

**MAURICIO PEREIRA SIMÕES**

**NORMATIVIDADE EXTRALEGAL:  
NOVAS FONTES E ASPECTOS HERMENÊUTICOS**

**Tese de Doutorado**

**Orientador: Professor Doutor Homero Batista  
Mateus da Silva**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo**

**2019**

**MAURICIO PEREIRA SIMÕES**

**NORMATIVIDADE EXTRALEGAL:  
NOVAS FONTES E ASPECTOS HERMENÊUTICOS**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Professor Doutor Homero Batista Mateus da Silva.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo**

**2019**

**MAURICIO PEREIRA SIMÕES**

**NORMATIVIDADE EXTRALEGAL:  
NOVAS FONTES E ASPECTOS HERMENÊUTICOS**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Professor Doutor Homero Batista Mateus da Silva.

**Aprovada em:** \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

---

---

*À minha família: FERNANDA, ISADORA e LAURA, pelo amor eterno que nos une, pela paciência em sempre poder esperar por mim, sem as quais este trabalho jamais teria sido possível.*

*Aos meus pais, sempre, JOSÉ e JUSSARA, pelo exemplo de vida, perseverança e honestidade.*

*Aos meus irmãos, LUCIANA, RODRIGO e FELIPE, exemplos de vida e diálogo construtivo.*



## **AGRADECIMENTOS**

Ao Professor Doutor Homero Batista Mateus da Silva, pelo longo tempo de convivência acadêmica, pela paciência na arte de orientar e direcionar o trabalho, além do incondicional apoio e confiança no decorrer desses longos anos em que estivemos juntos na Universidade de São Paulo, desde os idos de 2009.

À Banca Examinadora do trabalho de qualificação, pelas observações, críticas construtivas e sugestões de alta relevância, especialmente ao Prof. Dr. Guilherme Guimarães Feliciano, a quem devo o nome desta tese e ao Prof. Dr. Ricardo Leonel de Barros, o qual direcionou de forma essencial a construção deste trabalho.

A todos os professores do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social e do Departamento de Direito Processual, pelas aulas brilhantes, ensinamentos constantes e paciência inigualável na missão de transmitir o conhecimento.

A todos os funcionários dessa maravilhosa instituição de ensino, pessoas sempre prontas e disponíveis.

Aos meus alunos, nos mais diversos cursos nos quais tenho o prazer de poder dividir parte da minha experiência e adquirir muito da experiência deles.

Aos meus colegas de magistratura, de docência, de sala de aula, e a todos que de alguma forma participaram de minha longa trajetória acadêmica.

Agradeço, finalmente, a Deus, por me dar forças para sempre prosseguir, nunca desistir e saber absorver os percalços com paciência, humildade e discernimento.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CCB – Código Civil Brasileiro

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNI – Confederação Nacional da Indústria

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

FENABAM – Federação Nacional dos Bancos

IAC – Incidente de Assunção de Competência

IACs – Incidentes de Assunção de Competência

IN – Instrução Normativa

INs – Instruções Normativas

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

IRDRs – Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas

IUJ – Incidente de Uniformização da Jurisprudência

MPT – Ministério Público do Trabalho

MP – Medida Provisória

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

OJ – Orientação Jurisprudencial

OJs – Orientações Jurisprudenciais

RI – Regimento Interno

RI's – Regimentos Internos

RITST – Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho

RRR – Recurso de Revista Repetitivo

SBDI-1 – Subseção em Dissídios Individuais – 1

SBDI-2 – Subseção em Dissídios Individuais – 2

SBDIT – Subseção em Direitos Individuais – Transitória

SDC – Seção em Dissídios Coletivos

SDI – Seção em Dissídios Individuais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TJ – Tribunal de Justiça

TJ's – Tribunais de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

TRF's – Tribunais Regionais Federais

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TRTs – Tribunais Regionais do Trabalho

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

## RESUMO

SIMÕES, Mauricio Pereira. *Normatividade extralegal: novas fontes e aspectos hermenêuticos*. 2019. 492 p. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Os novos caminhos de produção normativa desafiam a compreensão da origem desses modelos e suas formas de construção, que ultrapassam os meios legais clássicos, expandindo-se para meios extralegais, pois se originam de uma atividade do Poder Judiciário, conforme delegação expressa advinda do Poder Legislativo. Os precedentes obrigatórios são fruto de uma normatividade judicial, ou seja, decorrem de julgamentos de processos submetidos ao Poder Judiciário. As normas – como fontes formais diretas – passam a ser divididas entre normas legais, leis, em sentido amplo, e extralegais, precedentes obrigatórios. O caminho de construção dessas novas fontes formais na esfera trabalhista se pauta pelos métodos hermenêuticos clássicos, tanto naquilo que diz respeito às normas processuais a serem observadas, como no que diz respeito ao julgamento de mérito da matéria, seja ela de direito material ou processual. Referida novidade decorre da evolução da teoria da argumentação, que altera o papel dos princípios e da jurisprudência. A partir da formação de um precedente, restará ao intérprete identificar corretamente seus limites, aplicando, assim, a hermenêutica típica dos precedentes para sua correta adoção e aplicação aos casos futuros que se enquadrarem na hipótese de incidência da norma. A análise minuciosa dos elementos que levaram à formação dos precedentes será essencial na aplicação destes aos casos futuros. Este movimento de intersecção de sistemas não é exclusivo do ordenamento jurídico pátrio, pois já pautou outros sistemas pelo mundo, a exemplo do sistema português, e não se esgotará no Brasil, sendo uma tendência a produção jurisprudencial em diversos países de prevalência de sistema de *civil law*. Trata-se, indubitavelmente, de um novo olhar para as fontes formais e o modo de interpretá-las e aplicá-las aos casos concretos, uma hermenêutica clássica para a formação e uma hermenêutica própria para a aplicação dos precedentes.

**Palavras-chave:** Precedentes obrigatórios. Fontes formais. Hermenêutica clássica. Hermenêutica de precedentes.

## ABSTRACT

SIMÕES, Mauricio Pereira. *Extralegal normativity: new sources and hermeneutical aspects*. 2019. 492 p. Thesis (Doctorate in Labor Law and Social Security) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

The new ways of normative production challenge the understanding of the origin of these models and their forms of construction, which go beyond the classical legal means, expanding to extralegal means, since they originate from an activity of the Judiciary, according to an express delegation from the Power Legislative. The mandatory precedents are the result of a judicial normativity, that is, they result from judgments of processes submitted to the Judiciary. Norms – as direct formal sources – begin to be divided between legal norms, laws in the broad sense, and extralegal, obligatory precedents. The path of construction of these new formal sources in the labor sphere is guided by the classic hermeneutic methods, both as regards the procedural norms to be observed, and as regards the judgment of merit of the matter, be it of material or procedural law. This novelty stems from the evolution of the theory of argument, which changes the role of principles and jurisprudence. From the formation of a precedent, it will remain for the interpreter to correctly identify its limits, thus applying the hermeneutics typical of the precedents, for its correct adoption and application to the future cases that fit the hypothesis of incidence of the norm. Thorough analysis of the elements that led to the formation of precedents will be essential in their application to future cases. This movement of systems intersection is not exclusive to the legal system of the country, since it has already been based on other systems throughout the world, like the Portuguese system, and will not be exhausted in Brazil, being a tendency the jurisprudential production in several countries with prevalence system civil law. It is undoubtedly a new look at formal sources and how to interpret them and apply them to concrete cases, a classical hermeneutics for formation and a hermeneutics proper to the application of precedents.

**Keywords:** Precedents required. Formal sources. Classical Hermeneutics. Hermeneutics of precedents.

## RIASSUNTO

SIMÕES, Mauricio Pereira. *Normatività extralegale: nuove fonti e aspetti ermeneutici*. 2019. 492 p. Tesi (Dottorato in diritto del lavoro e previdenza sociale) – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2019.

Le nuove vie della produzione normativa sfidano la comprensione dell'origine di questi modelli e delle loro forme di costruzione, che vanno oltre i classici mezzi legali, espandendosi verso mezzi extralegalali, poiché provengono da un'attività del potere giudiziario, secondo una espressa delega del Potere legislativo. I precedenti obbligatori sono il risultato di una normatività giudiziaria, cioè derivano da giudizi di processi sottoposti al potere giudiziario. Le norme – come fonti formali dirette – cominciano a essere divise tra norme legali, leggi in senso lato e precedenti extralegali e obbligatori. Il percorso di costruzione di queste nuove fonti formali nella sfera del lavoro è guidato dai classici metodi ermeneutici, sia per quanto riguarda le norme procedurali da osservare, sia per quanto riguarda il giudizio di merito della questione, sia esso di diritto materiale o procedurale. Questa novità nasce dall'evoluzione della teoria dell'argomento, che cambia il ruolo dei principi e della giurisprudenza. Dalla formazione di un precedente, rimarrà per l'interprete identificare correttamente i suoi limiti, applicando così l'ermeneutica tipica dei precedenti, per la sua corretta adozione e applicazione ai casi futuri che si adattano all'ipotesi di incidenza della norma. Un'analisi approfondita degli elementi che hanno portato alla formazione di precedenti sarà essenziale nella loro applicazione a casi futuri. Questo movimento di intersezione dei sistemi non è esclusivo del sistema legale del paese, poiché è già stato basato su altri sistemi in tutto il mondo, come il sistema portoghese, e non sarà esaurito in Brasile, essendo una tendenza alla produzione giurisprudenziale in diversi paesi con sistema di prevalenza diritto civile. È indubbiamente un nuovo sguardo alle fonti formali e come interpretarle e applicarle a casi concreti, un'ermeneutica classica per la formazione e un'ermeneutica propria dell'applicazione dei precedenti.

**Parole chiave:** Precedenti richiesti. Fonti formali Ermeneutica classica. Ermeneutica dei precedenti.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I – PAPEL DA HERMENÊUTICA.....	17
1. Análise introdutória.....	17
1.1 A compreensão da hermenêutica.....	21
1.1.1 Métodos e tipos.....	24
1.1.2 Métodos .....	26
1.1.2.1 Interpretação gramatical.....	26
1.1.2.2 Interpretação lógica.....	27
1.1.2.3 Interpretação sistemática.....	29
1.1.2.4 Interpretação histórica, sociológica e evolutiva.....	31
1.1.2.5 Interpretação teleológica e axiológica .....	34
1.1.3 Tipos .....	36
1.1.3.1 Interpretação especificadora .....	37
1.1.3.2 Interpretação restritiva .....	38
1.1.3.3 Interpretação extensiva .....	39
1.1.4 Integração jurídica .....	41
1.1.4.1 Analogia.....	44
1.1.4.2 Costumes, princípios gerais de direito, equidade.....	46
1.1.4.3 Considerações sobre a integração .....	47
CAPÍTULO II – HERMENÊUTICA E DIREITO DO TRABALHO .....	49
2. Posição do Direito do Trabalho.....	49
2.1 Teorias do Direito do Trabalho .....	52
2.2 Integração jurídica – métodos trabalhistas típicos .....	60
2.2.1 Jurisprudência .....	62
2.2.2 Analogia.....	67
2.2.3 Equidade .....	68
2.2.4 Princípios típicos do Direito do Trabalho.....	73
2.2.5 Usos e costumes.....	78
2.2.6 Direito comparado .....	83
2.2.7 Direito comum.....	86
2.3 O papel da doutrina .....	96

CAPÍTULO III – AMPLIAÇÃO DOS OBJETOS DE ANÁLISE – O LEGISLADO E O JULGADO .....	100
3. Mudanças de paradigmas históricos .....	100
3.1 Evolução da tensão normativa .....	101
3.2 Considerações sobre o cenário da normatividade .....	125
CAPÍTULO IV – AS NOVAS FONTES NORMATIVAS.....	127
4. Aspectos introdutórios.....	127
4.1 Fontes formais do Direito do Trabalho .....	128
4.2 O novo papel do direito processual .....	130
4.3 Disposições específicas sobre formação de normas.....	133
4.3.1 Decisões judiciais com efeito vinculante.....	144
4.3.1.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal .....	145
4.3.1.1.1 Decisões em matéria de controle concentrado de	
constitucionalidade .....	145
4.3.1.1.2 Enunciados de súmulas vinculantes e a reclamação .....	146
4.3.1.2 Processos de natureza repetitiva .....	155
4.3.1.2.1 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.....	156
4.3.1.2.2 Recurso de Revista Repetitivo.....	166
CAPÍTULO V – MÉTODO EXTRALEGAL DE FORMAÇÃO NORMATIVA.....	179
5. Direito comparado – Critérios .....	179
5.1 Os assentos portugueses .....	182
5.2 Outras formas de positivação de normas a partir do Poder Judiciário .....	188
5.3 Análise conclusiva do método extralegal.....	207
CAPÍTULO VI – HERMENÊUTICA DOS PRECEDENTES .....	213
6. A origem normativa dos precedentes e forma de compreensão .....	213
6.1 Escolas declaratórias e constitutivas dos precedentes.....	214
6.2 Escolas declaratórias e constitutivas dos precedentes brasileiros .....	222
6.3 Elementos de compreensão hermenêutica dos precedentes .....	230
CAPÍTULO VII – DA HERMENÊUTICA GERAL PARA A HERMENÊUTICA DOS	
PRECEDENTES .....	261
7. A construção do precedente.....	261
7.1 Análise de um caso concreto .....	262
7.1.1 Decisão de afetação de recurso de revista repetitivo .....	263
7.1.2 Deliberações do Ministro Relator.....	265



7.1.3	Do procedimento de participação pública dos interessados .....	267
7.1.4	Do incidente para solução da questão jurídica quanto à competência....	271
7.2	Do mérito do julgado.....	274
7.2.1	Hermenêutica clássica na formação do precedente .....	274
7.2.2	Hermenêutica própria para a aplicação do precedente .....	282
7.3	Conclusão .....	285
CONCLUSÃO .....		286
REFERÊNCIAS .....		289

#### ANEXOS

Anexo I .....	300
Anexo II .....	301
Anexo III.....	304
Anexo IV .....	311
Anexo V.....	315
Anexo VI .....	319
Anexo VII.....	416

## INTRODUÇÃO

Este trabalho, construído no universo das discussões sobre temas contemporâneos em direito processual, resta alicerçado mais especificamente nas novas formas de positivação jurídica, os efeitos que referidos centros geram em termos de mudanças nos aspectos normativos e a influência que essas novas formas gerarão na hermenêutica do Direito do Trabalho.

O que se apresenta para o debate é a classificação das fontes formais diretas heterônomas, como a doutrina as tem classificado, a alteração que surge a partir dos novos institutos e como a interpretação que se faz da lei não poderá ser a mesma, com igual abertura, que se fará em relação aos precedentes. Juridicamente esta tese sustenta a alteração na classificação das fontes, especialmente da jurisprudência, quanto à sua hipótese vinculante, ao mesmo tempo em que defende a restrição interpretativa dos precedentes, como metatexto, evitando a interpretação da interpretação.

Para que o resultado dos questionamentos acima se mostrem viáveis, a metodologia de pesquisa enfrentará o caminho a seguir descrito para a pesquisa e posterior solução proposta.

A hermenêutica exerce um papel fundamental na compreensão do Direito e no transporte de seus desígnios da abstração para a concretude, e referida realização se dá por meio dos métodos e dos tipos hermenêuticos.

Os métodos dizem respeito à compreensão das normas a partir delas mesmas, dos contextos em que se inserem e da finalidade que possuem. Em outra frente, os tipos hermenêuticos tratam da relação da norma com os demais elementos sociais, como as hipóteses de identificação de quem interpreta a norma e qual a extensão da interpretação.

A integração jurídica, por sua vez, exerce um importante papel de preenchimento das lacunas existentes no ordenamento, especialmente pela ideia de que a ausência de previsão na lei não pode significar a ausência de solução pelo Direito.

Ao mesmo tempo, a teoria das antinomias busca resolver as hipóteses de choques normativos, conflitos entre normas válidas, vigentes e aplicáveis aos mesmos casos concretos.

A interpretação se vale dos métodos e tipos que a hermenêutica estabelece, sendo, assim, a interpretação um modo de utilização dos mecanismos organizados pela hermenêutica.

A hermenêutica, em matéria de Direito do Trabalho, está relacionada aos mesmos mecanismos que a teoria geral de direito, contudo, pautada pelas especificidades típicas de um ramo autônomo no Direito. Não fosse a autonomia e as condições próprias existentes no ramo trabalhista, nem sequer seria necessária a pesquisa em separado da influência dessa ciência da compreensão do ordenamento na área em estudo.

O papel que a jurisprudência exerce na teoria integrativa clássica do Direito do Trabalho, como primeira e principal fonte integrativa, foi substancialmente alterado pela teoria da argumentação.

A tensão que se vislumbrava entre o legislador e a doutrina se desloca para um novo corte epistemológico, qual seja, da lei/doutrina para com a jurisprudência, esta, contudo, não mais como mera fonte integrativa, mas como fonte formal direta.

A evolução das relações processuais permitiu um novo conceito sobre o papel que o processo, como ciência autônoma, que instrumentaliza os litígios de direito material, exerce na vida social. Ainda subsiste a função de características pretéritas, ou seja, solucionar casos passados, litígios já existentes e judicializados.

Há algum tempo a forma de judicialização ganhou novos contornos, com a possibilidade de coletivização de demandas por meio das ações civis públicas e coletivas e desaguaram em um microsistema próprio de solução de demandas.

Mais modernamente, no entanto, passou-se a vislumbrar a possibilidade de coletivizar a solução das demandas, mesmo que em sua origem elas não tenham sido judicializadas coletivamente.

Algumas novas formas de afetação de processos surgiram, sendo a primeira as denominadas causas de repercussão geral, junto ao STF, e, atualmente, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 e as reformas implementadas no capítulo dos recursos da Consolidação da Leis do Trabalho, especialmente aquela advinda da Lei n. 13.015 de 2014, tornou-se possível vislumbrar os incidentes que se destinam a resolver causas repetitivas e causas de importância ímpar, as quais mesmo antes de se multiplicarem podem ser afetadas para solução uniforme.

Referido movimento permitiu o surgimento do estudo dos precedentes obrigatórios, os quais são resultantes de julgamentos dos modelos processuais supradescritos.

O processo passa a ganhar uma feição futura, qual seja, a de gerar efeitos para além das causas já postas para análise pelo Poder Judiciário. As decisões passam a ser aplicáveis às relações vindouras, regendo de forma genérica todos os casos com idêntica questão jurídica. A autenticidade do agir social passa a ser regida também pelos casos submetidos e julgados pelo Poder Judiciário.

A partir disso, o problema do sistema jurídico no nosso ordenamento deixa de ser voltado somente aos preceitos das leis advindas do Poder Legislativo (preponderantemente) e passam, também, para as fontes de positivação surgidas no Poder Judiciário.

As críticas que são tecidas em sentido contrário à aceitação da teoria da argumentação, e dos precedentes por consequência, dizem respeito especialmente ao caráter subjetivista do atual centro de positivação desses elementos normativos, bem como a uma pretensa ofensa à clássica divisão de poderes, com invasão pelo Poder Judiciário nas atividades típicas do Poder Legislativo.

Referido subjetivismo pode ser reduzido com uma construção fruto de pesquisa segura acerca das formas, métodos e tipos hermenêuticos quanto aos precedentes obrigatórios, ao mesmo tempo em que se revela uma teoria no sentido de que a divisão clássica de poderes, de forma estanque e inflexível, não se sustenta no atual estágio do Estado Democrático de Direito.

As formas extralegais de positivação normativa, superando-se a ideia de lei, como texto, para se chegar à conclusão da norma, qual seja, do texto interpretado pelos aplicadores finais da norma – o Poder Judiciário – têm se mostrado mais eficazes e socialmente aceitáveis, o que aqui se denomina de normatividade atípica, sendo a tese da normatividade extralegal.

As formas típicas de compreensão dos elementos dos precedentes obrigatórios, ou seja, a hermenêutica própria desses elementos, a partir de novos recortes científicos também comporão a tese que se pretende afirmar.

Assim, o recorte que se faz na teoria das fontes formais, bem como nos métodos e tipos hermenêuticos, demonstram uma nova forma de enxergar o que a doutrina

denomina de problema do sistema jurídico, que deixa de ser a identificação, interpretação e aplicação da lei, para ser, também, o mesmo conjunto de operações para os precedentes obrigatórios.

Trata-se de olhar para o novo com um olhar diferente, sem anacronismos, preconceitos ou distorções, a realidade é o que se apresenta na atualidade, sendo que a história que se constrói do Direito Processual do Trabalho refletirá na Teoria Geral do Direito do Trabalho e na teoria do Direito Material do Trabalho.

A mudança é inevitável, as legislações dos últimos anos iniciaram um caminho sem volta, resta ao hermenauta compreender seu novo papel e construir as novas premissas que se apresentarão com os novos centros de positivação e os modos de compreendê-los e aplicá-los aos casos submetidos ao Poder Judiciário.

A jurisprudência, dividida entre as persuasivas e as vinculantes, encontrará na primeira a contínua classificação de fonte de integração e, na segunda, de fonte formal direta, ao lado da Constituição e das leis, contudo, por um método extralegal de construção, pois decorrente de uma atividade do Poder Judiciário.

A norma, como gênero, passa a abarcar tanto as legislações, em sentido amplo, como os precedentes obrigatórios. A partir disso os precedentes devem ser compreendidos por meio dos elementos que os formam.

A maneira de interpretar cada uma dessas normas não será a mesma, pois, enquanto as leis continuarão sujeitas aos métodos e tipos clássicos da hermenêutica em sua máxima extensão, os precedentes, a partir de seus elementos componentes privilegiarão uma restrição na aplicação desses mesmos métodos e tipos.

Como será descrito, os métodos e tipos são os mesmos, na teoria geral e na teoria do Direito do Trabalho, também no que diz respeito às leis e aos precedentes, mas, a incidência é que será o ponto de distinção, uma vez que os precedentes já refletem a interpretação, não podendo, assim, ter o mesmo espectro de amplitude em comparação às leis.

# CAPÍTULO I

## PAPEL DA HERMENÊUTICA

### 1. ANÁLISE INTRODUTÓRIA

O resultado obtido a partir deste estudo deverá estar pautado em um método que o sustente. Não se trata de buscar o olhar do observador, simplesmente, mas de externar quais são os métodos utilizados na viabilização da leitura proposta pelo interlocutor.

Esse método de viabilização passa pela compreensão da hermenêutica, desde sua condição essencial ao Estado, como elemento de validade das compreensões trazidas pelos estudiosos, passando pelos métodos e tipos que lhe são típicos, até o ponto em que a solução apresentada para a conclusão da tese que se apresenta seja considerada apta a sustentar as afirmações realizadas.

A compreensão do Direito passa por um caminho árduo de entendimento do sistema, de seus elementos componentes e os fins a que se destinam. Nada disso seria possível sem a hermenêutica.

O fenômeno jurídico se apresenta ao jurista, e ao não jurista, com toda sua complexidade e consequências. Ao leigo, basta que tal fenômeno exista, ao jurista, torna-se imprescindível a compreensão de como esses fenômenos se formam, se desenvolvem e são aplicados.

A passagem do plano da existência para o plano da aplicação da norma jurídica é um momento de especial importância no estudo do Direito, com toda sua estruturação, de tal modo que sem um método nem sequer a vida jurídica existiria.

A codificação das normas jurídicas constitui-se, não somente, mas, também, de uma união de códigos de linguagem, que ao leigo pouco (ou nenhum) sentido haverá em sua leitura. Ao jurista, no entanto, compete a missão de decodificação desses signos de linguagem, de forma coerente e razoável.

O Direito, de maneira mais ampla, representa um instrumento de intervenção do Estado no convívio em sociedade, mantendo cada qual dentro de um agir individual que se

coadune com o todo social, como bem delimitado pela sociologia.<sup>1</sup> As autenticidades do agir humano, em comunidade, são pautadas pelas regras jurídicas, por isso, a importância da decodificação dos signos de linguagem trazidos pelas normas. A normatividade coercitiva exercida pelo Direito é o elemento que o torna obrigatório e, em razão disso, a sua correta compreensão torna-se uma condição essencial.

A doutrina de Recaséns Siches trata do assunto apontando tal normatividade e o método de garantia da finalidade do Direito ao afirmar que:

Conviene insistir en que el Derecho es un medio especial, cuya especialidad consiste en su normatividad coercitiva, adoptado por los hombres en sociedad para asegurar la realización de los fines cuyo logro consideran necesario para su vida.<sup>2</sup>

A norma se apresenta como letra, e a letra, por via de regra, não traz em si mesma uma objetividade quanto ao seu conteúdo e significado, a palavra carrega consigo uma semântica, não se apresentando do mesmo modo a todos. Por isso, deve haver um procedimento em que um sujeito internalize uma compreensão e a apresente para o mundo. Esse é o papel do jurista diante da norma jurídica, compreender os signos de linguagem e transportá-los para os demais membros da sociedade, os quais são os destinatários finais dessa norma, e o realiza por intermédio de métodos e tipos hermenêuticos.

A compreensão do tema em estudo passará pela análise da hermenêutica em sentido geral e, posteriormente, a hermenêutica específica do Direito do Trabalho, tendo em vista o corte que a tese procura estabelecer quanto às fontes formais desse ramo do direito, bem como os métodos e tipos de interpretação dessas novas fontes.

O método de construção e entendimento das normas, entendidas como elementos mais amplos do que as leis, passa, obrigatoriamente, pelas regras que regem a ciência jurídica, em razão disso, inicia-se pela compreensão dos elementos mais básicos do sistema jurídico.

Embora possa parecer comum ao jurista a passagem do plano abstrato da norma para o plano concreto, em verdade, trata-se de um caminho complexo que envolve

---

<sup>1</sup> PIERSON, Donald. *Teoria e pesquisa em sociologia*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1968. p. 137.

<sup>2</sup> SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970. p. 122.

múltiplas possibilidades. A hermenêutica não se deu durante toda a existência de um sistema jurídico do mesmo modo, suas mudanças ocorrem com a evolução da própria sociedade. Cada época e cada modo de vida influem substancialmente na forma de se compreender e aplicar a hermenêutica.

Por isso, a pesquisa estará circunscrita ao instituto considerado na sociedade contemporânea, a partir do sistema capitalista atual. A hermenêutica jurídica moderna está pautada no juspositivismo,<sup>3</sup> que é o direito posto, e tem sido entendida como a técnica de interpretar e explicar um texto ou um discurso, sendo certo que a palavra em sua origem grega significa, exatamente, o mesmo sentido descrito anteriormente: arte ou técnica de interpretação.

Há uma bifurcação entre o que se convencionou denominar hermenêutica epistemológica e hermenêutica ontológica. A primeira diz respeito à interpretação de textos, a segunda está ligada à interpretação da realidade e a intersecção entre esses momentos resultará na subsunção da norma ao fato.

Etimologicamente a palavra está relacionada ao deus grego, Hermes, que era um dos deuses da oratória, o qual tinha a capacidade de falar tanto com os deuses quanto com os mortais.

A expressão, que tem significado multifacetado, a depender do ramo da ciência em que é empregada – na filosofia, na religião, entre outros – resta compreendida na seara jurídica como a ciência que criou os métodos e tipos para a interpretação das normas jurídicas, fazendo com que elas sejam conhecidas em seu sentido exato, conforme esperado pelos intérpretes. A norma jurídica deve ser aplicada em razão do todo do sistema jurídico vigente, não devendo ficar dependente da interpretação de cada um, idealmente, deve estar vinculada aos mandamentos legais de uma sociedade.

---

<sup>3</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53: “Por juspositivismo compreende-se uma associação necessária do fenômeno jurídico ao fenômeno da autoridade estatal. As raízes históricas de tal pensamento já vêm de há muito, mas a construção sistemática de um modelo de identificação do direito ao Estado surge, vigorosamente, apenas no século XIX. Nessa época, os Estados nacionais europeus já se encontravam sob controle da burguesia, que então dita seus interesses por meio de normas jurídicas estatais.

Mas, de sua origem, no século XIX, até chegar aos seus postulados plenos, no século XX, vários pensamentos juspositivistas se desenvolveram. Momentos históricos com demandas sociais específicas, apoios em métodos filosóficos distintos, necessidades jurídicas teóricas e práticas geram diferentes acepções das doutrinas do direito positivo. [...]”.



Evitar-se o solipsismo, ou o sujeito solipsista,<sup>4</sup> é uma missão importante, pois priva que as pessoas estejam viciadas em suas próprias compreensões, trazendo a visão de mundo a partir de sua própria percepção e experiência, o que torna a leitura e o método de interpretação das normas algo pessoal, individual. Essa seria a visão do sujeito que se basta e que acaba sujeitando o sistema e o restante da sociedade àquilo que ele pretende.

O conjunto de consciências sociais é que deve ser o norte da hermenêutica, sendo que na filosofia o sujeito solipsista foi vencido pela denominada viragem ontológico-linguística,<sup>5</sup> que é exatamente o seu contraponto.

A compreensão dos precedentes judiciais, os quais serão analisados pela teoria da argumentação, passa pela razoabilidade do método e do tipo hermenêutico. Tal movimento regerá as questões processuais no entorno do assunto, mas, sobretudo, informará o agir social e sua autenticidade.

Assim, a compreensão e a aplicação do Direito a partir da visão pura e simples de um magistrado – em que pese a autorização concedida pelo Estado – não representam a eficácia social desejada pela hermenêutica jurídica, sendo necessária a demonstração do método empregado e de sua coerência com o corpo social. Na visão de Esser,<sup>6</sup> necessita, também, de um diálogo com a filosofia, rejeitando o subjetivismo individualista.

A doutrina clássica segue a mesma linha de pensamento quanto à compreensão da hermenêutica jurídica, conforme se extrai dos dizeres de Carlos Maximiliano ao afirmar que “a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.<sup>7</sup>

A partir dessas premissas, a interpretação das normas jurídicas dependerá do método e do tipo empregados para sua real compreensão, ou seja, da forma como a

---

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 17: “A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (Selbstsüchtiger), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Interessante notar que a tradução literal de Selbstsüchtiger é ‘viciado em si mesmo’”.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 18: “Assim, em tempos de viragem linguística – ou, para ser mais específico, em tempos de viragem ontológico-linguística –, não pode(ria)m passar despercebidas teorizações ou enunciados performativos que reduzem a complexíssima questão do ‘ato de julgar’ à consciência do intérprete, como se o ato (de julgar) devesse apenas ‘explicações’ a um, por assim dizer, ‘tribunal da razão’ ou decorresse de um ‘ato de vontade’ do julgador.”

<sup>6</sup> ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

<sup>7</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 14.

hermenêutica jurídica atuará na interpretação das normas, o que, nas palavras de Pasquale Fiore, tem por fim “fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador”.<sup>8</sup> Hermenêutica identifica o sentido da norma.<sup>9</sup>

Importante notar que interpretação e hermenêutica são expressões que não se confundem, embora estejam diretamente ligadas, assim, enquanto interpretação é a operação que tem por finalidade trazer uma clara e nítida compreensão da norma estabelecida pelo legislador, a hermenêutica, como visto anteriormente, é o estudo da sistematização dos processos, dos métodos e tipos utilizados na interpretação.

Com isso, podemos afirmar que a hermenêutica antecede a interpretação, ou que a interpretação está baseada nos métodos estabelecidos pela hermenêutica.

Dessa afirmação decorre a necessidade cronológica de compreender em primeiro lugar a hermenêutica, para posteriormente estabelecer uma interpretação válida do objeto em estudo.

No mesmo sentido é a doutrina de Rubens Limongi França, quando indica que “a interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais”.<sup>10</sup>

Nesse sentido o estudo seguirá com a demonstração da evolução dos métodos e tipos hermenêuticos, apontando-os e explicando-os, para posterior inclusão da melhor forma de utilização na interpretação do Direito em suas facetas mais modernas.

## 1.1 A compreensão da hermenêutica

A hermenêutica clássica tem origem na escola francesa, escola da exegese, juntamente com a escola dogmática vinda da Alemanha. Na hermenêutica clássica há o estabelecimento de duas etapas distintas, a interpretação e a aplicação do direito, assim, a interpretação antecede a aplicação, primeiro se extrai o sentido da norma, depois se aplica ao caso concreto.

---

<sup>8</sup> FIORE, Pasquale. *De la irretroactividad e intepretación de las leyes*. Estudio Critico y de Legislación Comparada. Madrid: Ed. Madrid, 1927. p. 564.

<sup>9</sup> VERNENGO, Roberto José. *La interpretación literal de la ley y sus problemas*. Buenos Aires, 1971.

<sup>10</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 3-4.

Friedrich Karl von Savigny<sup>11</sup> estabeleceu um sistema interpretativo baseado em alguns métodos, sendo eles: gramatical, sistemático, histórico e lógico,<sup>12</sup> que também deram origem a desmembramentos para os métodos sociológico, teleológico ou finalístico e axiológico.

Como bem afirmado por Rubens Limongi França, não se trata de uma sucessão de métodos, como se os primeiros tivessem sido substituídos pelos seguintes e assim sucessivamente, até que um se sobreponha sobre o outro, extinguindo-o. Em verdade, são métodos que atuam simultaneamente, ou nas palavras do autor trata-se de *operações distintas que devem atuar em conjunto*.<sup>13</sup>

Importante notar que uma boa interpretação das normas jurídicas deve esclarecer seu significado, mostrando sua validade, o alcance social da norma, possibilitar que o conflito possa ser resolvido conforme os fins sociais da norma, sempre em busca de concretizar valores que levem ao bem comum.

Referido método do estudioso alemão Savigny, o qual era um expoente da Escola Histórica do Direito, permitiu uma inovação ainda hoje atuante na ciência do mundo jurídico. Sua forma metodológica de compreensão das normas buscava no passado a compreensão do presente e as motivações para o futuro, disso decorre a nomenclatura de historicismo, o qual se contrapôs ao jusnaturalismo e permitiu o desenvolvimento do positivismo jurídico na Alemanha.

A teoria de Kelsen, como bem frisado por Alysson Leandro Mascaro,<sup>14</sup> alça o problema da hermenêutica a uma nova etapa, pretendendo “que a interpretação normativa seja distinguida em dois tipos: a interpretação autêntica e a interpretação doutrinária”.

Até que as lições de Hans Kelsen<sup>15</sup> viessem ao mundo científico, havia uma forte carga de uma teoria juspositivista automática, como se a adequação do fato à norma fosse um método automático, desvinculado de qualquer subjetividade, simplesmente transpondo a norma ao caso.

---

<sup>11</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Trad. para o português Hebe A. M. Caletti Marengo, adequação linguística Regina Célia de Carvalho Pascoal Lima. Campinas, SP: Edicamp, 2001.

<sup>12</sup> Ibidem, p. X.

<sup>13</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 15.

<sup>14</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito* cit., p. 163.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Seria autêntica a interpretação feita pela autoridade designada para aplicar a norma jurídica, assim, somente aqueles com competência autorizada para dar a palavra final acerca da norma jurídica poderiam dizer seu real alcance. Nesse sentido, parece que o resultado caminha em direção ao Poder Judiciário e seus membros, pois suas decisões têm aplicação compulsória aos casos que lhes são submetidos.

Savigny chamava de autêntica a interpretação trazida pelo próprio feitor da norma, como na passagem em que afirma que “prescindimos da usual divisão da interpretação ‘authentica’, ‘doctrinalis’ e ‘usualis’, partindo a primeira do poder legislativo e, as outras duas, dos estudiosos”.<sup>16</sup> O mesmo sendo feito por Limongi França ao afirmar que “autêntica é a oriunda do próprio órgão fautor da lei”.<sup>17</sup>

Tais posicionamentos, em sentidos aparentemente opostos, justificam-se pela ideia de centro de poder e possibilidade de vinculação. Na visão de Savigny, certamente, a ideia estava vinculada a uma lógica de um sistema de exegese e da ascensão dos efeitos das revoluções da época, as quais davam ao Poder Legislativo a última palavra em termos de compreensão da norma, a exemplo das chamadas Cortes de Cassação da época, da denominada *référé législatif*.<sup>18</sup>

Na visão dos demais autores, a compreensão, bem explicada na teoria kelseniana, parte da ideia de que quem teria o poder de decidir e vincular à sua decisão os demais interessados seria o Poder Judiciário, pois a decisão judicial se impõe, constrange à observância pelos interessados no caso. Para Kelsen a lei era uma moldura, a partir da qual caberia ao intérprete preencher seu real significado.

No que tange à interpretação doutrinária, são todas as demais interpretações feitas por pessoas não designadas como competentes para a aplicação da norma jurídica, ou seja, todos os demais estudiosos do Direito, como ocorre com os professores em sala de aula, um autor ao escrever um livro, o próprio juiz quando produz um trabalho acadêmico, fora de sua função judicante no Poder Judiciário, entre tantos outros estudiosos.

---

<sup>16</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica* cit., p. 8.

<sup>17</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 6.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 34: “A imprescindibilidade de garantir a vontade geral e de impedir qualquer interferência judicial sobre o produto do Parlamento obviamente não se contentou com a proibição de o juiz interpretar a lei. Como já foi dito, conferiu-se ao juiz a faculdade de pedir a um corpo legislativo o esclarecimento do texto legal, mediante o que se chamou de ‘référé législatif’ facultativo”.

Não se trata, porém, de definir cada um dos tipos como melhor ou pior, por essa razão o autor foge dessa comparação; a verdade, a correção, a justiça da interpretação são assuntos que passam ao largo da teoria de Kelsen.

Alysson Leandro Mascaro<sup>19</sup> vê na teoria kelseniana, acerca da hermenêutica, uma questão de procedimento de poder, a interpretação reflete um ato de vontade, uma escolha aleatória do juiz.

Em que pese a crítica feita em diversas áreas do conhecimento, no que tange ao poder exercido pelas autoridades constituídas e o risco da soberania do sujeito solipsista, o que se pratica é a construção de uma interpretação chancelada, simplesmente, pela autoridade concedida pelo Estado para determinados sujeitos.

Essa aplicação, no entanto, tem sido baseada em métodos interpretativos descritos há anos, a começar pelos métodos propostos por Savigny, os quais têm por missão reduzir o subjetivismo individualista das interpretações.

Não há interpretação sem subjetivismo, resta claro, contudo, quanto menor a incidência da visão de mundo individual do intérprete, melhor será a incorporação do resultado ao corpo social, quanto mais abranger núcleos sociais diversos, mais autoridade haverá na interpretação.

Alcançar tal intento, no entanto, não é missão das mais fáceis, por isso, a análise dos métodos interpretativos ganhou valor inquestionável na árdua missão de entregar uma coerente interpretação das normas jurídicas.

Sem métodos preestabelecidos à propensão de arbitrariedade na leitura das normas jurídicas aumentaria sobremaneira, especialmente em tempos de vasta informação e de distintas opiniões pessoais.

### *1.1.1 Métodos e tipos*

Em busca de maior coerência e compreensão dos textos normativos, a teoria tradicional expõe métodos hermenêuticos que trazem ferramentas para a interpretação e tipos hermenêuticos que tratam do resultado da interpretação das normas.

---

<sup>19</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito* cit., p. 164.

Não é papel desta pesquisa discutir os erros e acertos acerca da adoção de tais preceitos, pois, são métodos e tipos hermenêuticos consagrados na teoria contemporânea do Direito. Sua adoção em bancos acadêmicos, livros, ensaios, teses, artigos, corroboram sua utilidade e aceitação pelo corpo social. E, como já exposto anteriormente, o subjetivismo individualista, baseado em perspectiva de mundo de cada indivíduo, de cada intérprete, não contribui para a ciência do Direito, daí a adoção daquela que é a teoria dominante.

A doutrina clássica assim divide os métodos hermenêuticos: interpretação gramatical, lógica e sistemática, quanto à teoria geral; interpretação histórica, sociológica e evolutiva, quanto à contextualização da norma; e interpretação teleológica e axiológica, quanto à finalidade da norma – Alysson Leandro Mascaro;<sup>20</sup> interpretação gramatical, lógica e sistemática, quanto às conexões das palavras nas sentenças; interpretação histórica, sociológica e evolutiva, quanto à razoabilidade e proporcionalidade; e interpretação teleológica e axiológica, quanto a problemas pragmáticos – Tercio Sampaio Ferraz Jr.<sup>21</sup>

Já os tipos de interpretação são assim descritos por Alysson Leandro Mascaro: quanto aos resultados da interpretação em: especificadora, restritiva e extensiva;<sup>22</sup> sendo a mesma classificação trazida por Tercio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>23</sup> com idêntica classificação, inclusive, quanto à expressão da língua.

A coincidência da classificação entre os autores mencionados, seja quanto aos métodos ou aos tipos, é um referencial importante quanto à superação do subjetivismo individualista, pois, ao adotar tais preceitos como elementos de partida, supera-se a eventual imputação de utilização de preceitos a mercê da sociedade jurídica, como visto, evita-se o encadeamento de ideias a partir da própria noção de Direito de quem escreve, pura e simplesmente.

---

<sup>20</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito* cit., p. 172-174.

<sup>21</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulos: Atlas, 2016. p. 240-252.

<sup>22</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito* cit., p. 174-175.

<sup>23</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 254-258.

Resta, agora, compreender cada um dos métodos e dos tipos enumerados anteriormente.

### *1.1.2 Métodos*

#### *1.1.2.1 Interpretação gramatical*

Referido método interpretativo se volta para a textualidade da norma, bem como sua ligação com outros termos das normas. Trata-se de pesquisar a conexão das palavras na sentença, bem como suas correlações, dentro do próprio texto.

O modo como as palavras são escritas e a ordem em que são ordenadas influi sobremaneira na forma de entender a norma jurídica. Não há escrita despropositada, sem sentido. Tudo tem uma razão de ser, da escolha da expressão, até a forma como é disposta, os complementos que lhe são atribuídos (advérbios, adjetivos), tudo está interligado para a melhor construção da norma e, posteriormente, sua decodificação pelo intérprete.

Observe-se, no exemplo a seguir, a importância da expressão e da ordem das palavras na compreensão que tem sido emprestada à interpretação ligada à duração do trabalho, em termos constitucionais e infraconstitucionais, o que exalta a gramática, tanto a partir da semântica, quanto da ordem em que são inseridas as expressões.

O artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, dispõe sobre o limite de jornada admitindo a compensação de eventuais excessos ao afirmar: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Algumas polêmicas podem ser citadas a partir do texto, algumas internas e outras de contexto, todas a partir das expressões semânticas e da ordem em que foram postas.

A primeira, e mais relevante nesse momento do estudo, diz respeito ao alcance da expressão acordo ou convenção coletiva, pois, a doutrina e a jurisprudência se digladiam para entregar a melhor interpretação da palavra acordo, afinal, ele pode ser individual ou coletivo.

Para piorar, o adjetivo coletiva pode significar somente a qualificação de convenção, não do acordo, em razão do gênero utilizado, pois quando concorda com o último de mesmo gênero, a relação deveria ser sim com o mais próximo. Contudo, no português jurídico, essa relação é mais intensa e essa brecha abre espaço para entendimentos diversos.

O Tribunal Superior do Trabalho, em interpretação autêntica (ao supor a divisão supradescrita, kelseniana – pois tem o poder de constranger e impor) entendeu que os acordos podem ser individuais e coletivos, conforme descrito na Súmula 85, inciso I, ao afirmar que “a compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva”.

Desse modo, podemos afirmar que na interpretação gramatical, para nos utilizarmos somente do critério em estudo, o Tribunal Superior do Trabalho chegou à conclusão de que o substantivo acordo, pelo gênero e ordem dispostos, não está qualificado pelo adjetivo coletiva.

Pode parecer algo irrisório, mas não é: a saúde e a vida das pessoas podem depender da compreensão desse estudo.

Trata-se, naturalmente, do nível mais imediato da interpretação, pois toma contato com o próprio texto da norma.

Sozinho, provavelmente, não resolveria todos os problemas que se apresentam ao intérprete na compreensão, assim entendidas a identificação e a interpretação da norma, nem sua aplicação aos casos concretos. Contudo, trata-se de um passo importante, o mais imediato, o primeiro.

### *1.1.2.2 Interpretação lógica*

Nesse método prezam-se pelas ferramentas lógicas que irão tornar mais claros o sentido e a compreensão do texto. Referido método, como já afirmado anteriormente, irá se somar ao método gramatical, contudo, primeiro precisa ser compreendido por si próprio.

Pode ser considerado um método que procura identificar inconsistências na busca de um significado correto, a partir de uma compatibilidade lógica. Muitas vezes há o uso indistinto de expressões idênticas com significados diversos, portanto, com consequências hermenêuticas diversas, ferindo a lógica da identidade do elemento, não se



podendo compreender o termo, se não houver compreensão exata da lógica que o identifica.

Como bem afirmado por Tercio Sampaio Ferraz Jr., trata-se de vislumbrar que “a interpretação lógica lida com as palavras da lei na forma de conceitos”.<sup>24</sup>

A ideia principal gira em torno de manter um conceito como um termo invariável dentro de um contexto em que será utilizado, portanto, define-se o termo. Tercio divide essa forma de conceito em definições reais, nominais e estipulativas.

A definição será real quando é possível captar a realidade, designado pela linguagem, só pode ser verdadeira ou falsa. Já a definição nominal são as hipóteses em que se têm dificuldade de captar a realidade, delimitando o conceito pelo uso. E, por fim, a definição estipulativa é a que fixa um novo uso para o vocábulo, pois, as duas anteriores não foram capazes de defini-lo e, nesses moldes, pode ser aceita ou recusada.<sup>25</sup>

Definir, portanto, significa explicar o significado do termo. Assim, a linguagem se torna clara a partir de tais critérios de definição, ou seja, torna-se invariável ao intérprete que o compreenderá de forma lógica dentro do contexto em que é utilizado.

Vejamos a interpretação do mesmo exemplo citado, agora, contudo, pela visão da interpretação lógica.

A palavra *acordo*, no contexto do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, já possui uma definição real, pois a linguagem utilizada está inserida dentro de um termo com significado verdadeiro, ou seja, o acordo entre as partes envolvidas numa relação de emprego, o qual pode ser individual ou coletivo. As expressões *acordo individual* e *acordo coletivo*, também são expressões captadas pela realidade da linguagem, pois são verdadeiras, existentes, conhecidas, aceitas, utilizadas, comuns.

Tercio Sampaio chama esse modo de significação de denotação,<sup>26</sup> assim entendida como aquele que tem relação a um conjunto de circunstâncias, todas pertencentes à sua extensão.

---

<sup>24</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 242.

<sup>25</sup> HAURIOU. *La théorie de l'institution et de la foundation*. Paris, 1925. p. 2.

<sup>26</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 242-243: “[...] quando se diz que uma palavra significa algo, isto tem a ver com *denotação* (relação a um conjunto de propriedades de objetos que constitui a sua ‘extensão’ – por exemplo, a palavra planeta denota os nove astros que giram em torno do Sol) e com *conotação* (relação a um conjunto de

Por isso, na interpretação lógica é possível denotar que a expressão *acordo*, como uma relação que inclui várias possibilidades em sua extensão (acordo em vários ramos do direito terá significância delimitada), terá na área trabalhista extensão própria (acordo individual e acordo coletivo).

Mais um acerto da leitura feita pelo Tribunal Superior do Trabalho, pois, como já supradescrito, a Súmula 85, em seu inciso I, deixou transparecer tal extensão ao afirmar que o termo acordo tem significação lógica, pois conhecida dos operadores desse ramo do direito como acordos individuais e coletivos.

Some-se a textualidade do método gramatical com a significância do método lógico, e teremos uma interpretação bastante razoável da norma em comento.

### 1.1.2.3 *Interpretação sistemática*

A interpretação sistemática leva em conta aspectos mais amplos da norma, pois parte do pressuposto do contexto do ordenamento jurídico, tanto no que diz respeito aos elementos que compõem o próprio ordenamento em que está inserida, como os ordenamentos ao redor.

A interpretação sistemática leva a comparações com os elementos componentes da própria norma, como o artigo, com os parágrafos, incisos, alíneas, ou outros artigos do mesmo diploma. Entretanto, também leva em consideração princípios, outros ordenamentos, com o sistema como um todo, seu espírito.<sup>27</sup>

Nas palavras de Limongi França, a interpretação sistemática significa que “a descoberta da *mens legislatoris* da norma jurídica pode e deve ser pesquisada em conexão com as demais do estatuto onde se encontra”.<sup>28</sup>

Trata-se de enfrentar as questões de compatibilidade em um todo estrutural, pois a presunção é da unidade do sistema jurídico. Tercio Sampaio indica um paralelo entre a

---

propriedades que predicamos ao vocábulo e que constitui sua ‘intensão’ – grafado, na terminologia linguística com *s* -; por exemplo, a palavra humano conota ser pensante, masculino e feminino”.

<sup>27</sup> BAUDRY-LACANTINIERE. *Précis de droit civil*. 9. ed. Paris, 1905. v. I, p. 53.

<sup>28</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 10-11.

teoria das fontes e a teoria da interpretação,<sup>29</sup> tratando da subordinação ou conexão das normas em um todo que principia pela norma maior, a Constituição Federal.

Para Alysson Mascaro, trata-se de investigar a validade, a vigência ou o perecimento da norma.<sup>30</sup> Estar-se-á diante da contraposição de normas e possíveis problemas de antinomias jurídicas.

Quando se trata de colocar as normas num conjunto sistemático de interpretação jurídica, é preciso que se tenha a certeza de que todas as normas são válidas, vigentes e aplicáveis, e, talvez, o mais importante, se são compatíveis a sobreviverem aos mesmos casos.

O que pode ocorrer, diante de eventual conflito de normas, é a revogação de uma norma por outra que seja colocada em comparação, como nos casos de revogação expressa, ou mesmo nos casos de revogação tácita. A revogação expressa depende de cláusula inequívoca nesse sentido, enquanto a revogação tácita parte, justamente, da análise sistemática das normas, o que pode levar a uma conclusão de que há incompatibilidade, ou mesmo o tratamento integral pela nova norma do assunto tratado na norma anterior.

Pode, ainda, ocorrer choque e a preferência de uma norma em comparação a outra, sem que implique, necessariamente, a revogação de qualquer uma delas, utilizando-se dos elementos de antinomia propostos por Norberto Bobbio<sup>31</sup> em que a norma superior prevalece sobre a inferior, a norma especial prevalece sobre a norma geral e a norma posterior prevalece sobre a norma anterior.

Tais movimentos de contraposição só podem ocorrer a partir da ideia de sistematização da interpretação, comparando normas, conjuntos de normas.

Voltemo-nos, uma vez mais, para a interpretação do preceito constitucional acerca da compensação de jornada, à luz do artigo 7º, XIII, e a interpretação quanto ao termo *acordo*.

Internamente, ou seja, dentro da própria construção do artigo 7º da Constituição, é possível chegar àquela conclusão, que denota o termo, a partir de suas consequências

---

<sup>29</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 244.

<sup>30</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito* cit., p. 173.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995.

possíveis e aceitáveis, ou seja, acordos individuais ou coletivos, pois o próprio ordenamento em questão, em seu inciso XXVI, aponta o *reconhecimento das convenções e acordos coletivos*. Desse modo, nessa análise sistemática é que surge o conceito do termo, a partir, como visto, de denotação, ou seja, a extensão que o termo pode carregar consigo.

Na mesma linha, agora em comparação com normas de hierarquia inferior, tendo em vista que o primeiro preceito foi de ordem constitucional, temos a Consolidação das Leis do Trabalho, que traz em seu artigo 59, *caput*, a seguinte previsão: “a duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por *acordo individual*, convenção coletiva ou *acordo coletivo* de trabalho” (grifos acrescentados).

A partir dessa definição real do termo acordo e suas extensões possíveis, torna-se imprescindível a conjugação sistemática dos dispositivos em comento, pois estamos diante de duas possibilidades de acordos, os individuais e os coletivos.

Resta afirmar que a Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho, mais uma vez, andou muito bem ao interpretar o termo acordo em suas múltiplas possibilidades, agora, a partir da visão de sistema, para ficarmos, até este ponto, somente com os três métodos já referidos: gramatical, lógico e sistemático.

O inciso I da referida Súmula diz respeito aos acordos individuais para compensação semanal de jornada, enquanto, na mesma Súmula, o inciso II trata das duas formas de acordo, o individual e o coletivo, para, sistematicamente, resolver questões a respeito do mesmo assunto.

Como já afirmado por Limongi França, não se trata da utilização isolada dos métodos, mas da integração de todos eles para que se extraia a melhor interpretação possível da norma jurídica.

Portanto, já é possível afirmar que o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal foi objeto de interpretação que levou em conta a interpretação semântica, de compatibilidade lógica e em conjugação com outros pontos da própria norma e com normas outras do sistema jurídico.

#### *1.1.2.4 Interpretação histórica, sociológica e evolutiva*

A partir desses métodos, começa-se uma forma de interpretação que se desloca do texto da norma, para passar a compor o seu contexto, buscando suas origens,

compreensão social, e as questões históricas que influenciaram sua formação e desenvolvimento.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. faz uma construção desses métodos por meio da distinção de conceitos, seus atributos diferenciadores, sendo que entende como mais importante a via interpretativa que confere ao conceito parâmetros mais genéricos, distribuindo esta análise entre os chamados conceitos: indeterminados, valorativos e discricionários.<sup>32</sup>

Na primeira hipótese o autor faz uma ligação com o estudo de conceito denotativo, ou seja, a extensão que pode ser atribuída ao preceito, por isso, os conceitos indeterminados criam o que o autor chama de *standards*, pois a indeterminação do conceito permite uma evolução que o torna determinável com um refinamento progressivo de seu sentido. A indeterminação se aloca, exatamente, na extensão que o conceito pode ter, como vimos na interpretação lógica, os objetos que o conceito pode abarcar.

No sentido valorativo, o conceito está voltado para a intenção, assim, um caráter mais conotativo, no mesmo sentido já estudado quanto da análise da interpretação lógica. Trata-se da análise de imprecisão dos elementos que definem o próprio conceito, o que no campo jurídico leva, necessariamente, à busca de uma objetividade, a partir do contexto social em que está inserido e será utilizado.

Por fim, os conceitos discricionários são aqueles que nunca se fecham definitivamente, ao contrário, renovam-se com o passar do tempo, com o uso em cada hipótese concreta. O estudo correlacional, como posto por Tercio Sampaio Ferraz Jr., permite chegar a cada conclusão pela razoabilidade ou proporcionalidade, em cada caso analisado.

A solução de tais problemas interpretativos passa pela utilização dos métodos históricos e sociológicos, separando-os a partir da estrutura social do momento da interpretação ou sua gênese no tempo. Algumas vezes esses elementos se entrelaçam, gerando uma análise evolutiva do preceito, ou seja, o momento da criação da norma e o momento social de sua aplicação.

---

<sup>32</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 248-249.

Para ilustrar o uso desses métodos, voltemos ao estudo do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, ainda quanto à discussão que envolve a palavra *acordo*.

Antes mesmo da edição da norma constitucional, em outubro de 1988, a Consolidação das Leis do Trabalho já tratava do termo, bem como as anteriores constituições (lembrando que o momento histórico em que se considera inserido o Direito do Trabalho em âmbito constitucional remonta a 1934).

A Constituição imediatamente anterior a atual, de 1967, em seu artigo 158, VI, assim estabelecia o preceito em discussão: “duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos”.

Resta claro, dessa forma, que não havia um elemento definido na norma em análise quanto ao limite de jornada em contraposição à possibilidade de compensação, portanto, a Consolidação das Leis do Trabalho era quem tratava do tema.

A visão da lei infraconstitucional passou por dois momentos históricos diversos, quais sejam, um antes e outro após a Lei n. 13.467 de 2017 (denominada lei da reforma trabalhista) sendo que ao tempo da edição da interpretação do Tribunal Superior do Trabalho o artigo contava com a redação antiga, aquela revogada pela nova norma. Para fins de estudo, assim as redações serão postas, mas, com a inequívoca certeza de que o tribunal máximo em matéria trabalhista elaborou sua interpretação baseado na redação revogada.

Artigo 59 anterior à reforma: “a duração normal do trabalho pode ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho”.

Artigo 59 atual: “a duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo trabalho”.

Assim, a palavra *acordo*, pode ser descrita como de conceito indeterminado, pois a extensão poderia levar à conclusão de que ele seria individual ou coletivo, ou seja, de denotação indeterminada. Haveria, assim, a necessidade de dar valoração objetiva ao preceito, alocando-o ao contexto social utilizado. Por fim, deveria ser observada como a matéria vinha sendo tratada no decorrer dos tempos.

O Tribunal Superior do Trabalho, assim, como já descrito anteriormente, chegou à conclusão de que o *acordo* para compensação semanal de jornada poderia ser o individual, nos termos do inciso I da Súmula 85.

É possível afirmar, pelos elementos até aqui descritos, que o pensamento dominante pelo tribunal em referência continuará a ser o mesmo, pois, o legislador acabou confirmado o que a jurisprudência já havia uniformizado como entendimento dominante.

Ao analisar a gênese da compensação de jornada – à luz da norma de direito constitucional –, já havia a possibilidade de negociação individual, entre empregados e empregadores – conforme norma da Consolidação das Leis do Trabalho –, o contexto social atual, momento em que a norma seria aplicada, reflete a prática já consagrada pela evolução do preceito com o passar dos anos. História, contexto social e evolução. Tais preceitos permitiram a determinação do conceito do termo *acordo* descrito no inciso constitucional, gerando a aplicação exata do preceito a partir do mais razoável.

Mais um ponto que demonstra o acerto da norma interpretada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

#### *1.1.2.5 Interpretação teleológica e axiológica*

Referidos métodos irão ao encontro da busca pela finalidade, pelos objetivos e os valores da norma jurídica, nos dizeres de Alysson Leandro Mascaro.<sup>33</sup>

Conforme exposto pelo mesmo autor, trata-se de um patamar mais profundo na interpretação jurídica.

Enquanto isso, Tercio Sampaio Ferraz Jr. fala em problemas pragmáticos *stricto sensu*,<sup>34</sup> relatando uma comunicação entre emissores e receptores da norma jurídica. São as valorações que serão controladas pelo intérprete.

O método teleológico busca atribuir um propósito para a norma, sua finalidade. A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu artigo 5º, cita o propósito da teoria geral das normas, qual seja, o fim social da norma, ocasião em que se postula encontrar a finalidade de cada norma, considerada em si mesma, pois são os fins sociais do

---

<sup>33</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito* cit., p. 173.

<sup>34</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 252.

próprio Direito. Os princípios contribuem para o desvelar dessas finalidades, pois exercem, também, o papel de reguladores sociais da atividade interpretativa da norma jurídica.

A axiologia, em outra frente, está mais vinculada à valoração externa da norma, por isso, ainda no artigo 5º da Lei de Introdução, a passagem pela expressão *bem comum*, traz consigo um elemento exterior da norma, resguardar o convívio em sociedade, uma exigência que se faz para a sociabilidade.

Assim, teleologia pode ser entendida, resumidamente, como o objetivo da norma, enquanto a axiologia, a valoração da norma.

Voltando uma vez mais para o caso em estudo, qual seja, o artigo 7º, XIII, da Constituição Federal e a compreensão da compensação de jornada a partir da expressão *acordo*, é possível extrair, também, uma interpretação teleológica e uma axiológica.

A finalidade da norma é permitir que o trabalhador descanse o excesso de jornada, em vez de receber referidas horas em excesso como horas extraordinárias. Por seu turno, a valoração da norma está em compreender como o acordo será entabulado para referida compensação, de forma individual ou coletiva.

Qualquer uma das duas formas atinge a finalidade da norma, pois ambas convergem para o mesmo fim, enquanto as formas individual e coletiva têm valorações diversas, já que a primeira permite um menor controle da vontade emanada pelo trabalhador, enquanto a segunda permite um controle mais rigoroso, pois exige a participação do sindicato da categoria para autorização dessa forma de compensação.

Para o fim a que se destina a norma no caso concreto, qual seja, a compensação semanal, a valoração entre acordo individual ou coletivo pouco – ou nenhum – impacto social teria na rigidez da distinção.

Assim também foi o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, estabelecendo a possibilidade de acordo individual para compensações semanais de jornada.

Veja-se que quando a valoração realmente faria diferença, a interpretação do Tribunal Superior havia consagrado a forma mais rígida de negociação, a coletiva, a teor da própria Súmula 85, em seu inciso V, quando afirma que as disposições anteriores não se aplicam ao chamado banco de horas.



Contudo, para o fim do estudo em andamento, a valoração da forma, individual ou coletiva, pareceu não fazer tanta diferença.

A lei que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, a chamada “reforma trabalhista”, alterou o disposto no artigo 59, inserindo um § 5º, o qual relativiza um pouco mais o preceito, estendendo a possibilidade de acordo individual, inclusive, para compensações semestrais. Trata-se de um novo aspecto valorativo da norma, pois uma compensação semanal não pode ter o mesmo peso axiológico que uma compensação semestral.

O § 6º, ainda do artigo 59, também fruto da reforma trazida pela Lei n. 13.467 de 2017, permite o chamado acordo tácito para compensações mensais, outra valoração de peso diverso da proposta anteriormente.

Já o artigo 59-A recuou nessa valoração do acordo, no que tange à jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso. A lei da “reforma” estabelecia possibilidade de acordo individual, contudo, a Medida Provisória, 808 de 14 de novembro de 2017, editada logo após a vigência da Lei 13.467 de 2017, restabeleceu a forma coletiva, conforme havia sido interpretado pelo Tribunal Superior do Trabalho, na Súmula 444. Meses após a sua edição, a referida MP perdeu sua vigência, restituindo, assim, o texto original trazido pela lei da reforma trabalhista.

Estamos diante de uma clara alteração de valoração das normas, bem como de busca de fins diversos do originalmente imaginado. A questão que ficará para ser resolvida é a adequação dessa finalidade e valoração a partir da saúde e segurança do trabalhador, nos termos do inciso XXII, ainda do artigo 7º da Constituição Federal; esse não é, contudo, o objetivo deste estudo.

O mais relevante é a demonstração do papel da teleologia, enquanto finalidade, e da axiologia, enquanto valor, no desenvolver das interpretações jurídicas.

### *1.1.3 Tipos*

A nomenclatura *tipos* de hermenêuticas jurídicas está ligada à ideia de resultados da interpretação, enquanto *métodos* da hermenêutica estava ligado à ideia de ferramentas para a fixação do entendimento.

### 1.1.3.1 Interpretação especificadora

A pretensão desse tipo hermenêutico é desvelar o limite exato de certo conceito jurídico, sem qualquer espécie de ampliação ou restrição. O sentido da norma está inserido no seu próprio enunciado, estendendo a interpretação somente até o ponto que a norma seja capaz de decidir os casos postos, com o que se denominou chamar de questão de decidibilidade dominada por um princípio de economia de pensamento.<sup>35</sup>

O brocardo jurídico *in claris cessat interpretatio* pretende significar o resultado da interpretação especificadora. Alguns autores a denominam de interpretação declarativa,<sup>36</sup> para ao final chegarem a mesma conclusão, de que o enunciado coincide, na sua amplitude, com aquilo que a primeira vista pareceu conter a expressão do dispositivo.

As expressões jurídicas são ambíguas na maioria dos casos, peguemos a expressão *acordo*, como descrito no artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, que pode ter múltiplos significados, como no caso da discussão entre acordo individual ou coletivo.

A função da interpretação especificadora é a de compreender o instituto somente até o ponto em que a decisão do caso se mostre possível, não necessitando ir até o fim de todas as suas possibilidades. Assim, ao compreender a expressão no sentido desejável, a partir do próprio enunciado, e sendo suficiente para resolver o caso concreto posto em discussão, desnecessário seria prosseguir para tentar compreender outras formas de acordo aplicáveis ao caso.

Em alguns ramos do Direito, como no Direito Penal, esse tipo de interpretação é bastante comum, pois se evita, ao máximo, estender a compreensão do tipo penal. O mesmo pode ser dito quanto à aplicação de penalidades no âmbito civil, aqui incluído o Direito do Trabalho.

Basta assim, para esse tipo, dizer que a norma está de acordo com a *mens legis*, cabendo ao intérprete constatar a coincidência.

---

<sup>35</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 255.

<sup>36</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 11.

### 1.1.3.2 Interpretação restritiva

Trata-se de um tipo de interpretação que acaba por reduzir o âmbito de aplicação da norma, suas hipóteses de incidência. São os casos de previsões de diversos enquadramentos, contudo, alguns podem ser tidos por ilegais ou inconstitucionais, procedendo-se, portanto, com a redução desses enquadramentos nas hipóteses pretendidas, como bem delineado por Alysson Leandro Mascaro.<sup>37</sup>

Limongi França, por seu turno, fala em uso de expressões, pelo legislador, mais amplas do que as pretendidas efetivamente,<sup>38</sup> e então sugere que o intérprete reduza o âmbito de aplicação da norma, como se buscasse a sua teleologia, ou seja, a finalidade efetiva da norma, sua *mens legislatoris*.

O objetivo desse tipo de interpretação é o de limitar o sentido da norma, em que pese a possível amplitude que a expressão literal possa sugerir, como acontece, por exemplo, com as normas que restrinjam direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, assim como as normas excepcionais, no primeiro caso por possível afronta ao texto constitucional, no segundo, por ser da essência desse tipo de norma a redução de sua hipótese de incidência ao menor número de ocorrências possíveis, pois a regra deve ser mais ampla do que a exceção. Assim são as considerações de Tercio Sampaio Ferraz Jr.<sup>39</sup> no que diz respeito ao tema.

É possível conjugar tais disposições doutrinárias afirmando que as normas serão interpretadas restritivamente sempre que ofenderem a ordem constitucional, legal, exceder a intenção do legislador ou tiver um caráter excepcional. São leituras do tipo interpretativo em análise que não se excluem ou conflitam, ao contrário, se complementam.

Ainda no preceito posto em análise, quanto à hipótese de compensação de jornada, a partir do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, podemos dizer que o termo *acordo*, quando se refere a acordo de compensação, e permite a leitura de sua fixação por acordo individual – aquele negociado diretamente entre empregado e empregador –, foi imaginado para a compensação semanal, limitadas as duas horas de excesso por dia, por

---

<sup>37</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito* cit., p. 174.

<sup>38</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 12.

<sup>39</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 257.

isso, a possibilidade de se admitir compensações mais amplas, como a anual, ou de doze horas de trabalho por dia, são excepcionais, e não podem ofender o espírito da norma constitucional, daí a previsão de que para tais hipóteses somente por norma coletiva poderia haver a fixação dessas hipóteses de incidência da norma.

O Tribunal Superior do Trabalho, nesse mesmo sentido, limitou tais hipóteses, compensação anual e jornada de doze horas diárias, à negociação coletiva, restringindo a hipótese de incidência do termo *acordo*, para excluir a hipótese de acordo individual, numa clara interpretação restritiva do termo. Por isso da afirmação acima no que diz respeito à ofensa da reforma trabalhista ao preceito constitucional.

Restrição pela ideia de adequação ao direito fundamental constitucional descrito no preceito supracitado, e também quanto ao alcance da expressão normativa, que no caso em análise disse mais – pois se referiu ao gênero, o qual comporta pelo menos duas espécies: individual e coletivo – devendo o intérprete reduzir o alcance somente para uma das hipóteses de incidência, o acordo coletivo, numa clara interpretação restritiva.

### 1.1.3.3 *Interpretação extensiva*

No sentido inverso da interpretação restritiva, nesse tipo interpretativo aumenta-se o campo de possibilidades hermenêuticas da norma, suas hipóteses de incidência. Previsões inicialmente não estipuladas passam a fazer parte das possibilidades de incidência da norma.

Alguns autores a denominam de interpretação ampliativa,<sup>40</sup> para especificar que a mens legislatoris era mais ampla do que o resultado final do texto da norma, ou mesmo uma adaptação da norma às novas exigências da realidade social.

Tercio Sampaio Ferraz Jr.<sup>41</sup> fala em códigos fortes e fracos, para explicitar que a interpretação extensiva, baseada em códigos fortes – pois o intérprete amplia a vagueza e ambiguidade da norma –, conduz à ampliação em relação ao contido na norma, pois a mensagem acaba por expressar conotações – elementos componentes da norma, sua

---

<sup>40</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 12

<sup>41</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 258-259.

intenção – e denotações – possibilidade da norma, sua extensão – limitadas, cabendo ao hermenêuta ampliar as hipóteses de incidência.

É preciso, no entanto, que o intérprete demonstre que a extensão está contida no espírito da norma, assim, decorre dela mesma. Essa exigência decorre da necessária distinção desse tipo de interpretação com a hipótese de integração jurídica denominada de analogia, distinção também feita por Trabucchi.<sup>42</sup>

Na interpretação extensiva o que ocorre é a inserção de um sentido que já estava contido na norma, mas que não havia sido explicitado pelo legislador. De outro lado, a analogia pressupõe a aplicação da norma a um caso não imaginado pelo legislador, mas que, contudo, pela proximidade das premissas, permite a aplicação da norma a um caso não imaginado inicialmente.

Alguns ramos do Direito excluem a possibilidade de interpretação extensiva, e até mesmo da interpretação analógica, por ser contrário à essência do próprio ramo, como ocorre no Direito Penal, por exemplo, em que não se imputa cometimento de crimes por leitura extensiva dos tipos penais, nem mesmo por intermédio de analogia. O Código Tributário caminha no mesmo sentido, por seu artigo 111, que exclui as duas formas – extensiva e analógica – em certas modalidades de legislação.

A ideia de analisar certo rol de possibilidades como taxativos ou exemplificativos pode ser uma boa medida de análise da possibilidade da interpretação extensiva, sendo possível sua aplicação na segunda hipótese, e inviável na primeira.

Uma aplicabilidade negada hermenêuticamente, em termos de saúde e segurança do trabalho, é a interpretação extensiva das hipóteses excepcionais referentes aos limites de jornada, como ocorre, uma vez mais, com o termo acordo, descrito no artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, para as hipóteses de jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso. Aqui, admite-se, somente, o acordo coletivo, o que, inclusive, foi objeto de correção na onda das leis de alteração da Consolidação das Leis do Trabalho, no que tange ao artigo 59, quando a Lei n. 13.467 de 2017 estabeleceu uma ampliação das hipóteses e a Medida Provisória 808 de 2017 retornou ao estado anterior, exigindo negociação coletiva, mas, perdeu esta perdeu sua vigência em abril de 2018, por não ter sido convertida em lei.

---

<sup>42</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 9. ed. 1956. p. 38.

De outro lado, o termo acordo, quando imaginado para os limites constitucionais e legais, ou seja, até duas horas por dia, com compensação semanal, foi entendido extensivamente, como se no próprio espírito da norma já estivessem inseridas as hipóteses de acordos coletivos e individuais. Trata-se de um claro exemplo de código forte, em que a ampliação das ambiguidades e vagueza estão em consonância com a intenção – conotação – e a extensão da norma – denotação.

A afirmação pode ser reforçada pela posição do Tribunal Superior do Trabalho, em sua Súmula 85, inciso I, que admite expressamente as duas possibilidades, acordo coletivo e individual, para as hipóteses de compensação semanal.

#### *1.1.4 Integração jurídica*

O sistema jurídico não é capaz de prever todas as possibilidades da vida social, usualmente acaba por não prever alguma norma que resolva um conflito real, e isso ocorre pela dinâmica que envolve a sociedade que está em constante mutação. Para essas hipóteses de ausência de normas, a doutrina desenvolveu o que costumamos denominar de sistemas de preenchimento de lacunas.

A divisão entre métodos de interpretação e de integração parte da ideia de que o primeiro decorre da própria norma, enquanto o segundo da ausência dela.

A teoria das lacunas parte do pressuposto de que a lei pode ser lacunosa, mas não o Direito, pois, diante da ausência de uma norma, deve haver um método de solução do litígio por meio de integrações.

Nesses casos o intérprete agirá como uma espécie de legislador do caso concreto, uma vez que, diante da ausência de norma expressa, fará a composição dos métodos de integração para fazer criar uma regra que resolva o litígio existente.

Há muitas críticas quanto ao subjetivismo que cerca tal atuação do intérprete e a validade dessa forma de solução hermenêutica. O pensamento jurídico tecnicista abomina a integração por gerar um corpo de juristas com atuação legislativa, como afirmado por Alysson Leandro Mascaro.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito* cit., p. 175.

Tais críticas partem, essencialmente, da ideia de divisão de poderes, entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, o cerne da questão é o princípio da tripartição dos poderes. Contudo, como essa divisão não é estanque, há atividades típicas e atividades atípicas exercidas por cada um desses poderes. A compreensão, portanto, estará circunscrita aos modos de integração e aos limites que se impõem aos intérpretes.

É possível vislumbrar, ainda, uma divisão da compreensão da expressão *integração*, pois há autores que a definem como “sinônimo de aplicação, com vistas postas na circunstância de que, ao aplicar a lei, o intérprete faz com que, de princípio puramente eidético, a lei passe a integrar-se na realidade dos fatos sociojurídicos”.<sup>44</sup> Resta claro, na visão de Rubens Limongi França, que integrar significa aplicar a lei ao caso concreto. O mesmo ocorre com a doutrina de Carlos Maximiliano, ao afirmar que aplicar ou integrar “consiste no enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada”.<sup>45</sup>

Ao supor o acerto dos autores citados, quanto à ideia de integração, não haveria maiores dificuldades em defender a atividade do hermeneuta, pois não faria nada a mais do que lhe é exigido naturalmente, interpretar e aplicar. Contudo, essa não é a posição mais aceita quanto ao emprego da expressão em discussão.

E isso se dá por haver autores que entendem que a expressão *integração* está relacionada a preenchimento de lacunas da lei, como é o caso de Ferrara, quando da aplicação ao caso concreto.<sup>46</sup> O mesmo pensamento pode ser atribuído a Alysson Leandro Mascaro,<sup>47</sup> como visto anteriormente, bem como a Tercio Sampaio Ferraz Jr.<sup>48</sup>

Rubens Limongi França cita a possibilidade de orientações diversas diante da hipótese de lacunas normativas, sendo as três principais:

- 1ª) Diante da lei omissa ou obscura, o juiz deverá simplesmente declarar o autor carecedor de direito, por falta de fundamento.
- 2ª) O juiz deverá remeter o caso à autoridade competente para fazer leis, solicitando a elaboração da norma aplicável.

<sup>44</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 35.

<sup>45</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 14.

<sup>46</sup> FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma, 1921. v. 1, p. 224.

<sup>47</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito* cit.

<sup>48</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 262.

3ª) O juiz deverá julgar o pedido com base nos recursos supletivos para o conhecimento do direito, já enumerados em lei, já consagrados pela doutrina.<sup>49</sup>

A terceira hipótese, certamente, é a mais coerente diante do sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico, especialmente, se analisado a partir do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que assinala expressamente que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Tal passagem já seria suficientemente esclarecedora da posição a ser adotada pelo intérprete em termos de teoria geral, contudo, é possível reforçar tal afirmação em termos de previsão especial, quando da orientação traçada pela Consolidação das Leis do Trabalho, que em seu artigo 8º, *caput*, trata do assunto no mesmo sentido que a norma supracitada:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade (*sic*), outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Em que pesem as formas de integração mais amplas do que as previstas na Lei de Introdução, trata-se, claramente, da adoção da corrente em que a lacuna normativa leva o intérprete à utilização dos métodos de integração jurídica.

