

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR DESRESPEITO AOS PRECEDENTES

André Araújo Molina*

1. INTRODUÇÃO



s estudiosos sempre buscaram definir a natureza jurídica das decisões judiciais, a sua admissão como fontes do direito, sua relevância para a interpretação e argumentação jurídicas, bem como as suas possibilidades eficaciais, conforme o direito positivo e a tradição de cada país, esforço que foi potencializado entre nós nas duas últimas décadas, em razão das várias alterações legislativas, passando pela criação das súmulas vinculantes, dos procedimentos especiais de julgamento das demandas repetitivas, culminando com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que representa uma nova etapa nessa linha evolutiva, vez que ampliou o universo das decisões judiciais que se tornaram obrigatórias, potencializando com isso as suas eficácias e ampliando os seus efeitos exteriores aos próprios autos.

Um dos importantes capítulos da teoria geral do processo é o da teoria dos precedentes, bastante desenvolvido nos países de tradição jurídica de *common law*, onde os precedentes sempre ocuparam posição destacada, cujas experiências teóricas e jurisprudenciais são relevantes, nos aspectos comparativo e conceitual, entretanto, diante das particularidades do nosso direito positivo, que não encontra similar em outras latitudes,

* Professor Titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso (ESMATRA/MT), Doutor em Filosofia do Direito (PUC/SP), Mestre em Direito do Trabalho (PUC/SP), Especialista em Direito Processual Civil (UCB/RJ) e em Direito do Trabalho (UCB/RJ), Bacharel em Direito (UFMT) e Juiz do Trabalho Titular na 23ª Região (Mato Grosso).

devemos construir uma teoria brasileira dos precedentes judiciais, inserindo a jurisdição civil, incluída a trabalhista, nessa nova realidade, uma vez que, além dos institutos do novo Código de Processo Civil serem aplicados ao processo trabalhista¹, exigindo a observância compulsória de alguns precedentes como fontes do direito, a própria legislação trabalhista vem sendo paulatinamente reformada com vistas a também inserir esse ramo especializado na nova realidade de valorização das decisões judiciais².

A proposta desse artigo é avançar para definir quais as decisões que se tornaram obrigatórias para a jurisdição brasileira, como identificá-las, definir a sua eficácia e as técnicas para interpretação e aplicação à luz dessa nova realidade, derivando dessas especificações a necessidade de se impor aos atores processuais o respeito aos precedentes obrigatórios, enquanto um dos seus efeitos exteriores, que extrapolam os limites, objetivos e subjetivos, dos próprios autos em que foram construídos. Entre as eficácias externas, estão a aceleração do procedimento para aqueles que litigam fundamentados em precedente obrigatório e, de outro lado, sancionando quem pretenda continuar litigando em defesa de interpretação ou tese francamente superada por decisão judicial vinculante, apostando as suas fichas na patologia do sistema de justiça, que ainda compreende como

¹ O novo CPC prevê em seu artigo 15 que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” Para um completo estudo a respeito da abrangência da influência e os critérios de aplicabilidade das normas processuais do novo Código ao processo do trabalho v. MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do TST*, Brasília, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.

² Um eloquente exemplo foi a inclusão das disposições processuais para regular o julgamento dos recursos de revista repetitivos, dada pela Lei 13.015/2014, na Consolidação das Leis do Trabalho, que também adotou as premissas próprias da doutrina do *stare decisis* de atribuir força vinculativa aos precedentes judiciais, exigindo das partes, dos advogados e magistrados uma mudança de mentalidade na abordagem da jurisprudência como fonte formal do direito.

absolutamente normal que as mesmas questões sejam sequencialmente submetidas, analisadas e por fim repelidas, premian-do os litigantes judiciais frívolos e contumazes.

2. OS PRECEDENTES COMO INDUTORES DE UNIDADE, PREVISIBILIDADE E RACIONALIDADE DO SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA

Luiz Guilherme Marinoni, em preciosa obra que estuda as raízes culturais, sociológicas e mesmo antropológicas do direito brasileiro³, observou que os valores herdados quando da fase de colonização do Brasil, calcados no patriarcalismo e no patrimonialismo, deram origem ao estereótipo do cidadão que, já acostumado ao ambiente íntimo e de troca de favores da família, ao integrar a estrutura pública, transforma este espaço em privado, justamente porque não tolera a racionalidade e a impessoalidade, enxergando a lei como algo que pode (deve) ser contornado com o auxílio do funcionário que está na Administração apenas para dela se beneficiar.

Segue para o autor que não é difícil estabelecer uma clara ligação entre uma cultura que sustenta a possibilidade de o cidadão resistir à lei que o prejudica mediante o uso das relações e um sistema que introjetou a falta de unidade e racionalidade na solução de casos iguais, enxergando com passividade o tratamento diferenciado das pessoas como algo natural, de modo que a ausência de reação ao sistema judicial que nega a igualdade material, a racionalidade e a previsibilidade pode revelar interesse de vários grupos sociais, inclusive de alguns magistrados e de parcela dos litigantes e advogados, que ganham com os defeitos do sistema.

Visando corrigir essas patologias do nosso modelo de justiça, reformas legislativas mais recentes acenam para a necessidade de que os jurisdicionados e os diversos atores pro-

³ Marinoni, A ética dos precedentes, *passim*.

cessuais passem a atuar com uma maior cooperação entre si, conduzindo seus atos com boa-fé objetiva, para um resultado efetivo da jurisdição, abandonando aquele modelo liberal clássico, adversarial, quando o processo era visto como uma verdadeira disputa, podendo os litigantes e advogados valerem-se de todas as armas disponíveis para verem albergados os seus interesses, ainda que em desprestígio da eficiência e efetividade da atividade jurisdicional.

O principal mecanismo pensado para a aceleração dos procedimentos, atribuição de estabilidade, segurança e previsibilidade, é o modelo dos precedentes obrigatórios, os quais devem ser seguidos por todos que participam do processo, prevenindo demandas, atenuando recursos, com vistas a antecipar, o mais rápido possível, o resultado no campo do direito material que já era sabido e esperado pelo conhecimento prévio da posição dos tribunais superiores quanto ao tema.

Muito embora desde a EC n. 45/2004, que introduziu o instrumento das súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico (art. 103-A da CF/88), já tivéssemos a necessidade de readequar a teoria da decisão judicial no Brasil, para amoldá-la às novas fontes formais do direito que eram as súmulas vinculantes, foi apenas com a vigência do CPC de 2015 que o tema ganhou maior relevância, convocando todos os atores do cenário jurídico, inclusive os trabalhistas, à compreender, interpretar e aplicar súmulas, jurisprudências e os precedentes judiciais de forma mais adequada, destacando a premente necessidade de uma mudança de abordagem, migrando da concepção de aplicação abstrata e subsuntiva das fórmulas sintéticas das súmulas, para um modelo de reconstrução da cadeia discursiva da sua formação, com uma adequada contextualização fática, análise dos fundamentos jurídicos, argumentação desenvolvida, do que deriva a possibilidade de distinção e superação (total e parcial) dos entendimentos outrora pacificados, acenando para a evolução do direito, ao mesmo tempo em que se privilegia a

segurança jurídica e a estabilidade social.

