LETÍCIA PREBIANCA

**SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO: PROCEDIMENTOS PARA
ELABORAÇÃO E CONTROLE DE VALIDADE EM FACE DE SUA
TENDÊNCIA VINCULANTE**

MESTRADO EM DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2013

LETÍCIA PREBIANCA

**SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO: PROCEDIMENTOS PARA
ELABORAÇÃO E CONTROLE DE VALIDADE EM FACE DE SUA
TENDÊNCIA VINCULANTE**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), Largo São Francisco, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Eduardo Vieira de Oliveira.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2013

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, por toda educação, todo apoio e todo amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, meu orientador, por ter acreditado em mim e neste trabalho, e por toda orientação no seu desenvolvimento.

Aos professores do Curso de Mestrado da FADUSP, por toda dedicação aos alunos, todos os ensinamentos, experiências e oportunidades de aprofundamento de conhecimento que aulas e conversas permitiram fossem alcançados.

Aos colegas de turma, pela maravilhosa convivência, amizade, troca de experiências e conhecimento.

Por fim, um agradecimento especial à minha família e aos meus amigos, por terem compreendido as dificuldades, aceitado as minhas desculpas e ajudado na longa caminhada para a finalização deste trabalho.

“O Segredo da justiça está em sua humanidade sempre maior e em uma proximidade humana sempre maior entre advogados e juízes, na luta comum contra a dor. De fato, o processo, e não só o processo penal *de per si* é uma pena, que juízes e advogados devem abreviar, administrando justiça.”

Piero Calamandrei

RESUMO

PREBIANCA, Letícia. *Súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho: procedimentos para elaboração e controle de validade em face de sua tendência vinculante*. 2013. 216f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

As súmulas e orientações jurisprudenciais no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho foi o tema escolhido para o presente trabalho e objetiva evidenciar o procedimento de criação e edição e validade destes institutos do ordenamento pátrio, diante do sistema jurídico adotado e das tendências atuais em torná-los como de cumprimento obrigatório. Para o enfrentamento das múltiplas questões que permeiam este assunto, e com o suporte metodológico da técnica de pesquisa bibliográfica, realizou-se estudo da natureza jurídica da atividade jurisdicional, dos sistemas adotados e das tendências constatadas. Também faz parte desse esforço uma análise dos argumentos favoráveis e contrários ao sistema pautado em súmulas tendencialmente vinculantes. Como forma de contribuir para o desenvolvimento de uma teoria geral acerca da validade dos verbetes expedidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, buscou-se, no sistema jurídico do *common law*, técnicas e pressupostos que possam ser aproveitados no *civil law*. O estudo desenvolvido possibilitou verificar a inevitabilidade de vinculação dos precedentes e, ao mesmo tempo, permitiu buscar dentro do próprio ordenamento jurídico vigente as bases para controle e validação desta vinculação, além de, com base no direito comparado, propor técnica de análise de validade de conteúdo dos precedentes com tendências vinculantes.

Palavras-chave: Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas. Orientações jurisprudenciais. Tendência vinculante. Controle de validade.

ABSTRACT

PREBIANCA, Leticia. *Jurisprudential precedents and guidelines of the Superior Labor Court: procedures for the preparation and control of validity under his tendency binding*. 2013. 216p. Dissertation (Master in Law)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

The summaries (abridgements precedents overviews) and jurisprudential (case law) guidelines within the Superior Labor Court was the theme for this study and aims to highlight the procedure of creation and editing of these institutes and validity of the vernacular ordering before the legal system adopted and current trends in make them questions that permeate this issue, and with the methodological support of technical literature search, a study was conducted on the legal nature of judicial activity, the systems adopted and observed tendencies. Also as part of this effort, there is an analysis of the arguments for and against the system in tendentiously binding summaries. In order to contribute (as a way of contribution) to the development of a theory about the validity of the entries sent by the Superior Labor Court we sought in the legal systems of the common-law, assumptions and techniques that can be used in civil-law. The study made it possible to verify the inevitability of binding of precedents and at the same time allowed seek within the own present legal ordering, bases for control and validation of this attachment, and based on comparative law, to propose a technique of analysis of contents validity of precedents with binding tendencies.

Keywords: Superior Labor Court. Summaries. Jurisprudential (case law). Guidelines (guidance directions orientation). Binding (legally binding) tendency (trend bias propensity inclination). Validity control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
------------------	----

PRIMEIRA PARTE

1 PODER JUDICIÁRIO: FORÇA NORMATIVA DA DECISÃO JUDICIAL E DA JURISPRUDÊNCIA	17
1.1 O PODER NORMATIVO DO JUDICIÁRIO E A JURISPRUDÊNCIA	19
1.1.1 Jurisprudência e costumes	22
1.2 FORÇA NORMATIVA DA JURISPRUDÊNCIA	25
1.2.1 Jurisprudência enquanto conjunto de reiteradas decisões judiciais que procederam a integração do ordenamento jurídico	25
1.2.2 Jurisprudência. Força normativa concedida pela Constituição Federal ou pela lei	31
1.2.3 Jurisprudência. Força normativa emergente do sistema jurídico adotado. <i>Common law</i>	34
1.2.3.1 Família romano-germânica. Tradição no Brasil	40
1.2.3.2 Sistemas do <i>common law</i> e do <i>civil law</i> . Características. Diferenças e aproximações entre os sistemas	44
1.2.3.2.1 Concepção do direito	45
1.2.3.2.2 Foco em direito material e em direito processual	48
1.2.3.2.3 Vinculação das decisões	49
1.2.3.2.4 Diferentes estruturas de organização do Poder Judiciário	49
1.2.3.3 O sistema jurídico do <i>common law</i> nos Estados Unidos da América	54
2 JURISPRUDÊNCIA. FORÇA NORMATIVA GERAL E ABSTRATA E FORÇA NORMATIVA NO CASO CONCRETO	56
3 TENDÊNCIAS VINCULANTES	61
3.1 TENDÊNCIA LEGISLATIVA	62
3.2 TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DISCIPLINA JUDICIÁRIA	67
3.3 TENDÊNCIA IDEOLÓGICA	81

3.3.1 Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho dando às suas súmulas características inerentes às leis formais	82
3.3.2 O caso da Súmula Vinculante 4 do STF e das Súmulas 17 e 228 do TST	84
3.3.3 Critério de promoção indicado pelo Conselho Nacional de Justiça	87
3.3.4 Doutrina citada e publicada	87
3.3.5 Eventos da comunidade jurídica	89
4 ASPECTOS FAVORÁVEIS AO PODER NORMATIVO DO JUDICIÁRIO POR MEIO DO USO DE SÚMULAS OU SIMILARES	91
4.1 SEGURANÇA JURÍDICA	91
4.2 IGUALDADE	96
4.3 OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	98
4.4 CAPACIDADE DE MOBILIZAÇÃO SOCIAL FACE AO ENTENDIMENTO FORMALMENTE CONSIDERADO	100
4.5 FACILITAÇÃO DA CONDUÇÃO DOS CONFLITOS DE MASSA	102
5 ASPECTOS DESFAVORÁVEIS AO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO GERMÂNICO-ROMANA	104
5.1 ESTAGNAÇÃO DO DIREITO	104
5.2 IMPOSSIBILIDADE DE ADEQUADA CONFORMAÇÃO AO CASO CONCRETO	107
5.3 OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES	108
5.4 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE PERSUASÃO RACIONAL E INDEPENDÊNCIA DO JUIZ	112
5.5 VIOLAÇÃO AO SISTEMA DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	113
5.6 APLICAÇÃO RETROATIVA DA JURISPRUDÊNCIA	116

SEGUNDA PARTE

1 JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA, PRECEDENTES JUDICIAIS, ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS: CONCEITOS E DISTINÇÕES	121
1.1 JURISPRUDÊNCIA ITERATIVA E NOTÓRIA	122
1.2 PRECEDENTE JUDICIAL	124

1.3 SÚMULA	126
1.4 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL	128
1.5 SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS COMO PRECEDENTES COM TENDÊNCIA VINCULANTE.....	128
2 VALIDADE DOS PRECEDENTES, PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS, SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS. ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS	129
2.1 PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS. ANÁLISE DA ESTRUTURA FORMAL EXTERNA DE ELABORAÇÃO E EDIÇÃO DO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.....	130
2.2 PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS. ANÁLISE DO CONTEÚDO DO PRECEDENTE.....	133
2.2.1 Formação do precedente no <i>common law</i> – a <i>ratio decidendi</i>.	133
2.2.2 Aplicação do precedente – <i>obiter dictum</i> e <i>distinguishing</i>.....	137
2.2.3 <i>Obiter dictum</i>.....	137
2.2.4 <i>Distinguishing</i>	138
2.2.5 <i>Overruling</i>.....	140
2.2.6 Análise da aplicação dos requisitos intrínsecos à validade dos precedentes jurisprudenciais no <i>civil law</i>	141
2.2.6.1 Delimitação da regra do precedente	143
2.2.6.2 Destaque dos pontos irrelevantes.....	144
2.2.6.3 Análise dos fatos. Localização dos fatos importantes e distinção para afastamento da aplicação do precedente	145
2.2.6.4 Aplicação às súmulas e às orientações jurisprudenciais.....	146
2.2.6.5 Revisão e cancelamento	147
2.2.7 Revisão do procedimento hermenêutico. Valorização dos fatos e necessária conformação com a Constituição Federal	149

TERCEIRA PARTE

1 SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	155
1.1 PROCEDIMENTO DE ELABORAÇÃO E EDIÇÃO. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS	157

2 ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	161
2.1 PROCEDIMENTO DE ELABORAÇÃO E EDIÇÃO. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS	162
3 PROCEDIMENTO DE CONTROLE, REVISÃO E ALTERAÇÃO	163
4 PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS. ANÁLISE DE APLICAÇÃO A SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	165
5 PAPEL DA COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA	167
6 OS OPERADORES DO DIREITO NO BRASIL E O USO DA TÉCNICA DE DISTINÇÃO	168
7 CONTROLES DE VALIDADE E DE CONSTITUCIONALIDADE DE SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E ATO DE PODER	171
CONCLUSÃO	177
REFERÊNCIAS	181
ANEXO A – REGIMENTO INTERNO TST 2011	192
ANEXO B – PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DA EFICÁCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES	199
ANEXO C – ACÓRDÃO: PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N. 0229000-10.2009.5.15.0097	201
ANEXO D – ENUNCIADOS APROVADOS NA 1ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO	205

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo da presente dissertação está inserto no debate sobre a eficácia e a efetividade da atividade jurisdicional: o caminho que percorremos e as conclusões que podemos tomar quanto à validade dos institutos que se pretende criar e dos que já estão sendo utilizados para proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva, justa e célere.

Dentro dessa temática, e a partir das súmulas e orientações jurisprudenciais no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST), analisam-se os procedimentos para elaboração e controle de validade em face da tendência vinculante destes instrumentos jurídicos.

A propósito, a eficácia da tutela jurisdicional é assunto sempre em pauta. Há um crescimento exponencial do número de pessoas que se dirigem ao Estado-juiz em busca da solução de conflitos individuais e coletivos. O crescente acesso ao sistema judiciário¹, somado à inadequação deste sistema a esta nova realidade social, causou – e ainda causa – uma crise na prestação e na entrega da atividade jurisdicional. Esta crise envolve, tempo, qualidade, igualdade, universalidade, economia, entre outros aspectos.

De par com essa realidade, e visando tanto melhorar a prestação da atividade jurisdicional quanto fazer frente ao problema da crescente demanda, como mencionado linhas atrás, na tentativa de aplacar a insatisfação com a insuficiência da tutela jurisdicional – não apenas das partes, mas também de todos aqueles que militam no campo do direito (juízes, advogados, serventuários, doutrinadores) –, nota-se a criação e a aceitação de novos institutos e procedimentos, de novos pressupostos e conclusões, de novos paradigmas e

¹ Norberto Bobbio define sistema judiciário como “[...] um complexo de estruturas, de procedimentos e de funções mediante o qual o sistema político (do qual o sistema judiciário é na realidade um subsistema) satisfaz a uma das necessidades essenciais para a sua sobrevivência: a adjudicação das controvérsias pela aplicação concreta das normas reconhecidas pela sociedade”. (*Dicionário de política*. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1993. p. 1.157 *apud* AZEVEDO, Marco Antonio de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado – CEPGE, 2009. p. 29).

paragonados.² Este fato, vale dizer, aliado à natural evolução de qualquer instituto jurídico, vem trazendo significativas mudanças no direito processual pátrio.

Considerado esse contexto, o estudo pretende abordar um aspecto que, embora não represente uma novidade em si, vem tomando grandes proporções, a ponto de, hodiernamente, encontrarmos diversas obras, escritos e opiniões acerca do que se vem convencendo chamar de “teoria geral do precedente”.

A citada teoria coteja um assunto bastante antigo: o poder normativo do Judiciário e a consequente obrigatoriedade de suas decisões, a ser observado especialmente quando há jurisprudência consolidada. Este tema, se antes circunscrito aos debates acadêmicos – ao menos nos países que adotam o sistema do *civil law* –, ganha extenso campo de debate na medida em que serve como fundamento de validade para a força obrigatória de precedentes judiciais.

Além dos institutos jurídicos objeto da pesquisa – súmulas e orientações jurisprudenciais do TST –, o estudo se propõe a analisar também o que na prática vêm sendo utilizado pelo Poder Judiciário e pelas próprias partes envolvidas, em nome da tão desejada tutela jurisdicional efetiva, ou, ainda mais ousado, em

² Em importante lição sobre a crise do Judiciário, que se aproxima de uma crise de sistema, o Procurador Marco Antonio de Azevedo, citando projeto de Emenda Constitucional do senador Bernardo Cabral, destaca, em números, o exemplo deste descompasso: “Facilmente constatável, até por quem não convive nos meios jurídicos, é a insuficiência de juízes no Brasil. Segundo dados constantes na proposta do senador Bernardo Cabral, relator da Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000, que trata exatamente da reforma do Judiciário, ‘no Brasil, a relação atual é de um juiz para cada 30.000 habitantes. Como comparação, na Alemanha, essa relação está em um juiz para cada 3.863 habitantes. A proporção ideal, na visão da doutrina brasileira, não devia ser maior do que um juiz para cada 10.000 habitantes. Além disso, cerca de 30% dos cargos de juiz não estão providos e aproximadamente 26% das Varas Federais criadas recentemente estão vazias. Isso é especialmente grave quando se houve do Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira que não serão raras as Varas onde tramitam mais de dez mil processos por juiz (Introdução ao Estudo da Magistratura e Reforma do Processo Civil, 1994). Na Justiça Federal, entre 89 e 94, as Varas Federais receberam 2.843.007 processos, dos quais 1.753.431 foram julgados, permanecendo um milhão em tramitação. Cada magistrado do TRF da 5ª. Região recebeu para relatar, em média, em 1994, 3.930 processos. Esses números, projetados para todo o Judiciário, ganham dimensões críticas: 4.000.000 de processos por ano; no Supremo Tribunal Federal, 40.000 processos em 1997, quase 60.000 em 1999, e algo próximo de 70.000 em 2001; no Superior Tribunal de Justiça, 100.000 processos em 1997, 128.000 em 1999 e algo em torno de 200.000 em 2001!’” Cf. AZEVEDO, Marco Antonio de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado – CEPGE, 2009. p. 17.

nome da tão esperada e buscada ordem jurídica justa³. Para esse propósito será necessário, especificamente, apresentar o panorama atual da organização e alcance da atividade jurisdicional no Brasil, discorrer sobre os métodos de controle formal e material dos precedentes judiciais e, por fim, verificar a aplicação destes métodos aos precedentes expedidos pelo TST.

Ainda, sendo certo que o acesso à ordem jurídica justa depende, entre outros requisitos, da remoção dos obstáculos que impedem o acesso⁴ à justiça, e que podem ser de ordem econômica, jurídica, sociológica, antropológica, será igualmente importante verificar a validade e a eficácia de alguns dos instrumentos lançados para este fim.⁵

³ Ada Pellegrini Grinover menciona o lançamento desta expressão por Kazuo Watanabe, em estudo divulgado em 1988, intitulado Acesso à justiça na sociedade moderna. (*Participação e Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 128-135, 1988). A jurista completa a lição com os dados elementares do direito à ordem jurídica justa, como sendo: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre ordem jurídica e realidade socioeconômica do país; c) o acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada de juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características. (*O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 9-10).

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 9-10.

⁵ Marco Antonio Azevedo, mencionando a análise feita por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no que toca aos problemas enfrentados pelo Judiciário, destaca três causas: estruturais, funcionais e individuais, a saber: **Estruturais**: a) sistema judiciário complexo e obsoleto: há muitas justiças especializadas, muitas instâncias (quatro) e inúmeros tribunais; b) inexistência de uma Corte Constitucional: é necessário um tribunal exclusivamente constitucional, principalmente num país em que tudo se constitucionalizou; c) morosidade e deficiência espacial: há a necessidade de proximidade e de celeridade de atuação dos órgãos de primeira instância e do aperfeiçoamento dos sistemas de justiça alternativa e parajudicialidade; d) deficiência de controles: falta de cumprimento de prazos, de assiduidade, de residência dos titulares das respectivas comarcas; e) controle do Judiciário: necessidade de um sistema racional de controle que supere o corporativismo, sem expor o Judiciário à politização; f) número insuficiente de juízes: necessidade de incentivo para atrair as legítimas vocações para preencher o impressionante número de cargos vacantes na primeira instância; **Funcionais**: a) impropriedade das leis, abundância de leis, inadequação aos fatos que pretendem reger e má confecção das leis; b) complicação procedimental: predominância de hermetismo, processualística sobrevalorizada, excesso de meandros técnicos e sistema irracional de recursos; c) deficiência do sistema de provocação: descaso do Poder Público na motivação, seleção e aperfeiçoamento de membros das funções essenciais à Justiça, notadamente nas defensorias públicas; **Individuais**: a) deterioração da formação acadêmica do bacharel: proliferação de faculdades sem bom nível científico, currículos deficientes nas matérias de Direito público, falta de adequado rigor nos exames da ordem; b) carência na formação específica de magistrados: seleção para a carreira através de concursos para ingresso nas Escolas da Magistratura, promoções condicionadas a cursos de reciclagem ou titulação em pós-graduação." (*Súmula vinculante*: o precedente como fonte de direito, p. 21-22).

Com efeito, é importante destacar que os precedentes normativos do TST estão excluídos do estudo por comportarem regramento, dinâmica e aplicação específicos, além, portanto, da delimitação ora proposta.

Quanto ao plano metodológico, o estudo se orienta pelo método de abordagem dedutivo, assim entendido aquele que parte de proposições gerais para explicar problemáticas específicas. A técnica de pesquisa escolhida é a bibliográfica, com dados secundários extraídos da doutrina especializada (livros, periódicos, artigos jurídicos etc.) e de súmulas e jurisprudências pertinentes.

No que tange à organização, o trabalho está dividido em três partes. A primeira aborda a força normativa da decisão judicial e da jurisprudência, as tendências vinculantes (legislativa, jurisprudencial e ideológica), os aspectos favoráveis ao poder normativo do Judiciário por meio do uso de súmulas ou similares, bem como os aspectos desfavoráveis ao sistema de precedentes vinculantes nos países de tradição germânico-romana. A segunda parte analisa os institutos e técnicas que poderão ser parte da “teoria geral do precedente judicial”. Neste ponto, apresentam-se conceitos e distinções dos institutos jurídicos: jurisprudência, súmula, precedente judicial e orientação jurisprudencial, seguindo-se o estudo dos seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos. Por fim, a terceira parte do trabalho confere o aproveitamento da teoria geral do precedente judicial em relação à jurisprudência pacificada pelo TST e as consequências desta aplicação.

PRIMEIRA PARTE

1 PODER JUDICIÁRIO. FORÇA NORMATIVA DA DECISÃO JUDICIAL E DA JURISPRUDÊNCIA

Estudar o Poder Judiciário e o alcance da sua atividade exige abordar uma imensidade de outros assuntos e temáticas, sendo mesmo um desafio estabelecer que tema precede outro.

Assim, para estabelecer uma linha lógica, ao buscar a compreensão da normatividade ou não da atividade jurisdicional e sua concretização, é possível inicialmente trilhar dois caminhos: esboçar um traço histórico sobre a criação do Poder Judiciário e suas peculiaridades, ou tratar da teoria geral e das fontes do direito. Em outras palavras, um dos primeiros desafios do estudo é mesmo estabelecer a ordem de abordagem dos temas, de modo a encaminhar a conclusão das ideias aqui desenvolvidas dentro de uma lógica que facilite a sua compreensão.

Pois bem. O Poder Judiciário, como hoje o conhecemos, integra as funções essenciais do Estado. O Estado, desde o seu surgimento, passou por um processo evolutivo, com a ingerência de diversos fatores sociais, econômicos e políticos, até atingir os modelos atuais. É a forma institucionalizada e organizada de exercício do poder soberano.

Vivenciamos, hoje, o desenvolvimento do Estado Contemporâneo, uma evolução do Estado Moderno⁶, que se compõe de quatro elementos centrais:

⁶ A respeito do Estado moderno, ensina Nelson Nogueira Saldanha: “Diz-se geralmente que o Estado moderno surgiu com a ruína do feudalismo como um Estado secularizado, nacional e dinástico. De fato, ele se formou quando as monarquias européias puderam – inclusive sabe-se, com certa ajuda da burguesia – superar as forças feudais internas e livrar-se da pressão das estruturas maiores, o império e o papado. [...] O ponto de vista histórico é a época chamada *Renascimento*. Convergiram naquela época, várias transformações decisivas: o advento da economia monetária, o humanismo científico e literário, o cisma luterano, as expansões marítimas,

povo, território, soberania e finalidade. A finalidade consiste na busca do bem comum⁷, este somente alcançado com a garantia de liberdade e de igualdade, que ganharão significado diverso, conforme o período da história que se pretender focar a análise.

O bem comum, vale dizer, está na garantia de dignidade dos indivíduos, consubstanciado na garantia de efetivação de direitos fundamentais básicos como saúde, moradia, trabalho, educação, integridade física e moral, respeito às liberdades, respeito ao coletivo. As modificações do papel e do Estado e atuação do Poder Judiciário devem estar, assim, umbilicalmente conectadas com a busca e a realização deste fim.

Com efeito, na busca da realização desse fim é que, talvez, observamos um exponencial crescimento do número de leis, no século XX, em resposta às situações geradas pelo caos econômico e social que a evolução social gerou, especialmente nos grandes centros urbanos.

Malgrado a proliferação das leis, acompanhadas pelo crescimento dos emaranhados estruturais da Administração Pública, o Poder Judiciário, na força contrária do que se poderia imaginar, passou a atuar como protagonista das garantias, mostrando assim um viés ativista.

O protagonismo ou ativismo judicial, por outro lado, não se confunde com a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário exercer atividade normativa. O que chamamos de “poder normativo do Judiciário” talvez resulte desse aludido protagonismo, decorrente não só da necessidade de atingimento e de entrega do

as novas técnicas. Com isso tudo, a urbanização crescente dos estilos de vida, o racionalismo intelectual, a ampliação do comércio, a gradual secularização da mentalidade. A *secularização* consistiu basicamente numa substituição dos padrões religiosos por padrões leigos, racionais, mundanos; na mesma medida em que, na filosofia, o *cogito* cartesiano interiorizava a problemática do pensar, e as preocupações com o transcendente cediam passo à análise do imanente – para o mundo, para o indivíduo e para a sociedade. O moderno dualismo entre a vida social e vida política é confirmado, portanto, pelo Estado nacional, ‘absoluto’, conduzido por monarquias dinásticas, e que só depois, nas fases das revoluções burguesas, se transformará em estrutura liberal [Grifos do autor]”. (*Sociologia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 93-94).

⁷ SALDANHA, Nelson Nogueira. *Sociologia do direito*, p. 91.

bem comum mas de outros tantos aspectos também. É o que passamos a estudar de forma mais específica.

1.1 O PODER NORMATIVO DO JUDICIÁRIO E A JURISPRUDÊNCIA

O poder normativo do Judiciário pode ser analisado pelos ângulos da decisão individual ou da jurisprudência.

A palavra jurisprudência possui ao menos duas acepções. Pode ser tomada como ciência jurídica, compreendendo a teoria geral do direito e sua dogmática, com o estudo das normas que a compõem e seu conteúdo, respectivamente.⁸ Pode ser tomada ainda como o conjunto de decisões judiciais que, declaradas em determinado sentido, dão conteúdo e publicidade à ideia majoritária adotada por determinado juízo⁹.

A propósito, neste trabalho o termo “jurisprudência” será sempre mencionado sob o segundo enfoque¹⁰, embora sabemos que ele se entrelaça com muitos outros institutos jurídicos. Aqui, especificamente, abordaremos os

⁸ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

⁹ O juízo poderá ser um tribunal estadual, regional, federal, dependendo da organização judiciária de determinado país, ou, ainda, não havendo regra estabelecida fechada sobre o assunto, pode representar o entendimento majoritário do juízo de determinada circunscrição judiciária, que pode ser somente um município ou um conglomerado de municípios.

¹⁰ Na realidade, o significado de jurisprudência e a evolução sobre o tema comporta discussão muito mais complexa, não alcançada por este trabalho. De todo modo, vale destacar trecho retirado de obra de autoria de Rodolfo de Camargo Mancuso: “A palavra *jurisprudência* não apresenta um conteúdo unívoco, ao longo da evolução do Direito, no tempo e no espaço. Sob o primeiro ângulo, ainda no Direito Romano, o termo se apresentava plurívoco, tanto valendo para identificar um “Direito Pretoriano” (os éditos baixados pelos magistrados, com maior carga de *imperium* do que de *cognitio*), como para significar os *repositórios*, que, segundo Paulo Dourado de Gusmão, ‘ou são coleções de *responso* dos jurisconsultos do período clássico, ou são interpretações desprovidas de originalidade, das obras do período anterior’. De outra parte, sob o enfoque espacial, o termo ‘jurisprudência’ toma acepções diferentes, conforme se trate de um sistema jurídico: 1) afeto à *common law* (direito anglo-saxão, onde predomina a aplicação do precedente judiciário – o *satate decisio*) ou 2) jungido ao sistema dito continental-europeu (países filiados à família romano-germânica, ou do *civil law*, onde o primado repousa sobre a norma legal). [...] Em outro senso, a palavra ‘jurisprudência’ pode ainda ser utilizada para significar a tendência exegética predominante num determinado Tribunal, acerca de determinado tema; assim, pode-se dizer, v.g., que a *jurisprudência* do STJ, sobre determinada matéria, encontra-se estabilizada neste ou naquele sentido [Grifos do autor]”. (*Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 20-21).

precedentes, as orientações jurisprudenciais e as súmulas¹¹, que ganham papel relevante em diversos aspectos da justiça.

Na primeira parte do estudo utilizaremos o termo jurisprudência de modo genérico, abarcando todas as formas em que ela possa ser apresentada ou concretizada, inclusive com o formato das citadas súmulas e orientações jurisprudenciais, mas sem olvidar a segunda acepção apresentada: exposição da interpretação jurídica majoritária.

Analizada sob a segunda acepção, a jurisprudência ganha destaque maior nos debates sobre organização estatal, direito constitucional e processual, especialmente nos países que adotam o sistema jurídico do *civil law*, que tiveram a partir da consolidação da lei formal e das codificações¹², papel modesto, associado à função meramente diretiva, sem cunho normativo ou vinculante obrigatório.

Antes da consolidação da lei como correspondente supremo do direito, nos países alcançados pelo direito romano, fatores como relação da concepção de direito à ideia de dádiva divina, confusão entre religião e direito, natureza local dos conflitos e natureza privada das relações que se pretendeu conservar, contribuíram para o declínio do direito.¹³

¹¹ Neste trabalho, abordaremos também as orientações jurisprudenciais, formato adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho para formalizar seu entendimento sobre determinado assunto, sobre o qual ainda não se possa editar uma súmula, mas sim formalizar a tendência. Neste momento, indicaremos o termo súmula de forma genérica, considerando a formalização de determinado juízo sobre tema específico.

¹² Os primórdios da formação do direito romano inspira os ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica. Havia a constatação do uso de institutos próximos à figura da jurisprudência ou a precedentes. José Rogério Cruz e Tucci, no que toca ao início do Império Romano, menciona as constatações feitas por Cícero acerca da modificação de entendimentos determinada pelo trabalho interpretativo dos tribunais. (*Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 44).

¹³ Sobre este tema, René David destaca que: “Para que serve conhecer e precisar as regras do direito, quando o sucesso de uma das partes depende de meios tais como o juízo de Deus, o juramento das partes ou a prova dos ordálios? Para que serve obter um julgamento, se nenhuma autoridade, dispondo de força, está obrigada, ou preparada, para pôr esta força à disposição do vencedor? Nas trevas da Alta Idade Média a sociedade voltou a um estado mais primitivo. Pode existir ainda um direito: a existência de instituições criadas para afirmar o direito (as *rachimbourgs* francas, as *laghman* escandinavas, as *eôsagari* islandesas, as *brehons* irlandesas, as *wttan* anglo-saxônicas) e até mesmo o simples fato da redação de leis bárbaras tende a convencer-nos disso. Mas o reinado do direito cessou. Entre particulares como entre grupos sociais os litígios são resolvidos pela lei do mais forte, ou pela autoridade arbitrária de um chefe. Mais importante que o

O reconhecimento da temática da jurisprudência no mundo jurídico está relacionado às mudanças na visão que se tem hoje sobre o próprio processo. Como se sabe, o processo, sua estrutura e suas regras, ao longo do tempo, vêm-se adaptando às necessidades impostas pela realidade social, especialmente no que toca ao acesso à justiça. Bem por isso, o trabalho agora é saber se todas as adaptações encontram contemporâneo fundamento que as legitime e que permitam o seu uso sem ofensa ao Estado de direito adotado em determinado território e, no caso deste estudo, especificamente no Brasil.

A função da jurisprudência nos países que adotam o modelo do *civil law*, não está definida. O que se observa é a discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da jurisprudência. Alguns estudiosos a elegem como verdadeira fonte de direito, outros negam esta possibilidade.

Fontes de direito orientam os processos pelos quais as normas jurídicas são produzidas.¹⁴ Estes processos estão baseados em uma estrutura de poder, que deve possuir formas de assegurar o cumprimento destas normas jurídicas.¹⁵

Tratamos aqui de fontes formais de direito,¹⁶ aquelas originadas de um processo reconhecido ou criado por uma organização de poder, que deve possuir força para obrigar o seu cumprimento. Ou seja, há necessidade da existência de um poder que, além de legitimado à produção da norma, possa garantir o seu cumprimento ou execução¹⁷.

direito é, sem dúvida, a arbitragem que visa menos conceder a cada um o que lhe pertence, segundo a justiça, do que manter a solidariedade do grupo, assegurar a coexistência pacífica entre grupos rivais e fazer reinar a paz.” (*Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 38-39).

¹⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 139.

¹⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 139.

¹⁶ As fontes materiais de direito, nas palavras de Miguel Reale, não são outra coisa “[...] senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito. Fácil perceber que se trata do problema do fundamento ético ou do fundamento social do fundamento social das normas jurídicas, situando-se, por conseguinte, fora do campo da Ciência do direito”. (*Lições preliminares de direito*, p. 140).

¹⁷ Merecem destaque as considerações feitas por José Rogério Cruz e Tucci, acerca das fontes de direito: “Antes de ser enfrentado esse ponto fundamental, é necessário lembrar que a locução *fonte de direito*, no campo do discurso jurídico, tem dupla acepção, significando, por um prisma, a origem do direito objetivo e, por outro, o veículo de conhecimento do direito. Assim, pelo ângulo da história, fala-se em *fonte de cognição* para indicar tudo aquilo de que se pode valer o estudioso para conhecer o direito de uma determinada experiência jurídica do passado ou o *locus* onde ele

Em rigor, não há uma regra superior, supraestatal, que ateste a validade de um dado sistema de organização estatal para qualquer fim, inclusive para o fim da atividade normativa.

Nos países que adotaram o sistema de tripartição das funções do poder – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário – haverá sempre uma discussão em torno da limitação ou amplitude normativa de cada um destes poderes, mas nenhuma conclusão poderá ser legitimada com base em ordenamentos supraestatais. Somente o próprio ordenamento em discussão poderá permitir a conclusão de que determinado modelo ou instituto é legítimo ou não.

Assim, o encaminhamento desse debate terá como base as formas histórica, sociológica, econômica e juridicamente escolhidas pelo próprio Estado. Não há uma resposta objetiva a ser aplicada a todos os Estados. Não há como afirmar que, segundo determinada premissa, a atividade normativa somente será válida nesta ou naquela forma de poder. Sempre será necessário analisar a evolução da estrutura em termos de organização do Estado e de poder e ela própria como um todo. Ou seja, as estruturas são livres e abertas.

Antes de mergulharmos na temática aqui proposta será necessário, ainda que brevemente, discorrer sobre alguns aspectos que estão circunscritos ao entendimento e definição do que vem a ser jurisprudência, sua força normativa ou natureza jurídica.

1.1.1 Jurisprudência e costumes

No caminho da compreensão da natureza jurídica da jurisprudência, por diversas vezes, deparamo-nos com a aproximação ou mesmo a confusão entre

se revela. Tanto um texto epigráfico (inscrição em pedra) pode servir de fonte como um poema antigo ou mesmo uma epístola de cunho particular estampada em um papiro egípcio. A ciência jurídica tradicional, por outro lado, designa como *fontes formais de produção do direito* os modos pelos quais o direito se manifesta, ou seja, as *formas de expressão do direito*. Todo ordenamento jurídico, enquanto sistema de normas, encerra uma estrutura tanto quanto possível harmônica. Elementos normativos e não normativos devem guardar intrínseca relação entre si. E, por essa razão, o direito positivo, sob a ótica dinâmica, vem disposto segundo regras de coordenação que visam conferir estrutura ao ordenamento.” (*Precedente judicial como fonte de direito*, p. 19-21).

jurisprudência e outros institutos jurídicos. O mesmo ocorre em relação aos costumes. Os costumes, vale lembrar, por vezes são considerados como fundamento do sistema jurídico do *common law*, que, em certos aspectos, são chamados a justificar o poder normativo do Judiciário, inclusive em países que adotam o *civil law*.

Délio Maranhão¹⁸, tratando da aproximação entre jurisprudência e costume, afirma que:

A jurisprudência será fonte de direito na medida em que se converta em verdadeiro costume. É um direito costumeiro de formação nova. Neste sentido, podemos afirmar, como *De Page*, que o direito jurisprudencial é realmente o direito positivo aplicável.

O raciocínio esboçado leva a crer que o costume a ser considerado não é o da sociedade mas o dos juízes. Assim, se costumeiramente os juízes passarem a decidir determinada matéria, de certa forma, cria-se então o costume, fonte de direito.

Ainda, da afirmação destacada não se pode inferir que o costume seria aquele apenas reconhecido judicialmente e que, portanto, geraria jurisprudência como fonte de direito. Mais adiante, o autor explicita:

As decisões judiciais podem constituir-se fontes de direito – o direito jurisprudencial – quando, por sua iteração, convertem-se em costume. As verdadeiras fontes de direito – as fontes materiais – não são, como acentua *De Page*, o monopólio de nenhum poder, nem o apanágio de nenhuma instituição.¹⁹

Com essa segunda lição, denota-se que a intenção do autor é informar que o costume está no “decidir” por certa conclusão e não em reconhecer um costume. Esta, contudo, não parece ser a melhor perspectiva do assunto, uma vez que os costumes já são considerados como fonte – formal – de direito e, sendo assim, não haveria necessidade de reconhecimento judicial para tomarem esta força.

¹⁸ MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 1. p. 158.

¹⁹ MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*, p. 159.

Acrescente-se, por outro lado, que os costumes são considerados fatos sociais. Ou melhor, comportamento social reiterado, que culmina na conclusão do direito provindo desta prática.

O “direito costumeiro”, nas palavras de Miguel Reale²⁰, “não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira pré-determinada. Geralmente não sabemos onde e como surge determinado uso ou hábito social, que, aos poucos, se converte em hábito jurídico, em uso jurídico”.

O reconhecimento do costume como norma está umbilicalmente ligado à eficácia social das normas. Ora, se as próprias partes, a sociedade, inseridas em um determinado contexto, encontram sozinhas uma solução adequada para um conflito, e esta solução não fere a norma superior de validade, qual seria o fundamento para o Estado não reconhecê-la como válida?

O raciocínio, contudo, não pode ser aplicado ao Poder Judiciário, na figura do juiz, que, investido de poder estatal, substitui as partes para decidir o conflito. A propósito, decisão reiterada de um juízo sobre a mesma matéria não é costume social, mas sim ato de poder, reiteradamente imposto às partes, que será, em última análise, criador da própria jurisprudência.

A impropriedade da conclusão pela natureza normativa da jurisprudência, a partir do ponto que se torne um costume, é extraída da mesma doutrina de Miguel Reale, quando mais à frente conceitua costume. Nas suas palavras: “O costume consiste no fato de que determinado núcleo social – a expressão é de *Messineo* – adota, observa, constante e espontaneamente, certo modo de agir de conteúdo jurídico”.²¹

Ora, juízes e tribunais, exercendo o poder estatal que lhes é investido, não podem ser considerados, por este fato, “núcleo social”. No exercício do poder jurisdicional, os juízos são o próprio Estado e não a sociedade.

²⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 155.

²¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 165.

Mas o dissenso é tamanho que a mesma obra mencionada, em trecho do mesmo capítulo redigido por João de Lima Teixeira Filho²², posição diametralmente oposta é colocada ao leitor: “Por estas sintéticas razões, concluimos, como Caio Mario da Silva Pereira, que em sentido técnico estrito não se pode compreender a súmula como fonte de direito”.

Dessas lições se extrai que, seja ou não a jurisprudência fonte de direito, não é o “costume” reiterado dos juízes e dos tribunais de decidirem determinada matéria de certa forma que dará a essa decisão, em conjunto, força normativa.

1.2 FORÇA NORMATIVA DA JURISPRUDÊNCIA

O estudo realizado preliminarmente sobre a força normativa da jurisprudência, à cata de teses que encontram na jurisprudência uma fonte de direito, permite dividir esta possibilidade em três principais hipóteses: a) quando representar o conjunto de reiteradas decisões que procederam à integração do ordenamento jurídico; b) quando houver determinação constitucional ou legal para que possua esta força; c) quando o sistema jurídico adotado por um determinado país possuir esta característica.

Conjuntamente à análise das três possibilidades apontadas, abrimos espaços para abordagens de temas correlatos e que auxiliam no entendimento esboçado. São elas: a jurisprudência enquanto conjunto de reiteradas decisões judiciais precedentes à integração do ordenamento jurídico; jurisprudência e força normativa concedida pela legislação – constitucional e infraconstitucional; e jurisprudência como força normativa resultante do sistema jurídico adotado.

1.2.1 Jurisprudência enquanto conjunto de reiteradas decisões judiciais que procederam a integração do ordenamento jurídico

Mencionamos alhures que o debate acerca da natureza jurídica da jurisprudência, quanto ao aspecto de possuir força normativa e, portanto, ser

²² Apud REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 165.

considerada fonte de direito, é apresentado neste trabalho pelo prisma das fontes formais de direito.

As fontes materiais de direito não chegam a ser “fontes” no sentido estrito da palavra. Representam o que podemos chamar de momento “pré-norma”. As fontes materiais são propriamente os movimentos sociais, políticos e econômicos que emergem, embasam e inspiram a formação da fonte formal do direito. Elas participam de um momento que antecede a criação da norma formal e estão muito mais ligadas ao conteúdo da fonte formal do que ao seu aspecto externo.

A análise da jurisprudência como fonte formal de direito suscita o impasse da ordem lógica de exposição das matérias, dentro do campo de estudo da atividade dos juízes.

Para possibilitar a conclusão sobre a força normativa da jurisprudência ou das decisões judiciais, é necessário verificar antes como se desenvolveu a atividade jurisdicional.

O parâmetro histórico para tal análise pode ser fixado desde os primórdios da humanidade, ocasião em que foi constatada a existência de regras e julgados, até um período mais recente, com a organização social cristalizada em órgãos imbuídos das funções de legislar, julgar e aplicar as normas.

Limitando a análise ao período a partir do século XVIII e aos países que, como o Brasil, seguiram a tradição romano-germânica, verifica-se que a atividade jurisdicional é concebida como a atividade de fazer com que os juízes, decidindo o conflito que lhes é submetido, apliquem as normas jurídicas existentes, de modo objetivo, sem exercício criativo ou mesmo interpretativo.

Essa concepção formalista predominou durante os séculos XVIII e XIX, período em que se conduziu o direito ao positivismo legalista defendido pela Escola da Exegese, acompanhando o pensamento normativista, e da Escola de Viena. Presentemente, recebe influência da corrente neopositivista.

Conforme ensina Luis Guilherme Marinoni: “O positivismo jurídico é tributário dessa concepção de direito, pois, partindo da ideia de que o direito se resume à lei, e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador”.²³

E completa, mais à frente:

O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar respostas aos conflitos de interesses.²⁴

No Brasil, esta tendência formalista ainda possui seguidores e exerce grande influência nos julgados e na doutrina. Por outro lado, houve uma movimentação na condução desse tema, com considerável modificação em determinados grupos e segmentos acerca da conformação da atividade jurisdicional. Assim, aquilo que em um primeiro momento era tomado como atividade racional, quase matemática, ganhou variabilidade ao se reconhecer que é impossível ao juiz não interpretar a lei.

A atividade de aplicação das normas é feita por um ser humano que carrega além de experiências próprias, educação, formação escolar e opiniões singulares. Qualquer esforço que se faça para vaticinar que o juiz apenas aplica a lei ao caso concreto cai por terra diante da constatação da complexidade do ser humano.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 29.

²⁴ Ainda, sobre o tema, nesta mesma obra, informa o autor: “O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos de ciências naturais, basicamente da objetividade da observação e da experimentação. Se o investigador das ciências naturais pode realizar experimentos com base em procedimentos lógicos até concluir a respeito de toda verdade ou falsidade de uma proposição, supôs-se que a tarefa do jurista poderia ser submetida a essa mesma lógica. Nessa linha, os juristas sempre chegariam a um resultado correto ou falso na descrição do direito positivo, como se físicos ou químicos fossem. A mera observação e descrição da norma constitui o ponto caracterizador do positivismo jurídico, que dessa forma pode ser visto como uma ciência cognoscitiva ou explicativa de um objeto, isto é, da norma positivada. Por constituir explicação da norma, o positivismo difere nitidamente da atividade de produção do direito, ou da atividade normativa, pois a tarefa do jurista positivista é completamente autônoma em relação à atividade de produção do direito, ao contrário do que acontecia na época em que a atividade da jurisprudência e dos doutores criava o direito.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 29-30.

A fase das codificações, quando se buscava a regulamentação de todas as relações jurídicas existentes, não foi suficiente para afastar o fato de que uma mesma norma, ainda que com um suposto ordenamento jurídico pleno, poderá ser vista de um modo por um juiz e de modo distinto por outro juiz.

Miguel Reale²⁵, a propósito, adverte:

O que interessa não é o signo verbal da norma, mas sim sua significação, o seu 'conteúdo significativo', o qual varia em função de mudanças operadas no plano dos valores e dos fatos. Muito mais vezes do que se pensa, uma norma legal sofre variações de sentido, o que, com expressão técnica se denomina 'variação semântica'.

O "conteúdo significativo" de que trata o autor não pode ser revelado de modo objetivo por um ser humano, julgador, que é subjetivo e emocional na sua essência, sem falar na necessidade que tem de acompanhar todas as mudanças que a evolução social impõe e que se apresentam de forma diferente para pessoas em situações diversas.²⁶

A constatação da impossibilidade de existir um ordenamento jurídico pleno e a possibilidade de diferentes interpretações da norma, permite testificar a força normativa da decisão judicial, na medida em que se verifica que o julgador poderá sempre integrar ou completar eventual lacuna do ordenamento jurídico.

Assim, o julgador que, ao interpretar a norma, dá significação adequada ao caso concreto ou ainda completa lacuna²⁷ do ordenamento jurídico, evidencia em sua decisão características de normatividade.

²⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 171-172.

²⁶ Um estudo mais aprofundado do tema pode ser feito com a leitura da obra de Lídia Reis de Almeida Prado. Segundo a sua doutrina: "A restrição do Direito à norma – de caráter abstrato e geral – não consegue conviver com a nova ideia de Justiça, que implica uma grande confiança no poder criativo do julgador, de quem se espera uma *sensibilidade muito refinada* para lidar com o sempre mutante contexto social [Grifos da autora]". (*O juiz e a emoção*. Aspectos da lógica da decisão judicial. 4. ed. Campinas, SP: Millenium, 2008. p. 99).

²⁷ A lacuna do ornamento jurídico pode apresentar-se por ausência objetiva da norma, ou porque, existindo a norma, esta se apresenta ultrapassada para regular a relação jurídica que pretende. Neste sentido é a *teoria tridimensional do direito*, apresentada e defendida por Miguel Reale. A respeito, vale destacar trecho de seus ensinamentos: "Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todos e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto *normativo* (o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência); um aspecto *fático* (o Direito como *fato*, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto *axiológico* (o Direito como *valor* de Justiça). [...] Desse

Outra circunstância que vale mencionar a respeito desse tema alude à modificação do papel do juiz – e consequentemente do Poder Judiciário –, fruto da adoção de constituições chamadas sociais, repletas de garantias fundamentais, princípios e conceitos abertos. A concretude desses direitos, como sabemos, tem sido árdua tarefa do Judiciário.

A atividade jurisdicional nos países que adotam a chamada Constituição Social vai muito além da solução do conflito, possuindo ainda a responsabilidade de fazer valer todo o arcabouço de proteção previsto nos textos magnos.

No Brasil não é diferente. A Constituição Federal promulgada em 1988 e alterada por diversas emendas constitucionais desfila direitos e garantias fundamentais indispensáveis ao desenvolvimento da vida com dignidade. Contudo, muitas de suas normas, especialmente as de ordem programática e de eficácia limitada²⁸, dificultam a sua aplicação prática, exigindo dos juízes uma atuação de protagonistas da efetividade dos preceitos constitucionais.

modo, *atos*, *valores* e *normas* se implicam e se exigem reciprocamente, o que, como veremos, reflete também no momento em que o jurisperito (advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito (são expressões sinônimas) para dar-lhe aplicação. Desde a sua origem, isto é, desde o aparecimento da norma jurídica - que é síntese integrante dos fatos ordenados segundo distintos valores - até o momento final de sua aplicação, o Direito se caracteriza por sua estrutura tridimensional, na qual fatos e valores se dialetizam, isto é, obedecem a um processo dinâmico que aos poucos iremos desvendando. Nós dizemos que o processo do Direito obedece a uma especial de dialética que denominamos 'dialética de implicação-polaridade', que não se confunde com a dialética hegeliana ou marxista dos opostos. Esta é, porém, uma questão que só poderá ser melhor esclarecida no âmbito da Filosofia do Direito. Segundo a dialética de implicação-polaridade, aplicada à experiência jurídica, o *fato* e o *valor* nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irredutível ao outro (polaridade) mas se exigindo mutuamente (implicação), o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do Direito. Por isso é denominada também 'dialética de complementariedade'. Isto posto, podemos completar a nossa noção inicial de Direito, conjugando a estrutura tridimensional com a nota específica da bilateralidade atributiva, neste enunciado: *Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva*, ou, de uma forma analítica: *Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores* [Grifos do autor]". REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 65-67.

²⁸ Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser: de eficácia plena, que dispensa a existência de norma posterior integrativa; de eficácia contida, oportunidade em que terá aplicação imediata, mas não integral, podendo uma norma infraconstitucional reduzir a sua abrangência; e, finalmente, de eficácia limitada, entre as quais se incluem as normas instituidoras de princípios institutivos ou organizativos ou, ainda, princípios programáticos. (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 56).

Mauro Cappelletti²⁹ elenca três principais razões do ativismo judicial: a) a natureza da legislação social ou de *welfare*, que acompanha a evolução do Estado que passa a adotar um modelo social intervencionista, em um movimento contrário ao Estado liberal, de proteção à vontade individual; b) o exercício do controle dos demais poderes, que em fase ou época de gigantismos legislativos deve receber um bloqueio do terceiro poder, com funções de controle; c) efetividade interna dos documentos internacionais de garantias dos Direitos dos Homens.

O doutrinador italiano ainda menciona como razão do ativismo judicial a inevitabilidade do exercício interpretativo das normas pelos juízes, que implicaria a criação de normas para o caso concreto.³⁰

Temos, assim, que a decisão judicial inexoravelmente poderá apresentar natureza normativa, nas hipóteses em que venha a integrar o ordenamento jurídico. E a jurisprudência, como representativa da sedimentação de diversas sentenças em um mesmo sentido, resgata das decisões singulares ou colegiadas esta característica normativa.³¹

O ordenamento jurídico brasileiro há muito vem absorvendo os ideais dessa concepção. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), promulgada em 1943, em seu artigo 8º prevê a jurisprudência como fonte subsidiária de direito. Como se vê, o legislador brasileiro já concebia a jurisprudência com força normativa, de criação da norma.