Assim, superada a dicotomia acerca do tema, resta compreender cada uma das formas de integração previstas nas normas. A integração será feita conforme previsto na norma, ou seja, a lacuna será preenchida conforme a lei estabelecer, o que evita uma subjetividade extrema nos métodos de integração.

Passemos, portanto, para a compreensão dos métodos de integração.

---

<sup>49</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 36.



#### 1.1.4.1 Analogia

Em que pese a distinção entre os autores do que seria a *analogia*, o que tem sido propagado com mais intensidade é a ideia da aplicação de uma norma estabelecida para certo fato social a outro fato não regulamentado.

Alguns autores se referem à analogia como “um raciocínio que, de certas semelhanças observadas, conclui para outras semelhanças ainda não observadas”.<sup>50</sup> Outros afirmam que ela é “a aplicação de um princípio jurídico que a lei estabelece, para um certo fato, a um outro fato não regulado mas juridicamente semelhante ao primeiro”.<sup>51</sup>

Tercio Sampaio Ferraz Jr. enquadra a analogia naquilo que ele denominou de procedimento quase-lógico, pois fala da “aplicação de disposições legais positivadas a casos não totalmente conformes e não regulados expressamente, mas que podem ser subsumidos às ‘ideias fundamentais’ daquelas disposições”.<sup>52</sup>

Frisa notar uma distinção importante entre analogia e as hipóteses de dedução e indução. Na hipótese de dedução, o trabalho do intérprete é passar as premissas de um caso geral para um caso parcial, de outro lado, a indução trata da hipótese inversa, ou seja, passar as premissas de um caso especial para casos em geral. A analogia, por seu turno, pressupõe a passagem de um caso particular para outro caso particular. É possível, também, a passagem de um caso geral para outro caso geral, mas não deveria haver a confusão com as hipóteses de dedução e indução, qual seja, de mudança de nível. E isso se dá pela exigência de que a analogia seja aplicada quando houver premissas fáticas idênticas, que autorizem essa transposição de normas entre casos distintos. Tratamento igual para casos semelhantes, esta é a premissa da analogia.

Quanto maior for o consenso quanto à semelhança de casos, maior será a credibilidade da analogia, quanto menor for essa premissa, menor será a credibilidade do método, no primeiro caso costuma-se chamar de analogia rica, enquanto no segundo caso de analogia pobre.

---

<sup>50</sup> LAHR, C. *Manual de filosofia*. 2. ed. Porto, 1941. p. 396.

<sup>51</sup> FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano* cit., p. 227.

<sup>52</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 264.

A aceitação deve ser entendida como aquela aceita pelo homem médio, num contexto social geral. Miguel Reale,<sup>53</sup> no primeiro capítulo de seu livro de filosofia, demonstra de forma muito didática como criar uma boa base de pressupostos, que depois se tornam princípios e que depois viram um consenso, como algo aceito socialmente pelo homem médio.

A doutrina distingue duas hipóteses de analogia, a analogia *legis* (analogia da lei) e a analogia *juris* (analogia do direito).

A analogia *legis* é aquela que parte de um único dispositivo legal e o aplica a casos semelhantes ao que foi efetivamente regulado. Já a analogia *juris* parte de vários preceitos para chegar à aplicação do caso concreto, ao que se imputa a aplicação da indução e da dedução, conjugadas, sendo que alguns apontam para a ocorrência, em verdade, de aplicação de princípios gerais de direito, e não de analogia propriamente dita.

Há autores que defendem que no caso da citada analogia *juris* haveria em verdade a aplicação de um procedimento chamado de indução amplificadora, em que se obtém uma generalização da qual resultam princípios que se aplicam, dedutivamente, a outros casos.

Nessas hipóteses, em que o procedimento acaba sendo mais complexo do que somente a analogia, não haveria esta propriamente dita, pois exige além de um juízo empírico de semelhança, um juízo de valor sobre o caráter mais significativo da coincidência dos efeitos jurídicos, extraindo-se da comparação e da valoração um princípio geral.

Há também a necessária distinção, como já visto anteriormente, com a interpretação extensiva, a partir, inclusive, do enquadramento desta última, pois para alguns nem sequer seria um tipo hermenêutico, para fins de integração, mas um método, para simples interpretação.

Como bem pontuado por Tercio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>54</sup> na Alemanha a interpretação extensiva não é considerada uma forma de integração jurídica da norma, mas a analogia sim, é um tipo hermenêutico voltado para a integração normativa. Já na Suíça, nas palavras do mesmo autor, a analogia decorre da *ratio legis*, razão pela qual não haveria

---

<sup>53</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1953. v. I, t. I, p. 29.

<sup>54</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação cit.*, p. 266.

de se falar em lacunas ou integração jurídica e, portanto, estaria mais próxima, inclusive, da interpretação extensiva.

#### *1.1.4.2 Costumes, princípios gerais de direito, equidade*

Se os meios de integração já vistos padecem de duvidosa aplicabilidade, diante da subjetividade que os cercam, os próximos temas da integração são ainda mais subjetivos e são chamados por alguns autores de instrumentos institucionais.

Tais meios são também descritos pela teoria geral como fontes do direito (no que a doutrina convencionou classificar como fontes diretas e indiretas), sendo aqui sua vertente integradora como principal ponto de análise.

O costume ocupa os vazios do ordenamento legal, pertencendo às normas consuetudinárias, sendo assim, se há norma costumeira, não há lacuna, havendo, no entanto, omissão de norma legal, sendo o sentido do que se denomina omissão *praeter legem*. Considera-se como costume uma prática cotidiana, por todos reconhecida e aceita, de tal modo que se torna uma regra de comportamento. Na ordem de preferência, certamente, o costume virá após a interpretação extensiva, analogia ou a indução amplificadora.

Os princípios, por seu turno, exercem papéis diversos na estrutura jurídica, suas funções podem, assim, ser descritas em pelo menos três frentes: informativa, interpretativa e integrativa.

A última, a integrativa, é a que diz respeito ao estudo em questão. Mesmo nesse ponto é difícil compreender com exatidão quais são os princípios e quais são as regras, há uma confusão comum, de tal modo que as doutrinas, muitas vezes, para o mesmo instituto, apresentam classificação diversa, alguns alocando o preceito como regra, outros como princípio.

O fato é que quanto mais genérico e amplo o instituto se apresentar, mais próximo ele estará da condição de princípio, de outro lado, quanto mais específico e direto, mais terá feição de regra, contudo, nem sempre tal distinção é clara e precisa.

Seja como for, no estudo em comento, a função essencial do princípio é a de permitir a completude do sistema, de tal modo que ela contribua no preenchimento de lacunas.

A equidade, por exemplo, tem conceito do gênero chamado de conceitos análogos, pois apresentam vários significados semelhantes e relacionados uns com os outros, como bem pontuado por Limongi França.<sup>55</sup> O mesmo autor aponta cinco acepções ao termo: princípio similar e anexo da justiça; virtude ou hábito prático informado por esse princípio; de direito de agir de modo conforme a essa virtude; de ato de julgar conforme os ditames do mesmo princípio; e, jurisprudência em geral.

A referência, no entanto, será especialmente tratada como princípio, virtude, direito, sendo que alguns autores dividem a equidade em legal e judicial. A legal é aquela contida no próprio texto da norma, prevendo possibilidades de soluções diversas a partir da mesma norma, do mesmo texto. A judicial é aquela que o legislador incumbe ao julgador, implícita ou explicitamente.

Quando se fala em equidade, torna-se comum pensar no sentimento de justo concreto, em harmonia com a situação e de forma adequada ao caso. Trata-se de uma espécie de intuição do aplicador, contudo, desde que seja uma intuição racionalizada, por meio de soluções possíveis e os efeitos presumíveis para a solução do caso. Buscar o equilíbrio entre os juízos empíricos e de valor, de modo a chegar àquilo que a doutrina chama de *juízo por equidade*.<sup>56</sup>

#### 1.1.4.3 Considerações sobre a integração

A necessária completude do sistema, baseado na ideia de que a lei pode ser lacunosa, o Direito não, leva-nos a uma consideração importante, que é a análise da limitação à integração.

Como bem pontuado por Tercio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>57</sup> os meios de integração, especialmente os chamados meios institucionais (costumes, princípios e equidade), são um exercício de poder de liderança, neutralizando a diversidade de opiniões sociais, pela imposição do consenso.

---

<sup>55</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 49.

<sup>56</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 267.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 268.

Baseado nisso, afirma-se que os meios de integração estão sujeitos a controle. O primeiro controle está na afirmação de que nenhum método de integração gera um efeito generalizante. O segundo diz respeito ao fato de que em princípio é função do legislador eliminar a lacuna. O intérprete preenche a lacuna no caso concreto, mas ela continua a existir no sistema.

Há outras formas de controle, em determinados ramos do Direito, que tornam a integração um meio inviável, como ocorre no Direito Penal, em que a solução por meio de analogia praticamente não se aplica em razão da necessária definição legislativa do tipo delituoso, da pena e seus efeitos.

Podemos citar, também, o chamado direito singular, o qual é concebido específica e individualmente para uma situação e que, portanto, não pode ser utilizado para outros casos analogicamente, como ocorre, por exemplo, na passagem em que o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito prescrevia que “a lei que abre exceção às regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os que especifica”. Trata-se de norma revogada, contudo, com reais efeitos no cotidiano da hermenêutica. Proíbem-se também os costumes *contra legem*.

A recomendação a esta altura do estudo é a de que os meios de integração sejam utilizados com o máximo de cautela, tudo em nome dos valores e da certeza, restringindo o âmbito de subjetivismo do intérprete.

A hermenêutica revela-se como uma forma de pensar dogmaticamente o Direito, permitindo certa previsibilidade de suas incidências na vida em sociedade. Pode-se dizer que a hermenêutica deve ser um modo de externar a expectativa do agir social e, de outro lado, o agir social tem na hermenêutica a sua autenticidade do agir.

## CAPÍTULO II HERMENÊUTICA E DIREITO DO TRABALHO

### 2. POSIÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Compreendida a hermenêutica e seus métodos, tipos e critérios de integração, releva agora passar a entender como o Direito do Trabalho, na condição de ramo da ciência jurídica, desenvolve a compreensão da decodificação das normas que dizem respeito às relações que tutela. A hermenêutica exerce papel central nesse movimento interpretativo, observando os elementos especiais que serão aqui tratados.

A posição autônoma do Direito do Trabalho não o torna um ramo isolado das demais áreas do Direito, nem mesmo da hermenêutica jurídica, ao contrário, os efeitos dessa ciência têm forte influência no modo de compreender e decodificar os signos de linguagem também nessa seara do Direito.

Contudo, por tratar-se de um ramo autônomo, como descrito anteriormente, possui peculiaridades que o tornam único, inclusive quanto ao ramo a que pertence.<sup>58</sup> Assim, a aplicação dos métodos e tipos hermenêuticos passam por uma teoria com contornos próprios.

Numa análise da teoria clássica dessa quadra do Direito podemos observar o desenvolver de critérios que lhe são típicos, conferindo coerência e coesão com os dogmas que lhe deram origem e o afastaram do ramo mais próximo, o Direito Civil.

A própria afirmação da autonomia leva a considerações que a sustentem, pois, do contrário, teríamos um estudo do ramo como se fosse parte integrante do Direito Civil, o que de fato não ocorre.

Tanto a doutrina pátria, quanto a doutrina estrangeira, debruçam-se sobre o tema da autonomia e, ao passarem por tais aspectos, frisam a necessidade de identificação de teorias que são desenvolvidas especialmente para o ramo em análise, ao mesmo tempo em que tratam da interdisciplinaridade das diversas áreas do Direito.

---

<sup>58</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. espanhola por Luis Ricaséns Siches. Revista Editora de Derecho Privado, 1930. p. 164.

Rafael Caldera, jurista e ex-presidente da Venezuela, afirma peremptoriamente que “deveriam esses capítulos começar sempre por dizer que a ciência ali determinada está relacionada com todas as outras, ou melhor, com a Ciência em si em seus princípios fundamentais e em sua unidade orgânica. É o que se sucede com o Direito do Trabalho”.<sup>59</sup>

A ideia, no entanto, é extrair do todo orgânico, como é o Direito, as partes comuns que o compõem, sendo que autonomia não significa independência, mas coordenação sistemática das normas de um centro normativo, com ampla correlação com outras disciplinas. Nesse mesmo sentido é a doutrina de Pergolesi.<sup>60</sup>

O autor uruguaio Américo Plá Rodríguez,<sup>61</sup> em sua obra sobre princípios de Direito do Trabalho, trata dessa autonomia do ramo trabalhista e de forma substancial o desenvolvimento do estudo dos dogmas próprios a essa área do direito, como podemos perceber nas linhas que completam seu livro e que foi exaustivamente estudada e repetida em nosso país.

Apesar de toda a compreensão de que o ramo em análise pertence a um todo mais amplo, há a necessidade de compreender os elementos que identificam sua autonomia, com o fim de sustentar, justamente, as teorias próprias que lhe são atribuídas.

Alfredo Rocco sistematizou de forma muito objetiva e coesa os elementos que caracterizam a autonomia de um ramo do Direito, sendo que aponta os seguintes pontos:

- a) for bastante ampla para merecer um estudo adequado e especial; b) contiver doutrinas homogêneas dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos informadores de outras disciplinas; c) possuir método próprio, isto é, utilizar procedimentos especiais para o conhecimento das verdades que constituem o objeto de suas investigações.<sup>62</sup>

Releva observar que as normas de Direito do Trabalho estão afastadas do direito comum, movem-se em outra direção, inspiram-se em princípios diversos, respondem e buscam atender a outras necessidades, com objetivos bem distintos.

---

<sup>59</sup> CALDERA RODRIGUES, Rafael. *Derecho del Trabajo*. Caracas: Editora Nacion, 1939. p. 60.

<sup>60</sup> PERGOLESII, Ferruccio. *Trattato di diritto del lavoro*. 1948. v. I, p. 45.

<sup>61</sup> PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. Trad. das Atualizações: Edilson Alkmin Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 23.

<sup>62</sup> ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1931.

A comparação mais efetiva deve ser feita com o Direito Civil, em razão da ampla aplicação que esse ramo do Direito alcança na vida em sociedade. Poderíamos debater a autonomia em face de todos os demais ramos, contudo, nenhum debate superará aquele que diz respeito ao direito comum, nenhuma distinção é mais importante e historicamente mais debatida.

Arnaldo Süssekind já sustentava essa autonomia em sua obra clássica ao afirmar a um só tempo a condição de intersecção de normas e autonomia:

D- *Direito Civil*. Se as primeiras regras concernentes às relações contratuais de trabalho foram inseridas nos Códigos Civis; se o Direito do Trabalho, ao se tornar ramo autônomo do Direito, separou-se do Direito Civil; é inquestionável que as conexões existentes entre os citados ramos da ciência jurídica têm de ser ainda bastante estreitas.<sup>63</sup>

A doutrina clássica do Direito do Trabalho é praticamente uníssona em reafirmar a autonomia, com teorias próprias, ao mesmo tempo em que afirmam a interligação com os demais ramos do Direito, por serem originados de um tronco comum.<sup>64</sup>

Octavio Bueno Magano afirma que a autonomia do Direito do Trabalho está pautada em três razões: “a) domínio de vasta matéria; b) princípios próprios, como da instrumentalização das regras trabalhistas, no sentido da melhoria da condição social do trabalhador; c) institutos peculiares, como o do aviso prévio, o da convenção coletiva, e os das férias”.<sup>65</sup>

Amauri Mascaro Nascimento faz referência expressa à autonomia doutrinária, ao afirmar que “a autonomia doutrinária revela-se pela existência de uma bibliografia própria e de princípios próprios”.<sup>66</sup>

A mesma linha tem sido seguida por autores mais modernos, como Mauricio Godinho Delgado, que ao escrever de forma clara sobre o tema afirmou que a “autonomia (do grego auto, próprio, e *nomé*, regra), no Direito, traduz a qualidade atingida por

---

<sup>63</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 141.

<sup>64</sup> DEVEALI, Mario L. *Lineamientos de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1948. p. 15.

<sup>65</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras lições de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.12.

<sup>66</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 340.



determinado ramo jurídico de ter enfoques, princípios, regras, teorias e condutas metodológicas próprias de estruturação e dinâmica”.<sup>67</sup>

Assim, a questão que se põe, diante da uniformidade de afirmações de autores de renome, como os supracitados, é justamente a questão teórica, ou seja, a existência de teorias próprias, com sentido hermenêutico próprio.

Este será o ponto de análise, como a hermenêutica influencia e é desenvolvida dentro desse ramo autônomo do Direito, para a compreensão daquilo que se extrai das interpretações jurídicas trabalhistas.

## 2.1 Teorias do Direito do Trabalho

Como descrito anteriormente, o ponto de inflexão mais importante na compreensão da hermenêutica no Direito do Trabalho partirá das teorias que são típicas dessa área do Direito e dos princípios que o regem.

Em termos de princípio vale a compreensão de suas funções no ordenamento jurídico, tendo em vista a necessidade de demonstrar a permeabilidade na leitura das normas.

Os princípios, como dogmas do sistema, pairam sobre ele e levam a uma condição mais ampla de proposição fundamental.<sup>68</sup>

Os princípios direcionam a compreensão da realidade examinada, como proposições que são colocadas na base de uma ciência para informá-la. Não se confundem com as regras, uma vez que estas têm um âmbito de aplicação mais restrito, específico.

A doutrina de Mauricio Godinho Delgado classifica as funções dos princípios da seguinte forma: informativa, interpretativa e integrativa.<sup>69</sup>

As funções dos princípios podem ser assim analisadas, a primeira função é a informativa, a qual visa a justamente informar o legislador, aqui considerado no sentido mais amplo possível. A ideia é que o legislador ao elaborar uma lei tenha em mente os princípios que regem o ramo do Direito ao qual a nova lei se destina, de forma a não ser

---

<sup>67</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 66.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 187. O autor fala em funções na fase pré-jurídica ou política, e na fase jurídica típica. E, em ambas, desenvolve a teoria informativa, integrativa e interpretativa dos princípios.

absolutamente controverso e até correr o risco de ver a referida legislação ser declarada inaplicável, seja por falta de eficácia social, ou mesmo de eficácia jurídica.

Essa questão pode ser exemplificada com o projeto de lei em que se discutia no Congresso Nacional a regulação da terceirização,<sup>70</sup> em que mesmo na época do projeto já havia vozes no sentido da inconstitucionalidade, e outras no sentido do desvirtuamento social do ramo trabalhista, como possibilidade de controle de convencionalidade da norma. O Congresso Nacional não pode ignorar essas forças reais que impulsionam a vida em sociedade. Em quase 20 anos de tramitação o impasse poderia ser atribuído, em parte, à falta de compatibilidade com os princípios do Direito do Trabalho. A lei foi aprovada, Lei n. 13.429 de 2017, seguida da alteração promovida pela Lei n. 13.467 de 2017, ambas alterando dispositivos da Lei n. 6.019 de 1974, e as discussões de sua compatibilidade continuam.

É preciso que o legislador se valha dos princípios que regem o Direito do Trabalho para que não se coloque em situação absolutamente estranha ao ramo.

Mas não é só, os atores sociais, como os sindicatos e as partes também podem ser chamados a fazer normas em matéria de Direito do Trabalho, que tem um vasto rol de fontes formais como os acordos coletivos de trabalho e as convenções coletivas de trabalho. Da mesma forma, os contratos individuais feitos pelos interessados, os regulamentos de empresa, todas essas normas como fontes formais diretas de Direito do Trabalho (em que pese a discussão da amplitude dessas normas e de sua categorização como fonte formal direta). Ainda nessa linha a atuação do Poder Judiciário, no exercício do poder normativo, no momento de produzir uma decisão quanto ao dissídio coletivo que lhe é submetido.

Não seria diferente com a secretaria ligada aos assuntos do trabalho, quanto à lógica, por exemplo, das normas regulamentadoras de meio ambiente, saúde e higiene do trabalho. Importante salientar a atuação do Ministério Público do Trabalho, quanto aos termos de ajustamento de conduta entre tantos outros agentes produtores de normas, em sentido mais amplo, voltadas a reger as relações de emprego. É preciso que o produtor de normas esteja imbuído dos elementos históricos e lógicos do ramo em construção.

---

<sup>70</sup> Projeto de Lei n. 4.302 de 1998 – Projeto de autoria do Poder Executivo.

Quanto à função interpretativa temos o hermeneuta como destinatário dessa vertente. Se para criar a norma é preciso que se tenha todo o cuidado para não haver contradições ou situações que desfigurem o ramo, no momento da interpretação isso parece ainda mais importante.

A produção da norma parte de um pressuposto de dever ser, ou seja, de um caráter deontológico, uma previsão de uma hipótese de incidência que poderá ocorrer na vida concreta.

Já na interpretação, invariavelmente, estamos diante do ser, do empírico, momento em que um aplicador do Direito, um estudante de direito, um doutrinador, entre tantas outras figuras, estarão diante de uma atitude de entrega do significado de determinada norma, seu significado para além da intenção do legislador.<sup>71</sup>

Trata-se da concretude do Direito, seja na consulta que se faz a um advogado, no livro que se lê para aprender ou apreender informações, e, ainda, em uma sentença que visa a solucionar um conflito de interesses posto para a análise judicial.

É assim que o intérprete estará investido dos princípios do ramo a que visa entregar uma decodificação da norma. É isso que o intérprete faz: decodifica um código feito pelo produtor da norma e que ao passar por sua mente precisa ser devidamente direcionada ao ramo que se dirige.

Postura sua diversa pode não só entregar um resultado totalmente desfigurado da norma, como causar prejuízos de ordem financeira, moral, social, em medida individual ou coletiva. Aqui está a importância do intérprete e da investidura que terá no momento de descortinar os desígnios da norma.

Por fim, mas não menos importante, a função integrativa dos princípios, que ao lado das demais, informativa e interpretativa, completa a tríade das funções dos princípios na doutrina clássica.

Já diriam os estudiosos do Direito: a lei pode ser lacunosa, o Direito nunca. Essa expressão é reflexo primeiro das normas de introdução das leis, como se constata na obra de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Junior:

---

<sup>71</sup> DUALDE, Joaquin. *Una revolución en la lógica del derecho*. Imprenta. Barcelona: Bosch, 1933.

Quando *inexiste lei* a aplicar diretamente ao caso, deve o magistrado se valer das *outras fontes* do Direito para encontrar a regra que efetivamente deve disciplinar a relação jurídica submetida à sua apreciação.

Na forma do art. 4.º da LICC, nesses casos, o juiz decidirá de acordo com a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais de direito*.<sup>72</sup> (grifos acrescidos)

Como compatibilizar o Direito diante da expressão supratranscrita, quando a hipótese de uma lei não seja capaz de resolver um caso específico, mas o Direito precisar de um método que o faça? Não esqueçamos que o Estado avocou para si o poder de dizer o direito, e isso não se resume somente em poder, mas traduz-se, também, em dever.

A resposta é até simples, por meio de integração jurídica, ou seja, na ausência de lei, caso de lacuna normativa,<sup>73</sup> utilizamos as técnicas de integração jurídica. A Lei de Introdução estabelece referido preceito em seu artigo 4º. A dificuldade estará na compreensão e aplicação desses métodos integrativos da hermenêutica.

A Consolidação das Leis do Trabalho também possui previsão expressa nesse sentido e busca compatibilizar as formas de integração a uma lógica própria, justamente diante de sua autonomia perante os demais ramos e, portanto, utilizando-se de hermenêutica típica.

O direito processual, na mesma linha, informa ao juiz a necessidade de se valer de normas de integração, assim fazia do Código de 1973, em seu artigo 126, do mesmo modo o atual Código, em seu artigo 140. A Consolidação das Leis do Trabalho, no mesmo sentido do código processual comum, em seu artigo 769, no que tange ao processo de conhecimento, e no artigo 889, no que tange ao processo de execução, prevê a técnica da integração jurídica.

Uma distinção, no entanto, parece necessária entre o processo comum e o processo do trabalho, e que para este trabalho tem importância central, que é a dimensão exata do que a norma quer dizer quanto à integração.

---

<sup>72</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – Parte Geral – volume I*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>73</sup> Mais modernamente a teoria das lacunas evoluiu para superar a ideia de que somente a ausência de lei, lacuna normativa, pode ser objeto de integração jurídica. Atualmente também as lacunas ontológicas e axiológicas, por exemplo, podem ser objeto de estudo de integração jurídica, à medida que lei há, mas não possui caráter de justiça ou aceite social.

Nesse sentido: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho – I. Processo de conhecimento – 1*. São Paulo: LTr, 2009. p. 115-116 e volume III – Processo de execução, processo cautelar e procedimentos especiais, p. 1831 a 1835.

A Consolidação das Leis do Trabalho se refere às próprias normas processuais, ou seja, na ausência de preceito processual próprio, o intérprete deve se valer de outros ordenamentos processuais próximos, e enumera quais sejam, o direito processual comum, na fase de conhecimento, o processo do executivo fiscal, no processo de execução (em seguida a própria lei dos executivos fiscais, em seu artigo 1º determina a aplicação subsidiária do processo comum).

De outro lado, o processo civil, ao prever tal possibilidade, o fez no exato sentido de proibir o *non liquet*, ou seja, com ou sem norma expressa e direta, o juiz deverá decidir. Para os casos de ausência de lei deve lançar mão dos meios integrativos do direito. E ele o faz para a solução das lacunas em sede de direito material, conforme se pode constatar da doutrina que comenta o processo comum, tanto por autores da área de direito processual do trabalho,<sup>74</sup> quanto pelo autores do processo civil.<sup>75</sup>

Assim, nesse exato ponto, a norma processual que mais se coaduna com o preceito em estudo é o artigo 140 do Código de Processo Civil, até por se valer das diretrizes do artigo 4º da Lei de Introdução, o que é descrito expressamente pelas doutrinas suprarreferidas, a do Direito Processual do Trabalho e a do Direito Processual Civil, ao citarem a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, alterado pela Lei n. 13.467 de 2017, manteve sua redação no que tange a esta específica parte, conforme veremos mais à frente. Sofreu, no entanto, alteração substancial em seus parágrafos.

Os artigos em comento, quais sejam, o artigo 4º da Lei de Introdução, o artigo 8º consolidado e o artigo 140 do direito processual comum, deixam explícita a função integrativa do princípio e sua importância é tamanha que o artigo do Direito do Trabalho se utiliza da expressão duas vezes: uma de forma expressa e a outra de forma implícita, esta última quando trata de princípios e normas gerais, sendo *principalmente do direito do trabalho*.

---

<sup>74</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p.172-174.

<sup>75</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 195.

Acresça-se à função integrativa dos princípios gerais de direito, quando trata da aplicação subsidiária do direito comum, a necessária adequação lógica aos princípios fundamentais do ramo especial.

Os princípios ganharam uma força ímpar no atual estágio da Teoria Geral de Direito e, de acordo com o Código Civil constitucionalizado, já são considerados em certos casos como normas diretas e imediatas. Essa questão pode ser exemplificada quando estabelece a boa-fé objetiva, a função social do contrato, ocasiões todas em que os princípios, na teoria de cláusulas gerais e janelas abertas como normas-princípios, concorrem com o legislado. Essa função dos princípios será mais amplamente desenvolvida no momento em que o foco do estudo for a tensão entre o legislador e o intérprete.

Não poderia ser outra a análise deste trabalho que não essa linha evolutiva, passando pelas funções clássicas: informativa, interpretativa e integrativa, evoluindo pela linha da teoria da argumentação e a função dos princípios como norma concorrente.

A enumeração dos princípios pela doutrina não é uma atividade unânime. Os doutrinadores possuem classificações diversas para os princípios, e isso ocorre em razão do olhar do observador, ou seja, como há uma zona cinzenta, em que determinado instituto não é absolutamente generalizado, nem restritamente compreendido, surge um espaço de subjetivismo que leva alguns autores a classificarem certos institutos como regras, enquanto outros autores os classificam como princípios.

A discussão é típica do estudo jurídico, contudo, há uma classificação segura a ser seguida, pois, em que pese o fato de os autores destoarem quanto à referida enumeração, muitos passam pela classificação de Américo Plá Rodríguez, motivo pelo qual essa será a base de compreensão de referidos institutos.

Com isso, torna-se possível afirmar que o Direito do Trabalho tem princípios próprios, decorrentes de sua autonomia, mas segue a doutrina das funções da teoria geral, decorrente da interdisciplinaridade.

Vencida essa etapa dos princípios, especialmente quanto às suas funções e classificação, releva notar que não são somente os princípios, mas, também, outras teorias que são próprias ao ramo em estudo.

Alguns autores se debruçaram sobre a metodologia jurídica própria do Direito do Trabalho e, em que pese não seja a regra de todas as doutrinas mais atualizadas, desenvolveram de forma didática uma teoria geral própria ao Direito do Trabalho.

Jorge Luiz Souto Maior propõe uma análise de forma linear, pois busca a compreensão dos fenômenos jurídicos a partir de uma visão histórica sobre a relação que envolve o ser humano e o trabalho.<sup>76</sup>

A partir de uma visão sociológica muito apurada, o mesmo autor afirma que “a perspectiva do Direito do Trabalho é a do o (sic) trabalhador, buscando a melhoria de sua condição social”.<sup>77</sup>

Partindo desse pressuposto teórico, e imaginando que o ramo alcançou sua autonomia a partir, justamente, das relações que objetiva tutelar, tornam-se coerentes as afirmações que a um só tempo revelam a existência de uma relação social diversa das demais áreas do Direito, bem como a necessidade de desenvolvimento de teorias próprias que sirvam como meios de implementação de normas jurídicas que se destinam a uma relação singular, portanto, não podem se valer dos mesmos marcos teóricos dos demais ramos do direito.

Referida especialidade não passou despercebida por Délio Maranhão, que ao desenvolver o estudo da aplicação e interpretação das normas jurídicas trabalhistas afirmou de forma inequívoca a necessidade de observância das relações sociais que envolvem o ramo, sem se afastar, no entanto, dos mesmos métodos e tipos hermenêuticos da teoria geral, contudo, pautado pela condição protecionista do ramo.

Afirma, categoricamente, a aplicação dos mesmos métodos hermenêuticos desenvolvidos no primeiro capítulo deste trabalho, o que se constata pela passagem em que a seguinte afirmação é descrita pelo autor:

Pretender que os “velhos meios de interpretação” sejam afastados na aplicação do direito do trabalho, é, na melhor das hipóteses, uma demonstração de ingenuidade. Algumas vezes sê-lo-á de hipocrisia. Todos os dias, em todos os tribunais do trabalho, como não poderia deixar

---

<sup>76</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. v. I, parte I, p. 551.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 645.

de ocorrer, os juízes se utilizam do elemento gramatical, do elemento lógico, do histórico, do sistemático.<sup>78</sup>

E prossegue, agora, quanto à ideia de protecionismo do trabalhador como da essência do próprio ramo em análise, ao afirmar que “o direito do trabalho, por natureza, é protecionista do empregado”.<sup>79</sup>

Não resta dúvida, dessa forma, quanto à essência que direciona o ramo, sem, contudo, afastar-se da teoria geral quanto aos métodos e tipos hermenêuticos.

O ponto mais autêntico, legislativamente considerado, é o que diz respeito aos métodos de integração jurídica.

Como visto anteriormente, enquanto a teoria geral do direito, a partir da lei de introdução, trabalha com três métodos básicos de integração jurídica, o Direito do Trabalho enumera oito possibilidades de integração, sendo elas: a jurisprudência; a analogia; a equidade; princípios próprios de direito do trabalho; princípios gerais de direito; usos e costumes; direito comparado; e, o direito comum.

Não resta dúvida, portanto, da teoria própria acerca das fontes formais indiretas do ramo trabalhista, o qual, além de repetir aquelas descritas na teoria geral, acresce outras cinco hipóteses para a completude do sistema.

Nem todas as formas de integração são unânimes na doutrina, algumas sofrem críticas incisivas quanto a esse papel, contudo, ao se imaginar, inicialmente, a redação do artigo consolidado, em comparação ao artigo da teoria geral, não resta dúvida quanto à categorização de um número mais expressivo na elaboração legislativa dessas fontes.

A teoria geral também afirma uma maior insegurança nessa forma de hermenêutica jurídica, entendendo, inclusive, haver uma aproximação entre a função jurisdicional e a função legislativa.

Contudo, como descrito pela doutrina, o Direito não pode ser lacunoso, afinal, além de um poder, a entrega da prestação da jurisdicional também se converte em dever

---

<sup>78</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho* cit., p. 194.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 195.



perante a sociedade, de tal modo que ao juiz é vedado pronunciar o *non liquet*, devendo garantir a completude do ordenamento jurídico.<sup>80</sup>

A intersecção, neste ponto, entre o direito material e o direito processual do trabalho é inevitável, afinal, o processo tem por missão sistematizar o direito material perante os possíveis litígios sociais levados à solução jurisdicional. O papel do processo é, principalmente, embora não somente, servir de método de solução para os litígios de direito material.

Em tempos de teoria da argumentação, o processo revelará tanto seu papel histórico com funções passadas, resolver os litígios trazidos para sua análise, como as funções futuras, gerar estabilidade, isonomia e igualdade, pela utilização de métodos que criem autenticidades do agir humano a partir de precedentes vinculantes.

Passemos, então, à compreensão dos métodos integrativos do Direito do Trabalho.

## **2.2 Integração jurídica – métodos trabalhistas típicos**

As formas de integração descritas pela Consolidação das Leis do Trabalho, como ocorre em todos os demais ramos, não é estranha e indiferente ao restante do sistema, contudo, possui previsões legais próprias.

A compreensão do papel desses métodos típicos é que serão levadas em conta para a compreensão da hermenêutica e a sua concretude nesse ramo do Direito.

Antes, porém, torna-se relevante desvelar uma discussão doutrinária acerca de uma possível ordem preferencial de aplicação dos métodos integrativos.

O fato de a doutrina vislumbrar uma maior insegurança no papel do intérprete quando o tema é integração jurídica, em razão do subjetivismo envolvido na hipótese, leva à conclusão de que quanto mais técnico e científico for o resultado hermenêutico, menor o âmbito de insegurança.

---

<sup>80</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 37.

Alguns autores, simplesmente, não passam por essa discussão, parecendo significar, assim, que não se impressionam com nenhum tipo de ordenação ou preferência na aplicação dos métodos.

Outros, porém, vislumbram na ordem legal posta pelo legislador uma preferência, e, por isso, a ordem acima disposta respeitou exatamente a disposição literal da lei.

O primeiro passo desta tese é criar um ambiente de análise seguro, sem subjetivismo, tentando ao máximo estabelecer critérios que se sustentem hermeneuticamente.

No primeiro capítulo essa afirmação fez parte da construção crítica quanto ao subjetivismo exacerbado no momento da aplicação das normas jurídicas.

Assim, resta concluir que, gramatical, lógica e sistematicamente, a ordem posta pelo legislador deve ser seguida, pois, na visão deste trabalho, gera maior segurança jurídica ao corpo social.

Assim, a primeira das hipóteses integrativas, e a mais importante no decorrer deste trabalho, é a jurisprudência, a qual deve ser a eleita como principal forma de integração, sempre que houver posição jurisprudencial acerca dos temas em discussão.

A última, portanto, será a aplicação dos preceitos do direito comum, inclusive, pelo fato de que tais disposições não foram legislativamente elaboradas para as relações de emprego. Quando aplicáveis, portanto, deverão se sujeitar aos dogmas próprios do ramo, o que leva o intérprete a um papel ainda mais subjetivo, que é o da leitura da norma a partir de uma visão deontológica não prevista para o instituto, portanto, a maior intersecção entre o papel jurisdicional e o legislativo.<sup>81</sup>

Mauricio Godinho Delgado,<sup>82</sup> por exemplo, cita os preceitos integrativos na exata ordem descrita na Consolidação das Leis do Trabalho, e ressalta o papel da jurisprudência, referindo-se, inclusive, à importante distinção entre autointegração e heterointegração, a primeira quanto às normas principais do próprio sistema em análise, a segunda como normas situadas fora do universo principal do ramo do direito em discussão.

---

<sup>81</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 374.

<sup>82</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 242-243.

Amauri Mascaro Nascimento também tangencia referida ordem de preferência, quando trata da analogia e da equidade, e afirma a prioridade de uma em relação a outra, afirmando que a analogia prefere a equidade, em razão de se valer de normas internas do próprio sistema trabalhista, e rejeita a imediata aplicação do direito comum.

A prioridade da analogia interna no âmbito normativo trabalhista apresenta desde logo uma vantagem. Por se tratar de aplicação de outra lei também trabalhista, ainda que analogicamente, maior será a identificação entre esses critérios e os princípios do direito do trabalho, o que poderia não ocorrer no caso de se afastar a analogia para buscar desde logo e prioritariamente solução no direito subsidiário.<sup>83</sup>

As demais formas intermediárias, como a analogia, a equidade, os princípios próprios e os gerais, os usos e costumes e o direito comparado, terão lugar à medida que o antecedente não seja suficiente para solucionar a lacuna, e assim sucessivamente, até a última forma possível de integração.

A compreensão de cada um desses métodos torna-se imprescindível para a continuidade da pesquisa.

Passemos, assim, para a compreensão de cada um deles, que somados aos já descritos anteriormente comporão a estrutura base da hermenêutica trabalhista.

### *2.2.1 Jurisprudência*

Esta é a primeira e a mais importante forma de integração jurídica deste trabalho, inclusive, pela alteração no papel integrador – que será visto como subsidiário do papel normativo direto –, que o desenvolvimento do tema procurará demonstrar, por ser a forma mais segura (ou menos insegura, se pautada pela teoria geral do direito) de gerar previsibilidade, isonomia e estabilidade.

A autenticidade do agir social estará melhor compreendida nesta fonte formal indireta do Direito do Trabalho, se comparada com o grau de subjetividade das demais formas.

A compreensão deve iniciar pela delimitação do significado da expressão e as distinções com institutos próximos. É muito comum, por exemplo, a confusão entre os

---

<sup>83</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 506.

termos súmula, enunciado, precedente, jurisprudência, acórdão, entre outros, o que precisa ser delimitado para uma boa compreensão da matéria.

A evolução histórica no estudo do tema deixa transparecer a visão da doutrina em relação aos termos, a qual vem se modificando conforme a própria mudança do corpo social.

Délio Maranhão estabelecia a diferenciação entre os termos relacionados ao tema, primeiro instalando a discussão sobre a natureza da jurisprudência, para, em seguida, tratar do tema das súmulas, prejudgados, enunciados, tudo conforme a visão ao tempo em que sua doutrina foi desenvolvida.

H- *Jurisprudência*. Constitui a jurisprudência fonte do direito? 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, com *De Page*, que o direito jurisprudencial é, realmente, o direito positivo aplicado.

[...]

H-1 *Súmulas de Jurisprudência Uniforme* – Até 1982 o Tribunal Superior do Trabalho cristalizava sua jurisprudência em *prejudgados* ou em *súmulas*. Os primeiros possuíam efeito vinculante para as instâncias inferiores, enquanto que as últimas refletiam mera orientação dominante do Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal considerou revogado, desde a Constituição de 1946, o artigo 902, § 1º, da CLT, que atribuía força normativa aos prejudgados. Os 60 prejudgados até então expedidos já não mais subsistem como tais (Lei n. 7.033, de 05.10.82). O TST transformou-os em súmulas, que mais recentemente, passaram a denominar-se *enunciados* – mudança terminológica despojada de qualquer significado técnico.<sup>84</sup>

Resta clara, na visão do autor, a diferença entre prejudgado e súmula, o primeiro vinculante, a segunda meramente persuasiva, e o terceiro termo, enunciado, ao qual o autor atribuiu valor técnico igual ao das súmulas, tratando-se, na visão esposada, de mera mudança de terminologia.

Roberto Rosas, em obra datada de 2006, portanto, antes da renovação do Código de Processo Civil, e mesmo antes da difusão mais efetiva das súmulas vinculantes (a primeira delas data de junho de 2007, embora a Emenda Constitucional 45 que instituiu essa possibilidade seja de dezembro de 2004), inicia uma breve distinção entre as

<sup>84</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho* cit., p. 157-159.

expressões acórdão, precedente, jurisprudência, súmula e direito sumular. Vejamos o que ele chama de etapas do processo decisório:

Que é *acórdão*? É a concentração de um julgado. É a forma material de expressão da decisão judicial.

Que é *precedente*? É uma decisão anterior persuasiva para decisões futuras. Não é compulsória; apenas norteará o futuro julgador a seguir aquela decisão. Serve de informação, de simplificação de trabalho. Não é obrigatório.

Que é *jurisprudência*? Significa mais que o precedente. Pode até ser formada com um precedente. Se o STF, em sessão plenária, ou o STJ, em sessão da Corte Especial, decidem num julgamento em 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 dos julgados.

Que é a *súmula*? Esta reflete a jurisprudência de um tribunal ou uma seção especializada a emitir a consolidação (v. Voto do Min. Carlos Mário Velloso sobre conceito de “súmula” na ADI 594, RTJ 151/20).

Que é direito *sumular*? É o reflexo do Direito emanado de súmulas de um tribunal.<sup>85</sup>

Resta muito clara a visão temporal do autor, observando o cuidado com olhar crítico, para não haver anacronismo na análise.

A doutrina trabalhista atual também apresenta uma definição própria para o instituto, como bem se observa na proposição de Mauricio Godinho Delgado, atribuindo especial enfoque à autoridade das decisões proferidas em similaridade:

A) Jurisprudência – Jurisprudência traduz a reiterada interpretação conferida pelos tribunais às normas jurídicas, a partir dos casos concretos colocados a seu exame jurisdicional. Trata-se da conduta normativa uniforme adotada pelos tribunais em face de semelhantes situações fáticas trazidas a seu exame. Segundo a conceituação clássica, consubstancia a autoridade das coisas decididas similarmente em juízo (*autorictas rerum similiter judicatorum*).<sup>86</sup>

No mesmo sentido da doutrina processual, comum (Roberto Rosas) e trabalhista, ao tratar do tema, como podemos perceber nas palavras de Mauro Schiavi, quando afirma

<sup>85</sup> ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 10.

<sup>86</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 169.

ser a jurisprudência uma fonte integrativa do direito processual, ao mesmo tempo em que conceitua o instituto:

A jurisprudência compõe o conjunto de decisões dos Tribunais, englobando os Tribunais Superiores, os de 2º grau de jurisdição e também os órgãos de 1º grau de jurisdição (Varas do Trabalho). Quando há reiteradas decisões num mesmo sentido, diz-se que há jurisprudência predominante sobre determinada matéria.<sup>87</sup>

Wagner Giglio, ao tratar do tema em discussão, dispensou especial atenção ao que ele denominou de tendência sumular, e faz uma digressão histórica importante em relação aos verbetes súmulas e enunciados:

Decorridos mais de dezessete anos, em 1985, por iniciativa do Ministro Marco Aurélio de Farias Mello, então integrante do Tribunal Superior do Trabalho, alterou-se a nomenclatura, passando a ser designado como “Enunciado” cada verbete integrante da “Súmula” de Jurisprudência do TST. A Resolução n. 129/2005 do TST, entretanto, reformulou novamente a nomenclatura, voltando a adotar a designação de “Súmula” para os verbetes.<sup>88</sup>

Os autores de Direito Civil também se debruçam, há muito tempo, sobre o tema, como na obra de Flávio Tartuce, em que o autor classifica a jurisprudência como fonte não formal, indireta ou mediata, e passa a conceituar o instituto:

A segunda fonte informal, a jurisprudência, pode ser conceituada como sendo a interpretação da lei elaborada pelos órgãos do Poder Judiciário. Sendo comum a aplicação da jurisprudência pela comunidade jurídica, deve ela ser considerada também parte dos costumes, caso de súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) [...].<sup>89</sup>

As proposições supradescritas, nos diversos ramos do direito, material e processual, comum e do trabalho, migram para uma leitura em que o instituto tem relevância interdisciplinar, o que vai, exatamente, ao encontro das proposições sugeridas, quais sejam, da intersecção do processo nas fontes de direito, bem como da hermenêutica e

---

<sup>87</sup> SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 139.

<sup>88</sup> GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 607-608.

<sup>89</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 3. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 57.

a alteração do papel da jurisprudência, no que diz respeito a ser fonte de integração e normativa direta.

Para os fins deste trabalho, a jurisprudência pode ser entendida, a partir das diversas visões esposadas, como um costume judicial, refletido nas decisões similares emitidas pelos tribunais e seguidas pelas demais instâncias e que serve como fonte para o intérprete e aplicador das normas.

A formação dessa fonte ocorre em sede de direito processual, contudo, o resultado dessa operação serve tanto ao próprio ramo em que teve origem (normas de direito processual), como para as relações sociais (normas de direito material).

Cumpra ainda ressaltar que as expressões jurisprudência, súmula, verbetes, enunciados e até prejudgados, ou se trata de referência ao mesmo instituto, ou da evolução da nomenclatura do mesmo instituto, conforme doutrina descrita anteriormente. Pragmaticamente, a diferença quase não é perceptível.

Referida concepção, no entanto, sofrerá uma profunda mudança científica a partir da teoria da argumentação, tema para o próximo capítulo, em que tanto o papel dos princípios, quanto da própria jurisprudência (aqui entendida em sentido mais amplo possível) passarão a ter mais de uma compreensão no cenário hermenêutico.

Ainda pensando em termos clássicos da posição da jurisprudência no desenvolvimento da integração jurídica, temos que sua utilização, quando ela existir acerca de um tema (material ou processual), deverá preceder aos demais modelos de integração.

A afirmação se sustenta a partir da visão pretendida quanto à previsibilidade, isonomia e estabilidade das relações, pois, uma vez construído um raciocínio jurisprudencial ele se torna público e os atores sociais passam a ter ciência de seu conteúdo e referido movimento gera uma espera de resultado processual minimamente segura.

Os demais métodos, aliás, são utilizados no caminho da construção da jurisprudência, portanto, uma vez superados, tornam-se jurisprudência, como podemos perceber, por exemplo, a respeito do sobreaviso, que acabou passando por profunda análise de analogia, dos ferroviários para os demais empregados, e acabou sedimentado em jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, refletida na redação da atual Súmula 428 da mesma Corte.

Assim, a jurisprudência é uma fonte integrativa, ainda considerando essa função clássica, que se utiliza dos demais meios integrativos para sua construção.

Uma vez existindo a jurisprudência, já não há sentido em se valer dos demais meios de integração, mais subjetivos e inseguros, a partir do ponto de vista aqui defendido.

O próximo método de integração eleito pela legislação trabalhista é a analogia, e, uma vez já realizada a análise inicial do tema, somente alguns pontos precisam ser descritos de forma mais específica. Vejamo-los.

### 2.2.2 Analogia

Referido instituto foi objeto de estudo tanto pela teoria geral, quanto pela teoria própria do ramo especial.

No que tange à teoria geral o capítulo anterior já fez a construção a partir da visão dos autores que se debruçaram sobre o tema.

Quanto à doutrina específica do ramo trabalhista há certa coesão de pensamento doutrinário, desde as doutrinas mais clássicas, até as mais atuais.

Délio Maranhão classifica a analogia como um método autointegrativo, mediante recursos das próprias fontes formais diretas, ou seja, passando pela análise das normas do próprio Direito do Trabalho.

Reafirma as palavras já descritas por Tercio Sampaio Ferraz Jr., quanto à ideia de indução (analogia *legis* e indução amplificadora), partindo dos elementos que deram origem à norma utilizada como análoga, afirmando que “dois casos não se regem do mesmo modo porque são semelhantes, mas são semelhantes porque se regem do mesmo modo”.<sup>90</sup>

Assim, basta uma única norma da qual se extrai princípio a se aplicar ao caso não regulado, analogia *legis*, ou um conjunto de normas combinadas, denominada de analogia *iuris*.

---

<sup>90</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho* cit., p. 193.



Autores mais recentes, como Mauricio Godinho Delgado, referem-se à analogia como uma operação lógica comparativa, buscando em outros preceitos do segmento jurídico a completude do sistema.

E se refere à ideia de fonte subsidiária negando a ideia de fonte direta, formal. Afirmar ser *mecanismo de pesquisa, encontro e aplicação de fonte subsidiária, e não fonte em si mesma*,<sup>91</sup> deixando clara a ideia de indução (expansão, ampliação de outras normas).

É possível extrair a ideia tanto de analogia *iuris*, quanto de analogia *legis*, pois o autor faz referência à pesquisa em fontes subsidiárias, sem delimitar estritamente tais fontes, podendo ser entendida como uma ou mais fontes.

Dessa forma, não há diferença substancial entre teoria geral e a teoria especial neste ponto, só havendo um reforço quanto à ideia de utilização de fontes internas ao próprio ramo.

Com isso, o próximo ponto a ser analisado será a equidade, a qual, também, já foi objeto de análise inicial. Contudo, o aprofundamento que o ramo trabalhista tem dado ao tema justifica uma imersão mais profunda no instituto na seara especial.

### 2.2.3 Equidade

O terceiro elemento de integração jurídica é a equidade, e como se trata de um método com forte carga subjetiva, sua análise deve ser feita da forma mais segura e previsível possível, por isso, a necessidade de se apoiar em doutrina consagrada na construção desse instituto.

A equidade já tem forte carga de influência na construção da norma jurídica, uma vez que o legislador precisa estar investido de um senso mínimo de justiça, para que a norma tenha eficácia social, atendendo aos anseios dos destinatários dessa norma.

Concentra-se, porém, no sentido integrativo da norma o desenvolvimento deste trabalho, ao lado da inevitável análise da função criadora de normas pelo intérprete, no que

---

<sup>91</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 174.

as escolas Grega e Romana,<sup>92</sup> respectivamente, foram os grandes berços do desenvolvimento teórico da equidade.

Amauri Mascaro Nascimento segue essa análise ainda mais ampla, a que diz respeito não só a norma, mas a todo o ordenamento jurídico, em momentos diversos, seja da aplicação da equidade pelo juiz para o preenchimento de lacunas, seja para a leitura da norma e sua interpretação, ao afirmar a seguinte construção:

Primeiro, a equidade opera como técnica para a criação do modelo jurídico que integrará o sistema para a decisão do caso concreto e à falta de previsão normativa. É o sentido *pretoriano* da equidade (*aequitas*), um processo de produção do direito pelo juiz ou, para usar a expressão usada por Miguel Reale no bem elaborado estudo “A equidade no direito do trabalho” [...] “um instrumento de instalação de novas normas”, diante das lacunas das normas legais.

[...]

Segundo, a equidade tem uma função retificadora das injustiças da lei (*epiquéia*), no sentido aristotélico. Difere esta acepção da primeira. Não se trata aqui de constituir a norma que falta, mas de aplicar a norma existente, impedindo que venha a produzir efeitos contrários aos por ela mesma previstos, contrariando os fins a que se propõe. Neste sentido, equidade é uma técnica interpretativa do direito. O juiz agirá dando à lei o sentido exato que a realização da justiça exige. Atuará *com* equidade e não *por* equidade, valendo-se dos modelos teóricos de que dispõe.<sup>93</sup>

Os sentidos da equidade trazidos pelo autor demonstram duas frentes distintas, sendo a primeira objeto deste trabalho, a função integrativa, quando diante da ausência de norma o intérprete completa o ordenamento por meio do instituto, o que é denominado de atuar *por* equidade. No primeiro sentido propagado pela teoria acima, o papel do intérprete se revelará no momento de interpretar a norma, retirando dela o sentido mais justo possível, atuando *com* equidade.

Nas duas operações há um espaço muito expressivo para a atuação da subjetividade do intérprete. Contudo, no sentido integrativo, a técnica será subsidiária à jurisprudência e à analogia com as normas próprias do ramo, o que acaba por tornar sua prática menos frequente e, mesmo quando utilizada, se esta acabar migrando para a construção da jurisprudência, cede lugar, nas próximas aplicações, para a última.

---

<sup>92</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 47.

<sup>93</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 506-507.

Trata-se, como já afirmado anteriormente, de uma ordem de preferência nas normas de integração, o que tem por uma das finalidades reduzir o subjetivismo, à medida que a segurança traduzida em previsibilidade gera um tratamento isonômico, ao mesmo tempo em que estabiliza o pensar jurídico a respeito de certos institutos.

Mauricio Godinho Delgado trata do tema também a partir de duas concepções históricas, fazendo expressa referência aos gregos e aos romanos, ressaltando a preferência, na atualidade, pela matriz aristotélica, como se percebe na passagem a seguir:

De acordo com a primeira de tais concepções (de matriz grega, em especial fundada na teorização de *Aristóteles*), equidade (*epiquéia*) traduz a retificação das distorções da lei, corrigindo as injustiças do comando abstrato perante a situação fática concreta. Corresponde ao processo de adequação e atenuação do preceito normativo – sempre naturalmente amplo e abstrato – em face das particularidades inerentes ao caso concreto ventilado apenas genericamente pela norma. A equidade (*epiquéia*) emerge, pois, como critério adequador a ser observado no momento da aplicação final da norma: em síntese, um “critério de aplicação das leis, o qual permite adaptá-las a cada caso particular e temperar-lhes o rigor com a adequação”.

De acordo com a segunda das concepções (de matriz romana), a equidade (*aequitas*) aproxima-se de um processo de criação de regras jurídicas, assumindo, portanto, caráter de fonte normativa. O jurista *Del Vecchio* esclarece que a cultura jurídica romana compreendia que “... o simples reconhecimento de que o Direito positivo é contrário ao Direito natural não basta *de per se* para o abolir, mas determina uma tendência para a sua reforma ou modificação, também no momento da aplicação judicial da lei mediante a *aequitas*. [...]

A moderna concepção da equidade, incorporada hegemonicamente pela cultura jurídica nacional, identifica-se com a vertente grega aristotélica (*epiquéia*) acima exposta [...].<sup>94</sup>

A opção do autor está no sentido de rejeitar a função criativa, fazendo a alocação do instituto no capítulo das fontes do Direito do Trabalho, assim, quando trata das hipóteses de integração jurídica, nomeia como formas de integração o procedimento analógico e faz análise crítica quanto aos demais institutos apresentados no artigo oitavo consolidado, para ao final repetir as mesmas fontes integrativas do direito comum e do processo comum, quais sejam: “[...] costumes e princípios jurídicos gerais”, já tendo citado anteriormente o procedimento analógico e acresce a *jurisprudência, os princípios jurídicos específicos ao Direito do Trabalho e o Direito comparado* às demais fontes integrativas,

---

<sup>94</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 172-173.

sendo que conclui incluindo a equidade e os usos como tal, ao afirmar que “o preceito celetista arrola, ainda, nesse conjunto, a equidade, e até mesmo os usos, embora se deva ressaltar o parco apuro técnico da Consolidação quanto ao arrolamento dessa última figura”.<sup>95</sup>

Não há, na sequência do desenvolvimento pelo autor, maiores considerações quanto à equidade como fonte integrativa.

Com isso, vale ressaltar que a obra esteve mais preocupada com o aspecto de fonte e a rejeição da equidade como elemento criador de direitos, para tratá-la como elemento de densidade da norma, buscando, na interpretação, seu sentido mais justo. A correta conclusão quanto a rejeitar a equidade como fonte formal direta e imediata está de acordo com o desenvolvimento deste trabalho, inclusive, pela alocação do preceito entre as fontes formais indiretas.

A comparação entre as doutrinas permite concluir que enquanto a primeira preocupou-se em desenvolver o raciocínio da equidade a partir de fonte de integração jurídica, a segunda pautou-se pela análise das fontes diretas e imediatas do ramo trabalhista.

Por isso, não parecem conflitantes, mas, ao contrário, complementares: assim, enquanto Mauricio Godinho Delgado afirma que a vertente aristotélica está mais afeita às fontes formais do ramo, Amauri Mascaro Nascimento demonstra a diferença entre interpretar as normas postas e integrar as lacunas normativas. Ambos, no entanto, partem dos mesmos pressupostos teóricos e históricos, a equidade em Roma, e seu sentido de criação de normas, e o mesmo instituto na Grécia, e sua vertente de interpretação das normas.

Como a intersecção entre o direito material e o direito processual tem sido a tônica deste trabalho, não seria diferente em relação à equidade, afinal, trata-se do momento de interpretação, integração e aplicação do Direito.

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto Quadros o fazem a partir de uma visão integrativa do direito material, ao afirmarem que “[...] a equidade também pode representar

---

<sup>95</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 243.

um critério de integração do direito”.<sup>96</sup> E também afirmam o propósito de justiça do instituto, sustentando ser o ideal do Direito, a razão de ser de toda e qualquer atividade humana.

Ademais, o rito sumariíssimo, ao ser instituído em 2000, pela Lei n. 9.957, inseriu no artigo 852-I, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho a obrigação de o juiz adotar a decisão mais justa e equânime, o que foi visto pela doutrina processual como um reforço da ideia aristotélica, ou seja, de método de interpretação das normas jurídicas postas. Assim afirma Sergio Pinto Martins:

Implica a equidade a possibilidade de suprir a imperfeição da lei ou torná-la mais branda, de modo a moldá-la à realidade. Assim, o juiz pode até praticar injustiça num caso concreto quando segue rigorosamente o mandamento legal, razão pela qual haveria, também, a necessidade de se temperar a lei, para aplicá-la ao caso concreto e fazer justiça.

O juiz, ao aplicar a equidade no procedimento sumaríssimo, deve observar a parte final do artigo 8º da CLT, quando determina que nenhum interesse particular prevaleça sobre o interesse público.<sup>97</sup>

Para esse autor resta clara a influência que a hermenêutica do direito material é criteriosamente aplicável ao processo.

Desse modo, a equidade cumpre seu papel em duas frentes principais, no momento da interpretação das normas, dosando a densidade de cada dispositivo e nos casos de lacunas, preenchendo o ordenamento.

Vejam, a seguir, o papel dos princípios típicos do ramo trabalhista, uma vez que em relação aos princípios gerais, especialmente quanto às funções dos princípios, já houve análise em tópico próprio, sendo que a somatória destes dois elementos, princípios gerais e próprios, compõem a sistemática do artigo 8º da CLT.

A análise de princípios próprios não ignora o papel dos princípios gerais, contudo, possibilitam uma compreensão mais apurada do ramo especial.

---

<sup>96</sup> JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 55.

<sup>97</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 371.

#### 2.2.4 Princípios típicos do Direito do Trabalho

Como bem descrito anteriormente, a existência de princípios próprios auxilia na afirmação da autonomia dogmática do ramo em análise, ao mesmo tempo que permite a construção de teorias que são próprias e únicas em relação à área em estudo.

A relação social tutelada pelo ramo especial trabalhista é que levou ao desenvolvimento desse estudo com os contornos que conhecemos e à evolução de suas teorias.<sup>98</sup> Como vimos em Jorge Luís Souto Maior e Délio Maranhão, a busca do Direito do Trabalho e a hermenêutica que o envolve estão relacionadas diretamente com a melhoria da condição social do trabalhador, o que resta descrito no *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, ao afirmar ser “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Mauricio Godinho Delgado fala em evolução das relações, com a respectiva evolução dos princípios reitores do ramo juslaboral, assim, à medida em que o ramo se desenvolve, novos princípios surgem.<sup>99</sup>

Há um núcleo central dos princípios, um rol seguro de afirmação doutrinária, o qual vem, em boa parte, em decorrência da doutrina do uruguaio Américo Plá Rodrigues.

Mauricio Godinho classifica como os princípios mais importantes em relação ao ramo em análise os seguintes:

Os mais importantes princípios *especiais* justrabalhistas indicados pela doutrina são: a) *princípio da proteção* (conhecido também como *princípio tutelar* ou *tuitivo* ou *protetivo* ou, ainda, *tutelar-protetivo* e denominações congêneres); b) *princípio da norma mais favorável*; c) *princípio da imperatividade das normas trabalhistas*; d) *princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas* (conhecido como *princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas*); e) *princípio da condição mais benéfica* (ou da *cláusula mais benéfica*) ; f) *princípio da inalterabilidade contratual lesiva* (mais conhecido simplesmente como *princípio da inalterabilidade contratual*; merece ainda certos epítetos particularizados, como *princípio da intangibilidade contratual objetiva*); g) *princípio da intangibilidade salarial* (chamado também de *integralidade salarial*, tendo ainda como correlato o princípio da

<sup>98</sup> BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro*. Milano: Società Edi-trice Libreria, 1915.

<sup>99</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 196.

*irredutibilidade salarial; h) princípio da primazia da realidade sobre forma; i) princípio da continuidade da relação de emprego.*<sup>100</sup>

Amauri Mascaro Nascimento inicia informando o que realmente ocorre com a doutrina dos princípios nos mais diversos ramos do direito, não há unanimidade na enumeração desses institutos,<sup>101</sup> o caráter subjetivo do olhar do observador acaba exercendo papel fundamental na escolha dessa enumeração.

Há, no entanto, um núcleo seguro de análise, pautado pela adoção da maioria da doutrina do ramo, contudo, para além desse núcleo em comum, há uma zona cinzenta, em que o instituto pode ter maior generalidade para um autor, que o enumera como princípio, e menor amplitude para outro, que o enumera como regra.

Amauri Mascaro Nascimento, apoiando-se em Plá Rodrigues, por exemplo, coincide em alguns princípios com Godinho, mas diverge em outros, como podemos constatar da seguinte enumeração:

Sustena Plá Rodrigues que no direito do trabalho há um princípio maior, o *protetor*, diante de sua finalidade de origem [...].

O princípio protetor, para Plá Rodrigues, é subdividido em três outros princípios, o *in dubio pro operario*, a prevalência da norma mais favorável ao trabalhador e a preservação da condição mais benéfica. [...].

Continua o estudo a relacionar os princípios que o autor entende corresponder ao direito do trabalho para, além dos acima mencionados, referir-se a mais três subprincípios, o *princípio da realidade*, da *razoabilidade* e da *irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas*.<sup>102</sup>

E prossegue o autor fazendo uma evolução histórica do ramo, ao mesmo tempo em que a cada momento corresponde uma densidade ou enumeração de princípios, como a afirmação de que *no período contemporâneo o princípio protetor, antes absoluto, passa a ser relativo na medida em que cede em algumas situações nas quais a razoabilidade o excepciona*.<sup>103</sup>

O papel interpretativo que os princípios exercem sobre os direitos laborais é incontestável, levando a uma leitura de institutos próprios do ramo especializado ou gerais

<sup>100</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 196-197.

<sup>101</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 442.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 446-449.

<sup>103</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 449.

de direito de um modo muito particular, o que reforça a tese da autonomia do ramo em estudo.

Resta, no entanto, desvelar o papel integrativo dentro do ramo especial, como fonte formal indireta, tal qual ocorre com a jurisprudência, à analogia e a equidade, já descritas anteriormente.

Délio Maranhão inicia esta análise pela teoria dos princípios gerais de direito, sua indicação como fonte, passando pela descrição da natureza das relações humanas, para em seguida passar a discutir o papel integrativo dos princípios gerais:

*J – Princípios gerais de direito.* Costumam alguns autores arrolar, entre as fontes de direito, os princípios gerais de direito. Tais princípios seriam os que decorrem “daquele ordenamento imanente às relações da vida (natureza das coisas)” [...] Disto resulta a necessidade do exame da natureza dessas relações sociais. [...] E o problema aí será o da integração da norma jurídica. Desde que a relação esteja regulada, ainda que seja aplicável a uma determinada relação não regulada, encontrará a sua fonte neste mesmo sistema e não “na natureza das coisas”.

[...]

Os princípios gerais de direito, integradores da norma jurídica, quando se trate de resolver um caso por esta não regulado de modo expresso, são os próprios pressupostos lógicos das diferentes normas legais, das quais, por abstração, devem ser induzidos. Têm valor porque informam o sistema positivo do direito. Não constituem, assim, fonte autônoma.<sup>104</sup>

A posição do autor quanto à integração por meio de normas do próprio sistema, em primeiro lugar, como na aplicação da analogia, precede a atividade integrativa dos princípios, o que está em plena consonância com os propósitos aqui descritos.

Em seguida, nega a natureza de fonte autônoma aos princípios gerais embora reconheça ser pressuposto lógico do próprio sistema.

Por fim, quanto aos princípios típicos, remete o leitor ao descritivo feito por Arnaldo Süssekind, o qual afirma o papel revelador de autonomia ao mesmo tempo em que releva o papel que os princípios típicos exercem na interpretação das normas, ao afirmar que:

---

<sup>104</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho* cit., p. 163.



Além dos princípios gerais, [...] certo é que os diferentes ramos da ciência jurídica possuem princípios próprios, sem os quais seria duvidoso afirmar-lhes a autonomia. Eles correspondem a enunciados genéricos que devem iluminar tanto o *legislador*, ao elaborar as leis dos correspondentes sistemas, como o *intérprete*, ao aplicar as normas ou sanar omissões do respectivo ordenamento legal.<sup>105</sup>

Resta clara a posição de Süsskind, assim, quanto ao papel integrador dos princípios próprios, contudo, na mesma obra, quando Délio Maranhão retorna ao problema da integração jurídica, cita a necessidade de completude do sistema, até descrevendo um princípio, o da compatibilidade da ordem jurídica, contudo, segue analisando somente a analogia e as formas heterointegradoras, como o costume, e passa pela equidade, quanto à teoria geral do direito.<sup>106</sup> Em seguida, quando trata das integrações em matéria de Direito do Trabalho,<sup>107</sup> renova as mesmas fontes da teoria geral e volta a se referir à passagem anterior, quando do estudo das fontes.

Não há, por assim dizer, uma firme clareza quanto ao papel dos princípios trabalhistas como fontes integradoras, uma vez que as referências feitas pelo autor levam às mesmas afirmações já descritas, ou seja, da analogia e de algumas fontes heterointegradoras.

Sergio Pinto Martins, em sua obra sobre direito material do trabalho, afirma, ao analisar a integração jurídica, o papel de suprir lacunas exercido pelo juiz, em seguida cita os princípios gerais de direito e a doutrina, além da analogia e da equidade.<sup>108</sup> E, mais adiante, volta ao tema da integração, quando analisa as funções dos princípios, embora enumere três funções sem passar pela integrativa, conforme se lê na passagem em que afirma: “os princípios têm várias funções: informadora, normativa e interpretativa”,<sup>109</sup> para em seguida reconhecer o papel integrador dos princípios.<sup>110</sup>

Tomando-se as doutrinas mencionadas, as quais são clássicas e de grande difusão, como bem ocorre com grande parte de outras doutrinas, parece haver um silêncio

---

<sup>105</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho* cit., p. 127.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 192-193.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 195-196.

<sup>108</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.49.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>110</sup> *Idem*.

eloquente quanto ao papel integrador dos princípios próprios do direito especial trabalhista, como se referido papel não fosse importante, ou não tivesse aplicabilidade prática.

Diversamente ocorre na obra de Amauri Mascaro Nascimento, o qual, em que pese não tratar do assunto no capítulo específico em que estuda os meios de integração, pois, só enumera a analogia e a equidade, sem passar pela teoria integrativa dos princípios, parte para uma profundidade ímpar ao se debruçar sobre os vários aspectos ligados aos princípios.

Quando parte para a análise da função dos princípios, inicia uma verdadeira teoria própria sobre tal instituto, reconhecendo, de plano, o papel integrador, descrevendo pela primeira vez, se comparado às demais obras, a classificação feita pelo artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Principal é a função dos princípios na *aplicação* do direito na medida em que servem de base para o juiz sentenciar. Não há dúvida, contudo, que são, para o operador do direito, uma *técnica de integração do direito*. Porém, são mais do que isso. Inserem-se na dialética que dinamiza o direito na história. As alterações do sistema legal, quando assumem uma dimensão relevante, devem atuar como base fundamental que se reflita sobre o raciocínio dogmático. Devem ser pensados também em função da nova realidade legislativa que se põe diante do doutrinador [...] Sob essa perspectiva, e ao contrário da posição da nossa lei (CLT, art. 8º) que o reduz a uma técnica para suprir lacunas, os princípios devem assumir função diretiva no sistema.<sup>111</sup>

Não há dúvida quanto ao reconhecimento das várias funções dos princípios, as três clássicas já enunciadas anteriormente, com inequívoca correlação com artigo consolidado quanto ao destinado papel de preenchimento de lacunas, integrador, portanto.

Nesse sentido, podemos afirmar que os princípios compõem uma categoria híbrida de integração jurídica, pois tanto os princípios gerais – de outros ramos do direito, heterointegração –, quanto os princípios próprios – do Direito do Trabalho, autointegração –, terão aplicabilidade no preenchimento de lacunas.

O mesmo autor ainda afirma o novo papel que os princípios desenvolvem na quadra contemporânea do Direito do Trabalho, quando reconhece que há a possibilidade de

---

<sup>111</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 444.

aplicação direta dos princípios, deixando clara a posição de fonte formal direta, como se percebe na seguinte passagem:

O estudo dos princípios atinge, na época contemporânea, um prestígio que supera o de outras épocas. Talvez seja adequado falar em redescoberta dos princípios diante da proposta de sua aplicação direta aos casos concretos, caso em que passam a cumprir uma função normativa [...].<sup>112</sup>

Referida transposição de funções, tanto dos princípios, quanto da jurisprudência, será mais profundamente analisada quando do desenvolvimento da denominada evolução da *cultura do código*, em que a teoria da argumentação ganha contornos doutrinários mais efetivos.

O próximo elemento de integração diz respeito aos usos e costumes. Passemos a eles.

#### 2.2.5 Usos e costumes

Iniciemos pela ideia do que seja a compreensão das expressões usos e costumes, para em seguida, numa análise isolada de cada um dos termos, entender as críticas e acertos descritos pela doutrina.

Amauri Mascaro Nascimento começa informando que o direito costumeiro resulta, em primeiro lugar, de um sentimento, avaliando que o ser humano age de acordo com seus sentimentos, atrativos e repulsivos, adquirindo tendências de comportamento, praticando atos de forma isolada ou continuada, sendo que a continuidade gera hábitos do tipo intelectual, motor e moral, sendo o primeiro o mais importante ao ramo em estudo.<sup>113</sup>

Miguel Reale<sup>114</sup> enxerga nos usos e costumes uma espécie de poder social, o poder decisório anônimo do povo, uma subconsciência social, a qual governa o aparecimento e a elaboração dos usos e costumes.

---

<sup>112</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 453.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 383-384.

<sup>114</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 156.

Há uma construção no sentido de atribuir aos usos e costumes trabalhistas três fontes de produção, sendo elas: a empresa; categorias profissionais e econômicas; e, ordem trabalhista.

A primeira delas, a empresa, está ligada ao surgimento dos usos e suas reiterações que se tornam obrigatórias com o decorrer do tempo.

Na segunda vertente (as categorias profissionais e econômicas) surgiu o hábito de reunião, com especial enfoque no desenvolvimento francês – a Place de Grève –, dando surgimento aos movimentos paredistas de reivindicações. Podemos citar, no Brasil, o exemplo das gorjetas, para as categorias profissionais e econômicas envolvidas com clientes em comércios.

A terceira vertente, a ordem trabalhista, quanto aos costumes e os comportamentos sociais espontâneos, como ocorreu, por exemplo, com os marítimos, profissão que encontrou nos costumes internacionais as primeiras formas de regulação jurídica.

A construção acima permite iniciar a distinção entre os usos e os costumes, sendo o primeiro de menor extensão e o segundo mais amplo, ou seja, enquanto na primeira vertente se estabelece uma análise mais voltada para o âmbito da empresa, nas seguintes se estabelece um campo de atuação nas categorias ou na própria ordem jurídica.

Amauri Mascaro Nascimento<sup>115</sup> constrói referido raciocínio de forma didática e clara quanto à compreensão dessa amplitude.

Dessa separação já se pode analisar a primeira crítica, especialmente, quanto à categorização do uso como fonte integrativa, ou seja, fonte formal indireta, utilizada para os casos de lacunas, pois, inclina-se de forma mais efetiva para uma hipótese de fonte formal direta, com uma densidade dirigida para a ótica principiológica típica da esfera trabalhista.

O princípio da condição mais benéfica identifica – ou como sugerido por Américo Plá Rodrigues, a ideia do desmembramento do princípio da proteção, nesta vertente de comparação entre norma e condições mais favoráveis –, a prevalência das questões concedidas tacitamente, ou seja, sem uma previsão expressa que a imponha, ao se

---

<sup>115</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 385-386.

apresentar mais vantajosa em relação ao que resta estabelecido pela norma escrita formal, prevalecerá numa espécie de direito adquirido.

Nessa vertente, o uso seria restrito aos trabalhadores que por ele foram beneficiados, num âmbito restrito de aplicação, no entanto, tornando-se fonte formal, para superar a previsão normativa em sentido menos benéfico.

Ao mesmo tempo em que o uso se torna fonte formal direta, não serve de regime de extensão para outras categorias ou profissões, pois restrita àqueles que adquiriram tal direito.

Mauricio Godinho Delgado, em frontal crítica quanto à categorização dos usos como fonte de integração, identifica o instituto, pela ideia de habitualidade, bem como sua amplitude, quanto à restrição de aplicação do preceito, ou seja, limita sua análise para o âmbito em que foi concebido, ao mesmo tempo em que afirma que para os beneficiados pelo uso, não se trata de fonte integrativa, mas de fonte formal direta.

Por *uso* entende-se a prática habitual adotada num contexto de uma relação jurídica específica, envolvendo as específicas partes componentes dessa relação e produzindo, em consequência, efeitos exclusivamente no delimitado âmbito dessas mesmas partes. Nessa acepção, o uso não emerge como ato-regra – não sendo, portanto, norma jurídica. Tem, assim, o caráter de simples *cláusula* tacitamente ajustada na relação jurídica entre as partes envolvidas (cláusula contratual). É o que ocorreria com determinado procedimento que o empregador, reiteradamente, acolhesse com respeito a certo empregado: na qualidade de uso, tal procedimento integrar-se-ia ao respectivo contrato de trabalho, potenciando repercussões jurídicas na órbita interpartes.<sup>116</sup>

Octavio Bueno Magano,<sup>117</sup> de forma implícita, também desqualifica o uso como fonte integrativa, ao afirmar sua construção a partir, exclusivamente, dos costumes.

Délio Maranhão, da mesma forma, distingue a amplitude dos costumes, em comparação aos usos, e segue tratando apenas dos costumes como fonte integrativa, deixando de classificar o uso em tal natureza.

Há que distinguir o costume (fonte do direito) dos usos de negócios. Consistem estes na maneira pela qual certos e determinados negócios são, habitualmente, cumpridos e executados pelos contratantes. Servem,

---

<sup>116</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 165.

<sup>117</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras lições de direito do trabalho* cit., p. 12.

portanto, de meio para interpretação da vontade das partes, enquanto o costume, como a lei, supre essa vontade.<sup>118</sup>

O autor ressalta o critério da habitualidade, já descrita pelos demais, distingue a amplitude entre costumes e usos, afirmando a relação entre as partes, ao mesmo tempo em que atribui ao costume maior generalidade, comparando-o à lei.

Não resta dúvida, assim, da distinção entre os preceitos e da restrição quanto à aplicação do uso.

O costume, de outro lado, será categorizado por essa mesma doutrina como fonte de direito, com característica mais generalizante.

A primeira grande característica do costume será sua condição de agir social habitual,<sup>119</sup> com forte carga de aceitação, de tal modo que se expande para toda uma categoria, profissional ou econômica, tornando-se, dentro do ordenamento, um ato-regra, especialmente, para as hipóteses de preenchimento de lacunas.