Segundo o art. 927 do CPC de 2015, as súmulas dos tribunais passaram a ostentar a eficácia vinculante ou obrigatória, quando atenderem os requisitos de legitimação, como a observação do contraditório substancial, o enfrentamento de todos os argumentos trazidos pelas partes litigantes, fomentarem a participação dos terceiros, de modo que, por não respeitarem tais requisitos, as súmulas antigas (pré-CPC) continuam com eficácia apenas persuasiva, devendo ser consideradas quando da tomada de decisão, por dever de estabilidade, integridade e coerência do sistema (art. 926 do CPC), mas sem a vinculatividade que as novas súmulas passaram a ostentar. Para dizer em outras palavras, as antigas súmulas (editadas na vigência da lei processual já revogada) não foram “promovidas” de persuasivas à vinculantes, mas continuam com a antiga eficácia, reservando-se apenas para as novas súmulas e precedentes – agora com um procedimento rigoroso de aprovação – o atributo da obrigatoriedade⁴.

O conhecimento prévio da interpretação uniforme dos tribunais quanto ao ponto objeto de divergência na relação jurídica, cria para os litigantes e o julgador um dever de autorreferência, uma obrigação de necessariamente dialogar com os precedentes, que não podem ser ignorados, desde a propositura das ações, oferta das defesas e prolação das sentenças, na medida em que somente poderá o juiz desincumbir-se da sua tarefa de aplicar de forma contextualizada os precedentes, verificando as similitudes e diferenças entre os casos⁵, quando as

⁴ E nesse mesmo sentido foi a manifestação do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, de que as decisões e súmulas publicadas antes da vigência do CPC de 2015, continuam a ser persuasivas e não foram alçadas à condição de vinculantes, com isso não são de observância obrigatória, nem desafiam o recurso da reclamação para garantia de sua autoridade (TST – Órgão Especial – AgRg na Rcl 6852-59.2016.5.00.0000 – Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa – DEJT 10.06.2016).

⁵ CPC de 2015, art. 489, § 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem de-

próprias partes, nas razões de alegação e defesa, trouxerem de forma contextual os precedentes que buscam a aplicação ou ainda os que não devam ser observados naquele caso, por superação ou distinção, inaugurando um debate jurisdicional qualificado.

Juraci Mourão Lopes Filho defende que a exigência de fundamentação adequada pelo magistrado faz surgir, de modo correlato, um dever similar para as partes, que também não podem apenas arrolar uma série de ementas ou súmulas e exigir que o juiz verse detidamente sobre o porquê de não segui-las. Os litigantes, então, para exigir o comportamento do art. 489, §1º, VI, do Código de Processo Civil, devem invocar e utilizar adequadamente os precedentes, citando seus fundamentos, demonstrando as semelhanças fáticas e jurídicas pertinentes, mediante um cotejo analítico entre os casos. Em não fazendo essa devida invocação do precedente em suas peças e manifestações, as partes não têm direito de exigir do juiz a realização da distinção, superação ou do desafio⁶.

Em um sistema judicial racional, baseado na força dos precedentes dos tribunais superiores, com vistas a emprestar unidade ao direito, anota Marinoni que a Suprema Corte existe justamente para garantir essa uniformidade, de forma que, após as suas decisões, ficam os advogados com o ônus ético e jurídico de informar aos seus clientes acerca do precedente da Corte, explicando-lhes os riscos em face de eventual conflito judicial. Cabendo-lhes informá-los sobre os riscos da propositura da demanda ou da resistência a uma pretensão fundada em questão consolidada, passam a ser evitadas demandas infundadas, naturalmente estimulados acordos, inibindo-se a expansão da litigiosidade com todas as suas nefastas consequências.⁷

Nessa tarefa é que os advogados passam a realmente

monstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁶ Lopes Filho, p. 107/108.

⁷ Marinoni, Cultura e previsibilidade no direito, p. 444.

materializar a diretriz de que são indispensáveis à administração da justiça (art. 133 da CF/88), na medida em que apenas com o auxílio técnico consultivo é que os cidadãos terão a completa noção da licitude das suas condutas e da diretriz que devam seguir em seus atos da vida civil, não apenas com a leitura dos códigos e da lei, mas também aconselhando-se com os profissionais da advocacia sobre qual é a interpretação dada pelo tribunais superiores, fomentando a previsibilidade e a segurança jurídica. Os advogados passam a ter o dever de, também atuando eticamente, orientarem os seus clientes quantos aos riscos das demandas, tornando-se os primeiros juízes das causas, rememorando as clássicas lições de Piero Calamandrei:

Há um momento em que o advogado do cível deve olhar a verdade frente a frente, com o olhar desapassionado do juiz: é aquele em que, solicitado pelo cliente para aconselhar sobre a oportunidade de propor uma ação, tem o dever de examinar imparcialmente, tendo em conta as razões do eventual adversário, se pode fazer com que seja de justiça a obra de parcialidade que lhe é devida. Desta forma, o advogado que trabalha no cível deve ser o juiz instrutor dos seus clientes e a sua utilidade social é tanto maior quanto maior for o número de sentenças de improcedência que pronunciar no seu gabinete.⁸

Recepcionando a advertência do mestre italiano, Rogéria Fagundes Dotti entende que tem o advogado o dever de, inclusive, desestimular a propositura de novas demandas quando perceber que a pretensão do cliente não possui amparo no ordenamento jurídico, visto que a partir da noção de *substantive due process os law*, compreende-se atualmente que o exercício da jurisdição pressupõe proibidade e comportamento leal. Disso seguindo que os profissionais, os quais dependem da prestação jurisdicional, devem se esforçar para que ela seja a mais qualificada e eficiente possível, devendo o advogado conduzir a sua atuação dentro dos padrões éticos de boa-fé objetiva.⁹

⁸ Calamandrei, Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados, p. 121.

⁹ Dotti, A aplicação da boa-fé objetiva no processo civil, p. 42/43.

3. BOA-FÉ PROCESSUAL OBJETIVA E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO CPC E NA CLT

O comportamento leal e ético sempre foi uma exigência moral na vida em sociedade, bem por isso foi recepcionada pelo Direito, podendo ser remotamente reconduzida à noção romana de *fides*, definida como a obrigação do cidadão de ser uma pessoa de palavra, ter palavra, *hit quod dicitur*, na expressão de Cícero.¹⁰

Na experiência jurídica brasileira, o dever de boa-fé foi incorporado pelo Código Civil de 1916, ainda em sua perspectiva subjetivista, na medida em que esse diploma era inspirado na ideologia do Código Civil francês de Napoleão, baluarte da liberdade, igualdade, autonomia e individualismo, desaguando na compreensão de que para a garantia da liberdade de agir, apenas considerava-se contrário ao direito aquele ato da vida civil praticado pelo agente que estava consciente de que atuava indevidamente, que tinha a intenção deliberada de lesar, para, de outro lado, isentar aqueles que violassem direitos de outrem, desde que se entendesse que o seu estado psicológico não era o de ofender, que ele não tinha consciência plena da antijuridicidade da sua conduta.

