete diretamente nos recursos repetitivos que, sendo um mecanismo destinado a solucionar conflitos repetidos, conectam-se com a litigância habitual, impondo um olhar ainda mais preciso para que viabilize a duração razoável do processo, mas, ao mesmo tempo, consiga atenuar as disparidades existentes, respeitando o devido processo legal e atingindo o mínimo possível o direito de ingresso.

Essa compatibilização passa pelo crivo do direito de participação e, conseqüentemente, do contraditório, reconhecido nesse trabalho como base do devido processo legal.

É que o contraditório moderno (substancial ou dinâmico) permite que os sujeitos envolvidos participem efetivamente da construção da decisão judicial, tornando o processo dialético e consentâneo com o Estado Democrático de Direito, que busca atos legítimos.

No caso dos processos coletivos, o que inclui o recurso de revista repetitivo, essa participação, como regra, não será exercida diretamente pelo titular do direito material, autorizando-se que seja realizada indiretamente por meio de representação.

Trata-se da chamada participação instrumental, a qual impõe que o processo deve ser analisado não apenas sob a ótica do caso concreto, mas na visão global do sistema, de modo que a participação deve servir para trazer qualidade para o julgamento.

Disso resulta que, nos recursos repetitivos, a participação não direciona para quantidade de sujeitos, mas para a qualidade dos atos praticados pelos envolvidos.

Desse modo, nesses recursos a quantidade de pessoas atingidas pela tese firmada pode alcançar números exponenciais, o significa que a participação direta de todos atingidos pode inviabilizar a própria prestação jurisdicional.

Assim, para que se possa efetivar o recurso repetitivo, buscando um processo de resultado, mas ao mesmo tempo diminua o déficit de contraditório, autoriza-se a atenuação da participação direta em detrimento da participação instrumental por meio de representantes, os quais podem ser os entes coletivos, o Ministério Público, as partes do processo eleito (paradigma), os sobrestados, o *amicus curiae* ou os ausentes.

A participação dos entes coletivos deriva da própria natureza do recurso de revista repetitivo que é uma espécie de processo coletivo, de modo que, reconhecendo o microsistema de tutela coletiva os sujeitos que devem tutelar os interesses de um grupo ou classe, a atuação dos entes coletivos no incidente deve ser fomentada. Noutras palavras, a própria lei (CDC, art. 82; LACP, art. 5º) descreve quem são os legítimos representantes do grupo, o que impõe sua observância no recurso repetitivo, para que viabilize a adequada representação da classe ou do grupo, mormente porque nesse incidente a tese, seja favorável ou não, irá vincular os titulares do direito material.

No processo do trabalho essa atuação é destacada e, como regra, direcionada às entidades sindicais que, desde a ordem constitucional, tem garantido o direito de defender os interesses da categoria no âmbito judicial (CF/88, art. 8º, III).

Ademais, quando se analisa o recurso repetitivo sob o viés da litigância habitual, as vantagens dos jogadores habituais podem ser ampliadas ainda mais se os litigantes eventuais não forem bem representados, vez que aqueles irão concentrar todos seus esforços em um único processo que produzirá reflexos para todos os demais com a mesma questão jurídica. Assim, a atuação dos entes coletivos, especialmente para representar os trabalhadores, minimiza a disparidade existente entre os litigantes habituais e eventuais, tornando o processo mais arriscado para aqueles que litigam habitualmente.

O fomento da participação dos entes coletivos foi verificado no tema 2 (divisor dos bancários) julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, o qual viabilizou a participação de diversas entidades sindicais, seja por meio da atuação como *amicus curiae*, seja na audiência pública.

No entanto, no caso do tema 5 (operador de telemarketing) apenas um sindicato e uma Federação representaram os interesses dos trabalhadores, sendo certo que a manifestação do sindicato não trouxe argumentos novos para o debate e a da Federação foi idêntica à manifestação da parte do processo paradigma. Essa atitude afasta, verdadeiramente, a representação de uma classe, majorando consideravelmente as vantagens da classe de empregadores.