A função integrativa resta descrita em Délio Maranhão, ao afirmar que “quando a lei se refere, expressamente, ao costume, (costume `secundum legem`), a função deste é integrar o conteúdo da norma escrita [...]”,<sup>120</sup> o mesmo afirmando Magano, fazendo a distinção dos costumes diante da lei, ao afirmar que “*secundum legem* é o costume que a lei manda observar; *praeter legem* é o supletivo das lacunas da legislação; *contra legem* é o que atrita com a disposição legal e, por isso mesmo, não pode prevalecer”.<sup>121</sup>

Godinho reafirma todas as características antes descritas, pois reconhece a habitualidade ao afirmar que “por costume tem-se a pratica habitual adotada [...]” ao mesmo tempo em que reconhece a amplitude ao dizer do “contexto mais amplo de certa empresa, categoria, região, etc.”, aproximando-o do conceito de lei ao descrever estar “firmando um modelo ou critério de conduta geral, impessoal, aplicável *ad futurum* a todos os trabalhadores [...] e, por fim, afirma ser um inquestionável ato-regra”. Após referida construção aloca uma das funções dos costumes como integrativa, ao dizer expressamente

---

<sup>118</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho* cit., p. 157.

<sup>119</sup> GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1932.

<sup>120</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho* cit., p. 157.

<sup>121</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras lições de direito do trabalho* cit., p. 12.

que “a qualidade e a função dos costumes como normas jurídicas autônomas, vocacionadas a suprirem lacunas percebidas nas fontes principais do sistema [...]”.<sup>122</sup>

Com um foco na amplitude do preceito, podemos afirmar, em análise conclusiva quanto à doutrina pesquisada anteriormente, que o costume exerce papel duplo, com atribuição *secundum legem* é elemento de densidade da norma, pois será aplicado por expressa previsão legal, fazendo papel, assim, de instituto de compreensão da norma posta, função interpretativa, portanto, já na atribuição *praeter legem* é elemento de integração jurídica, para os casos de lacunas normativas.

Difere da lei em razão de seu processo de formação, pois, é produto espontâneo da vida social, enquanto a lei é produto técnico de um órgão próprio. O costume não tem autor conhecido, enquanto a lei, sim. O costume é mais incerto e impreciso, a lei permite maior clareza por ser mais precisa. O costume precisa ser provado, a lei existe por si própria. O costume é informal e não escrito, a lei é formal, escrita.

Muitas vezes assistimos à adoção dos costumes pelas leis e pela jurisprudência, casos em que o costume se torna lei, prescindindo, assim, de maior esforço hermenêutico para sua aplicabilidade.

Dois grandes exemplos podem ser citados como adoção de costumes que se tornaram leis ou jurisprudência, como é o caso das gorjetas, hoje descritas expressamente na Consolidação das Leis do Trabalho e na Súmula 354 do Tribunal Superior do Trabalho, e os minutos que antecedem e sucedem a jornada, que eram tolerados contra a ideia de atrasos ou horas extraordinárias, desde que restritos a poucos minutos, e que foi inicialmente adotado pela jurisprudência e depois pela própria legislação.

Valentin Carrion, em sua CLT comentada, constrói cronologicamente referido movimento:

Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horários do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerado como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal (TST – súmula 366, conversão das Orientações Jurisprudenciais SDI-1 23 e 326).

---

<sup>122</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 165.

A partir da vigência da Lei n. 10.243, de 27.06.2001, que acrescentou o § 1º ao artigo 58 da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras (TRT, SDI-1, Orientação Jurisprudencial 372).<sup>123</sup>

A data da primeira orientação jurisprudencial, dia 23, é de junho de 1996, a qual incorporou um costume sobre o assunto, sendo a lei que encampou o preceito datada de junho de 2001.

Como sustentado por este trabalho, a partir do momento em que uma fonte de integração é superada por uma anterior, esta última prevalece, do mesmo modo, quando uma fonte formal indireta, ou de integração, é superada por uma fonte formal direta, cede espaço para a última. Tal ciclo hermenêutico permite maior segurança jurídica.

O costume cedeu lugar para a jurisprudência, e esta cedeu lugar para a lei. Trata-se do costume, que de tão exato, habitual e aceito socialmente, tornou-se lei.

Passemos, assim, para o direito comparado.

### 2.2.6 *Direito comparado*

Trata-se de um tema que pouco tem estimulado a doutrina a um debate mais centralizado, especialmente pelo fato de não haver uma uniformidade acerca de um exato ordenamento estrangeiro para servir de base de preenchimento de lacunas, mas de uma gama de possibilidades.

Vale relevar, de plano, que não se trata da hipótese de aplicação de normas de direito internacional, ou seja, de tratados internacionais, pois estes, ao contrário do que se pretende afirmar quanto ao direito comparado, dependem de ratificação para ingresso no ordenamento pátrio, uma vez que o Brasil, sendo um país que adota preponderantemente o dualismo – há quem sustente um sistema misto, monista e dualista, tendo em vista a aplicação de costumes internacionais que independem de ratificação –, depende, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, de um processo de ratificação e, a depender do modo de aprovação, referidos tratados entram no ordenamento com *status*

---

<sup>123</sup> VALENTIN, Carrion. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.



diverso, às vezes de emenda constitucional, outras vezes em nível legal, e até mesmo supralegal, a depender do tema da norma e do quórum de aprovação.

O papel mais relevante a ser atribuído à legislação estrangeira, certamente, será aquele que influencia os bancos acadêmicos e as produções doutrinárias, nesta seara o campo de aplicação tem sido muito relevante e profícuo. Não são raras as vezes em que a jurisprudência, como o primeiro método integrativo, utiliza-se da doutrina, em sua vertente comparativa, para sustentar alguns posicionamentos, como ocorreu no caso das dispensas coletivas, em que o Tribunal Superior do Trabalho,<sup>124</sup> ao julgar pela sua Seção de Dissídios Coletivos a dispensa em massa praticada pela Embraer, considerou aplicar a legislação portuguesa quanto aos critérios para autorizar referida forma de dispensa.

A matéria, no entanto, já tinha assento na doutrina, como podemos perceber nos estudos desenvolvidos por Renato Rua de Almeida, datados de 2007, portanto, anterior ao julgamento no TST, quanto à possibilidade de dispensa e a forma como Portugal, Espanha e França trataram do assunto e estabeleceram a necessidade de haver algum motivo a sustentar referida forma de dispensa:

A despedida individual justifica-se por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa.

Já a despedida coletiva é arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural.<sup>125</sup>

Aqui, importa notar, substancialmente, o uso dos critérios estabelecidos no direito comparado na construção de uma jurisprudência, a qual, por sua vez, pautou-se, nitidamente em doutrina anterior que sustentava tal posicionamento.

A mesma posição foi adotada por Jorge Luiz Souto Maior, em 2004, quando se vale expressamente do direito comparado conforme previsto no artigo 8º da CLT, citando o exemplo da França:

---

<sup>124</sup> Trata-se do julgamento no RODC 309/2009-000-15-00.4, o qual teve como relator o Ministro Mauricio Godinho Delgado.

<sup>125</sup> ALMEIDA, Renato Rua. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa: estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 03, p. 336-345, mar. 2007.

Frise-se, por oportuno, que, por exemplo, na França (já que virou costume falar do que acontece em outros países, que alguém chama de países “civilizados” e de “primeiro mundo”, como se fôssemos trogloditas), antes de se concretizar uma dispensa coletiva de trabalhadores a empresa deve formalizar um “Plano Social”, no qual se demonstrem quais as medidas que ele pretende tomar para evitar as dispensas, possibilitando, inclusive, uma reclassificação dos trabalhadores cuja dispensa não se conseguir evitar (art. L. 321-4, al. 8, Code du Travail).

O ordenamento jurídico internacional, aliás, está repleto de exemplos para se adotar como parâmetro regulatório para estas hipóteses (e o direito comparado é fonte do direito do trabalho, conforme dispõe o art. 8º da CLT).<sup>126</sup>

Veja-se a posição dos dois doutrinadores supracitados, quanto à aplicação da legislação estrangeira, como parâmetro de integração em matéria de direito comparado.

A grande maioria da doutrina, ao estabelecer o estudo das fontes do ramo especial o fazem a partir da divisão entre fontes formais e materiais, para, posteriormente, dividir as fontes formais em heterônomas ou autônomas, para em seguida subdividir as fontes heterônomas, quando apresentam as fontes diretas e as indiretas; Mauricio Godinho Delgado<sup>127</sup> e Amauri Mascaro Nascimento,<sup>128</sup> por exemplo, em seus sumários, não fazem referência ao direito comparado, mas, sim, aos tratados internacionais, quando discutem em profundidade o papel das instituições e suas normas, como a OIT, por exemplo. Octavio Bueno Magano<sup>129</sup> nem sequer passa pela análise do direito comparado, quando estrutura as fontes do direito do trabalho, o mesmo acontecendo com Délio Maranhão,<sup>130</sup> seja quando trata das fontes, seja quando trata dos métodos integrativos.

Valentin Carrion, em sua CLT passa rapidamente pelo assunto, afirmando que: “Direito comparado: normas jurídicas de outras nações, analisadas”.<sup>131</sup> Em que pese a simplicidade da afirmação elaborada pelo jurista, resta clara a posição de que não há confusão entre normas internacionais, provenientes de tratados, e as normas comparadas, provenientes de legislações de outros países.

<sup>126</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra a dispensa arbitrária e a aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista do TRT da 15ª Região*, n. 25, p. 47-63, dez. 2004.

<sup>127</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 9.

<sup>128</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 12.

<sup>129</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras lições de direito do trabalho* cit., p. 12-15.

<sup>130</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho* cit., p. 10-11.

<sup>131</sup> VALENTIN, Carrion. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho* cit., p. 85.

A questão mais difícil a ser resolvida, no entanto, não diz respeito a este específico ponto, uma vez que as doutrinas citadas, embora partam para a análise dos tratados internacionais, em nenhum momento deixam transparecer qualquer dúvida acerca da distinção com o direito comparado, simplesmente, não analisam o direito comparado como fonte de integração. Por isso, o movimento mais relevante seria o da escolha do ordenamento comparado a ser aplicado em matéria de hermenêutica de direito desse ramo especial do direito.

Não há uma resposta única, muitas legislações, de várias nações, podem ser utilizadas para o estudo aqui proposto, por isso, a justificativa da escolha deve ser pautada pelo objetivo do trabalho, como no caso desta tese, a qual pretende demonstrar a influência que os precedentes obrigatórios exercem nas fontes do Direito do Trabalho e em sua hermenêutica, quanto aos métodos e tipos hermenêuticos, bem como a mudança no papel dos princípios e da jurisprudência.

Para tanto, será necessário um desenvolvimento próprio, sobre o tratamento que o direito comparado vem dispensando em referidas matérias.

Resta, para agora, desenvolver a última fonte de integração, o direito comum.

### *2.2.7 Direito comum*

Primeiramente, por indicação de direito comum entende-se como o Direito Civil, uma vez que este é o ramo do direito comum a todos os cidadãos, regula a vida da concepção à morte, incluindo passagens pelas regras atinentes às sociedades empresariais, as questões de herança, das coisas, dos bens, entre diversos outros temas de suma importância para toda a sociedade.

Em razão do vasto campo de possibilidades de que cuida o Direito Civil, sua aplicação, embora seja a última enumerada no rol das fontes integrativas trabalhistas, acaba por ter uma densidade prática mais intensa que as demais fontes de integração jurídica no cotidiano das relações de trabalho.

O fator mais importante nesse aspecto é a observância de que as normas elaboradas no direito comum não foram pensadas para as relações especiais do contrato de trabalho, por isso, são normas de um centro de posituação que não guardam, por si próprias, uma imediata adequação com os dogmas do direito especial trabalhista.

Essa razão é suficiente, por exemplo, no caso da comparação com a analogia, para que esta prefira àquela na hipótese de integração, justamente pelo fato de que a analogia buscará dentro do próprio sistema de normas jurídicas trabalhistas a solução para o caso não normatizado, mantendo-se, dessa forma, os desígnios destinados especialmente ao ramo do Direito do Trabalho.

Lembre-mos das lições supradescritas por Jorge Luiz Souto Maior<sup>132</sup> e Délio Maranhão,<sup>133</sup> quando tratam das especificidades da hermenêutica trabalhista, justamente em razão da relação social que deu origem ao ramo e que parte de pressupostos diversos daqueles utilizados pelo direito comum, qual seja, a relação do ser humano com o trabalho, a desigualdade existente entre as partes contratantes e a necessidade de busca de melhoria de condição social ao trabalhador.

A construção hermenêutica das fontes no direito especial são diversas da estruturação hierárquica do direito comum, como bem observa Mauricio Godinho Delgado:

De par com isso, respeito ao caráter hegemônico direcionador que tem no Direito do Trabalho um de seus princípios (o princípio da norma mais favorável) não se compatibiliza com a inflexibilidade piramidal típica do Direito Comum. O avanço e aperfeiçoamento jurídico alcançado em segmentos econômico-profissionais mais desenvolvidos estraria em choque com a rigidez do império dos diplomas heterônomos estatais, impedindo a democratização e o desenvolvimento do Direito do Trabalho.<sup>134</sup>

O distanciamento entre os ramos, assim, é um fator que dificulta a simples aplicação do Direito Civil ao Direito do Trabalho, contudo, há tratamentos dispensados pelo direito comum aos cidadãos que somente neste ramo do direito poderemos encontrar, o que leva, naturalmente, a uma aplicação de tais preceitos, contudo, com as adequações que o ramo exige.

É possível citar, só a título de exemplo, as questões que envolvem os direitos da personalidade, como direitos fundamentais descritos no artigo 5º da Constituição Federal e

---

<sup>132</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral de direito do trabalho cit.*, p. 551.

<sup>133</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho cit.*

<sup>134</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho cit.*, p. 177.

que foram sistematizados de forma expressa no Código Civil e não receberam o mesmo tratamento da Consolidação das Leis do Trabalho.

O direito comparado, nesse ponto, auxiliará a compreensão da densidade normativa de tais direitos.

O Código de Trabalho de Portugal, por exemplo, trata expressamente do assunto, de forma específica aos trabalhadores, o que facilita sobremaneira a efetividade de tais direitos no cotidiano das relações de trabalho.

Vale, assim, o desenvolvimento da doutrina no que tange à aplicação de tais preceitos aos trabalhadores, pela via dos denominados direitos laborais inespecíficos, em que a afirmação mais relevante diz respeito à condição de trabalhador-cidadão, ou seja, o fato de o cidadão tornar-se trabalhador não lhe retira os direitos civis de primeira geração, ao contrário, reforça sua cidadania e torna ainda mais evidente a aplicabilidade de tais preceitos.

Teresa Alexandra Coelho Moreira, discorrendo acerca do tema sob a ótica do sistema jurídico em Portugal, explica de que forma a Constituição da República Portuguesa reconhece a inferioridade do trabalhador em relação ao empregador, sendo que os direitos dos trabalhadores, garantidos constitucionalmente, encontram fundamento em tal inferioridade:

[...] a sua situação de inferioridade impõe que os empregadores fiquem vinculados às normas constitucionais que reconhecem estes direitos, isto é, aos direitos, liberdades e garantias não só da pessoa mas também do trabalhador enquanto pessoa, ou seja, direitos, liberdades e garantias atribuídos a todos os cidadãos.<sup>135</sup>

Resta claro que a posição da autora tem uma abordagem histórica e eminentemente teórica, distanciando-se do pragmatismo e, portanto, do subjetivismo. Ao mesmo tempo, ela consagra o pensamento acerca do trabalhador mantendo sua condição de cidadão e, portanto, preservando seus direitos fundamentais.

---

<sup>135</sup> MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra Editora, Studia Iuridica, n. 78, p. 57-60, 2004.

Segundo o posicionamento de Renato Rua de Almeida,<sup>136</sup> o Estado, por muitas vezes, faz a implementação dos direitos fundamentais por meio de leis, hipóteses em que a fonte será formal e direta. Essa é a mesma posição de grande parte da doutrina pós-positivista ao entender que o cidadão tem o direito de ver o Estado legislando e viabilizando a aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares, contudo, isso nem sempre ocorre com a frequência necessária para atender a todos os anseios sociais da classe trabalhadora.

Nas hipóteses em que o assunto diz respeito às gerações de direitos fundamentais teríamos: a primeira geração que, basicamente, fala em cidadania; a segunda geração, ao abordar os direitos econômicos, sociais e trabalhistas; e, a terceira geração, quando fala em solidariedade e fraternidade. A primeira geração não foi completamente internalizada em leis trabalhistas próprias, ou seja, não há fonte formal direta cobrindo todas as hipóteses reclamadas pelas condições sociais, especialmente no que tange aos direitos de cidadania do empregado na empresa.

José João Abrantes<sup>137</sup> enfatiza a cidadania dos trabalhadores nas empresas, sendo que o trabalhador não deixa de ser cidadão quando ingressa no local de trabalho. Nesse sentido, evolui para tratar de direitos específicos e inespecíficos dos trabalhadores a partir da ótica da dimensão dos direitos fundamentais.

O autor português apresenta estudos que denotam que no nosso ordenamento temos os direitos específicos como os de segunda geração (descritos na CLT) e os inespecíficos, os de primeira geração (descritos no CCB), o qual englobaria os direitos de informação, presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, liberdade de expressão, integridade física, intimidade, proteção à vigilância, confidencialidade de mensagens.

No que tange ao direito português esses direitos já são específicos dos empregados, uma vez que previstos expressamente no Código de Trabalho de Portugal de 2009.

---

<sup>136</sup> ALMEIDA, Renato Rua. Professor Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Aula ministrada em 06 de setembro de 2013, no crédito para mestrandos em Direito sob o título: Efetividade dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.

<sup>137</sup> ABRANTES, Jose João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Assim dispõe o artigo específico do Código de Trabalho Português a seguir transcrito:

#### Subsecção II

Direitos da personalidade.

#### Artigo 14.º

Liberdade de expressão e de opinião. É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.<sup>138</sup>

E, na mesma linha, seguem os artigos: o dezesseis, quando trata da reserva da intimidade da vida privada; o dezessete, quando cuida da proteção de dados pessoais; o vinte e dois, quanto à confidencialidade das mensagens, entre diversas outras previsões expressas na subsecção do Código em comento, deixando clara a regulação específica dos direitos da personalidade, e assim de cidadania, no direito do trabalho lusitano.

A seguir a redação de cada um dos artigos:

#### Artigo 16º

Reserva da intimidade da vida privada

1 – O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

2 – O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

#### Artigo 17

Protecção de dados pessoais

1 – O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas:

a) À sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação;

b) À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.

---

<sup>138</sup> Disponível em: [http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab\\_L1\\_002.html#L002S3](http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_002.html#L002S3). Acesso em: 5 fev. 2018.

2 – As informações previstas na alínea *b)* do número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade.

3 – O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização.

4 – Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais.

5 – Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 2.

Artigo 22.

o Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação

1 – O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico.

2 – O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico.<sup>139</sup>

Não há dúvida quanto ao tratamento específico dispensado pelo Código de Trabalho de Portugal, quanto aos direitos da cidadania e, por conseguinte, fundamentais dos trabalhadores.

Qual a razão para se categorizar tais direitos como inespecíficos no Brasil?

A resposta está na análise sistemática dos ordenamentos, pois a Constituição Federal tratou desses direitos de cidadania no artigo 5º, de forma mais específica. No entanto, não há regulação infraconstitucional específica na seara trabalhista.

Ao consultar a Consolidação das Leis do Trabalho e as leis esparsas relacionadas a esse ramo, não se vê uma sistematização efetiva desses direitos de cidadania voltados aos trabalhadores. Poderá haver, eventualmente, uma ou outra referência, porém, nada que possa se comparar à regulação portuguesa.

---

<sup>139</sup> Disponível em: [http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab\\_L1\\_002.html#L002S3](http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_002.html#L002S3). Acesso em: 5 fev. 2018.



Exemplo de tratamento sutil, nesse sentido, é o do artigo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, quando trata da não discriminação: “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”.

Valioso para a época, importante para o desenvolvimento da dignidade, mas insuficiente para reger a cidadania em toda sua inteireza.

De outro lado, o Código Civil de 2002, que é o chamado de Direito Civil Constitucionalizado, prescreve quais são considerados direitos mínimos de todo cidadão, tais como: a personalidade, a boa-fé, os deveres anexos – todos direitos de cidadania – os quais se irradiam e podem, também, se aplicar ao Direito do Trabalho.

Assim, é possível fazer uma leitura dos direitos fundamentais à luz das cláusulas gerais e janelas abertas do Código Civil de 2002. Devemos lembrar de que no nosso ordenamento constitucional o catálogo de direitos fundamentais está estabelecido de forma expressa na Constituição em capítulo próprio, além de outros decorrentes de princípios da própria Constituição.

Não seria o caso, assim, de a lei infraconstitucional criar direitos fundamentais, mas de poder organizar e regulamentar os previstos na Constituição Federal. E por meio do catálogo constitucional de direitos fundamentais o Código Civil criou forma de buscar a máxima efetividade.

Referido tratamento também é aplicável a outros ramos com ordenamentos próprios, como é o caso do Direito do Trabalho e a Consolidação das Leis do Trabalho, o qual é o estatuto dos trabalhadores, que admite a aplicação do Direito Civil Constitucionalizado de forma inespecífica, à medida que estes não perdem sua condição de cidadão por serem também trabalhadores, ao contrário, tornam essa cidadania ainda mais evidente.

Assim, não se pode dizer que há uma carga imediata de aplicação de todos os direitos fundamentais nas relações privadas, em todas as suas possibilidades, devendo existir uma completude no sistema por meio da intervenção do Estado, seja por meio do Código Civil de 2002 – Poder Legislativo –, ou por meio de atuação jurisdicional – Poder Judiciário –, sendo esta última a primeira vertente nas fontes integrativas, contudo, por via de regra, vale-se das normas descritas no Código Civil para formação de entendimentos uniformes.

Há uma maneira intermediária de conjugação das formas, que será o Judiciário integrando a norma do Direito Civil ao Direito do Trabalho, por intermédio da previsão expressa dessa hipótese no citado artigo 8º consolidado. Assim, é possível afirmar que os direitos fundamentais de primeira geração não precisam de regulamentação própria, admitindo a aplicação mediata, por meio de direitos inespecíficos.

Os direitos de primeira geração, como vistos anteriormente, são os direitos civis, de forma específica ao Direito Civil ou inespecífica ao Direito do Trabalho. O problema surge quanto à eficácia dos direitos fundamentais de primeira geração que exigem a atuação estatal.

A permissão para que os empregadores concedam benefícios aos trabalhadores sem natureza salarial (alimentação, participação nos lucros, entre outros) seria uma forma de incentivar o empregador a concretizar os direitos fundamentais, sem que tenha de suportar um ônus tributário elevado numa dimensão positiva do empregador, já que aqui não estaria simplesmente respeitando os direitos fundamentais – vertente negativa –, mas, implementando com práticas positivas os direitos fundamentais, pois a lei – atuação estatal – prevê a possibilidade de implementação desse direito.

O Direito do Trabalho corre o risco de se tornar um “superdireito”, na medida em que o custo social para a melhoria das condições de trabalho é repassado para a sociedade desonerando o empregador. Quando o Estado incentiva o empregador a fornecer transporte, saúde, alimentação, entre outras coisas, com incentivos fiscais, seria como se o Estado estivesse repassando ao empregador a obrigação de concretizar os direitos fundamentais que são de responsabilidade dele. Nesses casos, por exemplo, as fontes se tornam diretas e imediatas, como a lei do vale transporte, a lei do plano de alimentação do trabalho, a lei da participação nos lucros, entre tantas outras.

Para parte da doutrina aqui estaria a lógica da teoria estatista, ou seja, o Estado atuou legislando e incentivando o empregador a implementar os direitos fundamentais. Para outros, seria mero transporte de atividades essenciais do Estado. O que nos interessa, no entanto, é a análise da implementação de direitos fundamentais de forma horizontal e positiva pelo empregador, ente privado, seja pela via indireta, da integração jurídica, seja pela via direta, normas próprias.

Importante observar a diferença, de um lado, de o empregador por sua livre e espontânea iniciativa implementar direitos fundamentais, vinculação direta e positiva dos

direitos fundamentais; de outro lado, o Estado legislando e incentivando o empregador, também lhe dando incentivos (renúncia fiscal no Plano de Alimentação do Trabalhador, por exemplo), para que este possa implementar os direitos fundamentais, em uma vinculação positiva imediata, ou de intervenção estatista, pois não se trata de um ato espontâneo do empregador, mas do Estado que o incentivou a fazê-lo.

Trata-se de uma sutileza, mas que faz toda a diferença no cotidiano. Nada disso pode se confundir com o transporte das obrigações do Estado para o empregador, como se o Estado lavasse as mãos, se omitisse em suas funções básicas e primordiais, esperando que o empregador o faça. Seria a hipótese em que o Direito do Trabalho se tornaria um “superdireito” e teríamos o risco do descrédito, pois o empregador passaria a suprir toda a atividade estatal quanto às necessidades básicas do trabalhador-cidadão.

Assim, saúde, segurança, transporte, previdência, saneamento básico seriam exemplos de possibilidades de o Estado transportar a obrigação para o particular e com isso deixaria de cumprir suas funções essenciais. Não é isso que se espera com a tese dos direitos fundamentais.

A conclusão mais coerente seria esperar que o Estado, na esfera vertical dos direitos fundamentais, observasse as vinculações negativas e positivas, diretas e imediatas, ou seja, o Estado não afrontaria os direitos de primeira geração em todas as circunstâncias da vida, independentemente de qualquer regulação e, ainda, implementaria as melhorias na vida das pessoas por intermédio de ações que dessem efetividade aos direitos fundamentais em nível de direitos de segunda geração, atuando e legislando positivamente.

Esse movimento de implementação quanto aos direitos fundamentais de primeira geração nos leva à conclusão de uma carga imediata dos direitos civis ao trabalhador, na vertente negativa, pelo respeito de todos pelos direitos mínimos do cidadão, ou seja, dever de abstenção de ofensa aos direitos de personalidade, por exemplo.

E chegamos à relação de trabalho, com a aplicação certa e incontestável da vertente negativa de forma direta e imediata, e uma cizânia sobre a aplicação positiva dos direitos de primeira geração, para alguns, sendo positiva e imediata, devendo implementar direitos fundamentais e outros meramente por atuações estatistas, pois deve esperar a iniciativa do Estado em legislar, para depois se implementar alguma atitude do empregador, contudo, para os casos de ausência de normas diretas, a utilização dos preceitos civis viriam a ser aplicados de forma integrativa.

Vieira de Andrade critica a Constituição Portuguesa de 1976 na medida em que existe um exagero ao impor ao empregador o dever de contratar os direitos fundamentais,<sup>140</sup> o que seria uma espécie de aplicação imediata das normas de cidadania.

Na outra ponta da teoria da vinculação dos direitos fundamentais, Edilton Meireles<sup>141</sup> entende que o empregador tem a obrigação direta e imediata de implementação de todo e qualquer direito fundamental nas relações de emprego, como se as normas do Código Civil, neste aspecto, fossem fontes formais diretas.

O artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, quanto à proibição da dispensa sem justa causa ou arbitrária, não encontra uma regulamentação no plano infraconstitucional. Assim, a concretização de tal direito fundamental na busca da máxima efetividade pode ser encontrada por meio da indenização compensatória, do direito à informação e por meio da negociação coletiva, mas dependeria da aplicação das normas de Direito Civil, de modo integrativo.

Parece mais coerente, diante de tudo que se desenvolveu até aqui, dizer que o Direito do Trabalho é um componente do direito social, mas é apenas uma parte deste, já que o direito social abrange outros ramos do direito; no mesmo sentido, não deixa de ser um ramo interpenetrado pelos direitos civis, pois, como descrito, o trabalhador não perde a condição de cidadão ao se tornar empregado.

Pode-se afirmar, ainda, pela teoria da argumentação, que o Poder Judiciário seria uma última forma de completude para efetivação dos direitos fundamentais, implementando disposições da Constituição Federal, da lei infraconstitucional, da norma coletiva e do contrato, mas, também, integrações jurídicas, como a aplicação do Direito Civil.

A conclusão a que se pode chegar, sem afrontar toda a tese supradescrita, ou seja, compatibilizando toda a teoria ao que temos de sistema interno é entender que a maior obrigação é do Estado na implementação, vinculação positiva, dos direitos fundamentais dos trabalhadores, por intermédio de leis, como fontes diretas e imediatas, e não uma obrigação imediata dos empregadores, que têm sua parcela de responsabilidade, mas,

---

<sup>140</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 231-264.

<sup>141</sup> MEIRELES, Edilton. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais – O dever de contratar os direitos fundamentais. *Revista LTr*, v. 77, n. 2, p. 161-166, fev. 2013.

muito mais voltada para o viés negativo e mediato – não afrontar direitos de personalidade –, do que positivo e imediato, observando sempre a tese da intervenção estatista, em que dentro das hipóteses postas pelo Estado, ao legislar, para incentivar a implementação dos direitos fundamentais pelo empregador, pela via mediata ou indireta, haverá essa implementação nas relações de trabalho.

A grande novidade no direito trabalhista, em termos de direitos fundamentais, são os direitos fundamentais de cidadania, que podem ser chamados de inespecíficos, uma vez que advindos do Direito Civil, mas que se aplicam pela via das cláusulas gerais e janelas abertas e, mais uma vez, nos conduz para ideia da proteção negativa do particular, numa dimensão imediata, especialmente os direitos de primeira geração.

A partir da construção mencionada, pode-se atribuir aos direitos civis, especialmente na vertente dos direitos fundamentais de primeira geração, uma eficácia imediata do Direito Civil às relações de trabalho, quanto à obrigação de respeito a tais direitos, vertente, portanto, negativa da efetividade da norma.

Contudo, em outras searas de direitos, tidos como não catalogados no rol dos direitos fundamentais, como coisas, bens, negócio jurídico, entre outros, a aplicação se dá por intermédio da integração jurídica, devendo ser observada a adequação hermenêutica aos dogmas que regem o Direito do Trabalho.

A vastidão de normas do direito comum aplicáveis às relações de trabalho, ora por via direta e imediata – com característica de fonte formal direta –, ora por via integrativa – com característica de fonte formal indireta –, torna a análise dessa fonte algo muito mais complexo e extenso do que as demais normas de integração jurídica.

Não por menos, a incidência de normas do Direito Civil no Direito do Trabalho, em que pesem todas as ressalvas de direitos inespecíficos, é mais ampla do que as demais fontes de integração, ainda que ele seja a última forma eleita pelo legislador.

### **2.3 O papel da doutrina**

A doutrina, historicamente, não é vista como uma fonte nem material, nem formal do Direito, e assim também no Direito do Trabalho. Como visto anteriormente, exerce um papel fundamental na construção das teses, auxilia as fontes formais diretas e mesmo as de integração jurídica.

A elaboração da norma jurídica se atualiza, transforma, renova e se altera a partir de vários centros de positivação, os quais são encontrados em diversos grupos sociais, conforme valores e vetores dinâmicos, pois passam todo o tempo em transformação, sendo que no mais das vezes esse dinamismo é captado pelo Estado e, em outras oportunidades, também pelo particular.

A prioridade na percepção e utilização dos centros de positivação, geralmente, é do Estado, iniciando pelo papel do Poder Legislativo, quando da elaboração das leis, contudo, como será sugerido nesta tese, também pelo Poder Judiciário, captando referidos movimentos e alterando a jurisprudência – em sentido amplo –, a partir dos mesmos centros de positivação supradescritos.

O particular também capta e altera a realidade e as fontes formais, a partir das mesmas fontes materiais, como nas hipóteses de usos, costumes, contratos, regulamentos de empresa, normas coletivas etc.

Uma das formas de percepção e captação dessa realidade advém, inquestionavelmente, da doutrina, trabalhos realizados pelos estudiosos do Direito, os quais, diga-se, exercem um dos principais papéis nessa seara da vida social, em razão dos métodos científicos utilizados nos livros, artigos, ensaios, teses, e o mais.

Numa espécie de função autopoietica,<sup>142</sup> a doutrina alimenta as fontes, as quais encontram na própria doutrina os fundamentos para sua realização científica como fonte do Direito.

Magano identifica com precisão o caráter científico da doutrina e seu valioso papel de interpretar e direcionar a aplicação das normas, independentemente da classificação como fonte ou não:

---

<sup>142</sup> Surgida no estudo da biologia, nos anos de 1980, por meio de estudos dos cientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athenas, 2001), identificando o termo auto (próprio) poiesi (criação), para constatar o que se refaz e se recria a partir de si próprio.

Em matéria de sociologia jurídica, o transporte do termo é atribuído a Niklas Luhmann, quando em seu trabalho denominado *Legitimação pelo procedimento*, passa pela autocriação do sistema a partir dele mesmo: “Os sistemas autopoieticos são aqueles que por si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos que estão constituídos – no interior destes mesmos elementos. Os elementos sobre os que se alcançam os sistemas autopoieticos (que vistos sob a perspectiva do tempo não são mais que operações) não têm existência independente [...]. Os elementos são informações, são diferenças que no sistema fazem uma diferença. Neste sentido são unidades de uso para produzir novas unidades de uso – para o qual não existe nenhuma correspondência no entorno”.

Dá-se o nome de doutrina aos estudos de caráter científico, realizados pelos juristas sobre o Direito, seja com o propósito puramente teórico de sistematização de seus preceitos, seja com a finalidade de os interpretar e assinalar as regras de sua aplicação.

Por ser a doutrina destituída de força obrigatória, muitos juristas negam-lhe valor como fonte. Mas a questão, como adverte Cueto Rua, não é a de saber se os juízes estão obrigados a seguir a doutrina e sim a de apurar se efetivamente a observam. E, não havendo dúvida de que o fazem, daí se conclui constituir a doutrina valioso critério de objetividade através do qual o Direito se exterioriza e se aplica.<sup>143</sup>

Deduz-se, especialmente da última passagem descrita pelo autor, o valor informativo que a doutrina exerce na realização do Direito, seu transporte da condição abstrata para a condição concreta, mas, também, de informação para exteriorização da norma.

Esse papel também foi captado por Mauricio Godinho Delgado, seja quanto à negativa de tratar-se de uma fonte jurídica ao afirmar que “as construções doutrinárias não são, portanto, fontes normativas [...]”, seja quando reconhece o papel revelador desse instrumento e a influência que exerce nos aplicadores do Direito ao descrever que “[...] atuam como instrumentos reveladores dos fundamentos teóricos e conexões lógicas do sistema jurídico, os quais, por abstração, devem ser captados pelo intérprete e aplicador do Direito”.<sup>144</sup>

A proposta sugerida nesta tese, quando da revelação do papel dos princípios – em sua vertente mais moderna, a normativa direta –, bem como da jurisprudência – também como fonte formal direta, em concorrência direta com a lei –, apoia-se, inegavelmente, no papel exercido pela doutrina a qual também revelará uma nova vertente, a de fonte material para as construções dos precedentes obrigatórios.

Afinal, como já descrito anteriormente, quando da análise da jurisprudência como fonte de integração jurídica, há um movimento doutrinário influenciador da criação dos precedentes, uma vez que as cortes encarregadas desse papel se utilizam de forma muito evidente e constante dos ensinamentos emanados das diversas doutrinas citadas nos julgamentos judiciais.

---

<sup>143</sup> MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras lições de direito do trabalho* cit.

<sup>144</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 172.

Assim, resta, agora, compreender o novo papel dessas fontes a partir da denominada teoria da argumentação, na qual se revela o novo papel dos princípios e da jurisprudência.



### CAPÍTULO III

## AMPLIAÇÃO DOS OBJETOS DE ANÁLISE – O LEGISLADO E O JULGADO

### 3. MUDANÇAS DE PARADIGMAS HISTÓRICOS

Como descrito nos primeiros capítulos deste estudo, a hermenêutica não se deu durante toda a sua existência da mesma forma e a com a mesma intensidade.<sup>145</sup> A própria evolução dos métodos e tipos hermenêuticos pode ser apontada como um elemento de mudança histórica.

A concepção do direito legislado gerou, para um primeiro momento, uma limitação muito expressiva ao aplicador do direito, sendo que o produto do parlamento, como a vontade geral da população, não poderia ser desvirtuada pelo intérprete aplicador das normas.

Com o passar dos tempos essa atividade interpretativa foi se intensificando, de modo a permitir avanços da hermenêutica para condições substancialmente diversas das imaginadas inicialmente.

O juiz que era considerado “um boca da lei”, passa a ter um espaço interpretativo muito mais expressivo, como se verá na evolução da análise do direito legislado.

A cultura do direito legislado, como a vontade máxima da sociedade, foi cedendo espaço para perspectivas diversas, muito em razão da imprecisão dos termos jurídicos e da possibilidade de compreensão multifacetada das palavras.

Partindo dessas premissas, da limitação da interpretação das leis, para chegar ao tema em estudo, qual seja, dos precedentes obrigatórios, será necessário entender a teoria da argumentação.

A teoria da argumentação muda paradigmas históricos, até chegar ao ponto em que a tensão de compreensão das normas se desloca. Este será o rito de passagem da teoria

---

<sup>145</sup> LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

mais conservadora, para a mais evolutiva, em termos de entendimento das normas jurídicas e a ideia de normatividade extralegal.

Não se entende mais a norma como somente a lei em tese, simplesmente, mas, a partir de outros centros de posituação, sendo um deles o próprio Poder Judiciário, e disso decorre a concepção de que se trata de uma normatividade fora daquela tipicamente ocorrida com as leis.

### 3.1 Evolução da tensão normativa

Após o estudo da hermenêutica geral e aquela aplicada ao Direito do Trabalho, todas especialmente analisadas a partir dos papéis clássicos que a doutrina da teoria geral do direito e da teoria do direito laboral estabelecem quanto a todos os seus métodos e tipos hermenêuticos, seja no que diz respeito ao papel interpretativo, seja quanto a papel integrativo do direito, passa-se, então, para o estudo da alteração das tensões das fontes do direito.

As fontes, inicialmente, tinham um ponto de tensão entre o legislador e a doutrina, esta, como descrito no final do capítulo anterior, tinha o papel de revelar e exteriorizar o sentido da norma, sendo que nos tempos idos estava baseada essencialmente no texto da lei.

O sistema jurídico concebido no Brasil, reconhecidamente como de *civil law*, passa por mudanças de grande impacto. Há uma transição e intersecção entre sistemas que permite afirmar que as fontes jurisprudenciais – assim entendidas de forma mais ampla, para alcançar todos os julgados produzidos pelo Poder Judiciário – têm ocupado papel de destaque nas fontes formais de direito no nosso sistema, enquanto, de outro lado, as leis produzidas por um poder legislativo têm sido mais frequentes do que costumava ser no passado nos países típicos da tradição do *common law*. Tal fenômeno tem sido vivenciado na evolução de diversos modelos constitucionais.<sup>146</sup>

A partir disso, torna-se imprescindível entender a teoria evolutiva do problema do sistema atual, o avanço da cultura do código e como essa cultura influenciou a função do intérprete.

---

<sup>146</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Trotta, 2007.

Em seguida, caberá entender o avanço das relações jurídicas e os contornos atuais acerca da interpretação e da aplicação do Direito.

Inicia-se este estudo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Argumentação Jurídica*,<sup>147</sup> a qual é essencial nessa transição, desde a ideia de codificação e entendimento do sistema jurídico, a partir da identificação do Direito, passando pela interpretação para chegar à subsunção na forma clássica do sistema *civil law*, até o momento em que se passa pela ponderação na aplicação de princípios relativizando a hermenêutica e a subsunção para criar a cultura da argumentação jurídica por meio do Poder Judiciário.

No sentido oposto, como contraponto a esse modelo de argumentação, a já citada obra de Lenio Streck – *O que é isto – decido conforme minha consciência?*,<sup>148</sup> com suas críticas ao modelo exercido pelo Poder Judiciário e o que considera um excesso hermenêutico. A teoria do autor em relevo procura evitar o subjetivismo<sup>149</sup> puro e simples no momento de interpretar e aplicar a norma jurídica, o que ofenderia, em sua visão, o próprio Estado Democrático de Direito.

A contraposição dos posicionamentos supramencionados permitirá uma visão crítica balizada do assunto, uma vez que tratar-se-á da visão de doutrinas autorizadas, academicamente reconhecidas que, somadas às visões trazidas pelos demais autores que se debruçaram sobre o assunto, comporão de forma consistente a pesquisa.

O intérprete, como um elemento de tensão com o legislador, em princípio, buscava na certeza do código a segurança jurídica. Tal situação deriva de um movimento histórico conhecido como *Iluminismo*, em que se pretendia excluir a insegurança aparente do *common law* (crítica especial à forma de acesso aos cargos de juízes e a vinculação de seus julgados com os ideais monárquicos e de outras oligarquias) e criar uma circunstância que melhor atendesse aos anseios dos revolucionários.

A partir disso entendemos os mais modernos contornos daquilo que conhecemos como *civil law*, que seria a ideia de um direito legislado por um poder específico, por meio de codificações, e com juízes que seriam meros declamadores desses direitos.

---

<sup>147</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica*. 2. ed. Barueri: Manole, 2016.

<sup>148</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 17.

<sup>149</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

Na obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. fica clara a neutralização política do Poder Judiciário e exacerbação das leis:

Assim, com a canalização de todas as projeções normativas com a pretensão de validade para o endereço político do Legislativo e o consequente tratamento oportunístico dos valores máximos (cresce a força e a importância do positivismo jurídico), a neutralização do Judiciário se apoiará na centralização organizada da legislação (só lei, votada e aprovada pelos representantes do povo, obriga) e reforçará o lugar privilegiado da lei como fonte de direito.<sup>150</sup>

Com o passar do tempo as circunstâncias envoltas no sistema do *civil law* levaram a modificações nos papéis dos juízes e legisladores. O papel do juiz deixou de ser de mero instrumento interpretativo gramatical da literalidade da lei, para passar a ser de um aplicador da justiça, como elemento final acerca do entendimento da lei.

Há uma superação doutrinária ainda mais avançada, no que diz respeito à ideia de que nem sequer se está em busca da vontade da lei ou do legislador, levando o intérprete à busca de uma historicidade para compreensão hermenêutica.<sup>151</sup>

Na visão de Lenio Streck há um movimento de tendência contemporânea em se apostar no protagonismo judicial como forma de concretização de direitos, o que o autor atribui a uma recepção doutrinária de uma evolução ocorrida na Alemanha denominada de *Jurisprudência de Valores*. Aponta, no entanto, que referida teoria tem encontrado diversas críticas naquele país, não sendo uma teoria pacífica. Afirma, ainda, ter havido um forte papel influenciador dessa *Jurisprudência de Valores* em teorias constitucionalistas em países como Portugal, Espanha e Brasil. Tece críticas quanto ao transporte de teorias em realidades sociais tão diversas, bem como da necessidade de busca de espaço democrático de edificação de legalidade, sempre baseado no texto constitucional, ao que aparenta, discordando dos poderes excessivos que têm sido concedidos aos juízes nesse papel de construção de legalidade.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho* cit., Prólogo, p. 8.

<sup>151</sup> ABOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 374

<sup>152</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 21.

A doutrina, como se percebe das passagens *supra*, tem desenvolvido papel relevante nesse caminho de construção da norma jurídica, umas mais abertas ao papel normativo a partir das atuações judiciais, outras menos.

Assim, para parte da doutrina, a hermenêutica moderna não só deixou de ser somente quanto à interpretação da decisão e passou a ser, também, da interpretação das razões de decidir. Essa perspectiva já é uma evolução dentro do próprio sistema do *civil law*, o qual, em princípio, deveria ser uma interpretação fiel e literal da lei.

A nossa tradição, ao pensar num modelo que se estuda, aprende e exerce profissionalmente o direito, é a de lidar com três problemas básicos: identificá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo.

Identificar o direito, para os juristas do sistema de codificações, significa entender a teoria das fontes jurídicas, sendo esta uma das primeiras atividades na ideia da solução dos problemas do nosso sistema, o que conhecemos, principalmente, como fontes formais e fontes materiais.

O segundo passo, como visto no capítulo I, é tratar da hermenêutica jurídica, seus métodos e tipos.

A terceira atividade é a da aplicação do direito, depois de devidamente identificado e interpretado, é o que se costuma chamar de subsunção.

Essa tradição tem seu ponto alto nos séculos XVIII e XIX, como visto anteriormente e, dessa forma, os próprios livros de Direito, como o de Rubens Limongi França, buscam aplicar essas três atividades para operacionalizar nosso sistema: identificar, interpretar e aplicar o direito.

Os direitos eram identificados como direito substantivo e direito adjetivo, ou seja, o direito substantivo sendo o direito material e direito adjetivo sendo o direito processual.

Os estudiosos do direito processual nunca concordaram com tal distinção, pois trazia a ideia de que o processo era mero adjetivo do direito substantivo, o qual, nesse sentido, parecia ser o principal, enquanto o processo guardava uma característica secundária.

Esse traço liberal é fruto das revoluções sociais, principalmente a Revolução Francesa e que criou uma situação chamada de Estado de Direito, como um conceito de

liberdade. Tal conceito pode estar dissociado da ideia de democracia, pelo menos na eficácia, pois importa mais o que as leis dizem do que o aquilo que o povo pensa.

Os legisladores eleitos produzem as leis e, assim, garantem um estado de direitos previstos legalmente, mas sem haver uma real preocupação com os anseios sociais, senão com grupos específicos que influenciam as atividades legislativas. Por isso, a ideia de direito material é mais relevante na lógica desse Estado com caráter democrático.

Dentro da concepção de Estado de Direito, a teoria jurídica que prepara a aplicação do sistema é construída dentro de uma tensão, a tensão entre o intérprete e o legislador. O juiz, na ideia antiga de atividade judicial, era nada mais que uma mera boca da lei, ladeado, no entanto, por aquilo que diziam os doutrinadores, pois assim era a tradição.

Nessa antiga tradição, a produção do trabalho teórico é de identificação orgânica do fenômeno chamado Direito. Isso era feito aprendendo a classificar, distinguir e montar conjuntos, como ocorre, por exemplo, com a identificação da natureza jurídica do instituto. Ao identificar a natureza jurídica de um instituto faz-se uma classificação e a partir disso montam-se os conjuntos. O conjunto era dotado de unidade, que se conhece por sistema.

Nesse sentido de conjunto unitário,<sup>153</sup> dotado desse caráter sistemático, como unidade de princípio, trabalhava-se pelas dicotomias, como a análise das normas a partir da Constituição, para definir se a norma era constitucional ou inconstitucional, a partir da lei a ideia de licitude, tudo que era de acordo com a lei era lícito, o que era contrário a ela era ilícito, e assim sucessivamente.

Esse modo de operacionalizar o Direito era a forma como se trabalhava no campo jurídico o objeto, por meio de classificações, e a partir dessa classificação era feita a identificação. Após essa operação o próximo passo era interpretar o direito, em que entrava o tema da vontade.

---

<sup>153</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica* cit., p. 78-79: “Uma das regras fundamentais da hermenêutica constitucional exige que o intérprete postule a unidade da Constituição. Esta regra da unidade nos obriga a vê-la como um articulado de sentido. Tal articulado, na sua dimensão analítica, é doutrinado por uma lógica interna que se projeta na forma de uma organização hierárquica. Ou seja, uma constituição, da mesma forma que o ordenamento em geral também conhece, do ângulo hermenêutico, a estrutura da ordem escalonada. O escalonamento é para a dogmática jurídica condição da unidade, que, por sua vez, garante ao ato interpretativo o respeito aos valores da segurança e da certeza conforme a tradição constitucionalista e, sem esta unidade, a constituição corre o risco de se tornar instrumento de arbítrio”.

A vontade é o elemento que ajuda a definir o nosso sistema. A partir do Renascimento a antropologia passa a ser vista de forma diversa, momento em que a liberdade entra em cena, e a liberdade caminhando ao lado da vontade cria certas perspectivas de incertezas, especialmente de verdade, sendo modificado este conceito de verdade, passando a ser a adequação à realidade.

O senso comum erudito remete à ideia da verdade, como a concepção de realidade, todo o problema da adequação, mas a partir da era moderna a noção de verdade se transforma em autenticidade, certeza, esta produzida na consciência.

A liberdade passa a ser entendida a partir da concepção de certezas, que são as verdades tidas como autênticas. Nessa ideia de liberdade a partir de certezas, sendo a verdade como certeza, o que entra como elemento que trará base a todo raciocínio jurídico é a lei, pois a lei confere certeza, confere certeza ao juízo, e, portanto, à aplicação do direito, por isso interpretar é descobrir, identificado o direito, quais são suas raízes de certeza, dadas pela lei, e a aplicação ocorre na forma de subsunção, método este que domina todo o século XIX.

Não se trata de liberdade ou certezas concebidas a partir do indivíduo, pois isso tornaria o Direito aquilo que cada um entende ser a verdade. Trata-se de um método hermenêutico, o que passa pela compreensão da linguagem, além de outros elementos linguísticos, pois é na linguagem que ocorre a ação, o sentido. O contrário disso seria o arbítrio de uma escolha subjetiva própria. A doutrina repudia tal subjetividade, ao mesmo tempo em que exacerba essa estrutura prática da filosofia, nas palavras de Lenio Streck.<sup>154</sup>

Nessa tensão entre teoria jurídica, doutrina e lei, a doutrina exerce papel fundamental, pois deve formular o sentido reconhecível da lei e com isso dar às decisões, a aplicação do direito, previsibilidade.

---

<sup>154</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 14-15: “Já a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o ‘nome’ do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que passou a ser denominado de giro linguístico. Esse giro ‘liberta’ a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência... Mais do que isso, trata-se do ingresso do mundo prático na filosofia.

[...]

Destarte, correndo sempre o risco de simplificar essa complexa questão, pode-se afirmar que, no *linguistic turn*, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não consciência de si do pensamento pensante)”.

Com isso, essa previsibilidade se torna uma ferramenta de segurança, pois é possível trabalhar com a ideia de previsibilidade desde que trabalhado pelo doutrinador e oferecido ao aplicador.

Certamente, o sistema dotado de certeza, o sistema de regras, não é absolutamente integral, há sérias discussões sobre a completude desse sistema e sua coerência. A verificação de certa incompletude dentro do sistema leva à teoria das lacunas. A percepção de certa incoerência dentro do sistema leva à teoria das antinomias. E, com isso, os problemas na aplicação do Direito, com os quais nós lidamos, são resolvidos pelas teses das lacunas e antinomias.

Esse modelo tradicional, que leva a conflitos concretos, julgados pelo juiz, é trabalhado a partir de conflitos abstratos. É dessa maneira que o doutrinador toma os conflitos concretos e os transforma em conflitos abstratos. Por meio dessa abstração é que se adquire certeza no momento de resolver o caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, na transformação do concreto para o abstrato, para ganhar certeza no momento de decidir os conflitos concretos postos em juízo, estava presente o paradigma da subsunção.

Esse sistema durou por longo período e a maioria dos estudiosos da atualidade passou pelos bancos universitários estudando esse modelo.

Esse modelo pode ser chamado de Cultura do Código,<sup>155</sup> especialmente, a partir do Código Civil francês. A Cultura do Código pode ser entendida, pela identificação, a interpretação e a subsunção do Direito, tudo pautado pela tensão entre a doutrina e o legislador.

---

<sup>155</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica* cit., p. 11: A expressão é cunhada por Tercio Sampaio no Capítulo III da obra citada:

“III. Cultura do Código: o juiz racional e a aplicação como subsunção. A doutrina costuma, tradicionalmente, encarar a decisão jurídica sobretudo como problema da construção do juízo deliberativo pelo juiz, mas também pelo administrador, pelo legislador, pela autoridade em geral. A análise formal desse juízo faz pensar, inicialmente, em uma construção silogística.

Sendo toda decisão jurídica correlata de um conflito que a desencadeia e de uma norma que a institucionaliza, a primeira imagem que nos vem à mente é de uma operação dedutiva em que: a) a norma (geral) funciona como premissa maior; b) a descrição do caso conflitivo, como premissa menor; e c) a conclusão, como ato decisório ‘strito sensu’”.



A teoria da aplicação do Direito, nessa cultura, era a menor das preocupações. A ideia era que entendendo a identificação e a interpretação quase todo o problema estaria resolvido, bastaria, na vida prática, observar a aplicação do Direito.

Hoje, no entanto, essa Cultura do Código, esse modelo jurídico, está em crise. O significado da crise não é simples, pois ela leva à mudança, e é essa mudança que se busca entender neste trabalho. Como a tensão passou do doutrinador com o legislador, para o julgador com o doutrinador/legislador.

O que interessa entender, na atualidade, portanto, é a posição dos tribunais, racionalidade do Direito.<sup>156</sup> A tensão entre a doutrina e a jurisprudência deixa um pouco de lado a importância da lei e da subsunção decorrente desse sistema legal, uma vez que a questão posta em discussão de forma mais evidente passa a ser a da ponderação de princípios. Os princípios<sup>157</sup> tinham importância menor no estudo durante o auge da Cultura do Código. A palavra argumentação ganha importância notória.

Não é com esta posição que concorda Lenio Streck, pois tece fortes críticas a esse modelo de formatação judicial, entendendo que a interpretação ficou dependente do sujeito julgador, o que é questionado veementemente pelo autor. A função legislativa seria a única autorizada a tal construção, pois decorre de Estado Democrático de Direito, portanto, até mesmo o livre convencimento motivado estaria prejudicado a partir do novo Código de Processo Civil,<sup>158</sup> ainda na visão do mesmo autor supracitado.

Trata-se de uma visão bastante balizada do instituto, contudo, na construção da crítica o próprio autor cita nomes de reconhecida formação acadêmica em sentido inverso ao seu pensamento, os quais sustentam a postura mais proativa dos tribunais, como José Roberto dos Santos Bedaque, Cândido Rangel Dinamarco, só para ficar com processualistas ainda em atividade acadêmica, ambos tratando da instrumentalidade e o papel do juiz em sentido diametralmente oposto.

<sup>156</sup> SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

<sup>157</sup> CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970.

<sup>158</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 48-55. A passagem seguinte reflete bem a posição crítica do autor:

“No Brasil, essa ‘delegação’ de atribuição dos sentidos em favor do juiz atravessou o século XX (v.g. de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), sendo que tais questões estão presentes na *concepção instrumentalista do processo*, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, *mesmo que não contidas no direito legislado*, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da ‘boa escolha dos juizes’ (sic) e, conseqüentemente, de seu – como assinalam alguns doutrinadores – ‘sadio protagonismo’”.

Para Thomas da Rosa Bustamante, ainda em sentido inverso a Lenio Streck, ganha espaço a teoria da argumentação<sup>159</sup> em face da teoria da hermenêutica jurídica. A preocupação com a teoria da argumentação ocupa espaço que antes era absoluto da hermenêutica da subsunção, da teoria da interpretação.

A teoria da interpretação<sup>160</sup> fica inserida como parte da teoria da argumentação.<sup>161</sup> Ganha relevo a teoria da decisão, jurisprudência. A jurisprudência, no auge da Cultura do Código, era colocada como algo em separado, sem importância para a teoria do direito. Não se falava em teoria das fontes com inclusão de jurisprudência, para os doutrinadores de outrora, nem sequer se incluía a jurisprudência como fonte de direito.

Súmula com caráter vinculante nem sequer passava pela mente dos estudiosos do direito. Mas a mudança de cultura jurídica leva a jurisprudência a um patamar diverso. A questão passa a ser o entendimento da cultura da argumentação, da jurisprudência e, portanto, a tensão entre ela e o próprio sistema jurídico.

Não se pode esquecer de que nosso sistema continua sendo o de *civil law*, mas, certamente, a crise da Cultura do Código nos leva a reflexões sobre o papel que a jurisprudência exerce nas fontes e seus estudos. Não se pensa em fazer qualquer pesquisa, atualmente, sobre qualquer assunto jurídico, sem passar pela pesquisa do posicionamento dos tribunais.

Princípios eram estudados em Teoria Geral e em Filosofia, pois a ideia era dar orientação sistemática ao Direito. No mais, estudavam-se princípios na lei, como princípios

---

<sup>159</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012. p. 541: “A teoria dos precedentes, a teoria da argumentação jurídica e a teoria do direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso”.

<sup>160</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 3: “A interpretação da lei, conforme o ensinamento de Fiore, é a operação que tem por fim ‘fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador’”.

<sup>161</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 548: “O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso público geral. Enquanto caso especial do discurso prático gera, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais as argumentações jurídicas se encontram submetidas e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. [...]”.

gerais de direito, como forma de preencher lacunas.<sup>162</sup> Ninguém pensava em aplicar princípios, salvo no caso de lacunas, como previsto na antiga Lei de Introdução.

No sistema atual passa-se a aplicar princípios. Essa aplicação traz uma discussão quanto à sua natureza, assim sendo, surge a dúvida, então, se princípio é norma, isto é, regra; o que gera um problema para o sistema da *civil law*, talvez, não seja no sistema do *common law*, mas, certamente, é no nosso sistema. Nossa ideia de aplicação, ainda marcada pela Cultura do Código, está na função interpretativa dos princípios, ou quando muito, na função integrativa.

Essa técnica de aplicação direta de princípios torna inadequada a ideia original de subsunção, aplicação da lei ao caso, pois a figura da ponderação não se coaduna perfeitamente com a figura da subsunção e, com essa alteração se coloca em dúvida a certeza, pautada na adequação que leva à previsibilidade, isto é, a chamada autenticidade que se traduz em lei. Verdade, como certeza, fica abalada.

A primeira dificuldade é a identificação, o que é princípio e quais são os princípios, novas noções dicotômicas do tipo: princípios explícitos e princípios implícitos. A antiga dicotomia inconstitucional ou constitucional, lícito ou ilícito, legal ou ilegal, passa a dar lugar para comparações mais amplas, não mais dualidades. Não se tem a segurança de comparar elementos de forma direta. A própria forma de resolver o problema remonta a novos contornos, não basta identificar, interpretar e aplicar o Direito.

Ao trabalhar com princípios, admitindo que alguns fossem explícitos e outros implícitos, abre-se uma grande margem de incerteza. Antes os doutrinadores apresentavam de forma abstrata os princípios e disso partia a visão sistematizada do Direito. Hoje os casos revelam os princípios, não há mais a condição abstrata, o caso revela o princípio, a relação fica inversa, não se vê o princípio pelo sistema, mas os casos revelando os princípios. Se a cada caso poderá haver a revelação de um princípio é notório que a condição da certeza já não se sustenta, a segurança é colocada em risco nessa visão.

---

<sup>162</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 31: “IX – Na utilização das fontes suplementares de expressão do direito, necessário se fará à hierarquia prevista na lei: costume (aí inclusos a jurisprudência e o standard jurídico), princípios gerais de direito, e, por fim, as demais formas, como a doutrina, o direito comparado, etc.”

Se a centralidade da lei passa a ser superada pela centralidade da jurisdição, na transição da Cultura do Código para a cultura da argumentação, a revelação dos princípios não é mais unitária, a partir de sistematização, mas sim começa a ocorrer em todas as instâncias decisórias, de natureza judicial e administrativa, e isso altera a questão da certeza.

Ocorre a descoberta de princípios explícitos e implícitos em todos os módulos decisórios que o direito conhece. Nesse momento, outra transformação importante ocorre, na teoria da aplicação do Direito, pois para efeito de aplicação no passado importava o que a doutrina dizia em relação à lei, e agora a teoria do argumento cresce e com isso torna-se crucial sua justificação. No século XIX os juízes não fundamentavam, bastava decidir.

A motivação cresce em importância, passa a constar, inclusive, de previsão constitucional como garantia da higidez das decisões e, sob pena de nulidade absoluta, não se concebe, atualmente, uma decisão que não tenha motivação.

Toda essa preocupação, em volta da fundamentação,<sup>163</sup> justificação, é um efeito do século XX e a crescente necessidade da motivação diante da teoria do argumento. Quando o argumento, justificação, cresce em importância na jurisprudência como polo de tensão com a teoria jurídica, resta claro que o sistema jurídico foi alterado.

Ninguém se debruçava em voto dissidente no século XIX, pois não havia preocupação em conhecer seus argumentos, visto que bastava decidir, a motivação era dispensável, pois a ideia era de que a decisão estava de acordo com a lei e a doutrina que a interpretava.

Atualmente, no entanto, os motivos, a justificação do voto dissidente, podem ser essenciais para certas perspectivas jurídicas, já que a teoria dos argumentos realça a importância dos fundamentos do voto.

Tudo isso nos traz outra mudança nesse novo modelo, posto que no passado ao se pensar em coisa julgada se olhava exclusivamente para o dispositivo, no novo sistema, de outro lado, faz com que o dispositivo já não seja suficiente para decidir a coisa julgada, pois os argumentos têm importância no entendimento da coisa julgada, sobretudo pelo que os especialistas chamam de a flexibilização de coisa julgada.

---

<sup>163</sup> TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

A fundamentação, momento em que a *ratio decidendi* é delineada pelo tribunal, passa a importar de forma substancial, ou seja, torna-se imprescindível ao julgado. Os precedentes não se desvinculam da causa que lhes deu origem, sob pena de perda da essência. Ao contrário do que se passa com a jurisprudência persuasiva, em que o verbete vale por si, no precedente não, a causa de origem é relevante para a aplicação, ou não, para as demais causas que estejam sob a égide da mesma questão de direito.

Disso se pode concluir que o voto dissidente ganha força na mesma medida em que a coisa julgada perde força, enquanto leitura exclusiva do dispositivo. É preciso olhar com cuidado a importância da motivação.

Diante de tantas mudanças no sistema jurídico, assim como problemas que o envolvem, é possível afirmar que a subsunção foi deslocada para o que se conhece hoje por ponderação, uma vez que no modelo interpretativo da subsunção, ainda na ideia de Cultura do Código, direitos fundamentais de uma Constituição formavam uma unidade decorrente de elementos fundamentais jurídicos e antropológicos, pois, como o homem é um ser livre, o homem deve olhar para o outro homem como um ser igualmente livre.

Na liberdade de cada um, contraposta na liberdade do outro, há um espaço de exercício de liberdade evidenciando o que se conhece por direito de propriedade, ou seja, direito fundamental de propriedade. Nessa relação em que o espaço de um se limita pelo espaço do outro, surge o direito fundamental de liberdade, que gera propriedade e isso leva à igualdade.

A cadeia, portanto, de liberdade,<sup>164</sup> propriedade e igualdade<sup>165</sup> vem a ser resguardada pela lei, tem-se a igualdade perante à lei. A igualdade perante a lei traz segurança, e o direito fundamental à segurança resguarda o direito fundamental à vida de forma coerente. Dessa forma, enxerga-se a cadeia de direitos fundamentais a partir de uma unidade.

---

<sup>164</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica* cit., p. 234: “[...] Essa coincidência estrutural justifica, a despeito do uso ordinário da linguagem, chamar de proteção da liberdade também a ligação entre uma liberdade e um direito a prestação no sentido estrito, a qual torna possível o real gozo daquilo que é facultativo. [...]”.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 394: “[...] No seu núcleo, contudo, esse dever é simples. Ele exige que toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a nenhum caso que não o seja, o que nada mais significa que as normas jurídicas devem ser cumpridas. [...]. Nesse sentido, o dever de igualdade na aplicação da lei exige apenas aquilo que já é de qualquer forma aplicável se as normas jurídicas são válidas”.

A ponderação é um elemento que surge nesse novo sistema, ponderar direitos fundamentais é circunstância moderna, pois no sistema da Cultura do Código não havia ponderações entre direitos fundamentais, mas encadeamento de direitos fundamentais em uma grande unidade jurídica.

Ponderar direitos fundamentais como vida ou liberdade, por exemplo, é uma condição desse novo sistema. Ao começar a ponderar direitos fundamentais percebe-se que a função da interpretação se altera, pois antes se interpretava para descobrir as exigências da lei e da Constituição, no caso concreto, ladeado pelo caso abstrato construído pela doutrina.

Atualmente, a interpretação, na aplicação, ganha outra função, chamada de função legitimadora, interpretar significa legitimar o futuro, a consequência daquilo que se vai decidir, transformando o juiz numa figura não muito distante do economista, em que a ideia de cálculo ganha importância, pois a consequência da decisão passa a ser levada em conta, calcular os efeitos dessa decisão passou a ser motivo relevante na decisão. No passado não, decidir conforme a lei era a única preocupação do juiz, *dura lex sed lex*, mandava a lei e ponto.

Esse, talvez, seja o ponto de inflexão da obra de Lenio Streck, pois afirma por mais de uma vez a necessidade de submissão do juiz aos desígnios da lei, inclusive como forma de manutenção do Estado Democrático de Direito. Assim o faz, por exemplo, quando da passagem em que explica sua visão sobre o positivismo e a interpretação a partir dele afirmando que “no âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos”.<sup>166</sup>

Na prática do Direito vivemos um mundo transformado, as coisas são mais complicadas na atualidade, as certezas não são mais como outrora, não se tem mais a possibilidade de encontrar uma verdade tida por autêntica capaz de gerar certeza por meio de uma lei, esse é o mundo da informação, talvez com um excesso de informação, sem qualquer filtro.

---

<sup>166</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 93.

Os filtros do passado como a família, a escola, a universidade – um curso de Direito era um filtro muito importante na sociedade –, já não são mais capazes de filtrar as informações, a sociedade recebe informações de várias formas e por vários meios.

Com esse excesso de informações, a aplicação e a interpretação do Direito exigem que se criem filtros, pois o excesso de informação gera um excesso de demandas e por consequência um excesso de decisões. Isso demanda soluções novas, a partir da visão da ponderação, da nova cultura.

A reação ocorre em cadeia, da universidade até os tribunais, dos mais iniciais aos superiores, e até em setores administrativos e executivos, e se começa a construir estereótipos, inicia-se uma construção de fórmulas, cresce em importância a figura do assessor, por exemplo, nos tribunais, pois aos juízes são atribuídos processos aos milhares e a administração deles, também, passa a ser feita pelas equipes que cuidam de milhares de processos. Criam-se fórmulas para solucionar esse volume excessivo de demandas. José Roberto Freire Pimenta<sup>167</sup> e Cláudio Mascarenhas Brandão<sup>168</sup> já tratavam disso, em contraposição ao volume de processos que deságuam no Tribunal Superior do Trabalho.

Contudo, desses estereótipos surgem circunstâncias conflitantes, a ponto de um mesmo gabinete emitir decisões completamente díspares, decorrentes do pensamento de um mesmo julgador, provavelmente, em razão da diferença de pessoas que cuidam dos processos.

Nesse novo tipo de problema surge uma regra fundamental para gerir tais ponderações nas horas de decidir, que é a regra de julgar o máximo de demandas possíveis, no menor tempo possível.

O cuidado com os processos passa por técnicas de administração de passivos, tanto para os grandes escritórios de advocacia como dentro do Poder Judiciário. Passa-se a produzir decisões em escalas industriais, textos prontos, pensamentos massificados, modelos de decisões de todos os tipos, essa é a fórmula encontrada para solucionar casos

---

<sup>167</sup> PIMENTA, José Roberto. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 82, p. 176-235, 2016.

<sup>168</sup> BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista – Comentários à Lei 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015.

em escala industrial, e nisso a jurisprudência ganha em importância, pois semeia uniformização de entendimentos.

Pautar a interpretação em um caráter de cunho estritamente legislativo pode ser um modo de controle das normas jurídicas, inclusive, quanto à divisão de poderes, contudo, certamente, não atenderá à finalidade social que o Direito deve desempenhar, o que também foi percebido pelos próprios legisladores, vide a própria norma do novo Código de Processo Civil, ao atribuir esse poder vinculante aos julgados das cortes. Dessa forma, se a lei advinda do parlamento é o alicerce de validade das normas, não há como se negar que a lei que prevê (e transforma) a jurisprudência de caráter persuasivo, em caráter vinculativo, é quem legitima, em última análise, os precedentes vinculantes.

Identificar o Direito, dessa forma, não se resume mais em identificar a lei. A lei não é mais a lei, são as legislações, da Constituição às leis infraconstitucionais, muitas vezes tendo a Carta Magna como base, outras vezes a lei se aplica ao caso no lugar do que Constituição Federal (vide o princípio da proteção, na vertente norma mais benéfica, em matéria de Direito do Trabalho), em outras oportunidades, ainda, as leis não foram regulamentadas embora o direito esteja previsto na Lei Maior.

A luta pela identificação, dessa maneira, passa pela discussão, portanto, da identificação da lei como a identificação do próprio Direito, pois, aplicação da lei não é algo simples, a subsunção não é tema dos mais fáceis. Todo estudo pode ter caminhos múltiplos de compreensão e apreensão de informações, sendo essa mesma trilha voltada para a moderna ciência jurídica.

Nesse sentido, concebe-se a teoria da argumentação – de Tercio Sampaio Ferraz Jr. –, um novo olhar sobre os mesmos pontos. Não houve uma mudança de sistemas, não resta abandonado o *civil law* em face de uma possível ascensão do *common law*, mas a técnica de aplicar o direito no sistema atual do nosso país passa por uma adaptação ao chamado sistema de precedentes, em que as cortes, especialmente as superiores, e nisso se inclui o Tribunal Superior do Trabalho, passam a ter uma nova perspectiva de atuação.

Buscar os elementos inversos, começando pela finalidade, pela hermenêutica, teoria da argumentação, e daí para a aplicação de uma teoria interpretativa para a aplicação dos institutos pode a um só tempo determinar um consenso de cláusula geral ou janela aberta, tão idealizada pelo Código Civil brasileiro, e que permite adaptações aos anseios



sociais conforme a época em que se pretende aplicar o instituto, como dar ampla visibilidade a uma teoria que não é nova, mas tem pouca difusão no âmbito trabalhista.

A filosofia do direito nos mostra, pela abordagem dialética, a necessidade de construção de pressupostos que servirão de base para as conclusões que se adéquam a esse novo método de solução de litígios, que envolve a um só tempo a argumentação e a subsunção.

A doutrina de Miguel Reale,<sup>169</sup> no primeiro capítulo de seu livro de filosofia, demonstra de forma muito didática como criar uma boa base de pressupostos, que depois se tornam princípios e que depois viram um consenso, como algo aceito socialmente pelo homem médio. Este, talvez, seja um modo de se afastar do denominado sujeito solipsista descrito por Lenio Streck e assim reduzir a subjetividade individual no ato de interpretar.

Não se pretende impor o estudo da argumentação jurídica como elemento de formação de precedentes, sem que a comunidade jurídica perceba a importância desse estudo e da aplicação prática no atual sistema processual brasileiro, por isso, a necessária demonstração do instituto e dos elementos que o compõem, guardada a compatibilidade com os preceitos mais atuais de normatividade.

No decorrer da construção das teses há uma passagem que se torna perfeita à finalidade desse estudo, que é a ideia de que as pessoas só fazem as perguntas em razão de saberem a resposta que pretendem entregar. Nenhum estudo parte de lugar algum, de modo a chegar a um objetivo por mero acaso, as construções são trabalhadas no sentido de encontrar uma resposta adequada a problemas previamente apresentados.

Nesse sentido, a seguinte passagem da obra Miguel Reale, supracitada, pode exprimir este senso de busca por algo que se pretende infirmar: “tu não me procurarias, se não me tivesses encontrado”,<sup>170</sup> a qual é bastante indicativa do objetivo da pesquisa. É exatamente o que ocorre com o estudo das demandas repetitivas e de grande relevância, formas de solução, a interpretação das normas e a ideia de precedentes como formas de coletivizar soluções e diminuir a litigiosidade acerca de assuntos pacificados por decisões judiciais. Não haveria interesse em tal estudo se já não se soubesse de sua necessidade.

---

<sup>169</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito* cit., p. 29.

<sup>170</sup> Idem, *ibidem*.

O sentido dessa colocação é a de que já temos respostas para certos institutos, mas a questão é: quais perguntas fazer para que se direcione o pressuposto que se pretende formar? Aqui estará o pressuposto de validade da norma, o qual, em uma análise mais distante, será a base de sustentação do raciocínio. A norma entendida como a lei, mas também o precedente.

Como tem sido vastamente divulgado pela doutrina processual, especialmente após o Código de Processo Civil de 2015 e a lei que reformou o capítulo de recursos da Consolidação das Leis do Trabalho, e que também tem sido objeto de estudos pela teoria geral do direito há muito tempo (pelo menos desde a Emenda Constitucional 45 de 2004, quando instituiu a súmula vinculante), há uma preocupação acentuada com a mudança de perspectiva das normas.

Importa notar, no entanto, que o estudo dessa ampliação normativa pode ser feito de várias maneiras, mas duas se tornam mais comuns ao homem moderno: partindo da leitura de cada instituto para entregar-lhe uma consequência de interpretação isolada; e, a partir de um estudo hermenêutico mais extenso e intenso para adequar todos os institutos pretendidos nesses pressupostos da base em que são formados.

Dessa preocupação acentuada em reduzir ao máximo o subjetivismo individual – ainda que não seja aquela eliminação idealizada por Lenio Streck – é que se mostra importante o estudo da hermenêutica em seus métodos e tipos de forma mais didática possível.

Como afirmado por Rubens Limongi França “[...] a hermenêutica é a ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que seu escopo seja alcançado da melhor maneira”.<sup>171</sup> Não há caminho mais seguro do que aquele que segue a ciência da interpretação.

Há nessa colocação uma dose de teleologia, que é a maneira de se utilizar a hermenêutica por um processo que seja socialmente aceito pela comunidade jurídica.

---

<sup>171</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 3.

A comunidade jurídica entendida como aquela que se debruça academicamente sobre os temas e busca extrair-lhes a máxima compreensão com o máximo de cientificidade, sem descurar da legalidade e outros preceitos tão caros ao Direito.

A aceitação da comunidade jurídica atual passa pela integração dos precedentes às leis, de forma que a densidade normativa do sistema não se limite mais ao direito legislado, mas inclua nessa perspectiva tanto a doutrina (que era a principal forma de entendimento da lei na Cultura do Código e na tensão com o legislador), quanto à posição dos tribunais acerca de cada instituto.

Sendo assim, as três linhas de sistemas jurídicos mais estudadas já foram contrapostas na introdução de vários estudos jurídicos, como, por exemplo, o de Wagner Balera e Ricardo Sayeg,<sup>172</sup> sendo elas: a positivista; a jusnaturalista; e a do realismo jurídico. Não é novidade esta intersecção de sistemas.

A vertente do realismo jurídico busca uma condensação alternativa à Cultura do Código que, a um só tempo conjuga os elementos das duas vertentes mencionadas, positivismo e naturalismo, revelando que isso não se perfaz simplesmente num corte diagonal, mas sim em um desmembramento de formação que passa pelo escrito, pelo natural e pela mente do intérprete.

A função do intérprete é nosso ponto de partida para a criação de pressupostos, a partir da dialética, que nos levará a tese, antítese e síntese. O intérprete é entendido como o decodificador das normas, o qual, na ponta final da interpretação jurídica, constrói o direito a partir de casos concretos, os precedentes.