A partir da consagração da boa-fé subjetiva no direito material, vincada no estado psicológico do agente e na sua consciência na prática indevida, a exposição de motivos ao projeto de Código de Processo Civil de 1972, previa que, partindo da premissa que o processo seja, de sua índole, eminentemente dialético, “é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e em-

¹⁰ Para maiores aprofundamentos, mormente o resgate histórico da ideia de boa-fé objetiva, desde o Direito Romano e a evolução do conceito de *fides*, consultar MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

pregando artificios fraudulentos;”¹¹, seguindo que os tipos para caracterização da litigância de má-fé no CPC revogado passassem a exigir o pressuposto subjetivo, intencional das partes em lesar o outro litigante, cuja trava inviabilizou, na prática jurisprudencial que se seguiu após a aprovação, que os mecanismos de efetivação da ética processual prosperassem. São elucidativos os tipos previstos no art. 20 do projeto de Alfredo Buzaid:

Artigo 20. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer;

II - alterar intencionalmente a verdade dos fatos;

III - omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa;

IV - usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal;

V - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

VI - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VII - provocar incidentes manifestamente infundados.

Após o trâmite legislativo, a proposta foi alterada, desaguando no art. 17 do CPC de 1973, o qual, embora tenha ajustado parcialmente a redação proposta pelo professor Alfredo Buzaid, mas mantendo-se a necessidade de verificação do “intuito manifestamente infundado” (v. g., art. 17, VII, da redação originária), levou à doutrina processual civil – coerente com a doutrina e a jurisprudência já consagrada no Direito Civil – a exigir a demonstração da intenção dolosa de utilizar o processo para objetivos ilícitos, cuja prova é praticamente impossível, o que induziu os juízes a cultivarem uma postura indulgente com os litigantes temerários, a pretexto de que, embora a conduta estivesse objetivamente tipificada no Código, o sistema também exigia de forma conjugada que houvesse prova da sua consciência da ilicitude e da intenção em praticar o ato antiju-

¹¹ Diário do Congresso Nacional – Seção I – de 08.08.1972 (suplemento).

rídico¹².

Fredie Didier Jr, interpretando o art. 14, II, do CPC revogado, que falava dos deveres de lealdade e boa-fé daqueles que de qualquer forma participem do processo, esclarece que “ao tempo da edição do Código de Processo Civil de 1973, a doutrina brasileira ainda não tinha o conhecimento ou não dominava o repertório teórico da boa-fé objetiva. O texto normativo, à época, era encarado como uma proibição geral de comportamentos dolosos e apenas isso.”¹³

Em razão dessa percepção parcial da ideia de boa-fé, apenas em seus aspectos subjetivos e enquanto proibição de comportamentos dolosos pelas partes, segundo a doutrina clássica, é que observamos que no processo do trabalho ainda destacam-se centenas de decisões bastante flexíveis com as condutas abusivas das partes, principalmente no Tribunal Superior do Trabalho¹⁴, chegando ao ponto de a SBDI2 desse tribunal posicionar-se no sentido de que o conluio dos jurisdicionados, ao submeterem a transação fraudulenta para homologação judicial, visando lesar interesses jurídicos de terceiros (lide simulada), não era conduta grave o suficiente para incidir a pena por litigância de má-fé, satisfazendo-se o sistema com a mera rescisão da sentença homologatória, por intermédio de ação rescisória proposta pelo Ministério Público do Trabalho, tão logo

¹² Por todos: “É firme a orientação desta Corte quanto à impossibilidade do exame do cabimento da multa por litigância de má-fé aplicada pela instância de origem, *na medida em que demanda a análise da existência do elemento subjetivo das hipóteses autorizadoras*, o que é vedado a esta Corte, por óbice da Súmula 07/STJ” (STJ - AgRg no AREsp nº 327067-BA - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - DJU de 20.03.2014) (gn).

¹³ Didier Jr., Fundamentos do princípio da cooperação, p. 92.

¹⁴ “MULTA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. O princípio da inafastabilidade da jurisdição assegura ao cidadão postular em juízo em defesa de direito lesado ou ameaçado, devendo a multa por litigância de má-fé ser aplicada em casos excepcionalfíssimos, onde constatado, de fato, o intuito de impedir a concretização da vontade na lei manifestada por intermédio das decisões judiciais. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST – 2ª Turma – RR 000058-65.2003.5.12.0027 – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DEJT 17.10.2008).

descoberta a farsa processual engendrada pelas partes¹⁵.

Mais recentemente, principalmente após a Constituição Federal de 1988, que elegeu como um dos seus objetivos fundamentais constituir uma sociedade livre justa e solidária (art. 3º), cuja exigência de solidarismo abriu espaço para a recepção das doutrinas europeias¹⁶ sobre a boa-fé objetiva entre nós, desaguando depois na aprovação do Código de Defesa do Consumidor (arts. 4º, III, e 51, IV) e no Código Civil de 2002 (arts. 113, 187 e 422), ambos já influenciados pela doutrina brasileira de vanguarda¹⁷, cujos diplomas adotam frontalmente o conceito jurídico de boa-fé na vertente objetiva, nos dispositivos ora referidos.

Sedimentada a boa-fé objetiva no direito privado, o segundo passo foi a sua inserção nos debates sobre o direito público¹⁸ e depois no direito processual¹⁹, chegando ao ponto de

¹⁵ "Esta Subseção Especializada tem adotado o entendimento de que o fato de ter sido reconhecida a nulidade do acordo homologado, em face de colusão entre as partes, é sanção suficiente com relação ao procedimento adotado, razão pela qual não é o caso de aplicação da multa de litigância de má-fé." (TST – SBDI2 – ROAR 00187/2005-000-24-00 – Rel. Min. Pedro Paulo Manus – DJ 18.03.2006).

¹⁶ Por todos: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1977; MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007 e PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch, 2013.

¹⁷ A mais emblemática obra publicada entre nós é da professora Judith Martins-Costa, versão comercial da sua tese de doutorado de 1996: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

¹⁸ Por todos: PEREZ, Jesús González. Buena fe y abuso de derecho: su reflejo en el proceso administrativo. *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 18, p. 321/268, 2005. O próprio Supremo Tribunal Federal já invocou a boa-fé para aplicação e interpretação do direito administrativo: STF – ACO 970/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 19.12.2007 e STF – MS 27.962/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 18.03.2013.

¹⁹ Referência mundial no tema da boa-fé, Antônio Menezes Cordeiro concluiu que “a aplicação geral do instituto do abuso do direito no Direito processual civil surge, hoje, indiscutível, porquanto não se pode considerar o processo como ‘uma ilha de irresponsabilidade’.” (Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa “*in agendo*”, p. 127). No mesmo sentido PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch, 2013. Na doutrina brasileira destaca-se: VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003 e DIDIER JR,

alcançar as discussões legislativas para a aprovação do novo Código de Processo Civil, como de proêmio é a indicação dos artigos 5º e 6º sobre a exigência de conduta cooperativa e de boa-fé de todos aqueles que participem do processo, seguindo-se na redação dos artigos 77 e 80 que revelam a completa mudança de perspectiva, de uma boa-fé processual subjetiva, de matriz processual liberal, adversarial, para a objetiva, de influência solidarista e cooperativa.

Se no campo do direito privado a boa-fé objetiva atua, ao exigir padrões objetivos de conduta, enquanto limitador da própria autonomia de vontade, para a perspectiva processual ela atua, principalmente, condicionando os princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que esses, por não serem absolutos, devem obedecer a própria ordem constitucional e a boa-fé, exigindo-se das partes e de todos aqueles que atuem no processo, uma postura ética ativa, acenando para os objetivos estatais da jurisdição²⁰. Dito de outro modo, se no modelo liberal de processo, em que esse era visto como um jogo e o *ex adverso* como um adversário, admitindo-se que as partes se valessem de todos os instrumentos colocados à sua disposição para sagrar-se vencedora, no paradigma solidarista e de boa-fé objetiva processual, os direitos ao contraditório e ampla defesa não podem ser utilizados de maneira abusiva, com o objetivo de lesar a contraparte ou de atrasar a efetivação do direito material, como sói acontecer em dezenas de ações, principalmente daqueles litigantes habituais e em demandas

Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no Processo Civil. *Revista Autônoma de Processo*, FADISP, n. 3, p. 203 e seg., 2007.