Consideradas essas premissas, que em suma dizem respeito à superação da ideia de plenitude do ordenamento jurídico formal e da impossibilidade de a decisão judicial dizer objetivamente a lei sem interpretá-la, é possível afirmar que

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Processos, ideologias e sociedades*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. v.1. p. 8-13.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Processos, ideologias e sociedades*, p. 14.

³¹ Destaca-se outro trecho da obra citada de Miguel Reale: "A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si". (*Lições preliminares de direito*, p. 168).

a decisão judicial possui sim força normativa e como tal poderá ser considerada fonte de direito.

Ronaldo Poletti³², em sua obra intitulada “Introdução ao Direito”, disserta nesse sentido:

A jurisdição cria o direito: a) pela sentença que atinge e obriga as partes; b) pela reiteração onde se afirma um sentido de interpretação das normas e se dota tal reiteração de certa obrigatoriedade. Neste último sentido é que se fala em jurisprudência firmada.

Nesse contexto, a jurisprudência adquire força normativa sempre que representar a união de decisões, como assinalado linhas atrás.

De acordo com José Rogério Cruz e Tucci: “A atividade dos juízes e, por via de consequência, os *precedentes judiciais* constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*) [Grifos do autor]”.³³

Mais à frente verificaremos a amplitude dessa “norma jurisprudencial”. Antes, contudo, será necessário seguir com o estudo das outras hipóteses nas quais a jurisprudência alcança natureza de “fonte de direito”.

1.2.2 Jurisprudência. Força normativa concedida pela Constituição Federal ou pela lei

A jurisprudência, independentemente de qualquer qualidade das decisões judiciais que a embasam, poderá ter força normativa em decorrência da concessão desta característica pela Constituição Federal ou pela lei.

Neste ponto, é desnecessário o debate acerca da natureza da decisão judicial tomada no caso concreto ou do alcance e natureza da atividade jurisdicional. Se o ordenamento jurídico formalmente decide pela vinculação

³² POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 209.

³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 18.

obrigatória da jurisprudência, sobra apenas regulamentar como tal deverá ser procedimentalizado.

As eventuais regras de um ordenamento jurídico relativas à elaboração da jurisprudência dizem respeito ao direito processual. A determinação advinda de norma de ordem pública de que passe a ter efeito vinculante também é norma que se pode afirmar processual, pois não representa um direito material que regule uma relação jurídica.³⁴

Trazendo a análise para o ordenamento jurídico brasileiro, temos que a competência privativa para legislar sobre direito processual é da União, nos termos do inciso I do artigo 22³⁵ da Constituição Federal.

Dessarte, somente a própria Constituição Federal ou leis federais poderá trazer regras acerca da força normativa ou da vinculação obrigatória da jurisprudência. Significa dizer que leis estaduais e municipais não podem trazer qualquer regra a respeito da força normativa da jurisprudência, tampouco regimentos internos dos tribunais poderão dar força coercitiva aos seus precedentes ou a sua jurisprudência majoritária.

Somente a produção legislativa da União ou a própria Constituição Federal, poderá estabelecer regramentos nesse contexto, valendo lembrar que no decorrer deste estudo observaremos a intensa tendência legislativa na concessão de força

³⁴ “O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial). O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concordam decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22, ed. São Paulo: Malheiros, p. 46.

³⁵ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...]”.

vinculante à jurisprudência, com os inúmeros formatos que ela toma: súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes³⁶.

A Constituição Federal, por exemplo, sofreu alteração recente no seu texto, provocada pela edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, cujo acréscimo do artigo 103-A criou a figura da “súmula vinculante”, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A súmula vinculante é o primeiro e único instituto do ordenamento jurídico nacional que, representando a sedimentação do entendimento majoritário de um tribunal – neste caso do Supremo Tribunal Federal (STF) –, obriga diretamente a todos os órgãos judiciais e administrativos, com possibilidade de apresentação de reclamação em caso de descumprimento de seus termos.

Relativamente à súmula vinculante, é importante registrar que, neste trabalho, o destaque vai para o precedente que inaugura no ordenamento constitucional, além de outro detalhe: a norma constitucional determina a

³⁶ Conforme se verificará no decorrer deste trabalho, a Constituição Federal, a lei e a própria doutrina variam na eleição dos termos que representarão o instituto com força vinculante, havendo variação inclusive quanto a conceitos, confusão e distinção.

vinculação obrigatória de órgãos públicos (dentro do Poder Judiciário e do Poder Legislativo), mas não prevê força geral e abstrata em relação aos jurisdicionados.

A jurisprudência também poderá ter força normativa em decorrência de um terceiro aspecto: o sistema jurídico adotado. É o que passamos a analisar na seção seguinte.

1.2.3 Jurisprudência. Força normativa emergente do sistema jurídico adotado. *Common law*

O papel desempenhado pela jurisprudência, incluindo a possibilidade de apresentar força normativa ou obrigatoriedade, pode ainda decorrer do sistema jurídico adotado por determinado país.

Sistema jurídico, nas palavras de Marco Antonio Duarte de Azevedo³⁷:

[...] é o conjunto de regras e princípios logicamente ordenados visando a um determinado fim, agindo sobre um determinado meio social num dado momento histórico, que recebe desse meio os conflitos resultantes de seus interesses e os desenvolve de forma elaborada, como respostas socialmente aceitas, com a finalidade precípua de manutenção da paz e da coesão social.

Com base no direito comparado é possível afirmar que distintos os sistemas jurídicos adotados pelos diversos países.

René David³⁸, em estudo sobre o tema, destaca os seguintes sistemas, que agrupa em famílias: a) família romano-germânica; b) família da *common law*;

³⁷ AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado – CEPGE, 2009. p. 30.

³⁸ Quanto ao uso do termo “família” para distinguir os diversos sistemas, assim esclarece o autor: “As regras podem ser infinitamente variadas; as técnicas que servem para as enunciar, a maneira de as classificar, os modos de raciocínio usados para as interpretar, resumem-se, pelo contrário, a certos tipos, que são em número limitado. É possível, por isso, agrupar os diferentes direitos em ‘famílias’, da mesma maneira que nas outras ciências, deixando de parte as diferenças secundárias, se reconhece a existência de famílias em matéria de religião (cristianismo, islamismo, hinduísmo, etc.), de linguística (línguas romanas, eslavas, semitas, nilóticas, etc.), ou de ciências naturais (mamíferos, répteis, pássaros, batráquios, etc.).” DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 21-22.

c) família dos direitos socialistas; d) direitos mulçumano, hindu e judaico; e) direito do Extremo Oriente; f) direito da África negra e Madagascar.³⁹

A chamada família dos direitos socialistas conserva um pouco das características da família romano-germânica, havendo, contudo, distinção especial no que toca à intenção de formação de uma organização social que, prescindindo do Estado, prescinde do próprio direito.⁴⁰

Nos países de tradição socialista, observa-se a intenção de, com o tempo, abolir-se a existência do próprio Estado, que passaria a ser desnecessário na medida em que a harmonia social e a igualdade dispensariam uma ordem superior de controle e organização.⁴¹

Os direitos muçulmano, hindu e judaico guardam peculiaridades e alternâncias que não permitem o seu enquadramento em nenhuma outra família. Esta instabilidade ou desacordo seria decorrente da “oposição, sempre tenaz, que existe entre adeptos e adversários da noção de ‘direito natural’”.⁴² O direito neste sistema seria uma variável entre “o conjunto de regras efetivamente observadas, cuja aplicação é feita pelos tribunais”, e “um modelo ideal de conduta”, não se confundindo com as regras impostas pelos atores sociais.⁴³

Essa contraposição teria como fundamento a negação da cultura e dos costumes nacionais, em prol de um direito ideal.

Paralelamente, nos países mulçumanos, a atenção concentrou-se num sistema ideal, o do direito mulçumano, ligado à religião do islã; os costumes locais são considerados fenômenos de puro fato; leis e ordenanças dos príncipes são consideradas como medidas de administração, expedientes de alcance local e transitório, que não atingem plenamente a dignidade do direito. A mesma observação deve igualmente fazer-se para o direito judaico; e, da mesma forma, em um contexto diverso se distingue nitidamente, na Índia, o *dharma*, ciência do justo, da *artha*, que fornece as receitas do poder e da riqueza.⁴⁴

³⁹ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 23-32.

⁴⁰ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 27.

⁴¹ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 28.

⁴² DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 29.

⁴³ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 29.

⁴⁴ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 30.

Dessas lições, extrai-se que a família dos direitos mulçumano, hindu e judaico se distingue pela confusão ou absorção dos valores e ensinamentos religiosos, culturais e espirituais de seus povos.

No que tange ao sistema adotado no Extremo Oriente, onde a China é o maior país em população e território, há uma rejeição da ideia de direito como pilar necessário da ordem social. A concepção é a de que o homem não deve buscar o direito como forma de harmonia, mas sim buscar a harmonia como forma de encontro da paz e da evolução. O direito somente seria útil para aqueles que não pudessem encontrar a harmonia e a paz por esforço e conquista próprios.⁴⁵

No relato de René David⁴⁶:

Todo o Extremo Oriente conserva, tradicionalmente, este modo de ver, resumido na fórmula de que o direito é bom para os bárbaros. O regime comunista chinês e a ocidentalização do Japão não mudaram fundamentalmente esta concepção, enraizada no espírito dos homens. O regime comunista, na China, repudiou os códigos inspirados no Ocidente que haviam sido elaborados depois da queda do regime imperial; depois de breve período de hesitação, afastou-se igualmente da via soviética e enveredou por uma via própria, que concede um lugar muito restrito ao direito, para construir o comunismo.

Por fim, o autor destaca a reação da comunidade japonesa:

No Japão foram publicados códigos segundo o modelo europeu, mas a população, de um modo geral, faz pouco caso deles; abstém-se de recorrer aos tribunais e estes se esforçam para levar os pleiteantes à conciliação e desenvolvem técnicas originais para aplicar – ou dispensar-se de aplicar – o direito.⁴⁷

Quanto ao sistema adotado pelos países da África negra e Madagáscar, consideradas as diferenças culturais, há também uma preponderância da valorização da harmonia geral, que deve ser conquistada pelos indivíduos e não pela imposição de leis oficiais.⁴⁸

⁴⁵ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 30.

⁴⁶ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 32.

⁴⁷ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 32.

⁴⁸ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 32.

Ao lado dessas famílias de direito, cumpre destacar as que têm a principal influência na Europa Ocidental e nas Américas, incluindo o sistema jurídico brasileiro: a família romano-germânica (*civil law*) e a família do *common law*.

O sistema do *common law*, desenvolvido especialmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, é baseado no que a doutrina moderna denomina de teoria do *stare decicis*.⁴⁹ Esta teoria é pautada pela exigência obediência à decisão tomada por um tribunal superior, em um sistema de respeito obrigatório ao precedente.⁵⁰

O *common law* é, segundo David René, “[...] por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra”.⁵¹

Pois bem. O sistema jurídico, na forma como se apresenta hoje, passou por diversas mudanças e adaptações, cuja complexidade não poderia ser discutida neste trabalho sem o risco de se desviar de seu objeto. De todo modo, vale a referência a alguns pontos principais do seu desenvolvimento, até para que possamos, mais à frente, construir um quadro comparativo com o sistema adotado no Brasil e entendermos as possibilidades de adoção ou transposição de um instituto jurídico por outra forma de sistema jurídico.

Antes, contudo, uma advertência que ajuda a entender melhor o sistema jurídico (*common law*) desenvolvido principalmente na Inglaterra e Estados Unidos: não se trata de direito consuetudinário.

À criação do *common law*, após 1066, com a conquista da Inglaterra pelos normandos, precede o período do direito anglo-saxão, cujas formas de regulamentação das relações são pouco conhecidas.⁵² Após este período não se

⁴⁹ A expressão latina completa é *stare decisis et non quieta movere*, que significa “mantenha a decisão e não moleste o que foi decidido”.

⁵⁰ Ensina René David: “O sistema da *common law* é um sistema de direito elaborado na Inglaterra, principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça, depois da conquista da normanda. A família do *common law* compreende, além do direito inglês, que está na sua origem, e salvo certas exceções, os direitos de todos os países de língua inglesa. Além dos países de língua inglesa, o *common law* foi considerável, na maior parte dos países, senão todos, que politicamente estiveram ou estão associados à Inglaterra.” (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 351).

⁵¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 27.

⁵² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 356-357.

pode mais falar em direito “anglo-saxão” como aquele decorrente das diversas tribos de origem germânico-saxã, inglesa e dinamarquesa, que dividiam a Inglaterra antes da conquista pelos normandos, razão pela qual “o uso da palavra *anglo-saxônico*, para designar o direito dos ingleses e americanos de hoje, é justamente considerado como absurdo fora do continente europeu”.⁵³

René David⁵⁴ relata que a conquista da Inglaterra pelos normandos possibilitou a vinda a este país de grande experiência administrativa antes utilizada no Ducado da Normandia. Com a existência desta organização, o direito inglês passou a ser obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça.

O papel desempenhado pelos Tribunais Reais foi de suma importância para a existência do *common law*, inclusive nos moldes atuais, por ter permitido o fortalecimento do direito criado por tribunal.

Sobre essa fase, discorre o citado autor:

O rei procura estender os seus poderes de soberano justiceiro no reino. O interesse do Chanceler e dos juizes reais é conhecer de um maior número de questões, devido aos lucros que a administração judicial proporciona. Os Tribunais Reais são, por outro lado, impelidos a alargar a sua competência pelas solicitações aos particulares, a quem a justiça real surge como muito superior à das outras jurisdições. Só os Tribunais Reais possuem meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para executar as suas decisões. Por outro lado, só o rei, com a Igreja, pode obrigar o seus súditos a prestar juramento; os Tribunais Reais puderam, por isto, modernizar o seu processo e submeter o julgamento dos litígios a um júri, enquanto as outras jurisdições estavam condenadas a conservar um sistema arcaico de provas.⁵⁵

A confiança desde o início delegada aos juizes permitiu que a população considerasse os tribunais uma figura de respeito e de defesa de seus interesses, embora estes órgãos só se tenham tornado criadores de direito comum a partir do século XIX.

⁵³ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 357-358.

⁵⁴ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 358-359.

⁵⁵ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 361.

Esse aspecto histórico relativo à confiança delegada aos juízes permitiu o desenvolvimento, na Inglaterra, de um sistema jurídico completamente diferente do que estava sendo desenvolvido na França e nos países de tradição romano-germânica. Na Inglaterra, com este sistema, houve um crescente interesse e uma maior atenção dos juristas pelo processo. São também os juristas os responsáveis pelo desenvolvimento de inúmeros conceitos utilizados no direito inglês. No desenvolvimento deste sistema, verificou-se ainda a rejeição da divisão entre direito público e direito privado, aspectos estes que tiveram como consequência a rejeição dos conceitos desenvolvidos pelo direito romano.⁵⁶

Após um período de expansão do *common law*, de 1066 até o século XIII, foi necessária a criação de um sistema paralelo, justamente para impedir a sua defasagem. Chamado de *equity*, o novo sistema perdurou entre os anos de 1485 e 1832, aproximadamente, e consistia basicamente na aplicação de doutrinas “equitativas” que funcionavam como corretivos “jurídicos” aos princípios aplicados pelos Tribunais Reais.⁵⁷

Nos dias atuais, os ideais democráticos ganham destaque dentro do sistema *common law*, com sua reforma e modernização. O direito inglês, que até o século XIII se desenvolveu de modo eficiente na busca da evolução de seu direito processual, reúne esforços para a construção do seu direito substancial, a fim de atender às demandas do Estado Contemporâneo e dos ideais do *Welfare State*.⁵⁸

Esse esboço histórico, embora sucinto, procura mostrar aspectos do desenvolvimento de um sistema jurídico que, pautado na criação do direito pelos juristas integrantes dos tribunais, permite que a jurisprudência seja a sua principal fonte de direito.

⁵⁶ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 364-370.

⁵⁷ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 371-377.

⁵⁸ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 377-379.

1.2.3.1 Família romano-germânica. Tradição no Brasil

O Brasil segue a tradição romano-germânica de sistema jurídico. Esta tradição, como se pode extrair do nome que lhe foi dado, teve como berço o direito romano, iniciado na Roma Antiga. O direito romano, por sua vez, tem como origem a cidade de Roma e data de, aproximadamente, 754 a.C.⁵⁹

A cultura romana foi fortemente influenciada pela cultura grega e responsável pela criação de um dos primeiros sistemas jurídicos a influenciar praticamente todos os sistemas jurídicos do mundo moderno.⁶⁰

Conforme relato de José Rogério Cruz e Tucci⁶¹, no início do desenvolvimento do direito romano os costumes e a jurisprudência eram apresentados constantemente como fonte de direito. Aduz que, embora a “complexa dimensão histórico-política de Roma” dificulte ou mesmo “torne impossível reconstruir, de modo sistemático, o perfil histórico das formas de produção do direito e, em particular do valor persuasivo dos *precedentes judiciais* [grifos do autor]”⁶², a existência e a influência dos precedentes nos antecedentes históricos do sistema que embasa a tradição romano-germânica, é certo que estes tiveram papel ativo e necessário.⁶³

Já no século XVI, “com o notório fortalecimento da ideia da separação dos poderes, colocada à prova após as revoluções dos Estados Unidos da América (1776) e da França (1789), a vontade popular passa a ser considerada a única investida de legitimidade”.⁶⁴

Esse movimento ocorre em contraposição ao poder do monarca, cujas características de centralização da autoridade deram nome à história do

⁵⁹ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 377-379.

⁶⁰ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 377-379

⁶¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 31.

⁶² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 31.

⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 32-42.

⁶⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 197.

absolutismo⁶⁵. A centralização do poder na figura de uma única pessoa (o monarca) ou ente possibilitou uma era de privilégios restritos a poucos, concentração de riquezas e poder.

Após o período de revoluções, a monarquia absolutista é deposta ou perde sua força. O novo governo é instituído com divisão de poderes, permitindo a participação da população como único modo de legitimar as decisões do poder. A lei ganha força absoluta e diante dela “a jurisprudência deveria ceder, certamente para evitar qualquer dúvida quanto ao monopólio da função legislativa que deveria ser exercida exclusivamente pelo poder legislativo, sem ingerência de qualquer outro, em particular do poder judicial”.⁶⁶

No Brasil, o desenvolvimento das instituições ocorreu muitos anos depois do que ocorreu na Europa. Recebemos, até como presente de nossa colonização, influência direta da organização estatal do Continente Europeu, especialmente de Portugal. Embora o Brasil tenha passado pela fase monárquica absolutista, as mudanças operadas naquele continente refletiram diretamente no Brasil.

Embora Portugal adotasse como sistema jurídico o *civil law*, a experiência neste país foi um pouco diferente da verificada na França, Alemanha, Espanha e Itália, por exemplo. Na tradição desenvolvida em Portugal, malgrado a utilização de um sistema pautado em leis formais, a preocupação foi com a “busca de uma fórmula que contemplasse, em sede judicial, o binômio segurança-justiça, o que exigia uma forma de garantir razoável uniformidade na aplicação da lei”.⁶⁷

⁶⁵ Absolutismo é o nome dado ao sistema político e administrativo que predominou nos países da Europa na época do denominado “Antigo Regime” (correspondente ao período entre os séculos XVI e XVIII) e apogeu com Luís XIV da França, o “Rei Sol”. Este sistema é originário das mudanças ocorridas no continente, no final da Idade Média, onde, na maioria das regiões da Europa, acontece o fenômeno da centralização política nas mãos do rei, auxiliado pela classe burguesa. Comerciantes e financistas visavam a vantagens econômicas, como, por exemplo, o fim de diversos impostos e taxas exigidos em regiões de um mesmo país governadas por distintos líderes. Por outro lado, o monarca naturalmente buscava um sistema de governo em que pudesse exercer o máximo de seu poder, sem interferência da Igreja nem dos senhores locais. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 197.

⁶⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 197.

⁶⁷ AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*, p. 54.

No período de formação do Estado português, os costumes exerceram importante papel como principal fonte de direito.⁶⁸ Esta tradição foi sendo paulatina e progressivamente alterada, com a limitação do uso dos costumes e uso substitutivo da lei, as quais, compiladas, foram dando forma às Ordenações Afonsinas, seguidas das Ordenações Manuelinas e Filipinas.⁶⁹

Como anota Júlia Raquel Quiroz de Dinamarco⁷⁰:

As Ordenações Filipinas vigoraram longo tempo, às vezes de maneira fracionada (alguns títulos permaneciam em vigor enquanto outros eram substituídos por novas disposições). Essas vigoraram em Portugal até o advento do Código Civil, de 1867; já no Brasil, elas vigoraram até a promulgação do Código Civil de 1917.

Na fase das Ordenações, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário estavam concentrados na pessoa do monarca. Este cenário só se alterou a partir do século XVIII. As leis, contudo, passaram por esta fase, sendo interpretadas pelo próprio rei.

As interpretações das leis eram organizadas em assentos, que, uma vez registrados, passavam a ter efeito normativo e obrigatório para juízes e tribunais. A partir da Constituição de 1822, coube ao Supremo Tribunal de Justiça de Portugal a atribuição de elaborar os referidos assentos.⁷¹

No Brasil colonial, a influência recebida pela colonização portuguesa fez com que fosse mantido aqui um sistema similar ao desenvolvido em Portugal. Em outras palavras, por diversas razões de cunho histórico, recebemos uma tradição de uso de interpretações ou jurisprudências obrigatórias aos juízos incumbidos da solução das lides.⁷²

⁶⁸ DINAMARCO, Júlia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*. 2002. 322f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002. p. 60.

⁶⁹ DINAMARCO, Júlia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 61-62.

⁷⁰ DINAMARCO, Júlia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 63.

⁷¹ DINAMARCO, Júlia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 80.

⁷² Conforme adverte Wagner D. Giglio: “As ‘Súmulas de Jurisprudência Uniforme’ encontram precedente nos ‘assentos da Casa de Suplicação’, da tradição luso-brasileira [...]”. (*Direito processual do trabalho*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 615).

Esse fato, por si só, não permite considerar a existência de traços do *common law* na base do desenvolvimento do Estado brasileiro, já que, mesmo em Portugal a tradição se desenvolveu em contexto e com finalidade totalmente diversos dos países que adotaram tal sistema jurídico. De todo modo, a possibilidade de formalização da interpretação em institutos obrigatórios inexistiu no Brasil após a sua independência.

Há, em certa medida, uma tendência de se justificar a possibilidade de jurisprudência obrigatória no Brasil, seja pela tradição recebida de Portugal, seja pela absorção de institutos surgidos no seio do *common law*. Esta primeira sugestão é expressamente afastada por Júlia Raquel Quiroz de Dinamarco⁷³, quando expõe que:

[...] não se pode aproximar a proposta de atribuição do efeito vinculante às Súmulas, objeto deste trabalho, do sistema encontrável no direito lusitano na época do Brasil colonial. Isso porque aqui, ao contrário de então, não seria dado ao Judiciário legislar em matéria nova, ou simplesmente modificar, com ares de definitividade, o que na lei se contém. O máximo que se poderia permitir ao Poder Judiciário – fosse o caso de fazê-lo – seria uniformizar o desencontro de entendimento e interpretações sobre as leis, com base em discrepância já estabelecida e devidamente caracterizada. Finalmente, do ponto de vista das instituições democráticas não se poderia dar a nossos tribunais o poder de proceder a interpretações autênticas da lei, quer por que não sejam eles os criadores das leis, quer por que não poderiam os tribunais, sem estabelecer evidente desequilíbrio entre os poderes, legislar. É grande o hiato que separa os efeitos dos assentos da Casa de Suplicação e do propugnado efeito vinculante das súmulas.

Desse modo, não podemos afirmar que no Brasil, em decorrência da forma de sistema jurídico adotado, a jurisprudência possui força normativa. Por outro lado, a insistência de que a possibilidade de absorção de alguns institutos do *common law* pelo *civil law* possibilite esta conclusão dá ensejo a um estudo analítico de aproximação de diferenciação destes sistemas.

⁷³ DINAMARCO, Júlia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 80.

1.2.3.2 Sistemas do *common law* e do *civil law*. Características. Diferenças e aproximações entre os sistemas

No Brasil, o aumento da importância atribuída à jurisprudência tem levado parte da doutrina a afirmar que a evolução do nosso sistema jurídico foi responsável pela absorção de institutos tradicionais do *common law*.

Conforme verificamos, os sistemas do *common law* e dos países de tradição romano-germânica são distintos em aspectos como origem, pressupostos, meios e instrumentos, não obstante se assemelhem quanto a finalidade de regulação, solução de conflito, pacificação social e busca da segurança jurídica. Também, de certo modo, ambos já representaram e ainda representam uma forma de manifestação de poder.

De par com o que foi apresentado até aqui, podemos afirmar que há importantes diferenças entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*.⁷⁴

A diferenciação a seguir apresentada não tem a pretensão de ser completa, mas apenas exemplificativa dos principais pontos que poderão

⁷⁴ As observações feitas por Júlia Raquel Quiroz de Dinamarco, acerca deste contexto, são as seguintes: "Mecanismos talhados com o objetivo de assegurar a uniformidade na interpretação e aplicação das regras de direito e que se voltam a otimizar o processamento dos feitos, conferindo-lhes maior agilidade nos julgamentos, podem ser encontrados na generalidade dos sistemas de direito, quer pertençam à família do *civil law*, quer à do *common law*. Contudo, é nos sistemas norteados pelos padrões do *civil law* que esses mecanismos vêm sendo considerados inadequados e insuficientes para o fim de assegurar essa uniformidade e agilidade. É dos países filiados ao sistema do *civil law* que, talvez pela afinidade cultural, vem-nos de maneira veemente e constante a notícia de insatisfação da comunidade com os padrões de administração da justiça, quer no que diz respeito ao tempo consumido para esse fim (com reflexos na efetividade dos direitos) quer no que diz respeito à coerência dessa administração (harmonia de interpretações e justiça nas decisões). Por outro lado, o desconhecimento dos institutos e peculiaridades do *common law* (que não constitui ordinariamente objeto de estudo mais detido nos países de *civil law* e, portanto, também no Brasil, em razão das diferenças de tradições jurídicas, de religião, de língua, para pouco falar) favorece a proliferação de ideias falsas e muitas vezes ingênuas até, como a de que esse sistema ofereceria soluções muito mais aptas à solução dos problemas que afetam nosso sistema. A partir do desconhecimento de polêmicas e manifestações de insatisfações ou descontentamento quanto à administração da justiça nos países filiados à família do *common law* tem-se a ideia de que esse sistema estaria incólume às distorções que percebemos no *civil law* e especialmente no direito brasileiro; tem-se a ideia de que os países filiados ao *common law* estariam à margem desses problemas; tem-se a ideia de que a reverência ao precedente – uma das notas mais características do *common law* – seria enfim um excelente meio de preservação da uniformidade da interpretação e na aplicação do direito, funcionando como fator facilitador da atividade de julgar." (*Súmula vinculante*, p. 90-91).

influenciar na conclusão quanto à possibilidade de importação direta de institutos de um sistema para outro.

1.2.3.2.1 *Concepção do direito*

O primeiro ponto a destacar como diferenciador dos sistemas do *common law* e do *civil law* é a concepção de materialização do direito.

A concepção de direito pode estar ligada aos mais variados fundamentos e, igualmente, ser consolidado com distintas características. A verdade sobre o direito é sempre relativa, isto no sentido de que terá como fundamento de validade as premissas de determinado povo ou cultura. Assim, dificilmente, poder-se-á afirmar que o direito de outra cultura é equivocado sem se incorrer em grave erro de desrespeito à natural concepção de que não há um poder externo e superior ao homem capaz de estabelecer uma regra geral inafastável a toda humanidade.

Na interpretação de René David⁷⁵:

Determinado direito pode ter um caráter religioso ou sagrado, e nenhum legislador pode modificar suas regras. Num outro, a lei apenas constitui o modelo, entendendo-se como natural a sua derrogação pelo costume. Em outros, ainda, os acórdãos da jurisprudência têm reconhecida autoridade que ultrapassa o círculo daqueles que tomaram parte no processo. O recurso a certas fórmulas gerais ou a certos princípios superiores de justiça pode também, em algumas ordens jurídicas, corrigir de modo mais ou menos extensivo a aplicação estrita das regras formais existentes.

Fato é que, quando se trata de direito, não há regra de validade externa aos próprios modelos adotados. As diferenças apontadas são apenas de constatação empírica e não têm a intenção de indicar a melhor ou a pior forma de concepção, ou ainda o acerto e o erro de cada um deles.

Nos países de tradição romano-germânica, o direito é tradicionalmente identificado como a lei formalmente em vigor. O ordenamento jurídico, pautado em lei formal, tenderia à completude. As lacunas eventualmente existentes seriam

⁷⁵ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 15.

supridas por um processo de interpretação integrativa que resolveria as distintas situações por analogia.⁷⁶

Em relação aos países que adotam o sistema do *common law*, o direito está diretamente relacionado às decisões judiciais que, estabelecendo solução para determinada situação, podem passar a valer como regra de direito.

Mas a diferença de concepções é ainda mais complexa e profunda. O direito inglês provém dos processos do *common law*, que são pautados, por sua vez, nos *cases law*. As regras decorrem basicamente do que se extrai das *ratio decidendi* oriundas dos tribunais, sendo certo que a regra de direito surge no caso concreto e na aplicação para cuja situação ela foi prevista.

Desse modo, o direito, ou a chamada *legal rule* inglesa, coloca-se no nível do caso concreto em razão do qual e para cuja resolução a regra foi emitida. Não se pode colocar a regra de direito, no *common law*, em um nível superior sem deformar profundamente o direito inglês, fazendo dele um direito doutrinal.⁷⁷

A regra de tradição romano-germânica, por sua vez, “mais ligada à teologia moral do que ao processo, é uma regra, evidenciada pela doutrina ou enunciada pelo legislador, apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade de casos, sem relação com um litígio em particular”.⁷⁸

Sobre essa diferença, conclui René David⁷⁹:

As duas regras, visando pela sua origem uma finalidade diferente, não podem ter o mesmo nível de generalidade; a regra de direito francês é inevitavelmente mais abrangente do que a regra inglesa. A tradução de *legal rule* por *regra de direito* corresponde, nestas condições, a uma aproximação bastante grosseira; deforma nos nossos espíritos a verdadeira concepção da *legal rule* inglesa [Grifos do autor].

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Impressão 1999. p. 123.

⁷⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 408-409.

⁷⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 409.

⁷⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 409.

Richard Cappalli⁸⁰, a respeito, disserta:

Os juízes do *common law* não têm poderes para criar o direito diretamente, mas apenas incidentalmente, no exercício de sua função de julgar; por isso, o direito judicial apresenta um método de interpretação e criadas pelo Poder Legislativo. No que diz respeito às regras de direito fruto da atividade legislativa, elas são simplesmente lidas. Se houver problemas de interpretação, a solução vai partir inicialmente da interpretação das palavras escritas na regra para então se verificar qual é o comando que ela contém e com que extensão. No que diz respeito às regras criadas por meio da atividade jurisdicional, nenhuma palavra escrita no precedente tem o teor de direito. Antes, o direito incorporado ao precedente é extraído deste por meio de um enorme esforço de aplicação de intrincados conceitos, máximas, valores e costumes que, em conjunto, é denominado método do *common law* [...]. Esse método não é determinado por qualquer regra ou ensinamento, mas sim resultado do acúmulo da sabedoria e experiência ao longo de anos de educação jurídica e prática.

Por outro lado, enquanto o direito no *civil law* é um sistema fechado por matérias (exemplo: direito civil e direito público, direito de família, direito tributário, direito penal, direito administrativo etc.), o direito do *commow law* é um sistema aberto.

Segundo Júlia Raquel Quiroz de Dinamarco⁸¹, o sistema inglês “comporta um método que permite resolver toda espécie de questões, mas não comporta regras essenciais que possam ser aplicadas em todas as circunstâncias”.

Das observações de René David⁸² destacamos:

A técnica do direito inglês não é uma técnica de interpretação das regras jurídicas; consiste, partindo das *legal rules* já estabelecidas, em descobrir a *legal rule*, talvez nova, que deverá ser aplicada em espécie; esta tentativa é conduzida levando-se em conta os fatos de cada espécie e considerando com cuidado as razões que existem para distinguir a situação que hoje se apresenta das que foram apresentadas no passado.

No direito inglês não há divisão por matérias como há no direito de tradição romano-germânica. No direito inglês não há nem mesmo divisão entre direito público e direito privado.

⁸⁰ CAPPALLI, Richard B. *The american common law method*. Irvington, Transnacional Publishers, Nova Iorque, 1997, p. 27 *apud* DINAMARCO, Julia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p.129-130.

⁸¹ DINAMARCO, Julia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 410-411.

⁸² DINAMARCO, Julia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 411.

A diferença não reside apenas na concepção do direito com base na sua principal fonte: um direito nasce majoritariamente da lei e outro da jurisprudência. A diferença está na concepção de direito em si: um, do *civil law*, é elaborado para reger as relações de modo geral e abstrato, em um movimento que parte da norma em direção ao fato; o outro, do *common law*, é construído a partir do caso concreto, no momento de sua análise pelo Judiciário, em um movimento que vai do fato em direção à norma.

1.2.3.2.2 Foco em direito material e em direito processual

Outra diferença marcante entre os sistemas apontados está na atenção dada, desde o nascimento de cada um deles, ao direito material, ou substancial, e ao direito processual.

O *common law* esteve, desde a sua criação, ligado principalmente ao desenvolvimento do direito processual. O sistema romano-germânico manteve sua energia e suas intenções voltadas máxime para o desenvolvimento do direito material.

Tradicionalmente, o interesse dos juristas do Continente Europeu volta-se para as regras substanciais de seu direito (*substantive law*). O processo é por eles abandonado, assim como tudo o que diz respeito às provas ou à execução das decisões judiciais (*adjective law*)⁸³.

O “direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e práticos. O grande jurista na Inglaterra é o juiz, saído das fileiras dos práticos [...]”.⁸⁴

Fato é que as regras inglesas de direito processual foram percebidas, cuidadas e lapidadas durante toda a história do *common law*, daí decorrendo o trabalho pautado em precedentes obrigatórios não é apenas uma consequência, mas sim uma conquista de referido sistema jurídico.

⁸³ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 403.

⁸⁴ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 405.

1.2.3.2.3 Vinculação das decisões

Outra diferença entre os sistemas jurídicos examinados e diretamente ligada à diferença de concepção de direito ou da “regra de direito” está no modo como a decisão ou a jurisprudência de um determinado tribunal superior ficará estabelecido em relação aos juízes singulares.

No sistema do *common law*, a concepção de *legal rule* faz com que não exista por parte dos tribunais o estabelecimento de uma regra geral e abstrata sobre determinado assunto. Ao juiz singular é dada ampla liberdade na decisão do caso concreto, podendo aplicar uma ou outra regra ou princípio após a análise do caso.

No *civil law*, ao menos no Brasil, a pacificação de um entendimento pela jurisprudência de determinado tribunal consubstancia interpretação, ou criação pelo método da integração, de regra com características que se vêm assemelhando a uma norma geral e abstrata. Esta norma, se obrigatória para juízes de primeira instância ou tribunais inferiores – dependendo da organização, resultará a sua aplicação, sem possibilidade de adaptação.

Ainda, no *common law*, a regra criada pela jurisprudência não poderá implicar o engessamento do desenvolvimento do direito porque o próprio sistema surge e se desenvolve no estudo de cada caso concreto. No *civil law*, sistema que busca a criação de regras gerais e abstratas que regulem todas as formas de relações jurídicas, a vinculação obrigatória da jurisprudência poderá representar a paralisação ou o engessamento do desenvolvimento de novas teses e teorias interpretativas ou integrativas pelos juízes singulares.

1.2.3.2.4 Diferentes estruturas de organização do Poder Judiciário

Os sistemas do *common law* e do *civil law* têm uma diferença marcante na sua organização estrutural, resultado, inclusive, dos modos diversos de concepção do direito.

Nos países de tradição romano-germânica, o direito é construído principalmente por meio da produção legislativa e se divide em duas principais áreas: pública e privada. Dentro dessas áreas o direito se apresenta em distintas matérias (civil, comercial, do consumidor, penal, do trabalho, processual, tributário, ambiental etc.). Em decorrência desta diversidade, a organização da justiça busca seguir uma ordem lógica para julgamento das diversas matérias.

No Brasil, por exemplo, os juízes de primeiro grau têm liberdade para decidir a lide, mas não sem analisar as provas produzidas nos autos e em cotejo com a legislação vigente. No segundo grau, após apresentação de regular recurso, na maior parte dos casos, os tribunais revisores poderão refazer este cotejo, revendo as provas e a forma de aplicar a legislação. O papel das instâncias superiores é unificar a jurisprudência e analisar eventual ofensa à lei ou à Constituição Federal.

Para facilitar a compreensão, tomamos como exemplo específico a Justiça do Trabalho. Após a sentença de primeiro grau as partes poderão apresentar recurso ordinário ao Tribunal Regional do Trabalho (TRT), oportunidade em que podem pedir revisão do julgado tanto no que toca a reanalisar as provas produzidas quanto a suscitar ofensas à lei ou à Constituição Federal, ou ainda requerer que a corte aplique ao caso entendimento já pacificado pelos tribunais e não observado pelo juiz de primeira instância.

Após a decisão do TRT poderão as partes apresentar recurso de revista ao TST, oportunidade em que não poderão mais suscitar a reanálise da prova. A revisão do julgado, neste momento, representa apenas a oportunidade de buscar a unificação da jurisprudência ou afastar ofensas à lei ou à Constituição Federal.

Neste ponto, vale lembrar que a Justiça do Trabalho brasileira conta atualmente com vinte e quatro tribunais regionais e, na prática, uma produção importante de decisões destoantes. Tal possibilidade não se verifica, ao menos com igual intensidade, nas organizações das justiças dos países que adotam o *common law*.

Ao analisar o exemplo da Inglaterra, verificamos a existência de uma organização judiciária bem complexa, que vem buscando sua contínua sistematização.

No que tange à estrutura da justiça inglesa, há uma primeira divisão básica entre a “alta justiça”, da qual fazem parte os tribunais superiores, e a “baixa justiça”, composta por uma série de jurisdições inferiores. Há, ainda, organismos considerados para fins de julgamento, mas que não fazem parte do Judiciário em si.

Em relação aos tribunais superiores, após a modificação operada pelos *Judicature Acts* de 1873 a 1875, determinou-se a reunião em apenas um tribunal, o *Supreme Court of Judicature*, de diversos outros tribunais superiores existentes até então.⁸⁵

A *Supreme Court of Judicature* é formada por três órgãos: (i) o *Higth Court of Justice*, subdividido em seção do Banco da Rainha, seção da Chancelaria e seção da Família, divisão esta meramente indicativa, podendo qualquer das seções julgar as matérias levadas a este órgão; (ii) o *Crow Court*, instituído apenas em 1971, destina-se ao julgamento de matéria criminal. Malgrado a criação deste órgão, as matérias criminais ainda podem ser julgadas pela *Higth Court of Justice* ou por um juiz da “baixa justiça”; e (iii) o *Court of Appeal*, que constitui um segundo grau de jurisdição dentro da própria *Supreme Court of Judicature*.⁸⁶

Paralelamente à *Supreme Court of Judicature*, tem-se a Câmara dos Lordes, que é a jurisdição suprema não apenas para a Inglaterra mas para todo o Reino Unido. A Câmara dos Lordes pode julgar recursos interpostos contra decisões tomadas pelo *Court of Appeal*.⁸⁷

⁸⁵ Mencionamos, como exemplo, os Tribunais de Westminster, que administravam o *common law*, o Tribunal da Chancelaria, que administrava a *equity*, o Tribunal do Almirante, para deslindar questões marítimas, o Tribunal do Divórcio, para aplicação do direito canônico e a *Court of Probate*, que julgava questões relativas a testamentos. DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 416.

⁸⁶ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 416.

⁸⁷ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 416.

Às jurisdições inferiores cumpre a tarefa de julgamento e regulamentação da maioria dos assuntos. Em matéria civil, as principais jurisdições neste nível são as *County Courts*. Em matéria penal, para infrações de menor potencial ofensivo, existem os órgãos compostos por um magistrado, que é um cidadão simples que recebe o título de *justice of the peace*.⁸⁸

Na Inglaterra, não há direito ao duplo grau de jurisdição. A aceitação ou não de um recurso fica a cargo dos tribunais, que exercem preponderantemente poder discricionário nesta avaliação. Em todo caso, os recursos das decisões proferidas pelas *County Courts*, quando admitidos, são julgados pela *Court of Appeal*. Já as decisões tomadas pelos magistrados, intitulados *magistrates's courts*, terão os recursos admitidos julgados pela *Crown Court* ou pela seção do Banco da Rainha.⁸⁹

Os juízes do sistema inglês não são concursados, mas nomeados entre juristas, advogados e cidadãos comuns, conforme critérios de experiência, competência e pró-atividade social.⁹⁰

Uma curiosidade acerca do sistema judiciário inglês é que não há obrigatoriedade de se passar por instâncias inferiores para alcançar por via recursal a instância superior. Esse tipo de conceito de competência funcional não existe na Inglaterra. O cidadão pode apresentar sua demanda diretamente ao Tribunal Superior, que poderá decidir ou encaminhar a questão para um órgão da “baixa justiça”. Os tribunais da “alta justiça” podem também avocar processos que tenham sido distribuídos na “baixa justiça”. Tudo depende do interesse no julgamento da causa. A decisão de avocar ou delegar o julgamento nestas situações é uma decisão discricionária da “alta justiça”.⁹¹

No sistema inglês tampouco há divisão por matéria. No *High Court of Justice*, por exemplo, as divisões existem meramente por conveniência de

⁸⁸ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 417.

⁸⁹ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 417.

⁹⁰ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 418.

⁹¹ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 418.

serviço, “sendo cada uma das seções competentes para estatuir sobre qualquer causa que seja da alçada do *High Court of Justice*”.⁹²

Ao lado dessa estrutura judicial existem na Inglaterra figuras que, embora não façam tecnicamente parte do Judiciário, complementam a atividade jurisdicional. A estes organismos, chamados *Bourds*, *Commissions* ou *Tribunals*, atribui-se de julgar e decidir questão de ordem administrativa ou dificuldades surgidas com a aplicação de determinadas leis. Em princípio, há necessidade de estas matérias passarem por estes organismos antes de serem levadas ao *Supreme Court of Judicature*.

Os tribunais superiores ingleses dominam a elaboração do direito e, ao mesmo tempo, possuem força e poder legítimo para fazer cumprir as suas decisões.

Conforme destaca René David⁹³:

Enfim, os tribunais superiores têm poderes para fazer respeitar suas decisões. Diferentemente do que acontece na França, podem dar ordens aos agentes da administração (às vezes com exceção dos funcionários da Coroa). Podem, também, declarando que existe *contempt of court*, condenar à prisão quem perturbar o exercício da justiça (publicando, por exemplo, informações relativas a um caso criminal que esteja *sub judice*), ou quem demonstre má vontade para executar as decisões da justiça em determinadas matérias.

As diferenças estruturais entre os sistemas examinados são complexas e evidentes. A formação do Judiciário inglês é inteiramente voltado para a atuação do sistema pautado no *common law*. Nos países que adotam o *civil law*, com destaque para o Brasil, a verticalização do Judiciário, a divisão de competências material e funcional mostram uma organização que visa atender e acompanhar a forma de sistema jurídico adotado.

⁹² DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 418.

⁹³ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 425.

1.2.3.3 O sistema jurídico do *common law* nos Estados Unidos da América

O sistema jurídico do *common law* teve como berço a Inglaterra. Todos os demais países que adotaram posteriormente este sistema o fizeram por influência ou ingerência daquele país.

O presente estudo, vale lembrar, quando estabelece as comparações entre sistemas jurídicos, orienta-se pelo sistema inglês. Contudo, temos uma experiência de construção e evolução do *common law* fora da Inglaterra.

Nos Estados Unidos da América, território colonizado principalmente por ingleses, o sistema jurídico do *common law*, embora tenha mantido muitos dos princípios básicos, mostrou-se autônomo, haja vista a necessária adaptação à nova realidade social, política e econômica do país.

A propósito, no século XVII, no território dos Estados Unidos havia ao menos treze colônias inglesas. À época, questionava-se qual seria o direito aplicável a estas colônias, até que o julgamento de um caso, em 1608, o *Calvin's case*, decidiu que o direito aplicável seria inicialmente o direito inglês.⁹⁴

Na prática, contudo, a vida dos colonos em quase nada se assemelha ao *modus vivendi* da Inglaterra e por essa razão não se encontravam precedentes aplicáveis às demandas das colônias. Sendo o *common law* baseado na experiência, com grande valorização dos fatos, os precedentes ingleses não conseguiam dar respostas satisfatórias às situações encontradas nas colônias inglesas do território americano.⁹⁵

Com a evolução social, econômica e política das colônias, no século XVIII o *common law* passou a ser utilizado como proteção das liberdades públicas, em oposição ao absolutismo real. Além disso, era uma forma de contrapor as

⁹⁴ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 449.

⁹⁵ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 459.

diferenças e as ingerências feitas pelo Canadá, de colonização francesa, que adotava o sistema do *civil law*.⁹⁶

Com a independência americana proclamada em 1776 e consolidada em 1783, os Estados Unidos da América inauguram uma nova ordem de organização estatal e, a partir daí, passam a decidir pelo sistema jurídico implantado: o *common law*. O triunfo deste sistema sobre as correntes que lutaram desde a proclamação da independência pela codificação das regras ocorreu apenas no final do século XIX.⁹⁷

O direito americano nunca se fundiu com o direito inglês, ou seja, inspirou-se nas suas bases e evolução, mas não adotou sua conformação e formatação de forma completa.⁹⁸

Por sua vez, o direito inglês não desenvolveu conceitos e noções de direito federal, diferentemente do norte-americano, que embora estabelecesse o direito formado pela união do regramento de cada um dos Estados da federação, reconhecia nesta criação a necessidade de uniformizar o direito federal.

Ainda hoje, os Estados Unidos da América mantêm uma organização que permite certa criação legislativa pelo seu Congresso Nacional, deixando aos Estados uma competência residual.⁹⁹

As regras norte-americanas de vinculação dos precedentes são diversas para os tribunais superiores quando comparadas ao direito inglês.

Conforme destaca René David¹⁰⁰:

Existe na Inglaterra, desde o século XIX, uma regra do precedente que impõe aos juízes, em dadas condições, seguirem as regras de direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juízes. Existe nos Estados Unidos uma regra semelhante, mas esta regra

⁹⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 451.

⁹⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 451.

⁹⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 456.

⁹⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 461-462.

¹⁰⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 489.

americana do *stare decisis* não funciona nas mesmas condições e não tem o mesmo rigor que a atual regra inglesa do precedente.

Muitas outras diferenças entre os direitos dos países mencionados poderiam ser citadas e, diga-se, mais complexas, especialmente as que envolvem a organização judiciária e política, mas referido aprofundamento foge ao objeto deste trabalho. Contudo, não é demais registrar que a regra do precedente obrigatório, nos Estados Unidos da América possui um âmbito mais restrito quando comparada ao direito inglês.

2 JURISPRUDÊNCIA. FORÇA NORMATIVA GERAL E ABSTRATA E FORÇA NORMATIVA NO CASO CONCRETO

Antes de encerrar esta primeira parte do debate acerca da força normativa da jurisprudência, é importante abrir espaço para tratar do alcance da norma que advém da jurisprudência. Explica-se: no sistema do *civil law*, a fonte de direito ligada preponderante e especialmente à lei formalmente posta tem a característica de força geral e abstrata.

No Brasil, a força geral e abstrata da lei pode ser extraída da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil¹⁰¹, que prevê em seus artigos 1º, 2º e especialmente 3º¹⁰² as regras aplicáveis às leis que lhes dão estas características.

Muito além de terem sua aplicação imposta ao Judiciário, as regras existentes no Brasil devem ser respeitadas e cumpridas pelos cidadãos e por

¹⁰¹ A antiga Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, Decreto-Lei nº 4.657/1942, sempre foi considerada a norma geral de regulamentação das próprias normas, e teve seu título alterado para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pela nº Lei 12.376/2010.

¹⁰² “Art. 1º. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. [...]”.

“Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. [...]”.

“Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

todos os entes ou pessoas jurídicas de natureza pública ou privada (órgãos públicos, empresas privadas etc.).

Partindo-se da concepção traçada, de que a jurisprudência em determinadas situações pode estar eivada de carga normativa e, portanto, apta a estabelecer regras a serem cumpridas, surge o seguinte questionamento: é possível que esta norma que emana da jurisprudência tenha força geral e abstrata ou ela apenas existirá no momento em que o Judiciário, ao decidir o conflito, aplicar o preceito que dela deriva?

Conforme analisado, a normatividade da decisão judicial emerge de três possibilidades, valendo lembrar: a) quando representar o conjunto de reiteradas decisões que procederam à integração do ordenamento jurídico; b) quando houver determinação constitucional ou legal para que possua esta força; c) quando o sistema jurídico adotado por um determinado país possuir esta característica.

O raciocínio da segunda possibilidade indica que na hipótese de a jurisprudência ter força normativa por determinação da Constituição ou da lei, estas também deverão determinar o próprio alcance da “norma jurisprudencial”. É o que acontece com a súmula vinculante, constante no artigo 103-A da Constituição Federal. O conteúdo desta súmula, “terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Não há previsão semelhante para a súmula vinculante como acontece com as normas em geral, de cumprimento obrigatório por todos, mas apenas pelos “órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Portanto, se a força normativa da jurisprudência decorre de previsão expressa constitucional ou infraconstitucional, esta disposição deverá prescrever também o seu alcance. Esta conclusão se coaduna com o primado da segurança

jurídica, já que legislar não é atividade típica do Judiciário: esta condição deverá receber interpretação restritiva.