Atualmente, seria impensável uma pesquisa de qualquer instituto que não passasse por uma pesquisa de posicionamento dos tribunais, especialmente os tribunais superiores. A cultura jurídica, portanto, a realidade social, tem sido conduzida nesse sentido, não se trata simplesmente de uma imposição do Poder Judiciário ao corpo social,

---

<sup>172</sup> BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo. *O capitalismo humanista*. Petrópolis: KBR, 2011. p. 121:

“Forma-se, daí, uma peculiar relação de equivalência entre direito positivo, direitos humanos e realismo jurídico sob o prisma da matéria (massa) e do espírito (energia), ajustados pela densidade vibratória (movimento/velocidade) configurando-se em decorrência do seguinte esquema:

Direito positivo = massa (matéria);

Direitos humanos = energia (espírito);

Realismo = densidade (movimento/velocidade);

Resultado: os direitos humanos são consubstanciais ao direito positivo, conforme o realismo jurídico”.

mas de uma aceitação que tem sido naturalmente aplicada pelos operadores do direito. Basta uma pesquisa de homem médio – para repetir a expressão de Miguel Reale – para se perceber referido movimento.

Em matéria de Direito do Trabalho – aqui englobando todos os ramos afins como o direito material, processual, coletivo – essa perspectiva é quase uma unanimidade, muitos estudos como artigos, ensaios, livros de juristas de renome têm se dedicado com afinco na compreensão do fenômeno social da jurisprudência, em suas diversas matizes, da persuasiva à vinculante.

Nesse sentido, e em tempo muito anterior ao anteprojeto do Código de Processo Civil e mesmo da lei de reforma do sistema recursal trabalhista, a doutrina já se debruçava sobre o papel da jurisprudência, como se percebe no texto de Ana Paula Taucedo Branco,<sup>173</sup> em que a autora discute as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho e o chamado ativismo judicial na sua vertente negativa.

Ainda nesse sentido, e mais alinhado ao tema em discussão neste trabalho, Estêvão Mallet<sup>174</sup> debate a retroatividade da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em estudo datado de 2005, ou seja, muito antes de tratarmos de jurisprudência vinculante em sede de processos trabalhistas.

Nota-se a clara posição adotada pelo atual Código de Processo Civil, em muitos de seus dispositivos, demonstrando a intenção do legislador em estabelecer a tensão entre a lei e o intérprete, para uma posterior consequência, qual seja, respeito aos julgamentos que se tornaram precedentes judiciais. Como já descrito em linhas anteriores, trata-se de uma escolha do próprio legislador, disso decorre a afirmativa da legalidade, escapando, portanto, a um movimento contra a lei, pois foi ela própria quem assim definiu.

Nesse sentido, pode ser citado o Capítulo I, Título I do Livro III do atual Código:

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

---

<sup>173</sup> BRANCO, Ana Paula Taucedo. O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 74, p. 360-370, mar. 2010.

<sup>174</sup> MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?. *Rev. TST*, Brasília, v. 71, n. 3, p. 134-149, set.-dez. 2005.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

A doutrina específica de processualistas civis, como é o caso de Cassio Scarpinella Bueno, caminha no sentido da adoção da teoria de precedentes, embora ainda o faça com certa cautela e preocupação quanto aos efeitos vinculantes decorrentes das decisões em causas repetitivas.

Saber se o novo CPC pode querer que os efeitos das decisões paradigmáticas *devam* ser acatados pelos órgãos jurisdicionais em geral, criando-se, com isso, verdadeira hierarquia no Judiciário Federal e Estadual, é questão que não pode mais ser evitada.

[...]

Em suma, “os precedentes à brasileira” ou, para homenagear (e merecidamente) a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, o “*direito jurisprudencial*” a ser criado sobretudo (mas não exclusivamente) a partir dos artigos 926 a 928, é um dos pontos sensíveis do novo CPC e que já vem merecendo e merecerá, anos a fio, análise profunda da doutrina e da própria jurisprudência, inclusive (mas não só) na perspectiva do direito comparado. [...].<sup>175</sup>

Os juristas que formam o Fórum Permanente de Processualistas Civis, por seu turno, claramente têm se posicionado de forma mais expressa acerca da adoção da teoria de precedentes com caráter vinculante:

Enunciado n. 314: As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal.

Na seara do processo do trabalho, Manoela Antônio Teixeira Filho preceitua existir inconstitucionalidade em certos dispositivos do atual código. A postura do autor decorre da redação dos incisos III a V do artigo 927.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

<sup>175</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil cit.*, p. 568.

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Os primeiros incisos do artigo 927 são justamente os parâmetros inseridos nesse capítulo do trabalho, quanto à modificação do centro de tensão, agora estabelecido entre o legislador e o julgador.

O próprio autor admite, em caso de não ser considerado inconstitucional o dispositivo, a necessária vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário, defendendo a mesma leitura para o recurso de revista, o que se extrai da seguinte passagem:

Inciso III. Incidente de assunção de competência. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Recursos extraordinário e especial repetitivos. Os acórdãos proferidos nesses casos também devem ser acatados por juízes e tribunais, ressalvada nossa opinião quanto a inconstitucionalidade do preceito legal *sub examen*.

[...]

Com vistas ao processo do trabalho, podemos incluir também o julgamento de recursos de revistas repetitivos, mencionados no artigo

896-B, da CLT, que manda aplicar, no que couber, as normas do CPC que regulam o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, vale dizer, os artigos 1.036 a 1.041.<sup>176</sup>

Cassio Scarpinella Bueno acaba por reconhecer, com certa ressalva, a necessária obediência aos julgados ocorridos em causas repetitivas:

O *caput* do dispositivo, ao se valer do verbo “observar” conjugado no imperativo afirmativo insinua, não há por que negar, que não há escolha entre adotar ou deixar de adotar as diferentes manifestações das decisões jurisdicionais estabelecidas em seus cinco incisos. Não serão poucos, destarte, que verão nela a imposição de caráter *vinculante* genérico àquelas decisões e, nesta exata proporção, haverá espaço para questionar se este efeito vinculante é, ou não, harmônico ao “modelo constitucional de direito processual civil”, fora das hipóteses em que a própria Constituição o admite, como ocorre, diga-se desde já, nos incisos I e II (e só neles)...<sup>177</sup>

E o mesmo autor ainda defende a leitura extensiva para todos os tribunais que atuarem em causas repetitivas:

A menção a “tribunais superiores” com iniciais minúsculas merece ser interpretada para albergar também os Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e os Tribunais Regionais Federais. Como anotado acima, o silêncio dos incisos do *caput* do artigo 927 sobre *sua* jurisprudência ou *seus* enunciados de súmula não é impeditivo de que eles sejam devidamente editados (e modificados ou cancelados) de acordo com a disciplina aqui estudada, máxime diante do que está no § 1º do art. 926.<sup>178</sup>

Muitos são os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que indicam a fixação pelo atual código dos chamados precedentes, bem como, a extensão desse tratamento ao Processo do Trabalho, além de seu caráter vinculativo. Citam-se, exemplificativamente, os Enunciados 169 a 175.<sup>179</sup>

<sup>176</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 1035.

<sup>177</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 571.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 573.

<sup>179</sup> 169. (art. 927) Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e § 4º do art. 927.

170. (art. 927, *caput*) As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.

Ainda que se questione a viabilidade de aplicação dos enunciados do fórum em questão, é inquestionável a qualidade dos membros que o compõem, nomes como de Fredie Didier Jr. (um dos grandes estudiosos dos precedentes no Brasil) e centenas de outros juristas de quase todos os Estados da Federação.

Trata-se, claramente, de grande parte da doutrina processualista do País, em verdadeiro trabalho de interpretação do atual Código de Processo.

As alterações decorreram especialmente do encontro denominado de “Carta de Vitória” o qual ocorreu entre os dias 1º e 3 de maio de 2015.

Por fim, o artigo 928 do CPC descreve o que deve ser entendido por julgamentos repetitivos:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

A perspectiva de Tercio Sampaio Ferraz Jr. parece se concretizar, especialmente, quanto à superação da primeira tensão entre o legislador e o doutrinador para chegarmos também à tensão entre o legislador/doutrinador e o julgador.

A teoria da argumentação tem sido difundida entre diversos espectros sociais, demonstrando com isso uma aceitação considerável da teoria, o que acaba por contrapor, uma vez mais, a afirmação de Lenio Streck<sup>180</sup> acerca do mesmo assunto, em razão da

---

171. (art. 927, II, III e IV; art. 15) Os juízes e tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos precedentes do TST em incidente de assunção de competência em matéria infraconstitucional relativa ao direito e ao processo do trabalho, bem como às suas súmulas.

172. (art. 927, § 1º) A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória.

173. (art. 927) Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil.

174. (art. 1.037, § 9º) A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado.

175. (art. 927, § 2º) O relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas.

<sup>180</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 23-24. Na passagem em comento o autor deixa transparecer seu incômodo com a carga de discricionariedade existente na teoria da argumentação, como se percebe nos dizeres em que afirma a seguinte proposição: “No segundo



discricionariedade que acompanha referida teoria, na visão do mesmo autor. Como já afirmado anteriormente, o ideal de consenso é aquele aceito pelo homem médio, o que parece ter sido alcançado pela teoria da argumentação, especialmente na seara trabalhista.

Não se pode deixar de considerar o fato de que o *judgar conforme a própria consciência* pode levar a compreensões subjetivas individualistas do Direito e da hermenêutica que o cerca, exatamente por isso a importância de se lastrear nos métodos e tipos hermenêuticos, de modo que a argumentação prevaleça num corpo social de homem médio, e não no imaginário individual de cada julgador, como se cada unidade judiciária fosse uma ilha isolada e autônoma, completamente estranha aos demais membros do mesmo poder, muitas vezes, dentro do mesmo ramo do Poder Judiciário.

A busca pelo consenso de homem médio permitirá uma credibilidade maior na afirmação na teoria dos precedentes, baseada em condições teóricas – daqui decorre o importante e imprescindível papel da doutrina – aliado aos julgamentos com força vinculante – especialmente dos órgãos colegiados de cúpula, como TST, STJ e STF – que formarão a norma jurídica em sua compreensão mais amadurecida.

Assim, nem a negativa da teoria da argumentação, nem sua utilização de forma irresponsável serão capazes de atender aos anseios sociais por um ideal de justiça isonômica e segura. A teoria da argumentação é uma realidade, inevitável sua inserção no mundo jurídico, mas, o subjetivismo individualista deve ser evitado a todo e a qualquer custo, pois nele há uma forte tendência de ferir-se o sentido de isonomia – compreendida como tratamento igualitário, para situações idênticas em matéria de direito –, e da previsibilidade – compreendida como a autenticidade do agir baseada em precedentes vinculantes.

A chamada Cultura do Código começa a dar lugar à chamada cultura do julgamento, criando-se, dessa forma, um novo ponto de inflexão da norma e tal opção partiu do próprio legislador, tanto na Emenda Constitucional 45 de 2004, quanto às matérias constitucionais, como na edição do atual Código de Processo, para matérias infraconstitucionais.

---

grupo, encontramos decisões que buscam justificações no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial, os juristas adeptos das teorias da argumentação jurídica, mormente a matriz alexyana. Também nestas estará presente o problema paradigmático, uma vez que as teorias da argumentação são dependentes da discricionariedade”.

Louvam-se, mais uma vez, as visões dos doutrinadores referidos nas primeiras linhas deste capítulo da pesquisa, os quais já enxergavam, há muito tempo, esse movimento legislativo mais amplo, de modo a permitir a concretude da norma no momento da sua aplicação e não mais de sua edição.

A EC 92 de 2016, tem como um dos seus propósitos, justamente, igualar o Tribunal Superior do Trabalho aos demais tribunais superiores, como órgão de cúpula e corte de uniformização da jurisprudência, e disso, certamente, decorrerá os efeitos quanto aos precedentes e seu caráter obrigatório.

Mais uma vez a teoria dos precedentes se faz presente em uma mudança legislativa, agora, para incluir o Tribunal Superior do Trabalho entre os órgãos de cúpula do Poder Judiciário, como se infere da leitura do artigo 92, II-A, da Constituição Federal.

### **3.2 Considerações sobre o cenário da normatividade**

A normatividade típica, aquela advinda do Poder Legislativo,<sup>181</sup> passa a ceder espaço para um novo centro de positivação, o Poder Judiciário, sendo que referido movimento não é fruto de uma imposição judicial, mas uma consequência natural da evolução das relações processuais e da percepção da autenticidade do agir.

O agir social e processual eram baseados principalmente nas leis que regiam as relações, contudo, com a complexidade que se instaurou nas relações entre os indivíduos, seja no âmbito do direito material, seja no âmbito das relações processuais, passou-se a convergir para uma análise em que a palavra final acerca da compreensão do texto seria entregue pelos julgadores.

Nesse momento, o problema do sistema jurídico, que era de identificar, interpretar e aplicar a lei, passa a ser também o mesmo movimento relativo aos julgados, ou seja, a compreensão do agir social e processual passa a ser pautada pelo entendimento do que a lei e a jurisprudência estabelecem.

Referido movimento foi captado pelo próprio legislador, o qual passa a prever expressamente a possibilidade de o Poder Judiciário produzir jurisprudência com caráter vinculante e nesse momento a teoria dos precedentes obrigatórios passa a compor o

---

<sup>181</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1978.

sistema pátrio, tanto em termos constitucionais, como infraconstitucionais, fruto da Emenda Constitucional 45 de 2004, da Lei n. 13.015 de 2014 e o Código de Processo Civil de 2015.

São essas formações constitucionais e infraconstitucionais que serão objeto de análise do próximo capítulo.

## **CAPÍTULO IV**

### **AS NOVAS FONTES NORMATIVAS**

#### **4. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS**

Uma vez compreendida a hermenêutica em sua forma essencial, como revelação de mecanismos aptos a permitir a correta compreensão e interpretação das fontes jurídicas, passando pelos métodos e tipos hermenêuticos, além da integração jurídica, restou, então, ingressar no estudo da aplicação desses preceitos no ramo especial do Direito do Trabalho.

Na perspectiva especial foi possível compreender que em verdade os mesmos métodos e tipos hermenêuticos são utilizados nas demais áreas do Direito, e também no Direito do Trabalho, contudo, partindo da premissa da autonomia do ramo em estudo, a partir de elementos científicos que sustentam referida autonomia e que acabam por estabelecer uma relação própria que reclama uma densidade específica de aplicação de referidos mecanismos, o que tem sido mais coerentemente analisado a partir dos princípios que regem o ramo.

A partir da densidade normativa específica foi possível proceder com a análise das fontes de integração jurídica descritas pelas normas próprias que se aplicam às relações tuteladas pelo ramo em estudo, o que revelou que além dos três institutos descritos pela teoria geral, e que se aplicam a todos os ramos do Direito, a seara trabalhista possui outras cinco hipóteses de institutos de integração jurídica, cada qual com desenvolvimento e consequências próprias, desde a escolha da ordem de aplicação, até a dicotomia acerca do correto enquadramento de certos institutos como fonte de integração.

Por fim, mas não menos importante, o papel que a doutrina vem desenvolvendo nesse cenário jurídico atual.

Com o delineamento dos temas anteriormente referidos, o próximo passo consistiu em compreender a transição pela qual passa o Direito, ou seja, a tensão jurídica que se desloca da dicotomia entre o legislador e a doutrina, para também se instalar entre legislador/doutrina e intérprete, este considerado como o aplicador final da norma, e para os efeitos deste estudo, especialmente o Poder Judiciário (levando-se em conta a perspectiva de interpretação autêntica e sua vertente voltada para o intérprete que tem o papel de vincular a todos).

Nesta nova tensão é que será descortinado o Direito, sua extensão e seus efeitos, sendo este o papel que os princípios, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência assumiram na teoria da argumentação.

Há, nitidamente, uma alteração na classificação das fontes formais do Direito e, por conseguinte, do Direito do Trabalho, que reclama do estudioso um aprofundamento na formação e modos de interpretação de referidas fontes, o que também altera o papel da hermenêutica, uma vez que novos métodos serão aplicáveis às referidas fontes.

Será, justamente, a formação dessas novas fontes, dentro do federalismo,<sup>182</sup> e as formas de interpretação aplicáveis que serão o objeto do presente capítulo.

Não se trata de um teoria com unânime aceitação pela doutrina, tendo em vista as severas críticas trazidas por alguns autores, como veremos no desenvolvimento do capítulo, mas, certamente, o ponto de partida será a vontade do próprio legislador, uma vez que tanto o Código de Processo Civil, como a Consolidação das Leis do Trabalho, ambos decorrentes de reformas recentes, datadas posteriormente a 2014, impactaram diretamente no papel do processo e do Poder Judiciário.

A compreensão, portanto, desses novos papéis e das alterações das fontes e hermenêutica, passa, em primeiro lugar, pela apreensão do que a doutrina tinha estabelecido como fontes formais, para em seguida passar pelo descortinar dos institutos descritos no Código de Processo Civil e no capítulo dos recursos trabalhistas.

#### **4.1 Fontes formais do Direito do Trabalho**

Classicamente, as fontes formais no Direito do Trabalho têm sido descritas pela doutrina da seguinte forma: fontes formais heterônomas e fontes formais autônomas.

Mauricio Godinho Delgado classifica as fontes da seguinte maneira:

Heteronomia e Autonomia – A percepção de diversidade de centros de positividade de normas jurídicas em certo ordenamento sistematizado do Direito é crucial à correta percepção do caráter desse ordenamento jurídico. É crucial até mesmo à própria compreensão do universo político correspondente à respectiva sociedade e Estados envolvidos. É que, como já discutido no Capítulos II e IV deste Curso, há estreita correlação entre

---

<sup>182</sup> BOGNETTI, Giovanni. *Federalismo*. Turino: Universitária, 2009.

centralização justralhista estatal e autocracia, ao passo que também há estreita correlação entre descentralização de núcleos de posituação justralhista e ordem democrática.<sup>183</sup>

Trata-se, claramente, de uma tipologia que é construída a partir da uma dualidade de critérios, sendo que, enquanto um leva em conta a origem da norma, o outro considera o método de produção, o primeiro trata do centro de posituação, o segundo da participação ou não dos destinatários da norma.

A tese aqui sustentada acresce uma vertente mista em que o Estado como centro de posituação, a partir do Poder Judiciário, é o lugar de onde se origina a norma, contudo, com forte participação dos atores sociais, uma vez que o Estado, nessa condição, não age, em regra (há exceções, como veremos no exemplo do chamado caso-modelo, em que o Poder Judiciário cria precedente sem que haja mais processo, pois a parte recorrente já desistiu de seu apelo), sem a provocação das partes interessadas, além de permitir a participação mais ampla no debate no exato momento de firmar a tese (o caso do *amicus curiae*), portanto, uma participação efetiva dos destinatários da norma.

Analisando detidamente as fontes clássicas, nas perspectivas autônomas e heterônomas, a doutrina assim tem classificado referidas fontes:

1. Constituição; ... 2. Lei (e medida provisória); ... 3. Tratados e convenções internacionais; ... 4. Regulamento normativo (Decreto); ... 5. Portarias, avisos, instruções, circulares; ... 6. Sentença Normativa;

Convenção Coletiva de Trabalho e Acordo Coletivo de Trabalho; Contrato Coletivo de Trabalho; Usos e Costumes;<sup>184</sup>

Leis constitucionais; Leis infraconstitucionais; Outras normas (Decretos, medidas provisórias, leis delegadas, portarias e regulamentos; sentenças coletivas e individuais; convenções coletivas e acordos coletivos; regulamentos de empresa; usos e costumes; convenções internacionais; tratados internacionais; diretivas comunitárias).<sup>185</sup>

As classificações dos dois autores supracitados, Godinho e Mascaro, ordenam as fontes de modo diverso, pois o primeiro divide especificamente em fontes heterônomas<sup>186</sup> e autônomas (também fala em figuras especiais, quando se refere, por exemplo, a laudo

<sup>183</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p 163.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 167-187.

<sup>185</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 391-440.

<sup>186</sup> TARELLO, Giovanni. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972.

arbitral e regulamento empresarial), enquanto o segundo leva em conta uma espécie de hierarquia das normas, começando pelas constitucionais, passando pelas infraconstitucionais até chegar àquelas que denomina de as *outras normas*, e que parecem uma terceira hipótese na cadeia hierárquica.

Ambos, porém, passam pela mesma análise dos tipos normativos existentes, e embora tangenciem a tese proposta, classificação das novas fontes formais diretas, não elaboram de modo expresso referida classificação.

São referidas fontes que se tornaram objeto especial da hermenêutica, ou seja, a metodologia de compreensão e interpretação dessas fontes é que são sistematizadas pelos métodos e tipos hermenêuticos, contudo, a partir da teoria da argumentação e da autorização legislativa para criação de novas fontes formais, outros centros de positivação passam a surgir e serão os resultados dessas operações que darão espaços às novas fontes formais e seus métodos interpretativos.

## 4.2 O novo papel do direito processual

Historicamente o papel do Poder Judiciário estava circunscrito aos métodos adotados pelo Estado para a entrega da prestação jurisdicional, observando os conflitos de interesses que lhe eram trazidos pelos atores sociais, e o objetivo de resolução do passado, a partir da ideia de pacificação desses mesmos conflitos sociais que lhe eram submetidos.

Referido papel continua sendo essencial ao Poder Judiciário, pois, decorre, naturalmente, do chamado poder jurisdicional, que se converte num poder de dizer o direito, mas, também, num dever de entregar a cada um o que de fato lhe pertence, ou seja, precisa resolver o conflito e definir qual parte é a detentora efetiva do direito posto em debate.

A teoria geral do processo sistematiza referido ramo do Direito, atribuindo a nomenclatura de Teoria Geral de Direito Processual a qual significa “a disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais”.<sup>187</sup>

Assim, resta claro no texto de Fredie Didier Jr. que o processo continua a ser um

---

<sup>187</sup> DIDIER JR., Fredie. Teoria geral do direito, teoria geral do processo, ciência do direito processual e direito processual: aproximações e distinções necessárias. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *Teoria geral de processo – passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 343.

método que se estrutura, se organiza, para consecução de seus fins, sendo o primeiro, e ainda mais aplicável, o de solucionar demandas pacificando conflitos. Contudo, o próprio autor reconhece haver uma teoria geral de processo e várias teorias individuais do processo, sendo esta última um reflexo das várias facetas que o processo pode adquirir ao se desenvolver, criando teorias parciais, como estas esposadas nas palavras do próprio autor, quando afirma que:

Essa teoria seria composta por outras teorias parciais (Teoria dos recursos, Teoria da prova, Teoria da Execução por Quantia Certa, Teoria da Competência etc.). Uma Teoria da Prova para o processo civil brasileiro, por exemplo, organizaria os conceitos dos meios de provas típicos e das técnicas de distribuição do ônus da prova adotadas no Direito Brasileiro.<sup>188</sup>

Será dentro dessas parceladas teorias do processo que irá se encaixar a Teoria Processual dos Precedentes e sua função normativa, com perspectivas e finalidade próprias, qual seja, o papel de criar normas, perspectiva futura do processo.

A afirmação anterior não decorre do simples olhar do observador, mas, sim, do próprio texto legislativo, evitando-se, mais uma vez, a aplicação subjetiva da tese, pois apoiada na própria declaração emanada do legislador.

A crítica mais ácida desse método de formação normativa vem de Lenio Streck, autor que ao rejeitar a ótica do sujeito solipsista, pretendendo afirmar sua superação pela teoria denominada de viragem ontológico-linguística se apoia na formação de normas a partir de um critério que passa pelo Estado Democrático de Direito. Afirma que a partir desse método de formação das normas, a decorrente da teoria da argumentação, a primeira instância do Poder Judiciário tornou-se mera instância de passagem, pois passam a decidir conforme as súmulas, delegando todas as questões para a razão prática.<sup>189</sup>

Parece, no entanto, que a tese de formação de precedentes obrigatórios, como técnica de formação de norma jurídica, não surge da simples interpretação subjetiva dos juízes, na denominada filosofia da consciência, sendo sim, no contexto atual, produto de uma intersubjetividade, pois, passa, essencialmente, pelas disposições legais trazidas pelo

---

<sup>188</sup> DIDIER JR., Fredie. Teoria geral do direito, teoria geral do processo, ciência do direito processual e direito processual: aproximações e distinções necessárias cit., p. 348.

<sup>189</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 126-127.



próprio Poder Legislativo, é dizer que o Poder Judiciário tem exercido um papel que lhe foi delegado pelo próprio feitor da norma, não sendo, assim, uma escolha interna, mas, decorrente do direito posto.

Pode-se discutir, e em verdade se discute doutrinariamente, se o Poder Legislativo poderia ou não exercer tal tipo de delegação, e até a constitucionalidade das normas fruto das reformas do processo comum ou do processo especial. O pressuposto, em verdade, desta tese, deve ser o da constitucionalidade de referidas disposições, o que se pode atribuir, também, mas não só, às posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ao Supremo Tribunal Federal restou a possibilidade de edição de súmulas vinculantes, que a esta altura da história já se somam a dezenas, a caminho de uma centena, o que denota uma aceitação constitucional do papel que lhe foi outorgado pelo legislador constituinte reformador.

O Conselho Nacional de Justiça, por seu turno, tem regulamentado diversos fatores ligados a referidos preceitos, sendo um dos mais recentes a Resolução 235 de 2016 a respeito dos núcleos de gerenciamento de precedentes, a serem instituídos pelos tribunais intermediários e superiores.

O pressuposto do trabalho, desse modo, é o da constitucionalidade da delegação feita pelo Poder Legislativo ao Poder Judiciário, no que tange à formação de precedentes e o impacto gerado na fontes formais do direito com as respectivas técnicas de interpretação próprias aos institutos em análise, o que decorre da posição das cortes superiores acerca do tema e sua clara aceitação à luz da Constituição Federal.

Some-se a isso o fato de que há uma natural compreensão e aceitação do modelo pelo corpo jurídico, o que já podia ser sentido ao tempo que antecede às reformas citadas – processo do trabalho e processo comum – quanto à figura da jurisprudência persuasiva, ou seja, aquela que, embora não fosse vinculante, já tinha uma característica de política judiciária de informação segura de direcionamento de possível resultado judicial dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, com um grau de respeitabilidade considerável, o que se constata pelo uso das orientações jurisprudenciais e súmulas, do TST por exemplo, no ambiente jurídico de um modo expandido, o que se pode afirmar com especial conhecimento no ramo especializado trabalhista, em sede tanto de direito material, individual e coletivo, como de direito processual.

Miguel Reale,<sup>190</sup> em sua obra de filosofia, já afirmava a necessidade de uma busca de consenso de homem médio, como se fosse um método de aprovação das situações postas, o que gera, também, um sentido de eficácia social da norma.

Diante de tudo quanto exposto, e partindo da ideia de que as normas são constitucionais, válidas, vigentes e aplicáveis, passemos à compreensão das normas que cuidam da formação de referidos precedentes, abordando, também, os aspectos discutíveis quanto à constitucionalidade ou não de certos preceitos.

A análise neste ponto da pesquisa será baseada, essencialmente, nas novas figuras trazidas pelas últimas reformas processuais, no processo comum e no especial, limitadamente no que diz respeito aos casos repetitivos e à forma de sua interpretação, pois, em verdade, são os mais aceitos e prováveis meios de criação de precedentes obrigatórios, os quais, em seguida, serão observados quanto aos métodos e tipos hermenêuticos próprios.

### **4.3 Disposições específicas sobre formação de normas**

O capítulo dos recursos na esfera do direito processual do trabalho passou por uma profunda mudança no ano de 2014, portanto, anteriormente à aprovação do Código de Processo Civil, que data de março de 2015.

Apesar dessa inversão temporal das normas, o certo é que a reforma implementada pelo legislador no Processo do Trabalho já estava baseada, essencialmente, no projeto que àquela época se discutia no Congresso Nacional, e que viria pouco tempo depois a ser aprovado para dar origem à nova codificação do processo comum.

Os parâmetros estabelecidos pela reforma do capítulo dos recursos trabalhistas, em grande parte, estavam baseados nas alterações que vinham sendo desenhadas para o processo comum, de tal modo que até mesmo algumas expressões gramaticais utilizadas pelo legislador eram desconhecidas naquele momento específico, mas que teriam, claramente, correlação com os institutos estabelecidos no Código de Processo Civil que viria a ser aprovado logo em seguida, como as disposições dos artigos 896-B e 896-C da CLT, que já tratavam da figura do recurso extraordinário repetitivo, antes mesmo de essa

---

<sup>190</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito* cit.

expressão constar no Código de Processo Civil de 1973, sendo que só viria a constar expressamente com a aprovação do novo Código em 2015.

Pode não ser a melhor técnica legislativa, afinal, poderia ter ocorrido de o projeto de nova codificação comum não ter se transformado em lei, contudo, a aposta funcionou, pois, meses após a mudança na Consolidação das Leis do Trabalho, o Código de Processo Civil seria aprovado, com um ano de *vacatio legis*, mas, nos moldes preconizados pelo legislador reformador da CLT.

A análise, portanto, levará em conta referida intersecção, o processo especial e sua reforma, em correlação com o processo comum e suas novas diretrizes.

Outro ponto essencial, a esta altura da história, é o impacto da implementação da Lei n. 13.467 de 2017, que na contramão das primeiras reformas citadas, veio em sentido completamente oposto, estabelecendo uma aparente limitação a atuação do Poder Judiciário Trabalhista, como por exemplo o § 2º do artigo 8º consolidado, mas que será objeto de análise de sua compatibilidade com os métodos e tipos hermenêuticos aplicáveis à espécie.

O Código de Processo Civil inicia a classificação dos preceitos que culminam na novel função do Poder Judiciário no artigo 926, ao estabelecer alguns preceitos e alguns elementos típicos do sistema de precedentes no Brasil.

Os preceitos dizem respeito à uniformização da jurisprudência, sua estabilidade, integridade e coerência.

Uniformização é o papel central das cortes de vértice, ou seja, STF, STJ e TST, entre outros, pois, é da essência da própria existência de tais órgãos a competência uniformizadora, sendo que as demais competências que lhes são atribuídas podem ser classificadas como atípicas, como são as competências originárias e recursais.

Especialmente, no que diz respeito ao Tribunal Superior do Trabalho, os artigos 896 e seguintes da CLT deixam clara a atribuição uniformizadora da corte, sendo esse preceito anunciado de forma essencial logo na página de abertura do site do próprio tribunal e de forma inequívoca pela doutrina especializada.

Amauri Mascaro Nascimento já fazia referência a essa função precípua do TST em obra que antecede, inclusive, as reformas citadas anteriormente:

G13 – UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. É a definição da diretriz que deve prevalecer no Tribunal Superior do Trabalho, com reflexos sobre outros Tribunais, quando as decisões dos seus órgãos internos forem divergentes e para que haja segurança jurídica e solução da tese de Direito que deve prevalecer no caso concreto e nos demais casos. A uniformização é consubstanciada em verbete, a súmula da jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho [...].<sup>191</sup>

Na passagem citada, fica clara a referência tanto à função uniformizadora do TST, como à necessidade dessa uniformização como critério de segurança jurídica, essencial para a estabilidade das relações sociais e processuais.

A importância dessa uniformização reflete diretamente na vida social e judicial, gerando uma sensação de segurança jurídica acerca da interpretação das normas que permeiam as relações de trabalho.

O autor Sergio Pinto Martins também cuida dessa função uniformizadora, quando trata do recurso de revista, como se pode constatar na seguinte passagem quando afirma que “o objetivo do recurso de revista é uniformizar a jurisprudência dos tribunais regionais por intermédio das turmas do TST”.<sup>192</sup>

No mesmo sentido, quanto à sobreposição do TST e jurisdição em todo território, é a obra de Amador Paes de Almeida quando afirma que “o Tribunal Superior do Trabalho é, pois, o órgão superior da Justiça do Trabalho, tendo, por isso mesmo, jurisdição sobre todo o País, como, aliás, proclama o artigo 690 da Consolidação das Leis do Trabalho”.<sup>193</sup>

Prosseguindo nessa mesma análise, o autor afirma a função uniformizadora, principalmente por meio do recurso de revista:

O recurso de revista, suprimido da legislação processual civil, e subsistente no processo do trabalho (CLT, art. 896), é um recurso que objetiva a uniformização da jurisprudência. Jurisprudência, como se sabe, em sentido amplo, significa os julgados dos Tribunais. Em sentido restrito

---

<sup>191</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 65.

<sup>192</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho* cit., p. 427.

<sup>193</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 33.

é a maneira constante e uniforme pela qual os Tribunais resolvem determinadas questões de direito.<sup>194</sup>

Tal função fica clara quando se percebe que o TST mantém comissões permanentes como forma de colaboração com a missão precípua do órgão, sendo uma delas, justamente, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos. Nesse sentido, a doutrina de Gustavo Filipe Barbosa Garcia ao captar essa missão das comissões em sua obra, como se lê de passagem quando afirma que:

No âmbito do TST há comissões permanentes, que colaboram no desempenho dos encargos do Tribunal e são compostas por Ministros eleitos pelo Órgão Especial na primeira sessão subsequente à posse dos membros de direção. São comissões permanentes: A comissão de Regimento Interno; a Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos; a Comissão de Documentação.<sup>195</sup>

A missão uniformizadora da jurisprudência reflete atualmente na solução de processos, mas não se trata de uma função exclusiva, uma vez que a norma passa a não ser mais restrita àquelas advindas das leis, mas sim do conjunto legislativo interpretado pelos aplicadores do direito, o que segue ao encontro da pretensão do próprio legislador. No mesmo sentido a doutrina, a qual, inegavelmente, exerce um papel relevante na formação dos consensos interpretativos, inclusive, perante os tribunais, como já apontado no capítulo antecedente.

Nesse sentido é a obra de Homero Batista Mateus da Silva, ao reconhecer a importância do papel do intérprete nesse caminho de construção das normas jurídicas:

[...] Embora esse estudo seja muito mais profundo do que a simplicidade dessas linhas pode fazer pensar, é consensual que a norma se faz com a positivação pelo legislador e com a concretização pela jurisprudência. Sem interpretação, a norma é morta.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho* cit., p. 296.

<sup>195</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito processual do trabalho* cit., p. 81.

<sup>196</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. Volume 8 – Justiça do Trabalho. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 251.

Como já prenunciado anteriormente, há quem sustente o papel meramente integrativo da jurisprudência,<sup>197</sup> ou seja, fonte formal indireta, ou, quando muito, como fonte material. Manoel Antônio Teixeira Filho, em obra sobre Processo do Trabalho, atribui à jurisprudência esse caráter indireto, em que pese, nas próprias linhas descritivas dessa fonte, reconhecer a formação do Direito a partir da opinião da doutrina e da jurisprudência. Trata-se de posicionamento que indica uma distinção entre fonte indireta e fonte material, sendo a jurisprudência, nas palavras do autor, ora fonte de integração jurídica, ora fonte informativa de criação de normas.

Doutrina e jurisprudência, entretanto, não são compartimentos estanques, incomunicáveis; ao contrário, funcionam como espécie de recipientes comunicantes, exercendo influência, uma sobre a outra. Não raro, ambas influenciam o próprio legislador.<sup>198</sup>

Inicialmente a uniformização é delegada às turmas do TST, pois o recurso de revista é direcionado para estas, e, em seguida, à SDI, a qual acabou se subdividindo em subseções especializadas um e dois, além da subseção transitória. A SBDI-1 ficou encarregada do recebimento dos embargos de divergência.

A divisão do TST, em seções especializadas, decorreu de uma necessidade interna, pois de um lado havia a urgência em atender aos anseios da celeridade e de outro a preservação de sua função maior, a uniformização da jurisprudência.

A divisão da corte em turmas, certamente, permitiu uma agilidade maior no julgamento dos recursos de revista, mas instaurou uma dicotomia intramuros, pois, ao se dividir em turmas, gerou divergências internas, o que é comum em outras cortes superiores, em razão da composição de cada turma.

Com a finalidade de resolver referida dicotomia o TST acabou ganhando uma divisão intermediária, entre o Pleno e as turmas, que foram as seções especializadas, a princípio a SDI e a SDC.

Tudo em prol da exercer a função principal que lhe foi atribuída pelo legislador, uniformizar a jurisprudência.

---

<sup>197</sup> VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Concepto, función y técnica de la jurisprudência*. Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires: La Ley, 2010. v. III.

<sup>198</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho* – I. Processo de conhecimento – 1. São Paulo: LTr, 2009. p. 30.

No que toca ao STF e ao STJ a finalidade tem sido a mesma, como bem aponta a doutrina especializada, encontrando-se, nesse aspecto, alinhados os preceitos do TST com as demais cortes de vértice.

A Teoria Geral de Processo há muito já afirmava referido papel das cortes superiores, como se percebe na passagem da obra a seguir, em que a condição de órgão de superposição é atribuída ao STF e ao STJ:

Entre os Tribunais da união, todavia, dois existem que não pertencem a qualquer das Justiças. Trata-se do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Esses dois tribunais não são órgãos destinados a julgar recursos ordinários de qualquer delas (apelação, agravo, etc.). Além da competência originária de que dispõe cada um deles (v. nn. a seguir) e da competência para julgar em grau de recurso ordinário (casos excepcionais), eles funcionam como *órgãos de superposição*, isto é, julgam recursos interpostos em causas que já tenham exaurido todos os graus das Justiças comuns e especiais. Em outras palavras, eles se *sobrepoem* a elas.<sup>199</sup>

Resta estabelecido o papel de sobreposição, com a última palavra em matéria judicial, bem como as competências atípicas, originárias e recursais.

No mesmo sentido é a doutrina constitucionalista, aqui representada pela obra de José Afonso da Silva, como se constata na passagem a seguir:

É certo que o art. 102 diz que a ele compete, *precipualemente*, a *guarda da Constituição*. Mas não será fácil conciliar a função típica de guarda de valores constitucionais (pois, guardar a forma ou apenas tecnicamente é falsear a realidade constitucional) com sua função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância (base do critério de controle difuso), quando ocorrer uma das questões constitucionais enumeradas nas alíneas do inc. III do art. 102, que o mantém como Tribunal de julgamento de caso concreto que sempre conduz à preferência pela decisão da lide, e não pelos valores da Constituição, como nossa história comprova.<sup>200</sup>

O autor reconhece a função típica, de corte de controle de valores constitucionais, ao mesmo tempo em que não ignora a função atípica de corte recursal, e até mesmo originária, em certas ocasiões.

<sup>199</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral de processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 178.

<sup>200</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 559.

O mesmo ocorre no que tange ao Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar:

A competência do STJ está distribuída em três áreas: (1) competência técnica originária para processar e julgar as questões relacionadas no inc. I do art. 105; (2) competência para julgar, em recurso ordinário, as causas referidas no inc. II; (3) competência para julgar, em recurso especial as causas indicadas no inciso III.<sup>201</sup>

Mais uma vez, passa reconhecendo as funções atípicas, em matéria de competência originária e recursal, e a competência típica, em matéria de recurso especial, sustentando assim a afirmação do papel uniformizador da corte.

Com isso é possível afirmar que por qualquer ângulo que se analise o papel uniformizador entregue às cortes de vértice, como são o STF, o STJ e o TST, o resultado hermenêutico se reafirma, seja pela doutrina trabalhista, ou mesmo pelas doutrinas do processo civil e do direito constitucional.

Em seguida, a análise será feita no que tange ao objetivo de manutenção de estabilidade, e o papel dos tribunais assim resta delimitado pela doutrina do Processo do Trabalho, aqui representada pela descrição de Manoel Antônio Teixeira Filho:

*Caput* e §§. A ideia de *estabilidade* da jurisprudência dos tribunais, embora seja elogiável por propiciar certa segurança jurídica aos jurisdicionados, encontra barreiras no terreno da realidade, pois o fenômeno da idiosincrasia é algo inerente ao espírito humano, vale dizer, no espírito dos julgadores. Convém recordarmos que o substantivo *estável* significa aquilo que não varia, inalterável, duradouro. Dessarte, deve-se entender que a norma em exame esteja a preconizar que a jurisprudência seja estável *o quanto possível*; logo, sem caráter absoluto, sob pena, como dissemos, de confrontar-se com a realidade e com a dinâmica das relações sociais e jurídicas.<sup>202</sup>

Em que pese a aparente descrença que o autor demonstra pelo preceito, o certo é que reconhece na expressão da língua, na gramática da norma, a necessidade de construir-se uma jurisprudência duradoura, para que se possa chamá-la de estável, ainda que referida durabilidade esteja vinculada à própria ideia de avanço social das relações a que visa a reger.

<sup>201</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 571-572.

<sup>202</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 1033.



Cassio Scarpinella Bueno, com sua doutrina voltada especificamente ao processo civil, afirma que a estabilidade pressupõe que eventual alteração de jurisprudência precisa ser fundamentada e seguir um procedimento próprio, de modo a não ferir a estabilidade pretendida pelo legislador:

Os Tribunais *devem* uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, palavras que merecem ser compreendidas, para os fins a que se predispõe este *Manual*, como técnicas de realização de segurança jurídica, inclusive na perspectiva da previsibilidade e isonomia. Não é por outra razão, aliás, que a alteração da “jurisprudência” tem que ser fundamentada a partir de elementos concretos e submetida a procedimento próprio nos moldes em que, a propósito do § 2º do art. 927, discuto mais abaixo.<sup>203</sup>

A um só tempo o autor reconhece a importância da estabilidade da jurisprudência, como valor que se agrega às ideias de isonomia e segurança jurídica, como prevê necessária motivação para eventuais alterações e procedimento específico a ser seguido. O procedimento instituído pelo artigo 927 e seus parágrafos buscam tornar a mudança algo democratizante, com a participação da sociedade civil, o que transparece respeitabilidade pelo elemento estabilidade já que sua alteração não deveria acontecer, simplesmente, pela vontade da corte que deu origem a tal preceito, evitando-se, assim, o subjetivismo na escolha do momento adequado e da forma utilizada para a alteração dos preceitos já estabelecidos.

O § 2º do art. 927 estabelece que a alteração da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da matéria. A previsão evoca a *necessária* participação do *amicus curiae* no *processo* de alteração dos precedentes, legitimando-o.<sup>204</sup>

Garantia de estabilidade, com participação democrática e ampla discussão no momento de alteração da jurisprudência (sentido amplo).

Certamente, uma das intenções do legislador foi permitir a evolução da jurisprudência, o que tem se mostrado mais efetivo do que a alteração das leis pelo Poder Legislativo, disso decorre a ideia de cláusulas gerais ou janelas abertas, de normas-

---

<sup>203</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 634.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 637.

princípios, permitir o avanço da norma na mesma medida em que avançam as relações sociais.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que tem se debruçado com frequência no estudo dos institutos do Código de Processo Civil, também tratou do valor *estabilidade* e um de seus enunciados: “Enunciado n. 316 do FPPC: A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”.

Nesse aspecto, o fórum preocupou-se com a ideia de estabilidade a partir da observância de seu conteúdo pelos próprios órgãos que deram origem a ele. Trata-se, assim, de uma outra face do mesmo tema. Estabilidade pela ideia de manutenção, e mudança somente com fundamento e procedimento próprio, e da ideia de aplicabilidade por todos, inclusive, e, especialmente, pela corte em que se originou, elemento que também diz respeito ao preceito da coerência, como se verá adiante.

O elemento seguinte diz respeito à integridade da jurisprudência.

Para que se alcance a integridade, ou seja, manutenção do conteúdo da norma, como conhecimento integral e inequívoco de seus elementos, necessário será estabelecer um método de pulverização de informações e de controle de sua aplicabilidade.

Será preciso fixar repertório jurisprudencial com indexação precisa dos assuntos versados e dos dispositivos normativos interpretados e aplicados na decisão. A integridade não poderá ser afetada por contradições e instabilidades na compreensão dos institutos. Julgar questões de direito, em casos distintos, de forma distinta, já havendo uma decisão uniformizadora, colocará a integridade em risco.

Para prevenir referido risco é que a legislação determinou a criação de métodos de gestão de precedentes, o que foi regulamentado pela Resolução 235 de 2016 do Conselho Nacional de Justiça.

Referida providência decorre de uma exigência imposta pelo § 5º do artigo 927 do Código de Processo Civil.

A partir dessa regulamentação os Tribunais Superiores, e até os intermediários, passaram a ter de instituir os denominados Núcleos de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP, para publicização de seus precedentes.

Nesse sentido é a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno:

A publicidade dos “precedentes” (sempre entendidos como resultado daquilo que foi julgado) é determinada pelo § 5º do art. 927, que impõe aos Tribunais que os organize por questão jurídica decidida e divulgue-os, de preferência, na rede mundial de computadores. É o que o STF e o STJ e a maioria dos Tribunais já vinham e vêm fazendo em seus próprios *sites*, e que sirva de modelo para outros Tribunais, que não o façam, sempre com os necessários aperfeiçoamentos de qualquer prática humana. A determinação é louvável também na perspectiva de a ampla divulgação das decisões dos Tribunais ser passo decisivo não só para o conhecimento, mas também – é isto que quero acentuar aqui – da necessária observância do que vem sendo por eles decidido, *sempre levando* em conta as peculiaridades de cada caso concreto e o conhecimento do que efetivamente e por que foi decidido no julgado anterior para viabilizar sua escorreita aplicação (ou não) aos casos futuros. Tudo, não receio ser repetitivo, por força dos incisos V e VI do § 1º do art. 489, à espécie, por força do § 1º do art. 927.<sup>205</sup>

No mesmo sentido a doutrina de Direito Processual do Trabalho, nas palavras de Manoel Antônio Teixeira Filho, quanto à ideia de publicidade, organização e meio de divulgação, ao afirmar: “§ 5º Aos tribunais caberá dar publicidade aos seus precedentes, organizando-os de acordo com as questões jurídicas decididas e divulgando-as, de preferência, na rede mundial de computadores”.<sup>206</sup>

Há uma análise sistemática desses preceitos com o disposto no artigo 489 do CPC, uma vez que a partir do conhecimento amplo e inequívoco do conteúdo da jurisprudência (em sentido amplo) se permitirá ao próprio Poder Judiciário, nas instâncias inferiores, como ocorre com a primeira instância, em todas as justiças, aplicar ou rejeitar a aplicação de certos precedentes, conforme os limites do que foi efetivamente decidido.

O § 1º do artigo 489 da norma processual comum trata das nulidades quando a elaboração da sentença não observar os fundamentos determinantes, ou mesmo deixar de efetivar as distinções necessárias, como se constata na leitura dos incisos V e VI.

O elemento seguinte, e final dentro do mesmo artigo 926 do CPC, diz respeito à coerência da jurisprudência.

A teleologia desse preceito está, justamente, na necessidade de intersecção entre a lei e os precedentes, de tal modo que a vinculação que leva o juiz a aplicar a lei também esteja presente no momento de aplicar um precedente, pois, a partir da alteração da cultura

<sup>205</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 638.

<sup>206</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 1036.

do código, como bem pontuado por Tercio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>207</sup> a tensão hermenêutica deixa de ocorrer exclusivamente entre o legislador e o doutrinador, para se deslocar para a tensão entre o legislador/doutrinador e o intérprete. Trata-se da assunção dos princípios, da força obrigatória da jurisprudência, aqui entendida em seu sentido mais amplo.

A coerência está em integrar a pluralidade de fontes formais diretas, interpretando-as a partir dos elementos hermenêuticos que lhe sejam típicos (os precedentes possuem elementos próprios, e que serão objeto de análise no capítulo seguinte) dentro de um sistema jurídico único.

Negar aplicabilidade, ou mesmo uma técnica hermenêutica de interpretação razoável, aos precedentes, levará ao subjetivismo exacerbado, contra a intenção do próprio legislador, culminando no que tem sido mais combatido no decorrer deste trabalho, o solipsismo.

O primado da isonomia restaria afastado, pois as pessoas passariam a ter decisões conflitantes, a partir de um mesmo precedente (que diz respeito a institutos de direitos materiais e processuais), gerando incoerência judicial, ao mesmo tempo em que ofenderia de modo absoluto o senso de segurança jurídica, pois a autenticidade do agir social, pautada nos precedentes, geraria um sentimento de imprevisibilidade, justamente o inverso do que pretende a teoria dos precedentes.

Como bem apontado por Chaïm Perelman:

A construção do que é direito envolve uma dupla exigência: sistemática, na elaboração de uma ordem coerente e; ainda, pragmática, já que busca decisões aceitáveis pelo meio, portanto, razoáveis, envolvendo um conceito de adesão e não de verdade.<sup>208</sup>

O pragmatismo diz respeito, também, a concatenação coerente das várias fontes formais aplicáveis aos casos em exame, mediante uma intersecção de normas, tornando a construção do direito harmônica.

A partir disso, resta agora compreender quais são os institutos que podem ser classificados como precedentes e que formarão este conjunto normativo a partir de

---

<sup>207</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica* cit.

<sup>208</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 238.

decisões judiciais, nos moldes das alterações legislativas mais recentes, especialmente, no que toca às demandas repetitivas.

O próprio Livro III do Código de Processo Civil indica os primeiros passos nesse sentido, pois institui a partir dos já citados artigos 926 e 927 as premissas da jurisprudência, sendo que este último elabora um rol de preceitos que devem ser observados pelos juízes e tribunais, e, no artigo 928, institui o que considera ser julgamento de casos repetitivos.

O artigo 988 do mesmo código, reforçando a ideia de vinculação, implementa o instituto da reclamação, para fins de fazer valer a força obrigatória dos precedentes e criar mecanismo de controle de ofensa a essa obrigatoriedade.

Passemos, assim, para a análise dos institutos enquadrados como precedentes.

#### *4.3.1 Decisões judiciais com efeito vinculante*

A matéria dos institutos que dão origem aos denominados precedentes serão organizadas em gêneros e espécies, sendo o primeiro dos gêneros aqueles decorrentes das decisões do Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado, frutos das ações declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, por exemplo, seja os decorrentes dos sistemas de súmulas vinculantes.

Nesse ponto, quanto às demandas submetidas ao controle de constitucionalidade, já será tratado o assunto da reclamação, em primeiro lugar em ordem constitucional, mas, por coerência e coesão de pensamento, também o instituto sob a ótica dos demais precedentes de ordem infraconstitucional. Adianta-se, assim, o tema sob a perspectiva dos demais gêneros, uma vez que o instituto é único, em que pese sua incidência em momentos e cortes diversas.

Num segundo momento, a matéria será tratada a partir da vertente das denominadas decisões em processos repetitivos, seja por demandas repetitivas, seja por recursos repetitivos.

Por fim, o que este trabalho denomina de demais hipóteses, como os incidentes de assunção de competência, orientação de plenário, dentre outros institutos.

Todos eles, no entanto, decorrem da sistemática inaugurada pelo Livro III, Título I, Capítulo I, do CPC, nos cinco incisos do artigo 927.

Iniciemos, então, pelas decisões em controle de constitucionalidade no STF.

#### 4.3.1.1 *Decisões do Supremo Tribunal Federal*

O primeiro dos três gêneros sugeridos anteriormente diz respeito às atividades uniformizadoras praticadas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente na vertente do controle concentrado e as decorrentes das súmulas vinculantes, com a respectiva análise da reclamação. Vejamo-las.

##### 4.3.1.1.1 Decisões em matéria de controle concentrado de constitucionalidade

A questão está vinculada, exclusivamente, ao controle concentrado de constitucionalidade, não sendo o caso, neste tópico, de discussões decorrentes de controle difuso, em razão da interpretação gramatical.

Na verdade, a questão, não é exatamente nova na sistemática do processo constitucional, tendo em vista que os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, a exemplo das ações direta de inconstitucionalidade, de constitucionalidade, de ofensa a preceito fundamental, já tinham julgamento com caráter vinculante, mesmo antes da edição da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, como bem assevera a doutrina.

José Afonso da Silva, afirma expressamente este caráter vinculante das decisões do STF:

Diz o § 2º do art. 102, acrescido pela EC 3/93, que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A eficácia *erga omnes* significa que declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei se estende a todos os feitos em andamento, paralisando-os com o desfazimento dos efeitos das decisões neles proferidas no primeiro caso ou com confirmação desses efeitos no segundo caso.<sup>209</sup>

---

<sup>209</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 60.

Referida hipótese torna sem efeito o argumento contrário à teoria dos precedentes no sistema pátrio, pelo menos sob o aspecto de que o Código de Processo Civil, ou mesmo a reforma implementada na Consolidação das Leis do Trabalho, tenham criado a espécie, o que, de fato, não se sustenta.

Vinculação obrigatória a julgados já existe desde, pelo menos, a Constituição Federal de 1988, para ficarmos com a afirmação doutrinária anteriormente referida.

Alexandre Freitas Câmara, em obra publicada em data anterior à própria alteração legislativa supramencionada, já dizia expressamente da possibilidade de vinculação que se estendia muito além ao sistema de controle de constitucionalidade, reconhecendo, já em 2004, um movimento de jurisprudência com poder vinculante ou persuasivo com o que ele chamava de possível adoção de sistema de precedentes.

Trata-se, aí, de permitir a intervenção de *amici curiae*, os quais – com sua atuação – ampliarão a participação da sociedade na discussão das questões constitucionais que podem surgir em um processo, o que ganha cada vez mais importância, máxime quando se considera que há uma tendência à valorização dos precedentes judiciais no direito brasileiro, tenham eles eficácia vinculante ou meramente persuasiva.<sup>210</sup>

Ademais, como o objetivo deste estudo é direcionar o preceito para as hipóteses infraconstitucionais, especialmente o Processo do Trabalho, referida afirmação, embora de extrema relevância no mundo jurídico, não acresce grandes novidades na sistemática implementada.

De qualquer modo, trata-se de uma hipótese em que o julgamento realizado pelo Poder Judiciário estende seus efeitos para além do efeito passado, para solucionar um processo, passando a projetar efeitos futuros, pois vincula os demais casos à solução emanada do STF.

#### 4.3.1.1.2 Enunciados de súmulas vinculantes e a reclamação

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 inaugura a sistemática das súmulas com caráter vinculante, desde que observados alguns critérios. Trata-se das hipóteses emanadas

---

<sup>210</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2, p. 49.

do controle difuso de constitucionalidade, inovando em face da sistemática do controle concentrando, como visto anteriormente.

A existência da súmula vinculante se justifica a partir da perspectiva da segurança jurídica, a qual gera previsibilidade do agir social, havendo certo grau de certeza do resultado de um possível processo judicial.

O marco das súmulas vinculantes instituiu os primeiros debates sobre o peso de referida vinculação, tanto no que diz respeito ao livre convencimento motivado, que impacta na atividade dos juízes, como no que tange a um provável engessamento do pensamento jurídico, no que alcança os advogados e demais operadores do direito.

Com a inserção, no corpo da Constituição Federal, dessa modalidade de súmulas, passa-se a distinguir as denominadas súmulas vinculantes das súmulas persuasivas.

A última com característica informativa, com possibilidade de convencimento, sem, contudo, obrigar de forma peremptória os demais interlocutores do processo. Em que pesem referidas súmulas não terem o caráter obrigatório, já era nítido, mesmo antes da Emenda n. 45, a respeitabilidade que os litigantes e demais membros do Poder Judiciário nutriam por tais posicionamentos, de tal modo que, embora não vinculantes, tinham um grande poder de convencimento e utilização.

As súmulas persuasivas não eram uma exclusividade do STF, ao contrário, o STJ e o TST já as produziam com frequência considerável, buscando estabilizar os entendimentos acerca de temas que se avolumavam junto a essas cortes, e que uma vez sumulados geravam a política judiciária de observância.

Até mesmo tribunais intermediários, como Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, já exerciam a uniformização de suas jurisprudências por intermédio da edição de súmulas persuasivas.

Para os casos de não aplicabilidade de referidas súmulas restava aos litigantes percorrer toda a via judicial, recurso a recurso, até chegar à corte que produziu a jurisprudência persuasiva para a sua aplicação. Tal fato ocorria, também, com o STF, sendo este a última instância em termos recursais, pode-se dizer que era um longo caminho até a efetiva uniformização.



Roberto Rosas, em obra em que comenta o direito sumular, passa por essa explicação, justamente, no que diz respeito ao STF:

Como observou Castro Nunes, a inobservância da jurisprudência do STF (que era a segunda instância federal) levava ao recurso extraordinário para corrigir esse desrespeito, e tinha como objetivo a uniformização da jurisprudência na aplicação do direito federal.<sup>211</sup>

Havia um fator extra, em relação ao sistema das súmulas persuasivas, que era denominado de súmula impeditiva de recursos, pois, estando o julgado recorrido em acordo com a posição uniforme das cortes que as produziram, não haveria razão para receber e julgar referidos recursos no mérito, portanto, aos relatores era possível denegar liminarmente referidos apelos. Roberto Rosas, mais uma vez, captou referido movimento datado do começo dos anos noventa:

#### 4. A importância da súmula está consagrada.

A Lei 8.038/90 (art. 38) permitiu ao relator negar seguimento ao recurso contrário à *súmula* do respectivo tribunal (CPC, art. 557). No art. 475, § 3º, do CPC (redação da Lei 10.532, de 26.12.2001) não há sujeição ao duplo grau de jurisdição nas sentenças de interesse da União, Estado e Município, se fundadas em jurisprudência do Plenário do STF ou em súmula do STJ ou do tribunal superior competente.<sup>212</sup>

O mesmo movimento de súmulas impeditivas foi captado pela teoria constitucionalista, aqui expressado pelas palavras de José Afonso da Silva:

As *súmulas impeditivas de recurso* têm os mesmos objetivos previstos para as súmulas vinculantes (supra), não tolhem o exercício da jurisdição nos juízes inferiores, porque constituem apenas em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, dizem os futuros artigos 105-A e 111-B, se aprovados (constam da PEC-29/2000, que, aprovada pelo Senado, retornou à Câmara para reapreciação). Deve-se entender que impedem a interposição de qualquer recurso no âmbito de competência da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, conforme se trate de súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior do Trabalho.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> ROSAS, Roberto. *Direito sumular* cit., p. 9.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>213</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 566-567.

A visão do autor estava baseada no projeto de emenda, que visava tornar as súmulas impeditivas de recurso um preceito constitucional, o que acabou ocorrendo de qualquer forma por leis infraconstitucionais e pela posição uniforme das cortes referidas.

Já se tratava de um embrião do que mais tarde seriam as súmulas vinculantes do STF e mesmo os demais precedentes com fortes impactos no STJ e no TST.

Foi, no entanto, a súmula vinculante que gerou mais polêmicas e debates quanto ao tema em destaque. Uma situação era o poder de convencimento das súmulas, com forte adoção pelo corpo jurídico, contudo, partindo da vontade individual de cada ator processual, outra coisa, bem distinta, era a retirada deste espaço de análise com a imposição das decisões a todos os demais interessados.

José Afonso da Silva identificou referida controvérsia a partir, justamente, da mudança de paradigma das súmulas, de persuasiva, para obrigatória e, já restava nítida, nas palavras do autor, a polêmica gerada pela adoção a uma posição oficial, fixa, como se percebe na narrativa a seguir:

Um dos pontos controvertidos da reforma introduzida pela EC-45/2004 é o das *súmulas vinculantes*. Esse é um velho tema recorrente toda vez que se cuida de reforma do Judiciário. É a questão da adoção oficial de uma interpretação fixa, que se imponha a todos, e que foi objeto de larga discussão durante o Império.<sup>214</sup>

A referência aos tempos do Brasil Império deixa transparecer que referido papel a ser exercido pelo Poder Judiciário não é novo, em absoluto, desde sempre se discute referida possibilidade, antes mesmo da proclamação da República.

Na mesma passagem citada, o autor menciona projeto de lei que visava criar a vinculação dos julgados da corte de sobreposição, em matéria de direito:

José Thomaz Nabuco de Araújo apresentou projeto, em 1843, conferindo ao mais alto tribunal do Império – O Supremo Tribunal de Justiça –, o direito de julgar definitivamente as causas em que concedesse revista, porque, para ele, era uma anomalia que os tribunais inferiores pudessem

---

<sup>214</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 564.

julgar, em matéria de direito, o contrário do que tinha decidido o primeiro tribunal do Império.<sup>215</sup>

O STF, apesar de a emenda que instituiu referida sistemática datar de dezembro de 2004, somente em junho de 2007, ou seja, cerca de dois anos e meio após a vigência da norma, passou a editar referidas súmulas.

O tempo de maturação e compreensão da norma foi bastante importante para que os operadores do direito pudessem se ambientar aos termos da norma, compreendê-la e passar a operar com referido sistema de vinculação.

As matérias, no entanto, eram reduzidas, pois, tratando-se de STF, somente quanto às discussões com assento na Constituição Federal é que poderiam haver referidas construções jurisprudenciais.

Na esfera trabalhista, por exemplo, somente a Súmula vinculante n. 4, datada de maio de 2008, veio a ter repercussão em termos de vinculação jurisprudencial.

O maior reflexo quanto à vinculação veio com o instituto da reclamação, mecanismo já conhecido do público (para as hipóteses de controle por meio das ações diretas e indiretas de constitucionalidade, por exemplo, artigo 102, I, *j*, da CF) e que possibilitaria o controle da aplicação das súmulas vinculantes pelos demais órgãos do Poder Judiciário, garantindo sua observância em todos os níveis judiciais e da administração pública.

O artigo 103-A, no *caput*, instituiu a vinculação, observados critérios descritos no próprio artigo, quais sejam, a uniformização realizada, de ofício ou a requerimento, com votação de quórum especial, pois exige o mínimo de dois terços de seus membros, sendo um quórum qualificado, uma vez que exige a contagem a partir de todos o membros da corte, e não somente dos presentes ao julgamento, com respectiva publicação no diário oficial.

O CPC de 2015 também instituiu referido procedimento em caso de ofensa aos precedentes, o que se mostrava necessário, uma vez que os artigos referidos (102 e 103-A), no corpo da Constituição Federal, somente poderiam tratar de reclamação em sede de

---

<sup>215</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 564.

controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes e não nas demais hipóteses.

Alguns vislumbram na reclamação constitucional um direito de ação, com efeitos de trânsito em julgado após a efetiva decisão pelo STF. Há quem sustente, inclusive, que o embrião dessa teoria estaria nos comentários acerca do Código de Processo Civil da época feitos por Pontes de Miranda.<sup>216</sup>

Como bem afirmado pela doutrina, a exemplo de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, “a reclamação é fundamentalmente uma ação de conhecimento, porque a decisão, que é o que nela se busca, julgará a lide em razão, justamente, de se referir à existência de desobediência à decisão do STF”, até afirmar a coisa julgada, decorrente dessa ação, quando sustenta que trata-se de “uma ação cognitiva, porque a matéria da reclamação será submetida à cognição exauriente, tanto que a decisão de mérito poderá fazer coisa julgada formal e material”.<sup>217</sup>

No mesmo sentido a doutrina de José da Silva Pacheco, ao afirmar que se instituiu a necessidade de preservação da competência da corte superior:

[...] ação, fundada no direito de que a resolução seja pronunciada por autoridade judicial competente; de que a decisão já prestada por quem tinha competência para fazê-lo tenha plena eficácia, sem óbices indevidos, e de que se eliminem os óbices ou se elidam os estorvos que se antepõem, se põem ou se pospõem à plena eficácia das decisões ou à competência para decidir.<sup>218</sup>

Supera-se, assim, as afirmações de que a reclamação seria um recurso, sucedâneo recursal, incidente processual, direito de petição, correição, ou algo que o valha.

Com o advento do CPC de 2015, a matéria voltou a ser objeto de discussão, desde sua criação, até os efeitos e a natureza, sendo que, quando aprovado, mas antes da vigência, tinha uma previsão que não deixava dúvidas sobre referido efeito vinculante,

---

<sup>216</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização por Sérgio Bermundes, 1997. t. V, p. 286-287.

<sup>217</sup> DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER, Fredie (Coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 352.

<sup>218</sup> PACHECO, José da Silva. Reclamação. In: *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 623.

tratava-se da hipótese de reclamação para garantir a autoridade dos julgados em matéria de recurso repetitivo. Essa era a redação original do artigo 988, IV, do CPC: “IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”.

Logo após a promulgação da Lei n. 13.256, de 5 de fevereiro de 2016, foi excluída a hipótese de reclamação em relação a julgamento de recursos repetitivos, como se lê da nova redação do inciso IV: “IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.

A mesma compreensão pode ser extraída da leitura do inciso II do mesmo artigo: “II – garantir a autoridade das decisões do tribunal”.

O cabimento de reclamação, seja pela leitura do antigo inciso IV, o qual era expresso e inequívoco, seja pela interpretação emprestada ao inciso II, todos do artigo 988 do CPC, denota que a intenção do novo diploma processual é no sentido do cabimento da reclamação contra as decisões que contrariarem as uniformizações estabelecidas pelos institutos descritos no próprio artigo 988 do CPC.

A figura da reclamação em matéria de direito individual, anteriormente ao novo diploma, só tinha cabimento em matéria de controle de ordem constitucional, ou mesmo em matéria de competência do STJ, artigos 102, 103-A e 105, todos da CF.

Atualmente, com a vigência do novo diploma processual, o § 1º, ainda do artigo 988, prevê que a reclamação será dirigida ao Tribunal que fixou a tese: “A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir”.

No mesmo sentido, quanto à possibilidade de reclamação para garantir a autoridade do precedente, é a doutrina de Cassio Scarpinella Bueno, em que pese denominar o instituto de “precedente à brasileira”, reconhece a adoção da tese:

O art. 988 trata das hipóteses de cabimento que são mais amplas que as previstas na Lei 8.038/90, justificando-se diante do sistema proposto pelo novo CPC, inclusive no que diz respeito ao cumprimento da “teoria de precedentes à brasileira”, com a importante diretriz veiculada no § 4º dispositivo aqui anotado, no sentido de as hipóteses relacionadas ao controle concentrado de constitucionalidade (inciso III), aos enunciados de Súmulas vinculantes e ao que for julgado em sede de casos repetitivos

(inciso IV) compreendem não só a aplicação indevida da tese jurídica, mas também a sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

O § 1º do art. 988 evidencia que a reclamação pode ser proposta perante qualquer Tribunal (não apenas nos Tribunais Superiores, objeto de disciplina da precitada Lei n. 8.038/90), sendo sua competência a do órgão cuja decisão justifica a medida.<sup>219</sup>

No FPPC, há enunciado tratando do cabimento desse instituto, reclamação, em matéria de processo do trabalho, estendendo a garantia da preservação dos julgados de seus tribunais, o que pode compreender tanto o inciso IV, quanto o inciso II do precitado artigo 988:

Enunciado 350: Cabe reclamação, na Justiça do Trabalho, da parte interessada ou do Ministério Público, nas hipóteses previstas no art. 1.000, visando a preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade de suas decisões e do precedente firmado em julgamento de casos repetitivos (art. 988, do novo CPC).

A doutrina processual trabalhista, aqui representada por Manoel Antônio Teixeira Filho, descreve mais diretamente a reclamação e a incidência do inciso II do artigo 988:

*Caput.* A reclamação se destina, em termos gerais, a preservar a competência do tribunal e a garantir a autoridade de suas decisões.

[...]

Inciso II. Para garantir a autoridade das decisões do tribunal. Dá-se, digamos, quando o juiz quando não aplica tese firmada pelo tribunal no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 985, I e II); quando, de modo geral, o juiz de Vara ignora decisão proferida pelo tribunal a que se encontra subordinado.<sup>220</sup>

Nos dois campos de atuação da ciência processual, ou seja, tanto a posição da doutrina do processo civil, como a posição da doutrina do processo do trabalho, falam em autoridade do julgado. Não haveria a menor razoabilidade em se estabelecer a possibilidade de reclamação para resguardar a autoridade de TRT, em sede de IRDR, e não ocorrer o mesmo em sede de TST, quando do julgamento dos recursos de revista e de embargos repetitivos.

<sup>219</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 634.

<sup>220</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 1183.

Não há dúvidas de que a autoridade do TST – enquanto órgão nacional de uniformização – deve ser compreendida de forma mais efetiva do que a autoridade dos tribunais regionais, que têm limitações territoriais de abrangência. Estaríamos, certamente, diante de um contrassenso, se estabelecêssemos uma ordem inversa de autoridade. Por isso, seja pela leitura do inciso II do artigo 988, combinado com o § 1º do mesmo diploma, seja pela leitura extensiva do próprio artigo 985, § 1º, ainda do novo diploma processual, o certo é que deve ser preservada a autoridade das decisões proferidas em julgamento de recursos repetitivos.

O motivo da alteração do inciso IV do artigo 988 parece ser a redação do § 5º do mesmo artigo, quando exige que a reclamação só terá cabimento quando esgotadas as vias ordinárias de insurgência.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

A redação do referido inciso II do § 5º do artigo 988 foi determinada, também, pela Lei 13.256/2016, pois, somente havia a impossibilidade de reclamação após a ocorrência do trânsito em julgado da decisão objeto de reclamação, posto que, a intenção do legislador foi permitir o esgotamento das vias ordinárias, evitando que o litigante passe, por exemplo, da vara do trabalho, diretamente ao TST, sem que antes passe pelo TRT, o qual, por uma leitura lógica, deverá aplicar a tese firmada em recurso repetitivo.

O esgotamento das vias ordinárias é uma forma de evitar uma avalanche de reclamações nos tribunais superiores, permitindo aos tribunais intermediários que resolvam o problema. Em uma análise apressada, no entanto, pode parecer certo esvaziamento do instituto da reclamação, pois nesse sentido o próprio recurso cabível da decisão poderia atacar tal ponto, em preliminar, por exemplo.

Aguardemos a posição dos próprios tribunais superiores, entre eles o TST, para se compreender qual interpretação será emprestada ao instituto. Alguns estudiosos já ousaram se debruçar sobre o tema, afirmando ser a intenção da norma evitar o excesso de reclamações nos tribunais superiores:

Outra alteração da Lei 13.256/16 é a restrição à reclamação para os Tribunais Superiores. Aumentada pelo novo CPC, uma enxurrada de reclamações poderia, na visão do legislador, inviabilizar o próprio funcionamento dos Tribunais. Assim, apesar de reafirmada e aumentada em outros casos, a reclamação deixará de ser cabível diretamente para o STJ e o STF quando alegado o descumprimento de decisões tomadas em recursos repetitivos e em repercussão geral. Ou seja, formada uma tese no âmbito das Cortes Superiores, caberá aos Tribunais inferiores a aplicação aos casos concretos. Eventuais equívocos cometidos devem ser resolvidos primeiramente no âmbito destes Tribunais, não podendo as partes diretamente reclamar ao STJ e ao STF (mas apenas após frustradas as tentativas ordinárias).<sup>221</sup>

As primeiras impressões acerca da teleologia da norma, a partir da *mens legislatoris*, e, por enquanto, somente este aspecto pode ser levado em conta, tendo em vista o curto espaço de tempo em que as normas se encontram vigentes, é a de que não houve intenção efetiva de desconstrução da teoria de precedentes e da vinculação aos julgados proferidos em sede de recursos repetitivos.

Busca-se, ao contrário, racionalizar o trabalho das cortes superiores, as quais têm funções de extrema importância a serem tratadas em termos de uniformização de entendimentos acerca da lei em tese.

#### 4.3.1.2 *Processos de natureza repetitiva*

Como já afirmado anteriormente, há um gênero, constituído pela ideia de julgamento de casos repetitivos. Os casos repetitivos serão objeto de coletivização de soluções judiciais, não se trata, como ocorre nas ações civis públicas, ou mesmo nas ações coletivas, de coletivização da demanda no ingresso da causa, mas de coletivização no momento da decisão da causa.

O sistema implementado pelo CPC de 2015 busca racionalizar as soluções de casos idênticos, em matéria de direito. Importante notar, desde sempre, que o fato e a prova são, e sempre serão, dinâmicos, ou seja, alteram-se conforme cada caso concreto.

Por isso, a ideia de julgamento de causas repetitivas pressupõe a existência de matéria de direito, tanto de direito material, quanto de direito processual.

---

<sup>221</sup> CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *As alterações da Lei 13.256/16 ao novo CPC*. Site Migalhas: Visitado em 23 de abril de 2016.



A afirmação de gênero se sustenta pela própria redação do artigo 928 do CPC, que denomina o instituto de *juízo de casos repetitivos*, e nos incisos inclui o IRDR e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

A CLT, por meio dos artigos 896-B e 896-C, estende o tratamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos para o recurso de revista, e veja que a referência a recurso extraordinário repetitivo nem sequer existia no CPC de 1973, mas, já estava descrita na CLT; em consequência da reforma trazida pela Lei n. 13.015 de 2014, a matéria será abordada de forma mais efetiva no desenvolvimento a seguir.

#### *4.3.1.2.1 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*

A compreensão deste incidente passa pela construção de alguns vetores que são basilares no desenvolvimento do tema. Além disso, vale ressaltar que a pretensão do legislador, numa análise de contexto, portanto, teleologia, parte da premissa de que referido instituto se aplique, essencialmente, aos tribunais intermediários, uma vez que, aos tribunais superiores, naturalmente, serão aplicados os preceitos dos recursos repetitivos, no caso do TST, o recurso de revista repetitivo.

A preocupação com a uniformização em sede de tribunal intermediário é antiga e vai ao encontro de um anseio social de isonomia e segurança jurídica, como se percebe no texto de Estêvão Mallet ao comentar a Lei n. 13.015 de 2014:

É antiga a preocupação com a uniformização da jurisprudência no âmbito interno dos tribunais. O prejulgado, previsto no art. 861 do Código de Processo Civil tinha tal objetivo. O Código de Processo Civil de 1973 criou medida específica nos arts. 476 e seguintes, sob a rubrica de incidente de uniformização de jurisprudência. No processo do trabalho, a Lei n. 9.756 de 1998, obrigou os Tribunais Regionais do Trabalho a uniformizar sua jurisprudência, com o § 3º, que inseriu no art. 896 da CLT.<sup>222</sup>

As normas do processo, desde 1973, já tratavam do tema da uniformização em sede de tribunal intermediário, sendo que a CLT já fazia expressa remissão a tais preceitos, e o CPC de 2015 trata dessa mesma uniformização, podendo ser realizada em duas frentes,

---

<sup>222</sup> MALLET, Estêvão. Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 79, n. 1, p. 47, jan. 2015.

o IRDR e o IAC – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência –, sendo o primeiro objeto deste estudo.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini identificam a transição entre a antiga forma de uniformização regional, a qual reconhecem não existir mais, ao afirmarem que “A uniformização da jurisprudência, como incidente, não existe mais no CPC de 2015”,<sup>223</sup> ao mesmo tempo em que descrevem os novos institutos aptos a permitir referida uniformização: “Há também novos instrumentos destinados a especificamente assegurar esse escopo: incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e incidente de assunção de competência”.<sup>224</sup>

A IN 40 de 2016 do TST reconheceu a superação do antigo processamento de uniformização, quando em seu considerando afirmou que “não obstante o Código de Processo Civil haja extinto o procedimento para disciplinar o incidente de uniformização de jurisprudência (IUJ), o instituto continua previsto no art. 896, §§ 3º a 6º da CLT”, e também o cabimento de referido incidente na seara processual trabalhista, pois assim estabelece no artigo 2º: “Após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, subsiste o Incidente de Uniformização de Jurisprudência da CLT (art. 896, §§ 3º, 4º, 5º e 6º), observado o procedimento previsto no regimento interno do Tribunal Regional do Trabalho”.