²⁰ Rogéria Fagundes Dotti pergunta se o direito constitucional ao contraditório teria limites? Quando ela inicia a sua resposta dizendo que sim, na medida em que assim “como as demais garantias constitucionais, tal direito não é absoluto. Ao contrário, deve observar os limites impostos pela própria ordem constitucional e pela boa-fé objetiva. (...) O contraditório não pode exercido ilimitadamente. O Estado tem, portanto, o direito de exigir das partes retidão no manuseio do processo.” (A aplicação da boa-fé objetiva no processo civil, p. 40).

reproduzidas em massa.

A compreensão do art. 187 do Código Civil, que considera com ato ilícito aquele ato originariamente lícito, mas que fora posteriormente praticado em abuso de direito, violando a boa-fé objetiva, ajuda-nos a compreender o alcance do instituto também na perspectiva processual, na medida em que pode ser considerado ilícito, suscetível de sanção processual por litigância de má-fé, uma conduta originalmente permitida às partes e todos aqueles que participam do processo, mas a sua maneira abusiva de exercício é que traspordará os limites da boa-fé, convertendo-o em ato processual passível de penalização, como reconhece, por exemplo, o art. 80, VII, do CPC e o art. 793-B, VII, da CLT, quando a parte utiliza do direito subjetivo recursal com o desiderato de apenas protelar a solução do feito. Outros exemplos de punição por abuso de direito também podem ser encontrados em outras latitudes, dentro do mesmo Código, como o abuso do direito de defesa que autoriza a tutela provisória de evidência (art. 311) e o abuso na escolha do meio executivo (art. 805).

Rafael Wobeto Pinter também compreendeu essa migração da ideia de abuso de direito, do direito material para o processual, a partir de cuja premissa diz que “é com base nas manifestações da boa-fé objetiva que se verifica a *licitude* no modo de exercício de posições jurídicas processuais, analisando se tal exercício constitui, ou não, um desvio grosseiro e prejudicial dos padrões processuais geralmente reconhecidos, ou seja, se é um exercício abusivo ou regular de determinada posição jurídica processual.”²¹

É perceptível que os novos tipos legais para a caracterização da litigância de má-fé abandonaram a exigência do segundo pressuposto intencional – tão claros no projeto de Buzaid de 1972 e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justi-

²¹ Pinter, A boa-fé no processo civil, p. 138.

ça²² e do Tribunal Superior do Trabalho – para demandar apenas a comprovação do único elemento objetivo da conduta dos litigantes, dos intervenientes e dos terceiros. Há clara mudança inclusive na técnica redacional dos tipos legais, por exemplo, de “intuito manifestamente infundado”, do art. 17, VII, da redação originária do CPC de 1973, para considerar como litigante temerário aquele que deixar de “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais”, do art. 77, IV, do CPC de 2015, muito embora no art. 80, VII, tenha a legislador ainda mantido a regra do intuito manifestamente protelatório para sancionar a abusividade recursal das partes.

Antonio do Passo Cabral, lecionando ainda a partir do código revogado, mas já acenando para a necessidade da adoção da boa-fé objetiva também para o direito processual civil da época, com uma releitura dos tipos legais dos artigos 14 e 17 do CPC de 1973, arrematou com precisão a sua lição:

Permite-se, portanto, com a sedimentação do conceito de boa-fé processual objetiva, a responsabilização por atos contrários à boa-fé processual sem qualquer consideração quanto à má-fé e ao dolo das partes e seus procuradores. Vale dizer, desnecessária é a aferição subjetiva do conhecimento da parte acerca da ilicitude de sua conduta, subjetivismo que, além de implicar em dificuldades no campo probatório, pode, ao mesmo tempo, tornar iníquas as normas repressoras da má-fé processual e perpetuar a utilização do processo para fins escusos. Dessa forma, permite-se a punição de quaisquer condutas contrárias à boa-fé processual e não apenas os comportamentos dolosos.²³

Já na vigência do novo CPC, diversos juristas, reunidos para interpretar as novas disposições, posicionaram-se no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que o art. 5º do CPC prevê a boa-fé objetiva (Enunciado 374) e que inclusive o juiz deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva (Enunciado

²² Nesse sentido, exemplificativamente: STJ - 3ª Turma - REsp 418.342 - Rel. Min. Castro Filho - DJU 05.08.2002 e STJ - 5ª Turma - REsp 316.438 - Rel. Min. Felix Fisher - DJU 20.08.2001.

²³ Cabral, O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, p. 68.

375)²⁴, em igual sentido que concluíram alguns renomados processualistas, em comentário ao novo CPC: “O Princípio da boa-fé objetiva consiste em exigir do agente a prática do ato jurídico sempre pautado em condutas normativamente corretas e coerentes, identificados com a ideia de lealdade e lisura. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos, confiar nos seus efeitos programados e esperados.”²⁵

De sua parte, Murillo Sapia Gutier arremata que:

As condutas previstas no art. 80 são meramente exemplificativas que, se praticadas, configuram exercício abusivo dos direitos processuais. Isto significa que as condutas ali descritas são elementos objetivos para aferir se uma conduta processual é abusiva ou não. (...) Para aplicação da multa por litigância de má-fé, basta a violação de uma das condutas previstas no art. 80 do CPC de 2015, que são meramente exemplificativas, mas que tem como pano de fundo a boa-fé objetiva.²⁶

Seguindo essa mesma diretriz de objetivação das condutas suscetíveis de ensejarem litigância de má-fé no processo civil, após o CPC de 2015, também assim posicionou-se o direito processual do trabalho, após a Lei 13.467 de 2017, intitulada de reforma trabalhista, ocasião em que foi introduzida na CLT uma nova seção para tratar do dano processual (arts. 793-

²⁴ Um ótimo exemplo da exigência de conduta processual reta, honesta e de boa-fé, inclusive do juiz, se deu no julgamento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao caso que o magistrado, mesmo não estando realizado o recolhimento do preparo em embargos à execução, ao invés de extinguir o feito, resolveu intimar a parte para corrigir o vício formal. Contudo, violando a legítima expectativa que incutiu no litigante, após a realização do saneamento no prazo assinalado, resolveu julgar extinto o processo, apontando justamente a ausência do preparo quanto da sua propositura. Decidiu a Corte Superior que o juiz poderia (até deveria) ter extinto o processo liminarmente, pelo vício formal, mas, ao garantir à parte a possibilidade de correção, com posterior conduta incompatível, violou a sua legítima expectativa, incidindo no *venire contra factum proprium*. Decidiu, ao final, anular o acórdão do TJES e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau, para julgamento de fundo dos embargos à execução. (STJ – 3ª Turma – REsp 1.116.574/ES – Rel. Min. Masami Uyeda – DJ 27.04.2011).

²⁵ Theodoro Júnior et al., Novo CPC – Fundamentos e Sistematização, p. 154.

²⁶ Gutier, A boa-fé objetiva processual, p. 103/104.