Aliás, detectou-se na análise dos estudos de caso que os representantes dos empregados, em regra, conferem a uma banca de advogados a representação de diversas entidades, o que gera quantidade de atuações, mas peca pela qualidade dos argumentos, ampliando, novamente, a disparidade em relação aos representantes dos empregadores, que não atuam, como regra, dessa forma.

Esse fomento, impõe aos representantes, mormente dos empregados, uma melhor articulação com a classe que representa, buscando trazer elementos para o processo, o que não se verificou no tema 5 analisado.

No que tange à participação do Ministério Público do Trabalho, ela decorre do interesse público que está insito no recurso de revista repetitivo, já que a fixação da tese transcende ao interesse meramente patrimonial e individual. Trata-se de atuação obrigatória, nos termos do art. 896-C, § 9º, da CLT, exercendo seu mister de fiscal da ordem jurídica, além de ser um legítimo representante dos ausentes e sobrestados sem, contudo, afastar a possibilidade destes participarem diretamente, quando for o caso.

Essa participação não deve se resumir à atuação por meio de parecer após a instrução do incidente, devendo ocorrer desde a instauração do incidente para fiscalizar o melhor direcionamento do procedimento, seja na escolha dos processos pilotos, seja na delimitação do objeto do incidente na decisão de afetação.

Nos dois temas analisados, a atuação do Ministério Público do Trabalho poderia ter criado luzes para adequar a decisão de afetação ao objeto do incidente e, no tema 5, guiado para um procedimento mais democrático com ampla participação, mas o *parquet*, afastado da dimensão do incidente, expediu parecer nos moldes de um processo individual.

A participação das partes do processo paradigma emana da natureza do incidente como causa-piloto, de modo que o Tribunal, em unidade de cognição, julga o caso e cria a tese.

Por julgar o caso, permite a participação da parte, mormente na sustentação oral, o que significa que se torna uma modalidade de porta voz daqueles que não estão presentes no processo (sobrestados e ausentes).

Isso faz com que a escolha do processo paradigma seja extremamente relevante, sendo o ponto de partida para a adequada representação.

Desse modo, na eleição do caso devem ser observados os elementos subjetivos (pluralidade e representatividade) e objetivos (recurso admitido e com abrangente argumentação e discussão).

A pluralidade indica que seja dada prioridade aos processos que tenham amplitude subjetiva (p.ex., litisconsórcio), já que, como regra, o contraditório foi ampliado. A representatividade reconhece a necessidade de escolher processos coletivos em detrimento dos individuais, como sugere o art. 8º da Recomendação nº 76 do CNJ, vez que são processos que, normalmente, tem maior legitimação política e social.

Aliás, a representatividade ganha os contornos da representatividade adequada das *class actions*, principalmente quando eleitos processos individuais, impondo que se analise especialmente as condições técnicas das partes e de seus advogados que atuarão no processo, já que seu desempenho refletirá em diversas relações jurídicas.

A abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida vem expressamente no art. 1.036, § 6º, do CPC, aplicável ao processo do trabalho, como declina o art. 283 do Regimento Interno do TST. Ela tem como objetivo direcionar a escolha para aqueles processos que alcancem todas as controvérsias discutidas no incidente, buscando ainda demonstrar a polaridade dos argumentos, o que é salutar no direito do trabalho que, normalmente, tem polos antagônicos (empregado x empregador).

Nos temas 2 e 5 da tabela de incidentes de recurso de revista repetitivo, o TST não observou os elementos subjetivos para a eleição dos processos paradigmas, o que minimizou a representação da parte que defendia a tese dos empregados no caso do tema 2. No tema 5, como o advogado da Federação também representou a parte do processo paradigma, ampliou-se o debate. De qualquer modo, nos dois casos elegeu-se processos que tinham abrangente argumentação e discussão sobre a temática.

A participação do sobrestado, entendido como aquele que teve seu processo suspenso, deriva da característica do recurso de revista repetitivo de ser um mecanismo de gestão de processo, tendo a capacidade de provocar a suspensão dos processos que tenham a mesma questão jurídica e, após o julgamento, produzir um verdadeiro efeito cascata, pois a tese firmada será replicada para todos os casos pendentes.