A Lei n. 13.467 de 2017, denominada Lei da Reforma Trabalhista, revogou expressamente os parágrafos do artigo 896 da CLT, inclusive aquele que dizia respeito ao IUJ, passa-se, assim, à condição inequívoca de inexistência do preceito, mas, como sustentado pela doutrina, restou substituído pelos procedimentos ligados ao IRDR e IAC.

Os RIs continuarão a regular a matéria, como já ocorria no CPC de 1973, sendo que o TST, claramente, pretendeu se referir aos incidentes existentes no CPC de 2015, uma vez que não pode pretender aplicar instituto revogado. O IAC servirá aos casos com temas de grande relevância social, mas que ainda não sejam objetos de múltiplas demandas, a teor do artigo 947 que assim estabelece: “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária

---

<sup>223</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMANI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Volume 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 893-894.

<sup>224</sup> *Ibidem*.

envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

Cassio Scarpinella Bueno afirma de forma inequívoca tal assertiva ao dizer que:

[...] a exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários ou especiais repetitivos, precisaria haver “múltiplos processos” julgados em sentidos diversos, o que o caput e o § 4º do art. 947, cada um a sua maneira, expressamente dispensam.<sup>225</sup>

A matéria da vinculação foi tratada pelo FPPC no Enunciado 167<sup>226</sup> quanto aos TRT’s ao mesmo tempo em que há expressa disposição em aplicar o IAC a referidas cortes, a teor do Enunciado 335.<sup>227</sup>

O IRDR, em outra frente, servirá aos casos, como o próprio nome sugere, de demandas repetitivas, a teor do artigo 976 do CPC: “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”. São requisitos cumulativos: repetição de processos e risco à isonomia e segurança jurídica.

Cassio Scarpinella Bueno e Estevão Mallet, o primeiro no processo comum, o segundo no processo especial, afirmam, respectivamente, a necessidade de concentração de processos sobre mesma questão de direito:

O instituto quer viabilizar uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão de direito no âmbito dos tribunais e permitir que a decisão a ser proferida vincule todos os demais casos que estejam sob a competência territorial do tribunal julgador.<sup>228</sup>

Pressuposto para adoção da medida é, consoante indicando no art. 476, *caput*, do CPC, dissídio em torno da “interpretação do direito” ou, bem se poderia dizer, em outros termos, controvérsia sobre o sentido do direito em tese, em oposição ao direito *in concreto*, se, por uma razão ou outra, a decisão a ser proferida no incidente não poder constituir precedente para novos julgamentos, deixa de fazer sentido a medida. No incidente só se

<sup>225</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 593.

<sup>226</sup> Enunciado n. 167: “Os tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos enunciados de duas próprias súmulas e aos seus precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas”.

<sup>227</sup> Enunciado n. 335: “O incidente de assunção de competência aplica-se ao processo do trabalho”.

<sup>228</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 612.

há de tratar, lembra Pontes de Miranda, “de *quaestio iuris*, nunca de *quaestio facti*”.<sup>229</sup>

Mallet ainda reforça a ideia da necessidade de que a uniformização tenha efeitos prospectivos, ou seja, constitua-se em precedente para novos julgamentos, sob pena, inclusive, de não haver razão para a uniformização.

A pergunta a ser respondida diz respeito ao número de processos repetitivos para suscitação do incidente, sendo que a propensão é que não se exija um número muito expressivo de casos, desde que se vislumbre possibilidade de quebra de isonomia e de segurança jurídica quanto a decisões judiciais conflitantes. Nesse mesmo sentido é o Enunciado 87<sup>230</sup> do FPPC.

Os tribunais regionais alteraram sua competência uniformizadora de jurisprudência, deixando de estar preocupados somente com a revisão dos casos submetidos a sua análise, portanto uma feição que leva em conta o passado, para uma nova preocupação, com os processos e posições que virão a ser julgados, portanto, preocupação com o futuro das decisões, seu caráter informativo perante a sociedade. A isonomia e a segurança jurídica das relações processuais passam a ser preocupações cotidianas na atuação das cortes.

Um dos primeiros efeitos da reforma da CLT e vigência do CPC de 2015 foi reforçar a atuação dos tribunais regionais em termos de uniformização de suas jurisprudências, o que vai ao encontro das colocações de José Roberto Freire Pimenta<sup>231</sup> e da obra de Cláudio Mascarenhas Brandão,<sup>232</sup> Ministros do TST, que vêm afirmando a mudança do papel da jurisprudência.

Uma das novidades implementadas pela Lei n. 13.015 de 2014 foi a exacerbação da possibilidade de as partes suscitarem o procedimento, o que não era vedado pela redação do artigo 896, § 3º, da CLT, quando previa a aplicação do Incidente de

---

<sup>229</sup> MALLET, Estêvão. Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014 cit., p. 47.

<sup>230</sup> Enunciado n. 87: A instauração do incidente de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra de isonomia e da ofensa à segurança jurídica.

<sup>231</sup> PIMENTA, José Roberto. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho cit., p. 176-235.

<sup>232</sup> BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista – Comentários à Lei 13.015/2014* cit.

Uniformização da Jurisprudência, nos termos do processo comum, mas padecia de uso efetivo.

Estêvão Mallet captou com exatidão o desuso que pairava sobre o incidente de uniformização, no período que antecede a reforma em análise, o que pode ser extraído da passagem em que afirma: “Na prática, porém, não era frequente a uniformização interna da jurisprudência. Falava-se, de modo seguido, no caráter facultativo da medida, para nada se fazer. [...]”.<sup>233</sup>

No mesmo sentido é a doutrina de Ivan Alemão ao descrever o procedimento anterior à reforma:

A primeira “novidade” trazida pela Lei n. 13.015/2014 para a Justiça do Trabalho é a possibilidade de a *parte* suscitar o procedimento. Não que houvesse alguma proibição para tal, pois a redação do § 3º do art. 896 da CLT dada pela Lei 9.756, de 1998, já determinada que se seguisse integralmente o CPC sobre a matéria. O fato é que os regimentos internos dos tribunais acabavam por só cuidar da uniformização a partir dos magistrados ou por provocação do MPT. Porém, a Lei a Lei n. 13.015, além de alterar a redação do § 3º do art. 896 da CLT, criou também o § 4º com a referência precisa sobre a possibilidade de a parte provocar o Tribunal sobre conflito de decisões.<sup>234</sup>

O julgamento do caso repetitivo permite a alteração do próprio julgado, ao contrário do que ocorria anteriormente, sendo que a questão, à luz do ordenamento anterior, era tão certa neste sentido, que Estêvão Mallet, ao comentar a Lei n. 13.015 de 2014, ainda sob a égide do antigo código, e Ivan Alemão, respectivamente, ao afirmar a alteração trazida pela nova legislação processual, reconhecem a alteração substancial no tema:

[...] A uniformização da CLT ocorre após o julgamento pelo Tribunal Regional, e não antes, como se dá no Código de Processo Civil. Logo, a tese firmada no seu exame aplica-se apenas em casos a serem posteriormente julgados. Os que já hajam sido decididos não são afetados. Por isso, ela não atinge o processo que levou à instauração do incidente, [...].<sup>235</sup>

<sup>233</sup> MALLET, Estêvão. Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014 cit., p. 47.

<sup>234</sup> ALEMÃO, Ivan. Uniformização de jurisprudência e consequências na Justiça do Trabalho após a Lei 13.015/2014 e o Ato 491/2014 do TST. *Revista LTr* – Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 79, n. 3, p. 316, mar. 2015.

<sup>235</sup> MALLET, Estêvão. Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014 cit., p. 48-49.

A segunda novidade, essa bem real, e ao que parece é exclusiva da Justiça do Trabalho, é de possibilitar que o procedimento de uniformização venha a modificar o que *já foi jugado*. O CPC só tratou do procedimento de uniformização antes do julgamento pelo colegiado. Já a Lei n. 13.015 trata da possibilidade de essa uniformização ser promovida após o julgamento feito por uma Turma, desde que seja interposto recurso de revista. [...].<sup>236</sup>

Some-se a essas perspectivas a exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 para que se conclua pela clara alteração do papel da jurisprudência: *proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca das teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia*.

Cassio Scarpinella Bueno reconhece a formação de uma teoria de precedentes:

Além da repetição de processos – e o inciso I do art. 976 do novo CPC exige que eles “contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente (isto é, predominantemente) de direito” –, a instauração do Incidente pressupõe também “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (inciso II do art. 976).

[...] O Incidente, destarte, é vocacionado a desempenhar, na tutela daqueles princípios, da isonomia e da segurança jurídica, papel próximo (e complementar) ao dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 928, II) e, mais amplamente, ao dos “precedentes” (v., em especial, art. 926).<sup>237</sup>

O artigo 985 determina a aplicação do julgado no incidente a todos os casos que tratem da mesma matéria, conforme previsto no inciso I: “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região”.

Cláudio Mascarenhas Brandão, alinhado com a teleologia da norma, posiciona-se no sentido de que a decisão no incidente deve ser seguida pelos demais membros da corte que deu origem ao precedente, bem como determina a aplicação aos demais processos afetados pela uniformização.

<sup>236</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 316.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 614.

Essa oportunidade de novo julgamento é essencial para que a Turma, órgão indicado como juiz natural do recurso ordinário, em face da distribuição, tenha oportunidade de se retratar e, no novo julgamento, adequar o recurso ao quanto decidido.<sup>238</sup>

[...]

Com o julgamento do incidente, é gerado um verdadeiro ‘efeito cascata’ pela decisão proferida, nos recursos anteriormente afetados e nos processos em que se discutia a mesma questão jurídica decidida, no TST, nos TRTs e as Varas do Trabalho.<sup>239</sup>

Na obra de Ivan Alemão há forte ponderação sobre esse efeito vinculativo, quando trata da disciplina da decisão, ao afirmar que “não se valoriza a cúpula de um órgão sem fortalecer a disciplina, ou seja, a rigidez no cumprimento de normas e decisões”.<sup>240</sup>

Bruno Freire e Silva afirma, também, a necessidade de aplicação do entendimento novo aos casos futuros, entretanto, pondera não ser aplicado aos casos já julgados:

Uma questão que demanda uma ressalva na interpretação desses dispositivos legais consiste no fato de que o entendimento uniformizado haverá de ser aplicado apenas aos casos futuros, tendo em vista que a demanda que origina o incidente já foi julgada pelo TRT. Logicamente influirá no julgamento do recurso de revista, o qual tem o condão de alterar o julgamento do Tribunal Regional.<sup>241</sup>

Nesse sentido, o entendimento de aplicação, também, ao caso em exame, parece mais razoável, tendo em vista se tratar do denominado caso-piloto, mas não retroage para os casos já decididos, como proteção contra ofensas aos casos já julgados e encerrados na corte de uniformização.

Importa ressaltar, neste momento, uma colocação de extrema valia, qual seja, a diferença entre os denominados caso-piloto e caso-modelo, que importam em distinção de

<sup>238</sup> BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista – Comentários à Lei 13.015/2014* cit., p. 62.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>240</sup> ALEMÃO, Ivan. Uniformização de jurisprudência e consequências na Justiça do Trabalho após a Lei 13.015/2014 e o Ato 491/2014 do TST cit., p. 322.

<sup>241</sup> SILVA, Bruno Freire e. Alguns breves comentários sobre a Lei n. 13.015/2014 e as novidades inseridas na sistemática recursal trabalhista. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 79, n. 1, p. 65, jan. 2015.

suma importância para o desenvolvimento deste trabalho, especialmente, por vislumbrar a hipótese de julgamento com caráter uniformizador vinculante sem um caso que o sustente.

Em primeiro lugar vale lembrar que o IRDR não julga a causa em si, mas, sim, a tese jurídica, sendo posteriormente estendido à causa, se houver. Sofia Temer, no mesmo sentido, afirma tal conclusão a partir dos seguintes fundamentos:

*(i)* no IRDR, são analisadas somente as questões de direito, motivo pela qual a cognição é limitada, abstraindo-se os elementos fáticos da demanda (“causa-piloto”); *(ii)* nos termos do § 1º do art. 976 do CPC, a desistência da “causa-piloto” não impede o prosseguimento do incidente, independentemente do conflito intersubjetivo subjacente; e *(iii)* a sistemática processual do incidente, especialmente no que tange à sua aplicação às causas que versem sobre a mesma questão e à participação de interessados na controvérsia – sem nenhuma relação com o direito material conflituoso.<sup>242</sup>

Trata-se, assim, de uma técnica processual objetiva, cuidando somente da resolução de conflitos normativos e a coerência do ordenamento jurídico, e, num segundo momento, os direitos subjetivos passam a ser tutelados, como aqueles que estão sendo discutidos na causa-piloto.

Processos de julgamento de IRDR, portanto, são sempre objetivos, com causa-modelo ou com causa-piloto. O julgamento do caso fica resguardado para um momento subsequente, se houver um caso para ser julgado, como nas hipóteses que envolvem a chamada causa-piloto.

Entende-se por causa-piloto, como o próprio nome sugere, aquela que vem pilotando a discussão com as considerações veiculadas na causa, portanto, numa espécie de trilhos em que o incidente é proposto e julgado, o caso subjetivo.

Na hipótese de causa-modelo, no entanto, não há nada a pilotar o incidente, uma vez que a parte desistiu do recurso que deu origem ao julgamento de referido incidente. O incidente em si será o modelo a ser seguido, a partir de análise puramente objetiva.

O elemento mais importante nesse momento, certamente, é a compreensão da causa-modelo, ou seja, o Poder Judiciário continuar no julgamento de um incidente mesmo a parte interessada tendo desistido dele, ou seja, após a definição da tese, não haverá

---

<sup>242</sup> TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 68-69.



aplicação da solução a um caso sob exame. Trata-se da atividade judicial somente com fins a criar o precedente, algo raro em nosso ordenamento.

Uma explicação razoável foi descrito por Marcos de Araújo Cavalcante, o qual afirmou que:

Tem natureza objetiva e sua instauração provoca julgamento coletivo e abstrato da questão de direito submetida à análise do tribunal, não se referido a nenhum caso concreto, motivo pelo qual inexistente conflito de interesses entre as partes ou interessados que o integram.<sup>243</sup>

A teleologia da norma vai no sentido de impedir que as partes escolham quais assuntos serão, e quais não serão, uniformizados por meio deste instituto. Pode não interessar a grandes corporações que determinados assuntos estejam estabilizados, uniformizados, isonomicamente estabelecidos, gerando segurança de previsibilidade. Essa afirmação vai ao encontro, inclusive, do tipo de demanda que o IRDR busca tutelar, as demandas repetitivas de matéria de direito, geralmente, envolvendo direitos individuais homogêneos.

A doutrina de Cassio Scarpinella Bueno afirma ser possível afetar, inclusive, causas em primeiro grau de jurisdição, reforçando a tese de atividade jurisdicional voltada à formação de precedentes:

[...] Destarte, a conclusão a ser alcançada é a de que o Incidente pode ser instaurado no âmbito do Tribunal independentemente de processos de sua competência originária ou recursos terem chegado a ele, sendo bastante, conseqüentemente, que “a efetivação repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” seja constatada na primeira instância.<sup>244</sup>

O sentido da norma caminha para a afirmação de que qualquer parte, juiz,<sup>245</sup> desembargador ou procurador do trabalho pode suscitar o procedimento de uniformização.

<sup>243</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 198.

<sup>244</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil cit.*, p. 70.

<sup>245</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 616, sustenta que o início do incidente pode ocorrer por iniciativa até de juiz de primeira instância, ao dizer que: “O pedido será dirigido ao Presidente do Tribunal (de Justiça ou Regional Federal) pelo juiz (de primeira instância) ou pelo relator (na hipótese de já haver processos ou recursos no âmbito do Tribunal [...]).”

No mesmo sentido a doutrina de Ivan Alemão, o qual ainda ressalta a necessidade de desvinculação de interesse na causa por parte dos agentes públicos:

Qualquer desembargador, parte ou o MPT pode suscitar o procedimento de uniformização. Observe-se que o desembargador não tem interesse pessoal na causa específica, portanto, sua iniciativa, só pode ser entendida dentro da prestação jurisdicional mais ampla. O MPT defende interesses públicos, mesmo quando é parte em alguma causa. É a parte que ao suscitar a uniformização terá interesse pessoal com o resultado final do julgamento.<sup>246</sup>

A teleologia da norma indica que a busca de uniformização não deve, em princípio, ter um caráter individual e meramente econômico, mas coletivo e de busca de isonomia e segurança jurídica para demandas repetitivas ou de grande repercussão social, nesse sentido são os IRDRs e IACs, respectivamente.

Hermes Zaneti Jr. aponta para a formação de um microssistema de julgamentos de casos repetitivos, reconhecendo o gênero em estudo, ao afirmar que há no atual CPC um *microssistema para julgamentos de casos repetitivos*.<sup>247</sup>

Quanto à afirmação de envolver diversas demandas e estas terem como característica tratem de direitos individuais homogêneos, Sofia Temer<sup>248</sup> afirma que nem todas as demandas repetitivas dizem respeito a tais direitos, em que pese a repetitividade ser um traço característico das demandas individuais homogêneas. Assim, apesar de uma preponderância, as causas podem dizer respeito a direitos individuais homogêneos, ou não, assim como os direitos individuais homogêneos podem envolver demandas (diversas ações com o mesmo tema de matéria de direito) repetitivas ou não.

---

Já o Enunciado n. 204 do Fórum Permanente de Processualistas Civis fixa que o juiz pode provocar os legitimados ativos quando estiver diante de uma hipótese que se enquadre na espécie em exame: “Quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, poderá o juiz oficial o Ministério Público, a Defensoria e os demais legitimados a que se refere o art. 988, § 3º, II, para que, querendo, ofereça o incidente [...]”.

<sup>246</sup> ALEMÃO, Ivan. Uniformização de jurisprudência e consequências na Justiça do Trabalho após a Lei 13.015/2014 e o Ato 491/2014 do TST cit., p. 316.

<sup>247</sup> ZANETI JR., Hermes. Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 421, p. 269-276, jan.-jun. 2015.

<sup>248</sup> TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas* cit., p. 59-60.

#### 4.3.1.2.2 Recurso de Revista Repetitivo

Em continuidade às subespécies das demandas repetitivas, ou para ser mais exato das soluções de demandas repetitivas, o tema em estudo será dos recursos de revista repetitivos, ou seja, o papel que o TST exerce neste cenário de demandas repetitivas e o sistema de precedentes que alteram as fontes e a hermenêutica em matéria de Direito do Trabalho.

O papel exercido pelo TST, em termos de uniformização, seja com viés de solução passada, seja com efeitos prospectivos, passa pela constatação da ausência dessa uniformização, quando necessária, nos Tribunais Regionais do Trabalho.

O artigo 896 da CLT determinava expressamente que a matéria controvertida fosse, em primeiro lugar, objeto de uniformização regional. A doutrina fixava expressamente que deveria ser determinado o retorno da matéria para o próprio TRT, para que este procedesse com a sua uniformização, conforme descrito por Estêvão Mallet:

A devolução do caso ao Tribunal Regional, diante da divergência de interpretações, pode ser determinada, segundo o § 5º do art. 896, “pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecuráveis”.<sup>249</sup>

O que ocorreu, no entanto, é que a Lei n. 13.467 de 2017 revogou referida disposição, deixando, portanto, de existir a exigência de retorno para uniformização para os tribunais regionais, pelo menos como exigência literal da lei.

A uniformização pelos regionais serão feitas mediante IRDR ou pelo IAC, como visto anteriormente, sendo que, em caso de ausência de uniformização interna, caberá às partes, ao MPT ou a qualquer interessado suscitar os incidentes, ao que parece a matéria ficou toda relegada para os referidos institutos.

A doutrina vinha fixando entendimento de que a jurisprudência regional apta a suscitar recurso de revista, após a devida uniformização regional, seria a decorrente do precedente formado, por ser a atual jurisprudência da corte regional, como se percebe nas palavras de Cláudio Mascarenhas Brandão, ao afirmar que “em ambos os casos, somente

---

<sup>249</sup> MALLET, Estêvão. Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014 cit., p. 48.

viabilizará a admissibilidade do recurso de revista a súmula ou a tese prevalecente que conflitar com súmula ou orientação jurisprudencial do TST”.<sup>250</sup>

Afirma-se que a utilidade dos julgamentos, nos incidentes pelos regionais, terá impacto como acórdão paradigma para outros casos, em comparação com julgados de outros TRTs. Assim, ao buscar a decisão atual e prevalecente no regional paradigma, deverá observar a posição sedimentada pelo incidente de uniformização.

Pode acontecer, inclusive, de o julgamento regional de uniformização coincidir com a posição já uniforme do TST, caso em que nem sequer se justificaria a subida do recurso de revista.

Algumas situações podem decorrer da uniformização regional: a primeira seria quando a decisão de uniformização do Tribunal Regional é contrária à decisão uniforme do Tribunal Superior e, também, em relação à decisão da turma regional que julgou o caso preventivamente; a segunda surge quando a decisão uniforme do Tribunal Regional é contrária à decisão do Tribunal Superior, mas em conformidade com a decisão da turma regional que julgou o caso preventivamente.

Em todas as hipóteses citadas o resultado processual seria o mesmo, processamento do recurso de revista, para decisão pelo TST. Se, de um lado, a decisão regional que esteja conforme com a decisão nacional gera jurisprudência defensiva, por outro, o julgamento contrário ao realizado pelo órgão nacional deve possibilitar o processamento do recurso de revista, justamente para preservar a autoridade da decisão da corte superior, e evitar às partes insegurança jurídica e falta de isonomia.

A doutrina declara os mesmos resultados supra descritos:

Portanto, uma vez constatada a divergência pelo Presidente do TRT, ele determinará o processamento do incidente, para que seja definido o posicionamento uniforme pelo Pleno quanto ao tema e duas situações podem surgir: ou a decisão é consentânea com o posicionamento firmado pelo TST ou lhe é contrária.

Se for em linha oposta, não remanescem dúvidas: o recurso de revista que estava com o seu processamento paralisado seguirá para o exame do TST, que estabelecerá a palavra final e servirá de obstáculo para admissibilidade dos demais recursos de revista que vierem a ser interpostos.

---

<sup>250</sup> BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista – Comentários à Lei 13.015/2014* cit., p. 58.

[...]

Neste caso, o recurso de revista terá curso forçado, para que seja resolvida a divergência de teses, desde que cumpridos os demais pressupostos extrínsecos e intrínsecos a ele inerentes.<sup>251</sup>

Nas afirmações de Cláudio Mascarenhas Brandão, *supra*, não há dúvidas sobre a necessidade de uniformização pela corte superior nos casos de decisões regionais conflitantes com a jurisprudência superior.

A teleologia da norma, tanto da Lei n. 13.015 de 2014, ato n. 491 de 2014 do TST, como do atual CPC, é a de que a repetição de demandas com a proliferação de decisões precisa de uniformidade como meio de garantir segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados.

Tendo sido compreendida a missão uniformizadora das cortes regionais, cabe aos órgãos do Poder Judiciário um novo olhar sobre o direito processual e as consequências de seus julgamentos. Isso fica ainda mais evidente quando a matéria a ser uniformizada se encontra em sede de TST, o que a Lei n. 13.015 de 2014 chamou de recurso de revista repetitivo.

O tratamento do recurso de revista repetitivo começa no artigo 896-B da CLT, o qual faz remissão expressa ao CPC, ao afirmar que “aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Nas palavras de Alexandre Agra Belmonte o recurso repetitivo tem como características a segurança e a unidade do Judiciário em sede de TST, tendo a mesma característica os demais incidentes de demandas repetitivas nos tribunais regionais:

Visando a segurança e a unidade do Judiciário trabalhista na busca de tratamento uniforme de matérias iguais dentro dos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior do Trabalho, disciplinou os recursos repetitivos (arts. 896-B e 896-C), o incidente de relevância da matéria (art. 896, § 13) e adotou procedimento específico para concretização da uniformização da jurisprudência nos Regionais (art. 896, §§ 3º a 6º).<sup>252</sup>

<sup>251</sup> BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista – Comentários à Lei 13.015/2014 cit.*, p. 61-63.

<sup>252</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Breves comentários ao novo sistema recursal trabalhista (Lei n. 13.015/2014). *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 79, n. 1, p. 27, jan. 2015.

A remissão expressa à Lei n. 5.869 de 1973 foi substituída pelo atual CPC, Lei n. 13.105 de 2015, conforme disposição expressa do artigo 1.046, § 4º: “As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”. Sendo certo que o artigo 1.036 do CPC, atualmente, estabelece a seguinte previsão para os recursos repetitivos: “Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça”.

Como afirmado nas linhas antecedentes, a referência a recurso extraordinário repetitivo veio a constar da CLT, antes mesmo de constar do CPC, provavelmente, inspirada na posição do STF e no projeto de lei que mais tarde viria a ser o atual código.

A doutrina faz expressa menção de tentativa de implementação das soluções repetitivas em sede de cortes superiores, além do STF, mas que havia sido rejeitado pelo Congresso à época da EC 45 de 2004: “Um registro histórico: no projeto da EC n. 45/2004, tentou-se estender aos recursos especial (STJ) e de revista (TST) o requisito da repercussão geral, mas essa ideia foi rechaçada tanto pela Câmara quanto pelo Senado”.<sup>253</sup>

A passagem supradescrita, por Manoel Antônio Teixeira Filho, deixa clara a antiga busca pela implementação de teoria de precedentes nas demais cortes. A aplicação do CPC e dos preceitos que pautam o processo comum permitirão uma visão mais amadurecida da questão, pois, pautadas pelas experiências já vivenciadas pelo processo comum, sem olvidar das necessárias adaptações pelas quais deverão passar para aplicação no processo especial do trabalho. Assim, também dispõe a doutrina:

Mais do que a aplicação subsidiária da lei, a jurisprudência desses tribunais poderá ser extremamente útil à construção da jurisprudência trabalhista, desde que, em ambos os casos – aplicação supletiva da lei e da jurisprudência –, sejam observados os princípios específicos do processo do trabalho, para que se possa promover a adequada compatibilidade entre os dois sistemas processuais.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 79.

<sup>254</sup> BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista – Comentários à Lei 13.015/2014* cit., p. 154-155.

As afirmativas de Cláudio Mascarenhas Brandão são exatamente no sentido de reconhecer especificidades próprias à seara do processo especial do trabalho.

Os recursos de revista repetitivos não correspondem a uma nova espécie recursal, mas, sim, a um incidente processual que designará o rito de tramitação do recurso de revista. Trata-se, dessa forma, de uma nova roupagem procedimental ao recurso de revista, colocando-o como elemento de formação de jurisprudência e não de revisão de causas, fundamento esse que justifica a afirmação já feita pela doutrina anteriormente referida, da formação de precedentes judiciais. A doutrina captou referido movimento de mudança no papel da jurisprudência:

Com o crescimento do papel da jurisprudência no sistema jurídico nacional, passa a ser necessário lidar com os mesmos problemas que surgem pela aplicação de precedentes no *common law*, antes estranhos aos ordenamentos da família do *civil law*.<sup>255</sup>

Estevão Mallet demonstra com percepção acurada a influência do sistema de precedentes em nosso ordenamento jurídico, conforme a passagem supradescrita.

A previsão disposta no artigo 896-C da CLT caminha para estabelecer uma série de considerações na afetação do recurso de revista com o efeito repetitivo, tais como: ideia de repetição de recursos; matéria a ser debatida; órgão competente para afetação; legitimidade para suscitar a afetação; motivos que justificam a afetação.

Tema que desafiará o intérprete, no entanto, será a definição do que significa a expressão multiplicidade de processos em termos numéricos. A doutrina, a partir de visão de Manoel Antônio Teixeira Filho e Cláudio Mascarenhas Brandão, respectivamente, busca um parâmetro seguro para solução da celeuma:

[...] multiplicidade significa aquilo que apresenta um grande número, uma grande variedade de algo [...] Talvez, possamos nos basear no adjetivo “múltiplice”, que significa quantidade maior do que três (“Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa”, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 1978), de tal modo que, a partir de quatro recursos versando sobre a mesma questão de direito, já poderíamos pensar em “multiplicidade” e,

---

<sup>255</sup> MALLET, Estêvão. Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014 cit., p. 54.

em consequência, na instauração do incidente de recurso de revista repetitivo.<sup>256</sup>

Outro ponto que merece comentários diz respeito á imprescindibilidade de existência de múltiplos processos, quando o requerimento se fundar na relevância da matéria, diante do quanto contido no *caput* do artigo 896-C e no parágrafo único do art. 7º do Ato 391/2014 (sic), este último transcrito em destaque:

Parágrafo único. A afetação a que se refere o *caput* deste artigo não pressupõe, necessariamente a existência de diversos processos em que a questão relevante seja debatida.<sup>257</sup>

O artigo 7º do Ato n. 491 de 2014 inserido pela IN n. 38 de 2015, do TST, faz referência expressa à necessidade de multiplicidade, ao falar em “multiplicidade de recursos de revista ou de embargos [...]”.

A função uniformizadora, em sede de TST, será feita pela SDI ou pelo Pleno do TST, conforme descrito expressamente no *caput* do artigo 896-C da CLT. Após a afetação dos representativos, que nos termos da Resolução n. 235 de 2016 do CNJ, deverá ganhar ampla divulgação e precisam ser detidamente escolhidos, pois irão pilotar as discussões acerca da tese a ser firmada. Manoel Antônio Teixeira Filho considera importante expandir o quanto possível o número de recursos representativos da controvérsia, ao dizer que

[...] entendemos que deverá ser selecionado, no mínimo, um recurso de cada Relator, e, dentre esses, repitamos, os que apresentarem um maior número de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso de revista, pois somente assim a controvérsia poderá ser demonstrada em todas as suas dimensões [...].<sup>258</sup>

Renova-se, na hipótese do recurso de revista repetitivo, a possibilidade de julgamento de caso-modelo, ou seja, tal qual ocorreu com o IRDR, a desistência da parte em relação ao recurso afetado não interfere no julgamento da tese, para fins de formação de precedente. A tese vem descrita por Luiz Ronan Neves Koury, a partir da visão restritiva que se deve emprestar ao dispositivo que trata da possibilidade de desistência do recurso pela parte interessada, especialmente, depois da afetação pelo efeito repetitivo:

<sup>256</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho* – I. Processo de conhecimento – 1ª ed., p. 83.

<sup>257</sup> BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista* – Comentários à Lei 13.015/2014 cit., p. 162.

<sup>258</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 86.



Embora vigente o art. 501 do CPC, a autorizar a desistência como ato unilateral da parte sem a necessidade de concordância da parte contrária ou mesmo o referendo da Justiça, é certo que este dispositivo, como explica a Eminente Ministra, deve ter interpretação de acordo com o contexto e fundamentos que justificam o procedimento repetitivo.<sup>259</sup>

Em que pese o tratamento diverso pelo Código de 1973, o atual CPC tem regra expressa a esse respeito, estabelecendo que a desistência do recurso não impede o processamento dos incidentes, tanto de recurso repetitivo, quanto de resolução de demandas repetitivas, conforme artigo 1.036, § 1º, o qual afirma que: “a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”.

Cláudio Mascarenhas Brandão reconhece referido tratamento pelo atual Código em todas as frentes:

[...] o novel Diploma Processual contém preceito expresso no sentido de que a desistência do recurso não impede a análise da questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e no julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos.<sup>260</sup>

Uma vez afetado o recurso para julgamento nos moldes de recurso repetitivo, o presidente de SDI deve proceder com a intimação aos demais presidentes de turmas ou seções especializadas, para afetação de outros recursos, o NUGEP, criado pela Resolução n. 235 de 2016 do CNJ, trata especificamente dos chamados recursos representativos, sendo necessária a observância dos melhores recursos, com melhores argumentos, pois disso decorrerá a melhor qualidade do precedente. A comunicação está prevista expressamente no § 2º do artigo 896-C da CLT.

O TST regulamentou referida afetação, por meio da IN n. 38 de 2015, sendo que a proposta de afetação pela turma dependerá de aprovação da SBDI-1, após o quê os demais presidentes de turma serão notificados para afetação e remessa de outros recursos.

A finalidade da afetação de mais recursos, para fins de solução da tese, foi identificada com precisão pela doutrina de Manoel Antônio Teixeira Filho:

---

<sup>259</sup> KOURY, Luiz Ronan Neves. Recurso de revista e embargos – nova configuração legal e a sua regulamentação pelo TST. *Revista LTr* – Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 79, n. 1, p. 328, mar. 2015.

<sup>260</sup> BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista* – Comentários à Lei 13.015/2014 cit., p. 164.

Podemos dizer que a remessa ao Presidente de Turma ou de Seção Especializada de outros processos tendo como núcleo a mesma questão de direito possui dois objetivos, que se manifestam em momentos distintos: a) o primeiro, como afirmamos, é o de propiciar ao órgão julgador uma visão global da controvérsia; b) o segundo, decidir a *questio iuris* de modo uniforme, para atribuir segurança jurídica aos jurisdicionados – que se concretiza por meio de prestação jurisdicional equânime.<sup>261</sup>

A doutrina de Bruno Freire e Silva reafirma que “a prova de necessidade de escolha criteriosa de recursos pilotos ou paradigmas está positivada na parágrafo segundo do art. 896-C [...]”.<sup>262</sup> O mesmo descreve Cláudio Mascarenhas:

É importante que o Presidente do TRT escolha os recursos que consigam expressar a controvérsia nos termos mais amplos, diante dos efeitos da decisão que resultará o incidente. Quanto mais aparelhado o recurso em termos de fundamentação e questões controvertidas em torno do tema principal, melhor será para a solução a cargo do TST.

Admitidos os recursos paradigmas, os demais ficarão suspensos, até a decisão definitiva do TST. Registre-se que, apesar de mencionar “os demais recursos de revista”, conjugando-se a redação desse dispositivo com o do art. 10 do Ato 491/2004 (*sic*) (que se refere a recursos interpostos contra sentenças), conclui-se que o sobrestamento também alcançará os recursos ainda não decididos pela Corte de origem, o que se mostra adequado, para que se aguarde a definição da tese prevalecente pelo TST e se evite até mesmo a criação de falsas expectativas nas partes, seja quanto a vitória, seja quanto à derrota no pleito.<sup>263</sup>

Admitido o recurso de revista repetitivo e tomadas todas as providências para a adequada seleção de representativos, o incidente será submetido a julgamento e é o resultado deste julgamento que merece uma análise mais detida.

O § 6º do artigo 896-C é que determina a distribuição ao relator e revisor, no órgão julgador (lembrando que pode ser competência da SBDI-1 ou do Pleno do TST o julgamento). Nesse sentido a obra de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros

<sup>261</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 86.

<sup>262</sup> SILVA, Bruno Freire e. Alguns breves comentários sobre a Lei n. 13.015/2014 e as novidades inseridas na sistemática recursal trabalhista cit., p. 69.

<sup>263</sup> BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista – Comentários à Lei 13.015/2014* cit., p. 167-168.

Pessoa Cavalcante ao afirmarem que “aprovada a proposta para o incidente dos recursos repetitivos, haverá a designação dos ministros (relator e revisor)”.<sup>264</sup>

Ato contínuo haverá solicitação de informações aos TRT's, os quais terão 15 dias para prestar referidas informações. A medida diz respeito a informações a serem prestadas pelos regionais, não se confundindo com as hipóteses de remessa de representativos.

A teleologia da norma vai no sentido de permitir a democratização da formação do precedente, com a participação mais ampla possível de todos os interessados, como é o caso das informações a serem prestadas pelos TRT's.

A doutrina de Scarpinella Bueno afirma a necessidade desse modelo de democratização, como no caso de remessa de representativos, que não se trata de uma opção, mas de uma imposição, como critério de pluralização do debate:

Não há como deixar de interpretar a regra desta forma, a única capaz de transpor sua inconstitucionalidade formal no sentido de ser *obrigatório* ao relator do Tribunal Superior, em sua decisão de afetação, determinar a remessa de ao menos um recurso representativo da controvérsia a todo Tribunal de Justiça e a todo Tribunal Regional Federal. A iniciativa, tal qual votada, quer *pluralizar* o debate jurídico que antecede a fixação da tese nos casos de recursos repetitivos.<sup>265</sup>

O duplo canal de comunicação, informação mais remessa de representativos, também foi objeto de observância da doutrina de Manoel Antônio Teixeira Filho:

Não raro, o exame do conteúdo dos recursos representativos da controvérsia sobre questão de direito não é suficiente para fornecer ao relator, no TST, elementos para formar a sua convicção acerca de qual seja a melhor das teses contrastantes a ser adotada. Por isso, a norma legal facultava-lhe solicitar aos Tribunais Regionais informação sobre o tema controverso, suas origens, suas particularidades etc. O fornecimento dessa informação servirá para orientar não apenas o relator, mas o revisor e os demais Ministros do Colegiado ao qual competirá fixar a tese a ser observada.<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho* cit., p. 306.

<sup>265</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 677.

<sup>266</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 94.

Inovação importante nesta busca por democratização do debate, e consequente diminuição do subjetivismo individual, é a figura do *amicus curiae*, artigo 896-C da CLT, em seu § 8º. A situação trazida pela Lei n. 13.015 de 2014 teve como inspiração o CPC de 1973, bem como vem prevista na sistemática dos recursos especiais e extraordinários repetitivos no atual CPC, nos artigos 1.038, no que tange à fase recursal, mas, também, na fase postulatória, no artigo 138, sendo este último uma novidade em comparação ao antigo Código.

A doutrina tem visto com bons olhos referida alteração, como se constata da passagem a seguir em que Estevão Mallet afirma ser uma possibilidade de ampliação de conhecimento do assunto e do próprio debate:

[...] mais um instrumento para permitir o conhecimento da questão controvertida sob diferentes perspectivas ou, como já se disse em jurisprudência, para permitir “avaliação segura sobre os fundamentos da controvérsia”, considerados, inclusive, os possíveis desdobramentos das várias soluções para o problema.<sup>267</sup>

Os poderes processuais do *amicus curiae* são limitados, não podendo, por exemplo, recorrer da decisão da qual participou, a teor do artigo 138, § 1º, do CPC, ressalvada a hipótese de embargos de declaração e nos casos do § 3º, em que há expressa previsão de recorribilidade em sede de IRDR.

A doutrina tem entendido referida participação como essencial para a construção da teoria de precedentes, como afirma Cassio Scarpinella Bueno, ao dizer que “Trata-se de providência essencial para a construção da teoria dos precedentes à brasileira, [...]”.<sup>268</sup>

Acresça-se ao viés democrático da formação de precedentes a participação do Ministério Público do Trabalho conforme § 9º, ainda do artigo 869-C da CLT, observando que a instituição, diante da importância do papel que desempenha, terá dupla possibilidade de participação, como órgão informador e como órgão interventor.

O Código de Processo Civil, no artigo 1.038, em seu inciso III, bem como nos §§ 1º e 2º, segue no mesmo sentido da doutrina supradescrita, o que também coincide com a afirmação de Scarpinella Bueno ao afirmar que “os próprios tribunais de segunda

<sup>267</sup> MALLET, Estevão. Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014 cit., p. 51.

<sup>268</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 679-680.

instância poderão ser incitados a prestar informações e o Ministério Público será ouvido como fiscal da ordem jurídica – inciso III”.<sup>269</sup>

Observadas as fases supramencionadas, no momento de julgar o incidente haverá preferência de pauta por vários motivos, sendo os mais relevantes o prazo máximo para julgamento, a repercussão passada, em decorrência dos muitos processos suspensos, além da repercussão futura do resultado. Referida preferência vem expressa no artigo 1.038, § 2º, do CPC.

Veja-se, a esse respeito, o disposto no artigo 11 da IN n. 38 de 2015 do TST: “Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de um ano e terão preferência sobre os demais feitos”.

O aprazamento no julgamento dos incidentes de recursos de revista repetitivos é importante no sentido de não permitir que as causas fiquem suspensas por tempo demasiadamente longo.

A posição da doutrina vai ao encontro dessa perspectiva, como se percebe na passagem descrita por Teixeira Filho:

§ 5º Se o julgamento não ocorrer dentro de um ano – contado da publicação da decisão de que fala o inciso I do *caput* –, ficarão sem efeito, de modo automático, em todo território nacional a afetação e o sobrestamento dos processos, que voltaram (*sic*) a tramitar normalmente.<sup>270</sup>

Referida análise tem sido feita de modo sistemático ao disposto para o julgamento do IRDR, tendo em vista a revogação expressa no que tange à previsão dos recursos repetitivos, restando, assim, o disposto no artigo 980 do CPC, havendo nítida preocupação da doutrina com a suspensão dos processos, como descrito por Scarpinella Bueno e em previsão de Instrução Normativa n. 38 de 2015, artigo 11, do TST, respectivamente:

Todos estes elementos devem ser pesados e sopesados na decisão a que se refere o parágrafo único do artigo 980. Sua justificação, destarte, deve evidenciar não só a razão do não julgamento do Incidente no prazo dado

<sup>269</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 679.

<sup>270</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho – I. Processo de conhecimento – 1* cit., p. 1354.

pela lei, mas também a *necessidade* de manutenção da suspensão dos processos [...].<sup>271</sup>

§ 1º Na hipótese de não ocorrer o julgamento no prazo de um ano a contar da publicação da decisão de que trata o artigo 5º desta Instrução Normativa, cessam automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

§ 2º Ocorrendo a hipótese do § 1º, é permitida, nos termos e para os efeitos do artigo 2º desta Instrução Normativa e do artigo 896-C da CLT, a formulação de outra proposta de afetação de processos representativos da controvérsia para instauração e julgamento de recursos repetitivos para ser apreciada e decidida pela SBDI-1 deste Tribunal.

A questão deve ser posta, no entanto, de acordo com o momento em que referida instrução foi editada, anteriormente à revogação da matéria, contudo, a existência de um prazo exerce papel essencial diante do princípio da razoável duração do processo, estampado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. A outra saída seria dizer que a afetação não tem qualquer prazo para julgamento, não se coadunando, claramente, com a teleologia da norma.

Após os devidos trâmites o incidente será levado a julgamento, com respectivo acórdão publicado, com efeitos para os recursos afetados, que são os representativos da controvérsia, e para todos os processos suspensos, além dos efeitos futuros para as demandas que vierem a ser propostas. O artigo 896-C, § 11, da CLT, trata dos reflexos do julgamento.

§ 11. Publicado o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem:

I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho; ou

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

Importante notar que em verdade o que torna o julgamento definitivo não é sua publicação, mas o trânsito em julgado, o que decorre da redação do § 3º do artigo 896-C, ao falar em *pronunciamento definitivo*, pois os §§ 13 a 15, do mesmo artigo, ainda preveem o cabimento de recurso ao STF.

<sup>271</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 620.

Aqui há uma nítida intersecção entre os precedentes decorrentes dos recursos de revista repetitivos e os processos afetados pelo STF, quando as matérias em ambas as instâncias coincidirem, sendo que afetação por corte superior paralisa qualquer afetação pelas instâncias inferiores. O mesmo raciocínio será aplicável para os IRDR's, quanto à intersecção entre TST e TRT's, nos termos do artigo 976, § 4º, do CPC.

Após o efetivo trânsito em julgado ocorrerão efeitos expansivos objetivos internos e externos. Os recursos afetados sofrerão influência direta desse julgamento, os recursos suspensos, em todas as instâncias, e todas as demais lides, que digam respeito à mesma matéria objeto do julgamento repetitivo, serão influenciados. Cláudio Brandão afirma referido efeito, denominando de efeito cascata, para reconhecer a expansão do julgado para outras causas, ao afirmar que o “efeito cascata’ não se restringe aos processos em andamento nas segunda e terceira instâncias”.<sup>272</sup>

A doutrina, então, afirma a necessidade de vinculação efetiva aos precedentes gerados, com se percebe na posição da Cláudio Brandão e Mallet, respectivamente:

Portanto, os fundamentos jurídicos que sustentaram a decisão do TST passam a ser de observância obrigatória não apenas no âmbito do próprio Tribunal, mas também nas demais instâncias, e a questão não mais poderá ser decidida [...].<sup>273</sup>

É manifesto o crescimento da importância do papel da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro. Não apenas na Lei n. 13.015/2014 é possível divisá-lo. Em várias outras normas legais atribui-se cada vez mais peso aos precedentes judiciais, que passam a servir para prolação de sentença antecipada, antes do aperfeiçoamento da relação processual; bastam à configuração, de per si, de repercussão geral; permitem retratação do julgamento ou sua cassação, inclusive de maneira liminar, caso conflite com a tese prevalecente; autorizam o indeferimento do processamento do recurso, mesmo de forma singular no juízo *ad quem*; e rendem ensejo à reforma ou anulação monocrática de decisão recorrida. O Projeto do Código de Processo Civil cria um capítulo dedicado ao “Precedente Judicial”, algo inédito no direito brasileiro. Os efeitos da jurisprudência fazem-se sentir até mesmo no âmbito da Administração, com a imposição, por exemplo, de ônus de motivação específica sempre que seja ela desconsiderada pelo agente público ao decidir uma questão.<sup>274</sup>

<sup>272</sup> BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista – Comentários à Lei 13.015/2014* cit., p. 174-175.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>274</sup> MALLET, Estêvão. *Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014* cit., p. 53.

## CAPÍTULO V

### MÉTODO EXTRALEGAL DE FORMAÇÃO NORMATIVA

#### 5. DIREITO COMPARADO – CRITÉRIOS

A compreensão da base teórica da formação de novas fontes do Direito do Trabalho, bem como das metodologias próprias de interpretação dessas fontes, é assunto que reclama uma construção segura de preceitos, de modo a sustentar com segurança a tese que se busca afirmar.

A base em doutrina estrangeira não tem a pretensão de representar exatamente um estudo de direito comparado, pois, em verdade, referida forma de estudo reclamaria muito mais do que simplesmente compreender a teoria adotada por autores estrangeiros; a partir de legislações e jurisprudências de outros países, reclamaria, sim, um conhecimento mais profundo do contexto que envolve referidas passagens, entendimentos acerca da cultura, modo de agir, costumes, entre outras facetas que não seriam possíveis de atingir neste trabalho.

Tullio Ascarelli,<sup>275</sup> em obra sobre sociedade anônima e direito comparado, faz essa consideração de modo inequívoco, demonstrando clara preocupação com elementos como premissas implícitas, de caráter econômico, social, doutrinária de cada país, muitas vezes, inclusive, não formuladas, mas presentes nos sistemas jurídicos dos países que se têm em comparação.

Caio Mário da Silva Pereira, em análise sobre a aplicação do direito comparado nos estudos acadêmicos, renova a ideia de que não se trata de um procedimento simples, superficial, mas de um aprofundamento em outras frentes, tão necessárias quanto conhecer o direito estrangeiro. Assim afirma o autor:

Acontece que um sistema jurídico não se reduz aos textos legais. Ele se expande, além da legislação, pela atividade jurisprudencial, pelo conhecimento do meio social, a prática dos contratos, a tendência da técnica jurídica (cf. René David, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, p. 10 e segs.). Mesmo nos países de direito escrito, como no

---

<sup>275</sup> ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.



Brasil, onde a principal fonte do direito é a lei, não se limita a esta. Basta atentar em que a norma jurídica tem na verdade o sentido que a interpretação pretoriana lhe dá. Basta observar como um mesmo princípio legal sofre alterações no seu sentido conteúdo, não obstante conservar fidelidade formal, no espaço de alguns anos. Demais disso, a doutrina, com elaboração científica, estende a investigação das instituições dando melhor conhecimento do processo evolutivo do sistema.<sup>276</sup>

Resta nítida a dificuldade em se transportar para o nosso ordenamento elementos de direito comparado<sup>277</sup> sem que se faça um aprofundamento efetivo no direito estrangeiro<sup>278</sup> que se pretende comparar; por isso, a função deste trabalho não é propriamente se utilizar da ciência do direito comparado, mas de elementos de legislações estrangeiras, como fonte de informação e sustento das afirmações que se seguirão na tese apresentada.<sup>279</sup>

A nomenclatura utilizada, e que se aproxima do nome desta tese, foi cunhada, ou pelo menos propagada doutrinariamente, pelo autor de doutrina portuguesa José de Oliveira Ascensão<sup>280</sup> quando trata da analogia e a aplicação dos precedentes que está intimamente ligada à ideia de analogia, pois, ao contrário do que ocorre com a lei, em sentido estrito, em que há uma abstração generalizante do texto, nos precedentes há a necessidade de aproximação de elementos fáticos, de modo a comparar as premissas fáticas para fins de identificação da *ratio decidendi*.

Assim, a doutrina portuguesa será o objeto de análise para composição da tese, a partir da ideia de múltiplas fontes de posituação da norma, sem a pretensão de transportar o direito comparado propriamente, sendo que Portugal guarda raízes históricas com o nosso ordenamento, por ter sido o país colonizador do Brasil e durante muitos anos ter sido sua legislação aplicável ao nosso ordenamento, além de ser um país também regido pelo *civil law* a reconhecer a aplicação de outras fontes além daquelas advindas do parlamento.

---

<sup>276</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 4, p. 39, 1952.

<sup>277</sup> DAVID, René. *Traité élémentaire du droit civil comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950.

<sup>278</sup> PASQUEL, Roberto Molina. Ensayo sobre el metodo para la interpretación y reception de instituciones de Derecho extranjero. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, n. 12, set.-dez. 1951.

<sup>279</sup> RODIÈRE, René. *Introduction au droit comparé*. Paris: Dalloz, 1979.

<sup>280</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

O próprio autor, José de Oliveira Ascensão, chegou a publicar obra em que compara o direito português e o direito brasileiro.

Portugal, como se lê nas linhas seguintes, tem grande influência no desenvolver do papel do processo e dos recursos, no início da legislação pátria, o que justifica, assim, a adoção da teoria pretendida.

As passagens das ordenações importam sobremaneira ao nosso país, especialmente após o período da descoberta do Brasil, datada oficialmente de 22 de abril de 1500, tendo o direito português passado desde então pelas seguintes ordenações: Afonsinas de 1446 a 1521, Manuelinas até início dos anos de 1600 e Filipinas a partir de 1595, mas, com observância obrigatória a partir de 1603. Portanto, as ordenações Filipinas são as mais importantes no cenário, pois, refletem a terceira fase do sistema jurídico português e coincidem com a descoberta, colonização e independência do Brasil.

O Livro III das Ordenações Filipinas previa a possibilidade recursal de apelação, repetindo, na verdade, o que já era fixado pelas ordenações anteriores, como bem sustenta a doutrina processual civil, inclusive quanto ao recurso ser direcionado ao Senhor do Território (Livro LXXI),<sup>281</sup> apontando para um papel revisor do tribunal, o que influenciaria o sistema recursal no Brasil e o papel inicial exercido pelo direito processual em geral.

Assim são os documentos dos livros históricos, em especial quanto à recorribilidade nas ordenações Filipinas: “Livro 3 Tit. 69: Das apelações das sentenças interlocutórias, e que não hajam os autos por apelação (Conc.) Livro 3 Tit. 70: Das apelações das sentenças definitivas”.

Em 2005 professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra discutiram a reforma do sistema de recursos no processo civil e penal português, momento do qual resultou artigo de Maria João Antunes, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo<sup>282</sup> em que reforçaram a importância dos recursos e do duplo grau de jurisdição, ainda com o viés de recurso como garantia de revisão de julgados, na ordem infraconstitucional:

---

<sup>281</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 72.

<sup>282</sup> ANTUNES, Maria João; BRADÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. *A reforma à luz da jurisprudência constitucional*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005. p. 3.

O que significa que embora valha no processo penal português o princípio da recorribilidade das decisões judiciais, do ponto de vista constitucional não são ilegítimas as restrições ao direito ao recurso de decisões não condenatórias ou que não afectem a liberdade ou outros direitos fundamentais do arguido. A Constituição não impõe, portanto, a concessão ao arguido de um direito de recorrer de toda e qualquer decisão judicial que lhe seja desfavorável.<sup>283</sup>

A partir dessa perspectiva já se pode falar no duplo grau de jurisdição com vistas à evolução histórica no Brasil, que inaugura o estudo com a Constituição de 1824, e que teria seu papel completamente alterado, justamente, pela adoção da teoria de precedentes, a qual passa a estender o papel de criador de normas ao processo, a partir do julgamento de recursos repetitivos, de processos repetitivos, de assunção de competência e da repercussão geral.

E será a evolução do direito português, justamente, a sustentar a possibilidade extrassistêmica de positivação de normas, aqui denominada de extralegal, começando pela concepção dos denominados *assentos*, em que a decisão judicial tinha carácter vinculante, conforme se verá no desenvolvimento a seguir.

## 5.1 Os assentos portugueses

O embrião, portanto, das vinculações das decisões judiciais também decorre da legislação portuguesa<sup>284</sup> e, embora tenha sido extirpado do ordenamento daquele país, certamente tem o relevante papel de revelar a possibilidade de uma normatividade advinda de centro de positivação diverso daquele que naturalmente ocorre com as atividades do parlamento.

Castanheira Neves,<sup>285</sup> ao cuidar do assunto em comento, informa que não obstante a originalidade que referida figura possuía no ordenamento jurídico português, na verdade ele remontava à figura das *façanhas*,<sup>286</sup> que era um instituto ibérico medieval, dos

<sup>283</sup> ANTUNES, Maria João; BRADÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. *A reforma à luz da jurisprudência constitucional* cit., p. 3.

<sup>284</sup> CASTRO MENDES, João. *Direito comparado*. Lisboa, s.c.p., 1982-1983.

<sup>285</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 8.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 6: “Juízo ou Assento, que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que, por autoridade de quem fez, e dos que o aprovaram, ficou servindo como Aresto para se imitar, e seguir como Lei, quando outra vez acontecesse”.

assentos da Casa de Suplicação ou ainda os *Arrêts de Règlements* do *Ancien Régime* na França, em seu antigo parlamento.

Outras legislações, também, já haviam previsto institutos análogos em tempos pretéritos aos assentos, além dos franceses, como ocorreu na antiga União Soviética com as diretivas ou princípios diretores emitidos pelos Supremos Tribunais, a *doctrina legal* do Supremo Tribunal na Espanha, as *máximas* ou *súmulas* italianas, as jurisprudências obrigatórias das Supremas Cortes da Argentina ou do México, e até a *Leitsätzen* na Alemanha, enquanto expressões da denominada *rationes decidendi* dos Supremos Tribunais,<sup>287</sup> todas, no entanto, sem caráter vinculativo, como ocorria com os assentos. Disso decorre a singularidade dos assentos portugueses.

Os assentos foram criados pela reforma processual de 1926, por meio do Decreto n. 12.352, de 22 de setembro de 1926, e tinha como meta fazer cumprir determinados objetivos como últimas intenções do Direito, sendo que a uniformidade da jurisprudência tinha como pressuposto a unidade, a estabilidade do direito, satisfazendo a segurança jurídica e a certeza de aplicação unitária desse mesmo direito.

Outras mudanças legislativas, no entanto, estenderam a aplicação temporária dos referidos assentos ao Direito Penal, em 1929, até que se tornou definitivo em 1939, com o advento do Código de Processo Civil português, tornando-se imutáveis a partir da reforma de 1961.<sup>288</sup>

Muitas críticas surgiram, tal qual ocorre atualmente no Brasil, sob o argumento de que os Supremos Tribunais estavam legislando, o que acabou culminando em seu fim em 7 de dezembro de 1993, quando o Tribunal Constitucional de Portugal afirmou não haver constitucionalidade do instituto, perante a Constituição de 1976.

O conceito do instituto pode ser assim descrito pela doutrina de Castanheira Neves:

As prescrições que ao Supremo Tribunal de Justiça, funcionando em tribunal pleno, compete emitir para resolver um conflito de jurisprudência – prescrições que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição

<sup>287</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. v. 1, p. 346.

<sup>288</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais* cit., p. 23-26.

jurídica, por qual o tribunal se decida na solução desse conflito, num enunciado normativo com força obrigatória e geral.<sup>289</sup>

Tratava-se, claramente, de uma autonomização dos preceitos normativos que fundamentaram a decisão, tal qual ocorrerá com os precedentes obrigatórios no direito pátrio, a *rationi decidendi* era de suma importância na construção normativa.

A finalidade do instituto era de garantir certeza e estabilidade do Direito, não se tratava somente de uniformizar a jurisprudência, mas uma criação específica de determinação do Direito. A uniformização, por si só, poderia ser alcançada por outros meios, não precisaria dos assentos para tanto.

Alguns pontos foram descritos como os objetivos dos assentos portugueses, sendo eles: certeza ou segurança do direito; intenção geral-abstrata; igualdade das decisões; estabilidade ou imutabilidade das posições jurídicas; e, unidade da ordem jurídico-formal sistematicamente pressuposta, sendo essas posições descritas pela doutrina portuguesa, como se percebe, em parte, em J. J. Gomes Canotilho<sup>290</sup> e, também, na já citada obra de Castanheira Neves.<sup>291</sup>

Nesses pontos a teoria adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 vai ao encontro da teoria portuguesa dos assentos.

A busca dos incidentes de formação de precedentes tem como objetivo central a isonomia e a segurança jurídica, no sentido de tratamento equânime para questões idênticas e previsibilidade do agir social e jurídico, nos termos dos incisos do artigo 976 e seguintes do atual Código. Some-se a isso a pretensão dos efeitos futuros dos precedentes, conforme se constata da afirmação descrita no artigo 489, § 1º e artigo 988, ambos do Código de Processo Civil e fixando a obrigatoriedade de observância dos precedentes formados, sob pena de nulidade da sentença ou de cabimento de reclamação.

Referidas aproximações é que apoiam a pesquisa da doutrina portuguesa, como base de sustentação de formas alternativas de positivação de normas.

---

<sup>289</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>290</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 109 e 279.

<sup>291</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais* cit., p. 38 e 42.

No próprio direito português existia dissenso a respeito da natureza jurídica dos assentos, pois havia quem sustentasse a natureza legislativa, outros, a natureza jurisdicional e, por fim, quem sustentasse a natureza administrativa.

Quanto à natureza administrativa, a qual parecia padecer de uma imediata rejeição da doutrina, podemos citar Marcello Caetano,<sup>292</sup> o qual afirma a aproximação com *as instruções na hierarquia administrativa*, contudo, o argumento mais efetivo contra referida natureza era de que as instâncias inferiores estariam vinculadas a uma postura administrativa das instâncias superiores, e tal postura feriria a independência judicial.

Em relação à natureza jurisdicional, por outro lado, conforme defendido por Jorge Miranda,<sup>293</sup> o qual afirmava ser uma *jurisprudência qualificada por virtude de seus efeitos*, há o problema em relação ao modo como se exterioriza, pois, acaba por exorbitar a esfera do próprio processo.

A natureza legislativa, assim, foi a mais aceita, pois a partir dos julgamentos de casos específicos e com fins a unificar o entendimento acerca de determinado preceito e estabilizar a jurisprudência dos tribunais acabava por estabelecer parâmetros gerais, abstratos e impessoais, com força obrigatória. Nesse sentido é a posição de Castanheira Neves, ao afirmar a função em que o “Supremo Tribunal de Justiça, funcionando em Tribunal Pleno, como legislador *in partibus*”.<sup>294</sup>

Em que pesem as distinções com a lei, pois esta é formada por um corpo legislativo e não por um corpo judicial, a partir de generalidades e não a partir de casos concretos, o traço evidente de fonte formal de direito não pode ser rejeitado ao precedente, conforme descrito pela doutrina: “Norma jurídica geral e abstrata, proposta à pré-determinação normativa de uma aplicação futura, suscetível de garantir a segurança e igualdade jurídica, com a força ou eficácia de uma vinculação normativa universal”.<sup>295</sup>

A posição da doutrina portuguesa, acerca dos assentos, vai ao encontro da tese aqui desenvolvida, quanto à ideia de uma nova fonte formal, a partir de um centro de positividade próprio, o Poder Judiciário.

---

<sup>292</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1980. v. 1, p. 123.

<sup>293</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 204.

<sup>294</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais* cit., p. 284.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 315.

A questão, no entanto, é que no direito português referida previsão acabou sendo extirpada do sistema, em razão da declaração de ofensa à Constituição portuguesa.

O acórdão n. 810, que deu início ao julgamento em 1992, do Tribunal Constitucional decidiu pela insubsistência do instituto no sistema português, não se podendo negar, no entanto, sua sobrevivência por décadas, gerando doutrina e jurisprudência firmes quanto ao seu desenvolvimento e efeitos.

O próprio Poder Judiciário português chegou a reconhecer a constitucionalidade do preceito, em 9 de maio de 1985, por meio de acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, conforme Boletim do Ministério da Justiça n. 355 de 1986, o que se colhe da doutrina de Américo de Campos Costa.<sup>296</sup>

A própria jurisprudência do Tribunal Constitucional português era no sentido de reconhecer a força obrigatória e vinculante dos assentos, contudo, tomava referida posição sem discutir a legitimidade e a conformação de seu método de formação, estes não haviam sido postos em debate, ainda. Quando referido debate veio à luz é que a posição da corte mudou substancialmente.

Até mesmo a natureza legislativa chegou a ser debatida e aceita pelo Tribunal Constitucional, contudo, repita-se, numa análise de efeitos do preceito, sem discutir neste momento a legitimidade da formação judicial de referidas fontes normativas.

Foi a análise da parte final do artigo 2º do Código Civil que levou à conclusão de inconstitucionalidade do preceito, tornando-o facultativo, em vez de obrigatório, ou seja, o instituto foi mantido, contudo, sem força vinculativa, o que o tornava uma jurisprudência persuasiva, comum, perdendo sua principal razão de existir e transmudando completamente toda sua natureza jurídica e efeitos.

O que ocorreu é o que a doutrina portuguesa denomina de sentença constitucional manipulativa substitutiva,<sup>297</sup> o que acaba se aproximando, grosso modo, da nossa interpretação conforme a constituição para, sem reduzir texto, dar nova roupagem ao instituto, roupagem esta que não foi prevista pelo legislador originariamente.

---

<sup>296</sup> COSTA, Américo de Campos. Ainda sobre a inconstitucionalidade dos assentos. *Tribuna da Justiça*, n. 2, p. 65, 1990.

<sup>297</sup> URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional: evolução e modelo do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 85.

A retirada do poder vinculante do instituto acaba por esvaziar a discussão acerca de sua natureza jurídica no sistema português, pois, volta a ser uma jurisprudência como todas as demais, contudo, não retira o caráter doutrinário dos estudos realizados no tempo em que foi vigente e aplicável, e este é o grande contributo da teoria dos assentos portugueses ao direito pátrio, a discussão da natureza de fonte formal dos precedentes, bem como a alteração do centro de positivação da norma, além das mudanças em termos de sua de interpretação.

As lições apreendidas do direito português, assim, nos servem de exemplo e traçam caminhos possíveis para a construção de uma tese que se constrói modernamente nesta intersecção de institutos do *common law* e do *civil law*.

O Brasil não é pioneiro nesse movimento e não será certamente o último a fazê-lo, e compreender de forma qualitativa e segura o desenvolver desses novos institutos permitirá reduzir o subjetivismo que tanto a doutrina aponta como a principal mácula do agir jurisdicional na construção de fontes formais diretas.

A proposta no Brasil, tal qual ocorreu em Portugal, não parte de uma decisão judicial de passar a produzir jurisprudência – sentido amplo – com caráter vinculante, mas de uma decisão legislativa de atribuir ao Poder Judiciário referido papel.

Imperioso, ainda, partir do pressuposto da constitucionalidade do preceito, seja com base na posição do Supremo Tribunal Federal, que já desenvolve o instituto por intermédio das súmulas vinculantes há mais de uma década, sem nunca ter declarado sua inconstitucionalidade, seja pela posição do CNJ, quanto à regulamentação dos métodos de gerenciamento desses precedentes, tudo a indicar a validade e eficácia do preceito.

Os assentos não são o único método extrassistêmico de formação de normas, sendo que o direito português trabalha outras possibilidades de positivação de normas jurídicas, o que torna os assentos um mero exemplo de possibilidade de centro de positivação de normas a partir do Poder Judiciário e que será o tema de análise do próximo item.



## 5.2 Outras formas de positivação de normas a partir do Poder Judiciário

Os assentos, certamente, são um exemplo muito vivo das atuações judiciais com características normativas, no entanto, não se trata do único modo de positivação de normas a partir de julgamentos advindos do Poder Judiciário.

E será o desenvolvimento de outras hipóteses de geração de normas, a partir de julgamentos de casos concretos, que pautará a análise para sustentar a afirmação de que existem centros de positivação de normas para além do Poder Legislativo, e que tal circunstância não é uma exclusividade do direito brasileiro, mas, ao contrário, já encontrava campo fértil no direito estrangeiro.

Portugal, como dito anteriormente, será a fonte de pesquisa e desenvolvimento, pelos motivos já expostos quanto à proximidade com a legislação pátria e o pioneirismo em reconhecer a força vinculante de decisões judiciais em sistema de *civil law*.

José de Oliveira Ascensão, em obra sobre processos extrassistemáticos de solução de lacunas, sustenta a atuação do Poder Judiciário na elaboração de normas.

A análise começa a ser delineada a partir do instituto da analogia, pois, o sistema jurídico não pode dar tudo, não será capaz de solver todas as controvérsias surgidas no seio social.

O que a teoria da analogia, na completude das lacunas, não puder resolver é que restará para ser debatido.

A vida em sociedade é muito mais dinâmica do que o Direito e seu centro clássico de positivação, o Poder Legislativo – o qual não é capaz de acompanhar em termos de produção de normas as mesmas evoluções sociais –, pode solver.

Não são raras as vezes em que um litígio submetido ao Poder Judiciário não encontra no ordenamento jurídico uma resposta pronta e acabada. Nesse momento, e diante da impossibilidade de pronunciar o *non liquet*, é que surgem as formas de integração jurídica.

O autor, em análise ao preceito que considera mais incisivo na função legislativa do Poder Judiciário, passa a tecer considerações sobre a equidade. Afirma que mesmo após lançar mão de princípios e de analogia *iuris* ainda teremos um resto que não se resolve por referidos métodos integrativos, momento em que haverão de ser utilizados métodos

extrassistemáticos de solução, pois os intrassistemáticos não foram capazes de resolver o litígio. Daí a afirmação desta tese, de um modelo extralegal de centro normativo.

Assim afirma o autor: “Se o sistema cala, há que procurar resposta fora do sistema. Se não há solução intrassistemática, só uma solução extrassistemática pode servir”.<sup>298</sup>

O autor cita que referidas formas extrassistemáticas já existiam desde os tempos das ordenações do reino, para a solução de casos lacunosos, os quais eram levados ao monarca, para que este os resolvesse. Trata-se, claramente, de mais uma forma de centro de posituação de normas jurídicas que estão além da função típica exercida pelo Poder Legislativo.

Mesmo a este tempo, das ordenações, já se falava em encontrar soluções legislativas fora do ordenamento posto, não sendo, da mesma forma que ao Poder Judiciário, uma atividade inerente do Poder Executivo e, ainda assim, a solução devia ser trazida por este último (ressalvada a colocação que a divisão de poderes não era uma constante absolutamente delimitada a este tempo).

O Código Civil de Portugal, aquele datado de 1867, implementou elemento original para a época ao estabelecer em seu artigo 16º a possibilidade de solução de casos a partir de princípios de direito natural, conforme as circunstâncias do caso, para as hipóteses em que não encontrasse solução na analogia. Nesse momento da história a divisão de poderes, como um dos frutos da Revolução Francesa, já era uma possibilidade real no velho continente.

Assim descrevia o artigo 16º:

se as questões sobre direitos e obrigações não poderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos analogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de direito natural, conforme as circunstancias do caso.<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 926.

<sup>299</sup> Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

Muitas discussões foram instauradas a partir dessa previsão, especialmente por se tratar de uma previsão em pleno século XIX, considerado o século do positivismo, sendo adotada uma espécie de fuga aos princípios gerais de direito.

José de Oliveira Ascensão identifica esse movimento de fuga e tece críticas à adoção de uma leitura que determinava uma solução diversa daquela prevista expressamente na norma, pois, havia uma previsão expressa sobre a natureza dos princípios a serem adotados para a solução do caso, e a doutrina vinha trazendo uma adequação para outro sentido. O autor sustenta a seguinte solução, pautada em duas premissas: 1) *princípios de direito natural*; 2) *conforme as circunstâncias do caso*,<sup>300</sup> para rejeitar a hipótese proposta de adoção de princípios gerais de direito.

Princípios de direito natural não são os mesmos que os princípios gerais de direito, portanto, fazer a leitura de um pelo outro, na visão do autor, deturpava a previsão da norma.

Tratava-se, claramente, de uma leitura positivista, a partir da análise gramatical da lei, para uma evolução normativa extrassistêmica, pois permitia a criação da norma a partir da visão do que seria, para as circunstâncias do caso, a melhor leitura dos princípios de direito natural.

A mesma teoria vem sendo pautada no Brasil, a partir da leitura da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>301</sup> na teoria da argumentação, como visto nos capítulos antecedentes. A força normativa dos princípios, tal qual previsto no Código Civil português de 1867, tem sido uma vertente aplicável ao nosso ordenamento.

Supera-se a antiga classificação das funções dos princípios, como informativa, interpretativa e integrativa, para passar a ser, também, normativa direta.

Nosso ordenamento caminha no sentido dessa normatização extrassistêmica, para fora das produções legislativas exclusivas pelo Poder Legislativo, e nisso a teoria portuguesa tem servido de base teórica.

A diferença é que na perspectiva de direito português a menção estava expressada no ordenamento como um direcionamento aos princípios de direito natural,

---

<sup>300</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 927.

<sup>301</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica* cit.

enquanto nosso ordenamento fala em princípios próprios do Direito do Trabalho, conforme artigo 8º consolidado, e a lei de introdução fala em princípios gerais de direito, conforme artigo 4º.

A doutrina portuguesa reconhece expressamente o movimento de construção normativa a partir de um caso concreto, e não a partir do abstrato, não leva em conta uma generalidade de situações, mas uma situação específica, aquela posta para julgamento perante o Poder Judiciário. A solução será o resultado da análise das premissas do caso concreto, tal qual ocorrerá com a formação de precedentes e sua posterior forma de exteriorização para os demais casos, a hermenêutica que se aplica a esses institutos.

No direito português uma máxima pautava a previsão civilista, qual seja, de que o valor Justiça deveria pautar a solução do caso e a construção da norma, o que leva, também, à construção de algumas críticas, em razão da subjetividade que pauta referida atividade judicial.

Nesse ponto, a teoria de Lenio Streck ganha relevo, o chamado sujeito solipsista,<sup>302</sup> que pauta a decisão a partir de sua visão individual e subjetiva do direito e da vida em sociedade, bastando-se e submetendo, assim, os demais atores sociais à sua vontade individual.

Uma ponderação, no entanto, precisa ser feita neste momento, que esta é a posição do próprio Poder Legislativo, que delegou ao Poder Judiciário a formação de referidas normas no momento do julgamento de certos incidentes processuais.

As leis não são feitas de modo distante de um sentimento individual do que seja melhor para a sociedade à luz do pensamento do legislador, ao contrário, os critérios subjetivos sopesados no momento da elaboração do projeto de lei ou mesmo da aprovação do texto final da lei não estão isentos do olhar individual dos legisladores. Algumas comissões que antecedem a votação da lei em plenário, inclusive, possibilitam uma forma de aprovação virtual do texto, sem um debate plenário mais efetivo.

Outro ponto sopesado pela crítica de Lenio Streck é o caráter democrático da formação das leis, pois, os congressistas passam pelo crivo do voto e são submetidos ao julgo popular de tempos em tempos, novamente pela renovação das eleições. Os juízes, ao

---

<sup>302</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 17.

contrário, são vitalícios e, por via de regra, sujeitos a concurso público e não a voto popular.

Trata-se de outra afirmação teoricamente válida, mas pragmaticamente menos densa do que na deontologia. Há um senso de representatividade que precisa ser medido nesta análise, pois, o sistema eleitoral brasileiro, pautado no coeficiente eleitoral, leva à eleição de candidatos que nem sempre tiveram votação majoritária pelo eleitorado, isso para não se discutir a forma da votação, a qualidade do voto e o sistema de campanhas.

O sentimento de representatividade<sup>303</sup> que gozam as casas legislativas não são maiores ou melhores do que o sentimento de aproximação da sociedade com o Poder Judiciário. Não se trata de fazer uma análise de quem teria mais condições de aprovar normas no país, ou não, este papel pertence ao Poder Legislativo, por via de regra, contudo, as funções atípicas dos poderes têm cada vez mais se exacerbado no cotidiano das democracias atuais. O velho sistema de divisão de poderes, pautado nos dogmas de Montesquieu, não tem a mesma densidade normativa de outrora.

Ademais, como visto, não se trata de criar normas a partir do abstrato, mas da leitura da norma jurídica, posta pelo legislador, e que pela porosidade, falta de concretude imediata, precisa ser delineada ao ser aplicada no caso concreto.

O que se afirma, assim, é que a criação normativa advinda do Poder Judiciário não tem lastro em análise abstrata da sociedade, mas na análise dos casos concretos submetidos ao seu crivo, e que no momento de aplicação das leis existentes, as quais representam na atualidade cláusulas gerais ou janelas abertas, precisam de uma cognoscibilidade efetiva, ou seja, fazer-se conhecer quanto aos seus efeitos concretos.

José de Oliveira Ascensão faz referência a uma atuação do intérprete que vai exatamente ao encontro desta afirmação, pois, chama de *a norma que o intérprete criaria*.<sup>304</sup>

---

<sup>303</sup> Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/revistas/101/no-congresso-nacional-retrato-desfocado-da-sociedade-brasileira-2775.html>. Acesso em: 2 jun. 2018.

A pesquisa supramencionada, datada de 2014, retrata o perfil das bancadas eleitas para a legislatura atual e tece considerações sobre o nível de representatividade dos eleitos em relação aos anseios populares. Trata-se, claramente, de um material jornalístico, contudo, reflete a afirmação quanto ao nível de representatividade democrática que temos em nosso sistema eleitoral.

<sup>304</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 928.

A referência do autor diz respeito à redação do artigo 10, agora do Código Civil de 1966, o qual contém a seguinte redação: “na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”.

A redação literal do artigo é a seguinte:

Art. 10º – Integração das lacunas da lei

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.<sup>[1]</sup>
2. Há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.
3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.<sup>305</sup>

Trata-se, tal qual ocorre no Brasil, de um reconhecimento do próprio Poder Legislativo quanto à impossibilidade da atividade legislativa formal atingir a todas as perspectivas necessárias a atender aos anseios da sociedade e dos conflitos surgidos cotidianamente.

Assim, em ambos os sistemas, o português e o brasileiro, a opção de delegar a função normativa ao Poder Judiciário partiu do próprio Poder Legislativo, o que reforça o argumento de que a atividade atípica não fere divisão de poderes.

No direito civil português o código de 1966 reconhece a mesma circunstância que havia reconhecido o código anterior, o de 1867, a insuficiência legislativa e da solução por intermédio da analogia.

A dúvida no direito português residia, no entanto, no que seria o intérprete apto a realizar a tarefa normativista, tendo em vista que a redação do artigo em comento afirmava ser uma tarefa voltada ao intérprete sem definir exatamente quem seria este intérprete. A forma como foi posta a norma permitia uma interpretação ampla, pois, o advogado, o doutrinador, o juiz, ou qualquer outro aplicador do Direito poderia ser considerado um intérprete da norma.