A, 793-B, 793-C e 793-D), apontando como condutas suscetíveis de penalização, por exemplo, a dedução de pretensão ou de defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso e a oposição de resistência injustificada ao andamento do processo.

Até nos limites do processo penal, no qual tradicionalmente a doutrina e a jurisprudência são bastante garantistas com a proteção da liberdade e do direito de defesa, gerando como corolário um tratamento flexível com o acusado, em relação aos seus argumentos, técnicas e estratégias defensivas, mormente a possibilidade de omissão da verdade e a utilização de todos os recursos possíveis, para evitar o trânsito em julgado, recentemente o Supremo Tribunal Federal posicionou-se de forma mais contundente, para exigir o respeito à boa-fé objetiva também nesse território da teoria processual, outrora infenso à modernização e objetivação. A boa-fé objetiva funcionou, no caso em apreço, como limitadora (*rectius*: conformadora) dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.²⁷

4. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR DESRESPEITO AOS PRECEDENTES

A teoria geral do direito mais difundida durante todo o século XIX e primeira metade do século XX foi o positivismo jurídico, tendo Hans Kelsen como o seu maior representante. Referida doutrina defendia que apenas a legislação em sentido estrito era fonte formal do direito e que, por isso, apenas a lei poderia prescrever condutas, desde que a sua criação atendesse ao procedimento estrutural de formação, conforme as etapas

²⁷ No caso concreto, o réu mudou o seu domicílio durante o trâmite processual, sem informar nos autos, ocasião em que, efetivamente, não fora intimado pessoalmente dos atos processuais que se seguiram, sofrendo consequências prejudiciais. Nesse contexto, rejeitando a sua alegação de nulidade, o Supremo decidiu que não incidiria o art. 181, §1º, da LEP, justamente porque tal conduta do cidadão, em mudar e não informar nos autos o seu novo endereço, colhendo daí a nulidade dos atos, violaria a boa-fé objetiva. (STF - 2ª Turma - HC 92.012/SP – Relª. Minª. Ellen Gracie – DJ 27.06.2008).

previstas nas Constituições, cuja desobediência gerava a possibilidade de controle da sua constitucionalidade na perspectiva formal.

Para a teoria pura do direito, a ordem jurídica é dividida em três níveis, a Constituição no seu ápice, indicando os órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais – leis e decretos, que encontram-se em um nível abaixo e são diretamente aplicadas aos casos pelos magistrados, cujas sentenças constituem as normas jurídicas concretas, integrantes do terceiro nível escalonado logo abaixo.²⁸

A teoria pura admite que, ao lado da indicação do órgão e do balizamento do procedimento de criação legislativa ordinária, as Constituições modernas podem também determinar o conteúdo das futuras leis. Kelsen acrescenta que “podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir.”²⁹, raciocínio a partir do qual ele desenvolveu a possibilidade do controle material de constitucionalidade das leis, nos casos em que o legislador ordinário desrespeitasse os limites de conteúdo impostos pelo poder constituinte, por meio dos direitos e liberdades fundamentais.

Em sua perspectiva de direitos de defesa do cidadão em face do Estado, os direitos fundamentais e demais normas pre-

²⁸ “A produção de normas jurídicas gerais, regulada pela Constituição em sentido material, tem, dentro da ordem jurídica estadual moderna, o caráter de legislação. A sua regulamentação pela Constituição compreende a determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais – leis e decretos. (...) O escalão imediatamente seguinte ao da Constituição é constituído pelas normas gerais criadas pela legislação ou pelo costume. As Constituições dos Estados modernos instituem sempre especiais órgãos legislativos que são competentes para a produção das normas gerais a aplicar pelos tribunais e autoridades administrativas, por forma tal que, ao escalão da produção constitucional, se segue o escalão legislativo e, a este, o escalão do processo judicial e administrativo.” (Kelsen, Teoria Pura do Direito, p. 248/250).

²⁹ *Ibidem*, p. 249.

vistas nas Constituições não criavam direitos subjetivos aos cidadãos, exercitáveis em suas relações privadas, mas vinculavam diretamente apenas o Estado, em sua atividade de criação normativa. Em outras palavras, enquanto não houvesse uma lei ordinária que ordenasse determinada conduta, não era possível extrair essa prescrição diretamente das normas constitucionais.

É decorrência dessa premissa teórica a redação do art. 150, §2º, da nossa Constituição de 1967 no sentido de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”, batizando o princípio da legalidade, que posteriormente foi reproduzido no art. 5º, II, da Constituição de 1988.

Nesse mesmo contexto, condizente com o princípio da legalidade da Constituição anterior, o legislador processual civil de 1973 previu que seria litigante de má-fé todos aqueles que, no processo, deduzissem pretensão ou defesa contra texto expresso de lei (art. 17, I, do CPC de 1973). O legislador processual partia da premissa ontológica que se houvesse lei em sentido formal que prescrevesse determinada conduta – devendo ser seguida pelos sujeitos-de-direito, na forma do art. 150, §2º, da Constituição de 1967 – o deliberado descumprimento da legislação, seja pelo autor que acessasse a via judicial pleiteando algo que sabia indevido, seja pelo réu que opusesse defesa contra texto expresso de lei, revelavam condutas censuráveis com a imposição da penalidade pela litigância de má-fé.

Ocorre que desde a fase de constitucionalização do direito, quando a doutrina e a jurisprudência mais atual passaram a reconhecer a eficácia normativa direta dos princípios jurídicos da Constituição (constitucionalismo)³⁰ e dos direitos hu-

³⁰ MOLINA, André Araújo. *Teoria dos Princípios Trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios*

manos previstos em tratados (internacionalismo)³¹, independente de posterior atividade legislativa ordinária, o conceito do princípio da legalidade foi atualizado para se considerar que os cidadãos devem pautar as suas condutas não apenas pelo previsto em lei em sentido estrito, como na fase anterior do positivismo jurídico, mas também nos direitos humanos e fundamentais. A releitura do princípio da legalidade realizada pela jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal deixa assente que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude do ordenamento jurídico³², englobando nele toda a legislação infraconstitucional, os direitos constitucionais, os direitos internacionais e, para o Direito do Trabalho, as normas coletivas, os regulamentos de empresa e as cláusulas dos contratos de trabalho, considerando-se todos como fontes formais do direito e não mais apenas a lei em sentido estrito.

Riccardo Guastini, ao dissertar sobre o princípio da legalidade, observa essa mesma diferença evolutiva no seu conceito, de sorte que distingue o princípio da legalidade estrita,

jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

³¹ MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade*. O futuro do Direito e do Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. GOMES, Luiz Flávio; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional*. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: RT, 2010. MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 43, 2013, p. 71/94.

³² A título ilustrativo, em cujas decisões o STF impôs condutas que não estavam previstas em lei, mas nas normas constitucionais, aplicando-as diretamente aos casos concretos, inclusive para uma relação de trabalho, consultar: STF – 2ª Turma – RE 158.215 – Rel. Min. Marco Aurélio – DJ 07.06.1996, STF – 2ª Turma – RE 161.243 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 19.12.1997 e STF – 2ª Turma – RE 201.819 – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJ 27.10.2006.

enquanto a autorização para que – principalmente o Poder Executivo – possa fazer apenas aquilo que autorizado em lei (“lei formal” ordinária), do princípio da legalidade substancial, que alcança todos os Três Poderes e os cidadãos, compreendendo-se o vocábulo lei em sentido material, como sinônimo de norma ou conjunto de normas jurídicas (qualquer que seja a fonte originária). Nesse sentido, conclui o autor, a lei não é uma coisa distinta da ideia de “direito objetivo”³³.