No que toca à primeira possibilidade exposta, cuja força normativa da jurisprudência seria resultado da união de decisões judiciais que individualmente representam a criação de uma norma para o caso concreto, haverá uma limitação ainda maior do seu uso.

Sobre essa questão, Mauro Cappelletti¹⁰³, nomeando-a de “enfermidade”, adianta a dificuldade do direito jurisprudencial. Nas palavras do doutrinador:

Antes de tudo, parece sustentável que, para o cidadão normal, mostra-se frequentemente mais difícil ter *informação* adequada do direito jurisdicional do que do direito legislativo, especialmente quando codificado este último. Embora existisse, sem dúvida, forte dose de ingenuidade na pretensão, que se seguiu às codificações bem mais antigas, como a de Justiniano, de saber dar ao direito uma formulação simples, clara, completa, sistemática e acessível a todos, essa grande utopia não ocorreu sem alguma justificativa [Grifo do autor].

Em rigor, o trecho transcrito não faz tal afirmação, mas implicitamente assinala que o chamado “direito jurisprudencial” nascido das decisões judiciais teria como uma de suas mazelas a dificuldade de divulgar o seu conteúdo àqueles que estarão obrigados à norma.

No Brasil, não se vislumbra a possibilidade de impor a quem quer que seja, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, o cumprimento voluntário de norma advinda da jurisprudência, já que não há previsão legal para tanto¹⁰⁴. O cumprimento de “norma jurisprudencial”, desta feita, pode decorrer tão só da decisão judicial que a aplica, dentro de um processo judicial e após cumprido o devido processo legal. É uma norma *sui generis*. Não há obrigatoriedade de seu cumprimento¹⁰⁵, salvo quando a questão é levada ao Judiciário e este se manifesta pela aplicação da “norma jurisprudencial”, que, por sua vez, não é obrigatória, exceto nas hipóteses de súmula vinculante.

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* p. 83.

¹⁰⁴ Ao contrário, a Constituição Federal garante que as obrigações somente serão decorrentes de lei (art. 5º, inc. II).

¹⁰⁵ Com exceção, claro, das súmulas vinculantes, em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O “direito jurisprudencial” é, pois, um direito que apenas existe no caso concreto (exceção feita à hipótese de institutos que, como a súmula vinculante, têm força e alcance conferidos pela própria Constituição Federal ou por lei por ela autorizada)¹⁰⁶, mas não de forma geral e abstrata. Assim, exceto para aqueles que estão obrigados ao cumprimento de uma sentença, não há imposição de sanção pelo descumprimento de uma norma jurisprudencial.¹⁰⁷

A terceira possibilidade elege a jurisprudência como fonte de direito em decorrência do sistema jurídico adotado.

Pois bem. Compulsando escritos sobre o assunto, percebemos alguns autores sustentando que a força normativa da jurisprudência no Brasil decorre da possibilidade de absorção de institutos importados do *common law*. Fosse isso possível, mais uma vez esbarraríamos na limitação do âmbito de alcance da norma. Isto porque, conforme analisado na seção que se dedica ao estudo das aproximações e diferenças entre os sistemas do *civil law* e do *common law*, a regra de direito ou *legal rule*, neste sistema, segue raciocínio absolutamente diverso da regra de direito desenvolvida pelo sistema de tradição romano-germânica. No *common law*, a *legal rule* nasce do encontro e da aplicação de uma *ratio decidendi* anterior ao caso concreto. A regra, embora existente no

¹⁰⁶ Embora longo, vale destacar como exemplo, trecho retirado do livro de Miguel Reale: “A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito. Mais acentuada é ainda a produção normativa da jurisprudência nos casos em que ao juiz cabe decidir por equidade, aplicando a norma que estabeleceria se fosse legislador, tal como se lia no tão decantado art. 114 do revogado Código de Processo Civil de 1939. A nosso ver, o juiz constitui norma para o caso concreto toda vez que houver lacuna na lei, assim como nos casos em que lhe couber julgar por equidade. (*Lições preliminares de direito*, p. 168).

¹⁰⁷ A “norma jurisprudencial”, no atual cenário, exceto na hipótese da súmula vinculante, tampouco é obrigatória aos juízos e a órgão da administração pública direta e indireta. Em artigo no qual trata sobre a tendência vinculante da jurisprudência, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça afirma que a extensão da jurisprudência precisa ser expressa em relação à Administração Pública e, em relação aos juízes, não pode haver qualquer penalidade pela não aplicação da norma jurisprudencial. Cf. TEIXEIRA, Savio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico*. Brasília-DF, Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 10, n. 2, p. 89-203, jul./ dez. 1998. p. 160-161.

âmbito dos tribunais, aparece para a parte e passa a ser obrigatória no momento em que aplicada na decisão judicial.¹⁰⁸

Raciocínio semelhante ao anterior cabe aqui, também, mas agora por fundamento diverso. Ou seja, caso seja possível afirmar que a jurisprudência no *civil law*, ao adotar institutos do *common law*, passa a ser obrigatória, esta também só poderá ser obrigatória às partes que participaram do processo, seja porque no *common law* assim se procede, seja porque não há fundamento para que se torne uma norma de caráter geral e abstrato.

Apresentadas essas premissas, é certo afirmar que no Brasil a jurisprudência possui força normativa apenas no caso concreto e não força geral e abstrata, nos mesmos moldes que possui a lei. Obviamente que determinado entendimento, consubstanciado em uma súmula, por exemplo, pode ter um alcance moral na conduta das pessoas, físicas ou jurídicas, quanto ao seu cumprimento.

Em outras palavras, ao receber a orientação jurídica de que já há um entendimento jurisprudencial para determinada situação, pode o interessado, de forma preventiva, decidir agir conforme o entendimento de uma súmula, por exemplo. Mas a obrigatoriedade de agir conforme a jurisprudência somente ocorre no momento em que a decisão judicial é dada, por ausência de amparo no ordenamento jurídico dispondo de forma diversa.

De todo modo, observamos uma tendência crescente para a determinação ou o uso vinculante da jurisprudência. É o que se analisa a seguir.

¹⁰⁸ “Analisa-se a regra do precedente, teoricamente, em três proposições muito simples: 1º. – As decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições salvo excepcionalmente por ela própria; 2º. – As decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida em todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; 3º. – As decisões tomadas pelo *Higth Court of Justice* impõem-se rigorosamente às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprio *Higth Court of Justice* e pelo *Crown Court*.” RENE, David. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 428-429.

3 TENDÊNCIAS VINCULANTES

O estudo da natureza jurídica da jurisprudência e dos institutos que a representam – tais como súmulas e orientações jurisprudenciais, que serão conceituadas mais à frente – ganha importância quando se verifica uma tendência crescente de vinculação das decisões dos juízes singulares e dos colegiados ao teor da jurisprudência dominante, súmulas e similares.

Malgrado a impossibilidade de falarmos de obrigatoriedade de o Poder Judiciário decidir conforme a jurisprudência – salvo nas hipóteses de súmula vinculante nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal – não se pode negar que, presentemente, existe uma maior disposição de se atribuir à jurisprudência esta condição vinculante.

A propósito, a tendência¹⁰⁹ vinculante de que se fala está disseminada em diversos segmentos e muitos inclusive consideram que outras espécies de

¹⁰⁹ O termo “tendência” é aqui adotado porque não há no ordenamento jurídico brasileiro, salvo em relação à já tratada súmula vinculante, obrigatoriedade expressa de observância de um entendimento pacificado pela jurisprudência e que represente normatividade em relação ao ordenamento jurídico. O mesmo termo foi, também, utilizado pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sávio de Figueiredo Teixeira, em artigo intitulado “As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante”. Em referido texto, destaca o autor: “Aceso, como se vê, é o debate em torno do tema no atual direito brasileiro, especialmente em consequência de dois fatores conjunturais, a saber: a) o extraordinário volume de causas repetitivas no Judiciário, notadamente na Justiça Federal e nos Tribunais Superiores, em decorrência, sobretudo, dos sucessivos e múltiplos planos econômicos de época recente, bem como da proliferação de atos normativos de natureza previdenciária, fiscal e administrativa; b) a apregoada e sempre adiada ‘reforma do Judiciário’. O debate, no qual não raro o emocional prevalece sobre o científico, está a demonstrar, nesta altura, algumas nítidas tendências, dentre as quais, e com maior relevo: a – a insatisfação generalizada com o estágio atual da prestação jurisdicional e com o modelo tradicional de solução de conflitos, especialmente quanto às chamadas ‘demandas múltiplas’, em que repetidas as causas; b – os esforços que vêm desenvolvendo instituições, entidades e estudiosos em encontrar solução para esse angustiante problema; c – a adoção, cada vez mais, de normas e mecanismos a valorizar o precedente, sem prejuízo da aplicação dos métodos de hermenêutica; d – a inegável supremacia, sobretudo na magistratura, da corrente que defende o ‘feito vinculante’; e – a imprescindibilidade de que sejam afastados alguns excessos e impropriedades e tomadas determinadas diretrizes, como: e.1 que haja quorum qualificado para aprovação dos enunciados sumulares; e.2 – que sejam adotados mecanismos eficazes de cancelamento, revisão ou alteração da súmula, sempre que tais modificações se apresentarem necessárias ou convenientes, até porque, como disse Roscoe Pound, repetido por Benjamin Cardozo, ‘o Direito deve ser estável mas não pode permanecer estático’; e.3 – que os tribunais explicitem que verbetes sumulares terão eficácia vinculante, uma vez que nem sempre a jurisprudência predominante de um tribunal recomenda tal modalidade de eficácia, sendo bem distintas, *verbi gratia*, as ementas (verbetes) formulados em torno do Direito de Família daqueles

entendimentos pacificados pelos tribunais devam possuir força vinculante obrigatória.

Distinguimos, neste estudo, três segmentos onde se pode constatar uma disposição para considerar os verbetes judiciais como vinculativos: a) a tendência determinada por lei; b) a tendência jurisprudencial; c) a tendência ideológica.

3.1 TENDÊNCIA LEGISLATIVA

Tomamos por tendência legislativa a inserção de modelos e regras nas leis, em benefício justamente das jurisprudências. Esta tendência pode ser visualizada sob pelo menos dois aspectos: a) adoção de sistemas de uniformização de jurisprudência e edição de verbetes que indicam esta uniformização – como súmulas e orientações jurisprudenciais; e b) regras que facilitam ou dificultam o recebimento de demandas ou de recursos com base no entendimento jurisprudencial.

Relativamente à adoção de sistemas de uniformização da jurisprudência e edição de verbetes que a representam, a primeira notícia de “efeito vinculante” que encontramos em nosso ordenamento jurídico chegou com a promulgação da CLT, por meio do instituto dos Prejulgados (antigo artigo 902), revogado em 1982. Em seguida tivemos a promulgação da Emenda Constitucional n. 3/1993, que inseriu na Constituição Federal a ação declaratória de constitucionalidade.

concernentes a temas normalmente vinculados às causas previdenciárias, fiscais e administrativas, podendo o legislador constitucional optar pelo feito vinculante apenas a essas causas, permitindo, no entanto, que lei ordinária possa ampliar as hipóteses; e.4 – que a vinculação alcance a Administração Pública; e.5 – que seja afastada, por inadmissível, qualquer espécie punitiva contra os julgadores por eventual inobservância da orientação sumular, a exemplo, *data venia*, da sugerida pelo substitutivo do em. Relator da PEC n. 54/95; e.6 – que se afastem propostas tecnicamente incorretas, embora bem intencionadas, como a formulada na PEC n. 54/95, já aprovada, inclusive, no Senado Federal, em junho/97, a qual no parágrafo 2º. do art. 102 da Constituição, prevê o efeito vinculante também para as decisões de mérito se o Supremo Tribunal Federal houver por bem assim o declarar, pelo voto de 2/3 dos seus membros, o que invadiria a competência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que há decisões de mérito também fundadas em matéria infraconstitucional.” (As tendências brasileiras rumo à Jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico*, p. 160-161).

A Lei n. 9.868/1999, que regulamentou a ação declaratória, tratou ainda do “efeito vinculante” das decisões, além do efeito *erga omnes* (eficácia contra todos).¹¹⁰

A CLT não possui previsão expressa quanto ao processo de uniformização da jurisprudência. Na ausência de previsão expressa, e por força do seu artigo 8º, aplicam-se ao processo do trabalho, no tocante a uniformização da jurisprudência, as regras previstas no Código de Processo Civil (CPC), subsidiariamente.

Atualmente, não é demais anotar, os tribunais brasileiros editam súmulas de sua jurisprudência dominante, mas, em todos os casos, deve-se respeitar o procedimento de uniformização previsto na lei processual.

A tendência legislativa, em rigor, corresponde àquela demonstrada pela legislação em destacar às súmulas, orientações jurisprudenciais e jurisprudência dominante papel vinculativo.

A construção e a evolução do processo civil brasileiro indicam a modificação da postura no tocante aos verbetes editados pelos tribunais. Em rápido esboço histórico é possível verificar esse papel de destaque, de uso de viés vinculador a estes institutos jurídicos.

No Brasil, o sistema de edição de súmulas de jurisprudência está inserto no Regimento Interno do STF desde 1963. Em 1973, o CPC consignou, em seu

¹¹⁰ Alfonso Encarnacion Lor, tratando do tema e citando Gilmar Mendes Ferreira, destaca a diferença entre “efeito vinculante” e “efeito *erga omnes*”: “A eficácia *erga omnes* está relacionada à força da lei, dirigida a toda a coletividade, significa àdo, sob o ponto de vista subjetivo, vinculação de todos [...], não só dos interessados no processo (como acontece na coisa julgada) e não só dos poderes públicos e órgãos da Administração. Nesse plano, a declaração de nulidade de uma lei por inconstitucionalidade – por mais absurdo que possa parecer – não impede a sua reedição em outro diploma legal, pois, tanto a coisa julgada quanto a eficácia *erga omnes*, por limitar-se à parte dispositiva da decisão, não teria como evitá-lo. Já o efeito vinculante, por estender-se aos fundamentos invocados para a decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o Supremo Tribunal Federal atribuir à Constituição, impedindo a aplicação de norma de conteúdo semelhante em qualquer parte do País, transcendendo, assim, o caso particular. Nesse contexto, o efeito vinculante evita que, surgindo a mesma questão jurídica, novos processos sejam instaurados, ainda que contendo partes distintas ou outro pedido, operando-se, no plano subjetivo, uma ampliação do efeito vinculante para além dos limites da coisa julgada.” (*Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 21).

artigo 476, o nominado “incidente de uniformização da jurisprudência”, cujo procedimento permite a edição de súmulas na hipótese de a decisão que decide pela uniformização ser tomada pela maioria absoluta dos membros do pleno ou de órgão especial do tribunal.

Ainda, na linha de valorização da jurisprudência, a Lei n. 9.756/1998 alterou o CPC, especialmente nos seguintes artigos: (i) no parágrafo único do artigo 120, que trata do conflito positivo de competência, autoriza o relator a decidir de plano o conflito quando houver jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada; (ii) no artigo 481 estabelece que órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou a órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do STF sobre a questão; (iii) o artigo 544 igualmente é modificado para autorizar o relator do recurso de agravo contra despacho denegatório de recurso especial ou extraordinário a dar provimento ao próprio recurso especial ou extraordinário se a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do respectivo tribunal; (iv) no artigo 557 passa a permitir que o relator de qualquer recurso negue seguimento a apelo manifestamente em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou de tribunal superior, ou ainda, dê imediato provimento em caso de decisão recorrida contrária a tais súmulas.

A Lei n. 10.352/2001, por seu turno, acrescentou o § 3º ao artigo 475 do CPC para dispensar o reexame necessário da sentença quando a decisão estiver em consonância com súmula do STF, de tribunal superior ou jurisprudência do plenário da Suprema Corte.

Outra importante alteração ocorreu com a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A, passando a prever a súmula vinculante.

Posteriormente, com a Lei n. 11.276/2006 houve a alteração do § 1º do artigo 518 do CPC, autorizando o juiz a não receber o recurso quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STF e do Superior Tribunal de Justiça

(STJ), expediente que veio a ser chamado pela doutrina de “súmula impeditiva de recurso”.

Outra modificação que merece destaque é a que criou o requisito da repercussão geral para o recurso extraordinário. O instituto da repercussão geral veio regulamentar o recurso extraordinário para o STF (art. 102, inc. III, da Constituição Federal), o que se buscou com a transcendência do recurso de revista (art. 896-A da CLT): limitar as matérias que serão levadas ao tribunal superior para fins de pacificação da jurisprudência e interpretação da Constituição Federal e da lei.

A repercussão geral está prevista nos artigos 543-A, 543-B e 543-C do CPC, com as alterações da Lei n. 11.418/2006, cabíveis para “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapasse o interesse jurídico da causa”.

Em relação ao mencionado instituto, a tendência legislativa aparece, em um primeiro momento, quando o § 3º do artigo 543-A determina que terá repercussão geral todo recurso que “impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal”.

A Lei n. 11.277/2007 também acrescentou ao diploma processual civil o artigo 285-A, onde ficou consignado que quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, é permitido ao juiz dispensar a citação de proferir sentença de imediato.

A Lei n. 11.417/2006, por sua vez, foi responsável pela regulamentação da súmula vinculante.

No processo do trabalho, a evolução e transformação do sistema também foi muito acentuada. Em 1988, com a edição de duas leis, modificou-se o texto da CLT para dar maior força às súmulas do TST. A propósito, a Lei n. 7.701/1988 deu redação ao §5º do artigo 896 do texto consolidado para permitir ao ministro

relator negar seguimento a recurso de revista, embargos ou agravo de instrumento quando a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado de súmulas da jurisprudência do TST. Já a Lei n. 9.756/1988, no §3º do artigo 896 dispôs sobre o incidente de uniformização de jurisprudência no processo do trabalho.

No ano de 2000 foi promulgada a Lei n. 9.957, que, dando redação ao §6º do artigo 896 da CLT, estabeleceu que nos procedimentos submetidos ao rito sumaríssimo o recurso de revista somente será admitido por contrariedade às súmulas do TST, além de ofensa direta à Constituição Federal.

As modificações da legislação apontada permitem afirmar que há uma clara tendência legislativa de dar aos verbetes editados pelos tribunais e pela jurisprudência majoritária função vinculante em determinadas situações.

A decisão do STF que culminou no cancelamento dos “Prejulgados” data de 1977. Pode-se dizer que isso só foi possível em decorrência da evolução da sociedade, haja vista o crescimento das demandas repetitivas de massa, a modificação nos conceitos abarcados pela doutrina e pela jurisprudência, a adoção de constituições garantistas e a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, operados nas últimas décadas.

Para parte da doutrina, a súmula impeditiva de recurso caracteriza uma súmula vinculante, com obrigatoriedade indireta, já que a impossibilidade de modificação do julgado é determinada pela vedação de prosseguimento na discussão da causa.¹¹¹

¹¹¹ Neste sentido, por exemplo, o entendimento esboçado por Gustavo Pereira Farah: “As súmulas vinculantes e as súmulas impeditivas de recursos apenas diferem quanto ao procedimento de atuação, pois esta segunda modalidade concede maior liberdade a magistrados de primeira e segunda instâncias de modo a, inclusive, deixarem de aplicar preceitos sumulados, embora tanto em um caso como em outro o resultado final convirja para a submissão à súmula. Ambas as formas são de súmulas vinculantes: a primeira direta, a segunda indireta; aquela, direta, posto que as instâncias inferiores não podem se opor à súmula, e indireta, a outra, porque se a decisão de segunda instância estiver de acordo com ela, o recurso ao grau máximo dos tribunais superiores sequer será apreciado, e, se porventura sustentar posição contrária, haverá modificação no sentido de que prevaleça a vontade exposta na súmula.” (*As súmulas inconstitucionais do TST*. São Paulo: LTr, 2007. p. 45).

As hipóteses mencionadas nesta seção são apenas exemplificativas, não representando rol fechado da tendência legislativa, que parece estar cada vez mais assentada no ordenamento jurídico pátrio.

3.2 TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DISCIPLINA JUDICIÁRIA

A tendência jurisprudencial é aqui definida como a prática de se decidir conforme a jurisprudência dominante, consignando assim um modelo de “respeito ao pensamento predominante” que se convencionou chamar de “disciplina judiciária”.

A disciplina judiciária é considerada como facilitadora ou mesmo viabilizadora da redução da morosidade da justiça. Esta doutrina considera ser possível que os magistrados tenham sua própria convicção, mas defende que teses já superadas não podem ser aplicadas, sob pena de irremediável prejuízo aos jurisdicionados.

O termo “disciplina”, utilizado de forma conjugada com o termo “judiciária”, dá um pouco da tônica à questão. O debate é comumente levado para o âmbito da pessoa do juiz, que ao decidir de forma contrária à tese já superada poderia estar agindo com arrogância ou intenção de contrariar os tribunais superiores.¹¹²

¹¹² Gelson de Azevedo, tratando da disciplina judiciária, faz uma abordagem da psique do juiz, buscando explicar as decisões contrárias aos entendimentos pacificados pelos tribunais superiores e procura explicar a razão pela qual os juízes devem decidir de modo harmonioso com o entendimento já superado. Em conclusão, adverte que “Diante disso, a disciplina judiciária não deve ser entendida como obstáculo externo à *trajetória heróica do juiz*, à formação, afirmação e fortalecimento de sua consciência, ou seja, não deve ser entendida como ameaça à formação, desenvolvimento e fortalecimento de sua auto-estima, e, portanto, à autonomia intelectual, nem como *derrota*. Deve ser, sobretudo, sentida e compreendida como *determinante* que permite ao juiz *ações axiológicas de integração*, buscando a *unidade externa* do Poder Judiciário – fator de tranquilidade social, pois quem aciona o Poder Judiciário não procura ‘um juiz determinado’, mas a solução para um conflito, idêntica àquela dada a conflitos similares – ou a *unidade interna* do Poder Judiciário, superadora do comando disciplinador, mediante o estabelecimento de mecanismos internos e eficazes, aptos a receber e analisar, sendo essa a conclusão aceitar as divergências manifestadas pelo juiz, *fora do caso concreto*, em relação à disciplina judiciária (dialética interna do Poder Judiciário) [Grifos do autor]”. (A disciplina judiciária e a grandeza intelectual do juiz. *Revista do TST*, Brasília, v. 68, n. 2, abr./jun. 2002. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/documents/1295387/1313045/03.+A+disciplina+judici%C3%A1ria+e+a+grandeza+intelectual+do+juiz>>. Acesso em: 8 set. 2012).

A divergência de teses e de ideias, nesse contexto, deveria ser apresentada apenas na esfera acadêmica, com publicações em revistas, periódicos, livros, debate em congressos e audiências abertas, ou qualquer outro fórum que permita trazer luz à questão. Por outro lado, o “não respeito” à disciplina judiciária no âmbito do processo jurisdicional, contudo, representaria ofensa aos princípios da economia processual, com desperdício de recursos públicos e a demora da entrega jurisdicional.

Para os adeptos da disciplina judiciária, a adoção do entendimento firmado pelos tribunais permite a realização de um bem maior, que pode ser tanto a harmonia da resposta dada pelo Estado à determinada situação conflituosa quanto a garantia de que o jurisdicionado terá um processo mais rápido.

Inúmeros julgados consideram correto que o juiz singular ou o colegiado de um tribunal siga o entendimento que vem sendo adotado predominantemente em determinada matéria, ainda que o verbete não seja obrigatoriamente vinculante ou que inexista previsão legislativa indicando a vinculação.

Para exemplificar, a seguir destacamos ementas recentes de julgados do TST¹¹³, que expressamente adotam tese pacificada, em nome da disciplina judiciária. Na maioria dos exemplos a tese do julgador é exposta, mas ressalvada em nome ou em respeito a tal disciplina.

A primeira ementa de julgado a seguir destacada trata de assunto recorrente nos tribunais da Justiça do Trabalho – honorários advocatícios. O julgador, na oportunidade, faz uma análise de conveniência e de necessidade de observância do entendimento consolidado:

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - ENUNCIADOS NºS 219 e 329 DO TST - DISCIPLINA JUDICIÁRIA - CONVENIÊNCIA DE SUA OBSERVÂNCIA. Tenho sempre proclamado, com a devida vênia de entendimento contrário, que ao juiz, embora não se lhe negue o sagrado e inalienável direito de defender sua tese ou entendimento sobre determinada matéria, igualmente, cumpre direcionar todos os seus esforços no sentido de assegurar a tranquilidade e segurança aos jurisdicionados, para que possam

¹¹³ Os exemplos trazidos contemplam decisões do Tribunal Superior do Trabalho, haja vista o presente estudo limitar-se tão só aos verbetes editados por esta corte.

praticar os atos e negócios jurídicos. Para tanto, revela-se imprescindível que, uma vez conhecida a orientação pacífica e reiterada da Corte Superior sobre determinada matéria, adote posição, certamente com ressalva de seu entendimento, que facilite a vida dos jurisdicionados, decidindo no mesmo sentido, salvo se possuir argumentos ou fundamentos relevantes e novos que possam alterar a referida realidade jurídica. Realmente, uma vez conhecida a orientação definitiva de nosso órgão judiciário superior, não me parece razoável persistir na posição divergente, criando nos empregados a expectativa de um direito que já se sabe de antemão inexistir, sem se falar no evidente gravame processual que se impõe às empresas, que possam estar em dificuldades financeiras (tal a dimensão pecuniária da condenação), para levar seu inconformismo a reexame pelo Juízo *ad quem*. Igualmente, não se pode desconhecer que a sobrecarga de recursos para os Tribunais Superiores compromete, de forma extremamente gravosa, a celeridade processual, com graves prejuízos aos jurisdicionados (empregados e empregadores), como consequência da demora na solução definitiva de seus processos. Ressalto que esta tomada de posição foi igualmente adotada pelo eminente Ministro Carlos Velloso, em recente decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ocasião em que S. Exa., após transcrever em seu voto a orientação do Pleno, consignou expressamente: 'Não me convenci do desacerto do meu entendimento. Todavia, não posso, na Turma, afrontar o decidido pelo Plenário. Por isso, com ressalva do meu entendimento a respeito do tema - entendimento que reiterarei toda vez que a questão voltar ao debate no Plenário - conheço do recurso e dou-lhe provimento'. (RE nº 166.860-1 - origem: Distrito Federal - Recorrente: União Federal - Recorridos: Ana Mello Neta e Outros - Decisão unânime - julgado em 12.4.94 - sem grifo no original). Relembre-se, finalmente, que ao juiz não é dado o direito de impor suas convicções em prejuízo dos interesses alheios, mas, sim, zelar pela segurança das relações jurídicas, pleiteando para que sejam eliminadas ou reduzidas a intranquilidade e a instabilidade, resultantes da versatilidade de decisões sobre casos idênticos. Para tanto, repita-se, é imprescindível que adote atitude de grandeza intelectual, acatando, com ressalva de entendimento pessoal contrário, os precedentes dos tribunais superiores, derradeiros intérpretes da matéria, sempre que iterativos. Assim procedendo, certamente estará impedindo ou dificultando a conversão de seu intelecto em mero intelectualismo, carente de sentido e objetivo maiores, para ajustá-lo ao pragmatismo jurídico fundado na hierarquia e na disciplina judiciária, providência que, sem dúvida, contribuirá para que os cidadãos confiem e prestigiem o Judiciário, reduto último de defesa de seus direitos, ameaçados ou violados. E, mais do que isso, igualmente desestimulará a eclosão de novos conflitos e de novas ações, sem se falar também no caráter inibidor que exercerá quanto aos litigantes que pretendam eternizar as demandas com uso de recursos protelatórios, pela definição precisa e iterativa do direito proclamado. Os jurisdicionados têm o direito à tranquilidade e à

segurança jurídica para a prática de seus atos e negócios em sociedade. Recurso de revista provido. [Grifos nossos].¹¹⁴

Outros temas que comportam grande debate nos dias atuais ganham decisão, conforme entendimentos já pacificados pelo TST, especialmente questões de direito material do trabalho, como se observa nos excertos dos seguintes acórdãos:

RECURSO DE REVISTA - TRABALHADOR AVULSO - PORTUÁRIO - PRESCRIÇÃO BIENAL. A Subseção I especializada em Dissídios Individuais desta Corte Superior, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 384, sedimentou entendimento quanto à aplicabilidade da prescrição bienal aos trabalhadores portuários avulsos e estabeleceu como marco inicial da contagem da prescrição bienal a data final de cada um dos trabalhos prestados aos operadores portuários. Entretanto, refletindo acerca do tema, pondero que o princípio da razoabilidade, do qual decorre a medida da igualdade e desigualdade, fornece a métrica para busca da justa solução e o real conteúdo da isonomia, princípio que se pretende ver resguardado. Ainda que não parem dúvidas quanto à impossibilidade de a prescrição bienal ser meramente descartada em relação ao trabalhador avulso, a questão do marco inicial para contagem do referido prazo merece ser reavaliada sob a exegese das Leis nºs 8.630/93 e 9.719/98, que forneceram o arcabouço legislativo de modernização dos portos no Brasil, e sob abrigo na Convenção nº 137 da Organização Internacional do Trabalho. De acordo com essas leis, compete ao OGMO: selecionar, registrar, promover o treinamento e a habilitação profissional, inscrever o trabalhador no cadastro, manter o cadastro e o registro do trabalhador, promover a escalação, arrecadar e repassar, aos respectivos trabalhadores escalados, os valores devidos pelos operadores portuários, relativos à remuneração do trabalhador portuário avulso e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários, aplicar, quando cabível, normas disciplinares, incluindo o cancelamento do registro. Dessa forma, considerar como marco inicial da prescrição bienal a cessação do trabalho ultimado para cada tomador de serviço, operador portuário, implica olvidar do liame que se estabelece entre trabalhador portuário e OGMO, arts. 26, e seguintes, da Lei nº 8.630/93. Ainda que o trabalhador portuário não tenha suas atividades direcionadas, de forma constante, por nenhum operador portuário, constituindo a essência do trabalho avulso, certo é que, quanto ao OGMO, a relação prossegue além dos intermitentes vínculos com os operadores portuários. **Assim, com base na análise das Leis nºs 8.630/93 e 9.719/98, reformo meu entendimento para considerar como marco inicial da prescrição bienal a extinção da inscrição no cadastro ou registro do**

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 613828-37.1999.5.04.5555. Número no TRT de Origem RO-873014/1995-0000-04.00. 4ª Turma. Relator Ministro Milton de Moura França. Brasília, DF. Julgado em 24.09.2003. Publicado em DJE 10.10.2003. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=613828&digitoTst=37&anoTst=1999&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=55>>. Acesso em: 31 out. 2012.

trabalhador avulso portuário, vigorando, quanto ao mais, a prescrição quinquenal. Entretanto, por disciplina judiciária, com a ressalva de meu entendimento pessoal, incide a regra da Orientação Jurisprudencial nº 384 da SBDI-1 do TST, segundo a qual a partir de cada trabalho ultimado, inicia-se a contagem do prazo prescricional bienal. Recurso de revista conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA - TRABALHADOR AVULSO - ADICIONAL DE RISCO PORTUÁRIO - INDEVIDO. Em sessão realizada no dia 25/2/2008, a SBDI-1 assegurou aos trabalhadores avulsos o direito ao adicional de risco, sendo que a tese vitoriosa lastreou-se na conclusão de que não pode haver distinção entre o trabalhador avulso e aquele vinculado a Porto Organizado, pouco importando se o trabalho é desenvolvido em instalação de uso privativo ou não, tendo em vista a similitude de condições de trabalho. **Todavia, com a ressalva do meu entendimento, a jurisprudência desta Corte modificou-se e entende agora ser indevido o adicional de risco aos trabalhadores avulsos. Precedentes da SBDI-1. Recurso de revista conhecido e provido. . [Grifos nossos].**¹¹⁵

EQUIPARAÇÃO SALARIAL ENTRE OS EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E OS DA EMPRESA TOMADORA. Tenho sustentado que não há respaldo legal (art. 5º, inc. II, da Constituição da República), ante a inexistência de vínculo de emprego, para se deferir aos empregados da empresa prestadora dos serviços direitos que são próprios dos empregados da Caixa Econômica Federal, tomadora dos serviços (muito menos a pretexto de indenização), porque o deferimento de parcelas e o reconhecimento de condições especiais de trabalho próprias da categoria profissional dos bancários pressupõem que o empregado seja bancário, hipótese em que não se enquadra o reclamante, empregado da empresa prestadora de serviços. Entretanto, recentemente, foi editada a Orientação Jurisprudencial 383 da SDI-1, do seguinte teor: - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, -a-, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974. **Assim, por disciplina judiciária, deixo de ressaltar meu entendimento, para adotar a diretriz inscrita no referido verbete.** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Não se trata de responsabilidade solidária, mas subsidiária, nos termos da Súmula 331, item IV, desta Corte, visto que se cuida de prestação de serviços em que o tomador responde subsidiariamente na hipótese de inadimplemento dos créditos do empregado pelo prestador dos serviços. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O Recurso de Revista está desfundamentado, à luz do art. 896 da CLT, porque não há

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 123700-70.2005.5.09.0322, 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Brasília, DF. Julgado em 29.02.2012, Publicado em 09.03.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=123700&digitoTst=70&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0322>>. Acesso em: 31 out. 2012.

indicação de ofensa a dispositivo de lei nem transcrição de julgado para aferição da divergência jurisprudencial. **PRESCRIÇÃO BIENAL. PRIMEIRA RECLAMADA.** Não demonstrada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se dá provimento. [Grifos nossos].¹¹⁶

RECURSO DE REVISTA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA INDEVIDA. 1. A jurisprudência majoritária desta Corte uniformizadora adota tese no sentido de que o aviso prévio indenizado, por se referir a indenização por serviços não prestados, reveste-se de natureza indenizatória, restando clara a isenção da importância recebida a tal título para efeito de incidência da contribuição previdenciária. Precedentes da Corte. 2. **Conquanto adote tese em sentido contrário, submeto-me ao entendimento deste Tribunal Superior, por disciplina judiciária.** 3. Óbices do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333/TST. Recurso de revista não conhecido. [Grifos nossos].¹¹⁷

TERCEIRIZAÇÃO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL ENTRE OS EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E OS DA TOMADORA. A fim de se evitar a ocorrência de tratamento discriminatório entre os empregados da empresa prestadora de serviços e os da tomadora, e observado o exercício das mesmas funções, esta Corte entende serem devidos os direitos decorrentes do enquadramento como se empregado da empresa tomadora fosse, tanto em termos de salário quanto às condições de trabalho (**com a ressalva de entendimento pessoal do relator, para observar a regra da disciplina judiciária**). Recurso de Embargos de que não se conhece. [Grifos nossos].¹¹⁸

EXTRAORDINÁRIAS. INTERVALO INTRAJORNADA. ARTIGO 384 DA CLT. DIREITO DO TRABALHO DA MULHER. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. Por disciplina judiciária, **curvo-me ao entendimento do Tribunal Pleno desta Corte que, reconhecendo a constitucionalidade do artigo 384 da CLT de que trata do intervalo de 15 minutos garantido às mulheres trabalhadoras antes da prestação de horas extraordinárias, considerou que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio**

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 2111200-41.2009.5.09.0016, 5ª Turma. Relator Ministro João Batista Brito Pereira, Brasília, DF. Julgado em 07.03.2012, Publicado em 16.03.2012. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2111200&digitoTst=41&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0016>>. Acesso em: 31 out. 2012.

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 118000-33.2009.5.06.0007, 1ª Turma. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, Brasília, DF. Julgado em 29.08.2012, Publicado em 06.09.2012. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=118000&digitoTst=33&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=06&varaTst=0007>>. Acesso em: 31 out. 2012.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-E-ED-AIRR e RR-750.675/2001.0, SBDI-1, Relator Ministro João Batista Brito Pereira. Brasília, DF. Julgado em 19.10.2007, Publicado em DJU de 19.10.2007. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 31 out. 2012.

da igualdade entre homens e mulheres contido no artigo 5º, I, da Constituição Federal. Assim, não sendo concedido à reclamante o referido intervalo, são devidas horas extraordinárias a ele pertinentes. Precedentes desta Corte. Recurso de Revista conhecido e provido. [Grifos nossos].¹¹⁹

Nessa trilha, também merecem destaque algumas decisões envolvendo importantes temas de direito coletivo do trabalho. As soluções apresentadas, como se verifica, estão em conformidade com o entendimento pacificado pelo TST.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RITO SUMARÍSSIMO - INTERVALO INTRAJORNADA - REDUÇÃO POR NEGOCIAÇÃO COLETIVA - IMPOSSIBILIDADE - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 342, I, DA SDI-1 - RESSALVA DE ENTENDIMENTO. Acordo e/ou convenção coletiva, livremente firmado por representantes de empregados e empregadores, conscientes das consequências que advirão do instrumento coletivo, sem qualquer vício formal ou material, deve ser prestigiado, como forma de prevenir e solucionar conflitos, no exato permissivo do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal. **Atento, porém, à disciplina judiciária que deve nortear o julgador e com o objetivo de prestigiar a jurisprudência da Corte, até que o Supremo Tribunal Federal se manifeste sobre o alcance dos instrumentos coletivos, acompanho a orientação e decido em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 342, II, da SDI-1, com ressalva de entendimento.** Agravo de instrumento não provido. [Grifos nossos].¹²⁰

AGRAVO DE INSTRUMENTO - HORAS DE PERCURSO - REDUÇÃO EM NORMA COLETIVA - IMPOSSIBILIDADE. Acordo e/ou convenção coletiva, livremente firmada por representantes de empregados e empregadores, conscientes das consequências que advirão do instrumento coletivo, sem nenhum vício formal ou material, deve ser prestigiado, como forma de prevenir e solucionar conflitos, no exato permissivo do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal. **Atento, porém, à disciplina judiciária que deve nortear o julgador e com objetivo de prestigiar a jurisprudência da Corte, até que o Supremo Tribunal Federal se manifeste sobre o alcance dos instrumentos coletivos, acompanho a orientação e decido em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº**

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 60900-92.2004.5.12.0019. 2ª Turma. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Brasília, DF. Julgado em 09.06.2010, Publicado em DEJT de 28.06.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=60900&digitoTst=92&anoTst=2004&orgaoTst=5&tribunalTst=12&varaTst=0019>>. Acesso em: 31 out. 2012.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 142100-17.2007.5.15.0122, 4ª Turma. Relator Ministro Milton de Moura França, Brasília, DF. Julgado em 08.02.2012, Publicado em 24.02.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=142100&digitoTst=17&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0122>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

342, I, da SDI-1, com ressalva de entendimento. Agravo de instrumento não provido. [Grifos nossos].¹²¹

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ENTE SINDICAL. SUBSTITUTO PROCESSUAL. ARTIGO 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AMPLA LEGITIMIDADE. Depreende-se do v. acórdão proferido no julgamento do RE 210.029-3/RS que, para o Supremo Tribunal Federal, a legitimidade sindical posta no artigo 8º, III, da Constituição Federal é ampla e alcança não apenas os direitos coletivos amplo *sensu* (direitos difusos, direitos coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos), mas, ainda, os direitos individuais subjetivos dos trabalhadores integrantes da categoria. Precedentes do STF e desta Corte. **Por disciplina judiciária, curvo-me ao entendimento desta colenda Corte no sentido de que a substituição processual não se restringe às hipóteses em que se discutam direitos e interesses coletivos, podendo a entidade sindical defender, inclusive, direitos individuais subjetivos de sua categoria.** Recurso de Revista conhecido e provido. [Grifos nossos].¹²²

RECURSO DE REVISTA. VOLKSWAGEN. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. PAGAMENTO MENSAL. NORMA COLETIVA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. REFLEXOS E SUPRESSÃO SALARIAL. OJT 73 DA SBDI-1 DO TST. Não obstante entendimento pessoal em sentido contrário com relação à possibilidade de acordo coletivo de trabalho estabelecer pagamento em prestações mensais referentes à participação nos lucros ou resultados, por disciplina judiciária, o conhecimento da revista encontra óbice no § 4º do art. 896 da CLT e no entendimento da Súmula 333 do TST, em face de a decisão recorrida estar em consonância com a Orientação Jurisprudencial Transitória 73 da SBDI-1 do TST, cuja diretriz é no sentido de o parcelamento mensal fixado mediante acordo coletivo não descaracterizar a natureza indenizatória da verba. Recurso de Revista não conhecido. [Grifos nossos].¹²³

¹²¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 81900-27.2009.5.15.0008, 4ª Turma. Relator Ministro Milton de Moura França, Brasília, DF. Julgado em 29.02.2012, Publicado em 09.03.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=81900&digitoTst=27&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0008>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

¹²² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 204000-39.2009.5.15.0022, 2ª Turma. Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, DF. Julgado em 16.05.2012. Publicado em 25.05.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=204000&digitoTst=39&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0022>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

¹²³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 294900-82.2003.5.02.0461. 6ª Turma. Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, DF. Julgado em 16.05.2012. Publicado em DEJT de 25.05.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=294900&digitoTst=82&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0461>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

RECURSOS DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E DO BANCO-RECLAMADO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COISA JULGADA - EFEITOS - ART. 16 DA LEI Nº 7.347/85 - LIMITAÇÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR DA SENTENÇA - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 130 DA SBDI-II DO TST - APLICAÇÃO - RESSALVA DE POSICIONAMENTO DESTES RELATORES. A competência representa a parcela da jurisdição atribuída ao órgão julgador. Divide-se de acordo com três critérios: material, territorial e funcional. O critério territorial relaciona-se à extensão geográfica dentro da qual ao magistrado é possibilitado o exercício de sua função jurisdicional e não se confunde com a abrangência subjetiva da coisa julgada, que depende dos sujeitos envolvidos no litígio (art. 472 do CPC). Em se tratando de demanda coletiva, que visa à defesa de direitos difusos, cujos titulares são pessoas indeterminadas ligadas por uma circunstância de fato (art. 81, parágrafo único, I, do CDC), os efeitos da coisa julgada serão *erga omnes* (art. 103, I, do mencionado diploma legal), sob pena de não se conferir a tutela adequada à situação trazida a exame do Poder Judiciário, em patente afronta à finalidade do sistema legal instituído pelas Leis nºs 7.347/85 e 8.078/90, qual seja a defesa molecular de interesses que suplantem a esfera juridicamente protegida de determinado indivíduo, por importarem, também, ao corpo social. Nessa senda, o art. 16 da Lei nº 7.347/85 (com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.494/97), ao limitar os efeitos da decisão proferida em ação civil pública à competência territorial do órgão prolator da sentença, confunde o mencionado instituto com os efeitos subjetivos da coisa julgada, por condicioná-los a contornos que não lhes dizem respeito. **Entretanto, a jurisprudência do TST, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 130 da SBDI-II, adotou a limitação contida no art. 16 da Lei nº 7.347/85, razão pela qual, por disciplina judiciária, deve ser aplicada à hipótese dos autos**, na qual o 2º Tribunal Regional restringiu a eficácia da decisão proferida na presente ação civil pública ao Estado de São Paulo, dado o seu ajuizamento em uma das varas da capital. [Grifos nossos].¹²⁴

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. LITISPENDÊNCIA. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA PELO SINDICATO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO PROCESSUAL COM OBJETO IDÊNTICO À DA RECLAMAÇÃO INDIVIDUAL. ARTIGO 301, § 1º, DO CPC. A litispendência reconhecida pelo v. acórdão ora embargado se deu entre uma ação coletiva (e não dissídio coletivo) e uma reclamação trabalhista que versavam sobre o mesmo objeto (reintegração com fulcro em norma coletiva). Com efeito, quando apreciando essa matéria na e. 6ª Turma votei no sentido de que, se litispendência houvesse, ela deveria ensejar não a extinção da ação individual, mas a exclusão do empregado do rol de

¹²⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 224600-17.2001.5.02.0057. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, DF. Julgado em 25.08.2010. Publicado em DEJT 03.09.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=224600&digitoTst=17&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0057>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

substituídos na ação coletiva, pois se na execução não constar o nome do reclamante no rol dos substituídos, o empregado ficará impedido de pleitear judicialmente as diferenças, na medida em que na ação coletiva ocorrerá preclusão para a tardia inclusão e, em relação a ajuizamento posterior de ação individual, operar-se-á a coisa julgada. Assim, tendo em vista o princípio da utilidade dos provimentos jurisdicionais, cabe ao reclamante pleitear a sua exclusão daquela ação, em face do deferimento do pedido na ação individual (TST-RR-704434/2000.9, DEJT 31/10/2008; TST-RR-641976/2000.3, DJU de 15/08/2008; TST-RR-642356/2000.8, DJU de 13/06/2008; todos de minha relatoria). **No entanto, por disciplina judiciária, curvo-me, com ressalva de entendimento, à reiterada jurisprudência desta e. Subseção, segundo a qual há litispendência entre ação coletiva ajuizada pelo sindicato, na condição de substituto processual, e ação individual, e que, nessa circunstância, faz-se mister a extinção dessa última. Recurso de embargos não provido. [Grifos nossos].**¹²⁵

A seguir, colacionamos decisões que, em respeito à disciplina judiciária, acompanham o entendimento pacificado do TST no que tange à Administração Pública.

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ENTE PÚBLICO - EXCLUSÃO - APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA - NECESSIDADE DE EXAME DA CULPA PELA AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DA PRESTADORA DE SERVIÇO. Esta Corte, por meio da Resolução nº 174, de 24 de maio de 2011, alterou o item IV e acrescentou o item V à Súmula nº 331, cujas redações são no seguinte sentido: IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial; V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. **No entanto, em que pese a razoabilidade da tese de contrariedade à Súmula nº 331 desta Corte, porque não delineado, no presente caso, o quadro fático acerca da efetiva existência, ou não, de culpa do ente público tomador dos serviços, pela ausência de fiscalização das obrigações da prestadora de serviço, ressalvado o meu posicionamento, por disciplina judiciária e economia processual, adoto o entendimento da Turma que, em sua maioria, decidiu pela impossibilidade de se exigir do empregado a comprovação de**

¹²⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR - 13562/2002-902-02-00. Relator Ministro Horácio Senna Pires. Brasília, DF. Publicado em DJ de 07.08.2009. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

que houve culpa do Ente Público. Nessa hipótese, aplica-se o princípio da aptidão da prova, sendo perfeitamente cabível a presunção de culpa nessas circunstâncias, inclusive com inversão do ônus da prova. Recurso de revista não conhecido. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - INDISPENSABILIDADE DA PROVA PERICIAL** (adicional de insalubridade - indispensabilidade da prova pericial, por violação dos artigos 190, 195, parágrafo 2º e 818 da CLT, contrariedade às Orientações Jurisprudenciais 4 e 278 da SBDI-1 do TST, além de divergência jurisprudencial). Não demonstrada violação à literalidade de preceito constitucional ou de dispositivo de lei federal, ou a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, não há que se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento nas alíneas -a- e -c- do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. **HORAS IN ITINERE** (violação dos artigos 7º, VI, XIII, XIV e XXVI da CF/88, artigos 4º, 58, parágrafo 2º e 818 da CLT, artigo 333, I e 400 do CPC, e divergência jurisprudencial). Não se extrai, da v. decisão regional, a premissa de que houve pactuação em norma coletiva, no sentido de excluir-se o pagamento das horas *in itinere*. Assim, a decisão regional guarda plena sintonia com a Súmula 90, I do TST, segundo a qual o tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. Recurso de revista não conhecido. **EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 475-J DO CPC.** A disposição contida no artigo 475-J do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, tendo em vista a existência de regramento próprio, no âmbito do direito processual do trabalho, contido nos artigos 880 e 883 da Consolidação das Leis do Trabalho, acerca dos efeitos do não pagamento espontâneo pelo executado de quantia certa oriunda de condenação judicial. Além disso, a norma do Código de Processo Civil é manifestamente incompatível com a regra contida no artigo 880 da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual contém o prazo de 48 horas para que se proceda ao pagamento da execução, após a citação, sem que haja cominação de multa pelo não pagamento, mas sim de penhora. Ao contrário da regra processual civil, em que o prazo para cumprimento da obrigação é mais dilatado (15 dias) e há a cominação da referida multa, o que também impede a aplicação do artigo 475-J do CPC, nos exatos termos do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. [Grifos nossos].¹²⁶

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. JUÍZO INCOMPETENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO PARA CARGO EFETIVO. RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Ante a vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal declarando a incompetência da Justiça do Trabalho para

¹²⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 168600-42.2007.5.08.0114. 2ª Turma. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva. Brasília, DF. Julgado em 15.02.2012. Publicado em 02.03.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=168600&digitoTst=42&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=08&varaTst=0114>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

processar e julgar demanda envolvendo o poder público e servidor a ele vinculado por relação jurídica administrativa foi cancelada a Orientação Jurisprudencial nº 205 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. A Suprema Corte concedeu liminar na ADI nº 3395, deu interpretação conforme o inciso I do artigo 114 da Constituição Federal para declarar que referido preceito não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. **Como consequência, e por uma questão de disciplina judiciária, sobreleva o enquadramento do presente caso na hipótese de rescindibilidade prevista no inciso II do artigo 485 do Código de Processo Civil, porque a decisão rescindenda decidiu demanda envolvendo a Administração Pública direta e servidor contratado para exercer cargo efetivo, pelo regime estatutário. Correta, pois, a decisão do Regional pela procedência do pleito de corte rescisório. Precedentes. Recurso ordinário não provido. [Grifos nossos].**¹²⁷

DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. MOTIVAÇÃO. INEXIGÊNCIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, na exploração de atividade econômica, estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas, podendo dispensar imotivadamente seus empregados, pagando-lhes as verbas previstas no ordenamento jurídico. **Entendimento pacificado no C. TST que, com a ressalva de concepção diversa, é acatado por disciplina judiciária.** [Grifos nossos].¹²⁸

MUNICÍPIO DE BELÉM. CONVÊNIO COM ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. No convênio celebrado entre o poder público municipal e a iniciativa privada para execução de programas na área de saúde, o município figura na relação administrativa apenas como uma espécie de caixa de passagem dos recursos, dado que o programa constitui atividade realizada em parceria entre a União e a entidade civil (no caso a associação comunitária). Esse procedimento não constitui contrato entre o município e a associação comunitária, muito menos um contrato de prestação de serviços, daí porque não há falar em terceirização na prestação de serviços de que cogita a Súmula 331 do TST, circunstância que afasta a responsabilidade subsidiária do Município pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela entidade conveniada. **No entanto, o entendimento majoritário e reiterado desta Corte é de que a celebração de convênio, objetivando a execução de programa de saúde à comunidade,**

¹²⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO - 56800-08.2009.5.11.0000. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relator Ministro Emmanoel Pereira. Brasília, DF. Julgado em 21.08.2012. Publicado em 24.08.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=56800&digitoTst=08&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=11&varaTst=0000>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

¹²⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 72800-07.2009.5.02.0074. 4ª Turma. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, DF. Julgado em 15.09.2010. Publicado em DEJT 24.09.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=72800&digitoTst=07&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0074>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

implica a responsabilidade do Ente Público pelas consequências jurídicas dele decorrentes, devendo, pois, o Município responder subsidiariamente pelos direitos trabalhistas inadimplidos pela parte conveniada. Por disciplina judiciária, ressalvo meu entendimento pessoal e adoto o entendimento sedimentado na Corte. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento. [Grifos nossos].¹²⁹

Por fim, seguem trechos de algumas decisões que acompanham entendimentos pacificados pelo TST no que tange ao direito processual do trabalho.