---

<sup>305</sup> Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis). Acesso em: 2 jun. 2018.

Ao se adotar a teoria de Kelsen, quanto à denominada interpretação autêntica, no que diz respeito ao tipo hermenêutico,<sup>306</sup> ligado a quem faz a interpretação, teríamos a solução doutrinária mais coerente, o juiz – ou nos dizeres de Kelsen a decisão que teria o efetivo condão de vincular as partes ao que foi decidido.

A doutrina portuguesa caminhou no mesmo sentido, pois a teoria defendida é a de que a tendência seria levar referida compreensão em direção ao aplicador da norma no Poder Judiciário, como se lê na passagem em que José de Oliveira Ascensão questiona e em seguida afirma a seguinte conclusão: “Começemos por perguntar quem é o intérprete a que se faz referência no art. 10/3. Tender-se-á a dizer que é o julgador”.<sup>307</sup>

A referência portuguesa na construção do Código Civil de 1966 foi o Direito Civil suíço, contudo, nas palavras do próprio autor, no ordenamento suíço a expressão juiz aparece expressamente.

O artigo 8/3, ainda do Código Civil português de 1966, faz referência ao julgador, o que permite uma interpretação sistemática para se chegar a mesma conclusão que o código que inspirou a norma portuguesa.

Assim estabelece o artigo 8º:

Art. 8º – Obrigação de julgar e dever de obediência à lei

1. O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio.
2. O dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo.
3. Nas decisões que proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito.<sup>308</sup>

As conclusões a que chega a doutrina portuguesa passam pela análise histórica do preceito, sendo que remonta a *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, Livro V, capítulo X, para justificar o papel realizador de normas pelo julgador, sendo que o autor faz referência a uma tradução portuguesa da passagem do filósofo:

<sup>306</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit.

<sup>307</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *A integração das lacunas da lei e o novo Código Civil*. Separata de “O Direito”, ano 100 (1968). p. 273.

<sup>308</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *A integração das lacunas da lei e o novo Código Civil* cit., p. 273.

Por conseguinte, quando a lei dispõe de uma maneira geral e posteriormente se verifica um caso particular que escapa a esta regra geral, é legítimo – na medida em que a disposição do legislador é insuficiente e errónea dado seu carácter absoluto – corrigila e suprir seu silêncio, estatuidando como o faria o próprio legislador se estivesse presente e como ele teria prescrito na lei se tivesse podido conhecer o caso em questão.<sup>309</sup>

O mesmo autor ainda cita a passagem do direito suíço para compreender a abertura trazida pela norma portuguesa para a criação das normas no caso concreto, para ir direto ao ponto em que a norma entrega tal atividade ao juiz *selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*.<sup>310</sup>

O movimento que mais preocupa o autor é a busca do preenchimento da lacuna por uma decisão, com carácter normativo no caso concreto, que mais se aproxime daquilo que o próprio legislador teria feito acaso conhecesse desta lacuna.

Hans Nawiasky, traduzido para o espanhol por Pamplona, também afirma essa necessária aproximação das vontades do juiz e do legislador.<sup>311</sup>

Percebe-se a constante busca, em teorias de diversas origens de sistemas, da redução ao máximo de qualquer subjetividade no estabelecimento deste método normativo extrassistêmico.

A mesma questão tem sido debatida no Brasil, especialmente pelos críticos da teoria dos precedentes e da argumentação, como tivemos a oportunidade de ver na obra de Lenio Streck, em que critica o decidir a partir da própria consciência do juiz.<sup>312</sup>

José de Oliveira Ascensão ressalta referida preocupação na seguinte passagem:

É evidente o acento subjectivo desta fórmula. Note-se que a preocupação de obstar a um subjectivismo judiciário se manifesta fortemente na própria doutrina suíça. Assim, Tuor dá o predomínio exclusivo a elementos de ordem objectiva.<sup>313</sup>

<sup>309</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 930.

<sup>310</sup> Ibidem.

<sup>311</sup> NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*. tradução espanhola da 2. ed. alemã. Pamplona, 1962. Editorial: Ediciones Coyoacán, México, 2011. § 10, n. 10.

<sup>312</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 17.

<sup>313</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 930.



O juiz passa a ser o ator e o critério na tarefa de preencher lacunas e de criar normas a partir de julgamentos de casos concretos.

Alivia-se um pouco a tensão, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, ao se considerar a teoria dos precedentes, o fato de que os julgamentos que dão origem aos institutos são colegiados, com ampla participação das instituições e mesmo depois de formados há a participação democrática de diversos setores da sociedade.

A primeira vertente que denota a participação das instituições jurídicas diz respeito ao modelo de formação dos tribunais, decorrentes das vagas destinadas ao chamado quinto constitucional, em que advogados e membros do Ministério Público passam a compor as cortes ao lado dos magistrados de carreira, o que torna a visão do julgamento algo mais miscigenado em termos de experiência jurídica. Tudo isso para não falar do STF, em que a formação é ainda mais eclética, tendo em vista o modelo adotado no Brasil de nomeação de seus ministros.

A segunda vertente, mais efetiva e importante, é a ampla participação das instituições, Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público, na formação de conteúdo dos precedentes, ao participarem ativamente do processo de julgamento, além de participarem do processo de gerenciamento dos precedentes, conforme previsto na Resolução 235 de 2016 do CNJ, em seu artigo 6º, § 6º, inclusive, nas reuniões da comissão gestora.

Ademais, admite-se a participação do *amicus curiae* para maiores debates e coletas de informações relevantes para a solução dos casos que são afetados para a formação do precedentes.

As previsões estão expressadas no Código de Processo Civil, no caso de IRDR, como o artigo 983, ao dizer que o relator “ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, o mesmo ocorrendo com na previsão do artigo 984, II, “a”, ao afirmar que poderão sustentar razões “o autor e o réu do processo e o Ministério Público”. Situação similar acontece com IAC, nos termos do artigo 947, em seu § 1º, ocasião em que se prevê participação ampla na afetação e julgamento.

O mesmo ocorre no caso dos recursos repetitivos, conforme artigo 1.038, com idêntica redação do artigo 983, também com vistas ao Ministério Público, nos termos do § 2º, ainda do artigo 1.038.

Cassio Scarpinella Bueno descreve referidas participações:

A menção a “partes” deve ser entendida amplamente para aceitar que qualquer parte *individualmente* considerada que tenha processo seu suspenso mercê da instauração do incidente (art. 982, I) possa se manifestar diretamente no Tribunal para expor suas razões sobre a resolução da questão de direito.

O dispositivo menciona que os “outros interessados” podem ser “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, o que traz à tona a figura do *amicus curiae* generalizada pelo art. 138. O *interesse* na manifestação em tais casos, importa destacar, é necessariamente o *institucional* e, portanto, inconfundível com o usual “interesse jurídico”, que caracteriza as demais modalidades de intervenção de terceiro, tradicionais e novas, disciplinadas pelo CPC de 2015 e, no que interessa para cá, também a manifestação das próprias partes como acima aventado.

Também a oitiva do Ministério Público, a qualidade de fiscal da ordem jurídica, é assegurada pelo mesmo dispositivo, reforçando o que consta do inciso III do art. 982.<sup>314</sup>

O autor deixa externado de modo inequívoco o que antes se afirmava, a respeito da mais ampla participação na formação dos precedentes, sendo que, em relação a Ordem dos Advogados do Brasil pode ser inserida dentro do que o artigo denomina de órgão ou entidade, com interesse na solução da controvérsia, completando o cenário descrito como o mais amplo em termos de participação democrática.

A doutrina do Direito Processual do Trabalho não é diversa nesse sentido, como se percebe na obra de Manoel Antônio Teixeira Filho:

*Caput.* O julgador deverá ouvir as partes e as demais pessoas interessadas na controvérsia, aí incluídos órgãos e entidades, assim com eventual *amicus curiae*. No prazo comum de quinze dias, essas pessoas, órgãos e entidades poderão requerer a juntada de documentos e realização de diligências quem (sic) forem necessárias para elucidar a questão de direito controvertida. Em seguida, o Ministério Público se manifestará no mesmo prazo.<sup>315</sup>

O estudioso do direito processual trabalhista caminha no sentido da doutrina do processo civil, o que indica as mesmas características democráticas na formação de precedentes no Processo do Trabalho em relação ao que ocorre no Processo Civil.

<sup>314</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 679.

<sup>315</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 1180.

A doutrina portuguesa também busca demonstrar que referida preocupação é uma constante em seu ordenamento:

E todavia, não pensamos que seja esta a solução que derive efetivamente da lei. Já atrás mostrámos que assim a lei portuguesa não teria sentido, pois a criação por um intérprete equivaleria à feita por outro. Mas para além disso propomo-nos demonstrar, primeiro, negativamente, que orientação subjectivista não se harmonizaria com o nosso sistema jurídico; depois, positivamente, qual sentido da fórmula legal.<sup>316</sup>

A teoria portuguesa parte do princípio de que a fórmula da criação normativa judicial não parte de um arbítrio livre e individual do julgador, pois o próprio artigo 9º/3 afirma que as soluções mais consagradas são as dispostas pelo legislador.

#### Art. 9º – Interpretação da lei

1. A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.
2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.
3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.<sup>317</sup>

Do mesmo modo, não é ao sentimento jurídico que se apela, pois não pode depender das oscilações de humor do julgador, já que o artigo 10º/3 trata de fixar um parâmetro que é o ato de legislar dentro do espírito do sistema. Não se trata, da mesma forma, de um juízo de equidade, uma vez que os casos que podem ser resolvidos pela equidade estão enunciados taxativamente no artigo 4º, não estando incluídas as lacunas distantes da analogia.

#### Art. 4º Valor da equidade

Os tribunais só podem resolver segundo a equidade:

- a) Quando haja disposição legal que o permita;

<sup>316</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 931.

<sup>317</sup> *Ibidem*.

- b) Quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível;
- c) Quando as partes tenham previamente convencionado recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.<sup>318</sup>

Ao fixar os elementos que não podem constar da atividade extrassistemática, o direito português busca reduzir ao máximo a subjetividade da atividade judicial. Ainda assim, resta perquirir se a legislação portuguesa, em si mesma, não atribuiu certo patamar de subjetividade no agir do julgador, ao permitir agir como teria agido o legislador em posição idêntica.

Pires de Lima e Antunes Varela respondem a referida indagação da seguinte forma:

Este sistema tem, teoricamente, o inconveniente de permitir disparidades de interpretações, já que diferem, necessariamente, os critérios de razoabilidade de homem para homem, mas tem a vantagem de, sobrepondo-se a concepções puramente teóricas, descer à realidade das coisas.<sup>319</sup>

A ideia é a de que os autores teriam abandonado teorias adotadas sob a égide das leis anteriores, ao afirmarem que:

A lacuna não deve ser preenchida de harmonia com a solução que o julgador adoptaria, se porventura dispusesse de poderes legislativos; mas de acordo com a solução que se presume seria adoptada pelo próprio legislador, se ele tivesse previsto o caso omissis.<sup>320</sup>

A referência comparativa diz respeito ao Código Civil de 1867, quando este tratava dos princípios de direito natural, sendo que o Código de 1966 traz um arcabouço hermenêutico bastante delimitado, como se viu nas passagens dos artigos supra descritos.

Há uma percepção importante de ser notada neste momento do estudo, em que a doutrina portuguesa se esforça para reduzir o quanto pode o traço subjetivo na atuação judicial de criação de normas, e reside no fato de que a atividade extrassistemática decorre de uma previsão intrassistemática.

<sup>318</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 931.

<sup>319</sup> LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. v. I, sub art. 10º.

<sup>320</sup> Ibidem.

Do mesmo modo que ocorre no Brasil, o Poder Judiciário português não teria como ponto de partida sua própria vontade, mas, sim, a vontade do legislador, o qual lhe atribuiu expressamente tal atividade normativa.

Usar desta atividade com responsabilidade e dentro de limites legais é um ponto a ser considerado com muita cautela, contudo, não se pode afirmar que a atividade nasceu de uma afronta ao Poder Legislativo.

Mais uma vez se justifica a pesquisa a partir do direito português, tendo em vista mais este ponto de aproximação entre as legislações das duas nações.

A atividade de construção interna da norma, principalmente, será uma atividade objetiva, ou seja, a formação de um precedente será feita pelas cortes superiores, havendo uma decisão final, última, a que de fato vincula objetivamente.

O direito português não deixa escapar esta necessária objetividade hierárquica vertical, reconhecendo que há uma decisão final, objetiva, verdadeira, e sendo ela uma só, torna menos subjetiva a análise:

Parece-nos decisivo o que está ligado à hierarquia judiciária. Por meio de recurso, as decisões dos tribunais inferiores são sujeitas a tribunais superiores. A nova legislação não veio trazer nenhuma exceção a este esquema para os casos em que o juiz deparou com a *lacuna rebelde à analogia*. Ora o recurso tem por base uma apreciação da correção do primeiro julgado, e não a sobreposição de subjectivismo do tribunal superior a tribunal inferior: realiza um controlo objetivo, da legalidade do primeiro julgado e não um controlo subjectivo, pois que a ser assim mais valia entregar desde logo a decisão do processo de opinião mais forte. A existência de uma hierarquia judiciária alicerça-se na suposição de que há uma solução verdadeira, uma só.<sup>321</sup>

Subsequentemente, no entanto, deverá haver um senso de previsibilidade e isonomia que se mostre efetivo, partindo da ideia de que as cortes superiores, após formado o precedente, vinculam as inferiores, sentido vertical de aplicação, assim como deveria haver uma vinculação horizontal, ou seja, dos próprios membros da corte que gerou o precedente.

A forma de decidir, baseada em um caso concreto, estará sempre sujeita à atividade recursal, assim, até o ponto em que os tribunais passam a formar o precedente já

---

<sup>321</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 933.

haverá decorrido, por via de regra, decisões anteriores, até a afetação da demanda repetitiva ou do recurso repetitivo, e isso ficará um pouco menos evidente na assunção de competência.

A discricionariedade, dessa forma, deixa de ser um traço prejudicial à formação das novas fontes, justamente pela passagem pelas diversas instâncias da jurisdição, além da possibilidade de sua revisão ou cancelamento.

As disparidades de interpretação serão analisadas em dois momentos distintos no processo extrassistêmico, no momento de formação da norma e no momento de aplicação da norma.

No momento da formação a palavra final será sempre da corte superior que tenha afetado a matéria, sendo assim, a última palavra, como ocorrerá no TST, por exemplo, e de forma colegiada, retira o subjetivismo individual da decisão. O tribunal parte da ideia de uma declaração de solução judicial correta àquele caso a partir das premissas que pautam o dever de julgar, em especial a fundamentação.

Uma vez formado o precedente, assim, a base de aplicação será o primeiro julgamento realizado, portanto, sem espaços para novas disparidades já que a decisão anterior se torna vinculante para os casos idênticos.

Substitui-se um eventual *arbitrio do legislador*, pelo *arbitrio do julgador*, pois o ato de formar uma norma, de qualquer forma, é um ato de escolha, com a diferença de que no Poder Judiciário este ato precisa ser estritamente fundamentado, sob pena de nulidade do ato decisório. Entenda-se arbitrio como ato de escolha e não como arbitrariedade subjetiva individualista.

Do mesmo modo que ocorre no Brasil, em Portugal também houve críticas das mais variadas, desde o projeto que ainda se apresentava à votação legislativa. Assim foi a crítica de José H. Saraiva:

A resolução do caso omissis só muito superficialmente se parece com um verdadeiro acto legislativo, e a alusão, no texto legal, a essa semelhança só pode servir para induzir em erro. A lei cria direito, a sentença

qualifica-o, isto é, recorte em função do caso concreto a disciplina jurídica aplicável em virtude do regime estatuído.<sup>322</sup>

A crítica também vinha no sentido de que o ato de julgar em nada se confundia com o ato de legislar, não havendo influência em matéria de fontes do direito.

Contudo, a fórmula prevista pelo legislador acabou sendo aprovada e a generalidade que se emprestou ao instituto aprovado acabou por sedimentar a inegável proximidade com a lei e a influenciar o estudo das fontes.

Passa-se a falar, assim, na norma que o intérprete criaria, de modo hipotético, geral, abstrato, não só na concretude do caso posto à análise, mas para o futuro, com claros traços legislativos.

Simplesmente, o estágio dos estudos legislativos passou e a fórmula ficou consagrada. Agora temos de saber qual o seu sentido. Cremos que ela só pode traduzir uma intenção generalizadora: a referência à função de legislar é o elemento que decididamente aponta para a necessidade de elevar a perspectiva para além do caso a decidir.<sup>323</sup>

Fica claro na afirmação do autor de que se trata de uma norma de carácter geral, aplicável a outros casos para além do caso decidido. E continua o autor até o momento em que afirma que “fala-se efetivamente na norma que o próprio interprete criaria, e é essa norma que resolve o caso”.<sup>324</sup>

O caso concreto acaba sendo resolvido por uma norma, a que o intérprete cria no momento em que a solução se apresenta, observando-se, assim, um prisma generalizador da norma.

O agente interpretador tem uma função na determinação da norma, pois o Direito, geralmente, realiza-se por via extrajudicial, sendo o papel predominantemente do Poder Legislativo, assim, o intérprete precisa agir do mesmo modo que agiria o legislador diante do caso em discussão. O próprio artigo 10/3 do Código Civil português exige referida postura.

---

<sup>322</sup> SARAIVA, José H. *Apostila Crítica ao Projecto de Código Civil*. Lisboa, 1966. p. 144.

<sup>323</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 935.

<sup>324</sup> *Ibidem*.

Castanheira Neves, utilizando-se da fórmula de Aristóteles recorre, tanto quanto é possível, à difícil conjugação dos vários elementos para buscar um critério objetivo, a lacuna deverá ser preenchida como o faria o próprio legislador, sendo que diretamente não define quem deveria preencher esta lacuna.

Vê no texto de Aristóteles uma pura manifestação de equidade, mas não se coloca em oposição com o entendimento que acabamos de enunciar. O que preocupa é demonstrar que Aristóteles não faz apelo a normas jurídicas a que houvesse de subsumir casos omissos – portanto, numa orientação radicalmente oposta àquela que é adoptada pela lei, como acabamos de verificar. Procura ainda explicar do mesmo modo os critérios de Kant e Stammler.<sup>325</sup>

José de Oliveira Ascensão, de outro lado, referindo-se ao código suíço, afirma que referida norma atribui a função ao juiz, mas sem qualquer critério para sua realização, dizendo somente que o juiz deve ter em conta a doutrina dominante e a jurisprudência, sendo que para o autor esta ausência de determinação gera uma orientação subjetiva ao intérprete.<sup>326</sup>

A terceira fórmula que busca explicar os critérios de integração em face do agente que se apresenta como intérprete é a análise do próprio Código Civil português, o qual tem uma feição que pode parecer mais subjetiva, enquanto diz respeito ao intérprete em geral, e outra mais objetiva, quando determina que este aja conforme o espírito do próprio sistema. A própria leitura do artigo 8/3 do Código Civil português auxilia nesta compreensão, ao falar expressamente em julgador.

Assim, contrapõem-se duas perspectivas: quem realiza a integração; o critério utilizado para referida realização.

A referência a intérprete responde à primeira indagação e a ideia de espírito do sistema responde à segunda questão. O intérprete sendo o julgador, o espírito do sistema sendo a atitude que o próprio legislador tomaria se estivesse diante do mesmo caso.

---

<sup>325</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. p. 367.

<sup>326</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 937.



No Brasil, como vimos, a questão não deve diferir do sistema português, pois, as mesmas perguntas deveriam ser feitas, para que se busquem as respostas possíveis a sustentar este método normativo.

Para a primeira pergunta à resposta se encontra nas disposições do próprio Código de Processo Civil, cabe ao Poder Judiciário, na função de intérprete último, ser o agente formador das normas denominadas de precedentes. Internamente, no entanto, há uma pulverização de possibilidades, primeiro a partir da leitura do artigo 926 do mesmo diploma, ao fixar quais seriam os incidentes a gerar precedentes, em seguida, a partir da resolução do CNJ, o qual estabelece o regramento para gerenciamento na formação e aplicação de precedentes.

O Código de Processo Civil fala em incidentes afetados a partir de demandas repetitivas, assunção de competência, controles de constitucionalidade, súmulas de tribunais superiores, orientação de plenário, conforme já descrito no capítulo anterior.

Ao regulamentar referidas atividades, de gerenciamento na formação e aplicação de precedentes, o CNJ dividiu as cortes em intermediárias e superiores.

Podem ser entendidas como cortes intermediárias, entre outras: os Tribunais Regionais do Trabalho; os Tribunais Regionais Federais; os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal. A soma desses tribunais chega a 56 cortes intermediárias, sendo 24 TRT's, 27 TJ's e 5 TRF's.

De outro lado, as cortes superiores seriam: o Supremo Tribunal Federal; o Tribunal Superior do Trabalho; o Superior Tribunal de Justiça; o Superior Tribunal Militar; e o Tribunal Superior Eleitoral.

Tal divisão pode ser encontrada na Resolução 235 de 2016, tanto na exposição de motivos, quanto nos artigos 2º, 3º e 4º.<sup>327</sup>

---

<sup>327</sup> Art. 2º O STJ e o TST são os gestores dos recursos repetitivos, de acordo com a competência constitucionalmente definida, sendo responsáveis pela criação de temas e pela divulgação das informações no termos definidos no CPC e nesta Resolução.

Art. 3º Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são os gestores do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) instaurados no âmbito de sua competência, observadas as determinações legais e o disposto nesta Resolução.

Art. 4º O STJ, o TSE, o TST, o STM, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal são responsáveis pela gestão dos

Há autores que sustentam a inadequação de extensão de referida atividade interpretativa aos tribunais intermediários, pois, deveria ser papel exclusivo de cortes de sobreposição, como é a posição de Luiz Guilherme Marinoni,<sup>328</sup> assim como os que defendem a atribuição do modo como estabelecido na legislação processual, caso da doutrina de Sofia Temer.<sup>329</sup>

No nosso ordenamento, portanto, a questão envolvendo o intérprete está objetivamente definida no ordenamento jurídico.

O próximo passo, no entanto, será definir o critério de atuação desses órgãos na construção das normas jurídicas. Este, provavelmente, seja o elemento mais difícil de se afastar de um critério subjetivo, vejamo-los.

A disposição do artigo 976 do Código de Processo Civil indica as primeiras diretrizes a serem seguidas, ou seja, a afetação de causas para formação de precedentes depende de repetição de causas – ou como previsto no artigo 946, de matéria relevante –, para evitar a ocorrência de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

No sistema de positivismo científico, como é o caso do Brasil, fruto de uma influência germânica, o direito deve ser deduzido a partir de conceitos e de princípios gerais elaborados pela ciência jurídica.

Teoricamente, as questões de ordem moral, social, religiosa, política, entre outras frentes, não deveriam ser consideradas na norma jurídica; tendo em vista o grau de abstração da lei, as normas deveriam ser deduzidas de modo lógico do sistema. Nesse sentido a obra e a doutrina alemã citadas por estudiosos portugueses.<sup>330</sup>

A coerência das normas está numa relação de autonomia com a realidade social, a pretensão é que os casos sejam resolvidos pela subsunção, ou seja, dedução de premissas e conclusão. A doutrina daria os conceitos básicos, os valores lógicos, e a operação judicial seria meramente de subsumir o fato à norma.

---

incidentes de assunção de competência (IAC) instaurados no âmbito de sua competência, observadas as determinações legais e o disposto nesta Resolução.

<sup>328</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes* cit., p. 159-161.

<sup>329</sup> TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas* cit., p. 69.

<sup>330</sup> WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Trad. Antônio Manuel Hespanha – *História do direito privado modern*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p 492.

Ocorre que a porosidade da norma permite infinitas hipóteses de compreensão, razão esta que leva a hermenêutica a sistematizar os métodos e tipos para uma busca mais adequada de segurança jurídica.

O positivismo deveria ser caracterizado pela sistematicidade e pela plenitude, tendo como objetivo a certeza jurídica e a previsibilidade.<sup>331</sup>

O ideal é que as leis fossem claras e completas, gerando uma só possibilidade interpretativa, seria a supremacia do Poder Legislativo, não é o que ocorre, pois, não são raras as hipóteses em que casos idênticos, em matéria de direito, acabam com soluções completamente distintas.

Assim, a atuação dos agentes interpretadores da lei deverá ser a busca por previsibilidade do agir social e igualdade de soluções para casos idênticos.

O caminho a ser trilhado, no entanto, será objeto de debate no capítulo subsequente, quando a discussão será pautada pelas escolas inglesas e americanas de construção de precedentes, momento em que serão postas em contraposição as escolas declaratórias e constitutivas do direito.

O paralelo com o direito português, assim, permite centralizar as análises nestes dois principais objetivos, e que são de suma importância para justificar os modos extrassistêmicos de origem das normas.

A superação do subjetivismo exacerbado é essencial para a organicidade dos novos modos de criação normativa e os dois momentos em que referido subjetivismo mais geram conflitos é o de criação e aplicação dos precedentes.

Neste capítulo, no entanto, somente a criação é objeto da pesquisa, sendo a aplicação tema do capítulo da hermenêutica dos precedentes.

No direito português o intérprete é agente criador, mas não define os critérios, que já vêm instituídos na própria legislação, conforme aponta Oliveira Ascensão:

O intérprete não é simultaneamente agente e critério desta criação jurídica, ao contrário do que se passa com o juiz no sistema suíço. O intérprete é o agente ou *médium* dessa criação, mas o critério está fora

---

<sup>331</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

dele, e encontra-se na referência ao acto de legislar dentro do próprio sistema.<sup>332</sup>

A doutrina portuguesa há muito tempo já falava em reconhecimento da função legislativa dentro do próprio espírito do sistema, para adequação da função judicial à função do legislador, a partir de um critério objetivo:

Há afinidades entre as expressões “espírito do sistema” e “juízos de valor legais”, já utilizada na lei. Preferimos a nova expressão, quanto mais não seja porque dá abertura, não só aos juízes de valor *legais*, mas aos de todo o sistema jurídico. Isso não impede que possamos aproveitar a elaboração de que aqueles juízos, que a jurisprudência dos interesses não pôde deixar de considerar, foram objeto.<sup>333</sup>

O apego, assim, a ideia de *espírito do sistema* é que permitiu a aceitação dessa atividade atípica aos juízes no ordenamento jurídico português, a organização desse critério objetivo, mesmo dentro da subjetividade da escolha da melhor interpretação, levou a doutrina a uma construção favorável ao modelo extrassistêmico de positivação de normas.

O sistema jurídico brasileiro precisa se pautar em tais aspectos para criar uma base segura de formação de precedentes, sendo que os elementos essenciais já estão descritos no próprio ordenamento, quais sejam, o intérprete, a finalidade e o método.

### 5.3 Análise conclusiva do método extralegal

A adoção dos estudos portugueses como base de referência teórica tem o principal condão de demonstrar o amadurecimento do modo extrassistêmico de positivação de normas em um país de regime de *civil law*, sendo que em pelo menos dois momentos históricos os doutrinadores foram chamados a debater a adequação de referidos métodos ao sistema jurídico em geral.

A adoção dos assentos, num primeiro momento, e do preenchimento de lacunas, num segundo momento, demonstram a possibilidade teórica de superação de eventuais entraves para aplicação do modelo de positivação de normas a partir de novos centros de construção.

<sup>332</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral cit., p. 938.

<sup>333</sup> MONCADA, Cabral de. *Lições de direito civil*, I. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1959. p. 218.

Os desafios mais efetivos estão em superar dois grandes argumentos das teorias contrárias ao sistema de precedentes, quais sejam, a possível afronta à divisão de poderes e ao Estado Democrático de Direito e o critério subjetivo tanto no que diz respeito ao agente que será considerado como o intérprete das normas, quanto o caminho utilizado por estes intérpretes para a construção e, posteriormente, para aplicação das normas.

Em Portugal todos esses temas foram objeto de debates intensos pela doutrina e jurisprudência, como pôde ser constatado nas linhas anteriores e o mesmo caminho pode ser adotado no Brasil.

De fato, não é matéria das mais simples explicar a adoção de elementos típicos de um sistema de *common law*, para um país que adota o sistema de *civil law*, contudo, em verdade, não se trata de transmudar o sistema jurídico base do país, mas de buscar novos elementos para uma adequada estruturação do Direito.

A intersecção de elementos em ambos os sistemas é algo notório, como pudemos discorrer nos capítulos anteriores, sendo que, em verdade, países de *common law* têm adotado legislações para solver controvérsias sociais com mais frequência do que o esperado, enquanto países como o Brasil têm adotado cada vez mais a via da jurisprudência – em sentido amplo –, para buscar melhor sistematização das normas.

O primeiro argumento a ser afirmado é o de que a imposição de formação de normas, com um novo centro de positivação jurídica, partiu do próprio Poder Legislativo, ou seja, não se trata de uma função exercida pelo Poder Judiciário a partir de sua própria concepção de sistema.

A construção jurisprudencial, como fonte de uniformização de interpretações, sempre foi uma possibilidade típica das cortes judiciais, a ideia central era construir o que a doutrina denominava de jurisprudência persuasiva, aquela que uniformizando os entendimentos acerca de temas de Direito pretendia convencer os demais órgãos do Poder Judiciário a seguir referido entendimento.

A possibilidade de precedentes judiciais, com força vinculante, obrigatória, começa a se desenhar no Brasil com mais frequência a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, sendo que antes disso já se podia falar em julgamento vinculante com as hipóteses de ações de controle direto de constitucionalidade.

A emenda em comento possibilitou a edição de jurisprudência com observância obrigatória e foi denominada de súmula vinculante.

A matéria era tão nova e modificadora da cultura judicial que levou anos para que as primeiras súmulas dessa natureza fossem editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Passados alguns anos da criação de referidas súmulas, as reformas produzidas no Código de Processo Civil de 1973 passaram a admitir a afetação de processos com repercussão geral, momento em que a coletivização de recursos junto ao STF passou a possibilitar julgamento vinculante a todos os recursos afetados por um só acórdão que decidisse a mesma matéria de direito.

Some-se a isso as alterações que autorizavam a denominada jurisprudência defensiva, aquela que impedia a subida de recursos para as cortes de sobreposição, em razão de os julgados das cortes intermediárias estarem de acordo com a jurisprudência dominante firmada pelas cortes de vértice. Estabeleceu-se, também, a possibilidade de julgamentos monocráticos pelos relatores nas cortes para aplicação de suas jurisprudências dominantes.

Referidos movimentos desaguaram na edição da Lei n. 13.015 de 2014, em matéria de reforma legislativa no capítulo de recursos da Consolidação das Leis do Trabalho e a posterior edição do atual Código de Processo Civil em 2015.

Esses dois movimentos legislativos tornaram a teoria de precedentes uma realidade mais ampla em termos de sistema jurídico no Brasil, pois, adotaram, claramente, a possibilidade de edição de jurisprudência nas cortes infraconstitucionais com caráter vinculante, gerando o mesmo efeito das súmulas vinculantes do STF.

A teoria da argumentação, em que os princípios e a jurisprudência modificam substancialmente seus papéis, passa a ter aplicabilidade prática nos tribunais intermediários e de sobreposição. Os institutos deixam de ter aquelas funções típicas, entre elas a de fonte de integração em casos de lacunas, para se tornarem fontes formais diretas.

Importa notar, neste avanço social do papel da jurisprudência e dos princípios, um suporte incontestável das leis que deram origem a referidos movimentos. Foi o Poder Legislativo que reconheceu a incapacidade das leis em alcançar os anseios sociais, as rápidas mudanças implementadas pela vida cotidiana e a necessidade de acompanhamento de referidas mudanças por outros meios que não as leis em sentido estrito. A ideia de produzir textos legislativos mais abertos, denominados de cláusulas gerais ou janelas abertas, como normas com caráter de princípios, ou seja, mais amplos, mais capazes de serem adaptados às realidades concretas no momento da aplicação das leis, foi essencial

neste movimento de criação de teoria de precedentes e partiu da vontade do próprio legislador.

A mudança constitucional, depois a mudança infraconstitucional, foram movimentos originados no Poder Legislativo. Poderia ser discutida, eventualmente, a constitucionalidade de referidas legislações, para definir se o Poder Legislativo teria mesmo a legitimidade para delegar tal atividade normativa ao Poder Judiciário ou não, e essa ainda é uma possibilidade real, contudo, até o presente estudo o que temos é o reforço cada vez mais claro no sentido inverso, da concordância dos poderes constituídos, especialmente do STF – como guardião da constitucionalidade das leis –, quanto à constitucionalidade de referidas legislações.

O fato de a possibilidade ter partido do Poder Legislativo, no mínimo, minimiza a teoria de afronta à divisão de poderes, pois, em verdade, trata-se de aplicação pura e simples da lei.

Essa reflexão tende a demonstrar a primazia do sistema legislado, a própria formação de precedentes obrigatórios é fruto de legislações que as preveem.

Estamos, portanto, diante de uma formação de cultura de precedentes a partir da vontade da lei. Não há, assim, uma construção dessa teoria a partir de posição impositiva do Poder Judiciário.

Não há, por fim, como ser medida a densidade representativa dos poderes neste momento da história, por falta de tempo hábil para um desenvolvimento mais intenso da teoria dos precedentes, especialmente na amplitude trazida pelo CPC, em cortes superiores e intermediárias. Dentro de alguns anos poderá haver um dimensionamento mais exato desse movimento e uma nova avaliação de sua viabilidade.

Por enquanto, o que se busca é garantir ao máximo segurança jurídica, com previsibilidade do agir social e processual e a isonomia, com tratamento equânime a todos os cidadãos que estejam envolvidos em idênticas questões de direito. Para tanto, espera-se uma jurisprudência, como precedente obrigatório, estável, íntegra e coerente.

É possível, sim, afirmar que a representatividade que o Poder Legislativo possui em face dos representados não é algo a ser considerado como um empecilho para o exercício normativo do Poder Judiciário.

A história futura dirá com mais precisão se a teleologia da norma, a *mens legislatoris* foi alcançada, competindo, agora, ao Poder Judiciário usar do instituto com o máximo de qualidade possível.

O critério seguinte diz respeito à subjetividade na formação das normas, como agirão os tribunais neste movimento de formação de precedentes.

O primeiro e mais importante elemento é perceber a formação democrática dos tribunais, com membros advindos de diversos espectros sociais, como são os membros advindos do quinto constitucional, fruto de eleição na Ordem dos Advogados do Brasil e no Ministério Público do Trabalho, todos com vasta experiência profissional e notável saber jurídico.

Some-se a isso o fato de que os julgamentos nas cortes de precedentes, tanto as intermediárias, como as superiores, serão feitos de forma colegiada, ou seja, pelos órgãos destinados para o julgamento dos incidentes que levarão à formação dos precedentes.

O fato de o julgamento ser colegiado, constituído por membros de origens diversas, contribui substancialmente para a redução de uma visão individualista, o subjetivismo tende a diminuir de modo muito evidente.

Se bem compreendido, o processo de elaboração de leis tem movimento de formação não muito distinto, pois, trata-se de passagem por comissões nas casas legislativas, para posterior votação em plenário. O número de votantes pode ser maior, especialmente na Câmara de Deputados, se comparado aos tribunais, mas, em relação ao Senado, referido número não é tão significativamente distinto.

Contudo, o traço mais evidente de redução de subjetivismo exacerbado, e que combate de forma efetiva o sujeito solipsista, como indivíduo que pretende impor seu ponto de vista social aos demais, temos a participação das instituições, Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público do Trabalho, na formação efetiva dos precedentes.

Não se trata, agora, de composição dos membros da corte, desembargadores ou ministros, mas das instituições agindo em nome próprio, participando ativamente do processo de formação das normas advindas dos julgamentos no Poder Judiciário.

Por fim, e mais relevante, a participação dos *amicus curiae*, ou seja, as instituições da sociedade que tendo expertise no assunto podem participar ativamente do



processo de julgamento e formação de precedentes, apresentando um ponto de vista que não seja essencialmente jurídico, mas de efeitos concretos dos precedentes na vida em sociedade.

Referidas instituições, desde que tenham pertinência temática com o assunto em debate, poderão trazer pontos de vista muito enriquecedores aos debates, mudar percepções e até influenciar sobremaneira no conteúdo dos precedentes.

O traço democratizante é incontestável neste viés da análise das leis que deram origem a esse movimento de formação de precedentes. O legislador delegou referida atividade ao Poder Judiciário, no entanto, tomou cautelas muito evidentes para evitar a escolha do conteúdo da norma de forma aleatória.

Sempre será possível tecer críticas ao modelo, ao conteúdo, pois, é da essência da sociedade democrática permitir o debate e o amadurecimento das percepções sociais, contudo, a finalidade da norma é muito clara e em se respeitando todos os trâmites estabelecidos para a formação dos precedentes, a tendência é que tenhamos a completude da norma de modo muito adequado, com grandes possibilidades de modernização sistemática de seu conteúdo.

O tema final desta tese, quanto ao modo de aplicar as normas decorrentes dos precedentes, será objeto dos próximos capítulos, em que serão analisadas a hermenêutica dos precedentes, métodos e tipos, para a melhor compreensão de seus elementos e o modo de superação de subjetivismo no momento de concretude desses precedentes.

## CAPÍTULO VI HERMENÊUTICA DOS PRECEDENTES

### 6. A ORIGEM NORMATIVA DOS PRECEDENTES E FORMA DE COMPREENSÃO

Ao contrário do que ocorre com a lei, em seu sentido mais estrito, aquela decorrente do Poder Legislativo, genérica, abstrata e impessoal, o precedente nasce de outra fonte normativa como pudemos perceber nas linhas do capítulo anterior.

Essa forma extrassistemática, ou extralegal, de geração de normas parte de outros pressupostos, a começar que se origina da atividade do Poder Judiciário em um caso concreto a ser julgado.

Referidas distinções não impediram que ambos se tornassem espécies de um mesmo gênero, a norma jurídica, assim, as leis e os precedentes são espécies de norma jurídica.

Ocorre que a novidade que cerca os precedentes nos coloca diante de uma discussão inicial, a contraposição entre as escolas declaratórias e constitutivas do direito inglês e que no sistema jurídico interno precisará de uma definição segura para se evitar o subjetivismo exacerbado na formação dessa norma jurídica.

A definição por uma das escolas é muito debatida no sistema de *common law* e certamente não será diferente no sistema de *civil law*, no entanto, será necessário haver uma base de sustentação de modo a permitir a correta compreensão no caminho a ser percorrido por um instituto relativamente novo.

O passo seguinte diz respeito ao entendimento dos elementos de compreensão dos precedentes, quais são eles, como se desenvolvem no direito estrangeiro e como serão aplicados no ordenamento jurídico pátrio.

A hermenêutica dos precedentes terá a mesma função que a hermenêutica clássica, ou seja, construir métodos e tipos que permitam ao intérprete compreender e aplicar coerentemente os precedentes.

A condição de interpretação dos precedentes deve conter o menor espaço de dúvidas possível, afinal, ele mesmo já é o fruto da compreensão dos intérpretes acerca do

direito posto, sendo inseguro que se permitam interpretações distintas para o mesmo precedente.

É preciso que as ferramentas que a hermenêutica dos precedentes apresenta sejam suficientemente claras para permitir alcançar um resultado interpretativo seguro, caso contrário, haverá uma forte tendência de não se alcançar os principais objetivos do instituto, quais sejam, segurança jurídica e isonomia.

Compreender esses dois elementos passa a ser o passo mais importante na aplicação dos precedentes, pois, como já descrito nas linhas antecedentes, a sua formação está delimitada de forma clara e consistente.

### 6.1 Escolas declaratórias e constitutivas dos precedentes

Foi preciso vencer a afirmação de que os elementos do sistema de *common law* estão em completo desalinho com o sistema de *civil law*, como se o uso dos elementos de um sistema fosse completamente distinto e impossível de ser empregado ao outro, para poder iniciar a aplicação dos precedentes no direito pátrio.

Vale notar que se tem vivenciado com mais frequência do que se podia imaginar a existência de leis no sistema de *common law* e jurisprudência com caráter vinculante nos sistemas de *civil law*.

O sistema português supradescrito é um bom exemplo de um país que há muitos anos já debate a força vinculante das decisões judiciais, os métodos de formação e a utilização desses elementos.

Luiz Guilherme Marinoni afirma referida possibilidade de forma incontestável, sendo que suas colocações decorrem de uma vivência que se deu nas escolas americanas em que passou um período como *Visiting Scholar* e afirma:

Foi fácil perceber que os costumeiros e mitificados argumentos contrários aos “precedentes obrigatórios”, especialmente os de que esses, além de obstaculizarem a evolução do direito, seriam cabíveis apenas nos sistemas de menor conteúdo legislado ou naqueles em que o direito é criado pelos juízes, eram claramente improcedentes, estando a sua razão de ser na necessidade de se conferir estabilidade às decisões judiciais. Evita-se, desta forma, a negação da previsibilidade e da igualdade, sendo sempre possível, exatamente para o desenvolvimento do direito, operar mediante as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*. Nesta perspectiva, enfatizando que os precedentes obrigatórios podem satisfazer necessidades não só do *common law*, mas também do *civil law*, e

analisado as técnicas de operação com precedentes à luz do direito brasileiro, escrevi o livro *Precedentes obrigatórios*.<sup>334</sup>

O *common law* existe muito antes dos precedentes e ainda que este deixe de existir não afetará o sistema do direito costumeiro, assim, não há uma dependência do sistema aos precedentes. O mesmo se poderá dizer do sistema processual iniciado no Brasil, sua introdução não gera nenhuma dependência, mas maior estabilidade.

O próprio sistema de *common law* já foi fortemente questionado, especialmente quanto à sua capacidade de trazer racionalidade e previsibilidade ao sistema jurídico,<sup>335</sup> sendo o precedente um elemento de estabilização.

Foi justamente a existência dos precedentes que permitiu maior previsibilidade ao sistema, pois passou a permitir aos atores sociais conhecer o Direito de modo mais sistematizado e criar uma cultura do agir adequado àquilo que vinha sendo decidido pelas cortes, ocorreu no sistema da *common law* e deverá, também, ocorrer no sistema da *civil law*:

O *common law* inglês, visto por Weber como um direito destituído de racionalidade formal fundamentalmente por não permitir a generalização e abrangência, converteu-se num direito previsível mediante a *stare decisis*, o que serve para evidenciar não apenas que esse não se confunde com o *common law*, mas especialmente para esclarecer que os “precedentes obrigatórios” se tornam necessários na medida em que o direito se afasta da calculabilidade.

A transformação do *civil law* em virtude do impacto do constitucionalismo, do emprego cada vez mais difundido das cláusulas gerais e da evolução da teoria da interpretação eliminaram as pretensões do positivismo logicista e, por consequência, a previsibilidade que mediante ele seria alcançável.<sup>336</sup>

A cognoscibilidade do Direito tornou-se elemento essencial para aquilo que o autor denomina de calculabilidade do Direito e que já vinha sendo debatida na teoria da argumentação por Tercio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>337</sup> pois, cada dia mais torna-se imprescindível o conhecer das posições jurídicas para que se possam tomar atitudes sociais.

<sup>334</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Justificativa do novo CPC cit., p. 11

<sup>335</sup> CORSALE, Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979.

<sup>336</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Justificativa do novo CPC cit., p. 13.

<sup>337</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica* cit.

As pessoas no seu cotidiano precisam ter a segurança de saber que agem de certo modo e que o Direito resguarda referida posição por ser a possível solução judicial de uma eventual demanda ajuizada. Nunca haverá certeza plena e inequívoca, contudo, também não pode haver incerteza absoluta.

Tornar cognoscível, assim, significa tornar conhecido, sabido, aferível. Referido conhecimento tem o condão, também, de auxiliar o operador do Direito na orientação preventiva e contenciosa dos cidadãos.

O principal elemento na origem dos precedentes é o tratamento isonômico e coerente trazido pelo Direito, a igualdade de todos perante a lei é o pressuposto necessário de um Estado Democrático de Direito, e este é um preceito da Constituição Federal de 1988.

A Revolução Gloriosa de 1688<sup>338</sup> é o ponto de partida dos precedentes no sistema inglês, sendo que a busca, ao contrário do que havia ocorrido na Revolução Francesa – em que o principal objetivo era extirpar o direito comum<sup>339</sup> –, era pela reafirmação e fortalecimento do Direito já existente e que o rei não respeitava.

O próprio direito inglês era tido por inseguro, sem racionalidade, o que foi apontado como um dos elementos que dificultavam o crescimento do sistema capitalista, pela ausência de plena segurança jurídica para as relações privadas.

Havia um séria discussão sobre a racionalidade<sup>340</sup> do Direito, sendo que a este tempo o direito legislado era tido por mais adequado, por ser mais previsível e trazer maior certeza. Não esqueçamos que o final do século XVIII e o século XIX são o auge do positivismo jurídico do direito legislado.

Por isso, autores como David Trubeck denominavam a falta de previsibilidade de “problema da Inglaterra”,<sup>341</sup> uma vez que sendo um país de *common law*, em especial

---

<sup>338</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes* cit., p. 25.

<sup>339</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural. Editor: Victor Civita, 1973. (Coleção *Os Pensadores*). p. 36.

<sup>340</sup> DICIOTI, Enrico. *Intepretazione della legge e discorso razionale*. Torino: Giappichelli, 1999.

<sup>341</sup> TRUBECK, David M. *Max Weber on law and rise of capitalism*. Wisconsin Law Review, 1972. p. 748. “Some observes have argued that England did develop a truly ‘rational’ legal system before the rise of capitalism, and that the major flaw in Weber’s analysis was the false distinction he drew between English and continental law”.

O autor afirma que Weber havia feito uma comparação para fins de equiparação entre racionalidade e previsibilidade, esta entendida como calculabilidade para fins de afirmar que esta última não estava

nos séculos XVIII e XIX, estavam em desalinho com os demais países do continente, os quais eram basicamente regidos pelo *civil law*.

Na contraposição a Trubeck, Swedberg<sup>342</sup> assevera que Weber não afirma uma necessária identidade entre racionalidade e previsibilidade, no sentido formal dos termos, bastando ao Direito garantir previsibilidade para facilitar as relações privadas.

Ainda falando dos autores ingleses, como o exemplo de Jeremy Bentham, chegaram a sustentar a necessidade da adoção pela Inglaterra do mesmo sistema dos demais países continentais, justamente pela alegação de falta de racionalidade e previsibilidade.<sup>343</sup> O mesmo foi defendido por John Austin,<sup>344</sup> autores que eram considerados defensores do *civil law* num país de direito costumeiro.

Anthony Kronman<sup>345</sup> cita Weber reconhecendo a importância do *stare decisis* para o alcance da previsibilidade, ao comparar o Direito baseado no oráculo e a decisão advinda de fundamentação e justificação, como ocorria no sistema do *common law*.

Todas essas incertezas e discussões surgidas no seio do sistema de *common law* demonstram que a busca de estabilidade a um sistema, para que seja capaz de prover racionalidade e previsibilidade, não é nova, nem se esgota no próprio sistema costumeiro, contudo, a evolução das teorias das escolas inglesas é que permitirá o amadurecimento seguro do instituto do precedente.

O significado da decisão judicial passa a ser elemento de forte discussão no sistema de costumes, buscando entender a real função jurisdicional.

As teorias de cláusulas gerais e janelas abertas levaram a uma mudança muito significativa no sistema de *civil law*, pois a operação quase matemática do Direito, como era a pretensão da subsunção, a ideia de premissa maior, menor e conclusão, não subsiste como em outrora, a função interpretativa ganha relevo e passa a ser um componente essencial ao sistema.

---

prevista no *common law*, para asseverar que a Inglaterra seria uma exceção de capitalismo sem previsibilidade que havia crescido e se desenvolvido, pois não havia a um só tempo os dois elementos, racionalidade e calculabilidade.

<sup>342</sup> SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a ideia da sociologia econômica*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2005.

<sup>343</sup> BENTHAM, Jeremy. *Truth versus Ashhurst; or law as it is, contrasted with what it is said to be*. The works of Jeremy Bentham. v. 5, Edimburg: Willian Tait, 1843.

<sup>344</sup> AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5. ed. London: John Murray, 1911. v. 2.

<sup>345</sup> KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 187.

Referida forma de interpretar deixa de ser uma condição meramente gramatical, o juiz deixa de ser um mero boca da lei e passa a ser um decodificador de signos de linguagem, momento a partir do qual as decisões judiciais passam a não mais conter a previsibilidade e racionalidade desejadas pelo Direito.

Assim, podemos afirmar que foi a constatação da realidade concreta que gerou a necessidade de maior previsibilidade das decisões judiciais, e nisto o papel dos precedentes será essencial, para retomar essa condição.

Ao contrário do que possa parecer, não foi o precedente que pretendeu se impor como instituto de racionalidade, mas a necessidade de racionalidade que fez emergir a necessidade do precedente.

A pergunta a ser respondida no sistema do *common law* era a de saber se a decisão judicial, se o precedente obrigatório, criava o Direito ou somente o declarava.

No nosso sistema, certamente, referido questionamento será de extrema importância, pois, no momento da criação dos precedentes os tribunais deverão declarar o modo de compreender um direito legislado previamente existente ou construirão o Direito a partir da decisão proferida?

Se o questionamento foi razoável no sistema do *common law*, com muito mais razão o será no sistema de *civil law*, inclusive, por permitir o debate, mais uma vez, sobre o subjetivismo exacerbado e a possível ofensa à divisão de poderes.

Na Inglaterra, o principal defensor da escola declaratória do direito foi William Blackstone, pois entendia existir um Direito não escrito, a *lex non scripta*, e a lei escrita, o primeiro seria adequado ao *common law*, enquanto o segundo ao *civil law*.

Partindo-se do pressuposto de que o Direito é o costume estabelecido e as regras máximas estabelecidas, trata-se das posturas adotadas pelos *Englishmen*, não aqueles criados pelo juiz, assim, as cortes deveriam declarar o que o *common law* de fato é, não criar direitos.

Por essa teoria o Poder Judiciário, enquanto órgão criador de precedentes, estaria limitado a declarar o Direito que já existe, ou seja, os elementos legais definidos pelo Poder Legislativo, as leis, os textos legais gerados pelo poder que originariamente foi destinado a produzir normas.

A autoridade conferida aos julgadores para gerar precedentes não lhe atribui o poder de gerar direitos a partir de sua vontade pura e simples, pois este sim seria um movimento de ofensa à divisão de poderes.

A função que se espera das cortes de precedentes é a de observar a norma posta pelo legislador e dela extrair o significado mais adequado para uma construção interpretativa adequada, observados os métodos e tipos hermenêuticos a seu dispor, daqui decorre a importância da compreensão das escolas de hermenêutica e o modo como lidam com o Direito do Trabalho.

A teoria declaratória sofreu forte crítica no sistema de *common law*, sendo que Bentham chegou a igualar referido método ao modo de adestramento de cães, denominando-o de *dog-law*.<sup>346</sup> Austin, por seu turno, entendeu que referida escola declaratória era inocente, infantil, pois, pressupunha que a cada período de tempo o juiz simplesmente perceberia o direito existente em sociedade e o declararia.<sup>347</sup>

Luiz Guilherme Marinoni retrata referidas passagens com riqueza de detalhes, demonstrando como Bentham vislumbrava o sistema da escola declaratória, ao mesmo tempo em que mostra o ponto de vista de Austin:

Bentham igualou-a ao método adotado para o treinamento de cachorros – chegou a qualifica-la, literalmente, de *dog-law* –, ao passo que Austin acusou-a de ficção infantil. Para este autor, os juízes teriam a noção ingênua de que o *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria de algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempo em tempo.<sup>348</sup>

Por essa escola, tratar-se-ia de uma forma judicial de declarar algo já existente, de modo vinculante, assim seria o *stare decisis* (obrigatoriedade de respeito aos precedentes), para estabilidade do Direito.

---

<sup>346</sup> BENTHAM, Jeremy. *Truth versus Ashhurst; or law as it is, contrasted with what it is said to be* cit., p. 235.

<sup>347</sup> AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law* cit., p. 634.

<sup>348</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 26.



Em outro sentido, para a escola constitutiva do direito,<sup>349</sup> em que o Direito seria criado pelos juízes, pelas cortes competentes para referida criação, o juiz não teria o papel de declarar uma condição costumeira já existente em sociedade, mas de criar, a partir da decisão judicial, o direito a ser seguido pela sociedade.

Trata-se, claramente, de uma inversão de perspectivas, pois, em vez de o juiz simplesmente observar e repetir o que a sociedade definiu como costume geral que regula o agir social, o juiz dirá que o agir social deverá ocorrer entre os membros da sociedade de certa forma.

Pode parecer algo irrisório, mas, de fato, não é, pois a criação do Direito passa a ser a visão de uma classe de cidadãos, os juízes, e sua própria concepção de mundo. Os demais membros da sociedade, a maioria substancial, assim, deveriam seguir aquilo que foi fixado pelo Poder Judiciário.

Na Inglaterra esse cenário gerava a denominação de *law-making authority*, que significava a admissão de que o juiz possuía a autoridade de criar o Direito a partir de suas decisões. Trata-se de uma função social mais ampla do que simplesmente declarar um direito já existente. A lei passa a ser um produto da vontade judicial. A esta teoria eram adeptos os chamados positivistas.<sup>350</sup>

Mesmo a escola constitutiva do direito, no *common law*, não têm o condão de tornar o *stare decisis* como instituto que obriga a vinculação do precedente, elemento indissociável do sistema.

O traço identificador à escola declaratória é o respeito ao passado, enquanto o traço essencial à escola constitutiva é o seu efeito futuro.

No sistema de *common law* a atividade de criação de direitos a partir da escola constitutiva leva a uma conclusão de que o juiz o cria quando o precedente é gerado e, também, quando é revogado.

---

<sup>349</sup> GUASTINI, Ricardo. *Se i giudici creino diritto*. Istituzioni e dinamiche del diritto. Milano: Giuffrè, 2009.

<sup>350</sup> WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of adjudication and status of stare decisis*. Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 74.

Em que pese toda a teoria de Bentham e Austin, na crítica à teoria declaratória do Direito, sustentando a prevalência da teoria constitutiva, a verdade é que a primeira restou sedimentada de modo mais efetivo na teoria do direito costumeiro.

Doutrinas como as de Wesley-Smith,<sup>351</sup> bem como de MacCormick,<sup>352</sup> atestam a adoção da teoria da escola declaratória, pois o peso que os juízes teriam ao serem os responsáveis pela criação do direito tornou-se demasiadamente insustentável, preferindo, assim, a aceitação da teoria declaratória do Direito.

Por esta teoria, a declaratória, os juízes devem seguir os precedentes, pois, são impositivos, salvo nos casos de hipóteses de serem considerados absurdos ou injustos, atestando que a sentença não pode refletir o Direito, sem criar um novo precedente, mas, rejeitando a aplicação do existente. Entende-se que aquele não é o direito costumeiro existente no sistema, tendo sido erroneamente determinado.

Referidas escolas dão início a uma discussão essencial na compreensão da tese sustentada neste trabalho, qual seja, a de qual escola melhor se adéqua ao nosso sistema, para reduzir, ao máximo, o subjetivismo exacerbado na construção do precedente, ao mesmo tempo em que se evita qualquer tipo de hipótese de ofensa à separação de poderes. Não esqueçamos que, ao contrário do sistema inglês, o nosso sistema é de *civil law*, ou seja, as leis, como origem do direito aplicável às partes, é uma condição essencial à atuação do Poder Judiciário.

Do mesmo modo que ocorreu na doutrina portuguesa, anteriormente delineada, haverá um espaço importante da função integradora em que o próprio sistema não será capaz de trazer todas as respostas, cabendo ao julgador, como última *ratio*, decidir qual será o Direito no caso concreto.

Vejamos, assim, a incidência das teorias declaratórias e constitutivas no sistema interno.

---

<sup>351</sup> WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of adjudication and status of stare decisis* cit., p. 76.

<sup>352</sup> MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?* *Judicial Review*, 1966. p. 205: “Once these theories had become part of the intellectual bag-an-baggage of the law, it was clear that judges could no longer hide behind the declaratory theory if they wished to dissent from previous authorities. If they were to legislate they must legislate openly. But Austin’s invitation was not accepted. Whether or not in consequence of Bentham’s revilement of their legislation, the judges came to accept that to deviate from previous decisions was to legislate; and that they would not to do”.

## 6.2 Escolas declaratórias e constitutivas dos precedentes brasileiros

As duas escolas supradescritas terão alguma aplicabilidade no direito pátrio, contudo, a defesa que se faz nesta tese é pela prevalência da teoria da escola declaratória do Direito.

O motivo é relativamente simples, a Constituição Federal, mais especificamente o artigo 22, I, o qual afirma que compete à União, privativamente, legislar sobre direito material e processual do trabalho, reserva essa atividade típica diretamente ao Poder Legislativo Federal.

Assim, as matérias de direito material e processual do trabalho seriam uma atribuição natural deste ramo do poder.

Outra não poderia ser a conclusão, tendo em vista que o sistema que rege nosso ordenamento jurídico é o de *civil law*, como exaustivamente descrito neste trabalho, que não a adoção da teoria da escola declaratória do Direito.

A atuação das cortes de precedentes, as intermediárias e as superiores, para se adotar a nomenclatura utilizada pelo CNJ, deve se pautar, necessariamente, pelas leis editadas pelo Poder Legislativo.

O Poder Legislativo, assim, é quem tem a chamada *law-making authority* por excelência, cabendo, ao Poder Judiciário, a revelação do sentido exato das normas em cada tempo e de acordo com os dogmas que regem a sociedade em cada época.

Como já descrito, foi este movimento de revelação de sentidos que fez emergir a necessidade dos precedentes obrigatórios no Brasil, sendo um modo de retomar a racionalidade e a previsibilidade do Direito.

O ato de interpretar acabou revelando, a partir da teoria da argumentação, uma função muito excedente ao modelo de subsunção pretendido pela Revolução Francesa.

A partir desse novo papel do juiz é que a teoria declaratória do Direito passa a ter importância ímpar no cenário jurídico.

Aos juízes será atribuída a função de declarar o sentido exato da lei produzida pelo Poder Legislativo, o que a doutrina denomina de metatexto, ou seja, a partir do texto legislativo, da lei em tese, o Poder Judiciário revelará o real conteúdo da norma.

A atividade judicial passa a ser pautada pelas leis vigentes no país, as quais, por via de regra, foram aprovadas pelo Poder Legislativo e que servirão de base de interpretação para a conclusão a que chegará o órgão julgador no momento da formação do precedente.

Não se trata, claramente, de uma atividade de criação de precedentes a partir da visão jurídica do próprio órgão julgador, mas da atividade interpretativa das leis existentes no ordenamento.

Nesse cenário, seria muito difícil sustentar a prevalência da escola constitutiva do Direito como a mais adequada ao nosso ordenamento. Essa atividade seria uma afronta à divisão de poderes.<sup>353</sup>

As leis, como textos legislativos genéricos, abstratos e impessoais, no entanto, não têm em si mesmas a definição final acerca de uma compreensão imediatamente dedutível para o intérprete. Dessa necessidade de revelar o real conteúdo da norma é que surge a atividade interpretativa e dela a possibilidade daquilo que se conhece por metatexto.

A porosidade da norma jurídica permite que se extraia dela mais de uma compreensão possível e saber qual é a compreensão mais adequada ao corpo social é que será a missão do intérprete. Veja-se o exemplo do primeiro capítulo deste trabalho, quando o TST se deparou com a necessidade de definir o sentido da expressão *acordo* do artigo 7º da Constituição, para definir se as negociações individuais poderiam ou não fazer coro com as negociações coletivas nessa forma de adaptabilidade do texto magno.

A função declaratória desse resultado jurídico é que compõe a função jurisdicional na revelação da norma.

A própria compreensão da expressão metatexto é uma atividade interpretativa de delimitação de sentido, sendo que na língua portuguesa tem sido entendido como um texto em que se baseia uma crítica ou um outro texto.<sup>354</sup>

A primeira operação hermenêutica, por assim dizer, é a gramatical, sendo exatamente a utilizada nesta compreensão inicial do termo.

---

<sup>353</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

<sup>354</sup> Definição extraída do dicionário on-line, consulta em 17 de julho de 2018: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/metatexto>.

Contudo, em termos de interpretação lógica, em que há a necessidade de entendimento de elementos como conceitos para a real adequação do termo utilizado no sistema, torna-se imprescindível compreender o termo na sua acepção jurídica.

Paulo de Barros Carvalho afirma que:

A incidência das normas jurídicas requer o homem, como elemento intercalar, movimentando as estruturas do direito, construindo, a partir de normas gerais e abstratas, outras gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas, ou individuais e concretas, para, com isso, imprimir positividade ao sistema, até atingir o máximo de motivação das consciências e tentar mexer na direção axiológica dos comportamentos intersubjetivos. É no homem que encontramos a fonte da mensagem jurídica.<sup>355</sup>

Assim, resta claro que o autor está em busca de um sentido real-cultural que somente pode residir no metatexto, ou seja, no texto da lei que passando pela mente humana para dar-lhe sentido e efetividade resulta na norma jurídica, traçando a compreensão e exteriorização exata do sentido da lei.

Não por menos restou afirmado neste trabalho que a lei passaria a ser entendida como uma espécie pertencente ao gênero norma, pois guardaria posição ao lado dos precedentes.

Há, assim, uma dimensão política-cultural na lei, que se aliará à dimensão real-cultural do precedente, sendo a atividade interpretativa o resultado dessas duas operações, gerando a norma jurídica.

Essa compreensão torna clara a adoção da teoria da escola declaratória do Direito, ou seja, a partir do texto, lei em sentido estrito, será aplicada a operação interpretativa, gerando o metatexto, o precedente.

Nesse sentido poderá haver texto sem metatexto, mas, somente excepcionalmente, metatexto sem texto. Essa significação atende ao anseio de respeito à divisão de poderes, evitando que o Poder Judiciário se torne um superestimado e concentrado poder, em que as normas emergem e são aplicadas segundo sua livre e ilimitada vontade.

---

<sup>355</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 169.

Ao contrário, a atuação dos julgadores deve estar pautada na base legal criada pelo Poder Legislativo, o qual tem a função política de identificar os anseios sociais e produzir leis que busquem atender a esses anseios de modo a pacificar as relações em sociedade.

Não se ignore, no entanto, a possibilidade excepcional de aplicação dos elementos da escola constitutiva do Direito, ou seja, casos em que o julgador revelará a partir de sua própria atividade a norma jurídica aplicável aos casos.

São as hipóteses de aplicação da teoria do preenchimento de lacunas jurídicas, especialmente quando houver lacuna normativa.

As lacunas axiológicas e ontológicas desafiarão uma outra atividade judicial, a da construção de decisões em sentido diverso ao descrito em lei e serão uma terceira via na concepção da formação de precedentes.

Neste momento interessa notar a atividade judicial diante das lacunas normativas, sendo o direito português, mais uma vez, o norte dessa análise, justamente por ter percebido que o sistema de leis não pode dar tudo que o Direito precisa para ser realizado, o brocardo do direito comum é bastante elucidativo desta afirmação ao reconhecer que a lei pode ser lacunosa, o Direito, nunca.

A doutrina assim afirma, ao tratar da hipótese de lacunas normativas:

Quando inexistir lei a aplicar diretamente ao caso, deve o magistrado se valer de outras fontes do Direito para encontrar a regra que efetivamente deve disciplinar a relação jurídica submetida à sua apreciação.

Na forma do art. 4º da LICC, nesses casos, o juiz decidirá de acordo com a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais de direito*.<sup>356</sup>

A principal operação de preenchimento de lacunas a ser sopesada neste momento do estudo é a equidade, a qual está expressamente descrita no artigo oitavo consolidado e que somente deveria ter aplicabilidade após as demais operações integrativas que a antecedem, como a jurisprudência e a analogia.

---

<sup>356</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil* – Parte Geral cit., p. 63.

A razão de a equidade ser o ponto de encontro do nosso sistema com a teoria da escola constitutiva do Direito é justamente a possibilidade de se produzir precedentes sem uma lei na qual se apoiar.

Como visto nas primeiras passagens deste estudo, a equidade não tem sentido uníssono, podendo ser adotada a compreensão grega ou romana acerca do mesmo instituto.

A vertente grega tem por missão corrigir as distorções da lei,<sup>357</sup> já a vertente romana aproxima-se de um processo de criação de regras jurídicas, assumindo características de fonte normativa.<sup>358</sup>

Assim, embora a doutrina já tenha procedido com a referida análise normativa da equidade sob outro ponto de vista, o certo é que já descortinou a possibilidade de sua utilização como método de formação de normas.

Não há como se negar, no entanto, que na utilização cotidiana do instituto a vertente grega seja a mais adequada, inclusive, pelo modelo de sistema jurídico adotado em nosso país como preponderante, o *civil law*; sendo que a função criativa, portanto, mais próxima à escola constitutiva do Direito, será uma exceção para casos especiais em que haja a completa ausência de norma.

Lembremos, também, do que já foi descrito em passagem anterior quanto à utilização das fontes integrativas em uma ordem preferencial, ou seja, somente se justifica lançar mão da equidade enquanto não houver sido proferida decisão que se converta em jurisprudência ou mesmo utilizado o método analógico, para decisão de caso semelhante. Uma vez tendo sido utilizados referidos métodos, e havendo referida formação de preceitos antecedentes, a equidade deve ceder espaço e ser afastada.

O mesmo movimento, agora como fonte formal direta, deve ser atribuído aos precedentes, os quais, aliás, antecederão à própria jurisprudência e à analogia, tendo em vista sua categorização como fonte formal direta, como espécie do gênero norma jurídica.

Com isso, ao Poder Judiciário restará, dentro dos preceitos já enunciados anteriormente, quanto à ideia de senso do justo, a função de agir como agiria o próprio legislador acaso estivesse exercendo a regulamentação do caso, produzir a norma jurídica

---

<sup>357</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 204.

<sup>358</sup> *Ibidem*.

que regerá tanto os casos submetidos à decisão judicial, quanto os casos futuros com a mesma *ratio decidendi*.

Não há, assim, como se afastar completamente a influência da escola constitutiva do Direito na formação de precedentes em nosso ordenamento, tendo em vista a necessidade de proferir uma decisão aos casos submetidos ao Poder Judiciário.

Não se trata, mais uma vez, de uma escolha do próprio Judiciário, mas, sim, de uma previsão legislativa expressa, em que a opção do Poder Legislativo foi a de entregar ao poder julgador a missão de completude do sistema e atribuiu a este a missão de formação de normas, por métodos integrativos descritos expressamente na própria legislação. No caso do Direito do Trabalho, principalmente, o artigo oitavo é expresso e inequívoco no uso dos métodos integrativos, notadamente da equidade.

O direito português já tratava dessa mesma ideia, ao sugerir os meios extrassistemáticos de produção normativa, reconhecendo, igualmente, a incapacidade de o sistema legislado e mesmo das analogias *legis* e *iuris*, de entregar toda a completude esperada pela sociedade em relação ao Direito.

No nosso sistema não é diferente. O Poder Judiciário será chamado, como de fato já o é, a dizer o Direito em situações não previstas previamente pelo legislador e nem mesmo capazes de serem solucionadas por normas preexistente em lei específica ou no sistema como um todo.

O passo seguinte diz respeito à ideia de lacunas axiológicas e ontológicas, em que a atuação do Poder Judiciário não será exatamente a de criação de normas, mas a de afirmar diante de normas injustas ou socialmente ineficazes a aplicação de outra norma, dentro do próprio sistema de normas existentes.

Referido movimento hermenêutico, em verdade, não diz respeito a uma criação normativa diante da ausência de leis, mas da releitura das leis existentes e o modo de compreendê-las e aplicá-las no contexto jurídico.

Até a existência dessas espécies de lacunas, somente a completa ausência de leis permitia o exercício integrador de normas, assim, por exemplo, é a redação do artigo 8º da CLT, quanto ao direito material, e o artigo 769 quanto ao direito processual. Em ambos, o que se constata da redação da lei é a ideia de ausência de disposição legal.



A doutrina evoluiu a leitura desses dispositivos para passar a entender que não somente a ausência de lei, mas, também, nos casos em que as leis se tornam injustas ou socialmente ineficazes seria possível exercer o movimento hermenêutico de integração jurídica, ou seja, deixar de aplicar a norma expressa prevista para o caso para passar a aplicar outra norma mais justa ou com maior eficácia social.

A doutrina classifica as lacunas de modo diverso, como podemos notar, por exemplo, em Bobbio,<sup>359</sup> que as denomina em lacunas reais e lacunas ideológicas ou impróprias, sendo as lacunas reais aquelas propriamente ditas, enquanto as impróprias seriam o confronto entre normas reais e as ideais, numa análise de ausência de norma justa.

Perelman,<sup>360</sup> por sua vez, denominou as lacunas em *intra, praeter e contra legem*. As lacunas *intra legem* refletiria a omissão do legislador, a *praeter legem* seriam aquelas decorrentes das leituras dos intérpretes da norma quando desejam que a norma a certo ramo seja aquela que de fato não é e a *contra legem* são também criadas pelos intérpretes quando contrapõem à norma um princípio que a restringe.

Contudo, a classificação aqui utilizada diz respeito àquela trazida por Maria Helena Diniz, quando afirma:

[...] três são as espécies de lacunas: 1ª) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, (por exemplo, o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso técnico acarretaram o anquilosamento da norma positiva); e 3ª) axiológica, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.<sup>361</sup>

Assim, nessa atividade, além de o intérprete criar uma norma, o faz contra o texto da lei, ou por considerar que referido texto é injusto, ou por considerá-lo socialmente ineficaz.

Agregando referidos fatores à possibilidade de vinculação dos demais aplicadores do Direito, como ocorre com os precedentes, podemos afirmar que a função normativa extrassistêmica, ou extralegal, nesses casos, de lacunas axiológicas e

<sup>359</sup> BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 209.

<sup>360</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica cit., p. 67.

<sup>361</sup> DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95.

ontológicas, supera a ideia de mera completude por ausência de leis, para incluir a incompletude valorativa das normas existentes.

O metatexto será uma nova leitura do texto, com uma análise de valoração dos elementos de justiça e eficácia social, ou seja, o precedente será uma releitura da lei a partir de sua aplicação concreta, o que se denominou de análise real-cultural, conforme a passagem de Paulo de Barros supramencionada.

Nessas hipóteses, no entanto, o papel do intérprete será de revelação do sentido exato da norma, a partir de leis previamente existentes, o que leva à conclusão de que a atividade jurisdicional não será de criação de normas a partir da própria concepção do julgador, por falta de disposição que anteceda essa atividade, mas de uma atividade declarativa, ou seja, a partir das leis que regem os casos o tribunal passará a entregar a real compreensão do direito a ser aplicado.

Com isso, é possível afirmar que a teoria da escola declaratória será a dominante nessas hipóteses de preenchimento de lacunas.

A conclusão a que se chega, portanto, como já afirmado anteriormente, é a de que os preceitos da teoria da escola declaratória terão prevalência nas hipóteses de formação de precedentes, pois o papel do intérprete será, essencialmente, de produzir metatexto, ou seja, a partir de um texto, de lei existente, revelar os contornos efetivos a serem considerados na aplicação da norma. Isso ocorrerá nas hipóteses em que os tribunais, intermediários e superiores, estiverem formando precedentes a partir da lei posta ou nas hipóteses em que tiverem de fazer uma valoração qualitativa da norma, quanto à eficácia e senso de justiça.

Somente nos casos de completa lacuna normativa, ou seja, em que o sistema como um todo não tenha tratado do caso, é que o Poder Judiciário fará o papel de completude da norma, a partir da teoria da escola constitutiva, preenchendo a lacuna com um julgamento que levará em conta a postura que o próprio Poder Legislativo teria se acaso estivesse legislando naquele exato caso colocado em análise.

Com essas afirmações busca-se reduzir o papel criador dos tribunais, diminuindo eventual afronta à divisão de poderes, assim como o elemento subjetivo individual no momento da criação dos precedentes.

Estando devidamente enquadrada a atividade jurisdicional de formação de precedentes, o último passo deste trabalho será o de alinhar todos os elementos existentes

na hermenêutica dos precedentes, ou seja, compreender quais serão os métodos e tipos hermenêuticos no momento de sua aplicação.

Tal qual ocorreu com a análise da formação extralegal de normas, será necessária uma avaliação da doutrina estrangeira, não como um elemento de direito comparado, pois, como já visto, esse estudo seria muito mais amplo do que a pretensão deste trabalho.

Em verdade, mesmo na análise do enquadramento das escolas de revelação das fontes do precedentes, a declaratória e a constitutiva, esse movimento de estudo já havia sido iniciado, tanto com doutrinas americanas como com doutrinas inglesas.

A explicação para a adoção das teorias desses dois países se justifica pela vasta experiência que têm no estudo desses preceitos e por serem, indubitavelmente, a fonte influenciadora das reformas legislativas implementadas no processo comum e no processo especial.

Assim, passa-se à compreensão dos elementos no direito estrangeiro, para posterior adequação ao sistema interpretativo pátrio.

### **6.3 Elementos de compreensão hermenêutica dos precedentes**

Os elementos de compreensão dos precedentes estão previstos, principalmente, a partir das doutrinas que estudam os sistemas inglês e americano, tendo em vista que são os países que mais desenvolveram referido instituto, tanto na aplicação prática, quanto no estudo acadêmico.

Assim, parte-se desses pressupostos para identificar, compreender e aplicar os precedentes no nosso sistema jurídico, utilizando-se das adaptações necessárias, quando estas se mostrarem imprescindíveis.

Inicia-se pelo mais importante e talvez o elemento que justifique e explique a própria existência do novo regime normativo, que é a *ratio decidendi*, e que acaba sendo a explicação teórica mais evidente do que seja um precedente.

Aqui, já se vislumbra uma importante distinção com a jurisprudência persuasiva, pois, apresenta-se com maior importância o conhecimento dos motivos e as razões mais relevantes adotadas na construção do precedente, do que o mero verbete identificador desse julgado. Na teoria da jurisprudência persuasiva, ao contrário, é muito comum haver

uma identificação e até a aplicação do julgado pelo verbete que o identifica, sem uma análise mais profunda do julgamento que lhe deu origem.

Com os precedentes essa análise não se sustenta, pois, em que pese o CNJ tenha regulado preceitos identificadores do tema e sua ordem cronológica, nos termos da Resolução 235 de 2016, artigo 9º, § 2º, em verdade, o conhecimento real do precedente dependerá da apreensão do julgado como um todo, de modo a permitir a identificação exata da *ratio*, para o correto enquadramento dos casos que serão resolvidos a partir do julgado que deu origem ao precedente vinculante.

Com isso, é possível afirmar que a *ratio decidendi* é a premissa tomada numa relação lógica de causa e efeito para a corte chegar a uma conclusão.

Trata-se das razões de decidir ou os fundamentos determinantes da decisão, para a melhor aplicação de um precedente o papel do julgador consistirá em compreender com clareza o significado do precedente. Disso decorre a importância de tornar o precedente um elemento cognoscível, tal qual o próprio precedente faz com a lei em tese.