Nesse contexto, o CPC de 2015 é pródigo na demonstração da evolução da teoria do direito nessa direção, de que o processo civil atual deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas fundamentais da Constituição (art. 1º) e as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte (art. 13), confirmando que o juiz atual não mais aplica apenas a legislação ordinária, mas todo o ordenamento jurídico (arts. 8º e 140). Muito ilustrativa é a redação do atual art. 140 do CPC de 2015, em substituição ao art. 126 do CPC de 1973: antes o juiz deveria buscar na lei o fundamento para sua decisão, mas agora deverá buscar em todo o ordenamento jurídico o fundamento para sua manifestação, disso seguindo que caberá ação rescisória quando a decisão de mérito violar manifestamente norma jurídica (art. 966, V, do CPC de 2015) e não mais apenas a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC de 1973), como no caso de o juiz proferir sentença contrária à norma jurídica resultante da interpretação da Constituição ou dos tratados internacionais.

Nessa linha evolutiva, um novo passo recente foi considerar também como fonte formal do direito as decisões judiciais (precedentes), primeiramente na forma das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da CF), depois com os julgamentos do Tribunal Superior do Trabalho nos recursos de revista repetitivos (art. 896 da CLT, com a redação

³³ Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, p. 118.

que lhe deu a Lei 13.015 de 2014) e a sua completa adoção e generalização no sistema pelo CPC de 2015 (arts. 489, 926 e 927), quando o último determinou a observância dos precedentes judiciais dos tribunais superiores para as partes integrantes das relações jurídicas de direito material e, em caso de ações judiciais, também pelos juízes, quando dos seus pronunciamentos, e de todos os terceiros que de qualquer forma atuem no processo.

A obrigatoriedade dos precedentes, além de fomentar a segurança jurídica e a igualdade em sentido material, tratando os cidadãos submetidos às situações fático-jurídicas de modo idêntico, faz todo sentido se reconhecermos que o texto legislativo representa apenas o objeto de interpretação do jurista, mas a norma jurídica – aplicável aos casos concretos – apenas é revelada (*rectius*: construída) após a atividade criativa do intérprete³⁴. Isto é, fazer ou deixar de fazer alguma coisa apenas em virtude de lei (art. 5º, II, da CF/88), significa obedecer as manifestações judiciais pacificadas que fixam o real sentido do que é efetivamente o ordenamento jurídico e, naturalmente, a lei em sentido formal, inclusive.

Um exemplo ocorre com a concessão dos intervalos para recuperação térmica nas atividades frigoríficas. O art. 253 da CLT³⁵ fixa as hipóteses de fato para que sejam os intervalos

³⁴ Para Eros Roberto Grau “o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo, distinto do texto. É a norma. (...) as normas resultam da interpretação, que se pode descrever como um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. O intérprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); neste sentido, ele ‘produz a norma’.” (Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, p. 30/31).

³⁵ Art. 253 - Para os empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de 1 (uma) hora e 40 (quarenta) minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período de 20 (vinte) minutos de repouso, computado esse

concedidos, por uma leitura inicial distinguindo as situações de trabalho no interior das câmaras frigoríficas dos demais ambientes artificialmente frios, mas foi somente com a pacificação dada pela jurisprudência (Súmula 6 do TRT23³⁶ e Súmula 438 do TST³⁷) que os sujeitos integrantes da relação de direito material tiveram a exata definição da norma jurídica extraída do texto legislativo, de modo que descumprir o mandamento das duas súmulas é o mesmo que descumprir o texto expresso da lei, qual seja, o art. 253 da CLT.

José Roberto Freire Pimenta recorda que no ambiente atual em que vivemos, a vinculação estrita do juiz à letra da lei já não é possível nem desejável, porém a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação judicial traz um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas sejam interpretadas e aplicadas de modo muito diverso, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os cidadãos pautem as suas condutas com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor e pelos intérpretes. Para dar conta desse inconveniente, a

intervalo como de trabalho efetivo. Parágrafo único - Considera-se artificialmente frio, para os fins do presente artigo, o que for inferior, nas primeira, segunda e terceira zonas climáticas do mapa oficial do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a 15º (quinze graus), na quarta zona a 12º (doze graus), e nas quinta, sexta e sétima zonas a 10º (dez graus).

³⁶ TRABALHO EM AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. DIREITO AO INTERVALO FIXADO NO ART. 253, CAPUT, DA CLT. INTEGRAÇÃO DESTE INTERVALO NA JORNADA DE TRABALHO COMO TEMPO DE EFETIVO SERVIÇO. A só constatação de que o trabalho se deu em ambiente artificialmente frio, disciplinado no parágrafo único do art. 253 da CLT, é suficiente a ensejar o direito do empregado ao intervalo especial previsto no caput do mesmo dispositivo de lei. A ausência de concessão deste intervalo implica no seu cômputo na jornada de trabalho, como de efetivo labor, e assim deve ser remunerado. (DEJT 14.01.2011).

³⁷ INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA DO EM-PREGADO. AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. HORAS EXTRAS. ART. 253 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA. O empregado submetido a trabalho contínuo em ambiente artificialmente frio, nos termos do parágrafo único do art. 253 da CLT, ainda que não labore em câmara frigorífica, tem direito ao intervalo intrajornada previsto no caput do art. 253 da CLT. (DEJT 25, 26 e 27.09.2012).

jurisprudência uniformizada é o principal mecanismo, pois é um agente estabilizador do conteúdo das normas, definindo *em um precedente*, para casos concretos substancialmente iguais ao que foi decidido no *leading case*, o único sentido de uma norma jurídica que hoje é, na maioria das vezes, genérica, principiológica e que exige sua complementação por meio de uma interpretação concretizadora do Judiciário.³⁸

Do quanto exposto, fixamos uma nova conclusão que é a de que respeitar o direito atualmente está muito longe de apenas cumprir a legislação ordinária em sentido estrito, devendo os cidadãos obediência também aos direitos fundamentais, aos direitos humanos, à legislação infraconstitucional, às normas coletivas, aos regulamentos de empresa e às cláusulas contratuais, todas interpretadas (atribuídas de sentido) por intermédio dos precedentes dos tribunais superiores brasileiros.

Deriva que, na perspectiva atual do CPC de 2015 e da nova CLT, após a reforma trabalhista, são deveres das partes e dos seus procuradores não formular pretensão ou apresentar defesa quando estiverem cientes de que são destituídas de fundamento (art. 77, II, do CPC). E as partes estarão conscientes de que as suas postulações jurídicas são destituídas de fundamento quando também comportarem-se contrariamente ao indicado nos precedentes judiciais obrigatórios e não mais apenas na legislação ordinária em sentido estrito (arts. 1º, 8º, 13 e 140 do CPC de 2015). Ajuizar uma ação pleiteando algo vedado em súmula ou precedente do STF, STJ ou TST, bem como apresentar contestação resistindo injustificadamente às pretensões amparadas pela jurisprudência pacificada, amolda-se, como luva à mão, à hipótese normativa do art. 77, II, do CPC de 2015 c/c art. 793-B, I, da CLT.