A decisão, portanto, atinge diretamente os sobrestados, o que torna necessária sua participação, seja para requerer que seu processo não seja suspenso, porque distinto da questão que será submetida ao incidente, seja para atuar diretamente no incidente.

Sua atuação direta no recurso de revista repetitivo, por meio de intervenção de terceiros *sui generis*, provém de seu interesse na controvérsia (CLT, art. 896-C, § 8º), uma vez que, como dito, será atingido pela tese fixada, devendo ter a oportunidade de influenciar o julgador, como forma de garantir o direito ao contraditório.

Esse contraditório é respeitado, inicialmente, com a ampla publicidade da instauração do incidente, para que os sobrestados tenham ciência de sua existência e dele possam participar.

Por outro lado, o contraditório nesse caso sofre atenuações, passando novamente pelo crivo da participação instrumental, pois ele somente será admitido se trazer novos argumentos que possam contribuir para o debate e melhorar a qualidade do julgamento, devendo ainda representar um grupo ou subgrupo.

Esse incidente, porém, não atinge apenas os processos pendentes.

Com o advento do CPC de 2015 (art. 927, III), a decisão firmada no recurso de revista repetitivo tornou-se obrigatória para os processos futuros que tenham a mesma questão jurídica, atingido potenciais pessoas que poderão no futuro ajuizar suas demandas, chamadas nesse trabalho de ausentes. É, pois, um precedente judicial.

Tal como ocorre com o sobrestado, o ausente, por ser atingido potencialmente pela decisão, também poderá participar do incidente, a fim de viabilizar que coopere na construção da norma jurídica.

Eles se submetem aos mesmos requisitos que os sobrestados, de modo que sua atuação será deferida se trouxerem argumentos que contribuam para o debate e puderem representar um grupo ou subgrupo. De qualquer maneira, seu interesse na controvérsia é mais atenuado do que o do sobrestado, devendo demonstrar em que medida será afetado pela decisão, permitindo-se ainda que o relator limite seus poderes de atuação.

Nos temas 2 e 5 analisados nesse trabalho, o TST, porém, não autorizou, como regra, a participação de sobrestados e ausentes, salvo no caso do tema 2 de dois bancos públicos e no tema 5 de uma empresa, substituindo suas participações pelo *amicus curiae*. Contudo, eles não se confundem com *amici curiae* que tem institucional enquanto possuem interesse na controvérsia, devendo ser admitidos para resguardar inclusive a defesa de grupos e subgrupos.

Outro participante de extrema relevância para o incidente é o *amicus curiae*, que se complementa com as demais, não excluindo, pois, a possibilidade de atuação dos sobrestados e ausentes, quando presentes os requisitos para sua participação.

De qualquer maneira, a participação dos *amici curiae* é exaltada no recurso repetitivo estando diretamente ligada à ideia de precedente judicial.

Trata-se de um terceiro que tem interesse institucional, podendo participar do incidente se demonstrar sua representatividade, entendida como a relação que possui com o objeto em questão e a aptidão de contribuir para o debate, e que a matéria debatida tem grande relevância, é específica ou tem repercussão social.

Serve, pois, como um sujeito que pode fomentar o debate qualificado.

No entanto, por estar fincado em um interesse institucional, ele pode representar um grupo ou um segmento, de modo que sua participação, embora deva ser promovida, precisa ser bem analisada, mormente quando se tem litigância habitual, para que não se permita atuação estratégica dos jogadores habituais por meio dos *amici curiae* ampliando a disparidade em relação aos litigantes eventuais.

No estudo de caso analisado no tema 2, o TST fomentou a atuação dos *amici curiae*, embora a atuação das Federações dos Trabalhadores tenha sido, em boa parte, repetitiva, afastando a ampliação argumentativa que se espera com a participação de diversos sujeitos no incidente.