Neil Duxbury,<sup>362</sup> quando trata do *Precedents as reasons*, no item em que estuda a essência do precedente, capítulo denominado de *Looking for a certain ratio*, chama a *ratio decidendi* de “razão para a decisão” ou “razão para decidir”, sendo que tanto se traduz nos motivos que levaram a corte a produzir aquele determinado precedente – embora não somente estes fundamentos, pois muitos outros também são debatidos –, como os motivos que serão utilizados para as próximas decisões que se basearem nos precedentes.

A ideia de que a interpretação do precedente é algo aplicável pelos magistrados que dele se valerão, certamente, deverá ter uma eficácia reduzida, no sentido mais de conhecimento dos elementos dos precedentes, de sua *ratio decidendi*, do que de extração de sentido. Como já afirmado anteriormente, o ideal em nosso sistema é que o precedente reflita uma solução clara o suficiente para evitar aplicações diversas a partir do mesmo precedente. No *common law*, no entanto, esse movimento de interpretação foi

---

<sup>362</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedents*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 67. “*Ratio decidendi* can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’”.

expressamente tratado em obra coordenada por Neil Maccormick e Robert S. Summers, denominada *Interpreting precedents*.<sup>363</sup>

Na obra coordenada pelos autores, há a análise dos precedentes em diversos países, cada autor escrevendo sobre a experiência da interpretação de precedentes em seus regimes. Assim também deve ocorrer no Brasil, para que haja uma base teórica sólida para a compreensão e aplicação dos precedentes.

A ideia dessa interpretação para o nosso sistema jurídico deverá se apresentar como um modo de compreender a *ratio decidendi*, pois, como já descrito na obra de Neil Duxbury, as razões para a decisão devem ser completamente compreendidas para que se possa utilizar das mesmas razões para se decidir os casos futuros.

Aqui emerge a importância já descrita anteriormente acerca da analogia, da busca da identificação de premissas fáticas que identifiquem o caso que deu origem ao precedente, em comparação com o caso em que se aplicará o precedente para a solução judicial.

A base fática de formação dos precedentes torna-se indissociável do próprio precedente, ou seja, ao contrário da coisa julgada, a partir do dispositivo de um julgado, que vale por si, independentemente de fatos e provas – os quais nem sequer compõem a coisa julgada –, nos precedentes a identificação da matéria fática torna-se fator decisivo para a identificação da razão de decidir e da certeza de aplicabilidade ao caso posto para julgamento.

Se não for possível observar a identidade analógica entre o caso sob exame e o caso que deu origem ao precedente, não será a hipótese de se decidir aquele problema com o precedente invocado, ao contrário, não se deve utilizar de um precedente como argumento determinante para julgar um caso que não se adéque absolutamente a sua razão principal de existência.

O método de Goodhart<sup>364</sup> vai exatamente no sentido de se dar ênfase aos fatos, pois sugere que a determinação da *ratio decidendi* se faça a partir da verificação dos fatos

---

<sup>363</sup> MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

<sup>364</sup> GOODHART, Arthur Lehman. *Determining the ratio decidendi of a case. Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: University Press, 1931.

tratados no caso que deu origem ao precedente como materiais ou fundamentais à sua formação.

Determinam-se todos os fatos da causa, separam-se os fatos vistos pelos juízes e, a partir disso, demonstra-se em quais fatos o órgão julgador encontrou material para firmar o julgamento, esse é o sentido do método de Goodhart.<sup>365</sup>

O mesmo método deve ser adotado quanto à formação de precedentes no sistema brasileiro, para que se possa aferir com precisão, evitando-se, assim, subjetivismos exacerbados no momento da aplicação do precedente, mediante a correta e exata identificação da *ratio decidendi*.

O método do autor supracitado data da primeira metade do século XX e ainda continua gerando efeitos e sendo utilizado no sistema da *common law*. Robert G. Scofield,<sup>366</sup> advogado na Califórnia, publicou em 2005 estudos sobre a *ratio decidendi* e o modo de sua identificação na ideia de positivismo e realismo jurídico em seu país e baseou seus estudos exatamente na teoria de Goodhart, demonstrando, assim, que a utilização de seu método continua a gerar efeitos no sistema americano.

Como em todo sistema jurídico, também no *common law* há reservas acerca da utilização do método de Goodhart, o próprio autor mencionado, Robert G. Scofield, aponta referida reserva, ao trazer a posição da doutrina e de algumas cortes em comparação com a corte da Califórnia.<sup>367</sup>

A importância em compreender delimitadamente os fatos que compõem a *ratio decidendi* está justamente no próximo elemento de estudo, qual seja, a *obiter dictum*, pois, também são fatos que compõem o julgado, mas que, ao contrário dos fundamentos determinantes, não servem de base para julgamentos futuros.

---

<sup>365</sup> GOODHART, Arthur Lehman. *Determining the ratio decidendi of a case. Essays in jurisprudence and the common law* cit., p. 15.

<sup>366</sup> SCOFIELD, Robert G. *Goodhart's concession: defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century*, 2005.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 328: "Given the concession to Legal Realism, it is not surprising that the courts themselves have not explicitly adopted Goodhart's method. Oddly, however, the California Court of Appeal purported to adopt Goodhart's theory in *Achen v Pepsi-Cola Bottling Co of Los Angeles*. That court is, like Oliphant and Goodhart, apparently sceptical of judicial rationalisation: 'The principle of a case is not found in the reasons given in the opinion or in the law therein set forth'".

O doutrinador italiano, Pierluigi Chiassoni,<sup>368</sup> apresentou algumas definições para a *ratio decidendi*, sendo que dividiu referida definição segundo o tipo de objeto designado e o grau de especificação do objeto designado.

Na primeira colocação considera o conteúdo da decisão e assim afirma que a *ratio decidendi* pode significar: a norma geral, como critério, princípio, premissa a partir da qual se funda a decisão, seu grau de abstração; aplicação da norma na decisão de um caso concreto, no sentido de norma geral em certo contexto, seu grau de concretude; elemento de motivação da decisão.

Na segunda colocação considera a opinião do magistrado, ou órgão julgador que criou o precedente, do órgão subsequente e a doutrina a respeito dessa norma, com o significado de que a *ratio decidendi* pode ser: um princípio jurídico para decisão de um caso concreto; elemento necessário à motivação de um caso; argumentação imprescindível para decisão do caso; norma necessária mas não suficiente, ou suficiente mas não necessária, como condição para a decisão; norma que as cortes estabelecem e seguem; norma que a corte acredita ter estabelecido e seguido; norma tratada de forma explícita ou implícita como necessária para a decisão do caso; norma que deve ser considerada por um julgador sucessivo, já que considerada pelo julgador antecedente.

Por fim, o próprio autor tece críticas acerca dos elementos componentes da definição da *ratio decidendi* para concluir que se trata de enunciando formulado numa decisão que conforme a estrutura lógica da fundamentação e segundo a opinião do magistrado que prolatou a decisão, critérios objetivos e subjetivos não podem ser retirados da fundamentação da decisão sob pena de prejuízo à norma jurídica. Trata-se, a *ratio decidendi*, da norma jurídica geral, entendida como o precedente.

Disso decorre a concepção de que a *ratio decidendi* é o precedente. Não se pode, assim, permitir a aplicação de um precedente a partir de um verbete que identifique o assunto tratado. Será necessário compreender a essência do assunto, ir a fundo nos fatos que foram levados em conta para a formação do precedente e a tese jurídica dele extraída, só assim se compreenderá o precedente de forma integral e se aplicará corretamente seu fundamento determinante em causas futuras.

---

<sup>368</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. Disponível em: <https://www.scribd.com/document/290476099/Pierluigi-Chiassoni-II-Precedente-Giudiziale-Nozioni-Interpretazione-Rilevanza-Pratica>. Acesso em: 3 ago. 2018.

A doutrina nacional já vem se debruçando sobre o tema com muita qualidade na análise, agregando elementos à definição do instituto e incorporando ao nosso sistema uma teoria sólida para a compreensão exata do que se visa conceituar. Fredie Didier Jr.,<sup>369</sup> José Rogério Cruz e Tucci<sup>370</sup> entre um conjunto de outros autores agregam mais elementos à definição de Pierluigi, acrescentando que a *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos, uma opção hermenêutica, uma tese jurídica, as quais sustentam a solução de determinado caso concreto, sem os quais a norma individual não teria sido formulada daquela forma e, em seguida, que é a norma jurídica construída por um órgão jurisdicional a partir de um caso concreto e que servirá como base para a decisão de demandas semelhantes. A *ratio decidendi* encerra uma escolha, uma opção hermenêutica de cunho universal.

A jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, já vem adotando referida conceituação, utilizando-se, também, da doutrina de Neil MacCormick e Robert S. Summers, como podemos perceber no voto do Ministro Edson Fachin,<sup>371</sup> que ao definir o que entende por precedente faz expressa referência à doutrina em comento, bem como descreve a vinculação da decisão de direito aos fatos que deram origem ao precedente para fins de identificação da *ratio decidendi*.

<sup>369</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 8. Salvador: JudPodivm, 2013. v. 2, p. 427-428.

<sup>370</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 175-176.

<sup>371</sup> Acórdão proferido em agravo de recurso extraordinário, voto do Ministro Relator Edson Fachin, voto datado de 23 de março de 2017. 6845395.stf – consulta em 13 de agosto de 2018:

“A definição legal do instituto introduz, no ordenamento positivo nacional, um conceito que, na experiência comparada, tem sido destinado para a definição funcional de precedentes:

As decisões podem ser precedentes apenas na medida em que elas são concebidas para se firmarem sobre bases de justificação; porque essas bases de justificação, de acordo com um modelo racional e discursivo de justificação, não podem ficar confinadas a um caso particular. Elas devem ficar disponíveis para aplicação analógica em casos análogos, seja por um simples salto intuitivo de raciocínio analógico ou (de forma mais plausível) por um processo mais reflexivo que universaliza as bases de justificação e as testa em face de fatos similares em casos posteriores. (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 543, tradução livre).

[...]

Esse ônus argumentativo impõe a este Supremo Tribunal Federal um dever de cautela a fim de permitir efetivo diálogo exigido pelo sistema de precedentes. Esse diálogo está na base do sistema de precedentes e é, precisamente, o que permite uniformizar a jurisprudência nacional. Não se pode confundir a mera decisão em sede recursal com o conceito uniformizador do precedente. Há, por isso, um elemento crítico na decisão que se torna precedente. Como afirmou Geoffrey Marshall, a perspectiva crítica sobre um precedente sugere que o que o torna vinculante é a regra exigida de uma adequada avaliação do direito e dos fatos (MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 503-504, tradução livre).”



Ato contínuo, como elemento indissociável da própria *ratio decidendi*, torna-se necessário compreender todos os fatos que foram tratados no julgado, mas que não são premissas lógicas e necessárias como causa e efeito para se chegar à conclusão da decisão, o que se denomina de *obiter dictum*, sendo que se traduzem em fatos que não vinculam e não obrigam, foram ditos apenas de passagem, não podem ser usados como porção vinculante do precedente.

Apesar do dever de entendermos a *obiter dictum* como algo completamente atrelado a *ratio decidendi*, com essa não se confunde, e seria mesmo inadmissível que o aplicador dos precedentes obrigatórios não fosse capaz de distinguí-los, pois tal confusão comprometeria completamente a aplicação do precedente.

O movimento hermenêutico de separação entre a parte do julgado que lhe dá significado, da parte que não lhe é essencial, é o verdadeiro exercício de separação entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*, como proposto pela teoria de Goodhart, a apreensão inicial de todos os fatos da causa é o primeiro passo para a busca daqueles que efetivamente são essenciais, todos os demais, portanto, serão descartados na compreensão dos fundamentos determinantes, embora componham o todo que deu origem ao precedente.

Robert S. Summers assim descreve a *obiter dictum*:

Some parts of an opinion are not formally binding as precedent. This is true of the views or opinions of the court which are *not necessary* to the resolution of the specific issue before the Court. This language is called *dicta* and it is generally not binding. As indicated, *dicta* are usually defined simply as statements in the opinion ‘not necessary’ to the Court’s decision on the issue or issues.<sup>372</sup>

Ao submeter um caso à corte, o litigante a leva, geralmente, a fazer uma análise de assuntos e casos que não são premissas essenciais para se chegar à conclusão, porém, acabam sendo debatidos, discutidos, constam, muitas vezes, em votos vencidos, mas, nesse

<sup>372</sup> SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States* (New York State). Interpreting Precedents: a comparative study. London: Dartmouth, 1997. p. 384.

Na tradução trazida por Luiz Guilherme Marinoni, assim restou compreendido:

“Algumas partes de uma opinião não são formalmente vinculantes como precedente. Isso é verdade acerca das compreensões ou opiniões de uma Corte que não sejam necessárias à solução da questão específica apresentada à Corte. Essa terminologia é chamada ‘dicta’ e é geralmente não vinculante. Como mencionado, ‘dicta’ são normalmente definidas simplesmente como declarações presentes na opinião ‘não necessárias’ à decisão à decisão da Corte sobre a questão ou as questões”.

caso, esses argumentos não sendo premissas que precedem à conclusão não têm cunho obrigatório, não vinculam posteriormente.

Se tais fatos não vinculam, não podem ser utilizados para a correta compreensão da *ratio decidendi*, qual seria, afinal, a finalidade em compreendê-los? A hermenêutica que cerca o precedente é que responde a essa indagação, pois, sem compreender bem tais fatos, dificilmente será possível separá-los dos demais. Aqui, mais uma vez, o método de Goodhart se torna essencial, pois determina duas operações bastante importantes: colher e separar. Colhe-se todos os fatos da causa e separo-os, até aqui, em *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Um dos pontos essenciais para se operar com o precedente é que se entenda de forma razoável a distinção entre os dois institutos mencionados, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, pois a porção vinculante do precedente depende dessa distinção, inclusive como critério de segurança jurídica.

No momento da extensão do precedente aos casos futuros, não será possível se afastar da vinculação da parte que era premissa essencial à conclusão, ao mesmo tempo em que não se pode pretender a vinculação quanto à parte do julgado que foi discutida de passagem. Essa é a ideia de *obiter dictum*, identificar o que foi dito somente de passagem. O limite do precedente e sua força obrigatória passam necessariamente pela *ratio decidendi* e não pode ser estendida para o *obiter dictum*.

Da mesma forma que deixar de aplicar um precedente pode suscitar a aplicabilidade do instituto da reclamação, a aplicação incorreta de um precedente a um caso que não tem vinculação direta com os motivos determinantes leva à possibilidade de aplicação da mesma reclamação.

Essa possibilidade está descrita expressamente no texto constitucional, embora pouco tenha sido utilizada na vida prática. Assim, expressa o artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal:

§ 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.

Veja-se na redação do artigo que tanto a aplicação que contrariar a súmula vinculante, como a que indevidamente a aplicar estarão sujeitas à reclamação constitucional. A matéria deve, certamente, ser estendida ao cenário infraconstitucional. O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 988, § 4º, assim estabelece: “§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”.

Percebe-se, claramente, na redação do parágrafo em comento, a referência aos incisos III e IV, sendo que referidos incisos tratam, respectivamente, das matérias julgadas em sede de STF, bem como em relação às matérias decorrentes de demandas repetitivas e de assunção de competência.

Nas duas passagens do inciso IV podem ser enquadradas as matérias infraconstitucionais, seja em sede de tribunais superiores, como TST e o STJ, seja em sede de tribunais intermediários, como os TRT's, TRF's e TJ's.

A aplicação desse preceito, com todas as hipóteses que lhe sejam cabíveis, em especial a reclamação pela inadequada utilização de um precedente, a partir de sua *obiter dictum*, certamente tem aplicabilidade no Processo do Trabalho. A esse respeito já trataram os estudiosos, no FPPC, quando da edição do Enunciado 350.<sup>373</sup>

A doutrina trata dessas possibilidades de forma inequívoca, determinando, inclusive, hipóteses nas quais a decisão na reclamação determina a não aplicação do precedente. José Afonso da Silva fez expressa referência à não aplicabilidade de um precedente em determinado casos:

[...] Não parecem reduzir os recursos, pois está previsto que se o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula aplicável, caberá reclamação para o Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (art. 103-A, § 3º).<sup>374</sup>

<sup>373</sup> 350. (arts. 988 e 15) Cabe reclamação, na Justiça do Trabalho, da parte interessada ou do Ministério Público, nas hipóteses previstas no art. 988, visando a preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade das suas decisões e do precedente firmado em julgamento de casos repetitivos. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

<sup>374</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 566.

A doutrina do Processo do Trabalho, aqui representada por Manoel Antônio Teixeira Filho, trata da hipótese de aplicação do precedente de maneira indevida:

As situações referidas nos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos correspondentes. Fica claro, portanto, que a reclamação neste caso tem como fundamento não somente o fato de a tese jurídica não ter sido aplicada, como ter sido aplicada de maneira indevida, assim entendida a sua incidência em casos que não se justificavam.<sup>375</sup>

Na mesma linha foi a construção da doutrina do Processo Civil, sendo certo que em Cassio Scarpinella Bueno há a identificação da existência de mais de uma hipótese de cabimento no citado § 4º:

Tanto mais verdadeira a consideração que acabei de fazer porque § 4º do art. 988 indica que, nas hipóteses dos incisos III e IV, está compreendida não só a aplicação indevida da tese jurídica como a sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. [...] <sup>376</sup>

O que nenhuma das doutrinas distinguem, no entanto, são as hipóteses possíveis de não aplicabilidade de um precedente, seja ele constitucional ou infraconstitucional.

Uma das hipóteses parece ser comum a todas as doutrinas citadas, qual seja, a de que um caso sob julgamento não se adéque como uma luva ao fundamento determinante do precedente, o que veremos será objeto de outro instituto, o *distinguishing*.

Contudo, outra hipótese se mostra apropriada e que esta tese pretende sustentar, qual seja, a de que algumas vezes o simbolismo da não aplicabilidade reside no fato de que aos demais membros do Poder Judiciário não é afeto aplicar a um caso concreto o fundamento de passagem da decisão, o que pode decorrer de um conjunto fático colhido de forma não categorizada.

Assim, o procedimento instituído por Goodhart, quanto à colheita e separação de fatos da causa, mostra-se de extrema valia, sendo que tanto ao intérprete, como ao aplicador final do precedente a observância da distinção entre argumentos de passagem e

---

<sup>375</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho* cit., p. 1183.

<sup>376</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil* cit., p. 692.

fundamentos determinantes será o divisor de águas entre a aplicação ou não do precedente ao caso concreto.

O voto vencido, assim, também constará do corpo do acórdão que deu origem ao precedente, porém, não poderá ser invocado para a solução de um caso, pois, embora tenha sido discutido de passagem, não foi o que restou vencedor no fundamento determinante.

Parece lugar comum no sistema jurídico no Brasil, sistema preponderantemente de *civil law*, mas que convive com uma numerosa produção jurisprudencial, se afastar dos motivos determinantes da decisão para se utilizar dos assuntos paralelos citados no julgamento, como se isso não importasse um desvirtuamento do julgado.

A hipótese em que o raciocínio vencido do julgado ou os motivos paralelos não possam ser discutidos não é a questão em debate, aliás, ao contrário, na construção do precedente todos os fatos serão debatidos e esmiuçados para o bom entendimento do caso, mas disso até a utilização dos assuntos paralelos como fundamento que se pretende ver aplicado como jurisprudência há um longo distanciamento, uma vez que nessa hermenêutica acaba-se afastando os verdadeiros motivos que levaram à conclusão do julgado, para se utilizar de argumentos que não eram realmente os motivos finais da decisão.

Ao se tratar o precedente sem a separação dos institutos supra descritos, certamente se cria uma insegurança jurídica para o jurisdicionado e perde-se em credibilidade. A boa técnica indica que devem ser bem delimitados cada um dos fatos e dos argumentos.

Como o estudo caminha no sentido da compreensão mais ampla possível dos elementos que compõem a hermenêutica dos precedentes, implica notar a necessária variação entre os fatos tratados de passagem e os casos que contenham fatos próximos, mas não idênticos aos dos fundamentos determinantes. Aqui, a hipótese seria de distinguir os fatos do caso a ser julgado a partir do precedente, e não dos fatos levados em conta para a formação do precedente.

Tal qual ocorre com a *obiter dictum*, seria o caso de não aplicabilidade de um precedente a determinado caso, justamente por este caso não se encaixar como um luva aos fundamentos essenciais que justificam a existência da norma.

Por isso, acresça-se, também, na compreensão dos precedentes a técnica da distinção, o chamado *distinguishing*, sendo que a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni o

classifica como um dos elementos hermenêuticos necessários à aplicação da *ratio decidendi* aos casos futuros:

É intuitivo que, para aplicar “ratio decidendi” a um caso, é necessário comparar o caso de que provém a “ratio decidendi” com o caso sob julgamento, analisando-se suas circunstâncias fáticas. Isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido fala-se, no “common law”, em “distinguishing”.<sup>377</sup>

Assim também Firmino Alves,<sup>378</sup> no Processo do Trabalho, ao tratar do afastamento de um precedente a uma causa, pela inadequação aos elementos fundamentais que lhe deram origem.

A partir desse recorte hermenêutico, cria-se uma técnica que permite às cortes inferiores e aos juízes de primeiro grau a não aplicação dos precedentes aos casos que não se adéquam completamente ao caso do precedente, por um lado se os precedentes devem ser aplicados em casos similares, de outro, eles devem também ser afastados em casos em que não se encaixem perfeitamente ao precedente indicado. Será atribuição do juiz identificar se o caso submetido a sua análise tem as particularidades do caso que levaram à formação do precedente.

Pela melhor aplicação do preceito, e como já defendido anteriormente, o ideal é que este movimento de aplicação do precedente também leve a uma circunstância de vinculação horizontal, pois, para maior segurança jurídica, a partir de uma previsibilidade de todo o andamento da causa, em todos os graus de jurisdição, até mesmo a corte que formou o precedente deveria se submeter aos seus elementos hermenêuticos.

Não se excluam as hipóteses em que o precedente já não tenha mais aplicabilidade, esteja desgastado, revogado antecipadamente, pois, estas também são hipóteses que desafiam outros elementos hermenêuticos, mais adiante descritos. Contudo, o que parece inadequado seria não aplicar a técnica da distinção sem que nenhuma ressalva fosse feita. Importante notar que a subjetividade deve ser afastada ao máximo, sendo que a

<sup>377</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 327.

<sup>378</sup> LIMA, Firmino Alves. A Lei n. 13.015/2014 como instrutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 4, p. 126, out.-dez. 2014: “O *distinguishing* é um distinção em que o precedente é afastado em razão de uma circunstância fundamental que o diferencia do caso anteriormente decidido”.

compreensão dos precedentes no momento de sua aplicação, ou afastamento, deve ser a mais objetiva possível.

O risco em não se observar referida técnica interpretativa está, justamente, na crítica que os autores refratários ao sistema de precedentes e da teoria da argumentação afirmam, que é o olhar do sujeito solipsista, ou seja, a concepção do Direito a partir de ponto de vista único e exclusivo de cada magistrado.

Ao intérprete, e o mesmo se espera do julgador, caberá observar se é possível coincidir as particularidades do caso concreto com os motivos determinantes do caso que gerou o precedente. Se isso não for possível, o caso sob exame não será decidido por aplicação daquela jurisprudência vinculante e o papel de julgar será exercido na medida em que ela deva ou não ser aplicada ao caso, conforme nos ensina Antônio Carlos Marcato.<sup>379</sup>

A lição que nos ensina Marcato sugere que a fundamentação na aplicação de um precedente gera um esforço argumentativo de enquadramento do caso concreto ao fundamento determinante, enquanto seu afastamento gera um esforço mais efetivo na sustentação da rejeição e nos fundamentos que deverão ser construídos para a solução da causa. A aplicação do precedente, assim, exigiria um esforço argumentativo menos intenso do que a rejeição.

A partir dessa perspectiva, quanto à aplicabilidade da *ratio decidendi* ou do *distinguishing*, define-se se o caso deve ser levado, pelas mesmas razões que deram origem à jurisprudência vinculante, a julgamento com aplicação do precedente ou não. As razões da conclusão do precedente devem ter as mesmas peculiaridades e particularidades que serão aplicadas ao caso concreto.

Mesmo na análise do sistema americano, o *distinguishing* também permite que o Direito se desenvolva, sem a revogação do precedente, em razão de um precedente ter sido

---

<sup>379</sup> MARCATO, Antônio Carlos. *O dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil*. Palestra ministrada no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em 9 de agosto de 2016. O Professor passa pela análise das causas repetitivas e a forma de fundamentação, estabelecendo a distinção entre aplicação de precedente vinculante, diante da atividade de aplicação de súmula persuasiva. Defende, nesse aspecto, que a aplicação do precedente, adequado ao caso, precisa, simplesmente, passar pela indicação do precedente, demonstrando os motivos determinantes, ao contrário, a fundamentação precisa ser exaustiva. Indica a aplicação dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil.

A mesma posição foi descrita pelo autor no artigo Julgamentos de plano de causas repetitivas. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 12, p. 104-109, 2011.

Exposição com material disponível no site abaixo, consultado em 19 de agosto de 2016:

<http://ejud2.trtsp.jus.br/wp-content/uploads/2012/10/Palestra-Antonio-Carlos-Marcato-Parte-1.pdf>.

construído de forma genérica, que em princípio seria aplicável a um caso que está sob julgamento, no entanto, quando da análise da circunstância desse caso posto a julgamento o juiz verifica que essa circunstância é completamente inconsistente em face daquelas que foram tomadas no fundamento do julgamento do caso que deu origem ao precedente.

No caso, a circunstância que deu origem ao precedente não permite que se o aplique no caso concreto, embora, em princípio, pudesse parecer aplicável dada à abstração do precedente, hipótese em que a circunstância faz com que o caso sob julgamento estivesse na moldura do precedente, mas sob outras circunstâncias que não foram levadas em conta no fundamento da decisão que deu origem ao precedente.

Não se pode ignorar o fato de que há casos em que a aplicação do precedente se dá de forma restrita, ou seja, o juiz restringe o precedente, mas o aplica, por meio de um *distinguishing*, restringindo a aplicação do precedente.

Além disso, pode ter ocorrido de o precedente ter se formado antes da circunstância fática que sustenta o caso concreto a ser julgado, assim, o precedente foi formado em momento anterior ao surgimento da questão presente no caso concreto.

Há uma passagem na jurisprudência trabalhista que reflete exatamente esta circunstância, que são as hipóteses em que o TST rejeita a possibilidade de cabimento de mandado de segurança contra liminar concedida em mandando de segurança.

A Orientação Jurisprudencial 140 da SDI-II do TST resolve a matéria da seguinte forma:

140. Mandado de segurança contra liminar, concedida ou denegada em outra segurança. Incabível. (Art. 8º da Lei n. 1.533/51) (DJ 04.05.2004)

Não cabe mandado de segurança para impugnar despacho que acolheu ou indeferiu liminar em outro mandado de segurança.

Referido posicionamento seria aplicável aos casos posteriores à nova Lei do Mandado de Segurança, Lei n. 12.019 de 2009? Seria aplicável aos mandados de segurança impetrados em Varas do Trabalho?

Nitidamente a posição da jurisprudência foi construída antes das novas possibilidades trazidas nos dois questionamentos subsequentes, pois, a formação da jurisprudência ocorreu antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a qual passou a viabilizar mandados de segurança em primeira instância – antes disso as medidas somente



eram viabilizadas em sede de tribunais, até por isso a orientação é da SDI-II –, e antes da alteração da Lei de 2009.

A solução é o menos importante neste caso, importa notar a perspectiva temporal da jurisprudência, em face da perspectiva temporal de uma liminar em mandando de segurança em primeira instância e sua possível recorribilidade. A aplicação da OJ 140 da SDI-II ao caso poderia não refletir a *ratio decidendi* do precedente, motivo pela qual haveria a aplicação do *distinguishing*, seria o exato caso de uma restrição do precedente motivado em um critério temporal.

Em sentido contrário, poderia ocorrer, em determinado caso sob julgamento, uma particularidade accidental, que difere o caso concreto do caso que deu origem aos fundamentos do precedente, mas deixa claro que as razões do precedente devem ser aplicadas ao caso sob julgamento, pois a particularidade do caso é fática, não permite que se compreenda de forma diferente a aplicação do precedente, caso em que o precedente é aplicado de modo extensivo.

Firmino Alves Lima denomina esse movimento de aplicação restritiva ou ampliativa do precedente ao afirmar que “o *distinguishing* pode ser aplicado de duas formas distintas: *restrictive distinguishing* ou *ampliative distinguishing*”.<sup>380</sup>

O movimento que ocorre com essas passagens é denominado de história do precedente, sendo possível um desenvolvimento do próprio direito mediante uma história do precedente.

Essa é uma das particularidades que permite uma rápida atualização das posições jurisprudenciais sem precisar de um tormentoso processo legislativo, pois, o precedente pode evoluir conforme a própria sociedade evolui suas relações sociais, observadas sempre as modulações de efeitos para os casos sedimentados à luz do entendimento superado.

A aplicação restritiva ou ampliativa também precisa de critérios e cuidados, evitando subjetivismos exacerbados e insegurança jurídica criando a interpretação da interpretação, por isso, deve, também, ser um movimento a partir da corte que criou o precedente.

---

<sup>380</sup> LIMA, Firmino Alves. A Lei n. 13.015/2014 como instrutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista cit., p. 127.

Importante notar que as particularidades do caso não fazem parte dos motivos determinantes do precedente, até em razão da sua individualidade em cada caso, mas, por outro lado, permitem a criação nas cortes de uma história dos precedentes e com isso a evolução do próprio Direito.

A partir disso pode haver a adequação do precedente e sua aplicação de modo restritivo ou ampliativo.

Com isso, torna-se necessário fazer uma ponderação entre os fundamentos ou as razões do precedente, chamado de *substantive reasons*, os valores da unidade da ordem jurídica, como técnica necessária na aplicação do precedente.

Luiz Guilherme Marinoni afirma as razões substanciais do precedente,<sup>381</sup> as *substantive reasons*, que partem dos valores do sistema em contraposição e determina que as ampliações e restrições precisam ser compatíveis com as razões do próprio precedente.

O próximo elemento de grande importância na compreensão dos precedentes é o *overruling*, que trata das hipóteses de revogação dos precedentes. Referido elemento leva à conclusão de que não se concebe a perspectiva da imutabilidade da norma, da irrevogabilidade do precedente.

Reside nesse elemento a superação do mito de que os precedentes engessam o sistema e a compreensão do Direito pelos demais atores sociais. Ademais, seria um contrassenso afirmar que a lei não tem sido capaz de acompanhar a evolução social e em seguida afirmar a irrevogabilidade dos precedentes.

Na linha do estudo aqui proposto, trata-se do quarto elemento essencial na construção da hermenêutica dos precedentes, ao lado dos outros três elementos: e *ratio decidendi*, *obiter dictum* e da técnica do *distinguishing*.

Trata-se de um arcabouço de elementos de importância extrema na compreensão saber distinguir os casos em que se aplicam ou não o precedente, com hipóteses de extensão e restrição de aplicação e, por fim, a possibilidade de revogar o precedente.

---

<sup>381</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 333: “Na outra perspectiva, do Poder Judiciário, são contrapostos os valores do sistema – ou seja, unidade de direito, segurança, previsibilidade e igualdade – com as razões substanciais do precedente. A limitação e a extensão do precedente sempre configuram correção ou acomodação de sua ‘ratio decidendi’. Essa acomodação, não obstante, prioriza as razões do próprio precedente, já que tanto sua extensão quanto a sua limitação apenas são possíveis quando com elas compatíveis”.

Supera-se a ideia de engessamento do sistema, aquele decorrente da ideia da fixação de um entendimento que sugere que os precedentes são imutáveis no tempo e no espaço.

Importante notar, entretanto, que não se trata da hipótese da revogação do precedente pela vontade de um julgador, vontade individual, opinião pessoal de um juiz, ou mesmo pela alteração da composição da corte, ou do colegiado, que permite a alteração ou revogação do precedente.

O pressuposto da revogação está diretamente ligado à ideia de vinculação, em duas perspectivas, a vertical e a horizontal, ou seja, das cortes inferiores àquela que gerou o precedente e dos próprios membros desta corte. Tal preceito foi um dos pilares descritos no capítulo antecedente como necessário para manutenção do caráter democrático e coerente da teoria dos precedentes.

A partir disso, somente se mostra viável a alteração ou a revogação de um precedente quando há a mudança quanto aos valores sociais, conforme afirmam Fredie Didier Jr. e Lucas Buril de Macêdo.<sup>382</sup>

A revogação pode se fundar em mudanças quanto à concepção geral acerca do Direito, nos casos em que há uma evolução da tecnologia, quando se verificam que os efeitos que foram pretendidos pelo precedente não foram obtidos, ou, desde logo, que o precedente tem um equívoco crasso, evidente.

Luiz Guilherme Marinoni, apoiando-se na teoria de Melvin Eisenberg, fala de *overruling* como um elemento de estabilidade do sistema. Assim sendo, aplica-se o *overruling* como elemento de consistência do sistema e não como elemento da vontade de um julgador.

Deixe-se claro, não obstante, que Eisenberg ao aludir aos valores da estabilidade, também se refere aos valores da “replicability” e do “support”. De acordo com Eisenberg, um precedente deve ser revogado (overruled) se (i) falhou substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica e (ii) os valores que sustentam o padrão de estabilidade jurisprudencial do “stare decisis” – valores de isonomia, proteção da confiança justificada, prevenção da surpresa

---

<sup>382</sup> DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei 13.015/2014. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 4, p. 149, out.-dez. 2014: “Insista-se, a superação (*overruling*) consiste na retirada de uma *ratio decidendi* do ordenamento jurídico, substituindo-a por outra”.

injusta, “repetitividade” e “fundamentação” – não serviriam melhor à preservação do precedente do que à sua revogação.<sup>383</sup>

Teoricamente um precedente jamais deveria ser revogado por uma interpretação diversa da corte, por alguns de seus membros, tendo em vista a necessidade de garantia de estabilidade inerente ao sistema.

Ocorre, porém, que em alguns casos pode acontecer de ser antecipado o movimento de revogação de um precedente, o que a doutrina de Margaret N. Kniffen tem denominado de *anticipatory overruling*.<sup>384</sup> Tal movimento surgiu nos Estados Unidos, no começo dos anos 80, podendo ser motivado por circunstâncias diversas, havendo percepção deste desgaste pelas cortes antes mesmo de chegara à Suprema Corte:

Anticipatory overruling has occurred when a precedente has been eroded by changes in related areas of the law. Although the issue before the court of appeals has not been ruled on by the Supreme Court since establishment of the precedente, some High Court’s subsequent decisions may have indicated so great a departure from its previous attitude that the court os appeals may perceive that a significant part os the underpinnings of the precedent has been worn away.<sup>385</sup>

Muitas vezes, o que ocorre é que a Suprema Corte tem dificuldade em voltar a julgar os casos que deram origem aos precedentes, como afirma Firmino Alves Lima, citando Margaret Kniffen:

A figura do *anticipatory overruling* é mais recente. Explica Margaret N. Kniffin (sic) que as Cortes de apelação dos Estados Unidos devem seguir os precedentes da Suprema Corte daquele país, porém, elas podem prever que a Suprema Corte pode deixar de acompanhar alguns de seus próprios precedentes. Assim, por tal motivo, podem antecipar a alteração promovida pela Corte superior, decidindo em sentido contrário. Este mecanismo tem sido usado por Cortes de apelação por diversas razões, apontando a autora norte-americana como motivos para sua adoção a crença que o precedente esteja fraquejando diante das decisões mais recentes, ainda que não revogado. Também pode haver a percepção de uma tendência na Corte Suprema na direção de outro caminho e a consciência de que tenha indicado que poderá rever o precedente em um

<sup>383</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 391.

<sup>384</sup> KNIFFEN, Margareth N. Overruling Supreme Court precedents; anticipatory action by United States Courts of Appeals. *51 Fordham Law Reviews*, 1982. p. 53: “On occasion, however, a United States court of appeals predicts that the Supreme Court will no longer follow one of its own precedents and anticipates the action of the Supreme Court by overruling the precedent”.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 61.

caso apropriado. São algumas das situações que favorecem a atuação das cortes inferiores para antecipar a revogação do precedente anterior.<sup>386</sup>

O mais adequado seria aguardar a revogação pela corte que deu origem ao precedente, por ser o órgão natural de controle da existência e manutenção ou não dessa fonte normativa. Ocorre que, muitas vezes, não é possível prever o momento em que a Suprema Corte, no caso americano, fará a revogação do precedente, permitindo a posição de cortes de apelação que antecipem referido momento.

Embora pareça inadequado, e em regra o é, pois o melhor será sempre aguardar a posição da corte de origem, há uma lógica evolucionista que autoriza esse movimento antecipatório, são as hipóteses em que se constata o desgaste do precedente.

Importante ressaltar os casos em que se parta da premissa de que é preciso garantir a segurança, a coerência e a igualdade e que seria pouco plausível permitir a revogação de um precedente por uma Corte de Apelação.

Contudo, pode haver uma condição inequívoca de um desgaste do precedente de uma corte hierarquicamente superior, a qual em reiteradas decisões acaba desautorizando o precedente, mesmo sem revogá-lo expressamente.

A repetição de julgados na corte em que foi criado o precedente, demonstrando a clara superação deste, transparece que a segurança jurídica e a previsibilidade, bem como a igualdade e coerência, já não serão alcançadas com o uso do precedente, mas com sua revogação.

A indicação de desgaste causado ao precedente, decorrente de decisões posteriores e contrárias a ele, pela própria corte que gerou o precedente, gera uma inconsistência desse precedente e uma incongruência social dele que pode, então, ser apontado inclusive pelos livros de doutrina.

A forma mais correta de se garantir os pilares do sistema de precedentes, quais sejam, segurança, isonomia e congruência, nessa hipótese, é se antecipar, nas cortes hierarquicamente inferiores, a revogação do precedente.

---

<sup>386</sup> LIMA, Firmino Alves. A Lei n. 13.015/2014 como instrutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista cit., p. 128-129.

Pode parecer inadequado imaginar que a mesma corte que gerou o precedente vem decidindo contrariamente a ele, sem revogá-lo expressamente, contudo, o julgamento pelos órgãos fracionários é mais recorrente e menos burocrático do que a reunião da corte, em sua integralidade, para discutir a manutenção ou não de um precedente.

Tome-se como exemplo o TST, em que as oito turmas, formadas por três ministros cada, têm mais facilidade em decidir do que o Tribunal Pleno com os vinte e sete membros, ou mesmo a Seção de Dissídios de Individuais e sua somatória de membros que passa de uma dezena.

Importante notar e ressaltar, neste momento do estudo da revogação dos precedentes, que indicação de desgaste não se confunde com insurgência indevida.

Um julgamento, de uma turma, de forma isolada no tempo, representa mais rebeldia horizontal, do que sinalização de desgaste.

Vários julgamentos, em órgãos fracionários distintos, compostos por membros distintos, representando uma maioria da corte, ainda que em turmas diversas, demonstra uma indicação efetiva de desgaste.

O argumento mais adequado a permitir a antecipação da revogação é aquele que parte do pressuposto de que se a corte que deu origem ao precedente estivesse com o caso sob sua análise, ela certamente revogaria o precedente. No entanto, como visto anteriormente, nem sempre o órgão que gerou tem condições de rever os julgados que deram origem aos precedentes.

No sistema americano afirma-se que caberia às Cortes de Apelação agir em nome dos valores da Suprema Corte, pois manter o precedente seria incoerente com a posição atual desta.

Advirta-se que não se cria um cenário em que a presunção seja a de que a corte de hierarquia inferior teria mais condições de decidir um caso do que a corte de hierarquia superior, como ocorreria entre as Cortes de Apelação e Suprema, respectivamente, mas, de uma percepção daquela em notar o movimento perpetrado por esta, e se antecipar à formalidade da revogação que viria daquela e declará-la em sede de Corte de Apelação.

Diversamente do que se possa pretender inferir, nesses casos, a Corte de Apelação está em congruência com a Corte Suprema, usando de seus desígnios, claros pelo desgaste do precedente e somente se antecipada à revogação formal.

A atitude das cortes intermediárias que revogam antecipadamente os precedentes das cortes superiores podem ser vistas como atitudes que reforçam os valores reais da corte que criou o precedente.

Margaret N. Kniffen utiliza como fundamentos para a antecipação os seguintes argumentos:

The device of anticipatory overruling has been used by courts of appeals for a number of stated reasons, among them: belief that the precedente has been eroded (but not overruled) by subsequent Supreme Court decisions; perception of a trend in Supreme Court decisions toward another rule; and awareness that the Supreme Court has indicated in other opinions that it is awaiting an appropriate case as a vehicle for overtuning the precedente.<sup>387</sup>

A autora cita um caso em que a Corte de Apelação, num litígio que envolvia um litígio entre Os Estados Unidos da América *versus* Cidade da Filadélfia, do *Second Circuit*, em *Perkins v. Endicott Johnson Corp.*,<sup>388</sup> deixou de aplicar precedente por perceber o afastamento da Suprema Corte quanto a tal precedente, no caso em que se discutia violação referente à Quarta Emenda, por ter a Secretaria do Trabalho aplicado sanções administrativas a determinado fabricante.

Nesse caso específico, a decisão da Corte de Apelação vinha no sentido inverso ao precedente da Suprema Corte, mas sob argumento de que decisões posteriores a esta eram mais liberais com as agências do que aquilo que era informado pelo precedente.

O desgaste do precedente era evidente, inequívoco na própria Suprema Corte, e, assim, no que tange à antecipação, ela nada mais fez do que garantir a congruência dos julgados da Corte Maior, antecipando a revogação do precedente e aplicando o entendimento atual desta.

---

<sup>387</sup> KNIFFEN, Margareth N. Overruling Supreme Court precedents; anticipatory action by United States Courts of Appeals cit., p. 53: “Os argumentos utilizados pelas Cortes de Apelação como fundamentos para a antecipação, entre outros são: a crença no desgaste do precedente (embora não revogado) pelas próprias decisões da Suprema Corte; uma percepção de tendência da Suprema Corte que permita concluir por outra regra; ter a Suprema Corte demonstrado que está a espera de um caso apropriado para realizar a revogação”.

<sup>388</sup> KNIFFEN, Margareth N. Overruling Supreme Court precedents; anticipatory action by United States Courts of Appeals cit., p. 53-54.

O desgaste do precedente é o elemento central na utilização do instituto, sob pena de desvirtuamento do sistema e instalação de insegurança que levaria a ausência de credibilidade.

O elemento subsequente, ao lado da *antecipatory overruling*, é a técnica da sinalização. Essa técnica consiste num meio termo entre o *distinguishing* e o *overruling*.

Por meio dessa técnica, o tribunal não revoga o precedente, mas também não realiza a distinção dele, aplicando-o, embora perceba que houve perda de consistência, preferindo, por segurança jurídica, evitar a revogação antecipada ou mesmo a realização de distinção das razões que deram origem ao precedente por se tratar, em verdade, de caso que se enquadraria no precedente, mas que a subsistência deste não é certa e segura.

Nessa perspectiva o que deve ser ponderado é a técnica que indica que o precedente está equivocado, ou de que não deve subsistir mais, porém, em razão da segurança jurídica, aguardando a efetiva revogação pelo tribunal que deu origem ao precedente, sinaliza que o aplicará, mas que não se trata mais de um precedente confiável.

Luiz Guilherme Marinoni afirma referida tese em sua obra ao dizer que “a sinalização é uma técnica mediante a qual o tribunal, embora seguindo o precedente, noticia às profissões jurídicas que este não é mais confiável”.<sup>389</sup>

Mais dois institutos, a *transformation* e o *overriding*, são tratados juntamente com o *distinguishing* e *overruling*, compondo os elementos dos precedentes.

No que tange a *transformation*, esta refaz a configuração do precedente sem aplicá-lo, distinguindo-se do *overruling* no ponto em que o precedente não é aplicado, mas, também, não é revogado.

Não se trata, também, de um *distinguishing*, pois nega a aplicação direta do precedente e não uma distinção entre o caso e o precedente, é uma questão que supera a própria *ratio decidendi*. Estabelece-se um caminho de amadurecimento para se chegar ao *overruling*.

A *transformation* vai sinalizando a ocorrência da revogação do precedente, antecipando argumentos e possibilidades, até que em algum momento futuro a revogação de fato ocorra.

---

<sup>389</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 337.



Luiz Guilherme Marinoni, mais uma vez, trata do assunto de forma objetiva e informativa:

Outra situação, que não se confunde com o *distinguishing* nem com o *overruling*, é a chamada *transformation*. Trata-se de hipótese em que a Corte não realiza o *overruling*, nem muito menos o *distinguishing* do caso sob julgamento para deixar de aplicar o precedente, mas em que faz a transformação ou a reconfiguração do precedente sem revogá-lo.

[...]

De qualquer forma, ainda que frisando pontos que não foram considerados pelas Cortes anteriores, mediante a desconstrução de precedentes e casos já julgados, a “transformation” evidencia a superação da “ratio decidendi” do precedente no curso da história.<sup>390</sup>

Resta incontroversa a afirmação de que a aplicação do precedente, ou a sua revogação efetiva, seu *overruling*, atendem com mais qualidade ao anseio da segurança para o sistema, contudo, a *transformation* permite que se faça um juízo mais maduro de valores, antes de chegar à revogação do precedente, alterando os termos da *ratio decidendi*.

A princípio evita-se a acusação de que a corte tenha julgado erroneamente o caso em apreço, por ter aplicado o precedente, quando se está a dizer que ele não será aplicado, mantém-se a incolumidade do caso concreto, embora os motivos determinantes sejam outros em relação àqueles que deram origem ao precedente.

Quanto ao instituto do *overriding*, primeiro cabe dizer que não se confunde com a *overruling*, pois, não revoga o precedente; não se confunde com a tese da sinalização, pois não anuncia a iminente revogação; nem mesmo se atribui nova configuração a caminho da superação da *ratio decidendi*, como ocorre na *transformation*.

Trata-se de uma perspectiva de redução de hipóteses de incidência do precedente, não há a revogação, mas a redução de alcance. Em razão de uma postura tomada posteriormente à origem do precedente, faz-se uma adequação de seu alcance em relação às hipóteses da época de sua origem.

A doutrina de Luiz Guilherme Marinoni trata do instituto de modo a distingui-lo das demais hipóteses já descritas anteriormente:

---

<sup>390</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 344-345.

Outra técnica utilizada nos Estados Unidos é chamada de *overriding*. Essa igualmente não se confunde com o *overruling*. Também nada tem a ver com a sinalização ou *transformation*. Basicamente pela razão de que, mediante seu uso, não se revoga o precedente (*overruling*), não se anuncia a sua iminente revogação (sinalização) nem se faz a reconstrução do precedente, isto é, não se consideram como fatos relevantes ou materiais aqueles que, no precedente, foram considerados de passagem, atribuindo-lhes, diante disso, nova configuração (*transformations*).<sup>391</sup>

Firmino Alves Lima diz tratar-se de uma espécie de redução de incidência do precedente ao estabelecer que o *overriding* ocorre quando o tribunal decide limitar o âmbito de aplicação de determinado precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal.<sup>392</sup>

A mudança ocorre pelas alterações das percepções acadêmicas, jurisprudenciais, adequando-o para um novo entendimento, reduzindo a hipótese de incidência inicialmente estabelecida. Parcialmente, chega-se a um resultado semelhante ao *overruling*, o de não se aplicar o precedente, sem que, no entanto, tenha havido a revogação efetiva deste. Assim também a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni.<sup>393</sup>

Na sequência, resta tratar, de forma natural, do efeito causado pela revogação do precedente. A segurança jurídica está em jogo quando o tema é revogação, tanto na esfera processual, quanto na esfera social de interesses.

O mais comum é que a decisão que revoga o precedente tenha o efeito retroativo, como afirma Luiz Guilherme Marinoni ao dizer que a revogação de um precedente (*overruling*) tem, em regra, efeitos retroativos nos Estados Unidos e no *common law*.<sup>394</sup>

Pode ocorrer, no entanto, de a Suprema Corte ou as Cortes de Apelação, determinarem, em razão da necessidade de maior segurança jurídica, principalmente pela

---

<sup>391</sup> Ibidem, p. 348.

<sup>392</sup> LIMA, Firmino Alves. A Lei n. 13.015/2014 como instrutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista cit., p. 129.

<sup>393</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 348-349: “[...] há nova situação e novo entendimento no plano dos tribunais ou da academia, capaz de não permitir que caso substancialmente idêntico seja tratado da mesma forma. A distinção feita no ‘overriding’ supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova ação e do novo entendimento, teria tido outra solução. É por isso que, embora o ‘overriding’ não signifique revogação, o seu resultado, do mesmo modo que aquele a que se chegou no ‘overruling’, é incompatível com o precedente”.

<sup>394</sup> Ibidem, p. 421.

ideia de previsibilidade, atribuir à revogação efeitos prospectivos para as decisões que revogam os precedentes.

Luiz Guilherme Marinoni, mais uma vez, tratou do assunto de modo objetivo e direto:

Porém, a prática judicial americana tem evidenciado, em tempos recentes, hipóteses em que é necessário não permitir a retroatividade da nova regra, firmada na decisão que revogou o precedente. Nestas situações, as Cortes mostram-se particularmente preocupadas em tutelar o princípio da segurança – especialmente na sua feição de garantia da previsibilidade – e a confiança depositada pelos jurisdicionados nos atos do Poder Público.<sup>395</sup>

Enquanto os Estados Unidos convive com uma corte de precedentes constitucionais, pautado nas decisões de sua Suprema Corte,<sup>396</sup> o Brasil busca o desempenho equivalente na atuação do Supremo Tribunal Federal, desde as ações de controle de constitucionalidade e, posteriormente, com a EC 45 de 2004, quando passou a editar súmulas vinculantes.

A partir da Lei n. 13.015 de 2014 e do Código de Processo Civil de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal de Justiça, entre outras cortes superiores, passaram, também, a editar jurisprudência com caráter vinculante, assim como as cortes intermediárias.

A afetação dos recursos denominados de repetitivos, na esfera civil do que tange ao recurso especial e extraordinário, e na esfera especial trabalhista, o recurso de revista, estão vinculados à ideia de repercussão geral e a partir da afetação de tais recursos passa-se à formação dos precedentes.

A característica mais importante envolvendo o precedente é o efeito que sua previsibilidade gera no mundo jurídico, a certeza de sua adoção é a segurança da estabilidade do Direito, uma vez que a coerência do sistema jurídico depende de previsibilidade.

O principal fator a ser considerado é o de que a partir do momento de que alguém define uma conduta com base e um precedente, este indivíduo não poderia,

---

<sup>395</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 421.

<sup>396</sup> SUSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

posteriormente, ser surpreendido com uma decisão judicial que se afaste do precedente e lhe cause um prejuízo, pois, a segurança do sistema depende da confiança que o jurisdicionado tem nos precedentes.

Com isso, estabelece-se que a negativa de aplicação de um precedente ao jurisdicionado passa a significar a imputação de uma surpresa injusta, uma violação à segurança jurídica, ao princípio da segurança justificada. O sistema americano agrega um qualificativo ao princípio da confiança, que é a justificativa da confiança, conforme informa Luiz Guilherme Marinoni:

Há casos em que o precedente pode deixar de corresponder aos valores que o inspiram ou se tornar inconsistente e, ainda assim, não se mostrar razoável que a sua revogação atinja situações passadas, em virtude da confiança justificável, então caracterizada, sobrepor-se à ideia de fazer a revogação valer para trás.<sup>397</sup>

Quando as cortes já demonstraram o desgaste do precedente, quando a doutrina já demonstrou desconsiderar o precedente, por conta de seu equívoco, fica evidente que o que ocorreu foi que ele não tinha força nem sequer para racionalizar a conduta do jurisdicionado.

Por isso, o jurisdicionado não deveria ser lembrado pelo advogado, o qual orientou o cliente, uma vez que o desgaste do precedente gera um afastamento quanto à vinculação referente à sua aplicação, diante da ausência de consistência sistêmica ou coerência social.<sup>398</sup>

Nesses casos, e levando-se em conta ser um elemento indiscutível, a ausência de força do precedente pelo evidente equívoco, não há razão para não se aceitar os efeitos retroativos da decisão que revoga o precedente, pois não pode alcançar o jurisdicionado com uma surpresa injusta.

Em outra quadra, para os casos em que nada demonstra haver um desgaste do precedente, perda da consistência sistêmica ou qualquer incoerência social, levando à conclusão de que ele não deveria sobreviver, entendem a jurisprudência e a doutrina

---

<sup>397</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 422. E faz referência expressa ao preceito ao continuar dizendo que “para que o ‘overruling’ não tenha efeitos retroativos, as situações e relações antes estabelecidas devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma ‘confiança justificável’”.

<sup>398</sup> GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

estrangeira que os efeitos da decisão que revoga o precedente devem ser prospectivos e não retroativos.

A doutrina americana desenvolveu três possibilidades de efeitos prospectivos e são as denominadas *prospective overruling*; *prospective prospective overruling*; *pure prospective overruling*.

A primeira, *prospective overruling* afirma que o efeito da revogação do precedente não deve ser retroativo, provavelmente é a teoria mais simples de todas, embora a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni aponte alguns problemas e inseguranças decorrentes dessa teoria.

O *prospective overruling* pode gerar resultados ou decisões inconsistentes, especialmente quando se está diante do *overruling* cujos efeitos apenas podem ser produzidos a partir de certa data ou *overruling* cujos efeitos retroativos incidem apenas sobre determinado caso.

[...]

a irretroatividade dos efeitos do “overruling” ou com o “overruling” com efeitos prospectivos se garante o princípio da segurança e se proteja a confiança nos atos do Poder Público, daí também podem advir custos ou prejuízos.<sup>399</sup>

Por outro lado, há doutrina que defende o *prospective prospective overruling*<sup>400</sup> a qual caminha no sentido de afirmar que o efeito da decisão que revoga o precedente se dará somente no futuro, numa data certa ou num evento certo ainda por acontecer, conforme definição da corte que o revoga.

Por fim, a tese do *pure prospective overruling*<sup>401</sup> que descreve as hipóteses em que a decisão que revoga o precedente gera efeitos no sentido de não se aplicar o precedente nem sequer para o próprio caso concreto sob exame e que gerou a revogação dele.

<sup>399</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 423.

<sup>400</sup> Ibidem: “Quando se posterga a produção de efeitos da nova regra, fala-se em ‘prospective prospective overruling’”.

<sup>401</sup> Ibidem: “Ademais, como esclarece Eisenberg, alude-se a ‘pure prospective overruling’ para demonstrar o que ocorre quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento, restando a terminologia ‘prospective overruling’ para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão”.

Inicialmente, como não se trabalhava a ideia de julgamento sem caso, o que a doutrina de Sofia Temer denomina de causa-modelo, a condição soava mais estranha à realidade do sistema de *civil law*, como é o sistema brasileiro.

Não se concebia a ideia de corte como órgão de construção de direitos, o que gerava um raciocínio no sentido de que o Poder Judiciário proferindo uma decisão que não se aplica sequer às partes que estão litigando é algo impensável nos casos concretos.

A questão, no entanto, está superada pela previsão do CPC de 2015 de continuidade no julgamento da lide, mesmo nos casos de desistência do recurso, sendo que a partir dessa previsão o Judiciário não fica dependente sempre de um caso-modelo.

Com isso, deixa de ser estranho ao sistema o julgamento de um processo que não gere efeitos no próprio processo que o originou, embora, diga-se, esta não seja a regra.

Algumas vezes, em razão de certos fatores, a corte concede ao legislador um prazo para editar uma lei sob pena de revogar o precedente; nesses casos, apesar da posição da corte, em pretender revogar o precedente, não há efeitos prospectivos, pois aguarda-se uma posição do legislativo e se aplica a técnica de sinalização, assim, caso a lei não seja alterada, a corte vai revogar o precedente na primeira seção oportuna.

No Brasil, tal fato já ocorreu quando STF tomou decisão parecida em relação à jurisprudência, no caso da regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Nesse caso o Supremo, em julgamento de um mandando de injunção, sinalizou que daria efeito concreto à decisão, pautado pela ideia de inconstitucionalidade por omissão, mas suspendeu a sessão, sinalizando a possibilidade de criar jurisprudência no caso concreto.

Antes que o Supremo voltasse a julgar o caso, o Congresso Nacional rapidamente percebeu o movimento e editou a lei em questão.

No sistema jurídico alemão referida técnica foi denominada de apelo ao legislador, quando internalizada no nosso sistema foi denominada de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

No julgamento acerca da constitucionalidade ou não da vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo, o STF declarou a inconstitucionalidade, contudo, após uma reclamação constitucional da CNI, utilizou-se da técnica de declaração de

inconstitucionalidade sem efeito de nulidade, a teor da Súmula Vinculante n. 4<sup>402</sup> daquela Corte.

Em certas ocasiões, envolvendo interesses de grande relevância social, e como forma de resguardar a segurança jurídica, os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade deve gerar efeitos somente após a alteração legislativa, pois a declaração, com efeitos retroativos, pode ser juridicamente mais insegura do que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos a partir de sua declaração.

A ponderação a ser feita nesses casos se encontra na dicotomia entre a nulidade da lei inconstitucional e a segurança jurídica.<sup>403</sup>

Leva-se em conta que a realidade fático-jurídica, pode ser de tal modo irreversível, que tornaria impossível estabelecer o estado anterior e os respectivos efeitos concretos que gerou na sociedade.

Por essa razão, embora se julgue procedente a demanda que discute a inconstitucionalidade de uma norma, declara-se sua inconstitucionalidade, contudo, espera-se que o Poder Legislativo corrija referida circunstância, tendo em vista a linha muito tênue entre a segurança jurídica e o conflito de poderes constituídos, quais sejam, o Judiciário e o Legislativo

As razões que levam o STF a conceder efeitos futuros à declaração de inconstitucionalidade se aproximam, em parte, dos efeitos prospectivos da revogação de precedentes, pois ambos rumam no sentido de aguardar a posição do Poder Legislativo.

---

<sup>402</sup> Supremo Tribunal Federal – Súmula Vinculante n. 4 – “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”.

<sup>403</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 426-428: “O Supremo Tribunal Federal, na ADIn 2.240, em que se questionou a inconstitucionalidade da lei que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães, ao deparar-se com o problema da eficácia da decisão de inconstitucionalidade, chegou a uma solução muito interessante a quem está interessado na questão relativa à proteção da segurança jurídica mediante a técnica dos efeitos prospectivos. Neste caso, a Corte não tinha qualquer dúvida sobre a inconstitucionalidade da lei, mas temia que, ao pronunciá-la, pudesse irremediavelmente atingir todas as situações que se formaram após a sua edição. Receava-se que a declaração de inconstitucionalidade não pudesse permitir a preservação das situações estabelecidas antes da decisão de inconstitucionalidade.

Não é preciso dizer que, no caso, partia-se da teoria da nulidade do ato inconstitucional, de modo que a preservação do que aconteceu após a edição da lei inconstitucional teria de ser sustentáculo em algo que pudesse se contrapor ao princípio da nulidade.

Esclareça-se que o relator, inicialmente, embora reconhecendo a inconstitucionalidade, julgou improcedente a ação”.

A ideia de efeitos prospectivos, ou seja, futuros, nos casos de revogação de precedentes, também se aplicará ao STJ e ao TST, por meio de recursos repetitivos.

Nas duas cortes o que temos é a revogação de jurisprudência já consolidada e que criara uma segurança jurídica aos atores sociais, pautando, portanto, as atitudes dos jurisdicionados.

Disso decorre a ideia de efeitos prospectivos, pois mudando o entendimento da corte, muda-se a informação transmitida ao jurisdicionado. A importância dos efeitos prospectivos está na essência do precedente que mereça confiança justificada, por isso, inclusive, o artigo 27 da lei de controle de constitucionalidade<sup>404</sup> prevê a possibilidade de modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade.

A aplicação de referido preceito às cortes de controle de leis federais, como são o TST e o STJ, não é pacífica, contudo, se a teoria de precedentes pretende gerar orientação segura de conduta ao jurisdicionado, garantir a coerência e a igualdade de tratamento diante das decisões judiciais, terá de observar as técnicas que se aplicam aos precedentes, sendo uma delas, justamente, aquela que permite a modulação de efeitos quanto à eficácia da revogação dos precedentes.

Uniformizar procedimentos nos tribunais será essencial para que se perceba a coerência no trato da jurisprudência, sendo assim, a afetação de um processo pelo efeito repetitivo levará a postura de aguardo aos demais órgãos, de modo que suspendam seus julgamentos em tribunais inferiores, ou mesmo em órgãos fracionários do mesmo tribunal, evitando conflitos de decisões. O processo civil atual já prevê estas hipóteses expressamente.

Evitar julgamentos diversos, conflitantes, é uma das principais características do sistema de afetação de recursos e demandas repetitivos, evitando que casos idênticos, com mesma matéria de direito, tenham resultados diversos.

Tais divergências, acaso existentes, poderiam desafiar a propositura de ação rescisória, para casos de decisões fracionadas contrárias à decisão proferida nos recursos repetitivos.

---

<sup>404</sup> Lei n. 9.868 de 1999: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.



Afasta-se da segurança jurídica ao se admitir tais divergências. Daí a razão de os tribunais necessitarem adequar seus trâmites a essa perspectiva se de fato pretendem operar com o sistema de precedentes. Nesse sentido a Resolução n. 235 de 2016 do CNJ parece pretender referida coesão.

Não vivenciamos a hipótese de aplicação de um novo sistema, ou mesmo do *common law*, mas, somente, do sistema de precedentes dentro do sistema do *civil law*, o que não só não é incoerente, como busca trazer coerência, previsibilidade e segurança jurídica às relações sociais e processuais.

## CAPÍTULO VII DA HERMENÊUTICA GERAL PARA A HERMENÊUTICA DOS PRECEDENTES

### 7. A CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE

A construção de um precedente parte das perspectivas clássicas da hermenêutica, ou seja, das escolas tradicionais que descrevem os métodos para a melhor interpretação, começando por aquelas ligadas ao texto, passando pelo contexto, pragmatismo, assim como a interpretação quanto ao resultado, entre outras, como já pautado no Capítulo I.

A formação de um precedente no mérito, assim, não difere, em geral, da formação de qualquer outro julgado, ao contrário, como já descrito anteriormente, a escola que pautará a formação de precedentes, por via de regra, será a escola declaratória do Direito – com algumas possibilidades de aplicação da escola constitutiva do Direito, observadas as especificidades descritas no capítulo anterior, como no caso da equidade, por exemplo.

Busca-se, com esse movimento, reafirmar o respeito ao direito posto, legislado, como texto, para a busca de um metatexto adequado, coerente, e que não fira a divisão de poderes, nem represente o olhar singular de um indivíduo ao interpretar a legislação vigente, mas, sim, o consenso mais plúrimo possível de formação de precedentes.

A normatividade extralegal, assim, não é um elemento de origem, mas de resultado, ou seja, ela se revelará no conteúdo final da interpretação, a partir de então passa a se revelar como jurisprudência vinculante e, desta, parte-se para a interpretação do metatexto, do precedente propriamente dito, a partir desse ponto se aplicam as técnicas de interpretação descritas no capítulo VI, como a *ratio decidendi*, a *obiter dictum*, o *distinguishing*, o *overruling* entre tantos outros elementos interpretativos já mencionados neste estudo.

Assim, sistematiza-se o caminho da normatividade extralegal da seguinte maneira:

1. Parte-se de um caso concreto;

2. Utiliza-se dos procedimentos previstos para a afetação do caso, como nos casos de IAC, IRDR e RRR;
3. Segue-se o rito estabelecido, inclusive, com a mais ampla participação das instituições descritas em lei, como é o caso do MPT, OAB, instituições interessadas, *amicus curiae* etc.;
4. Busca-se interpretar a lei em discussão no caso concreto;
5. Aplica-se os métodos hermenêuticos clássicos ao texto da lei;
6. Chega-se a um consenso interpretativo, em quaisquer das instâncias capazes de gerar precedentes;
7. Forma-se o precedente, em instância definitiva, com trânsito em julgado;
8. Excepcionalmente cria-se precedente sem o caso concreto, já denominado de caso-modelo;
9. Excepcionalmente cria-se precedente sem lei antecedente, escola constitutiva;
10. Forma-se o metatexto;
11. Aplicam-se as técnicas de interpretação de precedentes à nova fonte formal direta estatal judicial;

### **7.1 Análise de um caso concreto**

As cortes trabalhistas, TRT's e TST, já têm trabalhado na formação de precedentes obrigatórios, algumas decisões já foram tomadas e já transitaram em julgado, o que permite a observação em duplo aspecto, a formação e o resultado, hermenêutica clássica e hermenêutica de precedentes.

Quanto mais o precedente se valer dessas duas etapas, maior será a chance de se criar um cultura de respeito ao precedente, gerando, por conseguinte, uma eficácia social maior. Quanto menos metodológica for a criação, ou seja, quanto menos científica e mais casuística, menor será o respeito transmitido à comunidade jurídica.

O exemplo para observância será juntado no anexo a este trabalho e servirá de base crítica para a concretude da tese que se defende.

Como já mencionado anteriormente, a tese parte do pressuposto de que precedentes com características de normatividade extralegal serão somente os formados após a reforma da CLT, Lei n. 13.015 de 2014, e do CPC de 2015, tendo em vista que os demais incisos do artigo 927, ainda do CPC, que transmudam a jurisprudência persuasiva em vinculante padecem de discussão jurídica em instâncias superiores de controle de constitucionalidade e enfraquecem a teoria de normatização extralegal, por ser menos democrática na formação, anteceder o movimento legislativo reformador anteriormente descrito e se aproximar do solipsismo já descrito anteriormente, o que representa uma séria possibilidade de naufrágio do regime de precedentes.

O processo escolhido para uma análise prática foi o n. TST-RR-849-83.2013.5.03.0138, juntamente com outros processos que foram afetados como representativos da controvérsia. A matéria fruto do debate é a fixação do divisor da jornada dos bancários gerais e de confiança. Trata-se do tema n. 2 na ordem de afetação, com julgamento em 21 de novembro de 2016 e acórdão publicado em 19 de dezembro do mesmo ano.

A primeira constatação é a da afetação do recurso, em seguida a seleção dos representativos. Esses dois movimentos são de extrema importância à medida que permitem qualificar a discussão jurídica a partir de argumentos fortes, concretos e que contribuirão de forma singular para a decisão. O artigo 896-C, § 1º, prevê expressamente a possibilidade de afetação de um ou mais recursos, por Presidente de Turma ou de Subseção.

A afetação dos representativos, a numeração, tema, informação e demais elementos formais seguem a Resolução n. 235 de 2016 do CNJ.

O primeiro passo da análise será a própria decisão de afetação. A juntada dos anexos ocorrerá na ordem cronológica desta análise.

#### *7.1.1 Decisão de afetação de recurso de revista repetitivo*

Logo após o processo chegar à corte, o tribunal emitiu ofício de afetação para julgamento por meio de recurso repetitivo, em 14 de abril de 2015, tendo sido submetido à decisão do órgão competente.

A decisão de recebimento do incidente data de 18 de junho de 2015, admitindo a afetação e decidindo pela competência da SDBI-1 para julgamento do incidente.

Interessante notar nessa passagem procedimental, a qual está prevista expressamente no artigo 896-C, a necessidade de uma decisão importante para o andamento da causa, que é a escolha do órgão julgador. As opções postas na lei são o Pleno ou a Seção Especializada em Dissídios Individuais.

No caso a decisão foi pela SBDI-1, embora tenha havido forte divergência, pois alguns ministros preferiam que a matéria fosse ao Pleno do TST, contudo, a maioria votou pela competência do órgão fracionário.

No mesmo ato houve determinação de sorteio para definição de relator e revisor. O § 6º do mesmo artigo 896-C determina essa dupla atribuição, qual seja, a designação de órgão competente e sorteio de relator e revisor.

Anexou-se ao julgamento outro processo de mesmo assunto, o que leva a uma análise coerente, afinal, a decisão exarada no julgamento do incidente se aplicará a todos os processos de mesma natureza, seja na corte em que o precedente foi produzido, seja nas inferiores, vinculação horizontal e vertical, respectivamente. Tal providência está expressamente prevista no § 1º do artigo 896-C da CLT. No caso, a afetação de mais um recurso se deu em razão de a matéria ser de interesse de bancos privados e públicos.

Ainda há certa resistência à chamada vinculação horizontal, isso ocorre em outras cortes, contudo, como já expressado anteriormente, trata-se de um ponto importante para a respeitabilidade do instituto, afinal, se a próprio corte que gerou o precedente não se obrigar a segui-lo, certamente os sentidos de previsibilidade e isonomia estarão em xeque.

O processo anexado para julgamento conjunto foi o de n. TST-RR-144700-24.2013.5.13.3. Detalhe interessante é a deliberação quanto ao julgamento completo do processo anexado ou somente da tese em debate.

O correto, pelo espírito da norma, é que somente a matéria afetada fique sob a competência da Subseção, sendo que as demais matérias devem ser mantidas em seus órgãos de origem, a Turma no caso em tela.

O relator designado foi o Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão e o revisor designado foi o Ministro João Oreste Dalazen.

Importante notar neste momento preliminar à efetiva formação do precedente, ou melhor, nesse caminho de formação do precedente, que a sequência de atos segue exatamente o rito descrito em lei, por isso a afirmativa de que a formação de um precedente deve seguir os ditames da lei e isso ocorre não só na análise de mérito, como no procedimento a ser adotado.

### *7.1.2 Deliberações do Ministro Relator*

Uma vez afetado o processo pelo incidente dos repetitivos, decidido o órgão competente para o julgamento do processo e respectivamente para a formação do precedente, e resolvidas as demais questões pendentes, como o julgamento conjunto de outros processos, nesse caso, passou-se, conforme determinado pela lei, às deliberações necessárias do relator.

Assim, passou o relator a deliberar sobre as providências imediatas no caso, procedendo a um só tempo com as seguintes constatações e deliberações:

#### 1. Constatações:

a) O relator passou a identificar o caso, a matéria em debate e os incidentes ocorridos e decididos até aquele momento;

b) Em seguida, e pautado na decisão colegiada citada anteriormente, determinou o apensamento do processo que seguiria conjuntamente ao afetado para a formação do precedente. Aqui vale repetir uma passagem importante nesse apensamento, que é o fato de os processos, afetado e apensado, tratarem de bancos públicos e privados, os quais têm normas coletivas distintas, assim, ampliou-se o debate para incluir as duas hipóteses de incidência da tese a ser firmada;

c) O Ministro Relator ressaltou o fato de haver uma súmula regulando a matéria, de origem do próprio TST, qual seja, a Súmula de número 124;

d) Fixou o tema em debate: solucionar se a controvérsia acerca de norma coletiva dos bancários, a qual, prevendo a incidência de reflexos de horas extraordinárias nos sábados, tem ou não o condão de alterar o divisor a ser utilizado para o cálculo dessas mesmas horas extraordinárias;

#### 2. Deliberações:

a) Suspensão: Recursos de Revista; Embargos de Divergência na própria corte;

- b) Ofícios aos TRT's, para prestarem informações;
- c) Ofício para manifestação de eventuais interessados no tema;
- d) Ofício ao Presidente do TST;
- e) Informação aos demais ministros, sobre a afetação do tema;
- f) Vistas ao MPT, após as informações supradescritas.

Percebe-se, pelo procedimento adotado, o total respeito ao trâmite estabelecido em lei, para fins de garantir o devido processo legal, bem como evitar qualquer tipo de mácula que possa atingir posteriormente o processo de formação do precedente.

Vale destacar, como já descrito nos capítulos anteriores, o caráter democrático na formação do preceito, evitando-se, assim, o elemento subjetivo individual, ao mesmo tempo em que se percebe uma clara distinção com a formação da antiga jurisprudência persuasiva, refletida em súmulas e orientações jurisprudenciais.

O procedimento adotado seguiu os ditames do artigo 896-C da CLT no seguinte preceitos: i) § 5º – quanto à suspensão das causas na própria corte; ii) – § 7º – quanto à solicitação de informação aos TRT's; iii) – § 8º – quanto à admissão de intervenção de interessados para ampliação do debate; iv) – § 9º – quanto à intimação do MPT .

Em que pese o caráter meramente regulador, vale observar que o trâmite também seguiu os preceitos da IN 38 de 2015 do TST, quanto ao procedimento do incidente de recursos repetitivos na corte.

O Ministro Relator, diante das dezenas de interessados que se habilitaram como *amicus curiae*, decorrente do despacho que franqueava referida habilitação, seguindo, como visto, o disposto no § 8º do artigo 896-C da CLT, passou a deliberar sobre a admissão dos interessados.

A figura do *amicus curiae* deve guardar algum tipo de pertinência temática com o assunto em discussão, ao mesmo tempo que não pode ser traduzida em interesse particular, próprio, pois não se trata de definir objetivamente a causa dos interventores.

Assim, o Ministro Relator, socorrendo-se de doutrina balizada na seara do processo civil, em razão da maior experiência do ramo nesse assunto, limitou a intervenção evitando interesses subjetivos e buscando habilitar aqueles que de fato trariam elementos para o debate, auxiliando para uma solução mais democrática e técnica possível.

Pautado nos critérios supradescritos, bem como nos elementos específicos que pontuou em sua decisão, rejeitou a intervenção de alguns interessados, ao mesmo tempo em que aceitou a intervenção de outros.

A decisão que se menciona está anexada na ordem cronológico, sendo o terceiro documento no anexo.

A admissão de *amicus curiae* segue o regramento do CPC, como bem apontado no artigo 896-C, § 8º, da CLT. Assim, a decisão de admissão ou não da intervenção não comporta recurso, trata-se de decisão única e irrecorrível. A decisão é do Ministro Relator.

O artigo 138 do CPC descreve de forma expressa e inequívoca a irrecorribilidade da decisão, em termos de teoria geral, e o artigo 1.038 do CPC também faz referência à admissão do *amicus curiaes* em sede de recurso especial e extraordinário repetitivo.

Observe-se uma importante distinção no tema, que é a possibilidade de recurso quanto à admissão do *amicus curiae* e da recorribilidade quanto à decisão final do processo. São hipóteses distintas, sendo que aqui ainda se discute somente a admissibilidade da intervenção e sua irrecorribilidade e não a discussão de mérito do precedente.

No caso em discussão, ainda houve a intervenção tardia de mais uma instituição interessada no caso, a qual foi admitida pelo Ministro Relator, tendo em vista a fase em que se encontrava o processo – e que admitia, ainda, a intervenção de *amicus curiae* –, e por ter o interessado demonstrado a importância de sua contribuição para a construção do precedente. Trata-se da admissão da Associação Nacional dos Beneficiários de Planos de Regulamentos Básicos e Regulamento dos Planos de Benefícios – ANBERR.

### *7.1.3 Do procedimento de participação pública dos interessados*

Uma vez delimitados todos os pontos procedimentais e de formação de polo e de interessados, o processo foi submetido à discussão pública.

Nesse ponto está uma das mais importantes observações no que tange ao debate travado durante todo o desenvolvimento da tese, qual seja, o afastamento do caráter



subjetivo individual puro do julgador, a mácula do sujeito solipsista, para parafrasear Lenio Streck.<sup>405</sup>

As manifestações das entidades interessadas como *amicus curiae*, a afetação dos representativos da controvérsia, a remessa de ofícios – e as respectivas respostas – dos TRT's, das Turmas do TST, o parecer do MPT, a ativa participação da OAB, são elementos essenciais à democratização do debate.