É por isso que – conforme fez a doutrina atual e o Supremo Tribunal Federal em relação à releitura do princípio

³⁸ Pimenta, A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira, *passim*.

constitucional da legalidade – é preciso que os processualistas, civis e do trabalho, interpretem o novo art. 80, I, do CPC de 2015 e o novo art. 793-B, I, da CLT, no sentido de que considera-se litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso do ordenamento jurídico globalmente considerado, com a interpretação e o alcance que lhes deram os precedentes dos tribunais superiores. É por isso que consideramos muito mais grave descumprir ostensivamente um precedente obrigatório do TST ou do STF, após o período de acomodação jurisprudencial e a definição do seu conteúdo normativo, do que o descumprimento de um texto expresso de lei nova, o qual ainda comporta variadas interpretações, cujo alcance ainda não foi dado pelos tribunais durante seu período de maturação interpretativa.

De outro lado, importa anotar que não é qualquer manifestação judicial, uma sentença ou acórdão de turma de Tribunal Superior, constituindo apenas como jurisprudência persuasiva e não-vinculante ou obrigatória, que impedirá que o tema continue sendo debatido e rediscutido pelas partes, até a sua pacificação final, pelo órgão último com atribuição de dar o sentido necessário à interpretação ou pelos mecanismos de formação concentrada de precedentes obrigatórios. Apenas depois dessas últimas decisões é que, como efeito anexo das decisões, que começarão a incidir os mecanismos de aceleração do procedimento para os litigantes que tenham razão e os instrumentos de sanção processual para àqueles outros que insistem em demandar ou defender-se contra precedentes vinculantes.

Em obra clássica de comentário sobre o CPC de 1973, Sérgio Sahione Fadel já entendia que caracterizava litigância de má-fé a interposição de recurso na defesa de interpretação já superada por súmula ou jurisprudência pacificada dos tribunais superiores, amoldando-se à hipótese normativa de recurso manifestamente protelatório, prevista no art. 17 do antigo Cód-

go.³⁹

Mas foi com a adoção das súmulas vinculantes em nosso sistema, por intermédio da EC 45 de 2004, que reforçaram-se as vozes no sentido de que, não só o juiz, mas também as partes litigantes são obrigadas a conformarem-se com as posições decantadas pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive considerando desde então as súmulas vinculantes como fontes formais do direito, cuja desobediência configuraria litigância de má-fé, pois revelaria dedução de pretensão ou oferta de defesa sabidamente destituídas de fundamento.

Nessa nova perspectiva das súmulas vinculantes, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, ainda tendo em conta a vigência do Código revogado, compreende que a interpretação sistemática do art. 17 do CPC de 1973 conduz à conclusão que litiga de má-fé aquele que deduz pretensão contra precedente vinculante, o qual cristaliza o sentido de determinado dispositivo legal, ou seja, mesmo sabendo que a resistência da parte adversa encontra-se fundada em precedente vinculante. De sua parte, também litiga de má-fé aquele que, sabendo não ter razão jurídica, em virtude de a pretensão estar embasada em súmula vinculante, prolonga indevidamente o andamento do feito, oferecendo defesa e recursos contra direito de juridicidade ostensiva e pacificada pelo Supremo Tribunal.⁴⁰

Se na vigência do CPC de 1973, reforçado pelo instituto das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal de 2004, já era possível a construção da posição de que litigava de má-fé aquele que deduzisse pretensão ou defesa contra súmulas ou posições pacíficas dos tribunais superiores, cremos que a filosofia do CPC de 2015 e da nova CLT reforçou esse entendimento, na medida em que os precedentes são alçados à condição de fonte formal do direito, obrigando tanto o magistrado quanto as partes litigantes, do que deriva que o seu desconhe-

³⁹ Fadel, Código de Processo Civil Comentado, p. 46.

⁴⁰ Ataíde Júnior, Precedentes vinculantes, p. 155.

cimento ou desconsideração amolda-se às hipóteses normativas da litigância temerária.

Lucas Buril de Macêdo observa que os deveres gerais de boa-fé (art. 5º) e de cooperação processual (art. 6º) são dois dos pilares fundamentais do processo brasileiro atual, inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015, impondo ao juiz o dever qualificado de fundamentação (art. 489, § 1º), com especial observação dos precedentes (arts. 926 e 927), os quais terão ampla publicidade (art. 927, § 5º), bem como às partes litigantes são agora também obrigadas a conhecer os precedentes, não lhes sendo lícito escusar de conhecer o Direito. Sendo assim, é indispensável que, ao se propor ou se defender de uma ação, o litigante considere com acuidade o que está estabelecido pelo tribunal superior competente para dar a última palavra sobre a matéria, pois de nada adiantaria o reforço dos deveres de fundamentação e referência aos precedentes pelo novo sistema processual civil em relação aos magistrados, sem o correspondente dever de as partes e os seus advogados levá-los seriamente em consideração ao demandar ou defender-se. E continua:

Assim, quando as razões de algum dos sujeitos processuais consistirem em mera repetição de argumentos já refutados, conotando o intento de utilizar o processo como um fim em si mesmo, deve-se utilizar o precedente como fundamento para a categorização do sujeito como litigante de má-fé.

Realmente, o sistema jurídico não admite a preservação irracional e ilimitada da pretensão à tutela jurídica, que, nessas hipóteses, não configuraria nada mais do que abuso do direito de demandar ou de se defender. A mera repetição de argumentos já refutados, muitas vezes mediante julgamento de dezenas ou até mesmo de milhares de processos, só pode ser vista como má-fé. Tal espécie de discurso, acrítico e dotado de certo grau de cinismo, configura um empecilho injustificado, convenientemente oposto pela parte, ao cumprimento de seus deveres e à realização dos direitos de terceiros. No caso, agir em contrariedade ao direito, propositadamente ou por falta da devida cautela – que não é admissível como excludente,

inclusive porque a parte se faz acompanhada de profissional da área jurídica -, é ilícito processual que deve ser devidamente sancionado no processo jurisdicional.⁴¹

E conclui o autor referenciado que o processo precisa ser custoso para aqueles que exerçam a pretensão de forma temerária ou negligente, tornando tais condutas algo economicamente desvantajoso, eis que, do contrário, enquanto o processo servir, de forma financeiramente vantajosa, como mecanismo de postergar o cumprimento dos direitos, gerando vantagens econômicas pela sua dilação, a demanda continuará sendo usada abusivamente. Por isso que não se pode admitir como tolerável, muito menos como “normal”, a reprodução irracional de ações ou de resistências quando a questão jurídica já houver sido pacificada pelos tribunais que são os responsáveis por dar a última palavra sobre a interpretação do ordenamento.

Porém, é preciso deixar sublinhado que a sanção processual em relação aos litigantes que demandem ou resistam à pretensão amparada em precedente vinculante não engessarà o sistema judicial, desencorajando (ou vedando) que as novas pretensões ou teses sejam levadas à apreciação judicial, em sadio diálogo que contribui para a evolução do direito e a revisão da jurisprudência ultrapassada. Essas hipóteses continuarão desafiando a capacidade das partes e dos advogados, estimulando-os a trazerem novos argumentos para distinguir o caso dos autos dos precedentes invocados ou apontarem fatos e argumentos novos para superarem os antigos precedentes, exigindo fundamentação qualificada das partes⁴²⁴³.

⁴¹ Macêdo, Precedentes judiciais, p. 398.