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DEPÓSITO RECURSAL. DESERÇÃO. DIFERENÇA ÍNFINITA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N.º 140 DA SBDI-1 DO TST. Por uma questão de disciplina judiciária, curvo-me ao entendimento dominante no TST, no sentido de declarar a deserção ao apelo, nos termos da Orientação Jurisprudencial n.º 140 da SBDI-1 do TST. Agravo não provido. Ressalva de entendimento da Relatora. [Grifos nossos].¹³⁰

RECURSO DE REVISTA. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. INTERPOSIÇÃO ANTES DA REGULAR INTIMAÇÃO DA DECISÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INTEMPESTIVIDADE. A segurança jurídica não pode prescindir, dentro de limites razoáveis, da disciplina judiciária, restando necessário observar-se, tanto quanto possível, a orientação dos Tribunais encarregados pela Constituição Federal da interpretação do direito federal e da uniformização da jurisprudência, de forma que questões ali pacificadas não recebam interpretações divergentes por parte das instâncias inferiores, com os previsíveis prejuízos para os litigantes e para a sociedade. O Supremo Tribunal Federal e o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho já decidiram que o recurso protocolizado antes da publicação ou regular intimação da decisão recorrida é intempestivo, nos termos dos arts. 184, § 2º, e 506 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho. Inteligência da OJ 357 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. [Grifos nossos].¹³¹

¹²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR-161800-84.2005.5.08.0011. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. Brasília, DF. Julgado em 25.02.2010. Publicado em DEJT 05.03.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=161800&digitoTst=84&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=08&varaTst=0011>>. Acesso em: 11/11/2012.

¹³⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ag-IRR - 14700-22.2009.5.06.0018. 8ª Turma. Relatora Juíza Convocada Maria Laura Franco Lima de Faria. Brasília, DF. Julgado em 07.08.2012. Publicado em 10.08.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=14700&digitoTst=22&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=06&varaTst=0018>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

¹³¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 8060300-57.2006.5.09.0015. 3ª Turma. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, DF. Julgado em 25.08.2010. Publicado em 03.09.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&co>>

Os julgados aqui colacionados representam uma ínfima parte das decisões tomadas no âmbito do TST e que acompanham o modelo de disciplina judiciária. Além deste recorte exemplificativo é possível encontrar um sem-número de decisões similares no âmbito tanto do TST, especialmente nos tribunais regionais do trabalho e em juízos singulares.¹³²

Como se vê, importantes temas vêm recebendo decisões que acompanham o entendimento pacificado pelo TST, dentro da disciplina judiciária. É o caso, por exemplo, do julgado que trata da incompetência da Justiça do Trabalho para decidir sobre demandas de relação de trabalho, cujo contrato entre as partes é de natureza pública.¹³³

Outro tema já decidido em respeito à disciplina judiciária trata das alíquotas para contribuição social, em caso de acordo firmado sem reconhecimento de vínculo empregatício.¹³⁴ Mencionamos ainda a discussão sobre litispendência entre ações individuais e coletivas, que encontra grande dissenso jurisprudencial, e julgados que seguem a orientação predominante da corte superior do trabalho.¹³⁵

nscsjt=&numeroTst=8060300&digitoTst=57&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0015>. Acesso em: 11 nov. 2012.

¹³² A pesquisa pode ser realizada facilmente nos endereços de pesquisas de jurisprudências dos sites do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho.

¹³³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 86400-95.2009.5.08.0117. 4ª Turma. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, DF. Julgado em 09.06.2010. Publicado em DEJT 06.08.2010.

Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=86400&digitoTst=95&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=08&varaTst=0117>>. Acesso em: 11 nov. 2012; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 30700-82.2006.5.22.0107. 5ª Turma. Relator Ministro Emmanoel Pereira. Brasília, DF. Julgado em 30.06.2010. Publicado em DEJT 06.08.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=30700&digitoTst=82&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=22&varaTst=0107>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

¹³⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 159900-58.2006.5.15.0004. 3ª Turma. Relatora Ministra Rosa Maria Weber. Brasília, DF. Julgado em 16.06.2010. Publicado em DEJT 06.08.2010. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=159900&digitoTst=58&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0004>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 7100-45.2006.5.15.0004. 2ª Turma. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, DF. Julgado em 18.08.2010. Publicado em DEJT 03.09.2010. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&co>

Tantos outros temas poderiam ser lançados, mas correríamos o risco de apresentar pesquisa demasiadamente grande e mesmo assim não seria possível trazer todos os julgados do TST cujas decisões se pautaram no acompanhamento do entendimento superior pacificado. Não obstante, a amostra recortada bem demonstra como esta tendência tem ocorrido na prática.

3.3 TENDÊNCIA IDEOLÓGICA

A tendência ideológica, se analisada com superficialidade poderia, em certa medida, confundir-se com a tendência jurisprudencial apresentada na seção anterior.

Há, porém, diversos aspectos que justificam o seu estudo em separado. A tendência jurisprudencial, além de, obviamente, limitar-se às decisões judiciais, alcançando apenas um segmento de operadores do direito (os juízes), demonstra que em parte das decisões encontradas, embora se considere como correto um entendimento, declina-se dele para acompanhar o entendimento pacificado. Ou seja, o juiz, em alguma oportunidade, embora expressamente declare um posicionamento, declina deste para decidir em consonância com o entendimento pacificado pelos tribunais.

nscsjt=&numeroTst=7100&digitoTst=45&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0004
>. Acesso em: 13 nov. 2012. A respeito de diferenças de complementação de aposentadoria: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 15200-95.2007.5.04.0024. 7ª Turma. Relatora Juíza convocada Maria Doralice Novaes. Brasília, DF. Julgado em 01.09.2010. Publicado em DEJT 03.0.2010.) Disponível em:
<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=15200&digitoTst=95&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0024>>. Acesso em: 13 nov. 2012. Sobre redução de intervalo intrajornada: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 130800-50.2008.5.23.0009. 4ª Turma. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, DF. Julgado em 02.06.2010. Publicado em DEJT 06.08.2010. Disponível em:
<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=130800&digitoTst=50&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=23&varaTst=0009>>. Acesso em: 13 nov. 2012; e BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-ED-RR - 28300-72.2006.5.15.0016. 7ª Turma. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Brasília, DF. Julgado em 11.06.2008. Publicado em DJ 13.06.2008. Disponível em:
<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=28300&digitoTst=72&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0016>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

A nominada tendência ideológica, além de abarcar todos os operadores do direito, firma-se no sentido de considerar o verbete a melhor solução para determinada lide, já que fruto de reiteradas decisões em casos idênticos ou similares, podendo, assim, representar mais fielmente o tão almejado “acesso à justiça”.

Para dar corpo a essas assertivas, nas seções seguintes são apresentados exemplos da tendência ideológica.

3.3.1 Posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho dando às suas súmulas características inerentes às leis formais

Na seara trabalhista há mais súmulas e orientações jurisprudenciais regulamentando as relações de trabalho do que leis específicas¹³⁶. Muitos destes verbetes preveem direitos que não se encontram na legislação (direitos processuais e materiais), razão pela qual são reiteradamente invocados nas decisões judiciais como fundamento de deferimento ou de indeferimento de uma determinada pretensão.

Ainda, não raro, esses verbetes vão de encontro à própria legislação vigente, agindo como um modificador do ordenamento jurídico, especialmente se se considerar que entre as tendências legislativas já indicadas está a da “súmula impeditiva de recurso”, que obsta a análise pelo tribunal superior de matéria já pacificada.

Wagner D. Giglio¹³⁷ ratifica a asserção quando menciona a Súmula n. 172¹³⁸ do TST, que determina sejam computadas as horas extras habitualmente prestadas no cálculo do descanso semanal remunerado, em oposição ao previsto

¹³⁶ No mês de fechamento deste trabalho, janeiro de 2013, o TST conta com 444 súmulas, tratando dos mais variados assuntos, e 706 orientações jurisprudenciais, considerando todas as seções deste Tribunal.

¹³⁷ GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*, p. 616.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 172. REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. “Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. (ex-Prejulgado nº 52)”. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0172.htm>. Acesso em: 04 jan. 2013.

pelo art. 7º da Lei n. 605/1949. É também o caso da Súmula n. 114¹³⁹, que veda a aplicação da prescrição intercorrente, quando o artigo 884, parágrafo 1º, da CLT expressamente prevê esta possibilidade.¹⁴⁰

A Súmula n. 363¹⁴¹ claramente institui direito não previsto em lei quando cria “uma espécie de contrato parcialmente eficaz, ao manter parcela do consectário (FGTS) e retirar, arbitrariamente, todas as outras inerentes à relação trabalhista”, segundo Gustavo Pereira Farah.¹⁴²

Vale ainda destacar a Orientação Jurisprudencial Transitória n. 3 da SDI – I, no âmbito do TST, que, ao tratar da validade da Súmula n. 337 deste tribunal, dispõe sobre o início de sua “vigência”¹⁴³, mostrando haver uma mescla deste instituto com a própria lei.

Outro exemplo pode ser extraído da Súmula n. 331 do TST, que institui regras de validade para o que se convencionou chamar de “terceirização”¹⁴⁴ da mão de obra nas empresas.

¹³⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 114. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0114.htm>. Acesso em: 04 jan. 2013.

¹⁴⁰ GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*, p. 616.

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 363 do TST CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.” Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm#TST Enunciado nº 363>. Acesso em: 04 jan. 2013.

¹⁴² FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*. São Paulo: LTr, 2007. p. 140.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 337. INAPLICABILIDADE (título alterado e inserido dispositivo, DJ 20.04.05). “A Súmula nº 337 do TST é inaplicável a recurso de revista interposto anteriormente à sua vigência. [Grifos nossos]” Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-337>. Acesso em: 13 dez. 2012.

¹⁴⁴ Consoante ensinamento de Maurício Godinho Delgado, o conceito de terceirização é extraído da ciência da administração empresarial. Significa, na prática, a contratação de serviços entre duas empresas, onde o empregado da empresa contratada prestará serviços dentro da empresa contratante. Nesta hipótese ocorre a desvinculação entre a relação econômica e a relação de trabalho, com a inserção do trabalhador no processo produtivo de um tomador de serviços, sem vínculo empregatício com este tomador. O vínculo de emprego é mantido com a empresa contratada pela tomadora dos serviços. (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 417).

Pois bem. São poucos os exemplos aqui apresentados, mas a análise pode ser substancialmente ampliada com o estudo mais detalhado de todos os verbetes do TST.

3.3.2 O caso da Súmula Vinculante 4 do STF e das Súmulas 17 e 228 do TST

No contexto da tendência ideológica também merece destaque a recente polêmica envolvendo a Súmula Vinculante n. 4 do STF e as Súmulas n. 17 e n. 228 do TST, e que tem como pano de fundo a base de cálculo do adicional de insalubridade.

O artigo 189 da CLT define como atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição.

O adicional de insalubridade devido ao empregado que presta serviços em atividades insalubres, calculado à razão de 10%, 20% e 40% sobre uma base, até a edição da Súmula Vinculante 4 era considerada como o valor do salário mínimo.

Embora a Constituição Federal, em seu art. 7º, inc. IV, vede a vinculação de qualquer parcela ou título ao salário mínimo, o TST mantinha a matéria referente à base de cálculo do adicional de insalubridade regulamentada pelas suas Súmulas n.17 e n. 228, cujas antigas versões continham a seguinte redação:

Súmula n. 17. O adicional-insalubridade devido a empregado que percebe, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, salário-profissional, será sobre este calculado. (Redação original – RA 28/1969, DO-GB 21.08.1969)¹⁴⁵

Súmula n. 228. Adicional de insalubridade. Base de cálculo
O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula n. 17. Redação original - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985¹⁴⁶

¹⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-17>. Acesso em: 13 jan. 2013.

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em:

A Súmula Vinculante n. 4 do STF pacifica a questão e declara que “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”¹⁴⁷

Buscando adequar-se à Súmula Vinculante n. 4, o TST altera então as Súmulas n. 17 e n. 228, que passam a ter a seguinte redação:

Súmula n. 17. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado. (cancelada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008.¹⁴⁸

Súmula n. 228. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno, em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. SÚMULA CUJA EFICÁCIA ESTÁ SUSPensa POR DECISÃO LIMINAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.¹⁴⁹

Ocorre que o final da Súmula Vinculante n. 4 diz expressamente que a base de cálculo de vantagem de empregado não pode ser substituído por decisão judicial. Desse modo, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ingressou com reclamação no STF (Reclamação n. 6266)¹⁵⁰, com a alegação de que o TST, com a nova redação da Súmula n. 228, desrespeitava o entendimento pacificado.

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-228>. Acesso em: 13 jan. 2013.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudências. *Súmulas Vinculantes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=4.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

¹⁴⁸ Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-17>. Acesso em: 13 jan. 2013.

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-228>. Acesso em: 13 jan. 2013.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual. *Rcl 6266*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629349>>. Acesso em 13 jan. 2013.

A Reclamação n. 6626 ainda está pendente de decisão definitiva, mas em liminar de lavra do Ministro Gilmar Mendes, foi determinada a suspensão da Súmula n. 228 do TST. A respeito, vale destacar o seguinte trecho do *decisum*:

O art. 7º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe que 'da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação'. À primeira vista, a pretensão do reclamante afigura-se plausível no sentido de que a decisão reclamada teria afrontado a Súmula Vinculante nº 4 desta Corte: 'Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial'. Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante nº 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo nº 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva. Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa. Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula nº 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.¹⁵¹

Após essa decisão ser publicada, o TST cancelou a Súmula n. 17 e suspendeu a Súmula n. 228, estando a questão regulada pelos fundamentos lançados pela Ministra Carmem Lúcia no processo de edição da Súmula Vinculante n. 4. Ou seja, enquanto não houver lei que estabelece a base para o adicional de insalubridade, este seguirá sendo calculado sobre o salário mínimo.¹⁵²

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisões monográficas. *Rcl* 6266. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+6266%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sumulas vinculantes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=4.NUME.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

O aspecto que interessa extrair de todo esse debate é a busca do TST na regulamentação desta importante matéria – que é a base de cálculo do adicional de insalubridade – por meio de suas súmulas, o que acabou sendo bloqueado pelo STF, não em razão de uma súmula não poder dispor ou regulamentar determinada matéria, mas porque uma súmula (a 228 do TST) estava em desarmonia com outra súmula (a Súmula Vinculante n. 4 do STF).

3.3.3 Critério de promoção indicado pelo Conselho Nacional de Justiça

Mais uma face da tendência ideológica é encontrada no critério de promoção dos juízes, no Brasil. A Resolução n. 106/2010, emitida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, e que dispõe sobre os critérios objetivos de aferição de merecimento para promoção de magistrados e acesso aos tribunais de segundo grau¹⁵³, em seu artigo 5º, alínea e, prevê como critério de avaliação da qualidade das decisões proferidas “o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores”.

Dessa análise, extrai-se que o órgão responsável pela fiscalização da boa formação e evolução de nossos magistrados considera como qualidade positiva a decisão proferida em respeito à “disciplina judiciária”. Eis, certamente, mais um exemplo da tendência ideológica à adoção de sistema pautado na ideia de jurisprudência vinculante.¹⁵⁴

3.3.4 Doutrina citada e publicada

Outro aspecto do que aqui convencionamos chamar “tendência ideológica” alude à intensa produção doutrinária, abarcando o entendimento de que a

¹⁵³ Disponibilizada no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 6-9.

¹⁵⁴ Há, claro, parte da doutrina que considera válida a tendência de acompanhamento das decisões judiciais, mas com eficácia apenas persuasiva e não obrigatória. Neste sentido, destacou José Rogério Cruz e Tucci: “A doutrina civilista pátria contemporânea, claramente dominada pelos influxos do condicionamento histórico, apresenta marcante tendência de admitir apenas a eficácia persuasiva aos *precedentes judiciais* [Grifos do autor]”. (*Precedente Judicial como fonte de direito*, p. 275).

jurisprudência, tome o formato que tomar, como súmulas e orientações jurisprudências, por exemplo, nos dias de hoje teria força normativa obrigatória.

Além dessa intensa produção (exemplos podem ser verificados na lista das referências deste trabalho), há ainda referência, na doutrina e de modo expresso, à força normativa das súmulas, que se igualariam ou até se sobreporiam à própria lei formal.

Wagner D. Giglio¹⁵⁵, sobre as novas tendências constatadas no direito processual do trabalho, especialmente a “tendência sumular”, ressalta:

Atingem as Súmulas, assim, um *status* superior ao da lei, pois no entrechoque entre a lei e Súmula prevalece esta sobre aquela. Mais ainda: há quem defenda, com bons argumentos, a impossibilidade de revogação das Súmulas pela lei, no Direito brasileiro (v. artigo de João Batista dos Santos e Juary C. Silva, com esse título, *Ltr*, 49:137). Os advogados reconhecem essa situação, implicitamente, pois não há recurso que deixe de citar os precedentes judiciais, nos processos trabalhistas. Decisões apoiadas em Súmulas veda, na prática, a possibilidade de reforma, assegurando, por antecipação, o indeferimento do recurso de revista (CLT, art. 896, p. 5º.) e dos embargos de divergência (CLT, art. 894, *b*, *in fine*), ou o seu não conhecimento ou desprovimento, se porventura conhecido.

Carlos Aurélio Mota de Souza¹⁵⁶, a respeito, afirma que:

[...] no caso brasileiro das súmulas dos Tribunais Superiores, há uma forte tendência dogmática no sentido de aceitá-las como vinculatórias, por sua semelhança intrínseca com a lei, pois ambas se situam no plano da norma geral e não mais no plano das normas particulares.

Toda essa movimentação da doutrina, que concordando ou não reconhece a tendência de transformação ou conformação da jurisprudência dentro de um contexto normativo, contribui para esta ideologia e torna mais concreto e mais próximo da realidade o uso das súmulas e orientações jurisprudenciais com qualidade de vinculação obrigatória.

¹⁵⁵ GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*, p. 616-617.

¹⁵⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 1996. cop. XXII, n. 3. p. 208.

3.3.5 Eventos da comunidade jurídica

Outro exemplo que pode ser mencionado se refere à movimentação que busca a criação de enunciados a serem seguidos pelos magistrados, como ocorreu em novembro de 2007, oportunidade em que o TST realizou a 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, com o intuito de que fossem debatidas e analisadas 140 propostas encaminhadas por juízes, advogados, procuradores e estudiosos de todas as regiões do Brasil.¹⁵⁷ Ao final deste evento, foram aprovados 79 enunciados, envolvendo os mais variados temas de direito constitucional, material, processual e coletivo do trabalho.¹⁵⁸

A finalidade do evento ficou indefinida. Se a ideia era sugerir redações para futuras súmulas e orientações jurisprudenciais do TST, melhor seria trazer ao debate os julgados reiterados que demonstrassem a jurisprudência em determinado sentido. Afinal, se a súmula e a orientação jurisprudencial visam consolidar e oficializar a jurisprudência majoritária ou pacífica em determinado sentido, não teria lógica propor redações diametralmente opostas.

Na prática, muitas redações sugeridas apresentavam conteúdo diametralmente oposto ao atual entendimento consolidado do TST. É o caso do Enunciado n. 13¹⁵⁹, cuja redação prevê a responsabilidade subsidiária do dono da obra nas situações de condenação ao pagamento de obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro (excetuando-se apenas as construções e as reformas residenciais). Este conteúdo vai de encontro ao entendimento pacificado pelo TST esboçado na Orientação Jurisprudencial n. 191 da SDI-1.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Vide notícia: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Busca de Notícias. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/busca_de_noticias?p_p_id=buscanoticia_WAR_buscanoticiasportlet_INSTA_NCE_xl8Y&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2&advanced-search-display=yes&articleId=279221&version=1.0&groupId=10157&entryClassPK=279223>. Acesso em: 22 set. 2012.

¹⁵⁸ Anexo D, relativamente a enunciados do TST.

¹⁵⁹ Anexo D, relativamente a enunciados do TST.

¹⁶⁰ OJ 191 SDBI – 1 TST. CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE. (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora. Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial da SDI-1.* Disponível

Menciona-se ainda como exemplo o inciso I do Enunciado n. 79 da 1ª Jornada, cujo conteúdo determina que são devidos honorários advocatícios de sucumbência na Justiça do Trabalho, salvo no caso de o sucumbente ser beneficiário da justiça gratuita, entendimento este que colide com a atual redação do inciso I da Súmula n. 219 do TST.¹⁶¹

Por outro lado, se a proposta do evento era levantar o debate sobre o ideal do que deveria ser o entendimento do TST, certamente o resultado imediato foi de grande extensão, já que os 79 enunciados abarcam muitas das matérias – e também conclusões sobre elas – em torno das quais se exige uma mudança de postura desta corte superior, ou um posicionamento formal.

Feitas essas considerações sobre o citado evento, um ponto é evidente: todos os participantes – operadores do direito – estavam de algum modo concordando e buscando a edição de um verbete que se coadunasse com suas crenças e filosofias, de modo que as decisões tomadas pelo Poder Judiciário Trabalhistas seguissem as diretivas. Aí está, claramente, uma tendência ideológica. A crença de que os enunciados têm força obrigatória, persuasiva, representa uma solução para o acesso à justiça.

A tendência ideológica se apresenta de variadas formas e igualmente provém de distintas fontes, pode ser detectada dentro do próprio Judiciário ou da doutrina que acompanha o desenvolvimento do direito, ou dos aplicadores do direito. Na prática, é uma força a mais para a conformação do sistema que busca o seguimento da jurisprudência.

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm#TEMA191>. Acesso em: 13 dez. 2012.

¹⁶¹ HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova redação do item II e inserido o item III à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985). BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas do TST*. Disponível <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219>. Acesso em: 11 nov. 2012.

4 ASPECTOS FAVORÁVEIS AO PODER NORMATIVO DO JUDICIÁRIO EXERCIDO POR MEIO DE EDIÇÃO DE SÚMULAS OU SIMILARES

Neste ponto do trabalho passamos a abordar os aspectos mais comumente indicados na defesa da força vinculante da jurisprudência, sem a preocupação da busca da validade científica desta possibilidade, mas tão só dos argumentos lançados como favoráveis e que, em última análise, poderão reforçar as teses científicas que autorizam e validam esta situação.

4.1 SEGURANÇA JURÍDICA

Uma das principais motivações ou justificativas favoráveis lançadas na defesa da prevalência de um sistema pautado em jurisprudência vinculante é a garantia da segurança jurídica.

A segurança jurídica, nesse contexto, emerge da previsibilidade e da estabilidade que o entendimento pacificado pode conferir aos jurisdicionados.

O instituto da segunda segurança, de fato, pretende trazer estabilidade às relações sociais, como forma de manter a paz, com a diminuição ou o fim da conflituosidade. Bem desenvolvido em nosso ordenamento jurídico, o instituto presta-se para explicar e justificar a existência da coisa julgada, suas vantagens e até mesmo a necessidade de sua prevalência dentro de um Estado Democrático de Direito.

O jurista Nelson Nery Junior¹⁶² tratou o tema de forma aprofundada em sua obra sobre princípios do processo civil na Constituição Federal. O raciocínio desenvolvido por este autor pauta-se no modelo de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil. Nas suas palavras: “Para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do Estado democrático de direito ocorre

¹⁶² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 39.

por intermédio do instituto da coisa julgada. Em outras palavras, a coisa julgada é elemento de existência do Estado democrático de direito”.

Ciente de que a coisa julgada poderia eventualmente ferir a real justiça no caso concreto, o autor pondera sobre os valores que devem ser preservados em uma situação como esta:

Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material.¹⁶³

E continua doutrinando:

Consoante o direito constitucional de ação (art. 5º, n. XXXV, CF), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional e justa. A sentença justa é o ideal - utópico - maior do processo. Outro valor não menos importante para esta busca é a segurança das relações sociais jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (Veropferungstheorie).¹⁶⁴

A manutenção do Estado Democrático de Direito, cujo sucesso, segundo entende Nelson Nery Júnior¹⁶⁵, somente é possível com a preservação da segurança jurídica, é o escopo máximo que justifica a sua busca como valor principal.

O autor, ao definir a segurança jurídica, coloca-a como objetivo central do processo civil:

Em outras palavras, a coisa julgada material apresenta-se como centro de todos os objetivos do processo civil, ao passo que a coisa julgada material em si mesma tem a força de criar a imodificabilidade, a intangibilidade da pretensão de direito material que foi deduzida no processo e resolvida pela sentença de mérito transitada em julgado.¹⁶⁶

Admite até mesmo que a busca da segurança jurídica seja uma opção política do Estado ao proteger a forma democrática e de direito de sua formação,

¹⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 49.

¹⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 39-59.

¹⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 39-59.

¹⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 49.

e ratifica: “A opção é política: o Estado brasileiro é democrático de direito, fundado no respeito à segurança jurídica pela observância da coisa julgada”.¹⁶⁷

Considerando a importância da prevalência da segurança jurídica como medida de defesa e manutenção do Estado Democrático de Direito, Nelson Nery Júnior¹⁶⁸ faz duras críticas à relativização da coisa julgada, que chama de eufemismo. Na sua avaliação: “O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada”.

Assim, se a segurança jurídica é garantia do Estado Democrático de Direito quando consubstanciada na coisa julgada, poderá também servir de fundamento quando consubstanciada na figura de um instituto que, representando o entendimento majoritário do Judiciário em relação a determinado tema, será vinculante para todos os jurisdicionados.

Estêvão Mallet¹⁶⁹ também destaca a importância da preservação da segurança jurídica, asseverando constituir “uma das finalidades mais relevantes de qualquer sistema jurídico, em todos os tempos, nos mais diferentes povos”. O jurista, no desenvolvimento do seu raciocínio cita outros autores que elevam a segurança “à condição de principal e mais elevado valor do direito”.¹⁷⁰

A propósito, para Bethan¹⁷¹, a segurança é considerada “[...] o principal objeto da lei [tradução nossa]”¹⁷². E Radbruch¹⁷³ declara que:

¹⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 49.

¹⁶⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 45.

¹⁶⁹ MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista do TST*. Brasília, TST, v. 71, n. 3, p. 135-149, set./dez. 2005. . p. 140. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_71/rev_71_3/rev_71_3_6.pdf>. Acesso em: 18 set. 2012.

¹⁷⁰ MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista do TST*, p. 140.

¹⁷¹ BETHAN. *The Theory of legislation*. London: Routledge & Kegan Paul, 1931, p. 109 *apud* MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista do TST*, p. 140.

¹⁷² No original: “[...] the principal object of the law”.

¹⁷³ RADBRUCH. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 103-104 *apud* MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista do TST*, p. 140.

[...] é mais importante que exista, primeiro que tudo, uma ordem jurídica, do que estar a discutir desde logo a sua justiça e recta finalidade; porque, se estas – a justiça e recta finalidade – são realmente duas grandes preocupações do direito, todavia são secundárias, sendo antes primacial, no sentir de todos, a da segurança e paz social.

Citando Pontes de Miranda, Estêvão Mallet¹⁷⁴ destaca ainda que, “se não há segurança, a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem”.

No Brasil, a Constituição Federal invoca a segurança jurídica como valor fundamental no caput do artigo 5º e também em incisos deste mesmo artigo: II (legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XL (irretroatividade da lei).

No caso da vinculação da jurisprudência, conforme já mencionado, a segurança jurídica estaria garantida na previsibilidade do resultado final do processo e na estabilidade dela decorrente. Dessa forma, o jurisdicionado, inserido em determinado contexto, teria a possibilidade de, em alguns (ou muitos) casos, saber de antemão qual seria a resposta do Judiciário à sua interpelação.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁷⁵, tratando da segurança jurídica que deve balizar as relações sociais, indica dois elementos imprescindíveis à sua caracterização, os quais permitem que o instituto não caia em profunda generalidade: a) univocidade na qualificação das situações jurídicas; e b) previsibilidade.

Em uma sociedade cada vez mais monitorada e regulada por comportamentos de massa, o tema da vinculação da jurisprudência dominante, que tem representação na figura de súmulas, precedentes, orientações jurisprudências ou instituto que o valha, faz mais sentido ainda e toma maiores proporções. A segurança jurídica ainda é mencionada como pressuposto da proteção da própria dignidade humana.

¹⁷⁴ PONTES DE MIRANDA. Sistema de ciência positiva de direito, p. 195 *apud* MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista do TST*, p. 140.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 123.

Nesse sentido, defende Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁶:

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. [...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

A questão central dessa corrente é a seguinte: a segurança jurídica é valor que ganha preferência quando ponderada em relação à justiça, dentro de um Estado Democrático de Direito, especialmente porque contribui para o alcance da estabilidade social.

Assim, o jurisdicionado deve estar seguro de que determinada atitude levará a uma resposta certa do Estado. A uniformização e a vinculação do entendimento do tribunal servirão, sob este aspecto, não só como um efeito final, mas também como uma medida pedagógica geral.

Não há dúvida que a segurança jurídica em muito contribui com a evolução social, podendo até representar uma das faces do acesso à justiça, especialmente quando analisada pelo prisma da possibilidade de o órgão julgador, ao lançar mão de entendimentos consolidados, conseguir decidir em tempo hábil todas as demandas que lhe são submetidas.

Por outro lado, não há possibilidade de se verificar empiricamente se o valor da segurança jurídica é mais importante ou mais valioso, ou mais esperado do que o próprio acesso ao julgamento justo.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, março/ maio 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2013. p. 11.

Nessa esteira, mais à frente apresentaremos diversas mazelas do modelo de jurisprudência obrigatória. É que, ante a justificativa de proteção da segurança jurídica, poderão ocorrer falhas graves na resposta dada pelo Poder Judiciário, quando se coloca em destaque a justiça da decisão.

4.2 IGUALDADE

A igualdade é outro importante aspecto a ser considerado quando se defendem os motivos favoráveis à adoção do sistema de verbetes vinculantes.

O recorte dado ao assunto envolve tanto a igualdade formal quanto a substancial, isto sob o aspecto do resultado e não de meios instrumentais. Ou seja, o recorte analisa a igualdade processual sob o aspecto da resposta dada pelo Estado. Deste modo, pode haver igualdade formal de instrumentos, sem que haja igualdade substancial de resultado.

Nos termos do artigo 5º, caput, da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei”. Tal preceito constitucional é de cumprimento e de implementação obrigatórios.

O princípio da igualdade está, em regra, diretamente ligado aos efeitos intrínsecos do processo. Significa dizer que a proteção destinada ao cumprimento do princípio da igualdade é intrínseca ao processo, a revelar a igualdade formal das partes em relação ao próprio processo e seus instrumentos, com a garantia dos princípios do contraditório e do devido processo legal, expressamente previstos na Carta Magna – artigo 5º, incisos LIV e LV.

Os princípios da inversão do ônus da prova ou da aptidão da prova também dão suporte à busca da igualdade material das partes no processo.

A propósito, ao tratar do tema do conteúdo jurídico do princípio da isonomia processual no processo civil, com base na previsão constitucional contida no

artigo 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal, Nelson Nery Junior¹⁷⁷ explica: “O princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico”.

O autor ainda esclarece que a isonomia significa “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”¹⁷⁸, e que a intenção do legislador constituinte não foi outra senão garantir “a proteção da igualdade substancial e não a isonomia meramente formal”.¹⁷⁹

O princípio da igualdade também pode ser analisado em relação ao resultado do processo. Ou seja, pessoas que se encontrem em idêntica situação fática e jurídica devem receber do Poder Judiciário igual resposta em relação às suas pretensões submetidas ao Estado-juiz.

Sobre o assunto, Luiz Guilherme Marinoni¹⁸⁰ analisa:

Se há definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição.

Embora pouco disseminado, o fundamento é deveras importante, especialmente em processos nos quais idênticas pretensões – considerando as mesmas bases fática e jurídica – são veiculadas. É até intuitivo concluir que a padronização ou a garantia de idêntica resposta permite a garantia do cumprimento do princípio da igualdade.

¹⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. p. 72.

¹⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 72.

¹⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 74.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 149.

A crítica que se pode fazer a este resultado é apenas em relação ao mérito de resposta padrão adotada em determinada situação pelo Poder Judiciário. Se todos os jurisdicionados tiverem a mesma resposta, poderemos ter duas situações: ou a resposta uniforme do Estado possibilita o acesso à justiça de todos que estejam em situação idêntica, ou impõe a todos os que estejam em uma situação idêntica uma condição injusta. Em ambos os casos há igualdade pelo prisma do resultado, mas apenas na primeira situação a igualdade de resultado levou também ao acesso à ordem jurídica justa.

4.3 OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Outro fundamento constantemente indicado em favor do modelo de jurisprudência obrigatória é a otimização da prestação jurisdicional. Este argumento e a segurança jurídica, na prática, são os mais invocados para justificar o modelo pautado na observância obrigatória de decisões padronizadas pelo Poder Judiciário.

A preocupação com a eficiência do Poder Judiciário e a celeridade da prestação jurisdicional tem ultrapassado o mero debate utópico e o discurso retórico. A rapidez na entrega da atividade jurisdicional é tema cada dia mais comum. Tal necessidade já foi, inclusive, elevada a patamar de princípio fundamental, incluído na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, com a redação dada ao art. 5º, inc. LXXVIII, *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Sobre a rápida duração do processo, destaca Luiz Guilherme Marinoni¹⁸¹:

O respeito aos precedentes vinculantes constitui excelente resposta à necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo, privilegiando o autor, o réu e os cidadãos em geral. se os tribunais inferiores estão obrigados a decidir de acordo com os tribunais superiores, sendo o recurso admissível apenas em hipóteses excepcionálíssimas, a parte não tem de necessariamente chegar à corte superior para fazer valer o seu direito, deixando de ser

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 187.

prejudicada pela demora e também de consumir o tempo e o trabalho da administração da justiça. De outro lado, se o réu pode ter sua esfera jurídica afetada no curso do processo, mas existe precedente que lhe garante que a resolução do mérito se dará em seu favor, impede-se a própria concessão de tutela de natureza provisória e, quando essa for eventualmente concedida, evita-se a sua perpetuação no tempo. Ademais, a importância do respeito aos precedentes, contribuindo para a otimização do uso do processo e do dispêndio de tempo, favorece a credibilidade da sociedade no Poder Judiciário.

A otimização da prestação jurisdicional é medida a ser implementada, conquanto a justiça prestada tardiamente, em boa parte das situações, pode deixar de ser efetivamente “justiça”. Esse fundamento, contudo, não se sustenta sozinho. Somente a necessidade de dar celeridade à prestação jurisdicional com a otimização de sua atividade, por meio da instituição de instrumentos que diminuam a velocidade do fluxo do trabalho, não é suficiente para sustentar a implementação de um modelo de organização pautado em verbetes com tendência obrigatória.¹⁸²

Ao analisar o problema da ineficácia do Judiciário, Marco Antonio Duarte de Azevedo¹⁸³ ressalta:

Para o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, as principais causas da lentidão da Justiça são o número deficiente de juízes, a forma inadequada de seu recrutamento, a insuficiente especialização dos órgãos de primeiro grau, o desaparelhamento do apoio administrativo destinado aos magistrados, o formalismo excessivo e o sistema irracional de recursos.

Para Boaventura Souza Santos¹⁸⁴, a lentidão do Judiciário cria um custo que encarece a manutenção do sistema e consequentemente pode atuar, na

¹⁸² Marco Antonio Duarte de Azevedo, tratando da crise do Judiciário, lembra os ensinamentos de Carnelutti sobre o tema: “Parafraseando conhecido ditado popular, a justiça que tarda, falha. A existência de um processo é, em si mesma, como já escreveu o célebre processualista italiano, um mal e um dano, que deve ser abreviado o quanto possível, tendo como balizamento o *due processo of law* e a necessária manutenção do pensamento do julgador, mas que possa dar, efetivamente, e em prazo razoável, tudo aquilo, e exatamente aquilo, que a parte tem direito. E o Judiciário brasileiro, assoberbado com uma quantidade de feitos em muito superior à sua capacidade de com eles lidar, em nada se aproxima da máxima de Carnelutti.” (*Súmula vinculante*: o precedente como fonte de direito, p. 19).

¹⁸³ AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *Súmula vinculante*: o precedente como fonte de direito. p. 21.

¹⁸⁴ SANTOS, Boaventura Souza, *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 168.

prática, como impeditivo de acesso dos economicamente desfavorecidos. Na interpretação do citado sociólogo:

De facto, verificou-se que essa vitimização é tripla, na medida em que um dos outros obstáculos investigados, a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos.¹⁸⁵

Celeridade e economia do processo são valores a serem buscados, como uma das várias medidas para se alcançar a efetiva justiça, mas não são suficientes, contudo, para justificar a vinculação obrigatória a entendimentos pacificados em súmulas, precedentes, orientações jurisprudenciais ou algum outro instituto que o valha.

Para o problema estrutural da capacidade de absorção da demanda judicial e resposta do Poder Judiciário, obrigar juízes e tribunais ao entendimento pacificado em súmulas e orientações jurisprudenciais é medida apenas paliativa ou de solução sintomática e não enfrenta os reais problemas estruturais do sistema, o que, a longo prazo, pode ter um efeito perverso ao se constatar a saturação da atividade jurisdicional, ainda que com o uso de sistema de verbetes vinculantes.

4.4 CAPACIDADE DE MOBILIZAÇÃO SOCIAL FACE AO ENTENDIMENTO FORMALMENTE CONSIDERADO

Entre os aspectos que podem ser considerados como favoráveis à existência de uma ordem pautada em verbetes de jurisprudência obrigatórios ou vinculantes, a atenção para a capacidade de mobilização social, que muito embora tenha características muito mais sociológicas do que jurídicas, em uma concepção mais abrangente do tema, poderá contribuir para se alcançar uma das principais finalidades do Estado Democrático de Direito, que é a de participação dos cidadãos.

¹⁸⁵ SANTOS, Boaventura Souza, *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*, p. 168.

Em rigor, se a solução considerada pela jurisprudência dominante na prática não atende aos princípios de justiça, esta falha deve ser combatida com a modificação do entendimento jurisprudencial e não com a sua extinção. Isto porque, pela lógica anteriormente exposta, uma decisão uniforme para pessoas que se encontrem na mesma situação de fato e de direito estaria mais próxima dos fins pretendidos pelo princípio da igualdade. Ao jurisdicionado caberia lutar pela mudança do entendimento formalmente posto.

Aliás, imaginando-se uma movimentação popular pela modificação de uma norma, uma súmula que atinge a todo um conjunto de pessoas será mais facilmente contraposta pela vontade social do que diversas decisões singulares espalhadas pelo país. Significa dizer que estando os juízes vinculados a determinado entendimento substanciado por uma súmula, caso o seu teor seja inaceitável em dado momento histórico, jurídico, político ou social, será mais viável que um grupo – organizado ou não – se manifeste e lute pela mudança do entendimento. A força reivindicatória, nesse caso, será bem maior se comparada à daqueles que recebem a mesma solução de juízes singulares, em situações pontuais.

Essa situação pode ser observada no cotidiano do Judiciário com certa facilidade. Não raro, o Estado-juiz decide de maneira distinta a demanda de pessoas que estão submetidas a um mesmo contexto de fatos e de direito. Quando tal acontece, mesmo irresignado, o jurisdicionado individualmente não terá força suficiente para requerer a mudança, ficando limitado aos instrumentos processuais de revisão previstos na legislação.

Com efeito, não se tem notícia de mobilização social contrapondo decisões esparsas emanadas do Poder Judiciário. O contrário ocorre com a jurisprudência sedimentada, em que manifestações de repúdio ou apoio são frequentes e cada vez mais divulgadas.

Além disso, no modelo de Estado Democrático de Direito, em que pessoas vivendo nas mesmas circunstâncias fáticas e históricas são colocadas em situação litigiosas idênticas, é natural que a existência de precedentes

obrigatoriamente vinculantes possibilite a conscientização, a luta e a modificação do *status quo*: é o resultado da cidadania participativa.

Ora, a “vontade geral” surgirá, consideradas as diversas formas de participação social, com mais facilidade em contraposição a uma força única, clara e concretizada em um objeto, como é o caso de se poder demonstrar oposição contra uma súmula editada e vinculante.

4.5 FACILITAÇÃO DA CONDUÇÃO DOS CONFLITOS DE MASSA

A obrigatoriedade de respeito à jurisprudência pode também justificar a melhor condução de conflitos hodiernamente reconhecidos como de massa.

A principal característica desses conflitos é a similitude ou igualdade de base fática e jurídica. Na dinâmica capitalista, as pessoas devem participar ativamente do ciclo produtivo, trabalhando, recebendo pelo labor realizado e consumindo os produtos gerados pelo próprio trabalho e pelo trabalho alheio.

Dentro dessa roda de produção capitalista, o mercado, ele mesmo, coloca as pessoas em situações conflituosas idênticas. Este fato, associado ao crescimento da busca da solução de conflitos pela via judicial, faz com que um número cada vez maior de demandas idênticas seja diariamente submetido ao Estado-juiz.

Em paralelo a esta discussão há outra que diz respeito ao desenvolvimento de instrumentos processuais que permitam a coletivização das demandas em ações únicas ou unificadas, de modo a possibilitar que uma única decisão, dada uma mesma situação fática, possa ser aplicada ao um número máximo de jurisdicionados.

Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr¹⁸⁶, tratando sobre esse tema, indicam duas principais justificativas para a necessidade das ações coletivas: uma de

¹⁸⁶ A respeito do tema, discorrem: “As motivações políticas mais salientes são a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; a uniformização dos julgamentos, com a

ordem política e outra de ordem sociológica¹⁸⁷. Os autores defendem a existência de um “microssistema do processo coletivo” no Brasil, constituído especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), pela Lei da Ação Civil Pública (LACP, Lei n. 7347/1985), Lei da Ação Popular (LAP) e Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8429/1992).¹⁸⁸

Mas todos os instrumentos até hoje previstos se destinam à apresentação de ação judicial por um ente legalmente legitimado a representar uma determinada base de jurisdicionados lesionados, ou pretensamente lesionados. Aqui, a questão é a solução de numerosas demandas apresentadas individualmente, mas que se apresentam idênticas.

Nessa trilha, debate-se um projeto para alteração do código processual civil brasileiro, com a introdução de instituto nominado “incidente de coletivização”.¹⁸⁹

O incidente de coletivização teria por objetivo:

[...] transformar em uma única ação coletiva processos individuais semelhantes, para acelerar o trabalho da Justiça. Assim, sempre que uma nova ação surgir sobre algum assunto já decidido por incidente de coletivização - como, por exemplo, a contestação de assinatura básica de telefonia -, a decisão já produzida será automaticamente aplicada, sem a necessidade de tramitar novamente pela Justiça. Medida a ser aplicada somente em litígios que possam ser

consequente harmonização social, evitação de decisões contraditórias e aumento da credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana. Outra consequência benéfica para as relações sociais é a maior previsibilidade e segurança jurídica decorrente do atingimento das pretensões constitucionais de uma Justiça mais célere e efetiva (EC 45/04)”. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. 3. ed. rev. ampl. Salvador: Jus Podivm, 2008. v. 4. p. 37.

¹⁸⁷ “As motivações sociológicas podem ser verificadas e identificadas no aumento das ‘demandas de massa’ instigando uma ‘litigiosidade de massa’, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados), partindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fim da II Guerra Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos consumidores do direito e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutelar efetivamente os ‘consumidores’ do direito, as demandas individuais não faziam mais frente à nova realidade complexa da sociedade.” DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo, p. 37.

¹⁸⁸ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo, p. 47-55.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Portal da Cidadania. Institucional. Comissão de juristas discute sugestões sobre incidente de coletivização. 23.03.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96448>. Acesso em: 04 jan. 2013.

considerados de massa, o incidente de coletivização tem o objetivo ainda de evitar que ações semelhantes resultem em decisões diferentes, conforme entendimento de cada juiz responsável pela ação.¹⁹⁰

De acordo com referido projeto, a decisão tomada em um incidente de coletivização passaria a valer para qualquer outra demanda individual idêntica à já decidida. Deste modo, a força obrigatória de um precedente serviria ao Judiciário como instrumento de controle e condução de contencioso de massa.

A existência de um modelo de jurisprudência obrigatória, a par da necessária igualdade na solução apresentada pelo Estado, dentro de um período de tempo razoável e com previsibilidade de resultado, permitirá uma melhor condução, por parte dos juízos, de situações caracterizadas pelos novos conflitos de massa.

5 ASPECTOS DESFAVORÁVEIS AO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO GERMÂNICO-ROMANA

Destacados os principais pontos considerados favoráveis ao modelo de jurisprudência vinculante, passamos a estudar os principais aspectos reputados como desfavoráveis à adoção deste sistema.

5.1 ESTAGNAÇÃO DO DIREITO

Um dos principais argumentos para o não estabelecimento de um sistema pautado em precedentes vinculantes é a estagnação do direito provocada pela obrigatoriedade de os juízes acompanharem as teses modificadas pelos tribunais.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Portal da Cidadania. Institucional. Comissão de juristas discute sugestões sobre incidente de coletivização. 23.03.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96448>. Acesso em: 04 jan. 2013.

Conforme estudado até aqui, sabe-se que o trabalho desenvolvido pelos juízes – singulares ou em órgãos colegiados não é uma atividade meramente mecânica de aplicação da lei. Impossível que o direito não seja interpretado. E mais, impossível que o direito não seja integrado.

Mas, como visto, a normatividade do Poder Judiciário, se reconhecida, não significa obrigatoriamente a adoção de um sistema de vinculação obrigatória de precedentes. Mesmo em países de tradição romano-germânica, vêm-se verificando as contribuições do trabalho do juiz para a evolução do ordenamento jurídico. O juiz, ao decidir de determinada forma, tem a matéria e o debate levados repetidamente aos tribunais, que em muitas oportunidades, após certo tempo, adapta o seu entendimento ao novo posicionamento.

A preponderância de um sistema baseado em verbetes vinculantes, de fato, poderá contribuir para a estagnação do direito.

Nesse contexto, é pertinente apresentar a opinião de Jorge Luiz Souto Maior¹⁹¹ sobre as súmulas vinculantes:

As súmulas vinculantes, na minha concepção, não têm nenhum mérito. A segurança jurídica não é motivo para vedar a oxigenação do direito. O direito depende dela para sobreviver. Soluções rápidas, à custa deste oxigênio, não são um avanço e sim o começo do fim do Estado de Direito, o primeiro passo para a implantação dos regimes ditatoriais. A história está aí para bem demonstrar isto. Os regimes de *Stalin*, *Mussolini* e *Hitler* se apoiaram em tal 'segurança' e na supremacia dos 'interesses nacionais'. Nem mesmo a regra do precedente do sistema anglo-saxão segue a mesma lógica do sistema das súmulas vinculantes. A técnica dos precedentes (*stare decisis*) tem sentido no sistema do *common law* porque, como o próprio nome diz, o direito é o direito feito pelos próprios tribunais. É a regra geral estabelecida pelo juiz. É óbvio que os juízes estão subordinados a esta regra, da mesma forma que os juízes da *civil law* à lei feita pelo Legislativo. Mas os dois podem interpretar a lei e aplicá-la aos casos concretos com liberdade e independência e mesmo criticar a posição majoritária. Grandes avanços do direito norte-americano se deram a partir de votos vencidos, transcritos nos grandes arestos da Suprema Corte americana. As decisões judiciais contraditórias são o pulmão de uma sociedade verdadeiramente democrática.