Além da participação de todos os sujeitos anunciados anteriormente, a fim de ampliar as discussões e argumentos, um momento muito importante no incidente é a possibilidade de se ter audiência pública, a qual torna o processo mais democrático e plural, viabilizando a participação de especialistas e do segmento da sociedade envolvido com a questão, majorando assim os argumentos úteis acerca da temática e direcionando para uma decisão com melhor qualidade.

O TST, no tema 2, deu grande ênfase à audiência pública, sendo o principal momento de participação e muito relevante para a colheita de argumentos úteis, tornando o incidente, nesse ponto, dialético e democrático. No caso do tema 5, o procedimento não foi igualitário, podendo a audiência pública ter trazido novos ares para a discussão, mas o relator entendeu desnecessária sua realização.

Aliás, nos dois casos estudados foi possível verificar empiricamente a utilidade desse estudo e a necessidade de ampliação das participações para fomentar o debate e tornar o processo legítimo.



No caso 2, especialmente, na audiência pública várias teses contrapostas foram apresentadas, ampliando consideravelmente a colheita de informações, criando uma decisão com maior qualidade, que inclusive acabou modificando posicionamento que estava pacificado no TST.

Já no tema 5, a disparidade entre as partes na participação ficou evidente, restringindo as teses dos empregados e direcionando o processo para um fim inevitável, no caso, a manutenção da jurisprudência do TST.

Noutras palavras, o tema 2, que teve ampla participação, os bancos, litigantes habituais, conseguiram modificar entendimento já consolidado em Súmula do TST que tinha poucos anos de existência. Por sua vez, no tema 5, o déficit de contraditório apenas reforçou tese consolidada na Corte Trabalhista, não trazendo elementos que pudessem questionar efetivamente a posição sumulada do TST.

A restrição das participações afasta a legitimidade da decisão, além de ampliar ainda mais a disparidade existente entre litigantes eventuais e habituais e, no direito do trabalho, entre trabalhadores e empregadores.

No dois casos analisados, embora se tenha buscado a participação de sujeitos representativos das duas classes (empregado x empregador), especialmente no tema 2, verificou-se que os representantes das empresas, litigantes habituais, são mais articuladas, direcionando suas teses adequadamente desde o início do incidente. No tema 5, com amplo déficit de contraditório, as vantagens dos litigantes habituais foram ainda mais potencializadas.

De qualquer maneira, para que as participações sejam efetivas é necessário que o objeto do incidente seja bem delimitado, já que ele vincula o Poder Judiciário e delimita o campo de atuação dos envolvidos.

Com efeito, ganha relevância a decisão de afetação que é a oportunidade que o relator delimitará de forma precisa o objeto do incidente, justificará a escolha dos processos paradigmáticos, fixará as diretrizes de participação, podendo inclusive diferenciar os atos que poderão ser realizados por cada participante, comunicará a sociedade acerca da existência do incidente e determinará, se for o caso, a suspensão dos processos com questão idêntica. É, pois, uma decisão que organiza todo o incidente, guiando-o para que ele seja eficiente, sem prejudicar o devido processo legal.

Em suma, o trabalho apresentado norteia a tensão existente no recurso de revista repetitivo entre a duração razoável do processo e o contraditório, defendendo-se que eles podem ser compatibilizados por meio da ampla participação, a fim de que se possa legitimar o

processo, ampliando os debates e buscando melhorar a qualidade da decisão, já que esta produzirá efeitos para todos os processos, presentes e futuros, que tenham a mesma questão jurídica.

É que o Judiciário tem sua legitimação reconhecida a *posteriori*, o que passa pelo respeito ao efetivo contraditório que, no caso do incidente do recurso de revista repetitivo, desagua na ampla participação igualitária dos sujeitos envolvidos, minimizando todo o déficit de contraditório existente nesse procedimento.

Antes de finalizar é necessário anunciar que a observância do contraditório, não se limita ao momento da criação da norma jurídica, ou seja, dentro do recurso de revista repetitivo.

Como precedente judicial, a decisão do incidente se espraia para o futuro, de modo que será interpretada para verificar se ela incide ou não em determinado caso concreto.