⁴² Lucas Buriel de Macêdo acrescenta quanto ao tema: “A estabilidade, portanto, não quer dizer a imutabilidade do direito, mas sim o rechaço à mudança desprovida de critérios, por sua perigosa afronta à liberdade e à dignidade das pessoas. Com efeito, a estabilidade garante uma força *prima facie* ao direito estabelecido, dificultando a mudança, que passará necessariamente por um maior esforço argumentativo, além do respeito às posições firmadas e à confiança legitimamente gerada, para que se possa ter uma modificação juridicamente conforme ao princípio da segurança jurídica. É dizer, as razões para a modificação do direito devem ser tão boas ou suficiente para justificar o rompimento da estabilidade” (Precedentes judiciais, p. 103).

Na verdade, o que a sanção processual por litigância de má-fé procura reprimir é que as partes continuem litigando, sem trazer nenhuma hipótese de *distinguishing* ou *overruling*, a partir da mera repetição de argumentos e teses já enfrentados e rejeitados pelos tribunais superiores, que são os responsáveis por dar a última palavra quanto à interpretação do ordenamento jurídico aplicável, casos em que atuam alguns dos litigantes em desprestígio à atividade jurisdicional, apostando no fator tempo e nas patologias do sistema brasileiro de justiça, que precisam de novos mecanismos de correção, entre os quais a aplicação mais contundente das penas pela litigância de má-fé, na jurisdição civil e também na trabalhista.

Para além dos mecanismos endoprocessuais (distinção e superação) a oxigenarem o sistema processual baseado no modelo de *stare decisis*, também as partes legitimadas continuarão acessando os mecanismos extraprocessuais para a revisão das súmulas e dos provimentos vinculantes dos tribunais, de acordo com os seus respectivos regimentos internos, sem que a salutar pretensão de evolução dos posicionamentos pacificados possa travestir uma argumentação que na verdade tão-somente pretende utilizar-se da litigância patológica como mecanismo de gestão de negócios e postergação da efetividade do direito de

⁴³ Segundo Daniel Mitidiero: “Invocando precedente ou jurisprudência vinculantes, autor e réu têm o ônus de particularizar os casos invocados, mostrando analiticamente as semelhanças relevantes, não bastando a simples transcrição de ementas ou trechos pinçados aleatoriamente da fundamentação dos julgados. O mesmo vale obviamente para os recursos. Sendo o processo uma comunidade de trabalho pautada pela colaboração, pode o juiz inclusive determinar o esclarecimento e a indicação precisa das razões pelas quais as partes invocam o precedente ou a jurisprudência vinculante (arts. 6º, 7º e 312 do CPC). O ônus de alegação das partes é a simétrica contrapartida ao dever de fundamentação analítica dos juízes, das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas (arts. 93, IX, CF e 489, § 1º, V e VI, do CPC). É a partir das alegações das partes – que podem ser estimuladas em termos de precisão pelo órgão jurisdicional – que se deve empreender a comparação entre os casos. Se os casos são suficientemente similares, aplica-se o precedente. Se não o são, deve-se distingui-los (arts. 489, § 1º, VI, 927, § 1º, e 1037, § 9º, do CPC).” (Precedentes: da persuasão à vinculação, p. 117).

quem tenha razão.

5. CONCLUSÕES

O modelo legislativo brasileiro, desde a introdução das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal pela EC n. 45/2004, vem apostando nos precedentes obrigatórios como mecanismo apto a garantir estabilidade, unidade, racionalidade e previsibilidade do sistema de justiça.

A teoria geral do processo brasileira, alcançando os processos civil, penal e trabalhista, abraçou classicamente uma filosofia liberal, adversarial, que enxergava o processo como uma disputa, a autorizar que as partes pudessem valer-se de todos os instrumentos possíveis para ver acolhida a sua pretensão. Nesse ambiente, as condutas temerárias somente eram punidas em hipóteses especialíssimas, quando, além da conduta processual amoldar-se às hipóteses legais expressas, também era investigada a intenção subjetiva dos litigantes, acenando para a introdução da noção de boa-fé subjetiva do Código Civil de 1916 também no direito processual.

Foi com a Constituição Federal de 1988, que adotou como um dos objetivos a formação de uma sociedade solidária, que os códigos que se seguiram migraram de uma perspectiva subjetiva, intencional, psicológica, da boa-fé, para uma objetiva, de acordo com os padrões éticos pré-determinados, independentemente da intenção da parte, de modo que referido modelo chegou ao direito processual, civil com o CPC de 2015 e trabalhista com a nova CLT, pós reforma trabalhista da Lei n. 13.467 de 2017, passando a prever condutas objetivas para a caracterização da litigância de má-fé, independentemente da investigação dos aspectos intencionais do agente, em um novo modelo processual ético, cooperativo e solidarista.

Considerando que, de acordo com a teoria do direito contemporânea, há diferença ontológica entre texto legislati-

vo e norma jurídica, sendo esse resultado da interpretação dos textos, realizada em atividade compartilhada pelo legislador, pelos juristas e pelos julgadores, principalmente, quanto aos últimos, quando firmam uma interpretação em precedentes obrigatórios, é de conclusão inafastável que os juízes também participam da construção do direito.

Bem por isso que o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88) deverá ser reinterpreto, para entendermos que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, se não em virtude de lei, mas cujo conteúdo e sentido legislativo somente é acessado quando lido contextualmente com os precedentes que os interpretaram, de modo que deixar de fazer referência aos precedentes obrigatórios, demandando ou defendendo-se em uma ação judicial, sem valer-se das técnicas da distinção ou da superação, importa em litigância de má-fé.

É preciso que os processualistas, civis e do trabalho, interpretem o novo art. 80, I, do CPC de 2015 e o novo art. 793-B, I, da CLT, no sentido de que considera-se litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso do ordenamento jurídico globalmente considerado, com a interpretação e o alcance que lhes deram os precedentes dos tribunais superiores.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São

- Paulo, vol. 30, n. 126, p. 59/81, agosto de 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7 ed. Lisboa: Livraria Clássica, 2000.
- DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DOTTI, Rogéria Fagundes. A aplicação da boa-fé objetiva no processo civil: o dever de mitigar o dano e a vedação ao *venire contra factum proprium*. *Revista Judiciária do Paraná*, Curitiba, ano IX, n. 7, p. 33/49, maio 2014.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. 7 ed. Atualizado por J. E. Carreira Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Edición e presentación Miguel Carbonell. México DF: Fontamara e UNAM, 2001.
- GUTIER, Murillo Sapia. A boa-fé objetiva processual – o âmbito de incidência da boa-fé objetiva no direito processual civil e suas consequências na conduta das partes e procuradores. *Revista Factus Jurídica*, Uberaba-MG, ano 1, n. 1, p. 88/106, 2016.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2 ed. São Paulo: RT, 2016.
- _____. Cultura e previsibilidade do direito. *Revista Jurídica*

- Luso-Brasileira*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3 (2017), n. 1, p. 423/450.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel. *Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016.
- MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade*. O futuro do Direito e do Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. *Teoria dos Princípios Trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. *Revista do TST*, Brasília, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.
- _____. A relevância da jurisprudência internacional e estrangeira para o Direito do Trabalho brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 2 (2016), n. 5, p. 127-163.
- PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 81, n. 3, p. 95/164, jul./set. 2015.
- PINTER, Rafael Wobeto. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 41, n. 253, p. 129/160, março 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015.