¹⁹¹ SOUTO MAIOR, Jorge. Súmulas com efeito vinculante. *Revista Eletrônica TRT 3ª Região*, TRT 3ªR, Be.lo Horizonte, n. 55-56, p. 72-73, 1995. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jorge_Maior.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2013.

Não se pode, contudo, deixar de considerar os posicionamentos que afastam a alegação de rigidez do Judiciário, supostamente causada pelo modelo de jurisprudência vinculante.

As razões indicadas por Marco Antonio Duarte de Azevedo¹⁹² apontam no seguinte sentido:

[...] o que ocorre hoje não é debate construtivo, é apego simplesmente. A situação é a seguinte: mesmo após a definição da posição do tribunal competente para última palavra, ao invés de se procurarem novos argumentos, ao invés de se apontar em que medida os fatos da causa divergem daqueles que embasaram a decisão superior, ao invés de se proferir julgamento divergente com base em outra lei que teria alterado o tratamento da matéria, os advogados, promotores, procuradores, juízes se limitam a repetir os mesmos argumentos já afastados, em geral ignorando solenemente a jurisprudência pacificada do tribunal competente.

O que o autor menciona e que será objeto de estudo mais à frente diz respeito à técnica de distinção que pode ser utilizada pelo juízo para afastar expressamente a aplicação de uma jurisprudência. Porém, no trecho transcrito fica claro que não havendo como fazer esta distinção a posição do autor é a de que deva prevalecer o entendimento pacificado.

De todo modo, mesmo no caso da utilização da técnica da distinção pelo juízo que decide sem aplicar um entendimento pacificado pela jurisprudência, caberá também aos tribunais a tarefa de analisar os fundamentos da distinção e não simplesmente repetir a aplicação de uma súmula, por exemplo, em despachos prontos e repetitivos, tão conhecidos dos operadores do direito.

Se os juízes continuarem obrigados ao entendimento pacificado pelos tribunais superiores será necessário desenvolver um modo razoável e efetivo de revisão dos entendimentos, que não pode ficar limitado à voz protestante, externa ao Judiciário, da doutrina e dos operadores do direito.¹⁹³

¹⁹² AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*, p. 142-143.

¹⁹³ Neste ponto, discordamos do entendimento esboçado por Luiz Guilherme Marinoni, quando afirma que o precedente obrigatório não causou a estagnação do modelo do *common law*, razão pela qual não poderia estagnar o nosso sistema, e, ainda, traz como reforço de tese, a ideia de que a doutrina poderia elevar a renovação dos conceitos e entendimentos. Na interpretação do

5.2 IMPOSSIBILIDADE DE ADEQUADA CONFORMAÇÃO AO CASO CONCRETO

A impossibilidade de adequada conformação da jurisprudência, com exatidão ao caso concreto ou do caso posto *sub judice*, ao precedente é também indicado como um aspecto desfavorável ao sistema de precedentes vinculantes.

Todos concordam que há uma complexidade latente na vida humana, nas relações interpessoais, nos detalhes que distinguem uma situação cotidiana de outra, ainda que similares. Por outro lado, o desenvolvimento do que se convencionou chamar de sociedade de massa permite afirmar que muitas das situações submetidas ao Judiciário, especialmente demandas que tratam exclusivamente sobre aplicação de matéria de direito – sem necessidade de análise de fatos e provas – são, de fato, idênticas.

A sociedade de massa e o fenômeno do capitalismo e do consumo são reais. Pessoas são inseridas dentro do mesmo contexto social, seja trabalhando para o sistema capitalista, seja consumindo os produtos por ele gerados. É possível afirmar que tudo que se planeje fazer na vida cotidiana um número razoável de pessoas também assim procedem. Por exemplo, quando se compra um televisor via comércio eletrônico, certamente um número razoável de pessoas realiza a mesma operação, podendo sofrer lesão idêntica, o mesmo pode ocorrer quando se presta um serviço, ou quando se procede ao recolhimento de determinado tributo, que posteriormente é considerado inconstitucional. Ou, ainda, quando um grupo de trabalhadores deixa de receber determinada verba

autor: “Assim, como é evidente, as normas criadas pelo Judiciário, longe de restarem petrificadas ou eternizadas, estarão em constante adaptação aos novos tempos e à evolução da dogmática e da teoria jurídicas. Ora, se o precedente serve para definir o horizonte da juridicidade, sem o qual o exercício da jurisdição não teria como ser coerente, não há como deixar de ver que o desenvolvimento da doutrina pode interferir sobre a linha do horizonte, podendo fazê-la recuar. Em outras palavras: a ausência de precedente, cuja força obrigatória torna possível a coerência das decisões judiciais – e, assim, do direito –, mas a evolução da doutrina pode demonstrar que o precedente, cuja força dava coerência ao sistema e ao direito, deve ser revogado para permitir a constituição da coerência capaz de espelhar o novo ou, em outros termos, um horizonte redefinido. De modo que respeitar precedentes não significa absolutizar a estabilidade e a certeza da jurisprudência”. Não há, como visto, impedimento à importação de institutos e características de um sistema pelo outro, mas a variabilidade de características dos sistemas poderá causar um impacto muito diverso no uso de um instituto típico de um sistema, em outro. (*Precedentes obrigatórios*, p. 190-195).

prevista em um instrumento normativo, por negligência do empregador. Enfim, os exemplos que levam pessoas a situações idênticas são infinitos. A complexidade da vida humana permite não só a diferenciação, mas também a ocorrência de situações idênticas.

O desafio, contudo, é outro. O desafio é identificar qual súmula ou verbete se aplica ao caso concreto. Ou seja, o julgador deve ter a sensibilidade de, examinando com cautela e esmero a lide que lhe é submetida, decidir de forma fundamentada, invocando entendimento pacificado sobre a mesma situação fática e de direito. Em outras palavras, a dificuldade não está na impossibilidade de situações idênticas serem submetidas ao Estado-juiz, pois isto é possível. O desafio – e poderá servir como importante trunfo aos críticos do sistema de precedentes vinculantes – é o adequado uso do precedente ao caso para o qual foi criado.

Mais uma vez, mencionamos a importância da técnica da distinção, estudada mais à frente, que permite ao julgador, e também às partes, operar um juízo de exclusão ou inclusão do caso *sub judice* no entendimento pacificado pela jurisprudência.

5.3 OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES

O argumento da ofensa à separação dos poderes é comumente lançado em conjunto com os argumentos em desfavor do sistema pautado em precedentes obrigatórios. O assunto, de certo modo, já foi abordado no início do trabalho, quando tratamos da jurisprudência e do poder normativo do Judiciário.

O enfoque dado nesta seção, contudo, liga-se à teoria da tripartição dos poderes e o contexto histórico de seu desenvolvimento, deixando de lado a abordagem específica da natureza jurídica dos atos expedidos pelo Poder Judiciário.

Por ocasião do desenvolvimento e adoção da teoria da tripartição dos poderes, idealizada e divulgada por Montesquieu, desenvolviam-se as ideias de

Estado Liberal. Nesta fase, havia a intenção de limitação do poder do Estado com valorização máxima da liberdade individual. A situação impunha o desenvolvimento de modos de limitar o poder do monarca e os grupos sob sua proteção. Esta característica influenciou diretamente a função exercida pelo Poder Judiciário, à época, que consistia na aplicação mecânica da lei. Ao Poder Judiciário, inicialmente, foi destinada uma função de mero aplicador da lei. Esta atividade era considerada muito simples, quase mecânica, sem nenhuma carga política, sociológica, ou que ensejasse atividade interpretativa.¹⁹⁴

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹⁹⁵, sobre o Judiciário e a pouca importância política a ele destinada nos primeiros momentos históricos de aplicação da teoria da tripartição dos poderes, assinalam:

Terceiro dos poderes do Estado na lição clássica de Montesquieu, o Judiciário não tem a importância política dos outros poderes mas ocupa um lugar de destaque entre os demais, quando encarado pelo ângulo das liberdades e dos direitos individuais e sociais, de que constitui a principal garantia.

Os anseios do Estado Liberal impediram, inicialmente, que ao Poder Judiciário fosse reconhecida qualquer função que não a de mero aplicador da lei. Nesta fase, o princípio da legalidade da Administração Pública vigia na sua forma mais tradicional: à Administração somente é concedido fazer aquilo que a lei permite; ao particular tudo o que a lei não proíba.

As peculiaridades da fase em que se instituiu o Estado Liberal e que influenciaram no papel destinado ao Poder Judiciário foram também destacadas por Luiz Guilherme Marinoni¹⁹⁶:

O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do ancien regime. A administração e os juízes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 23-29.

¹⁹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 171.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 23.

Concluindo, anota o autor: “O princípio da legalidade, porém, constituiu apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto”.¹⁹⁷

A concepção do papel e do alcance das funções e atividades do Poder Judiciário muda com a criação das constituições chamadas sociais, repletas de princípios, garantias e direitos fundamentais, cuja obrigação de dar efetividade é também do Poder Judiciário.¹⁹⁸

As primeiras constituições sociais foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar na Alemanha de 1919. No Brasil, a atual Constituição Federal é considerada de viés social porque carregada de conceitos abertos e direitos fundamentais, garantias estas que o Poder Judiciário, crescentemente, é chamado a dar concretude.

A concretização dos valores e princípios inscritos no corpo dessas constituições certamente dedica ao Judiciário função diferente da inicialmente destinada a este poder de Estado.

Salienta-se que o novo papel reconhecido à jurisdição, de dar concretude a preceitos constitucionais, deixa de ser uma possibilidade para se transformar em obrigação. Ademais, é obrigação do Poder Judiciário primar pela efetividade da

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, p. 23.

¹⁹⁸ Diferentemente do que se possa imaginar, o próprio Montesquieu havia idealizado a teoria da tripartição dos poderes de forma flexível. Assim, Eros Roberto Grau, comentando a obra do pensador francês, destaca:

“É certo, todavia, que Montesquieu não sustenta a impenetrabilidade, um pelos outros, dos poderes que refere. Assim, por um lado afirma que: ‘apesar de que, em geral, o poder de julgar não deva estar ligado a nenhuma parte do Legislativo, isso está sujeito a três exceções, baseadas no interesse particular de quem deve ser julgado’ (1973/ 160). Por outro lado, distinguindo entre faculdade de estatuir – o direito de ordenar por si mesmo, ou corrigir o que foi ordenado por outrem – e faculdade de impedir – o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro (isto é, poder de veto) (1973/ 159) –, entende deva esta última estar atribuída ao Poder Executivo, em relação às funções do Legislativo; com isso, o Poder Executivo faz parte do Legislativo, em virtude do direito de veto: ‘Se o Poder Executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do campo Legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes’ (1973/ 150). ‘O Poder Executivo, como dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o quê seria despojado de suas prerrogativas’ (1973/ 161).” (*O direito posto e o direito suposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 229-230.

Constituição Federal e de todos os preceitos de direitos fundamentais nela previstos. A concepção de direito muda e com ela a da função jurisdicional.¹⁹⁹

Na interpretação de Luiz Guilherme Marinoni²⁰⁰:

A assunção do Estado Constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade. Esse princípio agregou o qualificativo ‘substancial’ para evidenciar que exige a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Não se pense, porém, que o princípio da legalidade simplesmente sofreu um desenvolvimento, trocando a lei pelas normas constitucionais ou expressa uma mera ‘continuação’ do princípio da legalidade formal, característico do Estado legislativo. Na verdade, o princípio da legalidade substancial significa uma ‘transformação’ que afeta as próprias concepções de direito e jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma.

Além de se visualizar o novo papel do Poder Judiciário, é certo também que a própria doutrina idealizada por Montesquieu previa a possibilidade de interferência de um poder nas atividades do outro, conhecida como *check and balances*, segundo a qual “um poder estaria aparelhado para ‘vigiar’ o outro, coibindo abusos”.²⁰¹

Diante da evolução social e dos conceitos que envolvem a organização do Estado Democrático de Direito, parece mesmo ultrapassado insistir na afirmação de ofensa à divisão dos poderes. Há muito, já se tem como pacificado o entendimento de que um poder pode exercer as funções inerentes ao outro, como instrumento de alcance das finalidades do Estado.

¹⁹⁹ Neste sentido, destaca Luiz Guilherme Marinoni: “A transformação da concepção de direito fez surgir um positivismo crítico, que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição. Nessa linha, podem ser mencionadas as teorias dos direitos fundamentais, inclusive a teoria dos princípios, a técnica da interpretação de acordo, as novas técnicas de controle da constitucionalidade – que conferem ao juiz uma função ‘produtiva’, e não mais apenas de declaração de inconstitucionalidade por omissão no caso concreto.” (*Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. Teoria geral do processo, p. 22).

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo, p. 21.

²⁰¹ AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *Súmula vinculante*: o precedente como fonte de direito. p. 126.

5.4 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE PERSUASÃO RACIONAL E INDEPENDÊNCIA DO JUIZ

O princípio da livre persuasão racional do juiz significa que o julgador é livre para decidir o caso que lhe é submetido, devendo apresentar, em sede de motivação, o raciocínio que o fez concluir de uma determinada forma.²⁰²

A independência do juiz está atrelada a esse princípio e significa também a possibilidade de decidir sem vinculação às decisões anteriores, estando obrigado tão somente à fundamentação legal e fática de sua decisão.

A obrigatoriedade imposta a determinado juízo, de aplicação automática de entendimento jurisprudencial formalizado, teria a inevitável consequência de violação ao aludido princípio, já que o juiz se afastaria do processo *sub judice* para aplicação de um entendimento padrão, determinado por tribunal superior.

No fundo, a discussão retoma os fundamentos trazidos para sustentar o engessamento do direito pelo uso de sistema de jurisprudência obrigatória.

Na tentativa de afastar esse tipo de alegação, Luis Guilherme Marinoni²⁰³ argumenta em favor da igualdade de resposta do Estado aos seus jurisdicionados e prestação jurisdicional racional e adequada. E adverte:

Em termos de eficácia do sistema e do Poder, não importa se o juiz inferior concorda com a decisão do juiz superior – é apenas essa que vale e produz efeitos. Ora, esta é a mesma lógica que sustenta um sistema que, necessariamente, não pode tratar casos iguais de forma desigual. É fácil concluir, portanto, que vincular as decisões inferiores às superiores significa apenas evitar trabalho – e todos os males daí decorrentes – de elas serem reformadas!²⁰⁴

²⁰² “Tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente a sua convicção. [...] O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod nos est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes nos autos, mas avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182).” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 73-74.

²⁰³ MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 205-210.

²⁰⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 209.

Na realidade, não há como negar que a obrigatoriedade de aplicar entendimento já pacificado por verbete de tribunal superior impede o exercício da liberdade de decidir de modo fundamentado. Alguns autores que defendem o modelo da jurisprudência vinculante afirmam a restrição, mas concluem pela sua possibilidade dentro dos moldes e dos fins do Estado Democrático.

Mencionamos, como exemplo, a advertência feita por José Joaquim Calmon de Passos²⁰⁵:

Talvez, só porque, infelizmente, no Brasil pós-1988 se adquiriu a urticária do ‘autonomismo’, e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passionai o problema da súmula vinculante.

A jurista Tereza Arruda Alvim Wambier²⁰⁶ destaca que a liberdade do juiz “tende a diminuir”, sob pena de, por exemplo, “negar ao Superior Tribunal de Justiça sua função paradigmática e afrontar o princípio da economia processual”, diante da inevitável modificação do entendimento em grau recursal.

De todo modo, o que se deve ponderar é o bem maior que se busca com esta restrição: decidir com a devida ponderação de princípios e valores que deverá preponderar dentro de uma interpretação sistemática da ordem constitucional.

5.5 VIOLAÇÃO AO SISTEMA DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Por fim, mas não menos importante, um dos principais argumentos apresentados contra a existência de vinculação obrigatória dos precedentes é a ausência de legitimação representativa dos integrantes do Poder Judiciário. Isso significa dizer que as decisões prolatadas pelos juízes, por não serem eleitos ou

²⁰⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 176, jan./mar.1997 *apud* AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*, p. 108.

²⁰⁶ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 79-80; AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*, p. 108.

não terem insculpido entre as suas funções a de legislar, não teriam legitimidade democrática.

A obrigatoriedade da jurisprudência, nesse sentido, representaria ofensa ao sistema democrático na medida em que os tribunais, nos países de tradição romano-germânica, não possuem em sua formação natureza representativa e tampouco os seus membros são eleitos pelos jurisdicionados como seus representantes.

Esta afirmação está longe de salvar-se de críticas. A primeira delas pode ser colocada sob o ponto de vista do alcance da normatividade da jurisprudência. A alegação de ausência de legitimação representativa e consequente ofensa ao Estado Democrático fariam sentido se o verbete de jurisprudência obrigatório tivesse força de norma geral e abstrata. Como vimos anteriormente, ao menos no Estado brasileiro, não se pode impingir-lhe este alcance, mesmo em relação à súmula vinculante. A jurisprudência adotada por um tribunal superior teria, assim, força normativa apenas em relação às partes, quando aplicada ao caso *sub judice* ou, no máximo, em relação à súmula vinculante, obrigatoriedade em relação ao Poder Judiciário e a órgãos da Administração Pública. A segunda crítica que se pode destacar envolve a constatação de que nem sempre os eleitos como representantes do povo defendem os interesses dos representados.

O Estado Democrático de Direito está ligado à garantia de liberdade e de igualdade entre seus cidadãos. Tudo que se possa pensar sobre a realização da democracia passa pelo desenvolvimento e pela garantia de respeito a estes institutos.

As bandeiras da igualdade e da liberdade foram lançadas com força e centralidade durante a Revolução Francesa. Nesta fase, vislumbrou-se que a lei formalmente editada por um órgão legitimamente eleito seria a forma mais eficaz de garantia destes valores. Esta premissa não está, contudo, protegida de críticas e, especialmente, da constatação de ao menos duas situações: a primeira, a de que os representantes eleitos não atuem, na prática, em defesa dos interesses de seus eleitores e, portanto, da preservação da igualdade e da liberdade de todos; a

segunda, a de que os interesses defendidos pelos representantes do povo não estejam em harmonia com as aspirações, anseios e necessidades da sociedade. O sistema representativo não precisa, e não é, o único a proteger os valores defendidos pela democracia.

Passadas essas questões, a conclusão a que se chega é a de que a ofensa ao sistema representativo, ou como se tem chamado a atenção, a ausência de legitimidade representativa do Poder Judiciário, não pode ser invocada validamente para impedir a existência de um modelo de sistema jurídico pautado na obrigatoriedade de respeito a precedentes judiciais, sob pena de lesão ao princípio democrático.

Por outro lado, como asseverou Mauro Cappelletti²⁰⁷, os juízes e os tribunais, mesmo nos países que adotam o *civil law*, não estão totalmente desprovidos de representatividade.

Neste ponto, convém dar destaque a dois importantes argumentos trazidos pelo citado autor: o primeiro alude ao fato de que os juízes e os tribunais devem explicar, por escrito e abertamente, suas decisões, com obrigatoriedade de garantir a execução concreta de uma constituição recheada de princípios e garantias fundamentais²⁰⁸; o segundo se refere ao cargo de juiz, isto é, as cortes podem permitir o acesso ao *judicial process* e dar proteção a grupos que não conseguem este mesmo acesso ao *political process*.²⁰⁹ E completa:

Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o 'sentimento de participação'. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição, como se viu no 11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhe ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até mais participatório de todos os processos da atividade pública.²¹⁰

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 94-107.

²⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 98.

²⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 99.

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 100.

A democracia, enfim, está relacionada à participação e não obrigatoriamente à representatividade de membros eleitos.²¹¹

De todo modo, frisamos, a força normativa de uma decisão judicial dependerá de diversos fatores para poder abarcar situação distinta da do caso em que foi proferida.

5.6 APLICAÇÃO RETROATIVA DA JURISPRUDÊNCIA

A doutrina ainda destaca outra problemática na adoção de um sistema baseado em precedentes vinculantes. Trata-se da aplicação retroativa da jurisprudência.

A firme alegação de que a jurisprudência não possui natureza de lei ou que a atividade jurisdicional se limita à mera declaração da vontade da lei levou, e ainda leva, alguns tribunais a se manifestarem pela sua aplicação a casos pretéritos.

²¹¹ O sistema democrático não significa sistema representativo, mas sistema do povo, participativo. As participações podem ocorrer de mais de um modo. Contudo, passou-se a vincular diretamente a ideia de sistema democrático a sistema representativo. Discorrendo sobre o tema, ensina Ignácio da Silva Telles: “A aceitação da palavra democracia por parte de quase todas as correntes políticas decorre simplesmente do fato de haverem elas admitido o sistema representativo parlamentar, como meio necessário – ou pelo menos, mais adequado – para alcançar seus respectivos ideais, por mais diversos que fossem. Ora, a conotação dessa palavra se ajusta, de certa maneira, à idéia do sistema representativo. Por essa razão, sucedeu que passou ela a ser usada pelos seguidores das mais contraditórias correntes ideológicas. Por outro lado, a longa relutância contra sua aceitação teve dois motivos: 1º.) o fato de o sistema representativo parlamentar não constituir em si mesmo a meta dos inúmeros pensadores políticos que, ao longo dos séculos, vieram contribuindo para fundamentar filosoficamente os ideais de liberdade e igualdade; 2º.) o fato de a conotação intrínseca da palavra democracia dizer respeito ao governo do próprio povo e não de seus representantes”. Mais à frente, finaliza o autor: “De fato, reduzir o conceito de democracia à idéia de sistema representativo parlamentar é suprimir as metas para as quais deve tender a organização política da sociedade; é considerar que os ideais democráticos foram plenamente atingidos e que as formas atualmente vigentes de sufrágio e de representação já alcançaram o ponto culminante de perfeição; é estagnar qualquer esforço no sentido de melhorar; em suma, é não evoluir. Além do mais, os fins não se confundem com os meios porque não há relação necessária entre eles. De fato, os fins da democracia não seguem os meios com a mesma infalível certeza com que os efeitos seguem as causas. A relação entre eles, positivamente, não é a da causalidade.” (*A experiência da democracia liberal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 70-73).

Um dos principais escritos sobre o tema no Brasil, de autoria do jurista Estêvão Mallet²¹², destaca duas decisões paradigmáticas a respeito. A primeira, do TST, declara que:

[...] enunciado não é lei, e, dessa forma, não se aplica a ele a limitação temporal própria daquela, mesmo porque, constituindo a jurisprudência sedimentada do Tribunal, indica que, antes de ser editado, já predominavam os precedentes no sentido de seu conteúdo, o que afasta a alegação de aplicação retroativa.²¹³

Decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, citada na mesma obra, traz entendimento similar ao afirmar que a aplicação retroativa do enunciado é possível, pois este “não é norma legal: sua edição obedece ao intento de pacificação de jurisprudência, traduzindo-se na cristalização de um dentre os entendimentos aplicáveis à solução de determinada controvérsia”.²¹⁴

Negando-se qualquer carga normativa às decisões judiciais, à jurisprudência pacificada não se aplicaria o art. 6º²¹⁵ da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). A sua aplicação retroativa não poderia, portanto, ofender a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Para os que defendem tal posição, vale como premissa a afirmação de que, sendo a súmula ou instituto similar apenas a oficialização de entendimento que o tribunal já vinha há muito adotando, não haveria carga normativa nem ofensa aos preceitos da segurança jurídica. A doutrina alerta, contudo, a falha desta conclusão.

²¹² MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista do TST*, p. 135.

²¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ROAR 387.687. SDBI-II. Relator Ministro Francisco Fausto. Brasília, DF. Julgado em 14.11.2000. Publicado em DJU 07.12.2000, p. 602. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

²¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 2ª Região. RO 02970302084, Ac. N. 02980351797. 8ª Turma. Relatora Juíza Wilma Nogueira Araújo Vaz da Silva. São Paulo, SP. Julgado em 22.06.1998. Publicado em DOESP, PJ 21.07.1998. Disponível em: <<http://www.trt2.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

²¹⁵ “Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

Vimos até este ponto a possibilidade, e quase inafastabilidade, da constatação da força normativa das decisões judiciais. Por outro lado, como destacou Estêvão Mallet²¹⁶, algumas súmulas ou orientações jurisprudenciais tomaram da noite para o dia, por mudança de sua redação, sentido oposto à redação anterior.

Exemplo dessas mudanças abruptas é a Súmula n. 261 do TST.²¹⁷ A redação original desta súmula declarava não ser devido o direito a férias proporcionais ao empregado que se demitia com menos de um ano desde a sua contratação. A nova redação da citada súmula, trazida pela Resolução Administrativa n. 121, apresenta entendimento exatamente oposto.

Outro exemplo alude à mudança de redação dada à Súmula n. 219 do TST. Referida súmula trata de tema extremamente sensível da seara trabalhista: honorários de sucumbência. Na Justiça do Trabalho, o fato de a parte apresentar reclamação sem estar representada por um advogado – *jus postulandi* – fez com que o entendimento até hoje majoritário fosse o de impossibilidade de condenação da parte sucumbente na demanda em honorários advocatícios, salvando a exceção da parte patrocinada por sindicato de sua categoria. Este entendimento estendia-se também às ações rescisórias movidas na Justiça do Trabalho. A Resolução n. 174/2011 deu a esta súmula entendimento diametralmente oposto no que diz respeito aos honorários de sucumbência nas ações rescisórias. Pela nova redação, “é cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista”.²¹⁸

A aplicação retroativa da jurisprudência poderá, nesse passo, causar ofensa à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, todos valores protegidos pela Constituição Federal como forma de, em última análise, garantir a própria segurança jurídica.

²¹⁶ MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista do TST*, p. 139.

²¹⁷ MALLET, Estêvão. A Jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista do TST*, p. 138.

²¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 219. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219>. Acesso em: 13 jan. 2013.

Dessas considerações, é possível inferir que a aplicação obrigatória de um precedente requer adaptação do sistema, de modo a impedir lesões, seja pelo reconhecimento da insegurança que gera, seja pelo reconhecimento de sua natureza jurídica de fonte de direito, o que implica uma interpretação ampliativa, na aplicação do artigo 6º da LICC.

SEGUNDA PARTE

Antes de prosseguir, é importante apresentar algumas ilações que se pode extrair do estudo até aqui realizado. A primeira dá conta que a jurisprudência poderá ter força normativa em decorrência de mais de uma causa. A segunda, que uma dessas causas é o sistema jurídico adotado. A terceira refere que, baseado no nosso sistema jurídico, inspirado no *civil law*, não há a possibilidade de se determinar a força vinculante do precedente, utilizando-se o mesmo fundamento lançado para o *common law*. A quarta é a de que, malgrado esta impossibilidade, há uma tendência legal, jurisprudencial e ideológica em se determinar a vinculação dos precedentes estabelecidos pelos tribunais. Há, por fim, especialmente na doutrina, uma tendência de aproximação dos sistemas, com possibilidade de referida vinculação decorrer da absorção de institutos próprios do *common law* pelo *civil law*.²¹⁹

Podemos chamar de “teoria geral do precedente judicial” o estudo teórico acerca de uma nova conformação que a jurisprudência alcança, modernamente, nos países de tradição germânico-romana e a influência recebida pelo sistema do *common law*.

Os estudos acerca do tema tomam como base as premissas buscadas na primeira parte deste trabalho e baseadas na influência de aspectos da realidade e da observação empírica; buscam ainda explicações e fórmulas para legitimar, validar, organizar, ou ao menos, explicar o fenômeno cada vez mais crescente do uso de institutos jurídicos como súmulas e precedentes judiciais elevados a patamar de fontes de direito, em decorrência de sua tendência vinculante.

Tomando como base especialmente as constatações das tendências vinculantes esboçadas e, ainda, ante a possibilidade de absorção de institutos típicos de um sistema pelo outro – do *common law* pelo *civil law* – e a existência de regras formais para formação da “norma jurisprudencial” brasileira, abordaremos, sob o título de “teoria geral do precedente judicial”, o desenvolvimento do precedente enquanto jurisprudência pacificada com tendência vinculante, bem como as bases e premissas de sua validade.

²¹⁹ DINAMARCO, Julia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 101.

Desse modo, a validade da “jurisprudência com tendência vinculante”, especialmente nas hipóteses em que representar verdadeira criação de um direito, dentro do contexto brasileiro e do desenvolvimento de uma “teoria geral do precedente judicial”, deve ser analisada por dois ângulos: (i) a validade formal, que diz respeito ao cumprimento de requisitos formalmente previstos no ordenamento jurídico para sua aprovação e edição; (ii) a validade material, que diz respeito ao cumprimento de requisitos intrínsecos de sua formação. Neste aspecto, a análise é feita utilizando institutos e técnicas desenvolvidos para o sistema do *common law* e que permitem que os precedentes existam dentro de uma lógica de vinculação das decisões posteriores às decisões anteriores dos tribunais e o modelo de aplicação destes parâmetros ao *civil law*.

A autoridade reconhecida no direito inglês às decisões judiciais decorre da chamada “regra do precedente”²²⁰, que se examinará a seguir de modo mais detalhado. Antes, porém, a pesquisa se debruça, embora de forma sucinta, sobre o reconhecimento e a distinção dos principais formatos por meio dos quais a jurisprudência é formalizada no Brasil.

1 JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA, PRECEDENTES JUDICIAIS, ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS. CONCEITOS E DISTINÇÕES

Até este ponto do trabalho procuramos utilizar genericamente o termo “jurisprudência” para fazer referência a todo e qualquer formato de formalização de um entendimento pacificado por determinado tribunal superior. A intenção foi tão só organizar adequadamente o assunto, haja vista o grande número de institutos jurídicos existentes hoje no Brasil.

Sendo assim, o termo “jurisprudência” até aqui utilizado representou todas as formas pelas quais o entendimento pacificado de um tribunal superior podematerializar-se.

²²⁰ DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 416.

Traçados os parâmetros dentro dos quais se analisará a validade da jurisprudência, considerada a sua tendência vinculante, especialmente as normas que possam dela advir e que formam o chamado “direito jurisprudencial”, chega o momento de apresentar a distinção dos principais institutos encontrados em nosso ordenamento jurídico. São eles: jurisprudência iterativa e notória, precedente, súmula e orientação jurisprudencial.

1.1 JURISPRUDÊNCIA ITERATIVA E NOTÓRIA

O termo “jurisprudência”, é importante salientar, daqui em diante é concebido dentro de seu sentido mais amplo, significando “a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.²²¹

A jurisprudência iterativa e notória nada mais é do que a jurisprudência majoritária ou dominante e significa o entendimento que um determinado tribunal superior adota sobre uma determinada questão, na maioria de suas composições (ex. turmas, seções, pleno), mas que ainda não foi formalizado por meio de súmula ou orientação jurisprudencial em sentido estrito.

Para que uma jurisprudência seja dominante basta que o entendimento de um tribunal sobre tema específico seja majoritário e reiterado. Não há necessidade de um pronunciamento oficial único do tribunal dando publicidade a tal entendimento.

A jurisprudência majoritária ou dominante poderá gerar diversos resultados no mundo jurídico, podendo iniciar com um efeito persuasivo ou promocional²²² e chegar até a um efeito prático que a lei possa conceder-lhe. Sob este aspecto, no Brasil, podemos mencionar como exemplo o artigo 543- A do CPC.²²³ Referido

²²¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 167.

²²² O efeito promocional significa a promoção do tema ao debate público. Uma jurisprudência majoritária poderá, assim, ter o efeito de levantar o debate sobre determinado tema na comunidade jurídica ou socialmente.

²²³ “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

dispositivo legal trata da “repercussão geral” necessária a ensejar o conhecimento do recurso extraordinário no STF e presume esta característica sempre que a decisão recorrida estiver em desajuste com a “jurisprudência dominante”.

Nesse passo, a lei impinge à jurisprudência dominante força liberatória da prova da repercussão geral e presume que esta existirá sempre que houver contrariedade à jurisprudência majoritária.

Na CLT, o termo “jurisprudência iterativa e notória” é expressamente utilizado no artigo 896, § 4º, que, tratando da divergência apta a ensejar recurso de revista, assim prevê:

Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

[...]

§ 4º A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, **ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho** [Grifos nossos].

Roberto Rosas²²⁴, ao abordar o tema da jurisprudência majoritária ou dominante, traz a seguinte definição:

[...] mais do que precedente. Pode, até, ser formada com um precedente. Se o Supremo Tribunal em sessão plenária, ou o Superior Tribunal de Justiça em sessão da Corte Especial decidem num julgamento, em um processo sobre determinada tese, ali estará a jurisprudência. É claro, que o prestígio dessa jurisprudência será maior com a ratificação de outros julgados. Não sendo julgamento de órgão plenário, somente pode entender-se a jurisprudência com a consolidação de julgados reiterados.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula **ou jurisprudência dominante do Tribunal** [Grifos nossos].”

²²⁴ ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 10.

Jurisprudência iterativa e notória, ou majoritária, ou dominante, desta feita, refere-se a determinado entendimento adotado por um tribunal em determinado sentido, tendo ultrapassado entendimento localizado pouco notável, mas que ainda não passou pelas formalidades necessárias para a edição de uma súmula ou de uma orientação jurisprudencial.

1.2 PRECEDENTE JUDICIAL

O precedente judicial nem sempre recebe diferenciação em relação aos demais institutos aqui tratados, sendo considerado por vezes como sinônimo ou característica de jurisprudência, súmula ou orientação jurisprudencial.

José Rogério Cruz e Tucci²²⁵, na análise da ideia de poder normativo do Judiciário e alcance da jurisprudência, invoca o termo “precedente judicial” e, como fazem outros autores, concebe-o como definição típica de “súmula” ou mesmo de “jurisprudência”.

Em nota de obra em que debate a força normativa da decisão judicial, o mencionado doutrinador opta:

[...] deliberadamente pelo emprego da locução *precedente judicial* em substituição ao termo jurisprudência, de uso muito mais comum em nossa linguagem jurídica, por duas relevantes razões. Em primeiro lugar porque, enquanto hoje o substantivo *jurisprudência* indica genericamente a atividade dos tribunais de desempenho de seu mister de *ius dicere*, no âmbito da história do direito, *iusrisprudentia* tem múltiplo significado, ora indicando ciência do direito, ora designando a própria atividade profissional (jurisprudência forense ou prática contraposta à teórica) [Grifos do autor].²²⁶

Com a leitura do trecho destacado, nota-se que o retrocitado autor faz uso do termo “precedente judicial” sem distingui-lo totalmente do termo “jurisprudência”, deixando transparecer que ambos podem em algum momento representar o mesmo instituto e que o abandono do vocábulo “jurisprudência” apenas ocorre porque este possibilitaria um uso mais amplo que o “precedente judicial”.

²²⁵ CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 9.

²²⁶ CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 9.

Encarnacion Afonso Lor²²⁷, ao tratar do mesmo tema indica a utilização dos termos como sinônimos ao referir-se ao instituto da “súmula vinculante” como “precedentes jurisprudenciais obrigatórios”. E completa: “Antes mesmo do surgimento dos precedentes jurisprudenciais obrigatórios, o sistema judiciário brasileiro já dispunha de vários mecanismos de uniformização jurisprudencial, denotando o cuidado do legislador com a unidade do Direito”.

Entre os autores que fazem distinção, podemos citar Roberto Rosas²²⁸, que define “precedente” como sendo “uma decisão anterior persuasiva para decisões futuras. Não é compulsória; apenas norteará o futuro julgador a seguir aquela decisão. Serve de informação, de simplificação do trabalho. Não é obrigatório”.

Luiz Guilherme Marinoni²²⁹ também diferencia o precedente de uma decisão judicial. Na sua interpretação:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente potencialidade de se firmar como paradigma para orientação dos jurisdicionados e magistrados. De modo que, se todo precedente é uma decisão, nem toda decisão constitui um precedente.

A diferenciação é válida, tendo em vista que, pelos conceitos trazidos, pode-se considerar como precedente uma única decisão do tribunal, sobre um caso paradigmático, sem que se tenha anteriormente verificado reiteradas decisões no mesmo sentido e sem que isso faça com que o precedente perca a força que se lhe pretenda impingir.

Para o escopo deste trabalho consideramos como “precedente” o posicionamento de tribunal que, decidindo questão paradigmática submetida a julgamento do colegiado, reiteradamente ou não, estabelece uma posição definitiva, que poderá servir de base para julgamentos posteriores e será pressuposto necessário para edição de súmula ou orientação jurisprudencial.

²²⁷ LOR, Encarnacion Alfonso. *Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional*, p. 115.

²²⁸ ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, p. 10.

²²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. p. 215.

1.3 SÚMULA

A palavra “súmula” pode apresentar mais de um sentido. A expressão latina *summa* significa sumário ou índice, no sentido de resumo indicativo. Significa também auge, cume, ou ponto mais alto.²³⁰

Na seara jurídica, o termo súmula é utilizado para designar a jurisprudência majoritária de um determinado tribunal, editada após processo formal de uniformização da jurisprudência. As súmulas, tomada esta acepção, refletem o entendimento de determinado tribunal em relação a uma matéria reiteradamente submetida à instância superior, por competência originária desta ou em decorrência de interposição de recurso.

A doutrina em geral cita como momento de introdução das súmulas no ordenamento jurídico brasileiro o ano de 1963, quando, por meio de proposta do então Ministro do STF Victor Nunes Leal, referido instituto foi incluído no regimento interno desta corte, nomeada de “Súmula da Jurisprudência Predominante do Pretório Excelso”.

A principal finalidade buscada pelo STF era a sistematização e a celeridade dos julgamentos, com a otimização do trabalho de um tribunal que só via crescer o número de processos a ele submetidos.

O instituto criado agradou os operadores do direito, especialmente por facilitar o trabalho, até que, em 1973, com a vigência do CPC, permitiu-se que todos os tribunais editassem súmulas.

A súmula, vale lembrar, não é um julgado em si, mas sim a orientação que um tribunal, majoritariamente, entende deva ser adotada, tendo como base os precedentes que levaram a tal conclusão.

²³⁰ ABDALA, Vantuil. *Direito sumular do trabalho*. O direito material e processual do trabalho dos novos tempos. São Paulo: LTr, 2009. p. 575.

A lição de Roberto Rosas²³¹, ao definir súmula como o reflexo da “jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especializada autorizada a emitir a consolidação”, ratifica a assertiva.

O conceito apresentado teve como fundamento o voto do Ministro do STF, Carlos Mário Velloso, em voto preferido na ADI 594, na qual analisa a possibilidade de ação declaratória de inconstitucionalidade de súmula, citando Victor Nunes, cujo trecho segue:

A Súmula de jurisprudência nasceu no seio do Supremo Tribunal Federal por inspiração do Ministro VICTOR NUNES e é deste a afirmativa no sentido de que ela deu ‘nascimento ao neologismo direito sumular gerado pelo Ministro e Professor José Pereira Lira e usado como título da obra pelo Dr. Roberto Rosas (Victor Nunes Leal. ‘Passado e Futuro da Súmula do STF’, RDA 145/ 1-20). A Súmula, registra o seu criador, é um método de trabalho, método de trabalho instituído pelo Supremo Tribunal, por emenda ao Regimento publicado em 30.08.63, que passou a vigorar no início do ano judiciário de 1964, com as suas primeiras 370 ementas, aprovadas na sessão plenária de 13 de dezembro do ano anterior.’ Assim, como método de trabalho, e o registro é ainda de Victor Nunes, ‘destinado a ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante [...]’.²³²

Luiz Guilherme Marinoni²³³, a respeito das súmulas também disserta:

As súmulas sempre foram conhecidas no direito brasileiro. Inicialmente, as súmulas serviram para identificar e precisar o entendimento de dado tribunal acerca de questão jurídica. Jamais tiveram eficácia prática, já que não eram obrigatórias nem mesmo aos juízes do tribunal que as produzira e nunca contaram com adequada atenção dogmática, necessária a dilucidação do seu uso e revogação.

Mais à frente, completa o raciocínio: “A súmula faz parte de uma linguagem que descreve as decisões. Trata-se, nesse sentido, de uma metalinguagem, pois voltada a enunciar algo que já faz parte da linguagem da decisão judicial”.²³⁴

²³¹ ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, p. 10.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 594. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF. Publicado em 15 abr. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1524855>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 216.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 217.

No Brasil, as súmulas estão previstas expressamente no ordenamento jurídico e têm um papel significativo, especialmente diante das tendências aqui estudadas. Ante sua previsão expressa na lei, possui conceito pouco divergente na doutrina.

Para o escopo do presente estudo, o termo súmula é adotado no sentido de formalização do entendimento de determinado tribunal sobre certa questão de direito, após procedimento específico de uniformização da jurisprudência.

1.4 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

As orientações jurisprudenciais são institutos típicos da Justiça do Trabalho e representaram um momento que podemos identificar como “pré-súmula”.

Sob o aspecto formal, a orientação jurisprudencial é um entendimento adotado pelo tribunal, consubstanciado em seus precedentes, e que ainda não possui concretude ou magnitude suficiente para tomar forma de uma súmula, muito embora mereça destaque e previsão de efeitos na lei.

Adiante, voltaremos ao tema, mas antes é importante destacar que o instituto está previsto no Regimento Interno do TST, nos artigos 167 e seguintes.

1.5 SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS COMO PRECEDENTES COM TENDÊNCIA VINCULANTE

Partindo-se da premissa de que o precedente, também para o escopo deste trabalho, é estabelecido como a decisão ou o conjunto de decisões que, resolvendo questão paradigmática submetida a julgamento do colegiado, reiteradamente ou não, estabelece uma posição definitiva. Além disso, ainda que sob o ponto de vista da decisão reiterada o precedente se confunda com a própria jurisprudência em sentido estrito, partiremos do pressuposto de que ele constituirá um dos requisitos de validade das súmulas e das orientações jurisprudenciais de determinado tribunal.

Desse modo, ao menos no Brasil, a chamada “teoria geral do precedente judicial” pode ser analisada pelo prisma do próprio precedente (que podemos chamar de precedente jurisprudencial), ou ainda, pela ótica da súmula ou da orientação jurisprudencial que formaliza o entendimento estabelecido pelo tribunal acerca de determinada matéria ou tema, que se utiliza de precedentes para tanto.

Nessa linha de raciocínio, para se falar em sistema vinculante ou tendencialmente vinculante de precedentes, ou ainda sistema de precedentes com tendência obrigatória, há que se verificar, tanto a validade do precedente jurisprudencial em si mesmo quanto a validade do seu uso como fundamento de uma súmula ou orientação jurisprudencial. Por fim, há que se verificar a validade destes institutos enquanto precedentes com tendência vinculante.

Nesse contexto, o estudo do precedente ou precedentes jurisprudenciais que originam determinada súmula ou orientação jurisprudencial permitirá ainda aplicar o entendimento pacificado por determinado tribunal ou afastá-lo.

Pois bem. Na seção seguinte, analisaremos esses elementos de validade, que, conforme destacado, estão sob o ponto de vista formal e material circunscritos em distintos pressupostos: (i) pressupostos extrínsecos, relativamente aos requisitos formais de validade de precedentes, súmulas e orientações jurisprudenciais; e (ii) pressupostos intrínsecos, que alude aos elementos materiais de conteúdo de precedente judicial, súmula e orientação jurisprudencial.

2 VALIDADE DOS PRECEDENTES, PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS, SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS. ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS

Retomando a ideia esboçada no início da segunda parte do trabalho, temos que a base de uma “teoria do precedente judicial” deve analisar a validade dos institutos existentes e dois são os aspectos a considerar: o primeiro, que

chamaremos pressupostos extrínsecos, refere à estrutura formal de aprovação e edição; o segundo tem que ver com os pressupostos intrínsecos relativos à estrutura interna e ao conteúdo.

2.1 PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS. ANÁLISE DA ESTRUTURA FORMAL EXTERNA DE ELABORAÇÃO E EDIÇÃO DO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Os pressupostos extrínsecos dizem respeito às formalidades previstas no ordenamento jurídico e condicionam a validade de um dos institutos analisados: precedente, precedentes jurisprudenciais, súmula ou orientação jurisprudencial.

No Brasil, esses institutos encontrarão seus pressupostos formais de validade na Constituição Federal, no CPC, nos regimentos internos dos tribunais e eventualmente em legislação esparsa.

São requisitos extrínsecos fundamentais: a) observância de regras de competência, especialmente material, funcional, e em razão das pessoas; b) composição do colegiado, considerada a qualidade dos membros; c) composição do colegiado, considerada a quantidade de membros; d) regras de votação e edição.

A competência material de um tribunal, como o próprio nome já indica, diz respeito à matéria que um determinado juízo é considerado por força de lei legitimado a julgar. Ou seja, leva em conta a natureza da relação jurídica material que se coloca *sub judice*.

No Brasil, as regras de competência material estão previstas na Constituição Federal.

Com efeito, precedente ou precedentes jurisprudenciais, e consequentemente súmulas e orientações jurisprudenciais, de um determinado tribunal poderão versar unicamente sobre matérias que esta mesma corte é competente para processar e julgar.

A competência funcional, por sua vez, refere-se à divisão por funções, dentro da organização judiciária, de um determinado “órgão da Justiça”.²³⁵

A competência em razão das pessoas é fixada tendo como foco alguma atribuição ou qualidade especial de uma das partes no processo. É o que acontece, por exemplo, com a fixação da competência com base no cargo ocupado pelo contende.²³⁶

Em relação aos órgãos colegiados dos tribunais, as principais regras sobre sua formação e sobre a validade de suas votações estão previstas na Constituição Federal, sendo de observância obrigatória para que tenham validade as suas decisões. Deste modo, havendo descumprimento formal da formação do colegiado, inválido será o precedente que dele decorre.

Por fim, abordaremos as regras de aprovação de precedente, precedentes jurisprudenciais, súmulas e orientações jurisprudenciais.

A validade de um precedente individual e de precedentes jurisprudenciais decorre da regularidade do cumprimento dos requisitos de competência material, funcional, em razão da pessoa e da formação do juízo julgador.

Quanto às súmulas e às orientações jurisprudenciais, há regras específicas para sua formação, edição e conseqüentemente para a sua validade. Estas regras estão previstas no CPC e nos regimentos internos dos tribunais; o seu cumprimento, obviamente, condiciona a validade formal destes institutos.

Além da validade formal do(s) precedente(s) que embasa(m) as súmulas e as orientações jurisprudenciais, deverão estas cumprir requisitos próprios de

²³⁵ “A competência funcional é extraída da natureza especial das funções que o magistrado é chamado a exercer no processo. Ela se verifica em dois casos: a) quando as diversas funções necessárias em um mesmo processo, ou coordenadas à atuação da mesma vontade da lei, são atribuídas a juízes diferentes, v.g., a atuação do Tribunal para a fase de recurso em processo julgado por juiz inferior; b) quando a causa pertence a juiz de determinado território, porque aí é mais fácil e eficaz a sua função, v.g., a falência na sede do estabelecimento principal.” BARBI, Celso Agrícola *apud* ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Curso de direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183.

²³⁶ Podemos citar como exemplo o artigo 29, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

formação, votação e edição, sem o que não terão a mesma validade formal de cumprimento dos requisitos extrínsecos.

Nesse contexto, destacamos as regras de uniformização de jurisprudência, previstas nos artigos 476 a 479 do CPC.²³⁷

Mencionamos ainda as regras previstas para a formação da súmula vinculante, indicadas no artigo 103-A da Constituição Federal e na Lei n.11.417/2006, que regulamenta o referido instituto.

Em relação aos regimentos internos, invocamos como exemplos os artigos 99 *usque* 103 e 354-A *usque* 354-G do Regimento Interno do STF; os artigos 118 *usque* 138 do Regimento Interno do STJ e os artigos do Regimento Interno do TST.

Todos esses aspectos apontados como requisitos extrínsecos são de natureza objetiva, porquanto, estando previstos expressamente no ordenamento jurídico, o seu descumprimento é auferível de modo objetivo resultando na invalidade ou ineficácia do precedente, dos precedentes jurisprudenciais, súmulas ou orientações jurisprudenciais.

Por fim, salientamos que será realizada uma análise específica das regras formais previstas no ordenamento e do cumprimento destes requisitos em

²³⁷ “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.”

“Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.”

“Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.”

“Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.”

exemplos concretos, adiante, na abordagem das súmulas e orientações jurisprudenciais do TST.

2.2 PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS. ANÁLISE DO CONTEÚDO DO PRECEDENTE

Nesta seção passamos a analisar os pressupostos intrínsecos de formação dos precedentes, súmulas e orientações jurisprudenciais. Referidos pressupostos dizem respeito à construção do precedente, da súmula e da orientação jurisprudencial, observados de dentro para fora. Em outras palavras, para que um dos institutos aqui tratados tenha validade, não basta o cumprimento das regras formais de aprovação e edição. Além disso, será necessário observar os requisitos de construção, sem os quais estarão os precedentes, súmulas e orientações jurisprudenciais, sujeitos a invalidade ou ineficácia.

Para a presente análise, três abordagens são essenciais: (i) quanto ao estudo da construção do precedente no *common law* e importação de elementos ou requisitos de construção do precedente utilizados naquele sistema para o *civil law*; (ii) quanto à aplicação destes requisitos aos precedentes jurisprudenciais; (iii) quanto à aplicação destes requisitos às súmulas e às orientações jurisprudências.