Nesse processo interpretativo, deve ser respeitado o contraditório substancial como forma de permitir a construção participativa da decisão, mormente acerca da distinção e da superação, chegando-se à conclusão que o precedente deve ou não ser aplicado ao caso.

Portanto, o contraditório como base do devido processo legal deve ser resguardado tanto no momento da criação do precedente, como na sua aplicação.

Para finalizar, toda a sistemática apresentada nesse trabalho de ampla participação, entende-se que deve ser transportada para a hipótese de revisão ou superação da decisão proferida no recurso de revista repetitivo (precedente judicial), pois, nesse caso, teremos a um só tempo a revogação do precedente anterior e a criação de um novo precedente.



## REFERÊNCIAS<sup>43</sup>

AMENT, Thiago Henrique. **Recurso de revista repetitivo – entre os precedentes da Common Law e o julgamento por causa-piloto**. São Paulo: LTr, 2018.

ARENHART, SERGIO CRUZ. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/T.2.2018.tde-30102020-031430. Acesso em: 19.04.2021.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2018.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: Tomo 1**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015b.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito Processual Metaindividual do Trabalho: a adequada e efetiva tutela jurisdicional dos direitos de dimensão transindividual**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

ALVES, Gustavo Silva. **Ações coletivas e casos repetitivos – a vinculação das decisões no processo coletivo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo: RT, n. 229, p. 377-401, mar-2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Notas técnicas do Banco Central do Brasil**, n. 35, maio/2003. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pec/notastecnicas/port/2003nt35sistemajudicialmercadocredbrasil.pdf>. Acesso em 29 mar. 2021.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. **O devido processo legal nas demandas repetitivas**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador: 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1 ed. 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

<sup>43</sup> De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT NBR 6023)

- BRANDÃO, Cláudio. Incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos. In: MIESSA, Élisson (coord.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016a.
- BRANDÃO, Cláudio. **Reforma do sistema recursal trabalhista**: de acordo com CPC/2015, as Instruções Normativas do TST n. 39 e 40/2016 e Emenda Constitucional n. 92/2016. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016b.
- BRANDÃO, Cláudio. **Reclamação constitucional no processo do trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Índice de acesso à justiça**. Brasília: 2021a. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/03/Relatorio\\_Indice-de-Acesso-a-Justica\\_LIODS\\_16-3-2021.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/03/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_16-3-2021.pdf). Acesso em 23 mar. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília: 2012a. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em 24 mar. 2021.
- BRASIL. **Exposição de motivos do Código de processo civil**. 8. jun. 2010. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso: 07 mai. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 4071 AgR**. Relator Min. Menezes Direito. Julgado em 22 abr. 2009. Publicado em 16 out. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recl 5216 AgR**. Relatora: Min. Cármen Lucia. Julgado em: 13 jun. 2012. Acórdão eletrônico. Publicado em: 19 set. 2012b.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **MS 15.920**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 14 nov. 2012. Publicado em fev. 2013a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgRg no REsp 786.612**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 17 out. 2013. Acórdão eletrônico. Publicado em out. 2013b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **RE 630705 AgR**. Julgado em 11 dez. 2012. Acórdão eletrônico. Publicado em 13 fev. 2013c.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1251927**. Julgado em 28 jul. 2021. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Publicado DJe em 29 jul. 2021b.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Tribunal Pleno. **EEDRR 160100-88.2009.5.03.0038**. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. Julgado em 24 mar. 2015. Republicado em: 14 abr. 2015a.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. 2ª Turma. **RO-00082111-07.2014.5.22.0004**. Rel. Liana Chaib. Julgado em 17 mar. 2015b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção de Dissídios Individuais I. **IRR-RR- 356-84.2013.5.04.0007**. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. Julgado em: 25 maio 2017a.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção de Dissídios Individuais I. **IRR - 849-83.2013.5.03.0138**. Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Julgado em 10 ago. 2017b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Banco de Dados dos Tribunais Regionais**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/banco-de-dados-do-trt>. Acesso em: 13 abr. 2021c.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Movimentação processual do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/83e4d26f-bb4a-247b-f69f-5f5a68ce0c75>. Acesso em: 13 abr. 2021d.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ranking das Partes Resíduos**. Disponível: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/ranking-das-partes>. Acesso em: 14 abr. 2021e.

BUENO, Cassio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**. Publicado originalmente na Revista de Processo, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 92-151, 1996. Disponível em: <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2021

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987 do CPC. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo civil**. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016a.

CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Julgamento de casos repetitivos**. p. 37-64. Salvador: Juspodivm, 2016b.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo: ações coletivas e o julgamento dos casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Comentários ao art. 138 do CPC. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo civil**. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAVALCANTI, Marcos Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Natália Xavier. **Uniformização de jurisprudência trabalhista e o sistema de precedentes vinculantes**. Curitiba: CRV, 2019.

DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DANTAS, Bruno. Comentários aos arts. 976 a 987. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 2277-2298.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume I**. 10. ed., rev. e atual. segundo o Código de Processo Civil e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016 – São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. vol. 2. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. vol. 2, 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. Vol. 3. 14. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Vol. 4. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016a.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Julgamento de casos repetitivos**. p.181-191. Salvador: Juspodivm, 2016b.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximação e

distinções. Revista dos Tribunais online. **Revista de processo**, vol. 256/2016, p. 209-218. Jun.2016c.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. **Revista de Processo**. vol. 229, p. 273-280. mar./2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; ALVES, Gustavo Silva. Intervenção dos membros de grupo no julgamento de casos repetitivos. **Civil Procedure Review**, v. 10, n. 1, p. 51-73, 2019.

DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. O julgamento de recursos de revista repetitivos e a IN 39/2016 do TST: o processo do trabalho em direção aos precedentes obrigatórios. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p.193-226.

DIDIER JR., Fredie; TERMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 227-250.

DIDIER JR. (et al). Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, de 01, 02 e 03 de maio 2015. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

ESCAVADOR. **Henrique Souto Maior Muniz de Albuquerque**. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/9923311/henrique-souto-maior-muniz-de-albuquerque>. Acesso em: 16 jul. 2021a.

ESCAVADOR. **Antonio Carlos Ivo Metzker**. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/9955493/antonio-carlos-ivo-metzker#:~:text=Antonio&text=Carlos&text=Ivo&text=Metzker>. Acesso em: 19 jul. 2021b.

ESCAVADOR. **Fernando de Oliveira Santos**. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/9954302/fernando-de-oliveira-santos#:~:text=Fernando&text=Oliveira&text=Santos>. Acesso em: 19 jul. 2021c.

ESCAVADOR. **Ligia T. da Veiga Lima**. Disponível em <https://www.escavador.com/busca?qo=t&q=L%C3%ADdia+T.+da+Veiga+Lima>. Acesso em: 05 ago. 2021d.

ESCAVADOR. **José Alberto Couto Maciel**. <https://www.escavador.com/busca?qo=t&q=Jos%C3%A9+Alberto+Couto+Maciel>. Acesso em 05 ago. 2021e.

FACÓ, Juliane Dias. **Recursos de revista repetitivos**. São Paulo: LTr, 2016.

FARIA, Márcio Carvalho. A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Ano 4. Volume VI. Jul. a Dez. 2010. p. 475-496.



FRANCISCO, João Eberhardt. **Filtros ao acesso individual à justiça: estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2018.

GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **RBSD–Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p.152-181, set./dez. 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES DA SILVA, Paulo; ARAUJO ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the 'Haves' Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting (January 15, 2016). **FGV Direito SP Research Paper Series**. No. 141. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2716242>. Acesso em: 24 mar. 2021.

GALANTER, Marc, 1941. **Por que “quem tem” sai na frente [recurso eletrônico]:** especulações sobre os limites da transformação no direito/Marc Galanter; organizadora e tradutora, Ana Carolina Chasin. – São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Carlos Fernando de Barros Autran. Técnicas de distinção nos precedentes e recursos repetitivos: Democratização processual e tecnologias do processo civil brasileiro. **Rev. de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. Porto Alegre. v. 4. n. 2. Jul/Dez. 2018. p. 23-42

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, n. 18, 1996/2.