Por último, finalizando o conjunto de requisitos intrínsecos, é importante observar o conteúdo do enunciado de uma súmula ou orientação jurisprudencial como representativo dos precedentes válidos que lhe deram origem.

2.2.1 Formação do precedente no *common law* – a *ratio decidendi*

No sistema jurídico do *common law*, conforme esboçado na primeira parte deste trabalho, a jurisprudência representa a principal fonte de direito. O estudo do precedente jurisprudencial foi importante para se construir uma teoria e uma estrutura que dá sustentação aos pressupostos deste sistema.

Nesse contexto, a *ratio decidendi* ou *regra do precedente* é a principal base sobre a qual se constrói toda a lógica do *common law*. Trata-se da conclusão

principal a que chega determinado julgado quanto à regra de direito a ser aplicada para a solução da contenda. É ela que será utilizada em outros julgados como regra de direito. Embora se construa uma regra de direito, os fatos substanciais podem ser considerados para a formação da *ratio decidendi*.

Conforme destacado por Samuel Meira Brasil Jr²³⁸:

O efeito de um precedente jurisdicional encontra-se na *ratio decidendi* (Inglaterra), também chamada de *holding* (USA), isto é, **nas razões de decidir**, nos fundamentos utilizados no julgamento. É o que os alemães chamam de *tragende Gründe*, isto é, os fundamentos determinantes da decisão. Essa é uma característica da teoria do precedente vinculante, fundada no postulado *stare decisis* (*ET non quieta movere*). Não há como falar em precedente *vinculante* sem compreender qual é a parte da decisão que vincula [Grifo do autor].

No sistema do *common law*, não é a parte dispositiva que vincula as partes à decisão, mas os fundamentos jurídicos que a suportam.²³⁹

A teoria que sustenta a aplicação obrigatória da regra formulada por um precedente é chamada de teoria do *stare decisis* (a expressão latina completa é *stare decisis et non quieta movere*, que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”).

A teoria do *stare decisis* ficou expressamente reconhecida em diversos julgados proferidos pelos tribunais da Inglaterra²⁴⁰.

Sobre a citada teoria, Baron Parke J.²⁴¹ comenta:

O nosso sistema de *Common Law* consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de conservar uniformidade,

²³⁸ BRASIL JR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução de controvérsias*. 2010. 351f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 34-35.

²³⁹ Conforme análise de José Rogério Cruz e Tucci: “Com a manutenção necessária, a regra do precedente é aperfeiçoada, entendendo-se que não era o caso julgado em si que irrompia importante, mas, sim, a *ratio decidendi*, isto é, o princípio de direito contido na sentença”. (*Precedente judicial como fonte de direito*, p. 157).

²⁴⁰ Menciona-se *Beamish v. Beamish*, 1861; *Bradford v. Pickles*, 1895; *London Tramways Company v. London County Council*, 1894 *apud* CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 160-161).

²⁴¹ PARKE J, Baron *apud* CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 160.

consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam razoáveis e oportunas quanto desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência.

José Rogério Cruz e Tucci²⁴² detalha a composição da *ratio decidendi*, dividindo-a em: a) fatos relevantes (*statement of material facts*); b) raciocínio lógico jurídico (*legal reasoning*); e c) juízo decisório (*judgement*).

No *common law*, para o precedente ser obrigatório às partes, e em alguns casos obrigatórios a outros juízos, as fases da decisão devem ser claras e destacadas. A *ratio decidendi* atua como regra de direito e não de fato, devendo quanto a este ser focalizados no máximo os fatos essencialmente relevantes, que possibilitem a contextualização do problema, deixando de lado variáveis irrelevantes.

Caso a *ratio decidendi* esconda algum fundamento jurídico que a embase, ou mantenha este último dúbio ou obscuro, fica inviabilizado o uso do respectivo precedente como vinculante, já que o órgão que estiver decidindo não terá condições de aplicar validamente o entendimento estabelecido, podendo incorrer em grave erro.

Outra característica da *ratio decidendi* consiste na constatação de que, não raro, há mais de uma proposição a embasar a decisão. Todas as proposições precisam ser claras e, na medida do possível, expressas.

A *regra do precedente* exige ainda que este seja fundado, sempre, em fatos específicos de um caso. Tal requisito é fundamental para aplicação do precedente a outras demandas. O tribunal, ao chamar determinado precedente à solução de um lide não pode considerá-lo como uma regra absolutamente

²⁴² CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 175.

genérica e abstrata, adaptável a qualquer caso, como seria possível, em algumas oportunidades, proceder com a lei.

A aplicação do precedente não pode fugir à natureza da decisão judicial que levou determinado contexto fático em consideração. Esse é, pois, um ponto fundamental na lógica do *common law*: a adequada delimitação do precedente paradigma e do caso ao qual se aplica a regra anteriormente estabelecida. Esta constatação remonta à questão da definição de *legal rule* que, conforme visto, é diferente nos países que adotam o *common law*.

Certamente parte dos fatos será irrelevante, ou quase. Contudo, haverá sempre um núcleo central de fatos indispensáveis que deverá constar da *ratio decidendi* para permitir a adequada aplicação do precedente obrigatório.

Outra característica que envolve a teoria dos precedentes vinculantes ou obrigatórios no *common law* é a possibilidade de uma decisão posterior limitar, estender ou revogar precedentes anteriores.²⁴³

Por fim, pode-se destacar a hierarquia dos juízos inferiores em relação às decisões dos juízos superiores e a necessidade de, na decisão aplicada, fazer-se referência expressa ao precedente aplicado e à corte que o proferiu anteriormente.²⁴⁴

O precedente vinculante deve ser obrigatoriamente redigido respeitando a melhor técnica possível para a exposição clara e objetiva da *ratio decidendi*, sob pena de se aplicar precedente à hipótese diversa da que o fundamentou.

A complexidade que envolve a teoria indica que a aplicação de um precedente a outros casos não pode ser, e de fato não é, algo que se possa fazer com simplicidade. Por outro lado, a técnica do *stare decisis* e respeito à *ratio decidendi* não funciona sozinha. Para que o sistema funcione de modo mais eficiente e adequado, ao menos outros dois pontos devem ser ponderados, em

²⁴³ CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 170-175.

²⁴⁴ CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 170-171.

conjunto com a localização da “regra de precedente” a ser considerada. São eles: o *obiter dictum* e o *distinguishing*.

2.2.2 Aplicação do precedente – *obiter dictum* e *distinguishing*

Conforme ponderado, há ainda outros aspectos que envolvem a *ratio decidendi* e que têm suma importância na aplicação da regra do precedente. Esses aspectos são comumente chamados de: *obiter dictum* – parte marginal, não substancial da decisão; e *distinguishing*, relativamente às circunstâncias distintivas da controvérsia.

2.2.3 *Obiter dictum*

Numa decisão sempre há aspectos que, embora relevantes para a solução de um determinado caso, são dispensáveis à limitação da *ratio decidendi*. Esses aspectos ou fundamentos de fato ou mesmo de direito são a parte marginal da decisão, mencionados de passagem, apenas para complementar e para acompanhar os principais fundamentos, estes sim, que compõem a *ratio decidendi*.

O *obiter dictum* pode ser retirado da decisão sem prejuízo da conclusão final. Não é essencial, embora muitas vezes recomendável.²⁴⁵ Essa recomendação, contudo, diz respeito ao caso em que o precedente nasce. Significa dizer que o *obiter dictum* não é relevante para os futuros julgamentos nos quais se pretenda a aplicação do precedente.

Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci²⁴⁶:

Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, a passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para

²⁴⁵ A respeito da *obiter dicta*, ensina René David: “A *ratio decidendi* constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no direito inglês e que deve, a este título, ser seguida no futuro. Aquilo que constitui *obiter dictum* não tem, pelo contrário, esta autoridade. O valor da *obiter dicta* é unicamente um valor de persuasão dependente do prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de um grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso”. (Os grandes sistemas do direito contemporâneo, p. 430).

²⁴⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*, p. 177.

o deslinde da controvérsia. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão.

Nesse sentido adverte Samuel Meira Brasil Jr.²⁴⁷:

Por vezes, a fundamentação excessiva por gerar texto desnecessário, que sobrecarrega o precedente e dificulta a compreensão da *ratio decidendi*. As sentenças e as decisões judiciais abusam dos *obiter dicta* e não esclarecem qual é a razão que efetivamente fundamentou a decisão causam incerteza e confusão. Para aqueles que sustentam a utilidade dos *obiter dicta* na decisão – ao argumento de que estaria justificada pelo menos para contextualizar a controvérsia –, seria no mínimo aconselhável que fosse identificado como tal. Caso contrário, haveria sempre o risco de o precedente ser incorretamente interpretado e de o *obiter dictum* ser compreendido como parte essencial do precedente.

Posto isso, o reconhecimento, pela doutrina e pela jurisprudência, da parte fundamental da decisão que servirá de precedente (*ratio decidendi*) e da parte dispensável (*obiter dictum*) leva à seguinte constatação: a decisão, quanto aos seus fundamentos, deve ser, ao máximo, clara e concisa.

2.2.4 *Distinguishing*

Ainda, em relação à formação do precedente, alguns apontamentos sobre o *distinguishing* são importantes.

Referido instituto trata das informações presentes no precedente e que possibilitarão a distinção entre os casos, de modo a permitir a adequada aplicação da *ratio decidendi*.

O *distinguishing* é a análise das circunstâncias distintivas “fáticas” da controvérsia. Não se trata, portanto, de circunstâncias distintivas “jurídicas”.²⁴⁸

²⁴⁷ BRASIL JR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução de controvérsias*, p. 54-55.

²⁴⁸ Conforme ensinamento de René David: “Nas *reasons* dadas pelos juízes em apoio das suas decisões, o jurista inglês deve distinguir aquilo que constitui o suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi* do julgamento, e, por outro lado, aquilo que constitui *obiter dictum* aquilo que o juiz pode ter declarado sem necessidade absoluta”. (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 430).

Na linha interpretativa de Samuel Meira Brasil Jr.²⁴⁹:

O *distinguishing* significa invocar *circunstâncias distintivas da controvérsia*, ou seja, as circunstâncias *fáticas* (fundamentos de fato) que demonstram a diversidade de situações. Se o argumento é exclusivamente *jurídico* então não há porque o precedente prevalecer vigente. Em outras palavras, se há teses jurídicas, (fundamentos exclusivamente jurídicos) contrários ao da *ratio decidendi*, então o precedente deve ser revogado (*overruled*). Não se trata de *distinguishing*, mas de *overruling* [Grifos do autor].

O principal aspecto a ser destacado é o cuidado que se deve ter para não tomar por argumento jurídico o argumento fático.

O *distinguishing* usa a mesma estrutura para, na realidade, excluir a aplicação do precedente, isto quando se verifica que os “fatos relevantes” da estrutura do precedente estabelecido não se harmonizam com o caso no qual se pretende a sua aplicação.

No contexto de aplicação de precedentes vinculantes, a exata distinção entre os fatos das diversas controvérsias levadas a juízo é de absoluta importância para o funcionamento deste sistema. Destarte, tomar uma regra de direito traçada dentro do julgamento de um caso no qual os fatos são relevantes para limitação da regra e utilizá-la em outra situação na qual em nada se assemelha à base fática poderá gerar um erro importante de premissa. Certamente ocorrerão situações nas quais os fatos sejam mesmo dispensáveis. Em outras, contudo, da precisa localização fática dependerá a correta aplicação do precedente.

Do que se expôs, salta a especificidade de critérios para aplicação de um precedente a caso posterior, resultando desta conclusão a constatação de que muito dificilmente um precedente ou uma *legal rule* vislumbrada para uma determinada questão vá ser aplicada em situação para a qual não foi pensada ou desenvolvida.

²⁴⁹ BRASIL JR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução de controvérsias*, p. 61.

A necessidade de o juiz do *common law* ponderar não apenas os elementos da *ratio decidendi*, mas também pontuar a distinção e afastar os fatos e as discussões não elementares é o que permitirá uma adequada conformação do precedente ao caso em julgamento. Só assim faz sentido a utilização de precedentes anteriores para julgamento de casos futuros.

2.2.5 *Overruling*

No *common law*, a estrutura de criação e aplicação das regras de direito por meio de jurisprudência e de decisões judiciais gera, neste sistema, preceito semelhante ao de países do *civil law*, no que toca ao engessamento do sistema. Como naquele sistema a grande maioria das regras de direito nascem com a jurisprudência, é obrigação dos próprios tribunais a sua revisão constante, com o seu cancelamento em caso de desuso ou defasagem. A esta técnica foi dado o nome de *overruling*.

Sobre o tema, adverte Luiz Guilherme Marinoni²⁵⁰:

A revogação de um precedente depende de adequada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, perda de congruência social e o surgimento de incongruência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta.

Em outras palavras, a revogação de um precedente pode – e deve – ocorrer em situação semelhante à de uma lei, que deixa de ser harmônica com o ordenamento jurídico como um todo quando: não é recepcionada por uma nova ordem constitucional; é revogada por lei posterior, com ela incompatível; ou perde sua eficácia social.²⁵¹

A finalidade da técnica de *overruling*, em suma, é a refrigeração do ordenamento jurídico, seja no combate à sua estagnação, seja na possibilidade de acompanhamento das mudanças sociais, sob pena de impossibilitar o acesso à justiça.

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 392.

²⁵¹ Vide Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

No direito inglês há outra figura ligada ao *overruling* – a *anticipatory overruling*, que pode ser conceituada como “atuação antecipatória das Cortes de Apelação estadunidense em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte”.²⁵²

Conforme doutrina Luiz Guilherme Marinoni²⁵³:

Os fundamentos mais importantes, apontados pela doutrina, para o *anticipatory overruling* são: i) o desgaste do precedente; ii) as novas tendências das decisões da Suprema Corte; iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente.

O *anticipatory overruling* funciona como uma medida de economia. Assim, estando determinado precedente próximo de ser revogado, caberá às cortes inferiores afastar a sua aplicação, apresentando os fundamentos cabíveis.

O sistema possibilita que os tribunais inferiores – diante de um precedente que deve, e possivelmente será revogado pela Suprema Corte – afastem a aplicação de um precedente. Não se trata de uso da técnica do *distinguishing*, conquanto nesta hipótese há enquadramento do caso ao precedente, este, contudo, é que não se enquadra mais à realidade social e/ou jurídica.

As técnicas do *overruling* e da *anticipatory overruling* auxiliam na tarefa de atualização e adequação dos precedentes ao contexto social, político e econômico que suas regras visam regulamentar.

2.2.6 Análise da aplicação dos requisitos intrínsecos à validade dos precedentes jurisprudenciais no *civil law*

No Brasil, é importante registrar, não há regras expressas de validade do conteúdo dos precedentes, súmulas e orientações jurisprudenciais. Isto se deve, provavelmente, à justificativa comumente lançada no sentido de que estes institutos não representam fontes típicas de direito, razão pela qual não ensejam

²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 402.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 404.

qualquer análise ou controle de conteúdo. Deste modo, nem mesmo o controle de constitucionalidade é admitido.²⁵⁴

Já vimos, contudo, que na prática o uso de precedentes, súmulas e orientações jurisprudenciais vai muito além da mera função diretiva.

Diante das tendências de tornar referidos institutos vinculantes e da importância do resultado desta situação, a busca pelo controle de conteúdo passa a ser urgente.

Pois bem. Iniciamos esta análise invocando a compreensão da aplicação dos elementos desenvolvidos no seio do *common law* aos precedentes, súmulas e orientações jurisprudenciais.

Já sabemos que, no *civil law*, no Brasil especificamente, a jurisprudência, ainda que com carga normativa, não trará regra geral, abstrata e obrigatória a todos os cidadãos, juízes e órgãos públicos (exceção feita a estes quando se tratar de súmula vinculante), mas apenas àqueles para os quais a regra for aplicada dentro de um processo judicial, passando a ser obrigatória em decorrência de decisão judicial.

Considerada essa limitação, importa verificar agora as premissas de validade do precedente, súmula ou orientação jurisprudencial, supondo a aplicação dos pressupostos do *common law* supramencionados. Para tanto, são delimitadas as regras do *common law* que podem ser de utilidade para o *civil law* e que foram antes estudadas: definição da regra do precedente, afastamento dos pontos irrelevantes e, se for o caso, não aplicação do precedente com utilização de técnica de distinção. A propósito, a técnica da revogação do *overruling* também será analisada quanto à sua compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 594. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF. Publicado em 15 abr. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1524855>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

Diante da inexistência, em nosso ordenamento jurídico, de vedação ao controle de forma e conteúdo dos precedentes, e ainda, diante da inexistência de regras expressas quanto ao controle de conteúdo, passamos a analisar como se operaria o controle de validade dos verbetes, considerada a aplicação dos pressupostos desenvolvidos no *common law* para verificação de conteúdo.

2.2.6.1 Delimitação da regra do precedente

O precedente, neste trabalho, é tomado como decisão paradigmática que define o entendimento de um tribunal acerca de determinada matéria.

A união de precedentes será responsável pela formação da jurisprudência – são os precedentes jurisprudenciais. Estes precedentes trarão uma definição de interpretação do direito, ou a integração deste.

Diante da possibilidade de servir como fonte de direito, o precedente teria a necessidade de trazer em seu corpo, de modo delimitado, a regra nova que adota. Desse modo, a exemplo do que ocorre no *common law*, caberá ao julgador, no momento da construção da decisão que servirá como precedente, definir a regra que se aplica ou que a partir dela se cria, e ponderando os fatos que envolvem a causa, separar aqueles indispensáveis à localização contextual do litígio.

A localização exata da regra de direito inserida na decisão, mesmo no *civil law*, e que será utilizada como precedente para decisões posteriores, poderá servir, em um estágio mais avançado do desenvolvimento desta teoria, ao controle da constitucionalidade desta mesma regra.

A contextualização de aplicação da regra é também indispensável. Ou seja, a regra surge na aplicação de um contexto fático específico. Deste modo, embora a regra seja de direito e não de fato, ela envolverá obrigatoriamente os fatos que embasam a causa. Isso se dá em decorrência das especificidades da norma que nasce na decisão judicial e que, diferentemente da norma legal, não é geral nem abstrata, mas criada a partir da análise do caso concreto. Desta característica,

que é típica do *common law*, não pode fugir o *civil law*, exatamente porque, mesmo neste sistema, ao se buscar uma regra que nasça com a decisão judicial ou com a jurisprudência, inevitavelmente se estará fazendo uma análise que parte do caso concreto em direção à norma.

Assim como ocorre no *common law*, não há necessidade de a regra criada pelo precedente constar do dispositivo. Este, mesmo no *civil law*, interessa apenas às partes que integram o processo no qual a decisão é proferida. A regra precisa estar exposta na fundamentação do juízo, com sua contextualização e delimitação.

Às decisões judiciais posteriores aos precedentes que os aplicarem, caberá executar e expor na fundamentação raciocínio lógico que permita reconhecer a aplicabilidade da regra trazida no precedente que lhe embasa. Ou seja, a decisão posterior ao primeiro precedente que estabeleceu determinada regra deve mencionar a aplicação do precedente, justificando o seu cabimento.

2.2.6.2 Destaque dos pontos irrelevantes

Outro ponto importante para o desenvolvimento desta teoria de precedentes vinculantes no *civil law* alude ao fato de que, se possível, a decisão que forma o precedente deve afastar as situações que não são importantes para a solução da questão e formação da regra pela integração do ordenamento jurídico.

Mais à frente, quando estudarmos a aplicação dessas regras ao processo do trabalho, especialmente súmulas e orientações jurisprudenciais, poderemos verificar do que se trata e qual a sua serventia.

De todo modo, a técnica conhecida no *common law* como *obiter dictum* pode ser de extrema importância na elaboração do precedente, na sua utilização posterior e também no momento de elaboração do enunciado que servirá à súmula ou à orientação jurisprudencial pacificadora da matéria.

2.2.6.3 Análise dos fatos. Localização dos fatos importantes e distinção para afastamento da aplicação do precedente

O direito nada mais é do que o regramento das relações que são pautadas em fatos do cotidiano das pessoas. Toda discussão que envolve o conceito ou o alcance do direito tem no mínimo um ponto em comum: as relações interpessoais, considerados os fatos da vida humana.

Neste trabalho, onde analisamos a possibilidade de normas serem criadas no âmbito do processo judicial e terem aplicação que extravasa os casos dos quais emergiram, os fatos ganham destaque, já que é a partir do caso concreto que se chega a uma regra aplicável.

Nesse passo, é fundamental que o precedente indique especificamente os fatos ou o contexto factual ao qual a regra será aplicada. A doutrina, para este fim, diferencia os “fatos do caso” dos “fatos tomados como fundamentais pela decisão”²⁵⁵

Os fatos tomados como essenciais para contextualização da norma e sua aplicação devem estar presentes no caso ao qual o precedente será, posteriormente, aplicado. Por essa razão, a localização dos fatos similares é tanto importante na decisão que cria o precedente quanto nas posteriores, aquelas que passarão a aplicar o entendimento e formar a jurisprudência.

Luiz Guilherme Marinoni²⁵⁶, a respeito, explicita:

[...] como este enquadramento, ainda que dependente das razões do precedente, requer racionalidade jurídica, aquele sempre dependerá, em menor ou maior medida, da justificativa apresentada na decisão que aplicou o precedente. Na decisão do novo caso há que se justificar os critérios que levaram à assimilação dos fatos ou ao enquadramento destes em uma mesma categoria. Em outras palavras, deve haver razão para similar fatos, procedendo-se ao seu enquadramento em uma mesma categoria.

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 251.

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, p. 253.

A importância dos fatos é também destacada por Júlia Raquel Quiroz de Dinamarco²⁵⁷:

[...] o precedente é veículo de aplicação concreta da regra, ou do princípio de direito, ao caso concreto. Por isso, para sua aplicação (ou não) a casos futuros, a regra, quando aplicável, será examinada à luz dos fatos que deram origem à própria regra e ao exame jurídico desse fato. Por tratar-se, o precedente, do continente de um julgamento, é ele também continente de elementos além da regra jurídica, motivo pelo qual é às vezes difícil distinguir continente de conteúdo, bem como destacar o conteúdo relevante (a regra ditada no julgado) do contexto em que se insere e das ponderações existentes no julgado. Ademais, porque a regra emanada do precedente é ditada com base num conjunto de fatos, questões e à luz de suas ponderações pelo órgão jurisdicional, ela não representa um comando desvinculado do caso em que proferido, ou suficientemente abstrato em relação ao material sobre o qual é assentado a ponto de poder ser aplicado a todo e qualquer caso posterior. As razões que legitimam o comando ou a regra estão umbilicalmente ligadas à fundamentação do julgado.

Para que a regra carregada pelo precedente, e posteriormente pela jurisprudência, tenha adequada precisão de aplicação, os fatos no seio dos quais ela foi criada devem ser bem destacados, sob pena de uma regra surgida para um contexto específico ser aplicada a outro totalmente diverso e para o qual nunca foi pensada, o que subverteria a lógica do raciocínio utilizado no *common law* e que agora inspira teoria a ser utilizada no *civil law*.

2.2.6.4 Aplicação às súmulas e às orientações jurisprudenciais

Quanto às súmulas e às orientações jurisprudenciais, a aplicação dos institutos típicos do *common law* não podem acontecer de modo direto. Isto porque, nem a súmula nem a orientação jurisprudencial representam uma decisão em si mesma, mas o enunciado do tribunal que condensa e resume em um único verbete formal o seu entendimento acerca de determinada matéria.

De todo modo, tanto a súmula quanto a orientação jurisprudencial, para terem validade deverão apresentar em seu texto o exato entendimento adotado e, se for o caso, a regra de direito estabelecida nos precedentes e que agora passa a ser reconhecida como pacificada pelo tribunal que a edita. Ou seja, as súmulas

²⁵⁷ DINAMARCO, Julia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 127-128.

e orientações jurisprudenciais devem trazer em seu enunciado a exata correspondência com os precedentes que a embasaram.

Sendo importante a menção a fatos específicos analisados pelos precedentes, as súmulas e as orientações jurisprudenciais deverão trazer em seus enunciados tais distinções, evitando a aplicação destes verbetes a casos totalmente distintos e inapropriados à regra aplicada ou criada pelos precedentes que lhes deram origem.

Os fatos, assim, surgem com inigualável importância para a aplicação de uma súmula ou orientação jurisprudencial, podendo mesmo determinar a exclusão da aplicação de determinado verbebo se, no caso concreto, ficar constatado que há diferença fática entre o caso *sub judice* e aqueles que resultaram na redação conclusiva final da súmula. Quando tal ocorrer, a súmula não poderá ser aplicada, não sem incidir em absoluta inconsistência lógica do próprio sistema.

Essa correta e expressa delimitação da regra do precedente no enunciado das súmulas e das orientações jurisprudenciais passa a ser condicionante da própria validade de referidos verbetes já que, por óbvio, e por não constituírem decisões judiciais em si próprias, não podem trazer uma regra nova, que não tenha nascido dos precedentes que a embasaram.

Em rigor, o enunciado das súmulas e das orientações jurisprudenciais deve retratar exatamente os precedentes que lhes deram origem, sob pena de criação de uma regra de direito sem qualquer fundamento.

2.2.6.5 Revisão e cancelamento

A técnica do *overruling* é essencial para o requisito de validade de um sistema que se pretenda pautar por precedentes.

Como verificamos neste estudo, um dos principais argumentos contrários aos precedentes vinculantes é a estagnação do direito que eles possam causar.

Esta estagnação, da qual não está salvo nem mesmo o *common law*, deve ser combatida com o uso de técnicas de renovação do precedente. Estas técnicas precisam ser acompanhadas do trabalho constante da comunidade jurídica e isto significa dizer que não pode ficar somente a cargo dos julgadores a responsabilidade pela indicação da revisão.

Ainda que contrário a algum entendimento predominante, às partes, representadas por seus advogados, e também aos juízes cabe trazer as razões que se opõem aos precedentes, de modo a permitir, se não a modificação, mas a sempre desejável rediscussão dos argumentos.

No Brasil, as técnicas de revisão formais ainda são muito limitadas, como a previsão, nos regimentos internos, de revisão e cancelamento, suscitada e aprovada pelo próprio tribunal que elabora o verbete.

Salvo em relação à súmula vinculante, no ordenamento jurídico pátrio não existe obrigatoriedade de cumprimento de precedentes; as decisões judiciais contrárias aos entendimentos sumulados são constantes e embora gerem o efeito de aumentar o fluxo de atividade no Judiciário, poderão facilitar a mudança de entendimento, como, aliás, comumente ocorre.

Do mesmo modo que a tendência vinculante pode ajudar na dinâmica do trabalho dentro dos tribunais e na uniformidade da resposta dada pelo Estado, a decisão contrária a súmulas e orientações jurisprudenciais poderá oxigenar o sistema e aumentar as chances de que não ocorram estagnações muito severas.

Com efeito, frisamos, o problema da falta de estrutura não pode ser resolvido com a mudança do sistema jurídico. Sistema judiciário, organização judiciária não é o mesmo que sistema jurídico. Tentar resolver o problema de um sistema com a modificação de outro é solução não apenas paliativa, mas fadada ao fracasso a médio e longo prazos.

Dessas considerações, extrai-se, como conclusão, a seguinte situação: para os precedentes deverá ocorrer a delimitação e a análise expressa da regra de direito que se aplica – ou que se cria – por integração ao sistema jurídico. Esta regra deverá estar em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, especialmente com a Constituição Federal. Deverá, ainda, delimitar ao máximo o contexto fático ao qual terá incidência. Em relação às súmulas e às orientações jurisprudenciais, deverão estes institutos representar fielmente os precedentes que as embasam, trazendo para o seu enunciado, de modo claro e expresso, a regra de direito utilizada ou criada pelos precedentes, bem como o contexto fático ao qual se aplica.

2.2.7 Revisão do procedimento hermenêutico. Valorização dos fatos e necessária conformação com a Constituição Federal

Antes de encerrar este capítulo, é oportuno fazer menção à mudança das técnicas de hermenêutica que o sistema pautado em precedentes obrigatórios, ou com tendência obrigatória, possa trazer, não obstante os apontamentos constantes da primeira parte deste trabalho, sobre as características do *common law* e os pontos de diferença entre este sistema e o *civil law*.

Pois bem. No *common law*, a aplicação da regra de direito faz-se, como visto, de modo muito diverso do previsto para o *civil law*. No sistema jurídico baseado em precedentes não é o dispositivo da sentença que traz a regra a ser aplicada, como ocorre no *civil law*.²⁵⁸

No sistema do *common law*, a análise dos fatos do caso concreto é essencial à adequada definição e aplicação da *ratio decidendi*. No sistema do *civil law*, por sua vez, a expectativa de que o legislador preveria todas as relações

²⁵⁸ No *common law*, não é o dispositivo que cria ou traz a regra para as partes, mas a *ratio decidendi*, as razões de decidir. No *civil law* no Brasil, a regra está no dispositivo, única parte da sentença que transita em julgado, e que, é obrigatória às partes. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “Só há sentido em pensar em *ratio decidendi* ou em precedente obrigatório quando se almeja abarcar casos similares e não casos já julgados, uma vez que estes, como é óbvio, já estão protegidos pela autoridade da coisa julgada material. O verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la” (*Precedentes obrigatórios*, p. 259).

possíveis e, portanto, todos os fatos passíveis de regulação, leva a uma técnica na qual o julgador busca o fato na lei e então a aplica ao caso concreto.²⁵⁹

Em outras palavras, no procedimento de aplicação da norma no *civil law*, parte-se da norma para o problema. O contrário ocorre no *common law*, em que se analisam o caso, os fatos, e a partir deles, busca-se a norma aplicável.

O raciocínio é, portanto, do particular para o geral. Exatamente diverso do raciocínio utilizado para a aplicação das regras do *civil law*, que, existindo em um contexto de generalidade e abstração, são analisadas em primeiro lugar, para posteriormente ser aplicadas às normas.

Essa diferença é destacada por Júlia Raquel Quiroz de Dinamarco²⁶⁰ da seguinte maneira:

A diferença quanto às fontes do direito constatada entre os dois sistemas faz ainda com que esses se diferenciem com base nos métodos de operação das regras e conceitos em cada um: na tradição do *common law* o método de análise e argumentação jurídica seria indutivo enquanto, nos sistemas codificados, será dedutivo.

Mesmo sendo possível a absorção dos institutos desenvolvidos no seio do *common law* pelo *civil law*, há necessidade também de absorção da hermenêutica da aplicação da regra, sob pena de se esvaziarem a eficácia e a finalidade do instituto.²⁶¹ Este esvaziamento implicaria, por sua vez, a impossibilidade de se

²⁵⁹ Segundo Luiz Guilherme Marinoni: “No *civil law*, e no que aqui interessa no direito brasileiro, nunca se deu maior importância aos fatos do caso. Isso é facilmente explicável. A tradição do *civil law* acreditou que os casos sempre encontrariam solução na lei. A lei preveria os fatos do caso, restando ao juiz, depois de enquadrar os fatos na norma, a tarefa de apenas decidir se desta decorreria o efeito jurídico almejado pelo autor”. (*Precedentes obrigatórios*, p. 254).

²⁶⁰ DINAMARCO, Julia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 118.

²⁶¹ Merecem destaque as observações de Carleton Kemp Allen: “A segunda teoria, associada principalmente aos sistemas codificados, presume que a regra legal aplicável a um determinado caso é pré-estabelecida e clara desde o princípio, e tudo que se requer é que o juiz aplique essa regra segundo a justiça contida na regra determine, sem se reportar à sua opinião pessoal. Sua decisão flui diretamente da generalidade para o caso particular, da generalidade da regra legal às especificidades do caso que tem diante de si. Ele não é necessariamente influenciado pelas ilações de outros tribunais e a regra é o princípio geral que tem por aliado sob todos os aspectos, enquanto as interpretações dela são instáveis. Disso decorre que as decisões não têm autoridade além delas próprias para casos futuros. Isso não quer dizer que sejam completamente desprovidas de valor e que seja dever do juiz ignorar as decisões anteriores. Nunca se apregoou, mesmo nos sistemas codificados mais rígidos, que o juiz deve impermeabilizar seu pensamento aos pensamentos dos outros juízes em situações semelhantes. Nenhum sistema inteligente

argumentar sobre o uso dos pressupostos do *common law* como justificativa do sistema de precedentes tendencialmente vinculante no *civil law*.

Diferentemente do *common law*, no *civil law*, destacadamente no Brasil, ao lado das decisões judiciais que possam ter força normativa, há um ordenamento jurídico complexo e rico em leis formais, e uma Constituição Federal à qual está submetido todo o ordenamento jurídico.

Assim, não se trata simplesmente de utilizar a técnica de hermenêutica desenvolvida para o *common law*, mas, em decorrência da inafastável necessidade de que a regra criada no precedente encontre amparo ou esteja em harmonia com o ordenamento jurídico, especialmente com a Constituição Federal, o uso conjunto das técnicas de hermenêutica há que ser observado.

A aproximação dos sistemas jurídicos ou a importação de características típicas do *common law* para o sistema romano-germânico leva à necessária mudança de acepção hermenêutica deste sistema, especialmente no que diz respeito à norma nascida da decisão judicial.

Outro ponto a considerar alude à valorização das razões que fundamentam a decisão e não o dispositivo da sentença. No Brasil, a importância é inteiramente voltada para o dispositivo, que transita em julgado, obrigando as partes. Esta

poderia tão cruamente evitar os indispensáveis instrumentos da analogia e paridade de razões. Assim, em todos os sistemas, um certo grau de uniformidade entre as decisões jurisdicionais existe, e é até mesmo aplaudido. Mas grande cuidado se tem para que a regra original seja ela mesma a uniformidade e não se degenere a cada nova interpretação; os outros julgados podem servir como guia, mas somente a regra escrita é mestre. Nessa teoria, o magistrado nunca se dispensa do seu dever individual de, qualquer que seja a opinião de outros magistrados, aplicar ele mesmo a regra jurídica e os princípios que a ele incumbem. Na segunda categoria, característica do direito inglês, começa-se com o mesmo objetivo precípua de localizar a regra jurídica aplicável ao caso concreto, mas o método para assim proceder é completamente diferente. Nele não se concebe a regra como sendo aplicável diretamente ao caso por simples dedução. O raciocínio vai do caso concreto à generalidade. Um juiz francês encontrará a regra necessária para a solução do caso concreto em proposições abstratas já escritas, enquanto o juiz inglês terá de moldá-la pesquisando em seu conhecimento e nos repertórios as regras que por semelhança podem ser aplicadas àquele caso particular. Assim, ele sempre utiliza um método indutivo, e nesse diz-se que ele está vinculado pelas decisões dos órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores a ele. Numa teoria, as decisões anteriores são úteis apenas para ilustração geral da regra, no outro elas são o próprio solo de onde a regra geral deve ser extraída". *Law in the making*. Clarendon Press. Oxford, 1951. p. 154-155 *apud* DINAMARCO, Julia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 118.

concepção, tendo em vista as tendências de precedentes vinculantes, precisa mudar porque não se interessa pelos casos já julgados, mas sim pelas razões, fundamentos e regras utilizados para um caso, o qual passará a servir a outras situações fáticas.

Prática nesse sentido já vem sendo adotada pelo STF, no controle de constitucionalidade, intitulada por este tribunal de “transcendência dos motivos determinantes”²⁶², e que, talvez nesta busca pela harmonia dos sistemas, vem-se cogitando a possibilidade de que, embora não estando presente no dispositivo, transita em julgado junto com a decisão.

Em suma, a crescente importância dos institutos aqui analisados – precedentes, súmulas e orientações jurisprudenciais – e a sua tendência vinculante tornam indispensável a busca de uma hermenêutica compatível com este novo sistema.

²⁶² “A teoria dos motivos transcendência dos motivos determinantes, então, consiste em dar efeito vinculante não somente à parte dispositiva da decisão, mas também aos seus próprios fundamentos. Exemplifica-se: se no julgamento de uma ADI seja declarada a inconstitucionalidade de uma lei estadual em relação a um determinado tributo, uma lei de outro Estado que faça o mesmo poderá ter sua incidência afastada se houver uma reclamação diretamente no STF com base na transcendência dos motivos que determinaram aquela decisão da citada ADI.” BARTEL, Alex dos Santos. *A transcendência dos motivos determinantes no controle difuso*. [Artigo científico apresentado como requisito para conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma Especial]. Santa Catarina, Escola Federal da Magistratura de Santa Catarina - ESMAFESC, 2011. p. 16.

TERCEIRA PARTE

Com o suporte do referencial de base até aqui apresentado, constatamos a impossibilidade de vinculação obrigatória de verbetes editados pelos tribunais, salvo quando esta hipótese for expressamente determinada pela Constituição Federal ou lei federal e também vimos que esta obrigatoriedade é endereçada apenas aos órgãos públicos e não aos jurisdicionados (estes somente estarão obrigados em caso de decisão judicial aplicando a jurisprudência).

Sendo assim, a força normativa desses verbetes aparece apenas por ocasião da sua aplicação ao caso concreto, ou seja, não vincula nem obriga o indivíduo no seu agir cotidiano, embora se possa dizer, com certa tranquilidade, que a existência de uma súmula ou orientação jurisprudencial tem o condão de exercer ao menos uma influência moral na conduta normal.

A vinculação desses verbetes judiciais, ainda que limitada, deve incentivar o desenvolvimento de uma teoria geral que cuide e regule a construção e a edição dessas figuras, buscando por meio deste mecanismo diminuir erros e arbitrariedades, não raro, observados.

Estudadas as premissas e os requisitos que podem fazer parte de referida teoria, passamos a analisar a sua aplicação às súmulas e orientações do TST.

Evidenciou-se até agora que o contexto hodierno dos institutos *sub examine* vai muito além da mera organização e sistematização dos assuntos que gravitam na esfera dos tribunais, e da busca pela tão almejada efetividade da prestação da atividade jurisdicional, representando, por isso mesmo, nova fonte de verificação do direito.

Na Justiça do Trabalho, e conseqüentemente no processo do trabalho, a existência de uma teoria que desenvolva pressupostos de validade das súmulas e das orientações jurisprudenciais ali editadas é de suma importância e urgência,

especialmente porque esta justiça especializada conta com o maior arcabouço destes verbetes, se comparada a outras cortes.

É mesmo possível afirmar que o operador do direito que atua na Justiça do Trabalho deva ao menos conhecer os entendimentos, seja para afirmá-los, seja para combatê-los, do contrário dificilmente conseguirá atuar de modo pleno. O mesmo se diga em relação aos advogados, patracinadores de causas trabalhistas, eis que o desconhecimento dos conteúdos e direcionamentos indicados nos verbetes poderá implicar a perda de um prazo, o insucesso de um recurso (especialmente recurso técnicos, como o recurso de revista), entre outras situações adversas.

Para a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais os tribunais mantêm regras de procedimento, inscritas em seus regimentos internos, que regulamentam a legislação processual a qual estão submetidos.

Embora este estudo, no momento da análise específica, limite-se às súmulas e orientações jurisprudenciais editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, vale a referência à existência de um grande repositório destes institutos jurídicos, considerando-se os vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho existentes no Brasil.

Os verbetes expedidos pelo TST possuem requisitos de formação e alcance diversos. A principal diferença entre as súmulas e as orientações jurisprudenciais desta corte está no procedimento para sua edição, mais formal, e para efeitos que a lei prevê. A lei, contudo, vem aproximando cada vez mais os efeitos práticos destes verbetes.

Nesse sentido, vale destacar a advertência feita por Gustavo Pereira Farah²⁶³:

Embora de origens diferentes, súmulas *stricto sensu* e OJSDIs têm, para efeito do direito individual do trabalho, especificamente em instância ordinária, efeitos iguais. Dessa feita, ainda que presente o

²⁶³ FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*, p. 20.

obstáculo formal, é a correspondência material que garante identidade isonômica entre ambos institutos.

Quanto ao que o autor denomina de “correspondência material”, esclarece em seguida:

O efeito da igualdade material entre súmulas *stricto sensu* e OJSDIs é garantido por suas consequências práticas, a partir da leitura do artigo 896 da CLT. Depreende-se o artigo 896 da CLT. Depreende-se do aludido artigo, cujo conteúdo versa sobre requisitos de admissibilidade dos recursos de revista, que o recurso contrário à súmula ou OJSDI do TST não é apreciado, por conta da amplitude especial que é dada à alínea a (de forma a se compreender que por dispositivos de lei federal interpretados via *Súmula de Jurisprudência Uniforme* e *Seção de Dissídios Individuais*, há coincidência, no mínimo, com toda a extensão da CLT, salvo a exceção contida no § 6º e dissídios coletivos) e ao seu § 4º.²⁶⁴

A “igualdade material” entre súmulas e orientações jurisprudenciais constatada nos efeitos práticos de seu uso tem a desvantagem de consolidar entendimentos para os quais não se buscou um estudo mais profundo do precedente, como o que ocorre especificamente com as súmulas, conforme se verá mais à frente. Ou seja, embora as orientações jurisprudenciais devam preencher menos requisitos para a sua aprovação e edição, estes verbetes têm efeitos muito similares às súmulas.

Feitas essas observações, passamos ao estudo das súmulas e orientações jurisprudenciais do TST e aplicação dos requisitos de controle de validade anteriormente esboçados.

1 SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Embora a doutrina mencione a inclusão no Regimento Interno do STF, em 1963, da possibilidade de edição de súmulas da jurisprudência majoritária como marco de nascimento deste instituto no Brasil, a verdade é que o instituto da

²⁶⁴ FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*, p. 20.

súmula já era adotado anteriormente a esta data, na seara do processo do trabalho.²⁶⁵

A história das súmulas no direito processual do trabalho nasce com a promulgação da CLT, em 1º de maio de 1943, que previa, no texto original de seu artigo 902, a figura dos “Prejulgados”, *litteris*:

Art. 902. É facultado ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer prejulgados, na forma que prescrever o seu regimento interno.

1º. Uma vez estabelecido o prejulgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo.

Os prejulgados vigoraram por mais de trinta anos, o que significa dizer que por no mínimo três décadas a Justiça do Trabalho lançou mão de um verbete com força obrigatória, similar ao modelo do que hoje se objetiva com a súmula vinculante, instituída pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Em 1977, o então Procurador-Geral da República, a pedido da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e da Federação Nacional dos Bancos, ingressou com a Representação n. 946, cujo julgamento favorável pelo STF declarou que referido instrumento encontrava-se revogado desde a promulgação da Constituição de 1946, que não “tolerava o poder normativo da Justiça do Trabalho fora das hipóteses previstas na lei para a fixação nos dissídios coletivos das normas e condições de trabalho”.²⁶⁶

Na mesma oportunidade, a Corte Superior, contudo, esclareceu que a permanência dos prejulgados na órbita jurídica poderia ocorrer na qualidade de “entendimento prevalente”:

[...] dentro desta perspectiva, entende-se subsistente o prejulgado *in genere* apenas como mero veículo em que se consubstancia o entendimento prevalente no seio do Tribunal Superior do Trabalho, sem a força normativa que lhe emprestava o derogado dispositivo consolidado. À semelhança da súmula desta Alta Corte, o prejulgado há de ser entendido como a cristalização da jurisprudência acerca de

²⁶⁵ Há, aliás, uma dívida de reconhecimento com o processo do trabalho. Diversos institutos criados pelas leis ou costumes que regem o processo do trabalho são posteriormente adotados pelo processo civil, a maioria deles ligados à adoção de um processo célere e informal.

²⁶⁶ ABDALA, Vantuil. *Direito sumular do trabalho*. O direito material e processual do trabalho dos novos tempos, p. 576-577.

determinado tema, já suficientemente amadurecido na análise de casos assemelhados, com o que ganha o Tribunal e ganham os jurisdicionados na celeridade dos Julgamentos.

Após a decisão do STF foi editada a Lei n. 7.033/1982, que revogou expressamente todos os pré-julgados do TST, então convertidos em enunciados por resolução deste tribunal (Resolução Administrativa n. 102/1982) e, posteriormente, objetivando adequação ao texto dos artigos 894, alínea *b*, e 896 da CLT – que utilizavam a expressão “súmula uniforme” –, passaram a adotar a denominação de súmula.²⁶⁷

Negou-se na oportunidade, e de forma expressa, o efeito vinculante e obrigatório das súmulas do TST, que se mantiveram em vigor única e exclusivamente como parâmetro inspirador e interpretativo do ordenamento jurídico.

O fato de o efeito vinculante obrigatório já ter sido formalmente retirado das súmulas do TST não impede que se venha reconhecer a tendência de que este efeito volte a ser impingido aos verbetes editados por este tribunal. Por outro lado, a mudança não inibiu o TST, que seguiu com a edição dos enunciados, convertidos posteriormente em súmulas, e que hoje somam quase quinhentos verbetes.

1.1 PROCEDIMENTOS DE ELABORAÇÃO E EDIÇÃO. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Conforme já mencionado, as súmulas representam a formalização do entendimento adotado por um determinado juízo quanto à determinada matéria.

A edição de uma súmula pressupõe a aprovação da tese após passar por um circuito que delibera e estabelece seus termos. Há um procedimento formal

²⁶⁷ A respeito da diferença entre as atuais súmulas e os antigos prejudgados, eis a lição de Manoel Antonio Teixeira Filho, ao aduzir que: “[...] enquanto as Súmulas constituem uma cristalização da jurisprudência uniforme e reiterada do TST, vale dizer, têm como pressuposto a preexistência de diversos acórdãos convergentes; os Prejudgados, ao contrário, são pronunciamentos *prévios* em relação a determinados casos concretos [Grifo do autor]”. (*Comentários às súmulas processuais do TST*, p. 20 *apud* FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*, p. 28).

cujas regras podem ser encontradas tanto nas legislações processuais quanto nos regimentos internos dos tribunais.

Atualmente, no Brasil todos os tribunais podem editar súmulas, respeitado o procedimento previsto em seus regimentos internos ou ainda o incidente de uniformização de jurisprudência.

O incidente de uniformização da jurisprudência brasileira está previsto nos artigos 476 a 479 do CPC, *in verbis*:

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

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

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

As regras estabelecidas nos citados artigos 476 a 479 do CPC indicam que a questão a ser resolvida diz respeito à divergência de interpretações do direito.

No processo trabalhista, no âmbito do TST, atualmente, a uniformização da jurisprudência é de atribuição de uma “Comissão de Jurisprudência e de

Precedentes Normativos”, formada por três Ministros titulares, designados pelo tribunal pleno, com a função de velar pela produção da jurisprudência da referida corte trabalhista, incluindo criação, atualização, adaptação e publicação.

Dita comissão cuida ainda de ordenar o serviço de sistematização da jurisprudência do TST, com o levantamento de temas centrais a serem pesquisados, além de administrar a base de dados informatizada de jurisprudência, seleção de repertório idôneo para divulgação dos julgados da Justiça do Trabalho. Cabe ainda à citada comissão propor a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas e precedentes normativos e jurisprudenciais.

A edição de súmulas pelo TST pressupõe a prévia “passagem” da matéria pelo processo de incidente de uniformização de jurisprudência, nos moldes previstos pelo CPC e no regimento interno do tribunal (Anexo A).

O pedido de incidente de uniformização deve ser feito obrigatoriamente por um dos ministros ou por membro do Ministério Público do Trabalho ou por uma das partes litigantes do processo. Este pedido é possível quando houver divergência entre julgados oriundos de turmas diversas do TST ou da Seção Especializada em Dissídios Individuais sobre interpretação de regra jurídica. Pode-se suscitar o incidente também quando se verificar que o colegiado, em situação pretérita, adotara tese diversa da fixada por outro órgão judicante.

Em qualquer caso, após a suscitação do incidente de uniformização da jurisprudência, os autos serão remetidos à Comissão de Jurisprudência para emissão de parecer e apresentação de proposta relativa ao conteúdo e redação do verbete. No caso das súmulas, o material conclusivo é enviado ao pleno do tribunal e, após, ao relator designado para exame e inclusão na pauta.

Cópias do acórdão objeto de uniformização de jurisprudência e do parecer emitido pela Comissão de Jurisprudência são distribuídas entre os Ministros para posterior julgamento.

A decisão do tribunal pleno no incidente de uniformização de jurisprudência é irrecorrível, cabendo ao órgão julgador no qual foi suscitado o incidente, aplicar quando da sequência do julgamento a interpretação fixada.

A tese adotada pelo tribunal pleno, quando por maioria absoluta de votos, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência predominante.

A Comissão de Jurisprudência tem a responsabilidade de propor a edição da súmula de jurisprudência e de sua deliberação resultará um projeto devidamente instruído, que será encaminhado ao presidente do tribunal para ser submetido à apreciação do pleno.

A propositura de súmula poderá ser feita também por ministro do tribunal superior ou por proposta firmada por dez ministros da corte, sendo em ambos os casos submetida previamente à deliberação da Comissão de Jurisprudência para emissão de parecer e proposta de redação.

O projeto para elaboração de súmula deverá cumprir os seguintes pressupostos: três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão; cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão; quinze acórdãos de cinco turmas do tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou dois acórdãos de cada uma das turmas do tribunal, prolatados por maioria simples.