KOERNER, Andrei. O debate sobre a reforma judiciária. **Novos Estudos**, São Paulo, CEBRAP. 54, p. 11-26, jul. 1999.

LIMA, Tiago Asfor Rocha; FERNANDES, André Dias. Reclamação e causas repetitivas: alguns pontos polêmicos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 445-473.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Precedentes Judiciais no Processo Civil Brasileiro: aproximação entre civil law e common law e aplicabilidade do stare decisis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LOSANO, Mário G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus**. Tradução de Marcela Varejão. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura. In: DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil: Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2ª série. Salvador: Juspodivum, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**. Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários aos arts. 926 a 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19 ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MENDES, Carolina Paes de Castro. As *class actions* e as últimas mudanças na Regra 23 do Estatuto Processual Federal norte-americano. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 22, número 1. Jan-abr de 2021. pp. 781-824. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56804>. Acesso em: 19 mai. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direito fundamentais**. 1ª ed. 2ª tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIESSA, Élisson. Nova realidade: teoria dos precedentes judiciais e sua incidência no processo do *trabalho*. In: MIESSA, Élisson (org.) **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MIESSA, Élisson. **Curso de direito processual do trabalho**. 8ª. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021a.

MIESSA, Élisson. **Manual dos recursos trabalhistas: teoria e prática**. 5ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021b.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 37, v.206, p. 61-78, abril. 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – volume único**. 11 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1036 a 1041. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 2428-2450.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LEME, Ana Carolina Reis Paes. Litigância manipulativa da jurisprudência e plataformas digitais de transporte: levantando o véu do procedimento conciliatório estratégico. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 10, n. 95, p. 24-44, jan. 2021.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito. **Recursos de natureza extraordinária no TST**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. **Acesso à justiça: Projeto Florença e Banco Mundial**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

PRITSCH, Cesar Zucatti. Antecedentes Históricos: Precedentes no Common Law – Evoluções separadas a partir dos mesmos ingredientes. In: PRITSCH, Cesar Zucatti et al. (Coord.). **Precedentes no processo do trabalho: teoria e aspectos controvertidos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

REVOLUÇÃO tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. **STJ**. 23 ago. 20. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em: 17 jul. 2021.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Ações coletiva e procedimentos para a resolução de casos repetitivos: Qual o espaço destinado a cada um? Procedimentos de resolução de casos repetitivos. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p.181-191.

Rocha, Victor Yuri Brederodes da. **Amicus curiae para que?: o papel do amicus curiae na função jurisdicional e seus desafios à luz do novo código de processo civil de 2015**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

STIGLER, G. J. Law or economics? **The Journal of Law and Economics**. v. 35, n. 2, p. 455-468, Out. 1992.

TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. Al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 466-473.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A participação no julgamento de casos repetitivos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Jan. a Abr. de 2021. p. 465-487

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

TEMER, Sofia. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal**. Vol. III. 48. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIOLIN, Jordão. O contraditório no processo coletivo: amicus curiae e princípio da cooperação. In: ZANETI, Hermes Jr. (coord). **Processo Coletivo**. Coleção Repercussões do Novo CPC, v.8. Salvador: Juspodivm, 2016.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. 2. Ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 946 do CPC. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo civil**. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016a.

ZANETI JR., Hermes. **O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2 ed. Rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016b.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. **O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.

ZUFELATO, Camilo. Fundamentação e argumentação em sede de precedentes judiciais vinculantes relativos a demanda. In: Posada, Giovanni Priori (coord). **Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales**. Lima: Palestra, 2016, p. 277-289.

ZUFELATO, Camilo. Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro. In: ALMEIRA, Gregório Assagra de (coord.). **Coleção Direito fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ZWICKER, Igor de Oliveira. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos do TST**. São Paulo: LTr, 2015.