O Regimento Interno do TST ainda prevê a possibilidade de a proposta de súmula partir de qualquer dos órgãos judicantes, da Comissão de Jurisprudência e precedentes normativos, da Procuradoria-Geral do Trabalho, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou de Confederação Sindical, de âmbito nacional, suscitada ou requerida ao presidente do tribunal apreciação, pelo

tribunal pleno, quando for “hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal” (§ 2º do art. 162 do RI do TST).

A edição da súmula depende de aprovação do respectivo projeto pela maioria absoluta dos ministros do Tribunal Pleno do TST, após o que deverá ser datada, numerada e publicada por três vezes consecutivas no Diário de Justiça.

2 ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Ao lado das súmulas, o TST também edita orientações jurisprudenciais. O surgimento das orientações jurisprudenciais ocorreu em 1992, com a instituição de uma Comissão de Jurisprudência. Esta primeira Comissão passou a anotar os julgamentos considerados mais importantes que ocorriam em determinado dia, redigindo um resumo das conclusões adotadas e enviando-as aos ministros, para que fossem utilizadas em julgamentos futuros sobre a mesma matéria. A intenção era aperfeiçoar o trabalho, com a sua otimização, e aumentar a harmonia das decisões sobre determinada matéria.

Posteriormente, referida Comissão passou a redigir ementas das conclusões a que chegavam os ministros sobre determinada matéria, passando a enviá-las aos Tribunais Regionais do Trabalho, com a mesma finalidade com que eram enviadas aos ministros da Corte Suprema Trabalhista.

Algumas revistas jurídicas da época se interessaram pelos verbetes e passaram a publicá-los, após o que o TST decidiu passar a numerá-los e também publicá-los no Diário Oficial da União. Nasceram assim as orientações jurisprudenciais. Hoje, a edição de orientações jurisprudenciais deve seguir um procedimento formal previsto no Regimento Interno do TST.

A intenção era de iniciar a organização de temas que poderiam posteriormente ser objeto de súmula do TST. A aprovação das orientações

jurisprudenciais conta com um procedimento bem mais simplificado que o previsto para edição das súmulas.

As orientações jurisprudenciais são subdivididas em cinco subespécies: Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Pleno; Orientações Jurisprudenciais da Subseção de Dissídios Individuais 1; Orientações Jurisprudenciais Transitórias da Subseção de Dissídios Individuais 1; Orientações Jurisprudenciais da Subseção de Dissídios Individuais 2 e Orientações Jurisprudenciais da Subseção de Dissídios Coletivos.

Um dos principais argumentos para existência das orientações jurisprudenciais é o de que a velocidade e o dinamismo do mundo jurídico e dos acontecimentos sociais imporiam um posicionamento mais firme do Poder Judiciário em relação à determinada questão, sem que esta tenha que passar pela ampla discussão que a súmula exige.

A justificativa parece válida, desde que a importância e a aplicação das orientações jurisprudenciais sejam vistas com as ressalvas que um procedimento rápido e sumário impõem.

2.1 PROCEDIMENTO DE ELABORAÇÃO E EDIÇÃO. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS.

O procedimento para edição de uma orientação jurisprudencial é bem mais simplificado do que o previsto para edição de uma súmula, e está previsto no Regimento Interno do TST, artigo 167 e seguintes.

Segundo prevê o Regimento Interno do TST, para edição de uma orientação jurisprudencial é necessário um projeto formulado pela Comissão de Jurisprudência, “instruído com a sugestão do texto, a exposição dos motivos que justificaram a sua edição, a relação dos acórdãos que originaram os precedentes e a indicação da legislação pertinente à hipótese” (Anexo A).

Referido projeto é enviado aos Ministros, que poderão indicar sugestões ou objeções que considerarem pertinentes.

A proposta de edição de orientação jurisprudencial feita pelo órgão especial deve atender a um dos seguintes pressupostos:

I – três acórdãos do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, reveladores da unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) de seus membros; ou II – cinco acórdãos do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) de seus membros.²⁶⁸

Se a proposta for da Seção Especializada em Dissídios Individuais, deverá atender a um dos seguintes pressupostos: “I – dez acórdãos da Subseção respectiva reveladores da unanimidade sobre a tese; ou II – vinte acórdãos da Subseção respectiva prolatados por maioria de dois terços de seus integrantes” (Anexo A).

Entre as regras, o regimento interno ainda estipula:

Os acórdãos catalogados para fim de adoção de Precedentes Normativos e de Orientação Jurisprudencial deverão ser de relatores diversos correspondentes a, pelo menos, dois terços dos integrantes do respectivo órgão fracionário do Tribunal e ter sido proferidos em sessões distintas, realizadas no período mínimo de dezoito meses.²⁶⁹

Cumpridos esses requisitos, é válida, formalmente, uma orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho.

3 PROCEDIMENTO DE CONTROLE, REVISÃO E ALTERAÇÃO

O procedimento de controle, revisão e alteração das súmulas e orientações jurisprudenciais do TST é feito pelo Tribunal Pleno. Não há muitas regras acerca deste controle, apenas um artigo no Regimento Interno do TST acerca do tema: “Art. 166. A edição, revisão ou cancelamento de Súmula serão objeto de

²⁶⁸ Vide Anexo A.

²⁶⁹ Vide Anexo A.

apreciação pelo Tribunal Pleno, considerando-se aprovado o projeto quando a ele anuir a maioria absoluta de seus membros”.

Mencionado dispositivo do Regimento Interno do TST tampouco faz distinção entre controle, revisão, alteração, tendo como parâmetros pressupostos formais de aprovação ou de conteúdo das súmulas e orientações jurisprudenciais.

Na realidade, tendo em vista o artigo 166 do Regimento Interno do TST referir-se unicamente às súmulas e estar disposto logo após os artigos que tratam deste verbete, e antes dos artigos que tratam da orientação jurisprudencial, pode-se afirmar que para estas nem mesmo há previsão de qualquer modelo formal de controle, revisão ou cancelamento.

Talvez porque as orientações jurisprudenciais tenham como nascedouro, conforme se pode estudar, a intenção apenas de organização da jurisprudência, e não de provocar efeitos jurídicos específicos, é que até hoje o Regimento Interno do TST não deu qualquer relevância para este tema.²⁷⁰

As modificações operadas pelo Pleno do TST na revisão de suas súmulas e orientações jurisprudenciais envolvem sempre o seu conteúdo. Não há registro de cancelamento ou revisão de verbete em decorrência de descumprimento das regras formais para sua aprovação.

A revisão geral operada pelo TST se assemelha muito à técnica do *overruling* antes mencionada. Para as constantes modificações em bloco, executadas na jurisprudência pacificada deste tribunal, há normalmente a realização de uma reunião, quando se decide pelos cancelamentos, conversões e modificações.²⁷¹

²⁷⁰ Uma análise rápida, contudo, mostra que hoje as orientações jurisprudenciais possuem, dentro do processo do trabalho, força muito similar à das súmulas. Deste modo, as poucas previsões existentes para a revisão das súmulas devem, por analogia, ser aplicadas também às orientações jurisprudenciais.

²⁷¹ Por exemplo, entre 16 e 20 de maio de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho realizou a “Semana do TST”, que reuniu vinte e sete ministros deste tribunal e que, após os dias de debate e discussão, aprovaram, no dia 24, uma série de modificações em suas súmulas e orientações jurisprudenciais.

4 PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS. ANÁLISE DE APLICAÇÃO A SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Os pressupostos – nominados de intrínsecos – de um precedente, uma súmula ou orientação jurisprudencial, esboçados na segunda parte deste trabalho, podem ser resumidos em: (i) delimitação mais precisa da regra criada pela decisão judicial; (ii) indicação dos fatos essenciais à aplicação da regra; (iii) indicação das circunstâncias que não influíram na conclusão do precedente e que são dispensáveis na aplicação deste; (iv) em relação às súmulas e orientações jurisprudenciais que inovem o ordenamento jurídico, o seu enunciado deve representar com precisão a regra estabelecida nos precedentes que as embasa.

Falamos em pressupostos, mas poderíamos indicar como técnicas necessárias ao adequado uso deste sistema. São três momentos, portanto: no primeiro, a decisão judicial que traz uma regra deve buscar respeitar técnica de delimitação, contextualização e distinção; no segundo momento, a decisão seguinte que aplica o primeiro precedente deve, por sua vez, buscar expressar a adequação do uso da regra anterior; no terceiro momento, quando ocorrer a pacificação da jurisprudência pelo tribunal, com a edição de uma súmula ou orientação jurisprudencial, devem ser observadas na construção de seu enunciado as delimitações de regra e contexto analisadas nos precedentes.

A falta de correspondência entre os precedentes que justificaram a edição de uma determinada súmula ou orientação jurisprudencial, nos casos em que estes verbetes tragam em seu enunciado verdadeira regra de direito, deve ter o efeito de torná-los inválidos, pois ao Poder Judiciário não é dada a possibilidade de legislar de forma geral e abstrata, afastando-se das hipóteses mencionadas na primeira parte deste trabalho. Conforme visto, a jurisprudência alcança natureza de fonte na medida em que consolida entendimentos e não de modo autônomo, desvinculada de qualquer precedente.

Os precedentes que embasam ou justificam a edição de uma súmula devem ter relação com o seu conteúdo. Ou seja, as *ratio decidendi* dos precedentes devem ser as mesmas indicadas no enunciado da súmula, de modo a propiciar a adequada aplicação do precedente com tendência obrigatória.²⁷² Na prática, isto significa que devem ser consideradas inválidas, ou no mínimo ineficazes, para os fins prescritos na lei, referentes aos efeitos das súmulas²⁷³, aquelas que descumpram este requisito. Esta invalidade ou ineficácia precisa ser trazida ao processo, com esta argumentação, pelos operadores do direito.

Como visto, a norma trazida pela jurisprudência somente existirá para a parte no caso concreto, quando lhe for determinada judicialmente. Assim, é de suma importância que a validade ou eficácia do conteúdo da norma jurisprudencial que se pretende aplicar seja debatida pelas partes no processo, a fim de afastar ou forçar a sua aplicação.

²⁷² Vale destacar exemplo prático apresentado por Samue Meira Brasil JR: “Um cuidado muito grande a ser tomado pelos tribunais consiste na formação das súmulas vinculantes com a utilização indevida de precedentes não relacionados à hipótese. Um exemplo interessante dessa hipótese podemos constatar na súmula 736 do Supremo Tribunal Federal que, apesar de não ter efeito vinculante, pode muito bem ilustrar a questão. A súmula 736 estabelece literalmente que ‘*compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores*’. Os precedentes que justificaram a edição da súmula são o CJ 6959 (DJ de 22.2.1991), RE 206220 (DJ de 17.9.1999), Pet 2260 (DJ 1.3.2002) e RE 213015 (DJ de 24.5.2002). a súmula é importante para indicar a jurisprudência do STF, mas os precedentes indicados não são todos relacionados com a *ratio decidendi*. Pois bem. O conflito de Jurisdição no 6.959 estabelece a competência da Justiça do Trabalho na ação em que servidores do Banco do Brasil visavam a compelir a empresa empregadora a cumprir a promessa de vender-lhe os apartamentos que ocupassem por 5 (cinco) anos, em determinadas condições de preço e modo de pagamento, se, transferidos para Brasília, permanecessem a serviço exclusivo da empresa. O Supremo Tribunal Federal considerou, na ocasião, que a competência não foi determinada pelas questões de direito civil, pois a promessa de compra e venda do apartamento estavam vinculadas à relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho. Quanto à súmula que o precedente embasou, observem que, apesar de a questão estar condizente com ‘normas trabalhistas’, não é relativa à ‘segurança, higiene e saúde dos trabalhadores’. Tratava-se de cumprimento de promessa de compra e venda de imóvel. Logo, parece-nos que a *ratio decidendi* não era relativa à ‘segurança, higiene e saúde dos trabalhadores’. Nessa medida, a identificação das razões que vinculam é essencial para aplicação do precedente vinculante em casos futuros’ [Grifos do autor]”. (*Precedentes vinculantes*, p. 47). Note-se que o autor considera que a competência seja mesmo da Justiça do Trabalho. Contudo, os motivos que levam a competência, neste caso, ser da Justiça do Trabalho nada tem a ver com a *ratio decidendi* dos precedentes que levaram à edição da referida súmula, o que, obviamente, poderá causar a indevida aplicação de seus termos.

²⁷³ Considerar-se uma súmula inválida ou ineficaz dependerá da natureza jurídica de ato normativo que se reconheça a ela. Sem adentrar a este exame específico com profundidade, para aqueles que defendem que uma súmula ou orientação jurisprudencial não passa de organização de entendimento jurisprudencial, com finalidade orientadora, mas nunca normativa ou obrigatória, entendemos não ser possível usar tecnicamente o termo “invalidade”, mas apenas “ineficácia”.

O respeito a essa regra é essencial para a manutenção e validade da teoria dos precedentes com tendência vinculante. Nada adianta desenvolver uma teoria que busque a validade dos precedentes vinculantes e não haver respeito às suas premissas.

5 PAPEL DA COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Verificou-se, pelo estudo do procedimento previsto pelo Regimento Interno do TST, que todo pedido de uniformização de jurisprudência, edição de súmula ou orientação jurisprudencial deve passar antes pela Comissão de Jurisprudência, que apresentará proposta relativa ao conteúdo e redação a ser submetido ao Tribunal Pleno, no caso de súmula, ou a uma das Subseções no caso de orientações jurisprudenciais.

O art. 164 do Regimento Interno do TST contém a seguinte redação:

O parecer da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos deverá conter opinião fundamentada acerca da proposta de edição da Súmula. Na hipótese de acolhimento da proposta, deverá sugerir o texto a ser editado, instruído com as cópias dos precedentes e da legislação pertinente.²⁷⁴

Longe de apresentar-se como mera reafirmação dos fundamentos da decisão tida como majoritária, tal opinião fundamentada deve, se for o caso, destacar com clareza e precisão a regra criada nos precedentes e que se pacifica no conteúdo de uma súmula ou orientação jurisprudencial.

Malgrado a oportunidade de o Tribunal Pleno analisar a matéria e instaurar o debate, é de suma importância que a Comissão faça a análise do caso, destacando a *ratio decidendi* e os pontos de sua estrutura, a fim de viabilizar a redação mais próxima do ideal da súmula ou orientação jurisprudencial que

²⁷⁴ Vide Anexo A.

representará o entendimento estabelecido nos precedentes que lhe deram origem.

A partir de 2009, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos do TST passou a colocar na base de dados do sítio da internet deste tribunal os precedentes que embasaram a aprovação dos verbetes, facilitando o estudo acerca da harmonia entre os precedentes e as súmulas e orientações jurisprudenciais.

A facilitação ao acesso a essa informação é algo a ser celebrado e aproveitado. Já é o momento de o operador do direito trazer a discussão, dentro (ou fora) do processo, da aplicação ou não de uma súmula ou orientação jurisprudencial, observada sua harmonia com os precedentes, ou ainda analisados os fatos que podem distinguir e afastar a sua aplicação.

6 OS OPERADORES DO DIREITO NO BRASIL E O USO DA TÉCNICA DE DISTINÇÃO

De todos os pontos traçados neste trabalho, buscando a contribuição para o desenvolvimento de uma teoria que auxilie a tarefa de recebimento das tendências vinculantes e uso das súmulas e orientações jurisprudenciais, o que ganha maior destaque é o estudo da técnica de distinção, ou *distinguishing*.

Um sistema jurídico pautado em precedentes, ou principalmente em precedentes, como tem ocorrido na seara trabalhista brasileira, está muito longe de qualquer crítica ou qualquer blindagem de distorções e falhas. A aplicação de uma regra nascida na jurisprudência pode trazer, e de fato traz, problemas similares aos enfrentados na aplicação da lei, de divergência de entendimentos na interpretação desta regra.

Assim, ainda que se cumpram os requisitos/técnicas lançados neste trabalho de formação do precedente, e posteriormente das súmulas e orientações

jurisprudenciais, considerados os aspectos de requisitos extrínsecos e intrínsecos estudados, ainda assim, no momento da aplicação destes verbetes poderão e deverão surgir divergências quanto à interpretação de seu conteúdo.

Façamos a análise ilustrativa de ao menos um exemplo: a Súmula 368²⁷⁵ do TST, que versa, no seu item I, sobre a competência para execução das contribuições sociais incidentes sobre o contrato de trabalho. Já houve decisão do STF, de interpretação do artigo 114 da Constituição Federal, no sentido de que esta competência não se estende à execução de contribuição sobre valores já pagos durante o decorrer da relação entre as partes, visto não possuir o juiz do trabalho atribuição para inscrever dívida ativa.²⁷⁶

Em um caso específico, foi solicitado ao juízo singular que reconhecesse essa incompetência²⁷⁷, havendo destaque para o ponto distintivo da causa, qual seja, contribuições incidentes sobre valores já pagos durante o período de vínculo reconhecido.

A sentença de primeiro grau acolheu de modo genérico o pedido, sob o fundamento de que a matéria tinha sido pacificada pelo TST. Decidindo recurso ordinário da União sobre a matéria, assim entendeu o tribunal não haver base legal para interpretação restritiva da Súmula n. 368, I, do TST, modificando a decisão de primeiro grau.²⁷⁸ Esta decisão ainda poderá ser levada ao TST para

²⁷⁵ Súmula n. 368. “DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO (redação do item II alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.04.2012) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição. (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998) [...]”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-17>. Acesso em: 13 jan. 2013.

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 569.056. Relator Ministro Menezes Direito. Brasília, DF. Julgado em 11.09.2008. Publicado em DJE 26.09.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidentes=2571983>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

²⁷⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 15ª Região. 0229000-10.2009.5.15.0097. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/JUN/pProcesso1g.wProcesso>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

²⁷⁸ Decisões anexadas a este trabalho. Vide Anexo C.

análise da divergência jurisprudencial sobre o alcance do item I da citada Súmula n. 368.

A importância de referido exemplo não está apenas na ilustração da divergência na interpretação de uma súmula, mas na importância do destaque ao ponto distintivo da causa.²⁷⁹

O exemplo apenas ilustra a importância da delimitação da situação fática que ensejará a aplicação da súmula. Ilustra ainda a importância de, na decisão, o juízo ponderar as questões que distinguem e afastam a aplicação de um verbete. Tivesse a questão sido abordada de modo genérico quanto à competência da Justiça do Trabalho para a execução das contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões, nos termos amplos utilizados pelo artigo 114, inciso VIII, da Constituição Federal, não poderia o tribunal, ou ao menos teria

²⁷⁹ Para ilustrar, colacionamos três decisões do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento de recursos de revista, destacando expressamente o ponto distintivo da questão:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. UNIÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÕES DECLARATÓRIAS DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SÚMULA 368, I/TST. Ressalvado o entendimento deste Relator (no sentido de que a Constituição - art. 114, VIII - conferiu competência à Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões, competência esta também afirmada pelo art. 876, parágrafo único, da CLT, combinado com o art. 114, IX, da Carta Magna), o Tribunal Superior do Trabalho, em novembro de 2008, ratificou o inciso I de sua Súmula 368, negando tal competência no que tange **a contribuições relativas a ações declaratórias de vínculo empregatício**, em harmonia a recentes decisões do STF nesta mesma direção. Observada esta ressalva de entendimento, dá-se efetividade à jurisprudência sumulada do TST e às decisões na mesma linha do STF. Agravo de instrumento desprovido [Grifos nossos]”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 284540-41.2003.5.02.0024. 6ª Turma. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, DF. Julgado em 05.05.2010. Publicado em 14.05.2010. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=284540&digitoTst=41&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0024>>. Acesso em: 05 dez. 2012.

“RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SÚMULA N.º 368, I, DO TST. 1. Em se tratando de execução de contribuições previdenciárias, a competência da Justiça do Trabalho para executá-las está circunscrita às sentenças -condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição-, nos termos da Súmula n.º 368, I, do TST. 2. De acordo com o posicionamento desta Corte, corroborado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **não estão inseridas na competência da Justiça Laboral, a execução de contribuições previdenciárias decorrentes dos salários pagos durante o período reconhecido em juízo**, bem como aqueles acordos homologados que não prevejam parcelas de natureza salarial, sujeitas à incidência do tributo. 3. Fixadas essas premissas, merece ser conhecido e provido o Recurso de Revista, por violação do art. 114, VIII, da CF [Grifos nossos]”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-101301-72.2006.5.17.0004. 8ª Turma. Relator Ministro XXXXX. Brasília, DF. Julgado em 22.09. 2010. Publicado em 30.09.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=101301&digitoTst=72&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0004>>. Acesso em: 05 dez. 2012.

dificuldade muito maior, afastar o entendimento consolidado na Súmula n. 368, I, do TST.

Evidente, portanto, a importância da distinção na busca da aplicação adequada do precedente, técnica esta que envolve o trabalho dos juízes e dos tribunais, mas que envolve também o trabalho dos advogados, que precisam levar e destacar ao Judiciário as especificidades que distinguem, ou não, um determinado caso para fins de aplicação da jurisprudência. Ou seja, o sistema não poderá funcionar corretamente, mesmo com o preenchimento de requisitos formais ou substanciais ou com uso de técnicas adequadas se os operadores do sistema não puderem ou não souberem lidar adequadamente com o seu uso.

7 CONTROLES DE VALIDADE E DE CONSTITUCIONALIDADE DE SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E ATO DE PODER

No Brasil, a Constituição Federal, no seu artigo 59, indica os “tipos de normas” existentes. O texto constitucional ainda prevê as competências para edição destas normas (artigos 22 a 30), regras para sua edição, e delega outras peculiaridades à legislação infraconstitucional.

O Poder Legislativo tem sua principal produção (normas, em sentido lato) balizada pela norma constitucional.

Focando no Poder Executivo, a Constituição Federal traça regras gerais sobre o ato administrativo e estabelece, no artigo 37, os requisitos para sua validade, quais sejam: forma, motivação, legitimidade, competência e finalidade.

Nesse passo, as normas produzidas pelos Poderes Legislativo e Executivo que, de alguma forma, ofenderem a Constituição Federal, poderão sofrer o controle de validade.

Verifica-se, assim, que os institutos criados pelos Poderes, no uso de suas atribuições, encontram no próprio sistema modos de revisão e controle. Não fosse

assim, e partindo-se do pressuposto de que o Poder Estatal deve ser cumprido, não haveria, salvo por meio de uma revolução, meios de paralisar o mau uso das possibilidades.

Em relação às súmulas e orientações jurisprudenciais, contudo, o modelo de controle ainda é muito atrasado, especialmente se considerados os aspectos estudados e desenvolvidos neste trabalho. A justificativa lançada é sempre a mesma, e já foi esboçada pelo STF: a súmula (ou orientação jurisprudencial) não é fonte de direito, mas apenas consolidação de entendimento, de modo que não poderá sofrer controle de constitucionalidade do Judiciário.

O pouco que se estudou neste trabalho, especialmente no que tange à inafastável tendência obrigatória de súmulas e orientações jurisprudenciais que, em algumas situações apresentam-se como verdadeiras fontes de direito, instituindo regras não previstas no ordenamento jurídico, mostra a falibilidade desta conclusão.

É importante destacar que regras veiculadas em súmulas e orientações jurisprudenciais fogem também a outros dois controles atuais: o controle feito pelo Poder Executivo, exercido pelo veto presidencial à norma inconstitucional ou inconveniente; o controle feito pelo Congresso Nacional. Tampouco é aceita a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, da Constituição Federal).

Toda norma jurídica tem como pressuposto a presunção de validade, legalidade e constitucionalidade. Sem que se impugnem estes atributos, a norma, exatamente porque provida deles, deve ser cumprida. Esta é a lógica do Estado de Direito. Existem as normas, criadas ou reconhecidas pelo Estado, as quais, por ordem lógica, devem ser cumpridas pelos cidadãos. O seu não cumprimento tem como consequência a imposição de uma sanção. A norma jurídica, portanto, é provida de coercibilidade. Os ordenamentos jurídicos possuem dispositivos de

validação das normas. A existência de uma Constituição Federal, no cume de um sistema “piramidal”, torna obrigatória a observância de suas regras e princípios.²⁸⁰

O respeito às formalidades previstas na Constituição Federal para edição das normas inferiores dá a estas o status de constitucional, cumpridos os requisitos formais, até que se demonstre o contrário.

Como destacado por Rodolfo de Camargo Mancuso²⁸¹:

[...] no plano jurídico, um certo enunciado normativo – uma lei ou um *ato de autoridade* – não se legitima de per si, fora do contexto do qual promana, senão que, ao contrário, haure seu poder de exigir na medida em que se ponha em harmonia com a normação positiva que lhe vem superposta [Grifos do autor].

Mais à frente, completa:

Assim, a validade jurídica de um *ato de autoridade* pressupõe o atendimento aos clássicos quesitos de *forma, motivação, legitimidade, competência e finalidade*, fundando-se, por vezes, em critérios de conveniência e oportunidade, também as leis, antes de entrarem em vigor, passam por um complexo procedimento. Primeiro, indaga-se acerca da própria competência do órgão ou ente político que pretende dar origem à propositura (com vistas a prevenir o chamado *vício de iniciativa*), passando na sequência por etapas diversas, tais as análises de assessorias especializadas (havendo em certos casos, a exigência de audiência pública); o trâmite pelas comissões parlamentares, com destaque para a de Constituição e Justiça; os debates em Plenário; as sucessivas redações, emendas e eventuais projetos substitutivos, até chegar às fases culminantes de *votação, aprovação, sanção, promulgação, publicação* e consequentemente *início de vigência* (este último quesito, c.f. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 1º) [Grifos do autor].²⁸²

E, por fim, conclui:

²⁸⁰ “Sendo pois o Direito uma ciência *nomotética*, ou seja, estruturada e formalizada através de normas de cunho atributivo, por aí se explica que um certo texto deva haurir coercibilidade (= poder de exigir) a partir da sua conformidade ao dispositivo hierarquicamente superior, ao qual se reporta. Esse desenho permite a visualização do Direito Positivo como uma estrutura em forma piramidal, que tem à sua base as ordens jurídicas menores, de âmbito restrito e específico (regulamentos, portarias, resoluções, ordens internas), passando pelo patamar intermediário das normações de caráter um tanto mais expandido (decretos, regulamentos), até o ponto mais elevado, onde se encontram as normas legais propriamente ditas, as quais se caracterizam, de um lado, por inovarem a ordem jurídica preexistente e, por outro, por ensejarem a constituição de posições jurídicas individuais, reveladas em situações de vantagem (direitos, poderes) ou de sujeição (deveres, obrigações), isso tanto nas relações entre os particulares, como nas destes com o Poder Público. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 393.

²⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 394.

²⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 394-395.

Estando o Direito Positivo organizado, pois, numa estrutura de tipo piramidal, compreende-se que as normas e atos governamentais extraíam sua coercibilidade a partir de uma presumida conformidade com a norma que lhe é imediata e hierarquicamente superior, e assim até chegar à própria Constituição (Federal ou Estadual, conforme o caso). Ou seja, a legitimidade e a coercibilidade de uma norma legal ou de um ato administrativo não se extraem deles mesmos, *ex propria auctoritate*, numa lógica *autopoiética*, onde a causa se confundiria com o efeito, e vice-versa; ao contrário, num Estado de Direito, essas normas obrigam-se *na medida* em que se acomodam ao contexto jurídico a que estão reportadas.²⁸³

Vimos, na segunda parte deste trabalho, que também em relação aos precedentes, súmulas e orientações jurisprudenciais deve haver a busca pelo seu controle de validade, o que inclui, obviamente, o controle de constitucionalidade.

Tudo indica que o ordenamento jurídico brasileiro não venha a adotar o controle de constitucionalidade típico de ato normativo primário para súmulas e orientações jurisprudenciais. Esta conclusão é extraída da regulamentação específica criada para o controle da súmula vinculante, Lei n. 11.417/2006, que deixa evidente a pretensão de estabelecer-se procedimento diferenciado para os atos normativos expedidos pelo Poder Judiciário.

A conclusão tem sido pela impossibilidade de controle de constitucionalidade das súmulas (o que inclui também as orientações jurisprudenciais), por não se tratarem de ato normativo típico primário. Assim ficou pacificado pelo STF na já mencionada ADI 594, cuja ementa se destaca:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO. SÚMULA N. 16, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I. A Súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada.
II. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.²⁸⁴

Mas essa não é uma opinião unânime. Para parte da doutrina, o fato de uma súmula ou orientação jurisprudencial trazer uma regra que inova no

²⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 395.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 594. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF. Publicado em 15 abr. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1524855>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

ordenamento jurídico, implica obrigatoriamente de reconhecer-se nova forma normativa.

Nesse sentido são os ensinamentos de Gustavo Pereira Farah²⁸⁵:

Legiferar é legislar, em grau primário, na fiel acepção do termo e atividade *originária* do Poder Legislativo. [...] Poderes Legislativo e Judiciário não compartilham de igual intensidade criativa. A súmula, contudo, trabalha na linha limítrofe de ambos os Poderes: algumas legislam; outras interpretam. O limite que a *criação* do juiz deve alcançar, na confecção de súmulas, não é o limite que ela efetivamente alcança. [...] Note-se, por conseguinte, que a súmula *interpretativa* não porta *inconstitucionalidade* sob comento, antes de ser *inconstitucional*, é *legiferante* e justamente por ser *legiferante*, é sempre *inconstitucional* [Grifos do autor].

De modo diferente do concluído neste trabalho, o citado doutrinador considera que as súmulas do TST possuem força geral e abstrata.²⁸⁶ Utilizando esta premissa no desenvolvimento de seu raciocínio, conclui:

Ao legislarem, as súmulas trabalhistas exercem ato de soberania política, estando sujeitas ao controle e limitação do próprio TST, que as institui, e *controle* é a palavra que por ora interessa. Mais do que isso, a *ausência de controle eficaz* é a expressão de ordem. Dada a relevância com que este trabalho alarma o problema, o sentido a se evoluir para alcançar a assertiva precipitada, seguir-se-á em linha decrescente, a fim de que, na abordagem das normas inconstitucionais sujeitas à ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), veja-se que esta é a única medida para combater as súmulas legiferantes do TST [Grifos do autor].²⁸⁷

Se considerássemos as súmulas e orientações jurisprudenciais “legiferantes” como possuidoras de efeitos gerais e abstratos, dificilmente poderíamos fugir a esta conclusão, já que o nosso ordenamento jurídico não autoriza referido instituto. Mas limitados os seus efeitos normativos às partes obrigadas a uma decisão judicial, a questão muda de figura, pois embora a regra esteja prevista em uma súmula ou em uma orientação jurisprudencial, é a decisão judicial que as torna obrigatória às partes. E esta hipótese é permitida pela Constituição Federal.

²⁸⁵ FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*, p. 185-186.

²⁸⁶ FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*, p. 189.

²⁸⁷ FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*, p. 189.

O controle de constitucionalidade no Brasil, contudo, pode realizar-se, segundo nossa organização judiciária, de modo concentrado (direto, abstrato ou principal) ou incidental (concreto).²⁸⁸

Se o controle não pode existir na forma concentrada, não poderá ser afastado na análise do caso concreto. Isso faz mais sentido quando resgatamos a conclusão a que chegamos na primeira parte deste trabalho, a respeito do alcance da norma existente em súmulas ou orientações jurisprudenciais que inovam o ordenamento jurídico, qual seja: inexistência de força geral e abstrata, mas com força obrigatória quando aplicada ao caso concreto.

Considerado o atual estágio da organização, no Brasil não é ainda possível impor-se o controle de constitucionalidade concentrado, seja das súmulas, seja das orientações jurisprudenciais.

Aqui, mais uma vez, devemos destacar a importância da argumentação levada a juízo pelas partes. Se, salvo na hipótese de súmula vinculante, a obrigatoriedade da norma insculpida em súmula ou orientação jurisprudencial está adstrita à decisão judicial que a aplica às partes, é imprescindível que as mesmas partes levem o debate incidental sobre a validade ou sobre a constitucionalidade dos verbetes.

²⁸⁸ “Em suma, à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios *difuso* e *concentrado*, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle por *via de exceção* e por *ação direta de constitucionalidade* e ainda a referida *ação declaratória de constitucionalidade*. De acordo com o controle por exceção, *qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja da natureza que for, qualquer que seja o juízo* [Grifos do autor]”. AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 50.

CONCLUSÃO

A edição de verbetes como súmulas e orientações jurisprudenciais tem sido objeto de acalorados debates no meio jurídico.

Com efeito, as discussões levantadas, com ponderações favoráveis e contrárias à adoção do sistema de súmulas e orientações jurisprudenciais com tendência vinculante apontam diversos fatores como justificativa.

A inexistência de uma ciência para acompanhar a atual tendência vinculante foi preponderante para rejeição desta sistemática. Isto porque a história e a experiência dos precedentes em cada país em que são utilizados, bem como os motivos de sua criação, influenciam diretamente o seu desenvolvimento.

No Brasil, por exemplo, o surgimento das súmulas esteve diretamente ligado à preocupação de melhorar, facilitar e acelerar o trabalho dos tribunais²⁸⁹. Embora louvável, essa motivação não pode ser a única a sustentar um sistema que torne obrigatórias súmulas, orientações jurisprudenciais, precedentes ou outro instituto.

De certo modo, a rejeição das súmulas ou precedentes obrigatórios por parte da comunidade jurídica brasileira se deve a esse passado histórico. Tanto é assim que a tendência vinculante vem sendo imposta pela modificação da legislação.

²⁸⁹ É o que ensina Luiz Guilherme Marinoni: “As súmulas no direito brasileiro – se não foram idealizadas – foram compreendidas como mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem. Certamente não tiveram a preocupação em garantir coerência da ordem jurídica ou igualdade e previsibilidade. Caso a história judicial houvesse demonstrado tal preocupação, teria suscitado discussões doutrinárias apropriadas acerca da sua aplicação, bem como decisões que explicassem a sua origem – num contexto amplo – e as razões para a sua adoção ou não diante das particularidades fáticas do caso sob julgamento. Lembre-se que, para justificar as súmulas, aludiu-se à necessidade de ‘desafogar o Judiciário’, mas nunca se disse – ao menos antes da ‘súmula vinculante’ – que era preciso afirmar a coerência da ordem jurídica, garantir a segurança jurídica e impedir de casos semelhantes fossem decididos de modo desigual”. (*Precedentes obrigatórios*, p. 480).

Malgrado as correntes contrárias, o processo de instituição de sistemas que imponham a vinculação de verbetes editados pelos tribunais tende a ser irreversível.

A técnica desenvolvida no sistema do *common law* está muito longe de ficar a salvo de qualquer crítica. Neste sistema, ante a ausência ou escassez de regras escritas e fundamento na teoria do *stare decisis* leva a situações que podem causar erros de aplicação da regra²⁹⁰. Ou seja, mesmo no *common law*, onde a técnica baseada em regras estabelecidas dentro do precedente vem sendo desenvolvida há séculos existe esta dificuldade, calcule-se o que pode ocorrer com um sistema que não possua esta tradição

Muito bem. Neste trabalho procuramos demonstrar as formas de construção dos precedentes e conseqüentemente das súmulas e orientações jurisprudenciais, considerada a importância que tais institutos vêm tomando em nosso país. Referidos instrumentos, inicialmente criados apenas como forma de facilitar o trabalho nos tribunais, recebem da nova legislação e dos operadores de direito características que permitem afirmar a tendência vinculante que carregam.

Embora o sistema adotado no Brasil seja o de tradição romano-germânica, em que o primado da lei ainda é a regra, a verdade é que a jurisprudência, como fonte de direito, tem sido utilizada cada vez mais como uma possibilidade. Nesse contexto, urge o desenvolvimento de uma teoria que, dotando o sistema de técnicas e requisitos, permita buscar a formação e o uso adequados desses institutos.

Neste esforço de pesquisa também verificamos que a jurisprudência pode ter natureza de fonte de direito. Para tanto, basta que as decisões que a embasaram tenham representado em si a integração do ordenamento jurídico ou que sua obrigatoriedade decorra de determinação constitucional ou legal, ou, por

²⁹⁰ “A estrutura do precedente e a dificuldade de identificação do enunciado efetivamente formador da regra contida no precedente e cuja adoção se impõe seja preservada em casos semelhantes por força do *stare decisis* são as causas da diferença de métodos de análise e argumentação jurídica”. DINAMARCO, Julia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante*, p. 126.

fim, que o sistema jurídico adote a jurisprudência como fonte das regras de direito.

No Brasil, as duas primeiras hipóteses são possíveis, sendo a primeira localizada na súmula vinculante e a segunda na possibilidade de o nosso Poder Judiciário integrar o ordenamento jurídico com decisões que criarão uma regra. Mais: a regra criada pela jurisprudência não tem força geral e abstrata, e apenas se torna obrigatória para a parte em caso de decisão judicial que aplica a jurisprudência no caso concreto.

Malgrado a conclusão de que o sistema jurídico adotado no Brasil não permite a conclusão pela obrigatoriedade da jurisprudência, verificamos que algumas técnicas de requisitos desenvolvidos pelo *common law* podem ser de grande valia para o desenvolvimento das nossas teorias.

O *common law*, que, conforme vimos, está muito longe de qualquer crítica, tem bem desenvolvidos os conceitos e as técnicas de construção de precedente e estabelecimento da regra, de modo a permitir a construção do ordenamento jurídico por meio da sua estrutura.

Constatamos, nesse cenário, as profundas diferenças existentes entre esses sistemas – *common law* e *civil law* –, mas também pudemos verificar que algumas técnicas, caso recebidas por nós, igualmente poderão ser de grande valia para o desenvolvimento de uma teoria que permita o bom uso dos precedentes.

A segunda parte do estudo se dedicou a apresentar as apontadas técnicas e como seria a sua aplicação aos institutos ligados à jurisprudência existentes no Brasil. Somadas tais técnicas às regras formais já existentes de formação da jurisprudência, dos precedentes, das súmulas e das orientações jurisprudenciais, teríamos por aí o caminho da validade destes verbetes dentro do ordenamento jurídico.

Adiante, na terceira parte, buscamos, enfim, o estudo mais específico das súmulas e orientações jurisprudenciais do TST e a aplicação das técnicas e das regras apresentadas e, consideradas as premissas e conclusões da primeira parte do trabalho, enveredamos pelo caminho que nos desafiava apresentar uma solução de uso destes verbetes.

A importância do manejo dessas técnicas pelos operadores do direito é destacada como ferramenta *sin quod non* para podemos conviver com as súmulas e as orientações jurisprudenciais em um contexto de validade.

Os meios de controle da validade das súmulas e orientações jurisprudenciais ainda se apresentam de modo muito deficitário, razão pela qual aumenta mais a responsabilidade dos operadores do direito, especialmente juízes e advogados, na discussão sobre a validade ou não de um verbe, pautados no descumprimento das técnicas, regras ou pressupostos de validade traçados neste trabalho.

Por fim, a certeza de que a regra prevista em uma súmula ou orientação jurisprudencial, ou na jurisprudência como um todo, somente tem obrigatoriedade no caso concreto permite sustentar a possibilidade de controle de constitucionalidade, utilizada a via incidental, com declaração pontual feita pelo juiz singular.

Um último destaque: o que entendemos ser mais importante de tudo o que foi colocado até aqui é reconhecer as tendências vinculantes, e mais, reconhecer que este é um caminho de difícil retorno, uma razão a mais para se evidenciar a necessidade de esforços doutrinários para desenvolver uma teoria que acompanhe esta nova fase do sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. *Direito sumular do trabalho*. O direito material e processual do trabalho dos novos tempos. São Paulo: LTr, 2009.

AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Curso de direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AZEVEDO, Gelson de. A disciplina judiciária e a grandeza intelectual do juiz. *Revista do TST*, Brasília, v. 68, n. 2, abr./jun. 2002. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/documents/1295387/1313045/03.+A+disciplina+judici%C3%A1ria+e+a+grandeza+intelectual+do+juiz>>. Acesso em: 8 set. 2012.

AZEVEDO, Marco Antonio de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado – CEPGE, 2009.

BARTEL, Alex dos Santos. *A transcendência dos motivos determinantes no controle difuso*. [Artigo científico apresentado como requisito para conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma Especial]. Santa Catarina, Escola Federal da Magistratura de Santa Catarina - ESMAFESC, 2011.

BRASIL JR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudências dominantes na solução de controvérsias*. 2010. 351f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Portal da Cidadania. Institucional. Comissão de juristas discute sugestões sobre incidente de coletivização. 23.03.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96448>. Acesso em: 04 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual. *Rcl* 6266. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629349>>. Acesso em 13 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 594. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF. Publicado em 15 abr. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1524855>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 569.056. Relator Ministro Menezes Direito. Brasília, DF. Julgado em 11.09.2008. Publicado em DJE 26.09.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidentes=2571983>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudências. *Súmulas Vinculantes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=4.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisões monocráticas. *Rcl* 6266. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+6266%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 2ª Região. RO 02970302084, Ac. N. 02980351797. 8ª Turma. Relatora Juíza Wilma Nogueira Araújo Vaz da Silva. São Paulo, SP. Julgado em 22.06.1998. Publicado em DOESP, PJ 21.07.1998. Disponível em: <<http://www.trt2.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 15ª Região. 0229000-10.2009.5.15.0097. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/JUN/pProcesso1g.wProcesso>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ag-IRR - 14700-22.2009.5.06.0018. 8ª Turma. Relatora Juíza Convocada Maria Laura Franco Lima de Faria. Brasília, DF. Julgado em 07.08.2012. Publicado em 10.08.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=14700&digitoTst=22&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=06&varaTst=0018>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 81900-27.2009.5.15.0008, 4ª Turma. Relator Ministro Milton de Moura França, Brasília, DF. Julgado em 29.02.2012, Publicado em 09.03.2012. Julgado em 29.02.2012, Publicado em 09.03.2012. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=81900&digitoTst=27&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0008>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 284540-41.2003.5.02.0024. 6ª Turma. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, DF. Julgado em 05.05.2010. Publicado em 14.05.2010. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=284540&digitoTst=41&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0024>>. Acesso em: 05 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 142100-17.2007.5.15.0122, 4ª Turma. Relator Ministro Milton de Moura França, Brasília, DF. Julgado em 08.02.2012, Publicado em 24.02.2012. Julgado em 08.02.2012, Publicado em 24.02.2012. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=142100&digitoTst=17&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0122>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Busca de Notícias. Disponível em:

<http://www.tst.jus.br/busca_de_noticias?p_p_id=buscanoticia_WAR_buscanoticiasportlet_INSTANCE_xl8Y&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2&advanced-search-display=yes&articleId=279221&version=1.0&groupId=10157&entryClassPK=279223>. Acesso em: 22 set. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-ED-RR - 28300-72.2006.5.15.0016. 7ª Turma. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Brasília, DF. Julgado em 11.06.2008. Publicado em DJ 13.06.2008. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=28300&digitoTst=72&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0016>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR - 13562/2002-902-02-00. Relator Ministro Horácio Senna Pires. Brasília, DF. Publicado em DJ de 07.08.2009. Disponível em: <<https://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR-161800-84.2005.5.08.0011. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. Brasília, DF. Julgado em 25.02.2010. Publicado em DEJT 05.03.2010. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta>

a=Consultar&conscsjt=&numeroTst=161800&digitoTst=84&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=08&varaTst=0011>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial da SDI-1*. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm#TEMA191>. Acesso em: 13 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-17>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-228>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO - 56800-08.2009.5.11.0000. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Relator Ministro Emmanoel Pereira. Brasília, DF. Julgado em 21.08.2012. Publicado em 24.08.2012. Disponível em:
<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=56800&digitoTst=08&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=11&varaTst=0000>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ROAR 387.687. SDBI-II. Relator Ministro Francisco Fausto. Brasília, DF. Julgado em 14.11.2000. Publicado em DJU 07.12.2000, p. 602. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 15200-95.2007.5.04.0024. 7ª Turma. Relatora Juíza convocada Maria Doralice Novaes. Brasília, DF. Julgado em 01.09.2010. Publicado em DEJT 03.0.2010.) Disponível em:
<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=15200&digitoTst=95&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0024>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 30700-82.2006.5.22.0107. 5ª Turma. Relator Ministro Emmanoel Pereira. Brasília, DF. Julgado em 30.06.2010. Publicado em DEJT 06.08.2010. Disponível em:
<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=30700&digitoTst=82&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=22&varaTst=0107>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 60900-92.2004.5.12.0019. 2ª Turma. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Brasília, DF. Julgado em 09.06.2010, Publicado em DEJT de 28.06.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=60900&digitoTst=92&anoTst=2004&orgaoTst=5&tribunalTst=12&varaTst=0019>>. Acesso em: 31 out. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 7100-45.2006.5.15.0004. 2ª Turma. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, DF. Julgado em 18.08.2010. Publicado em DEJT 03.09.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=7100&digitoTst=45&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0004>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 72800-07.2009.5.02.0074. 4ª Turma. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, DF. Julgado em 15.09.2010. Publicado em DEJT 24.09.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=72800&digitoTst=07&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0074>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-101301-72.2006.5.17.0004. 8ª Turma. Relator Ministro XXXXX. Brasília, DF. Julgado em 22.09. 2010. Publicado em 30.09.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=101301&digitoTst=72&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=17&varaTst=0004>>. Acesso em: 05 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 118000-33.2009.5.06.0007, 1ª Turma. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, Brasília, DF. Julgado em 29.08.2012, Publicado em 06.09.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=118000&digitoTst=33&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=06&varaTst=0007>>. Acesso em: 31 out. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 123700-70.2005.5.09.0322, 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Brasília, DF. Julgado em 29.02.2012, Publicado em 09.03.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=123700&digitoTst=70&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0322>> Acesso em: 31 out. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 130800-50.2008.5.23.0009. 4ª Turma. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, DF. Julgado em 02.06.2010. Publicado em DEJT 06.08.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta>

a=Consultar&conscsjt=&numeroTst=130800&digitoTst=50&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=23&varaTst=0009>. Acesso em: 13 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 159900-58.2006.5.15.0004. 3ª Turma. Relatora Ministra Rosa Maria Weber. Brasília, DF. Julgado em 16.06.2010. Publicado em DEJT 06.08.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=159900&digitoTst=58&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0004>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 168600-42.2007.5.08.0114. 2ª Turma. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva. Brasília, DF. Julgado em 15.02.2012. Publicado em 02.03.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=168600&digitoTst=42&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=08&varaTst=0114>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 204000-39.2009.5.15.0022, 2ª Turma. Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, DF. Julgado em 16.05.2012. Publicado em 25.05.2012. Julgado em 16.05.2012. Publicado em 25.05.2012. . Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=204000&digitoTst=39&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0022>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 224600-17.2001.5.02.0057. 1ª Turma. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, DF. Julgado em 25.08.2010. Publicado em DEJT 03.09.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=224600&digitoTst=17&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0057>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 294900-82.2003.5.02.0461. 6ª Turma. Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, DF. Julgado em 16.05.2012. Publicado em DEJT de 25.05.2012. Julgado em 16.05.2012. Publicado em DEJT de 25.05.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=294900&digitoTst=82&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0461>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 60900-92.2004.5.12.0019. 2ª Turma. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Brasília, DF. Julgado em 09.06.2010, Publicado em DEJT de 28.06.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=60900&digitoTst=92&anoTst=2004&orgaoTst=5&tribunalTst=12&varaTst=0019>>. Acesso em: 31 out. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 86400-95.2009.5.08.0117. 4ª Turma. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. Brasília, DF. Julgado em 09.06.2010. Publicado em DEJT 06.08.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=86400&digitoTst=95&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=08&varaTst=0117>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 613828-37.1999.5.04.5555. Número no TRT de Origem RO-873014/1995-0000-04.00. 4ª Turma. Relator Ministro Milton de Moura França. Brasília, DF. Julgado em 24.09.2003. Publicado em DJE 10.10.2003. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=613828&digitoTst=37&anoTst=1999&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=5555>>. Acesso em: 31 out. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 2111200-41.2009.5.09.0016, 5ª Turma. Relator Ministro João Batista Brito Pereira, Brasília, DF. Julgado em 07.03.2012, Publicado em 16.03.2012. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2111200&digitoTst=41&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0016>>. Acesso em: 31 out. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 8060300-57.2006.5.09.0015. 3ª Turma. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, DF. Julgado em 25.08.2010. Publicado em DEJT 03.09.2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=8060300&digitoTst=57&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0015>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 114. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0114.htm>. Acesso em: 04 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula n. 172. REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. “Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. (ex-Prejulgado nº 52)”. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0172.htm>. Acesso em: 04 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 219. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219>. Acesso em: 13 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 337. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-337>. Acesso em: 13 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 363. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0361a0390.htm#TST>. Enunciado nº 363>. Acesso em: 04 jan. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-E-ED-AIRR e RR-750.675/2001.0, SBDI-1, Relator Ministro João Batista Brito Pereira. Brasília, DF. Julgado em 99.99.9999, Publicado em DJU de 19.10.2007. Julgado em 19.10.2007, Publicado em DJU de 19.10.2007. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 31 out. 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília, TRT 1ª Região, v.9, n.1, p. 176, jan./mar.1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processos, ideologias e sociedades*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v.1.

_____. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Impressão 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAVID, Rene. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo Coletivo. 3. ed. rev. ampl. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DINAMARCO, Julia Raquel Quiroz de. *Súmula vinculante* 2002. 322 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

FARAH, Gustavo Pereira. *As súmulas inconstitucionais do TST*. São Paulo: LTr, 2007.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito suposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrine. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LOR, Encarnacion Alfonso. *Súmula vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista do TST*. Brasília, TST, v. 71, n. 3, p. 135-149, set./dez. 2005. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_71/rev_71_3/rev_71_3_6.pdf>. Acesso em: 18 set. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.

MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Aspectos da lógica da decisão judicial. 4. ed. Campinas, SP: Millenium, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *Sociologia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, março/maio 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUTO MAIOR, Jorge. Súmulas com efeito vinculante. *Revista Eletrônica TRT 3ª Região*, TRT 3ªR, Belo Horizonte, n. 55-56, p. 72-73, 1995. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jorge_Maior.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2013.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. *Segurança jurídica e jurisprudência. Um enfoque jurídico-filosófico*. São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, Savio de Figueiredo As tendências brasileiras rumo à jurisprudência ciculante. *Informativo Jurídico*. Brasília, Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 10, n. 2, p. 89-203, jul./ dez. 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários às súmulas processuais do TST*. São Paulo: LTr, 1981.

TELLES, Ignácio da Silva. *A experiência da democracia liberal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANEXO A – REGIMENTO INTERNO TST 2011

TÍTULO II DA JURISPRUDÊNCIA

CAPÍTULO I DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Art. 156. O incidente de uniformização reger-se-á pelos preceitos dos arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil.

§ 1.º O incidente será suscitado quando a Seção Especializada constatar que a decisão se inclina contrariamente a reiteradas decisões dos órgãos fracionários sobre interpretação de regra jurídica, não necessariamente sobre matéria de mérito.

§ 2.º O incidente somente poderá ser suscitado por Ministro ao proferir seu voto perante a Seção Especializada, pela parte, ou pelo Ministério Público do Trabalho, pressupondo, nos dois últimos casos, divergência jurisprudencial já configurada.

§ 3.º A petição da parte e do Ministério Público, devidamente fundamentada, poderá ser apresentada até o momento da sustentação oral, competindo à Seção Especializada apreciar preliminarmente o requerimento.

§ 4.º Verificando a Seção Especializada que a maioria conclui contrariamente a decisões reiteradas de órgãos fracionários sobre tema relevante de natureza material ou processual, deixará de proclamar o resultado e suscitará o incidente de uniformização de jurisprudência ao Tribunal Pleno. A decisão constará de simples certidão.

§ 5.º A determinação de remessa ao Tribunal Pleno é irrecorrível, assegurada às partes a faculdade de sustentação oral por ocasião do julgamento.

§ 6.º Será Relator no Tribunal Pleno, o Ministro originariamente sorteado para relatar o feito em que se verifica o incidente de uniformização; se vencido, o Ministro que primeiro proferiu o voto prevalecente. Caso o Relator originário não componha o Tribunal Pleno, o feito será distribuído a um dos membros deste Colegiado.

§ 7.º Os autos serão remetidos à Comissão de Jurisprudência para emissão de parecer e apresentação da proposta relativa ao conteúdo e redação da Súmula ou do Precedente Normativo a ser submetido ao Tribunal Pleno, e, após, serão conclusos ao Relator para exame e inclusão em pauta.

§ 8.º As cópias da certidão referente ao incidente de uniformização e do parecer da Comissão de Jurisprudência serão remetidas aos Ministros da Corte, tão logo incluído em pauta o processo.

§ 9.º Como matéria preliminar, o Tribunal Pleno decidirá sobre a configuração da contrariedade, passando, caso admitida, a deliberar sobre as teses em conflito.

§ 10. A decisão do Tribunal Pleno sobre o tema é irrecorrível, cabendo à Seção Especializada, na qual foi suscitado o incidente, quando do prosseguimento do julgamento, aplicar a interpretação fixada.

§ 11. A decisão do Tribunal Pleno sobre o incidente de uniformização de jurisprudência constará de certidão, juntando-se o voto prevalecente aos autos. As cópias da certidão e do voto deverão ser juntadas ao projeto de proposta formulado pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos para redação final da Súmula ou do Precedente Normativo que daí decorrerá.

Art. 157. Observar-se-á, no que couber, o disposto no art. 156 quanto ao procedimento de revisão da jurisprudência uniformizada do Tribunal, objeto de Súmula, de Orientação Jurisprudencial e de Precedente Normativo.

Art. 158. A revisão ou cancelamento da jurisprudência uniformizada do Tribunal, objeto de Súmula, de Orientação Jurisprudencial e de Precedente Normativo, será suscitada pela Seção Especializada, ao constatar que a decisão se inclina contrariamente a Súmula, a Orientação Jurisprudencial ou a Precedente Normativo, ou por proposta firmada por pelo menos dez Ministros da Corte, ou por projeto formulado pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos.

§ 1.º Verificando a Seção Especializada que a maioria se inclina contrariamente a Súmula, a Orientação Jurisprudencial ou a Precedente Normativo, deixará de proclamar o resultado e encaminhará o feito à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos para, em trinta dias, apresentar parecer sobre a sua revisão ou cancelamento, após o que os autos irão ao Relator para preparação do voto e inclusão do feito em pauta do Tribunal Pleno.

§ 2.º A determinação de remessa à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos e ao Tribunal Pleno é irrecorrível, assegurada às partes a faculdade de sustentação oral por ocasião do julgamento.

§ 3.º Será relator no Tribunal Pleno o Ministro originariamente sorteado para relatar o feito em que se processa a revisão ou o cancelamento da Súmula, da Orientação Jurisprudencial ou do Precedente Normativo; se vencido, o Ministro que primeiro proferiu o voto prevalecente. Caso o relator originário não componha o Tribunal Pleno, o feito será distribuído a um dos membros deste Colegiado.

§ 4.º As cópias da certidão referente à revisão ou cancelamento da Súmula, da Orientação Jurisprudencial ou do Precedente Normativo, e do parecer da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos serão remetidas aos Ministros da Corte, tão logo incluído em pauta o processo.

CAPÍTULO II DAS SÚMULAS

Art. 159. Nos processos que tratem de matéria objeto de incidente de uniformização de jurisprudência, haverá o sobrestamento do feito até decisão do incidente.

Art. 160. Para efeito do disposto nos arts. 894, II, e 896, “a” e “b”, e §§ 3.º, 4.º, 5.º e 6.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, será consubstanciada em Súmula a jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho.

Art. 161. Quando se tratar de exame de constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, a edição de Súmula independe da observância dos dispositivos regimentais que regem a matéria, salvo quanto à exigência relativa à tomada de decisão por maioria absoluta.

Art. 162. Da proposta de edição de Súmula formulada pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos resultará um projeto, devidamente instruído, que será encaminhado ao Presidente do Tribunal para ser submetido à apreciação do Tribunal Pleno.

Art. 163. A proposta de edição de Súmula, firmada por pelo menos dez Ministros da Corte, ou de iniciativa de qualquer Ministro do Tribunal, no exercício da atividade jurisdicional, deverá ser encaminhada à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos.

§ 1.º A proposta firmada por pelo menos dez Ministros da Corte será encaminhada ao Presidente do Tribunal, que a enviará à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos para, no prazo de trinta dias, emitir parecer fundamentado e conclusivo, que será submetido à apreciação do Tribunal Pleno.

§ 2.º A proposta de iniciativa de Ministro, se acolhida pela maioria absoluta dos membros efetivos da Seção Especializada que apreciou o recurso respectivo, será examinada pela Comissão que, no prazo de trinta dias, emitirá parecer dirigido ao Presidente do Tribunal para ser submetido à apreciação do Tribunal Pleno.

Art. 164. O parecer da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos deverá conter opinião fundamentada acerca da proposta de edição da Súmula. Na hipótese de acolhimento da proposta, deverá sugerir o texto a ser editado, instruído com as cópias dos precedentes e da legislação pertinente.

Art. 165. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I – três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

II – cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

III – quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou

IV – dois acórdãos e cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples.

§ 1.º Os acórdãos catalogados para fim de edição de Súmula deverão ser de relatores diversos, proferidos em sessões distintas.

§ 2.º Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou Confederação Sindical, de âmbito nacional, suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação, pelo Tribunal Pleno, de proposta de edição de Súmula. Nesse caso, serão

dispensados os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, e deliberada, preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público.

Art. 166. A edição, revisão ou cancelamento de Súmula serão objeto de apreciação pelo Tribunal Pleno, considerando-se aprovado o projeto quando a ele anuir a maioria absoluta de seus membros.

CAPÍTULO III

DOS PRECEDENTES NORMATIVOS E DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Art. 167. Da proposta de edição de Precedentes Normativos do Tribunal e de Orientações Jurisprudenciais formulada pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos resultará um projeto, que será devidamente instruído com a sugestão do texto, a exposição dos motivos que justificaram a sua edição, a relação dos acórdãos que originaram os precedentes e a indicação da legislação pertinente à hipótese.

§ 1.º O projeto será encaminhado aos Ministros para, no prazo de quinze dias, apresentarem sugestões e/ou objeções pertinentes.

§ 2.º Vencido o prazo do parágrafo anterior, a Comissão, após exame das sugestões e/ou objeções, deliberará conclusivamente sobre o projeto.

Art. 168. A proposta de Precedente Normativo do Tribunal deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I – três acórdãos da Seção Especializada em Dissídios Coletivos, reveladores da unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do Órgão; ou

II – cinco acórdãos da Seção Especializada em Dissídios Coletivos, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do Órgão.

Art. 169. Poderão ser estabelecidos precedentes para o Órgão Especial, que expressarão a jurisprudência prevalecente.

Art. 170. A proposta de orientação jurisprudencial do Órgão Especial deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I – três acórdãos do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, reveladores da unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) de seus membros; ou

II – cinco acórdãos do Tribunal Pleno ou do Órgão Especial, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) de seus membros.

Art. 171. A proposta de instituição de nova orientação jurisprudencial da Seção Especializada em Dissídios Individuais deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I – dez acórdãos da Subseção respectiva reveladores da unanimidade sobre a tese; ou (Redação dada pela Emenda Regimental nº 1/2011)

II – vinte acórdãos da Subseção respectiva prolatados por maioria de dois terços de seus integrantes. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 1/2011)

Art. 172. Aprovada a proposta, passará a denominar-se Precedente Normativo ou Orientação Jurisprudencial, conforme o caso, com numeração própria.

Art. 173. Os Precedentes Normativos e as Orientações Jurisprudenciais expressarão a jurisprudência prevalecente das respectivas Subseções, quer para os efeitos do que contém a Súmula n.º 333 do TST quer para o que dispõe o art. 557, caput, e § 1.º-A do Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Os acórdãos catalogados para fim de adoção de Precedentes Normativos e de Orientação Jurisprudencial deverão ser de relatores diversos correspondentes a, pelo menos, dois terços dos integrantes do respectivo órgão fracionário do Tribunal e ter sido proferidos em sessões distintas, realizadas no período mínimo de dezoito meses. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 1/2011)

CAPÍTULO IV

DA DIVULGAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL

Art. 174. A jurisprudência do Tribunal será divulgada pelas seguintes publicações:

I – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho ou Diário da Justiça da União;

II – Revista do Tribunal Superior do Trabalho;

III – periódicos autorizados, mediante registro; e

IV – sítio do Tribunal Superior do Trabalho na internet.

Parágrafo único. São repositórios autorizados para indicação de julgados perante o Tribunal os repertórios, revistas e periódicos registrados de conformidade com o ato normativo editado pela Presidência, além do sítio do Tribunal Superior do Trabalho na internet.

Art. 175. As Súmulas, os Precedentes Normativos e as Orientações Jurisprudenciais, datados e numerados, serão publicados por três vezes consecutivas no Diário da Justiça da União ou no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, com a indicação dos respectivos precedentes, observado o mesmo procedimento na revisão e no cancelamento.

Parágrafo único. As Súmulas, os Precedentes Normativos e as Orientações Jurisprudenciais canceladas ou alteradas manterão a respectiva numeração, com a nota correspondente, tomando novos números as que forem editadas.

ANEXO B – PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DA EFICÁCIA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES²⁹¹

Da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes da decisão

Art. 1º. Os fundamentos essenciais e determinantes da decisão vinculam o Tribunal que a proferiu, assim como os juízos a ele adstritos, em todos os casos que lhe forem submetidos.

Art. 2º. Têm eficácia vinculante as decisões:

I – do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade;

II – do Superior Tribunal de Justiça, que firmarem entendimento acerca de interpretação da lei federal;

III – dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais que, em incidente de uniformização de jurisprudência, pronunciarem-se sobre questão de constitucionalidade ou definirem questão jurídica;

Art. 3º. Não têm eficácia vinculante:

I – os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para se chegar ao resultado fixado em seu dispositivo;

II – os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referenciados pela maioria dos membros do órgão julgador.

Art. 4º. Possuem eficácia vinculante os fundamentos determinantes da decisão, tomada no curso do julgamento de órgão colegiado, desde que adotados ou referenciados pela maioria dos seus membros.

Art. 5º. Os precedentes dotados de eficácia vinculante podem ser adotados quando o Tribunal ou juízo distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não tratada no precedente, a impor outra solução jurídica.

²⁹¹ De Luiz Guilherme Marinoni

Art. 6º. Diante de circunstâncias especiais, devidamente demonstradas e justificadas, o Tribunal poderá revogar os seus precedentes.

Parágrafo único. Deixam de ser aplicáveis, independentemente de revogação, os precedentes que se tornarem incompatíveis com decisões dos Tribunais Superiores.

Art. 7º. O Tribunal, ao revogar precedente com eficácia vinculante, deverá definir os efeitos da decisão, podendo limitar sua retroatividade ou dar-lhe efeitos prospectivos, considerando o grau de confiança depositado no precedente e a importância de se aplicar imediatamente a decisão para o tratamento isonômico dos jurisdicionados.

Art. 8º. Em caso de não observância de decisão com eficácia vinculante, cabe reclamação ao Tribunal que a proferiu.

§ 1º. O relator, ao admitir a reclamação, pode determinar a suspensão do processo da decisão reclamada.

§ 2º. A decisão de procedência da reclamação cassará a decisão reclamada, determinando a prolação de nova decisão em observância à decisão vinculante.

ANEXO C – ACÓRDÃO: PROCESSO TRT/15ª REGIÃO**N. 0229000-10.2009.5.15.0097**

ACÓRDÃO

1ª TURMA - 1ª CÂMARA

RECURSO ORDINÁRIO

PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N. 0229000-10.2009.5.15.0097

ORIGEM: 4ª VARA DO TRABALHO DE JUNDIAÍ

RECORRENTE: UNIÃO

RECORRIDOS: RAISSA HELENA RODRIGUES CINTRA

PLIÉ CURSOS DE DANÇA LTDA. - ME

JUÍZA SENTENCIANTE: ANDREA GUELFY CUNHA

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O PERÍODO DE VÍNCULO RECONHECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

A sentença ou acordo que reconhece período de vínculo trabalhado sem registro constitui-se em título hábil à execução correspondente, tendo em vista o caráter contributivo e obrigatório das contribuições previdenciárias (EC 20/98 e 45/04). Assim sendo, não há base legal para a interpretação reducionista consignada no item I da Súmula 368 do C. TST, pois tal reduziria a efetividade da jurisdição trabalhista e estimularia o desnecessário ajuizamento de novas demandas, em prejuízo do princípio constitucional da celeridade processual. Inteligência do art. 876, parágrafo único da CLT e arts. 276, § 7º e 277 do Decreto 4.032/2001.

Inconformada com a r. decisão de fl. 152, recorre a União (fls. 154-161) sustentando ser a Justiça do Trabalho competente para a execução das contribuições previdenciárias decorrentes do período de vínculo empregatício reconhecido. Aduz, ainda, que houve violação ao art. 114, VIII da CF/88.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Em cumprimento ao Regimento Interno deste TRT, não houve a remessa dos autos à Procuradoria do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. Do conhecimento

Presentes os pressupostos de admissibilidade, decido conhecer do recurso ordinário.

2. Das contribuições previdenciárias sobre o período em que foi reconhecido o vínculo empregatício

Na audiência inaugural, em que o acordo foi homologado pelo Juízo a quo (fls. 93-94), foi determinada a anotação do contrato de trabalho na CTPS do autor pela reclamada de 01/03/2004 a 13/05/2009, na função de professora de ballet, com salário inicial de R\$ 800,00; R\$ 1.500,00 a partir de 01/01/2007 e R\$ 1.931,00 de 01/01/2009 até a ruptura do pacto laboral.

Intimada da homologação, a União apresentou cálculos relativos às contribuições previdenciárias concernentes ao período do vínculo de emprego. Ao apreciá-los, consignou o Juízo a quo in verbis:

“declaro a incompetência desta Justiça Especializada para a cobrança dos recolhimentos previdenciários do período de vínculo reconhecido, tendo em vista a recente decisão do Supremo sobre a matéria” (fls. 152).

Inconformada, recorre a União requerendo seja declarada a competência material desta Especializada, com a determinação do prosseguimento da execução das contribuições previdenciárias incidentes sobre o período de vínculo reconhecido.

Pois bem.

A Emenda Constitucional nº 20/98 modificou o sistema de previdência social, consolidando e solidificando o caráter contributivo conferido pela CF/88, ao estabelecer no artigo 201, CF a organização sob a forma de regime geral, “de filiação obrigatória” e instituir no artigo 195, I, “a”, CF/88, o financiamento por toda a sociedade, sobretudo das contribuições sociais “do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei” incidentes sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício” (g.n).

A Emenda Constitucional 45/04 reiterou tal diretriz e a nova competência desta Especializada, inserindo o inciso VIII ao artigo 114 da CF/88, in verbis:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”

Nesse passo seguiram as Leis nº 10.035/2000 e 11.457/2007 ao disciplinarem no parágrafo único do artigo 876 da CLT a execução ex officio dos créditos previdenciários resultantes de homologação de acordo “inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido” (g.n).

No mesmo sentido dispôs o Decreto 4.032/2001, ao acrescentar o § 7º ao art. 276 do Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) e determinar, quando da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, a exigibilidade das contribuições previdenciárias em relação a todo período contratual reconhecido.

Ademais, consta expressamente do art. 277 e parágrafo único, do mesmo Decreto, que ao julgador cabe velar pelo cumprimento desse dispositivo, executando de ofício as contribuições devidas.

Desse modo, não há base legal para a interpretação reducionista do consignado no item I, in fine, da Súmula 368 do C. TST, pois tal entendimento viria reduzir a eficácia da lei trabalhista ao impedir o cômputo do referido período de contribuição em favor do empregado para fins de obtenção de benefícios previdenciários, além de estimular o desnecessário ajuizamento de novas ações, tanto por parte da autarquia para cobrança, quanto por parte do empregado, para reconhecimento de sua condição e do período trabalhado para fins previdenciários, o que configuraria inaceitável retrocesso institucional, além de tornar letra morta o disposto nas Emendas Constitucionais nºs 20 e 45, que detém eficácia normativa superior.

A execução nestes autos das incidências previdenciárias decorrentes da sentença proferida soluciona ainda questão concernente à viabilidade do recolhimento do tributo aos cofres da UNIÃO, haja vista que, face à redução para 05 anos dos prazos decadencial e prescricional para a constituição e cobrança dos créditos previdenciários (artigos 150, §4º e 174, ambos do CTN), em virtude da retirada do ordenamento jurídico dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 (Súmula Vinculante 8 do STF e Lei Complementar 128/08), seria praticamente impossível o ajuizamento de ação autônoma pela UNIÃO com esse desiderato pois, não raras vezes, o tempo que se leva para reconhecer definitivamente o vínculo

empregatício nesta Especializada supera o prazo concedido à recorrente para constituição e cobrança dos créditos decorrentes.

Consigne-se, ainda, que o acordo homologado, em que houve o reconhecimento do período trabalhado sem registro, nos termos do parágrafo único do art. 876 da CLT, implica no recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes, assim constituindo título hábil à execução, sendo certo que decisão do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário (RE 569056) não detém efeito vinculante, de sorte que, sendo dispositivo legal em pleno vigor, deve ser observado na sua integralidade.

Assim sendo, decido dar provimento ao recurso para determinar a execução ex officio das contribuições previdenciárias incidentes sobre o período em que foi reconhecido o vínculo empregatício, observando-se os termos da Lei 8.212/91, as orientações contidas na Consolidação das Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho e a diretriz jurisprudencial majoritária consubstanciada na Súmula 368 do C. TST, nesses termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

POR TAIS FUNDAMENTOS, decido conhecer e dar provimento ao recurso ordinário da União, para determinar a execução ex officio das contribuições previdenciárias incidentes sobre o período em que foi reconhecido o vínculo empregatício, nos termos da fundamentação.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

Desembargadora do Trabalho

Relatora

ANEXO D – ENUNCIADOS APROVADOS NA 1ª JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

TST, Brasília, 23/11/2007

Comissões

I – Direitos Fundamentais e as Relações de Trabalho

Enunciados 1 a 17

II – Contrato de Emprego e outras Relações de Trabalho

Enunciados 18 a 23

III – Lides Sindicais - Direito Coletivo

Enunciados 24 a 35

IV e V – Responsabilidade Civil em Danos Patrimoniais e Extra-Patrimoniais e Acidente do Trabalho e Doença Ocupacional

Enunciados 36 a 54

VI – Penalidades Administrativas e Mecanismos Processuais Correlatos

Enunciados 55 a 62

VII – Processo na Justiça do Trabalho

Enunciados 63 a 79

ENUNCIADOS

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA.

I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária.

II – DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.

III – LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.

3. FONTES DO DIREITO – NORMAS INTERNACIONAIS.

I – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria.

II – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.

4. “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

5. UNICIDADE SINDICAL. SENTIDO E ALCANCE. ART. 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A compreensão do art. 8º, II, da CF, em conjunto com os princípios constitucionais da democracia, da pluralidade ideológica e da liberdade sindical, bem como com os diversos pactos de direitos humanos ratificados pelo Brasil, aponta para a adoção, entre nós, de critérios aptos a vincular a concessão da personalidade sindical à efetiva representatividade exercida pelo ente em relação à sua categoria, não podendo restringir-se aos critérios de precedência e especificidade. Desse modo, a exclusividade na representação de um determinado grupo profissional ou empresarial, nos termos exigidos pelo art. 8º, II, da Constituição da República, será conferida à associação que demonstrar maior representatividade e democracia interna segundo critérios objetivos, sendo vedada a discricionariedade da autoridade pública na escolha do ente detentor do monopólio.

6. GREVES ATÍPICAS REALIZADAS POR TRABALHADORES. CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS. Não há, no texto constitucional, previsão reducionista do direito de greve, de modo que todo e qualquer ato dela decorrente está garantido, salvo os abusos. A Constituição da República contempla a greve atípica, ao fazer referência à liberdade conferida aos trabalhadores para deliberarem acerca da oportunidade da manifestação e dos interesses a serem defendidos. A greve não se esgota com a paralisação das atividades, eis que envolve a organização do evento, os piquetes, bem como a defesa de bandeiras mais amplas ligadas à democracia e à justiça social.

7. ACESSO À JUSTIÇA. CLT, ART. 651, § 3º. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 5º, INC. XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Em se tratando de empregador que arregimente empregado domiciliado em outro município ou outro Estado da federação, poderá o trabalhador optar por ingressar com a reclamatória na Vara do Trabalho de seu domicílio, na do local da contratação ou na do local da prestação dos serviços.

8. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SUCESSÃO NA FALÊNCIA OU RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Compete à Justiça do Trabalho – e não à Justiça Comum Estadual – dirimir controvérsia acerca da existência de sucessão entre o falido ou o recuperando e a entidade que adquira total ou parcialmente suas

unidades de produção.

9. FLEXIBILIZAÇÃO.

I – FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, por se tratar de normas contidas na cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição da República.

II – DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIOS. EFICÁCIA. A negociação coletiva que reduz garantias dos trabalhadores asseguradas em normas constitucionais e legais ofende princípios do Direito do Trabalho. A quebra da hierarquia das fontes é válida na hipótese de o instrumento inferior ser mais vantajoso para o trabalhador.

10. TERCEIRIZAÇÃO. LIMITES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização somente será admitida na prestação de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as empresas.

11. TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A terceirização de serviços típicos da dinâmica permanente da Administração Pública, não se considerando como tal a prestação de serviço público à comunidade por meio de concessão, autorização e permissão, fere a Constituição da República, que estabeleceu a regra de que os serviços públicos são exercidos por servidores aprovados mediante concurso público. Quanto aos efeitos da terceirização ilegal, preservam-se os direitos trabalhistas integralmente, com responsabilidade solidária do ente público.

12. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TRABALHO ESCRAVO. REVERSÃO DA CONDENAÇÃO ÀS COMUNIDADES LESADAS. Ações civis públicas em que se discute o tema do trabalho escravo. Existência de espaço para que o magistrado reverta os montantes condenatórios às comunidades diretamente lesadas, por via de benfeitorias sociais tais como a construção de escolas, postos de saúde e áreas de lazer. Prática que não malferir o artigo 13 da Lei 7.347/85, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a viabilizar a promoção de políticas públicas de inclusão dos que estão à margem, que sejam capazes de romper o círculo vicioso de alienação e opressão que conduz o trabalhador brasileiro a conviver com a mácula do labor degradante. Possibilidade de edificação de uma Justiça do Trabalho ainda mais democrática e despida de dogmas, na qual a responsabilidade para com a construção da sociedade livre, justa e solidária delineada na Constituição seja um compromisso palpável e inarredável.

13. DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE. Considerando que a responsabilidade do dono da obra não decorre simplesmente da lei em sentido estrito (Código Civil, arts. 186 e 927) mas da própria ordem constitucional no sentido de se valorizar o trabalho (CF, art. 170), já que é fundamento da Constituição a valorização do trabalho (CF, art. 1º, IV), não se lhe faculta beneficiar-se da força humana despendida sem assumir responsabilidade nas relações jurídicas de que participa. Dessa forma, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro enseja responsabilidade subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo apenas a hipótese de utilização da prestação de serviços como instrumento de produção de mero valor de uso, na construção ou reforma residenciais.

14. IMAGEM DO TRABALHADOR. UTILIZAÇÃO PELO EMPREGADOR. LIMITES. São vedadas ao empregador, sem autorização judicial, a conservação de gravação, a exibição e a divulgação, para seu uso privado, de imagens dos trabalhadores antes, no curso ou logo após a sua jornada de trabalho, por violação ao direito de imagem e à preservação das expressões da personalidade, garantidos pelo art. 5º, V, da Constituição. A formação do contrato de emprego, por si só, não importa em cessão do

direito de imagem e da divulgação fora de eu objeto da expressão da personalidade do trabalhador, nem o só pagamento do salário e demais títulos trabalhistas os remunera.

15. REVISTA DE EMPREGADO.

I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do Trabalhador.

II – REVISTA ÍNTIMA – VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.

16. SALÁRIO.

I – SALÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos artigos 5º, caput, e 7º, inc. XXX, da Constituição da República e das Convenções 100 e 111 da OIT.

II – TERCEIRIZAÇÃO. SALÁRIO EQUITATIVO. PRINCÍPIO DA NÃODISCRIMINAÇÃO. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.

17. LIMITAÇÃO DA JORNADA. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO A TODOS OS TRABALHADORES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 62 DA CLT. A proteção jurídica ao limite da jornada de trabalho, consagrada nos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição da República, confere, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho, tendo-se por inconstitucional o art. 62 da CLT.

18. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. TRABALHO DO ADOLESCENTE. ILEGALIDADE DA CONCESSÃO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. A Constituição Federal veda qualquer trabalho anterior à idade de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos (art. 7º, inciso XXXIII, CF, arts. 428 a 433 da CLT). Princípio da proteção integral que se impõe com prioridade absoluta (art. 227, caput), proibindo a emissão de autorização judicial para o trabalho antes dos dezesesseis anos.

19. TRABALHO DO MENOR. DIREITOS ASSEGURADOS SEM PREJUÍZO DE INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. A proibição de trabalho ao menor visa protegê-lo e não prejudicá-lo (exegese CF, art. 7º, caput e XXXIII e art. 227). De tal sorte, a Justiça do Trabalho, apreciando a prestação de labor pretérito, deve contemplá-lo com todos os direitos como se o contrato proibido não fosse, sem prejuízo de indenização suplementar que considere as peculiaridades do caso.

20. RURÍCOLA. PAGAMENTO INTEGRAL DAS HORAS EXTRAS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 340 DO TST. É devida a remuneração integral das horas extras prestadas pelo trabalhador rurícola, inclusive com o adicional de, no mínimo, 50%, independentemente de ser convencionado regime de “remuneração por produção”. Inteligência dos artigos 1º, incisos III e IV e 3º, 7º, XIII, XVI e XXIII, da CF/88. Não incidência da Súmula nº 340 do C. TST, uma vez que as condições de trabalho rural são bastante distintas das condições dos trabalhadores comissionados internos ou externos e a produção durante o labor extraordinário é manifestamente inferior àquela da jornada normal, base de cálculo de horas extras para qualquer tipo de trabalhador.

21. FÉRIAS. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 132 DA OIT.

- I – A época das férias será fixada pelo empregador após consulta ao empregado, salvo manifestação em contrário exteriorizada em acordo ou convenção coletiva;
- II – As férias poderão ser fracionadas por negociação coletiva, desde que um dos períodos não seja inferior a duas semanas;
- III – Qualquer que seja a causa de extinção do contrato de trabalho serão devidas férias proporcionais.

22. ART. 384 DA CLT. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. RECEPÇÃO PELA CF DE 1988. Constitui norma de ordem pública que prestigia a prevenção de acidentes de trabalho (CF, 7º, XXII) e foi recepcionada pela Constituição Federal, em interpretação conforme (artigo 5º, I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos.

23. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. A Justiça do Trabalho é competente para julgar ações de cobrança de honorários advocatícios, desde que ajuizada por advogado na condição de pessoa natural, eis que o labor do advogado não é prestado em relação de consumo, em virtude de lei e de particularidades próprias, e ainda que o fosse, porque a relação consumeirista não afasta, por si só, o conceito de trabalho abarcado pelo artigo 114 da CF.

24. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONFLITOS INTER E INTRA-SINDICAIS. Os conflitos inter e intra-sindicais, inclusive os que envolvam sindicatos de servidores públicos (estatutários e empregados públicos), são da competência da Justiça do Trabalho.

25. CONDUTA ANTI-SINDICAL. PARTICIPAÇÃO EM GREVE. DISPENSA DO TRABALHADOR. A dispensa de trabalhador motivada por sua participação lícita na atividade sindical, inclusive em greve, constitui ato de discriminação antisindical e desafia a aplicação do art. 4º da Lei 9.029/95, devendo ser determinada a “readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas” ou “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento” sempre corrigidas monetariamente e acrescida dos juros legais.

26. CONDUTA ANTI-SINDICAL. CRIAÇÃO DE CCP SEM O AVAL DO SINDICATO LABORAL. Na hipótese de o sindicato laboral simplesmente ignorar ou rejeitar de modo peremptório, na sua base, a criação de CCP, qualquer ato praticado com esse propósito não vingará, do ponto de vista jurídico. O referido juízo de conveniência política pertence tão-somente aos legitimados pelos trabalhadores a procederem deste modo. Agindo ao arrepio do texto constitucional e da vontade do sindicato laboral, os empregadores e as suas representações, ao formarem Comissões de Conciliação Prévia sem o pressuposto da aquiescência sindical obreira, não apenas criam mecanismos desprovidos do poder único para o qual o legislador criou as Comissões de Conciliação Prévia, como também incidem na conduta anti-sindical a ser punida pelo Estado.

27. CONDUTA ANTI-SINDICAL. FINANCIAMENTO PELO EMPREGADOR. VEDAÇÃO. É vedada a estipulação em norma coletiva de cláusula pela qual o empregador financie a atividade sindical dos trabalhadores, mediante transferência de recursos aos sindicatos obreiros, sem os correspondentes descontos remuneratórios dos trabalhadores da categoria respectiva, sob pena de ferimento ao princípio da liberdade sindical e caracterização de conduta antisindical tipificada na Convenção nº 98 da OIT, ratificada pelo Brasil.

28. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CONFLITOS SINDICAIS. LEGITIMIDADE. O Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para promover as ações pertinentes para a tutela das liberdades sindicais individuais e coletivas, quando violados os

princípios de liberdade sindical, nos conflitos inter e intra-sindicais, por meio de práticas e condutas anti-sindicais nas relações entre sindicatos, sindicatos e empregadores, sindicatos e organizações de empregadores ou de trabalhadores, sindicatos e trabalhadores, empregadores e trabalhadores, órgãos públicos e privados e as entidades sindicais, empregadores ou trabalhadores.

29. PEDIDO DE REGISTRO SINDICAL. COOPERATIVA. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. NÃO CONFIGURA CATEGORIA PARA FINS DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL, NOS TERMOS DO ART. 511 DA CLT E ART 4º DA PORTARIA MTE Nº 343/2000. Não é possível a formação de entidade sindical constituída por cooperativas, uma vez que afronta o princípio da unicidade sindical, bem como a organização sindical por categorias.

30. ENTIDADE SINDICAL. DENOMINAÇÃO. RESULTADO DE SUA REAL REPRESENTATIVIDADE. ART. 572 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. EXPLICITAÇÃO DA CATEGORIA E BASE TERRITORIAL. Da inteligência do artigo 572 da CLT decorre a exigência de que as entidades sindicais, em sua denominação, explicitem a categoria e a base territorial que realmente representam, para assegurar o direito difuso de informação.

31. ENTIDADE SINDICAL CONSTITUÍDA POR CATEGORIAS SIMILARES OU CONEXAS. FORMAÇÃO DE NOVA ENTIDADE COM CATEGORIA MAIS ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. NÃO FERIMENTO DA UNICIDADE SINDICAL. INVOCAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL. É possível a formação de entidade sindical mais específica, por desmembramento ou dissociação, através de ato volitivo da fração da categoria que pretende ser desmembrada, deliberada em Assembléia Geral amplamente divulgada com antecedência e previamente notificada a entidade sindical originária.

32. ENTIDADES SINDICAIS DE GRAU SUPERIOR. REQUISITOS PARA SUA CONSTITUIÇÃO. ARTS. 534 E 535 DA CLT. MANUTENÇÃO DESSES REQUISITOS PARA A PERMANÊNCIA DO REGISTRO JUNTO AO 39. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. SAÚDE MENTAL. DEVER DO EMPREGADOR. É dever do empregador e do tomador dos serviços zelar por um ambiente de trabalho saudável também do ponto de vista da saúde mental, coibindo práticas tendentes ou aptas a gerar danos de natureza moral ou emocional aos seus trabalhadores, passíveis de indenização.

40. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. EMPREGADO PÚBLICO. A responsabilidade civil nos acidentes do trabalho envolvendo empregados de pessoas jurídicas de Direito Público interno é objetiva. Inteligência do artigo 37, § 6º da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Civil.

41. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.

42. ACIDENTE DO TRABALHO. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO. Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem a emissão da CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexo técnico epidemiológico conforme art. 21-A da Lei 8.213/1991.

43. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. AUSÊNCIA DE EMISSÃO DA CAT. A ausência de emissão da CAT – Comunicação de Acidente do Trabalho pelo empregador não impede o direito à estabilidade do art. 118 da Lei 8.213/1991, desde que comprovado que o trabalhador deveria ter se afastado em razão do acidente por período superior a quinze dias.

44. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos artigos 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego).

45. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. A prescrição da indenização por danos materiais ou morais resultantes de acidente do trabalho é de 10 anos, nos termos do artigo 205, ou de 20 anos, observado o artigo 2.028 do Código Civil de 2002.

46. ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. O termo inicial do prazo prescricional da indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho é a data em que o trabalhador teve ciência inequívoca da incapacidade laboral ou do resultado gravoso para a saúde física e/ou mental.

47. ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Não corre prescrição nas ações indenizatórias nas hipóteses de suspensão e/ou interrupção do contrato de trabalho decorrentes de acidentes do trabalho.

48. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. NÃO COMPENSAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. A indenização decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional, fixada por pensionamento ou arbitrada para ser paga de uma só vez, não pode ser compensada com qualquer benefício pago pela Previdência Social.

49. ATIVIDADE INSALUBRE. PRORROGAÇÃO DE JORNADA. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. O art. 60 da CLT não foi derogado pelo art. 7º, XIII, da Constituição da República, pelo que é inválida cláusula de Convenção ou Acordo Coletivo que não observe as condições nele estabelecidas.

50. INSALUBRIDADE. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À DRT. Constatada a insalubridade em ação trabalhista, o juiz deve oficiar à Delegacia Regional do Trabalho para que a autoridade administrativa faça cumprir o disposto no art. 191, parágrafo único, da CLT.

51. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO. O valor da condenação por danos morais decorrentes da relação de trabalho será arbitrado pelo juiz de maneira equitativa, a fim de atender o seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo.

52. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. O termo inicial de incidência da correção monetária sobre o valor fixado a título de indenização por danos morais é o da prolação da decisão judicial que o quantifica.

53. REPARAÇÃO DE DANOS – HONORÁRIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO. Os artigos 389 e 404 do Código Civil autorizam o Juiz do Trabalho a condenar o vencido em honorários contratuais de advogado, a fim de assegurar ao vencedor a inteira reparação do dano.

54. PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE DE DISPENSA. Aplica-se o art. 427 do Código de Processo Civil no processo do trabalho, de modo que o juiz pode dispensar a produção de prova pericial quando houver prova suficiente nos autos.

55. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA – ALCANCE. A celebração de TAC não importa em remissão dos atos de infração anteriores, os quais têm justa sanção pecuniária como resposta às irregularidades trabalhistas constatadas pela DRT.

56. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE. Os auditores do trabalho têm por missão funcional a análise dos fatos apurados em diligências de fiscalização, o que não pode excluir o reconhecimento fático da relação de emprego, garantindo-se ao empregador o acesso às vias judicial e/ou administrativa, para fins de reversão da autuação ou multa imposta.

57. FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E DOS CONTRATOS CIVIS. Constatando a ocorrência de contratos civis com o objetivo de afastar ou impedir a aplicação da legislação trabalhista, o auditor-fiscal do trabalho desconsidera o pacto nulo e reconhece a relação de emprego. Nesse caso, o auditor-fiscal não declara, com definitividade, a existência da relação, mas sim constata e aponta a irregularidade administrativa, tendo como consequência a autuação e posterior multa à empresa infrigente.

58. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA EXISTÊNCIA DA DÍVIDA. Não é dado ao Juiz retirar a presunção de certeza e liquidez atribuída pela lei, nos termos do arts. 204 do CTN e 3º da Lei nº 6.830/80, à dívida ativa inscrita regularmente. Ajuizada a ação de execução fiscal – desde que presentes os requisitos da petição inicial previstos no art. 6º da Lei nº. 6.830/80 –, a presunção de certeza e liquidez da Certidão de Dívida Ativa somente pode ser infirmada mediante produção de prova inequívoca, cujo ônus é do executado ou do terceiro, a quem aproveite.

59. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO). CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ARTIGO 632 DA CLT. Aplicam-se ao Direito Administrativo sancionador brasileiro, em matéria laboral, os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CRFB), com projeção concreta no art. 632 da CLT. Nesse caso, a prerrogativa administrativa de “julgar da necessidade das provas” deve ser motivada, desafiando a aplicação da teoria dos motivos determinantes, sob pena de nulidade do ato.

60. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO E AFINS. AÇÃO DIRETA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. REPARTIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

I – A interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, assim como o embargo de obra (artigo 161 da CLT), podem ser requeridos na Justiça do Trabalho (artigo 114, I e VII, da CRFB), em sede principal ou cautelar, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo sindicato profissional (artigo 8º, III, da CRFB) ou por qualquer legitimado específico para a tutela judicial coletiva em matéria labor-ambiental (artigos 1º, I, 5º, e 21 da Lei 7.347/85), independentemente da instância administrativa.

II – Em tais hipóteses, a medida poderá ser deferida [a] “inaudita altera parte”, em havendo laudo técnico preliminar ou prova prévia igualmente convincente; [b] após audiência de justificação prévia (artigo 12, caput, da Lei 7.347/85), caso não haja laudo técnico preliminar, mas seja verossímil a alegação, invertendo-se o ônus da prova, à luz da teoria da repartição dinâmica, para incumbir à empresa a demonstração das boas condições de segurança e do controle de riscos.

61. PRESCRIÇÃO. MULTAS ADMINISTRATIVAS IMPOSTAS PELA DRT. Aplica-se às ações para cobrança das multas administrativas impostas pela Delegacia Regional do Trabalho, por analogia, o prazo prescricional quinquenal, revisto no art. 174 do CTN.

62. DEPÓSITO RECURSAL ADMINISTRATIVO. RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL. O depósito exigido pelo parágrafo 1º do artigo 636 consolidado não afronta qualquer dispositivo constitucional que assegure a ampla defesa administrativa, o direito de petição aos órgãos públicos e o direito aos recursos administrativos.

63. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. LIBERAÇÃO DO FGTS E PAGAMENTO DO SEGURO-DESEMPREGO. Compete à Justiça do Trabalho, em procedimento de jurisdição voluntária, apreciar pedido de expedição de alvará para liberação do FGTS e de ordem judicial para pagamento do seguro-desemprego, ainda que figurem como interessados os dependentes de ex-empregado falecido.

64. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR PESSOA FÍSICA. RELAÇÃO DE CONSUMO SUBJACENTE. IRRELEVÂNCIA. Havendo prestação de serviços por pessoa física a outrem, seja a que título for, há relação de trabalho incidindo a competência da Justiça do Trabalho para os litígios dela oriundos (CF, art. 114, I), não importando qual o direito material que será utilizado na solução da lide (CLT, CDC, CC etc).

65. AÇÕES DECORRENTES DA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – PROCEDIMENTO DA CLT.

I – Excetuadas as ações com procedimentos especiais, o procedimento a ser adotado nas ações que envolvam as matérias da nova competência da Justiça do Trabalho é o previsto na CLT, ainda que adaptado.

II – As ações com procedimentos especiais submetem-se ao sistema recursal do processo do trabalho.

66. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social.

67. JUS POSTULANDI. ART. 791 DA CLT. RELAÇÃO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. A faculdade de as partes reclamarem, pessoalmente, seus direitos perante a Justiça do Trabalho e de acompanharem suas reclamações até o final, contida no artigo 791 da CLT, deve ser aplicada às lides decorrentes da relação de trabalho.

68. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS.

I – Admissibilidade da intervenção de terceiros nos Processos submetidos à jurisdição da Justiça do Trabalho.

II – Nos processos que envolvem crédito de natureza privilegiada, a compatibilidade da intervenção de terceiros está subordinada ao interesse do autor, delimitado pela utilidade do provimento final.

III – Admitida a denúncia da lide, é possível à decisão judicial estabelecer a condenação do denunciado como co-responsável.

69. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. APLICABILIDADE DO ART. 475-O DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO.

I – A expressão “...até a penhora...” constante da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 899, é meramente referencial e não limita a execução provisória no âmbito do direito processual do trabalho, sendo plenamente aplicável o disposto no Código de Processo Civil, art. 475-O.

II – Na execução provisória trabalhista é admissível a penhora de dinheiro, mesmo que indicados outros bens. Adequação do postulado da execução menos gravosa ao executado aos princípios da razoável duração do processo e da efetividade.

III – É possível a liberação de valores em execução provisória, desde que verificada alguma das hipóteses do artigo 475-O, § 2º, do Código de Processo Civil, sempre que o recurso interposto esteja em contrariedade com Súmula ou Orientação Jurisprudencial, bem como na pendência de agravo de instrumento no TST.

70. EXECUÇÃO. PENHORA DE RENDIMENTOS DO DEVEDOR. CRÉDITOS TRABALHISTAS DE NATUREZA ALIMENTAR E PENSÕES POR MORTE OU INVALIDEZ DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. POSSIBILIDADE. Tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e da pensão por morte ou invalidez decorrente de acidente do trabalho (CF, art. 100, § 1º-A), o disposto no art. 649, inciso IV, do CPC deve ser aplicado de forma relativizada, observados o princípio da proporcionalidade e as peculiaridades do caso concreto. Admite-se, assim, a penhora dos rendimentos do executado em percentual que não inviabilize o seu sustento.

71. ARTIGO 475-J DO CPC. APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO. A aplicação subsidiária do artigo 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista.

72. EMBARGOS À EXECUÇÃO (IMPUGNAÇÃO). EFEITO SUSPENSIVO. Em razão da omissão da CLT, os embargos à execução (impugnação) não terão efeito suspensivo, salvo quando relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 475-M do CPC).

73. EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. REVISÃO DA SÚMULA 368 DO TST.

I – Com a edição da Lei 11.457/2007, que alterou o parágrafo único do art. 876 da CLT, impõe-se a revisão da Súmula nº 368 do TST: é competente a Justiça do Trabalho para a execução das contribuições à Seguridade Social devidas durante a relação de trabalho, mesmo não havendo condenação em créditos trabalhistas, obedecida a decadência.

II – Na hipótese, apurar-se-á o montante devido à época do período contratual, mês a mês, executando-se o tomador dos serviços, por força do art. 33, § 5º, da Lei 8.212/91, caracterizada a sonegação de contribuições previdenciárias, não devendo recair a cobrança de tais contribuições na pessoa do trabalhador.

III – Incidem, sobre as contribuições devidas, os juros e a multa moratória previstos nos artigos 34 e 35 da Lei 8.212/91, a partir da data em que as contribuições seriam devidas e não foram pagas.

74. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A competência da Justiça do Trabalho para a execução de contribuições à Seguridade Social (CF, art. 114, § 3º) nas ações declaratórias, condenatórias ou homologatórias de acordo cinge-se às contribuições previstas no art. 195, inciso I, alínea “a” e inciso II, da Constituição, e seus acréscimos moratórios. Não se insere, pois, em tal competência, a cobrança de “contribuições para terceiros”, como as destinadas ao “sistema S” e “salário-educação”, por não se constituírem em contribuições vertidas para o sistema de Seguridade Social.

75. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

I – O Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para defender direitos ou interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, nos exatos termos do artigo 81, inciso III, do CDC.

II – Incidem na hipótese os artigos 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal, pois a defesa de direitos individuais homogêneos quando coletivamente demandada se enquadra no campo dos interesses sociais previstos no artigo 127 da Magna Carta, constituindo os direitos individuais homogêneos em espécie de direitos coletivos lato sensu.

76. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO MORAL COLETIVO. TRABALHO FORÇADO OU EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

I – Alegada a utilização de mão-de-obra obtida de forma ilegal e aviltante, sujeitando o trabalhador a condições degradantes de trabalho, a trabalho forçado ou a jornada exaustiva, cabe Ação Civil Pública de reparação por dano moral coletivo.

II – Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento da ação civil pública na tutela de interesses coletivos e difusos, uma vez que a referida prática põe em risco, coletivamente, trabalhadores indefinidamente considerados.

77. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO DOS SINDICATOS. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ROL DOS SUBSTITUÍDOS.

I – Os sindicatos, nos termos do art. 8º, III, da CF, possuem legitimidade extraordinária para a defesa dos direitos e interesses – individuais e metaindividuais – da categoria respectiva em sede de ação civil pública ou outra ação coletiva, sendo desnecessária a autorização e indicação nominal dos substituídos.

II – Cabe aos sindicatos a defesa dos interesses e direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) da categoria, tanto judicialmente quanto extrajudicialmente.

III – Na ausência de sindicato, é da federação respectiva a legitimidade extraordinária para a defesa dos direitos e interesses da categoria e, na falta de ambos, da confederação.

IV – O art. 16 da Lei da ação civil pública contraria toda a filosofia e sistemática das ações coletivas. A decisão proferida nas ações coletivas deve ter alcance, abrangência e eficácia em toda área geográfica afetada, seja em todo o território nacional (âmbito nacional) ou em apenas parte dele (âmbito supra-regional), conforme a extensão do ato ilícito e/ou do dano causado ou a ser reparado.

78. INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO COLETIVA E AÇÃO INDIVIDUAL. Às ações coletivas ajuizadas pelos sindicatos e pelo Ministério Público na Justiça do Trabalho aplicam-se subsidiariamente as normas processuais do Título III do Código de Defesa do Consumidor. Assim, não haverá litispendência entre ação coletiva e ação individual, devendo o juiz adotar o procedimento indicado no art. 104 do CDC: a) o autor da ação individual, uma vez notificado da existência de ação coletiva, deverá se manifestar no prazo de trinta dias sobre o seu prosseguimento ou suspensão; b) optando o autor da ação individual por seu prosseguimento, não se beneficiará dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva; c) o autor da ação individual suspensa poderá requerer o seu prosseguimento em caso de decisão desfavorável na ação coletiva.

79. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

I – Honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. As partes, em reclamatória trabalhista e nas demais ações da competência da Justiça do Trabalho, na forma da lei, têm direito a demandar em juízo através de procurador de sua livre escolha, forte no princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil)

sendo, em tal caso, devidos os honorários de sucumbência, exceto quando a parte sucumbente estiver ao abrigo do benefício da justiça gratuita.

II – Os processos recebidos pela Justiça do Trabalho decorrentes da Emenda Constitucional 45, oriundos da Justiça Comum, que nesta esfera da Justiça tramitavam sob a égide da Lei nº 9.099/95, não se sujeitam na primeira instância aos honorários advocatícios, por força do art. 55 da Lei 9.099/95 a que estavam submetidas as partes quando da propositura da ação.