Duas passagens se mostram essenciais neste momento: a afirmativa que coloca em discussão a natureza jurídica da jurisprudência formada por outro procedimento; o amplo debate na formação desse modelo de jurisprudência vinculante.

Em despacho datado de 12 de maio de 2016 foi fixado pelo Ministro Relator a audiência pública e os parâmetros que se aplicariam a ela.

São eles:

- 1) Data da audiência pública – 16 de maio de 2016;
- 2) Local – Sala de Sessões Ministro Orlando Teixeira da Costa;
- 3) Tema: Bancários – horas extras – divisor;

Programação:

- 1) 8h – credenciamento dos expositores e ouvintes;
- 2) 9h – Abertura da audiência pelo Ministro Relator e o Ministro Presidente;
- 3) Divisão dos painéis de exposição dos interessados;
- 4) Publicação da programação em diário oficial para a mais ampla publicidade do ato.

Vale observar no anexo a quantidade de entidades, instituições e estudiosos que se habilitaram para as exposições, o tempo e a possibilidade de uso de recursos de diversas frentes, como os audiovisuais.

Somaram-se dezessete interessados regularmente admitidos e habilitados ao debate, todos representados por nomes de grande expressão nos cenários acadêmicos,

---

<sup>405</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* cit., p. 17.

prático, institucional e de classes. O debate comportou defesas tanto dos interesses dos empregados, como dos empregadores.

No mesmo despacho houve rejeição de participação de interessados com característica de defesa individual e de conteúdo não relacionado ao mérito.

A ata da audiência pública, quinto documento no anexo, retrata de forma pormenorizada as ocorrências, sua ordem cronológica, o Ministro que presidiu o painel, além das manifestações efetivas dos interessados.

Os painéis ocorreram na seguinte sequência:

1) Primeiro painel – sob a Presidência do Ministro João Oreste Dalazen – tendo como expositores os seguintes advogados: Dr. Ricardo Quintas Carneiro, Dr. Estevão Mallet, Dra. Renata Silveira Veiga Cabral e Dr. Magnus Ribas Apostólico.

2) Segundo painel – sob a Presidência do Ministro Augusto César Leite de Carvalho – tendo como expositores os seguintes advogados: Dr. José Simpliciano Fontes Fernandes, Dr. Valder Luiz Palombo Alberto, Dra. Maria da Consolação Vegi da Conceição e Dr. Márcio Monteiro da Cunha e Dr. Ricardo Magaldi Messetti.

3) Terceiro painel – sob a Presidência do Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro – tendo como expositores os seguintes representantes: Carlos Alberto Paes Mesquita de Oliveira, Igor de Oliveira Zwicker e Dr. Eduard Henrique Marques Soares.

4) Quarto painel – sob a Presidência do Ministro Hugo Carlos Scheuermann – tendo como expositores os seguintes advogados: Dr. Mozart Victor Russomano Neto, Dr. Eduardo Araújo de Souza, Dr. Gryecos Attom Valente Loureiro.

5) Quinto painel – sob a Presidência do Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte – tendo como expositores os seguintes advogados: Dr. José Affonso Dalegrave Neto e Dr. Paulo Roberto Lemgruber Ebert, Dr. Nil Jamardo da Cunha Ribeiro e Dr. Paulo Roberto Alves da Silva.

O elemento mais importante e evidente nessa ordem de apresentação é a miscigenação de pessoas e interesses, pois, ao destacar os nomes e a ordem dos painéis percebe-se, com nitidez, uma mescla entre instituições voltadas aos interesses de classes, empregados e empregadores, bem como os representantes de instituições, como foram os casos dos expositores representantes dos Tribunais Regionais do Trabalho da 5ª Região e da 8ª Região.

Somem-se a isso as diversas confederações, federações, associações, bancos, sindicatos de empregados e empregadores, e sempre mesclados em painéis que representavam polos de interesses diversos em cada painel.

As apresentações podem ser assistidas, pois constam em vídeos disponibilizados no site da própria corte que remete ao canal do TST no youtube.<sup>406</sup> Já na abertura o Ministro João Oreste Dalazen registra a presença dos representantes das instituições, o que reforça a participação da sociedade civil e das instituições na formação dos precedentes.

Tratava-se de uma das primeiras audiências públicas realizada pelo TST para fins de debate acerca de tema de interesse público sob a égide dos recursos repetitivos. A essa audiência foi prestada a maior publicidade e estiveram presentes trabalhadores, empregadores, professores, advogados, juízes, procuradores, sindicatos, entre tantos outros.

A amplitude do debate é clara, pois, das apresentações dos expositores muitos argumentos foram acrescentados ao debate, a começar pela natureza jurídica do sábado, o limite da norma coletiva, o avanço das negociações etc.

Um dos expositores, inclusive, suscitou uma questão de ordem de extrema importância, qual seja, a eventual modulação de efeitos, pois, a repercussão certamente seria grande a esse respeito. Trata-se da fala do advogado Dr. Estevão Mallet. Tal tema retornará para análise quando do mérito da questão.

Após a regular ocorrência da audiência pública o Ministro Relator proferiu novo despacho sobre o ocorrido, sendo o quinto documento no anexo.

Relatou os motivos de indeferimento de participação de interessados, bem como a participação de advogado regularmente habilitado em nome de associação incluída como *amicus curiae*, rejeição de utilização de material enviado fora do prazo, bem como o atendimento por todos os demais interessados diante da comprovação de representação das entidades habilitadas nos autos.

Em seguida, passou a deliberar sobre a pertinência dos recursos representativos da controvérsia e suas admissões ou não, à medida que tinham real acréscimo de argumentos qualitativos para o debate ou não.

---

<sup>406</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=JEMhRAo8bC4>

Por fim, determinou que os autos fossem remetidos ao MPT para regular emissão de parecer. A disposição do artigo 896-C, § 9º, da CLT é que fixa referida providência.

#### *7.1.4 Do incidente para solução da questão jurídica quanto à competência*

Como já descrito anteriormente, há uma forte discussão acerca da competência para julgamento da questão posta em debate.

Referida celeuma tem duas frentes principais de debate, o fato de a SBDI-1 estar à frente deste julgamento, sendo um órgão fracionário dentro de um órgão fracionário, e a ideia de que há uma súmula, formada pelo Pleno do TST, que trata diretamente do tema, e o risco de haver uma decisão de um órgão fracionário contrária ao entendimento do Pleno do TST.

A matéria foi objeto de embargos de declaração, justamente a respeito desse conflito quanto à competência do órgão interno do TST.

Em primeiro lugar, vale ressaltar a distinção de formação entre a SDI Plena, a SBDI-1 e Pleno do TST.

Com a edição da Lei n. 7.701 de 1988, estabeleceram-se as competências internas do TST, tornando-se um marco de criação das Seções Especializadas, como aponta a doutrina de Homero Batista Mateus da Silva:

Como, porém, o TST é dividido em oito turmas recursais, é natural que também entre os Ministros surjam diferentes óticas de leituras dos textos legais e normativos, de tal sorte que o legislador desde cedo contemplou a necessidade de um órgão de superposição dentro da estrutura do mesmo tribunal. Antes, esse órgão era o tribunal em sua composição plenária, a partir de 1988, passou-se a lidar com a especialização de uma turma incumbida unicamente de conciliar interpretações dentro da própria casa. A essa espécie de superturma se deu o nome seção especializada. Daí o surgimento da Seção Especializada em Dissídios Individuais e da Seção Especializada em Dissídios Coletivos, modelo que a Lei 7.701/1988 sugere seja replicado entre os regionais para otimização dos trabalhos.<sup>407</sup>

---

<sup>407</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado* cit., p. 252.

Referida legislação tem sido analisada ao lado do RITST de modo a possibilitar a compreensão do caminho que cada processo percorre até chegar ao tribunal e também estabelecer a forma como as seções se subdividem. O artigo 1º, em seu § 1º, delega ao TST a missão de regulamentar o funcionamento dos órgãos.

Referido Regimento está, atualmente, aprovado pela Resolução Administrativa n. 1937 de novembro de 2017.

Assim se divide a composição do TST: Pleno, Órgão Especial, Seções, Subseções Especializadas e Turmas, no termos do artigo 65 do RI.

Os artigos 71 e seguintes do RITST descrevem a formação e competência da SDI. Há uma subdivisão em duas subseções, além da composição plenária. A doutrina faz referência a essa formação, como se constata na leitura de Sergio Pinto Martins:

A Seção de Dissídios Individuais é dividida em duas subseções. A SBDI-1 funciona com oito julgadores. Compõem-se de 14 ministros. É integrada pelo Presidente do Tribunal, Vice-Presidente, Corregedor e mais 11 ministros, preferencialmente, pelos presidentes de turma. Funciona a SBDI-2 com seis julgadores. É composta de 10 ministros, e integrada pelo Presidente do Tribunal, pelo Vice-Presidente, pelo Corregedor e por mais sete ministros integrantes de turmas.<sup>408</sup>

Quanto à composição plena, a SDI atua nos termos da lição de trazida por Homero Batista Mateus da Silva:

Segundo o art. 71 do Regimento Interno, a Seção Especializada em Dissídios Individuais, em sua composição plena, reunir-se-á apenas para julgar “em caráter de urgência” e com preferência na pauta, os processos nos quais tenha sido estabelecida, na votação, divergência entre as Subseções 1 e 2 da Seção Especializada em Dissídios Individuais, quanto à aplicação de dispositivo de lei federal ou da Constituição da República.<sup>409</sup>

Em comparação, a Subseção em Dissídios Individuais 1 é formada por 14 ministros, podendo funcionar com pelo menos 8 ministros, já a composição plenária é formada por 21 ministros, podendo funcionar com pelo menos 11 ministros.

<sup>408</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 88.

<sup>409</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado* cit., p. 259.

A composição plenária do TST é formada pela totalidade dos ministros da cortes, como se lê no artigo 68 do RITST e nas lições de Amauri Mascaro Nascimento:

G TRIBUNAL PLENO – É formado pela totalidade dos ministros, aprecia matéria judiciária, como declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, aprovação, modificação ou revogação de enunciado de súmula da jurisprudência predominante, incidentes de uniformização da jurisprudência, processos em que se tenha caracterizado divergência das Subseções, [...].<sup>410</sup>

Dessa comparação, emerge a discussão acerca da competência para o julgamento dos recursos repetitivos. Em termos de solidez de debate o ideal seria remeter o processo ao Pleno do TST, contudo, em havendo decisão em sentido diverso, mantendo a competência na SDI, que se faça o julgamento pelo pleno da Seção e não pela Subseção.

Também a lei, em sentido estrito, e aqui cabe invocar a interpretação na sua origem mais remota, a gramatical, prevê expressamente a possibilidade de o julgamento ocorrer na Seção Especializada ou no Tribunal Pleno. Não há, na redação da lei, a expressão Subseção, sendo esta, claramente, uma subdivisão da Seção de Dissídios Individuais.

Não parece razoável, em termos de competência, a interpretação extensiva, método que leva em conta o resultado da interpretação, mas, sim, a declarativa. A lei foi bastante clara. O Regimento Interno, nesse sentido, ao subdividir a Seção e afirmar que poderá haver julgamento em composição plena ou dividida, separou as competências dos órgãos. A lei, artigo 896-C da CLT, deixou claro quais seriam os órgãos possíveis de serem designados como competentes, e não descreveu a Subseção, mas, sim, a Seção em Dissídios Individuais.

Para que não reste dúvida, o próprio Regimento Interno, em sua mais moderna redação, divide os dois órgãos quanto às competências respectivas, conforme artigo 78, que em seu inciso I fala em composição plenária e no inciso II trata da Subseção.

O próprio relator, Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, ressalta sua posição quanto à interpretação da lei, contudo, mantém a competência da Subseção. Ao fazê-lo cita

---

<sup>410</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica* cit., p. 60.

a redação do artigo de lei, contudo, o texto literal da norma, como visto anteriormente, não fala em Subseção, mas em Seção. Há diferença.

Assim, trata-se de uma mácula ao julgado, talvez a única, mas que leva a uma antiga discussão debatida neste trabalho, o solipsismo e o risco da prevalência de um olhar mais subjetivista individualista, em razão da participação de um número menor de ministros no processo de formação do precedente.

Assim, o ideal é que o TST reveja essa posição e passe a atribuir ao Pleno da própria corte a competência, contudo, em decidindo, nos termos da lei, pela Seção, que seja na sua formação plenária e não dividida.

## **7.2 Do mérito do julgado**

Uma vez compreendido o procedimento de formação do precedente, e ressalvada a discussão sobre a competência, percebe-se, claramente, a obediência à liturgia do rito previsto em lei, o que leva à conclusão de que a hermenêutica clássica, para a formação do precedente, foi respeitada.

Resta, agora, entender os métodos hermenêuticos concebidos no mérito da causa.

Logo após todo o trâmite supramencionado, e ainda seguindo o rito previsto no artigo 896-C, § 10, o processo foi incluído em pauta de julgamento, sendo que em 7 de novembro de 2016 foi publicado o despacho que incluía o processo em pauta, com data marcada para 21 de novembro de 2016.

Na data marcada os votos foram proferidos e a corte emitiu sua decisão sobre tema, o que será objeto de análise a partir deste ponto.

### *7.2.1 Hermenêutica clássica na formação do precedente*

A interpretação realizada no julgado diz respeito ao tema do divisor, o qual tem método de fixação descrito no artigo 64 da CLT, em conjunto com as normas coletivas da categoria dos bancários, em bancos públicos e privados, e a interpretação de suas cláusulas.

Uma das cláusulas apontadas como base para a compreensão do tema é a oitava da norma coletiva da FENABAM, ao tratar dos reflexos de horas extras e incluir o sábado nesta hipótese de incidência.

Acrescente-se ao debate, ainda, a dicção do artigo 224, *caput*, da CLT, além de seu § 2º, quanto aos limites de jornada para a categoria.

Invocaram, ainda, a norma interna da CEF, RH035, item 3.11.1, a qual fala em repouso semanal remunerado aos sábados, domingos e feriados. No mesmo sentido a Instrução Normativa 361 do Banco do Brasil, a falar em repouso semanal de 48 horas consecutivas, coincidente com sábados e domingos.

Os argumentos partiram da ideia de norma mais benéfica e princípio da proteção. Já nesses dois argumentos é possível perceber o uso da hermenêutica clássica, invocando a função interpretativa dos princípios.

Duas súmulas do TST foram incluídas no debate, a 113 e a 124, a segunda que reconhecia o divisor mais benéfico pois equiparava o sábado a repouso semanal remunerado e a primeira que descrevia o sábado como dia útil não trabalhado.

Outro argumento de muito relevo, trazido pelo Banco de Brasília, diz respeito à necessidade de a norma coletiva tratar expressamente do sábado como dia de repouso semanal remunerado, pretendendo uma interpretação restritiva das normas que fixam direito a reflexos nos sábados.

A questão, portanto, está na fixação como dia de repouso semanal remunerado ou não, para fins de alteração de divisor.

Uma ponderação importante parece ser necessária, que é a regra imposta pelo artigo 64 da CLT, qual seja, a fórmula para se encontrar o divisor de horas.

A proposta do artigo passa pela fixação da seguinte fórmula: dividir-se o número de horas máxima da semana, pelo número de dias trabalhados na semana e multiplicando esse resultado por 30. No que tange à jornada mais comum de todas, teríamos o quantitativo de 44 horas, dividido por 6 dias da semana, multiplicado por 30, teríamos a conta 7,33 multiplicado por 30, que daria uma dízima periódica de 219,9999, chegando, assim, ao divisor 220, sendo este o divisor clássico do artigo 7º, XIII, da CF.

No caso dos bancários, teríamos 30 horas por semana, dividido por 5 dias de trabalho, multiplicado por 30, assim, teríamos a conta 6 vezes 30, chegando ao divisor 180.



Compreendida a fórmula, inicia-se a discussão se as normas coletivas dos bancários, ao instituir o reflexo das horas extras no sábado, teriam transformado a natureza desse dia em descanso semanal remunerado ou não.

Aqui está o debate jurídico, o tema a ser pacificado e uniformizado por um precedente obrigatório.

O limite ao negociado também foi invocado, inclusive, como critério de boa-fé objetiva na formação do negócio jurídico.

Os argumentos foram trazidos pelos interessados e repetidos muitas vezes por estes, valendo, ainda, acrescentar a manifestação de dois especialistas em cálculos, representando os TRT's da 5ª e da 8ª Regiões, os quais sustentam que o modo de calcular o divisor não tem relação direta, nem influi no cálculo dos reflexos, um assunto não se confunde com outro.

Postos todos os argumentos o relator passou a deliberar sobre sua interpretação para o tema, passo a passo, como veremos a seguir:

1. Instauração do incidente e possibilidade de revisão da Súmula 124 – argumentou que o verbete em debate é uma súmula persuasiva, que possibilita decisões em sentido contrário. Agrega o argumento da EC 92, quanto ao fato de o TST ter sido incluído como corte suprema na CF. Adoção da teoria dos precedentes pela reforma da CLT e o CPC de 2015. Possibilidade de vinculação do julgado, criando precedente obrigatório, com vinculação vertical e horizontal. Diante da nova realidade e novas possibilidades admitiu ser viável a fixação da tese por meio do microsistema de precedentes obrigatórios.

2. Interpretação da questão jurídica afetada – iniciou trazendo ao debate a necessidade de manutenção de jurisprudência estável, íntegra e coerente, como descrito no artigo 926 do CPC. Afirmou a necessidade de igualdade e previsibilidade e pontuou as variáveis decorrentes do tema em exame: a) autonomia sindical; b) efeitos das cláusulas coletivas, sua real extensão; c) possível afetação do valor da hora normal de trabalho; d) procedimento para obter valor de hora para mensalista.

3. A possibilidade de cláusula coletiva ampliar o número de dias de repouso semanal remunerado. Limites da autonomia coletiva – analisando a gramática pura e simples das normas coletivas concluiu que embora a redação não seja idêntica, são muito próximas. Ponderou os argumentos das partes, em especial os dos representantes dos empregados que sustentam a inclusão do sábado como descanso semanal remunerado e a

dos representantes dos empregadores, os quais sustentam que a intenção era somente tratar dos reflexos. Por fim, o argumento quanto à possibilidade de ampliação de dias de repouso por norma coletiva. O relator pontuou a ausência de documento que comprovasse a efetiva intenção no momento da negociação, como a pauta de reivindicação, rechaçando, de plano, ofensa à boa-fé objetiva, *venire contra factum proprium* ou interpretação absurda do negócio jurídico. Trata, expressamente, da ideia de interpretação autêntica, ou seja, aquela decorrente dos próprios fatores da normas.

\* Chamo a atenção, já neste ponto, para duas passagens importantes no julgado, quanto à utilização da hermenêutica clássica, pois, foram ponderadas quanto ao texto, a interpretação gramatical e, quanto ao resultado, a interpretação autêntica. Tal movimento reforça a proposta desta tese, quanto à necessidade de utilização dos mecanismos clássicos da hermenêutica para a formação do precedente.

Ressaltou com bastante ênfase a aplicação de dois princípios constitucionais, sendo eles: a melhoria da condição social do trabalhador e a autonomia privada coletiva. Entrelaçando tais dogmas concluiu ser possível a alteração do número de dias de repouso semanal remunerado por meio de norma coletiva.

Resolvidas as primeiras premissas supradescritas, passou à análise do mérito das questões jurídicas postas:

3.1 – Natureza jurídica do sábado – Demonstrou qual era sua posição quanto ao tema, já exarada em outras decisões judiciais, o que refletia considerar o sábado como dia de descanso semanal remunerado.

Trouxe, também, a vertente do voto do revisor quanto ao tema, voto da lavra do Ministro João Oreste Dalazen, o qual, inclusive, foi elaborado em sentido oposto ao voto do Relator e que considerava que as normas coletivas somente haviam determinado a inclusão de reflexos de horas extraordinárias sobre o sábado, sem transformar sua natureza jurídica em descanso semanal remunerado.

O Ministro João Oreste Dalazen refutou qualquer possibilidade de aplicação de interpretação ampliativa ao preceito coletivo, sustentando exatamente o contrário, de que a interpretação do negócio jurídico deveria ser feita de modo restritivo.

\* Chamo a atenção, novamente, para o uso da hermenêutica clássica, mais uma vez quanto ao resultado da interpretação, extensiva ou restritiva.

O Ministro Revisor seguiu sustentando a ausência de boa-fé, pois considera não haver nas cláusulas coletivas a expressa mudança da natureza jurídica do sábado, o que seria o pressuposto básico para a pretensão dos representantes dos trabalhadores. Ressalta o longo período de existência de cláusulas coletivas sem qualquer pretensão acerca da mudança da natureza jurídica dos sábados. Afirmou datar as primeiras cláusulas de 1985 e a discussão ocorrer somente a partir de 2009. O silêncio anterior das representações dos trabalhadores representava a boa-fé sustentada pelo Ministro Revisor.

O Ministro Revisor seguiu afirmando não ter dúvidas quanto à natureza jurídica dos sábados, a partir da própria literalidade da cláusula coletiva, sustentando que esta fixa a expressão “dias úteis não trabalhados”, reiterando, assim, o reconhecimento de que o sábado não seria um dia de descanso semanal remunerado.

A fixação do sábado como dia útil não trabalhado foi descrita expressamente quanto a norma coletiva assim o quis, não havendo como refletir em outro sentido que não aquele literal da norma. São as considerações do Ministro Revisor.

\* Ressalto uma vez mais a utilização no julgado da técnica hermenêutica da interpretação gramatical e lógica.

Conclui afirmando que a consideração do Ministro Relator levaria a uma grande insegurança, pois, ao haver qualquer ausência do empregado no decorrer da semana, haveria também a mudança do divisor, pelo dia não trabalhado. Afirma que esta insegurança decorreria da interpretação extensiva emprestada ao dispositivo pelo Ministro Relator.

Sustenta a necessidade de utilização da interpretação restritiva, ligada diretamente ao contexto da norma em discussão. Destacou, ainda, que independentemente da natureza jurídica do sábado, a regra de divisor deveria seguir o disposto no artigo 64 da CLT, para fins de definição do preceito também aos bancários.

\* Aqui há, mais uma vez, grande preocupação com a utilização das técnicas clássicas da hermenêutica tradicional.

3.2 O debate acerca da influência do divisor na fixação da questão jurídica – Discutiu-se, também, como chegar ao valor da hora de trabalho e o papel que o divisor exerce neste caminho de cálculo aritmético.

O Ministro Relator passou, então, a analisar o aspecto histórico e evolutivo da jornada dos bancários à luz da evolução legislativa do tema. Ressaltou como evoluiu o enquadramento da jornada de trabalho, a proteção contra as mazelas do ambiente e o método de trabalho e a finalidade da fixação da jornada.

\* Ressalte-se, aqui, a utilização dos elementos da interpretação histórica e evolutiva, bem como da análise teleológica.

Em seguida, passou a analisar a evolução da jurisprudência do TST, afirmando a adoção da regra do artigo 64 da CLT para fixação do divisor dos bancários. Cita a construção da Súmula 113 do TST e de decisões de turmas, algumas reconhecendo que somente um dia da semana seria descanso semanal, outras emprestando o divisor 150 ao debate.

O Ministro Relator ainda cita a *mens legislatoris* quanto ao critério fixado pelo legislador, qual seja, da multiplicação da jornada por 30 dias. Traz uma breve explanação matemática do divisor, todas chegando ao resultado do divisor 180, o que afirma ter sido considerado por décadas pelo TST, inclusive refletido na redação original da Súmula 124 do TST, a qual fixava, expressamente, divisor 180.

O mesmo raciocínio foi descrito para o bancário de confiança, quanto à análise das Súmulas 267 e 343, respectivamente, para chegar ao divisor 220. O divisor aqui tratado decorreu da Constituição de 1988 e o novo limite de jornada semanal, que levou à conclusão de que o divisor 240, agora seria substituído pelo divisor 220, também trazendo fórmulas elucidativas da conclusão matemática do raciocínio jurídico.

Demonstrada a evolução da análise jurisprudencial, com a alteração promovida em 2012 pela Súmula 431, ao fixar o divisor 200 para os empregados em geral que trabalhavam 8 horas por dia de segunda a sexta, somando 40 horas semanais.

Aponta que neste particular o tribunal mudou a regra, deixando de aplicar o artigo 64 da CLT, pois, passou a dividir a jornada semanal pelo efetivo número de dias da semana, multiplicando o resultado por 30. Assim, 40 horas divididas por 6 dias, chegando a média de 6,66 horas em média, multiplicadas por 30, chegando ao divisor 200.

O Ministro Relator buscou demonstrar, com essa evolução, que o TST havia evoluído a forma de interpretar a regra de divisor, não mais pela regra estanque do artigo 64 da CLT, mas, por influência do artigo 7º, XIII, da CF, pela média de horas diárias, fruto da divisão das horas efetivas por dias de trabalho. Trouxe uma série de precedentes para

demonstrar a mudança de posição da corte. Demonstrou as fórmulas que foram adotadas como parâmetros para a nova fixação do divisor.

Ressaltou, também, que referida fórmula não seria aplicável aos bancários, por serem categoria especial, com regra própria.

\* Repare na utilização de critério hermenêutico que leva em conta a interpretação jurisprudencial, ao mesmo tempo em que trata da antinomia, quanto ao critério da especialidade.

Afirma que com a edição da Súmula 431 do TST, duas regras passaram a pautar a análise dos divisores: i) a primeira regra, a dos bancários, Súmula 124, regra do artigo 64 da CLT; ii) a segunda regra, para os empregados em geral, Súmula 431, regra da divisão das horas semanais pelos dias úteis da semana.

O Ministro Relator seguiu fazendo a análise da evolução temporal da jurisprudência, afirmando que em setembro de 2012 a súmula 124 passou a prever duas hipóteses, a primeira voltadas para as hipóteses de previsão expressa de negociação individual ou coletiva reconhecendo a natureza de descanso semanal ao sábado, a segunda para os casos gerais, sem essa previsão, na primeira hipótese os divisores seriam o 150 e o 200, na segunda eles seriam 180 e 220.

Há uma passagem, nesse momento da análise do Relator, quanto a ausência de motivos determinantes no verbete da súmula, o que exigiria a análise dos argumentos dos acórdãos que deram origem ao preceito.

\* Aqui vale ressaltar a mudança de preceito, o Ministro Relator fala em analisar a jurisprudência, e se utiliza de um método de interpretação distinto, a análise da *ratio decidendi*, ou seja, hermenêutica de precedentes e não a clássica.

E assim passa a analisar os fundamentos determinantes na construção da súmula sob análise, buscando demonstrar, justamente, que quando a norma coletiva era silente, a regra do artigo 64 da CLT deveria ser aplicada, contudo, quando houvesse previsão expressa, o divisor seria alcançado pela média semanal, dividindo-se a jornada da semana por 6 dias.

Passou, então, a enumerar item específico sobre a análise dos fundamentos determinantes da Súmula 124, no item 6.1 do voto.

Afirma que a partir da alteração da súmula 124 três teses passaram a ser aplicadas pelo TST: i) empregados com limite semanal normal, com trabalho em todos os dias; ii) empregados sujeitos à regra do artigo 7º, XIII da CF, mas, com limite semanal reduzido a 40 horas; iii) bancários regidos por normas coletivas que reconheciam o sábado como descanso semanal remunerado.

Concluiu dizendo que aos bancários, tratados pelas alíneas “a” a “b”, do inciso II da súmula 124, aplica-se a fórmula do artigo 64 da CLT. Apresenta as fórmulas aplicáveis a tais casos.

Para os casos em que exista norma individual ou coletiva considerando o sábado como descanso semanal remunerado, não haveria aplicação da fórmula acima, pois, não faria sentido o sábado adentrar no cálculo de dias trabalhados. Neste caso, portanto, sustenta que a divisão da carga semanal por 5 dias, pois no sábado não haveria trabalho. Assim seria a hipótese do inciso I da súmula 124.

Reconhece que a mutação da natureza jurídica do sábado, não traz como consequência automática a alteração do divisor, por falta de previsão expressa neste sentido. A questão não pode ser reduzida a uma operação matemática, antes, portanto, é uma questão jurídica.

Afirmou não ter havido alteração no números de dias de repouso da semana, nem o número de horas por semana. Rejeita, também, o argumento de alteração do número de semanas por mês.

Teceu considerações a respeito de possível alteração de valor de salário por hora, a partir da ideia de remunerar 150 ou 180 horas por semana, o que ofenderia princípio da irredutibilidade salarial.

\* Mais algumas vezes o Ministro passou pelos elementos hermenêuticos clássicos, como a utilização do princípio como elemento de interpretação, a evolução histórica da jurisprudência da corte e a especialidade da norma do bancário, em comparação aos empregados em geral.

Reconhece que somente na hipótese de previsão da jornada constitucional, de 44 horas por semana, haveria aplicação de fórmula diversa, qual seja, a da súmula 431 do TST. Para todas as demais hipóteses, portanto, seria aplicável a regra do artigo 64 da CLT.

A partir disso, e valendo-se de lições de especialista em cálculos, afirma que o sábado ser ou não dia de repouso semanal remunerado, efetivamente, em nada afeta o cálculo do divisor. São assuntos distintos, com tratamentos e consequências distintas.

Passados os argumentos acima, todos rejeitados pelo Ministro Relator para impactar ou não no cálculo do divisor, passou, então, tratar dos demais argumentos trazidos pelas entidades interessadas.

No item 8.1, por exemplo, rejeita o argumento de ofensa ao artigo quarto da Convenção 98 da OIT, pois, em verdade, afirma não haver consequências na intenção ao fixar a cláusula, mas, o efeito contrário.

E assim prosseguiu rechaçando cada um dos argumentos apresentados pelos interessados.

Afirmou, ainda, que a conversão do sábado em dia de descanso semanal remunerado depende de previsão expressa em norma, não decorrendo, simplesmente, da fixação de reflexos em horas extras. Ademais, ainda que se atribua, por norma expressa, referida natureza aos sábados, ainda assim não haveria influência no divisor das horas extras. Tais premissas servem tanto ao trabalhador sujeito a 30 horas semanais, como aos trabalhadores sujeitos a 40 horas semanais, pois têm as mesmas premissas fáticas. O mesmo pôde ser afirmado em relação aos bancos públicos, mesmas premissas, mesmos resultados.

A partir do item 9 do acórdão, o Ministro Relator passa, então, a apresentar as teses firmadas para o caso em debate. Assim, a partir de agora vale compreender os elementos que serão utilizados na compreensão para a aplicação do precedente.

Momentos distintos, para atividades hermenêuticas distintas e resultados interpretativos distintos. Uma operação é a de compreensão da formação do precedente, outra, completamente diversa, é a de compreensão de aplicação do precedente. Razões de decidir e razões para decidir, como já apontado anteriormente.

### *7.2.2 Hermenêutica própria para a aplicação do precedente*

O Ministro Relator iniciou a análise, justamente, utilizando-se de um elemento da hermenêutica de precedentes, o *overruling*, pois, considera superada a tese anterior da Corte, quanto a natureza jurídica do sábado e sua influência no cálculo do divisor de horas.

\* Resta nítida a distinção de operações hermenêuticas, em comparação com as passagens acima, em que se valia, claramente, dos elementos gerais da hermenêutica.

Passa, então, a aplicar a Resolução n. 235 de 2016 do CNJ, para fins de identificação do tema, questão jurídica, tese firmada.

Há, na afirmação do Ministro Relator, um outro ponto de extrema relevância, quanto ao cumprimento da resolução do CNJ, que é a distinção de identificação dos precedentes, em comparação à jurisprudência anteriormente produzida, sendo esta última meramente persuasiva, enquanto a primeira tem efeito vinculante. Tal afirmação, feita à página 89 do acórdão, último parágrafo da página, deixa clara a adoção pelo TST quanto a opção deste trabalho, de dividir a análise dos precedentes entre a jurisprudência persuasiva e a vinculante, antes e após as reformas legislativas apontadas anteriormente.

Assim foi que o tem em discussão foi identificado como: Tema Repetitivo n. 0002:. Bancário. Salário-Hora. Divisor. Forma de cálculo. Empregado mensalista.

Observe-se que há um número e a questão jurídica posta em análise. Contudo, diferentemente do que ocorre com as súmulas e orientações jurisprudenciais, será preciso compreender os motivos determinantes, não basta ler o verbete.

As teses firmadas são as seguintes:

- a) a autonomia sindical pode ampliar dias de repouso semanal remunerado;
- b) divisor se obtém a partir do número de horas remuneradas, divididas pelo salário do mês, trabalhadas ou não;
- c) divisor de bancário se define a partir da regra do artigo 64 da CLT, sendo, respectivamente, 180 e 220;
- d) sábado como repouso semanal remunerado, ou não, não altera divisor;
- e) o número de semanas no mês é de 4,2857, média entre 30 dias no mês e 7 dias na semana, não se aplicando cálculo sobre 5 semanas;
- f) para os casos de redução de jornada semanal, aplica-se a súmula 431 para fins de fixação de divisor, ou seja, das horas trabalhadas divididas por dias úteis, vezes 30;
- g) as normas dos bancários não fixaram o sábado como dia de repouso semanal remunerado.



Desses argumentos são extraídas a *ratio decidendi* dos temas tratados nesse precedente, todo o resto, embora tenha sido debatido, e por não comporem os fundamentos determinantes, são considerados *obiter dictum*, ou seja, foram debatidos de passagem, mas, não são parte integrante do conteúdo da *ratio decidendi*.

Todos os casos que forem próximos, mas, não exatamente idênticos aos debatidos neste precedente, serão objetos de *distinguishing*, ou seja, não podem ser decididos com base neste precedente, pois, não compõem a *ratio decidendi*.

Deixar de aplicar o precedente aos casos idênticos, ou aplicá-lo a casos diversos desafia o instituto da reclamação, de modo que a corte deverá anular a decisão determinando que se aplique ou afaste o precedente, conforme o caso.

Logo após a conclusão do julgado passou-se a analisar a modulação de efeitos, fruto da *overruling* da jurisprudência anterior. Referido movimento vem ao encontro da necessidade de segurança jurídica, pautada na previsibilidade do agir social, bem como elemento de garantia de confiança em uma jurisprudência coerente e estável.

O CPC, artigo 927, § 3º, e a CLT, artigo 896-C, § 17, prezam por referida modulação. O Ministro ponderou que, embora não se trate de jurisprudência anterior vinculante, pois as súmulas têm caráter persuasivo, a crença e a expectativa legítima também se mostram importantes num cenário em que as decisões do TST de fato geram um sentimento de segurança aos operadores do Direito e passam a pautar a conduta do cidadão comum, social e processualmente, disso decorre a necessidade de modulação mesmo tratando-se de jurisprudência persuasiva.

Trata-se de modular o tempo de validade das decisões, as questões já sedimentadas à luz da jurisprudência anterior e resguardar aqueles que agiram conforme a antiga decisão uniforme da Corte.

O Ministro Relator propunha modulação no sentido de aplicação do novo entendimento somente aos processos que não contivessem nenhuma decisão naquele momento, contudo, no julgamento, prevaleceu voto do Ministro Revisor, quanto a aplicabilidade a todos os processos existentes na Justiça do Trabalho, exceto aqueles que tenham decisão de mérito proferida pelo próprio TST, em Turma ou SBDI-1, no período de 27 de setembro de 2012 (data da alteração da súmula 124) até 21 de novembro de 2016 (data do julgamento do RRR), bem como às demais decisões de outras instâncias, que já

contem com trânsito em julgado, desde que silentes quanto ao divisor. Ainda, afirmaram não serem cabíveis ações rescisórias, nos termos da já sedimentada súmula 83 do TST.

Foram computados os votos, inclusive para fins de modulação, determinada a informação aos demais membros da Corte, bem como aos Tribunais Regionais do Trabalho, além de fixarem o caráter obrigatório e repetir os argumentos traçados para que constassem do dispositivo do acórdão.

### **7.3 Conclusão**

Diante de tudo quanto analisado anteriormente, resta nítida a divisão que se operou durante o processo de formação do precedente, sendo, em primeiro lugar, observadas as normas processuais no trâmite do julgado. Tal movimento denota total respeito ao rito fixado pelo legislador.

Em seguida, e como elemento de definição da melhor interpretação dos argumentos jurídicos trazidos ao debate, a utilização da hermenêutica clássica, em todos os seus aspectos, em amplo debate, com democrática participação da sociedade e instituições interessadas.

Por fim, a delimitação dos elementos que compõem o precedente e que permitirão a aplicação da decisão a partir dos critérios hermenêuticos típicos do regime de microsistema de precedentes.

A nova fonte formal direta, o precedente obrigatório, representada pela decisão do TST acerca do tema, passa a compor um modelo de agir social, vinculante, pois há obrigatoriedade de decisão no mesmo sentido, ao mesmo tempo em que torna equânime qualquer decisão, de qualquer processo, acerca do mesmo assunto. Trata-se, assim, da normatividade extralegal gerando nova fonte formal no Direito do Trabalho.

## CONCLUSÃO

1. Há um novo modelo de formação de normas trabalhistas, partindo de um centro de positivação extrassistemático, em que o Poder Judiciário é o protagonista na construção dessa fonte, o que este trabalho denomina de normatividade extralegal. Referida função foi delegada pelo Poder Legislativo, fruto das alterações legislativas recentes, tanto no processo comum, como no processo especial.

2. O modo de formação dessa fonte deve seguir um rito processual estabelecido pelo legislador, de modo a gerar confiabilidade no procedimento de formação do precedente.

3. Além da necessária observância do trâmite processual, o órgão formador da fonte extralegal precisa se pautar pela hermenêutica clássica na compreensão da discussão jurídica, atribuindo valor interpretativo a partir de critérios já sedimentados no mundo jurídico. Compreensão do texto, para formação do metatexto.

4. Necessidade da máxima democratização do debate, ou seja, participação da sociedade como um todo, pessoas e instituições que possam contribuir para o debate e para uma solução mais harmônica possível. Referido passo evita a armadilha do solipsismo, ou seja, de um olhar individual e próprio na formação do precedente, dando lugar a um olhar coletivo e social.

5. Espera-se que o TST, assim como os TRT's, sigam um modelo de interpretação literal da lei, assim entendida como a norma fruto da atividade legislativa, quanto a competência para a fixação dos precedentes. Na medida do interesse, atribua ao Pleno do TST a missão de julgar os recursos que lhe sejam submetidos. Não sendo o caso, que se faça julgamento pelo Pleno da SDI, evitando a atribuição desta competência à subseção, qual seja, a SBDI-1. Tal movimento amplia o debate, democratiza a decisão e torna mais confiável a solução.

6. Prevalência de formação na escola declarativa do Direito, ou seja, formação de precedente a partir de interpretação de leis, e somente em casos excepcionais a utilização da escola constitutiva do Direito, ou seja, a partir de um vácuo legal a atividade de preenchimento de lacunas e formação de precedentes.

7. Formação de precedentes a partir de caso-piloto, sendo excepcional a formação a partir do chamado caso-modelo, justificando a continuidade de formação de precedente mesmo após a desistência do recurso pela parte interessada.

8. A partir da formação do precedente, consideradas todas as hipóteses de recurso e revisão dos julgados, chegando ao efetivo trânsito em julgado, devem ser externados, de modo inequívoco os motivos determinantes da decisão prevalecente, concentrando a colheita de fatos de modo claro e objetivo, permitindo que se identifiquem com precisão não só a *ratio decidendi*, mas, também, a *obiter dictum* e se permita fazer o *distinguishing* dos casos próximos, mas, distintos. Some-se a isso o movimento de modulação de efeitos, sempre que necessário à segurança jurídica e à isonomia, para a manutenção da estabilidade e coerência da jurisprudência.

9. Aplicação de métodos de coleta e separação de fatos do precedente, de modo a possibilitar a identificação das razões da decisão, para poder aplicar as mesmas razões para decidir.

10. Preservação da vinculação vertical, mas, principalmente, da vinculação horizontal, evitando discordâncias internas, as quais poderiam minar referido microsistema de precedentes. Busca-se evitar a interpretação da interpretação, pois, o precedente já é metatexto, ou seja, a análise crítica do texto.

11. Possibilidade de aplicação de reclamação, para garantir a autoridade dos precedentes.

12. Natureza jurídica legislativa judicial aos precedentes, pois estabelece parâmetros gerais, abstratos e impessoais, a partir de um caso concreto e não de generalidades, formado a partir de um corpo judicial e não legislativo, por isso, a natureza legislativa extralegal.

13. Se todos os passos anteriores forem rigorosamente seguidos, temos a seguinte consequência na teoria das fontes no Direito do Trabalho, em sentido amplo:

Fontes formais diretas:

1. Constituição, leis em termos gerais;
2. Precedentes obrigatórios – jurisprudência vinculante;
3. Normas coletivas;

4. Regulamentos de empresa;
5. Contratos de Trabalho.

Fontes formais de integração:

1. Jurisprudência persuasiva;
2. Analogia;
3. Equidade;
4. Princípios próprios;
5. Princípios gerais;
6. Direito comparado;
7. Usos e costumes;
8. Direito comum.

### **NORMATIVIDADE EXTRALEGAL**

<b>Difere da lei, pois parte-se:</b>	<b>Difere da jurisprudência, pois:</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>– De um corpo judicial (cortes intermediárias e superiores);</li> <li>– De casos concretos (chamados de caso-piloto e caso modelo);</li> <li>– Do objetivo de gerar previsibilidade e isonomia;</li> <li>– De método processual previsto em lei;</li> <li>– De hermenêutica clássica;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Tem natureza legislativa judicial;</li> <li>– Compõe o rol das fontes formais diretas;</li> <li>– Caráter genérico, abstrato e impessoal;</li> <li>– Tem por objetivo efeito futuro;</li> <li>– Vinculação vertical e horizontal;</li> <li>– Hermenêutica própria de aplicação.</li> </ul>

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ABRANTES, Jose João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEMÃO, Ivan. Uniformização de jurisprudência e consequências na Justiça do Trabalho após a Lei 13.015/2014 e o Ato 491/2014 do TST. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 79, n. 3, mar. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ALMEIDA, Renato Rua. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa: estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 03, p. 336-345, mar. 2007.

ALMEIDA, Renato Rua. Professor Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Aula ministrada em 06 de setembro de 2013, no crédito para mestrandos em Direito sob o título: Efetividade dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANTUNES, Maria João; BRADÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia. *A reforma à luz da jurisprudência constitucional*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A integração das lacunas da lei e o novo Código Civil*. Separata de “O Direito”, ano 100 (1968).

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5. ed. London: John Murray, 1911. v. 2.

BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo. *O capitalismo humanista*. Petrópolis: KBR, 2011.

BARASSI, Ludovico. *Il contratto di lavoro*. Milano: Società Edi-trice Libreria, 1915.

BAUDRY-LACANTINIÈRE. *Précis de droit civil*. 9. ed. Paris, 1905. v. I.

BELMONTE, Alexandre Agra. Breves comentários ao novo sistema recursal trabalhista (Lei n. 13.015/2014). *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 79, n. 1, jan. 2015.

BENTHAM, Jeremy. *Truth versus Ashhurst; or law as it is, contrasted with what it is said to be*. The works of Jeremy Bentham. vol. 5, Edimburg: Willian Tait, 1843.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOGNETTI, Giovanni. *Federalismo*. Turino: Ed. Universitária, 2009.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. O ativismo judiciário negativo investigado em súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 74, mar. 2010.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista – Comentários à Lei 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1980. v. 1.

CALDERA RODRIGUES, Rafael. *Derecho del Trabajo*. Caracas: Editora Nacion, 1939.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRÍO, Genaro. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. v. 1.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

CASTRO MENDES, João. *Direito comparado*. Lisboa, s.c.p., 1982-1983.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. Disponível em: <https://www.scribd.com/document/290476099/Pierluigi-Chiassoni-Il-Precedente-Giudiziale-Nozioni-Interpretazione-Rilevanza-Pratica>. Acesso em: 3 ago. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral de processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *As alterações da Lei 13.256/16 ao novo CPC*. Site Migalhas. Acesso em: 23 abr. 2016.

CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979.

COSTA, Américo de Campos. Ainda sobre a inconstitucionalidade dos assentos. *Tribuna da Justiça* n. 2, 1990.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER, Fredie (Coord.). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAVID, René. *Traité élémentaire du droit civil comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1950.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.



DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DEVEALI, Mario L. *Lineamientos de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1948.

DICIOTI, Enrico. *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino: Giappichelli, 1999.

DIDIER JR., Fredie. Teoria geral do direito, teoria geral do processo, ciência do direito processual e direito processual: aproximações e distinções necessárias. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *Teoria geral de processo – passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 8. Salvador: JudPodivm, 2013. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei 13.015/2014. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 4, out.-dez. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUALDE, Joaquin. *Una revolución en la lógica del derecho*. Imprenta. Barcelona: Bosch, 1933.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedents*. New York: Cambridge University Press, 2008.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma; Athenaeum 1921. v. 1.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Argumentação jurídica*. 2. ed. Barueri: Manole, 2016.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulos: Atlas, 2016.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución de la antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Trotta, 2007.

IORE, Pasquale. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Estudio Critico y de Legislación Comparada. Madrid: Madrid, 1927.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – Parte Geral – volume I*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2. ed. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1932.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. *Direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOODHART, Arthur Lehman. *Determining the ratio decidendi of a case*. Essays in jurisprudence and the common law. Cambridge: University Press, 1931.

GUASTINI, Ricardo. *Se i giudici creino diritto*. Istituzioni e dinamiche del diritto. Milano: Giuffrè, 2009.

HAURIOU. *La théorie de l'institution et de la foundation*. Paris : Cahiers de la Nouvelle Journée, 1925.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

KNIFFEN, Margareth N. Overruling Supreme Court precedents; anticipatory action by United States Courts of Appeals. *51 Fordham Law Reviews*, 1982.

KOURY, Luiz Ronan Neves. Recurso de revista e embargos – nova configuração legal e a sua regulamentação pelo TST. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 79, n. 1, mar. 2015.

KRONMAN, Anthony. *Max Weber*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LAHR, C. *Manual de filosofia*. 2. ed. Porto, 1941.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Análise de uma recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Firmino Alves. A Lei n. 13.015/2014 como instrutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista. *Revista do TST*, Brasília, v. 80, n. 4, out.-dez. 2014.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. v. I.

MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?* *Judicial Review*, 1966.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

MAGANO, Octavio Bueno. *Primeiras lições de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?. *Rev. TST*, Brasília, v. 71, n. 3, p. 134-149, set.-dez. 2005.

MALLET, Estêvão. Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 79, n. 1, jan. 2015.

MARCATO, Antônio Carlos. Julgamentos de plano de causas repetitivas. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 12, p. 104-109, 2011.

MARCATO, Antônio Carlos. *O dever de fundamentação no novo Código de Processo Civil*. Palestra ministrada no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em 9 de agosto de 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de precedentes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athenas, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELES, Edilton. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais – O dever de contratar os direitos fundamentais. *Revista LTr*, v. 77, n. 2, fev. 2013.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONCADA, Cabral de. *Lições de direito civil, I*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1959.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural. Editor: Victor Civita, 1973. (*Coleção Os Pensadores*.)

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra Editora, Studia Iuridica, n. 78, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*. tradução espanhola da 2. ed. alemã. Pamplona, 1962. Editorial: Ediciones Coyoacán, México, 2011.

PACHECO, José da Silva. Reclamação. In: *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASQUEL, Roberto Molina. Ensayo sobre el metodo para la interpretación y reception de instituciones de Derecho estrangeiro. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, n. 12, set.-dez. 1951.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado, ciência autônoma. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 4, 1952.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERGOLESÌ, Ferruccio. *Trattato di diritto del lavoro*. 1948. v. I.

PIMENTA, José Roberto. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 82, p. 176-235, 2016.

PIERSON, Donald. *Teoria e pesquisa em sociologia*. São Paulo, 1968.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. Trad. das Atualizações: Edilson Alkmin Cunha. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização por Sérgio Bermundes, Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. V.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. espanhola por Luis Ricaséns Siches. Revista Editora de Derecho Privado, 1930.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1953. v. I, t. I.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paul: Saraiva, 1980.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1931.

RODIÈRE, René. *Introduction au droit comparé*. Paris: Dalloz, 1979.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

SARAIVA, José H. *Apostila Critica ao Projecto de Código Civil*. Lisboa, 1966.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Trad. para o português Hebe A. M. Caletti Marengo, adequação linguística Regina Célia de Carvalho Pascoal Lima. Campinas, SP: Edicamp, 2001.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid, Aguilar, 1978.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.

SCOFIELD, Robert G. *Goodhart's concession: defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century*, 2005.

SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970.

SILVA, Bruno Freire e. Alguns breves comentários sobre a Lei n. 13.015/2014 e as novidades inseridas na sistemática recursal trabalhista. *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 79, n. 1, jan. 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. Volume 8 – Justiça do Trabalho. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. v. I, parte I.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Proteção contra a dispensa arbitrária e a aplicação da Convenção 158 da OIT. *Revista do TRT da 15ª Região*, n. 25, p. 47-63, dez. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. Interpreting Precedents: a comparative study. London: Dartmouth, 1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991.

SUSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a ideia da sociologia econômica*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

TARELLO, Giovanni. *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1972.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 3. ed. São Paulo: Método, 2007.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho – I*. Processo de conhecimento – 1. São Paulo: LTr, 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho – III* – Processo de execução, processo cautelar e procedimentos especiais. São Paulo: LTr, 2009.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 9. ed. Pádua: Cedam, 1956.

TRUBECK, David M. *Max Weber on law and rise of capitalism*. Wisconsin Law Review, 1972.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional: evolução e modelo do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

VALENTIN, Carrion. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 35. ed. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Concepto, function y técnica de la jurisprudência*. Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires: La Ley, 2010. v. III.

VERNENGO, Roberto José. *La interpretación literal de la ley y sus problemas*. Buenos Aires, 1971.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMANI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Volume 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of adjudication and status of stare decisis*. Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987.

WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Trad. Antônio Manuel Hespanha – *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZANETI JR., Hermes. Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 421, p. 269-276, jan.-jun. 2015.

#### **Sites consultados:**

[http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab\\_L1\\_002.html#L002S3](http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_002.html#L002S3). Acesso em: 5 fev. 2018.

<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

<http://www.redebrasilatual.com.br/revistas/101/no-congresso-nacional-retrato-desfocado-da-sociedade-brasileira-2775.html>. Acesso em: 2 jun. 2018.


[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis). Acesso em: 2 jun. 2018.

<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/metatexto>. Acesso em: 17 jul. 2018.

<http://ejud2.trtsp.jus.br/wp-content/uploads/2012/10/Palestra-Antonio-Carlos-Marcato-Parte-1.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.




## Anexo I



TRIBUNAL SUPERIOR  
DO TRABALHO

Pesquisa Processual / Decisão TST / Início



**Decisão**

---

**Processo: IRR - 849-83.2013.5.03.0138**

**Decisão:** acolhendo a proposta de Incidente de Recurso de Revista Repetitivo aprovada pela Quarta Turma deste Tribunal, DECIDIU: I - por maioria, afetar à SbDI-1 Plena a matéria, "Bancário. Horas Extras. Divisor. Bancos Privados", constante dos presentes autos, devendo o processo, no âmbito deste Colegiado, ser distribuído por sorteio a um relator e a um revisor, na forma do artigo 896-C da CLT (redação dada pela Lei nº 13.015/2014). Vencidos os Exmos. Ministros Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Scheuermann, Cláudio Mascarenhas Brandão e Antonio José Barros Levenhagem, que entendiam que a matéria deveria ser afetada ao Tribunal Pleno; II - por unanimidade, determinar que no Processo nº RR- 144700-24.2013.5.13.3 seja registrada esta mesma deliberação, com a finalidade de que as matérias de ambos os recursos sejam apreciadas em conjunto. Obs.: A Subseção, examinando questão de ordem referente à apreciação das matérias constantes destes autos e do de nº RR- 144700-24.2013.5.13.3, DECIDIU, por maioria, que a apreciação deve ser em conjunto, vencidos os Exmos. Ministros João Oreste Dalazen, Aloysio Corrêa da Veiga, Guilherme Augusto Caputo Bastos, Márcio Eurico Vitral Amaro e Walmir Oliveira da Costa, que entendiam que o exame deveria ser em separado.

**Texto de caráter informativo. Não é um documento oficial do TST.**

## Anexo II



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO N° TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. N° TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003

Recorrente: **BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.**  
Advogado : Dr. Mozart Victor Russomano Neto  
Advogado : Dr. Fernando de Oliveira Santos  
Recorrido : **ROSÂNGELA ANTÔNIA DE OLIVEIRA GOMES**  
Advogado : Dr. Antônio Carlos Ivo Metzker

### D E S P A C H O

Vistos, etc.

Trata-se de recursos de revista afetados para apreciação desta Subseção com tramitação sob o rito dos recursos de revista repetitivos e amparo no artigo 896-C da CLT.

Em ambos os casos (processos que correm juntos), é discutida matéria idêntica, concernente à definição do divisor a ser utilizado para cálculo das horas extraordinárias, decorrente do fato de as normas coletivas aplicáveis aos empregados de bancos públicos e privados determinarem a inclusão dos sábados e feriados no cálculo do valor do repouso semanal remunerado.

Preliminarmente, determino o apensamento aos presentes autos daqueles de nº RR-144700-24.2013.5.13.0003, durante o processamento do incidente, considerando que a matéria a ser examinada em ambos possui contornos semelhantes, diferenciando-se pela peculiaridade de envolver bancos públicos e privados, assim como relacionar-se a normas coletivas distintas.

O tema, atualmente, encontra-se com interpretação sedimentada na Súmula nº 124, que transcrevo:

SUM-124 BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I – O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será:

150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do art. 224 da CLT;

b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.

Firmado por assinatura digital em 16/12/2015 pelo sistema AssinaJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

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



PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003

- II - Nas demais hipóteses, aplicar-se-á o divisor:
- a) 180, para os empregados submetidos à jornada de seis horas prevista no *caput* do art. 224 da CLT;
  - b) 220, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT..

Assim, com amparo nos artigos 896-C, § 5º, da CLT e 5º da Instrução Normativa nº 38/2015, caberá à SbDI-I uniformizar o entendimento desta Corte sobre a seguinte **questão jurídica**:

**BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. DIVISOR. A definição do sábado como dia de repouso semanal remunerado, por norma coletiva da categoria dos bancários, mesmo que apenas para fins de reflexos das horas extras habituais, acarreta alteração no divisor utilizado para cálculo das horas extraordinárias, nos termos da Súmula nº 124 deste Tribunal?**

Determino, outrossim, as seguintes providências:

- a) suspensão de todos os recursos de revista e de embargos em tramitação neste Tribunal que versem sobre o mesmo tema;
- b) expedição de ofício aos Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho para que, **no prazo de 15 (quinze) dias**, prestem as informações que julgarem cabíveis ao deslinde da questão jurídica e remetam até dois recursos que sejam efetivamente representativos da controvérsia, especialmente aqueles que contenham peculiaridades que ampliem o universo fático ou o alcance da decisão que vier a ser proferida;
- c) expedição de edital com prazo de 15 (quinze) dias, o qual deverá permanecer divulgado, durante o referido período, no sítio deste Tribunal na internet, para que os interessados se manifestem sobre o tema objeto da controvérsia, inclusive quanto ao seu interesse na admissão no feito como *amicus curiae*;
- d) envio de cópia desta decisão ao Exmº Sr. Ministro Presidente deste Tribunal, para os efeitos do quanto previsto no art. 6º da Instrução Normativa nº 38/2015;
- e) informem-se aos demais Ministros sobre a presente decisão de afetação;



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.3

PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003

f) recebidas as informações ou após o decurso do prazo acima, dê-se vista dos autos ao Ministério Público do Trabalho, pelo prazo de 15 (quinze) dias (artigo 896-C, § 9º, da CLT e artigo 5º, VI, da Instrução Normativa nº 38/2015).

Publique-se.

Brasília, 16 de dezembro de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

**CLÁUDIO BRANDÃO**  
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br> | Editor: set. occl@tst.jus.br | 001130827578CT

## Anexo III



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO N° TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. N° TST-RR-870-09.2014.5.03.0111  
C/J PROC. N° TST-RR-526-92.2014.5.03.0025  
C/J PROC. N° TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003

Recorrente: **BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.**  
Advogado : Dr. Mozart Victor Russomano Neto  
Advogado : Dr. Fernando de Oliveira Santos  
Recorrido : **ROSÂNGELA ANTÔNIA DE OLIVEIRA GOMES**  
Advogado : Dr. Antônio Carlos Ivo Metzker

### D E S P A C H O

Vistos, etc.

#### 1. *AMICUS CURIAE*

Em decorrência da concessão de prazo na forma prevista nos artigos 896-C, § 8º, da CLT e 5º, IV, da Instrução Normativa n. 38/2015 desta Corte, diversos interessados formularam pedido de ingresso no feito como *amicus curiae*, sejam entidades com atuação de âmbito nacional, estaduais, regionais ou locais, pessoas físicas que possuem processos com idêntica matéria em tramitação nos diversos TRTs ou nesta Corte e advogados que atuam em causas na qual há debate sobre o tema objeto deste incidente.

Tal figura jurídica - *amicus curiae* -, pouco utilizada no processo do trabalho, mas conhecida no âmbito da jurisdição civil, no dizer de Eduardo Talamini<sup>1</sup>,

[...] é terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução da causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes (nem mesmo limitada e subsidiariamente, como o assistente simples). Auxilia o órgão jurisdicional no sentido de que lhe traz mais elementos para decidir (daí o nome "amigo da corte").

Portanto, o seu papel é auxiliar os julgadores na obtenção do maior número de informações possíveis para a solução da controvérsia, no caso, relacionada à questão jurídica previamente definida, com vistas

<sup>1</sup> In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al. (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 439.

Firmado por assinatura digital em 24/02/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-870-09.2014.5.03.0111  
C/J PROC. Nº TST-RR-526-92.2014.5.03.0025  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003

à formação do precedente judicial.

A matéria a ela pertinente, como salientado na decisão de afetação, decorre de interpretação de cláusula contida em sucessivas normas coletivas afetas ao setor bancário, público e privado, mas de alcance nacional, o que deve nortear a definição da tese a ser fixada.

Diante das distintas características dos requerentes, imperativo se mostra definir critérios que possam orientar e fundamentar o exame da pretensão.

O primeiro deles diz respeito ao interesse, que necessariamente relaciona a atividade dos requerentes ao objeto da controvérsia, especialmente vinculada à origem da cláusula em debate. Trata-se da pertinência objetiva que os deve atrelar ao tema controvertido.

Por isso, não vejo como serem admitidos, como tais, advogados (individualmente ou por meio de sociedades) que atuem na defesa de clientes que possuam ações com pedidos vinculados àquele debatido no presente feito, nem autores de processos com tese semelhante, despidos que estão de representatividade objetivamente considerada. Como salientado, a função atribuída à figura do *amicus curiae* não corresponde nem se assemelha ao auxílio das partes para fazer prevalecer determinada tese, mas esclarecer à Corte. A contribuição que tais postulantes poderiam prestar se resume à discussão de teses jurídicas, as quais podem ser fornecidas pelas entidades que representam os interesses controvertidos e que elaboraram as normas ora analisadas.

O segundo ponto a ser observado diz respeito ao âmbito de atuação. Isso porque nasceu o debate da interpretação de cláusula contida em diversas normas coletivas, todas elas partindo de um tronco comum: a negociação no âmbito das categorias profissional e econômica havida no plano nacional, o que leva apontar para a permanência apenas de entidades com tal perfil.

É certo que podem existir peculiaridades regionais ou locais que justifiquem a manutenção nos autos de alguns "amigos da Corte" que não ostentem tal perfil, mas sem ocasionar a superposição de



PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-870-09.2014.5.03.0111  
C/J PROC. Nº TST-RR-526-92.2014.5.03.0025  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003

representações, a exemplo do que ocorre com federações e sindicatos.

Por esse motivo, admito possam existir interesses específicos dos bancos oficiais, independentemente da representação sindical, ligados ao acionista majoritário - o Estado.

Acrescento, todavia, de passagem, a existência de litígio entre a CONTEC e a CONTRAF, relativamente ao monopólio da representação sindical da categoria (RR-33740-81.2006.5.10.0018, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 11/12/2015), o que justifica a manutenção de ambas, tendo em vista a ausência de definição da controvérsia (recurso de embargos pendente de apreciação).

Como argumento final, esclareço que o ingresso de *amicus curiae* constitui **faculdade do Relator**. Não acarreta, por conseguinte, direito de qualquer interessado. A tanto se conclui pela expressão contida no § 8º do artigo 896-C da CLT - "O relator **poderá admitir** manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia" -, reproduzida no inciso IV do artigo 5º da IN nº 38 - "que **poderão ser admitidos** como *amici curiae*" -, o que revela ser **irrecorribil a decisão** que examina pedidos de ingresso, como fixado na jurisprudência firme do STF, representada pelo precedente abaixo:

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. *AMICUS CURIAE*. PEDIDO DE HABILITAÇÃO NÃO APRECIADO ANTES DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE NULIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NATUREZA INSTRUTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO DE *AMICUS CURIAE*. CUJA EVENTUAL DISPENSA NÃO ACARRETA PREJUÍZO AO POSTULANTE, NEM LHE DÁ DIREITO A RECURSO.

1. O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, consequentemente, um direito subjetivo processual do interessado. 2. A participação do *amicus curiae* em ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, natureza predominantemente instrutória, a ser deferida segundo juízo do Relator. A decisão que recusa pedido de









PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-870-09.2014.5.03.0111  
C/J PROC. Nº TST-RR-526-92.2014.5.03.0025  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003

Estabelecimentos Bancários no Estado de Sergipe (fls. 5101/5113); Sindicato dos Trabalhadores em Empresas do Ramo Financeiro do Grande ABC (fls. 5235/5256); Marli Aparecida Guiotto (fls. 7973/7977); Arquimedes Bassani (fls. 7979/7983).

De outro modo, **DEFIRO** o ingresso no feito como *amicus curiae* de Federação Nacional dos Bancos (fls. 1604/1605, 1712/1716 e 2017/2025); Federação dos Trabalhadores em Empresas de Crédito do Centro Norte – FETEC-CUT/CN (fls. 1646/1657, 3351/3373); BRB – Banco de Brasília S/A (fls. 1810/1824, 4619/4633); Federação dos Trabalhadores em Empresas de Crédito do Estado do Paraná – FETEC (fls. 1934/1945, 3485/3507); Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro de Minas Gerais – FETRAFI-MG/CUT (fls. 2002/2013, 3805/3827); Federação dos Trabalhadores e Trabalhadoras em Instituições Financeiras do Rio Grande Do Sul – FETRAFI-RS – CUT (fls. 2070/8082, 4094/4118); Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo (fls. 2135/215, 4273/4308); Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A (fls. 2366/2369); Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF (fls. 2481/2502, 2712/2733); Federação dos Trabalhadores das Empresas de Crédito de São Paulo – FETEC/CUT – SP (fls. 2883/2902, 2951/2970); Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito – CONTEC (fls. 4431/4456); Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro do Nordeste – FETRAFI/NE (fls. 4496/4506, 4589/4600).

Em consequência, **recebo as suas manifestações** e determino a **retificação da autuação** para que dela passem a constar em tal condição, assim como os advogados que os representam.

## 2. PROVIDÊNCIAS JUNTO AOS TRTs

Como salientado na certidão à peça sequencial nº 324, apenas sete Tribunais Regionais responderam ao ofício enviado pelo Exmo. Sr. Ministro Presidente desta Corte, no qual foram solicitadas informações a respeito do tema controvertido e, caso entendessem necessário, o envio de até dois recursos que representassem a controvérsia: **os TRTs das 2ª**,

Firmado por assinatura digital em 24/02/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.





PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-870-09.2014.5.03.0111  
C/J PROC. Nº TST-RR-526-92.2014.5.03.0025  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003

“As horas extras pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado (RSR) - sábados, domingos e feriados -, independentemente do - número de horas extra prestadas ou do dia da prestação, observada a regulamentação interna. A hora extra terá como base de cálculo o somatório de todas as verbas salariais.” (ACT 2009/2010 – cláusula terceira, parágrafo quarto – processo nº 526-92-2014-5-03-0025).

Assim, por nada acrescentarem ao presente debate, determino o desentranhamento e regular distribuição, com os devidos registros.

### 3. PROVIDÊNCIA FINAL

Após decurso do prazo fixado no item 2, retornem os autos conclusos.

Publique-se.

Brasília, 24 de fevereiro de 2016.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

**CLÁUDIO BRANDÃO**  
Ministro Relator

## Anexo IV



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Recorrente : BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.  
Advogado : Dr. Mozart Victor Russomano Neto  
Advogado : Dr. Fernando de Oliveira Santos  
Recorrido : ROSÂNGELA ANTÔNIA DE OLIVEIRA GOMES  
Advogado : Dr. Antônio Carlos Ivo Metzker  
Interessado: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS - FENABAN ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Estêvão Mallet  
Interessado: FEDERACAO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CREDITO DO CENTRO  
NORTE - FETEC-CUT/CN ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Eymard Loguércio  
Interessado: BRB ❖ BANCO DE BRASÍLIA S.A. ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Eduardo Vidal Xavier  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CRÉDITO DO ESTADO  
DO PARANÁ - FETEC/PR ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Eymard Loguércio  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO DE MINAS  
GERAIS ❖ FETRAFI-MG/CUT ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Eymard Loguércio  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS EM INSTITUIÇÕES  
FINANCEIRAS DO RIO GRANDE DO SUL - FETRAFI - RS/CUT ❖  
❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Eymard Loguércio  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO DOS ESTADOS  
DO RIO DE JANEIRO E ESPÍRITO SANTO- FETRAF-RJ/ES ❖ ❖ AMICUS  
CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Raquel Caldas Nunes  
Interessado: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Alberto Couto Maciel  
Interessado: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO RAMO FINANCEIRO  
- CONTRAF ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Ericson Crivelli  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CRÉDITO DE SÃO  
PAULO - FETEC ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Ericson Crivelli  
Interessado: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE  
CRÉDITO - CONTEC ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Ricardo Quintas Carneiro  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO DO NORDESTE  
❖ FETRAFI/NE ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Eymard Loguércio  
Interessado: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BENEFICIÁRIOS DOS PLANOS DE  
REGULAMENTO BÁSICO E REGULAMENTO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS  
- ANBERR - "AMICUS CURIAE"

Firmado por assinatura digital em 12/05/2016 pelo sistema Assinejus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Advogada : Dra. Milena Pinheiro Martins

#### D E S P A C H O

Vistos, etc.

Em cumprimento do quanto determinado no despacho à peça sequencial nº 390, os ilustres advogados **Livio Enescu e José Affonso Dallegrave Neto**, representantes, respectivamente, da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo (AATSP) e da Academia Paranaense de Estudos Jurídicos (APEJ), apresentam razões que, segundo afirmam, amparariam o pedido de participação na audiência pública.

Ambos centram seus fundamentos na contribuição que poderia ser apresentada no campo da interpretação jurídica das normas nas quais a questão controvertida é baseada, na atuação na defesa de direitos de bancários e, no caso da primeira entidade, em ações e medidas voltadas para a proteção de direitos e interesses dos advogados.

Contudo, em que pese a relevância das considerações que poderiam ser feitas por ambos, entendo que não se faz presente a pertinência do objeto de atuação das aludidas instituições e a questão jurídica controvertida, a qual decorre, fundamentalmente, **da análise dos fundamentos fáticos** que orientaram a elaboração das cláusulas que introduziram o direito ao cômputo do sábado como dia de repouso remunerado para os bancários e dos efeitos que produzem em torno do divisor a ser adotado, para o cálculo das horas extraordinárias.

Por isso mesmo, apenas foram deferidos pedidos de representantes de entidades de trabalhadores e empregadores, relacionadas ao setor bancário e, ao revés, foram rejeitados todos aqueles formulados por advogados, com atuação singular ou por meio de escritórios, sem vinculação a qualquer delas, exceção apenas a servidores de dois Tribunais Regionais que trabalham em atividades de cálculos, auxiliares do Juízo, portanto.

Vejo, contudo, que o advogado José Affonso Dallegrave Neto

Firmado por assinatura digital em 12/05/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

indica ser integrante de banca de advocacia credenciada da Associação Nacional dos Beneficiários REG e REPLAN (ANBEER), conforme contrato que anexa. Tal entidade se encontra representada na audiência por outro profissional, Dr. Paulo Roberto Lemgruber Ebert, com inscrição já deferida. Nada impede, por conseguinte, como ocorreu nas demais situações em que há mais de um representante por entidade, que ambos dividam o tempo de exposição da forma como julgarem mais adequada, observado o limite anteriormente fixado (15 minutos) para o total da exposição, desde que haja autorização expressa da mencionada entidade.

Assim, em virtude dessa última condição, defiro a inscrição do advogado José Affonso Dallegrave Neto, para integrar o painel nº 5, juntamente com o profissional já mencionado, desde que comprove, no prazo improrrogável de 24 horas, a autorização acima, observando-se as demais regras de participação, previamente definidas. Caso S. Exª deseje utilizar e recurso audiovisual para sua apresentação, deverá encaminhar, pelo meio eletrônico já fixado no despacho anterior (divisorbancario@tst.jus.br), no mesmo prazo mencionado.

Quanto aos ilustres advogados Dr. Augusto Sérgio Vasconcelos de Oliveira e Dr. Alexandre Morais Cantero, considerando que não cumpriram a determinação prevista no despacho anterior, quanto à necessária comprovação de que representam, respectivamente, o Sindicato dos Bancários da Bahia e o Sindicato dos Bancários de Campo Grande/MS, fica excluída sua participação, como expositores, na referida audiência.

Tendo em vista o quanto acima decidido, a programação final da audiência passa a ser a seguinte:

### AUDIÊNCIA PÚBLICA BANCÁRIOS – HORAS EXTRAS – DIVISOR

DATA: 16/05/2016

LOCAL: Sala de Sessões Ministro Orlando Teixeira da Costa - 6º andar - Bloco B

#### PROGRAMAÇÃO FINAL

8 horas – Credenciamento dos expositores e ouvintes

9 horas – Abertura da audiência pelo Exmo. Sr. Ministro Cláudio Brandão (Relator) e pronunciamento do Exmo. Sr. Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Presidente do Tribunal Superior do Trabalho)

Firmado por assinatura digital em 12/05/2016 pelo sistema Assine@us da Justiça do Trabalho, conforme ME 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

9h10 – 1º Pannel de exposições, sob a Presidência do Exmo. Sr. Ministro João Oreste Dalazen		
	NOME	ENTIDADE
1	Ricardo Quintas Carneiro	Confederação Nacional dos Trabalhadores das Empresas de Crédito - CONTEC
2	Estêvão Mallet	Federação Nacional dos Bancos – FENABAN
3	Renata Silveira Veiga Cabral	FETEC-CUT/SP e CONTRAF/CUT
4	Magnus Ribas Apostólico	Confederação Nacional do Sistema Financeiro

10h20 – 2º Pannel de exposições, sob a Presidência do Exmo. Sr. Ministro Augusto César Leite de Carvalho		
	NOME	ENTIDADE
1	José Simpliciano Fontes Fernandes,	Sindicato dos Bancários de Sergipe
2	Valder Luiz Palombo Alberto	Sindicato dos Bancos dos Estados de SP, PR, MT, MS, AC, AM, PA, AP, RO e RR
3	Marcio Monteiro da Cunha e Maria da Consolação Vegi da Conceição	Sindicato dos Trabalhadores em Empresas do Ramo Financeiro do Grande ABC - Sindicato dos Bancários ABC
4	Ricardo Magaldi Messetti	Confederação Nacional das Instituições Financeiras

11h20 – 3º Pannel de exposições, sob a Presidência do Exmo. Sr. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro		
	NOME	ENTIDADE
1	Carlos Alberto Paes Marques de Oliveira	Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
2	Igor de Oliveira Zwickler	Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região
3	Eduardo Henrique Marques Soares	FENAE / PETEC PARANA / FETRAFI NORDESTE

14 horas – 4º Pannel de exposições, sob a Presidência do Exmo. Sr. Ministro Hugo Carlos Scheuermann		
	NOME	ENTIDADE
1	Mozart Victor Russomano Neto	Banco Santander S.A.
2	Eduardo Araújo de Souza	Sindicato dos Bancários de Brasília
3	Gryecos Attom Valente Loureiro	Caixa Econômica Federal

14h45 – 5º Pannel de exposições, sob a Presidência do Exmo. Sr. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte		
	NOME	ENTIDADE
1	Paulo Roberto Lemgruber Ebert	Associação Nacional dos Beneficiários REG e Replan - ANBERR -
2	Nilo Jamardo da Cunha Beiro	Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro de Minas Gerais
3	Paulo Roberto Alves da Silva	FETEC CENTRO NORTE / FETRAFI RS / FETRAFI MG

Publique-se.

Brasília, 12 de maio de 2016.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

**CLÁUDIO BRANDÃO**  
Ministro Relator



## Anexo V



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Recorrente : BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.  
Advogado : Dr. Mozart Victor Russomano Neto  
Advogado : Dr. Fernando de Oliveira Santos  
Recorrido : ROSÂNGELA ANTÔNIA DE OLIVEIRA GOMES  
Advogado : Dr. Antônio Carlos Ivo Metzker  
Interessado: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS - FENABAN ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Estêvão Mallet  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CREDITO DO CENTRO  
NORTE - FETEC-CUT/CN ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Eymard Loguércio  
Interessado: BRB ❖ BANCO DE BRASÍLIA S.A. ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Eduardo Vidal Xavier  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CRÉDITO DO ESTADO  
DO PARANÁ - FETEC/PR ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Eymard Loguércio  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO DE MINAS  
GERAIS ❖ FETRAFI-MG/CUT ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Eymard Loguércio  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS EM INSTITUIÇÕES  
FINANCEIRAS DO RIO GRANDE DO SUL - FETRAFI - RS/CUT ❖  
❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Eymard Loguércio  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO DOS ESTADOS  
DO RIO DE JANEIRO E ESPÍRITO SANTO- FETRAF-RJ/ES ❖ ❖ AMICUS  
CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Raquel Caldas Nunes  
Interessado: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Alberto Couto Maciel  
Interessado: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO RAMO FINANCEIRO  
- CONTRAF ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Ericson Crivelli  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CRÉDITO DE SÃO  
PAULO - FETEC ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Ericson Crivelli  
Interessado: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE  
CRÉDITO - CONTEC ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. Ricardo Quintas Carneiro  
Interessado: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO DO NORDESTE  
❖ FETRAFI/NE ❖ ❖ AMICUS CURIAE ❖  
Advogado : Dr. José Eymard Loguércio  
Interessado: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BENEFICIÁRIOS DOS PLANOS DE  
REGULAMENTO BÁSICO E REGULAMENTO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS  
- ANBERR - "AMICUS CURIAE"

Firmado por assinatura digital em 24/05/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP  
2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.





PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Advogada : Dra. Milena Pinheiro Martins

### DESPACHO

Vistos, etc.

#### 1. AUDIÊNCIA PÚBLICA

Realizada a audiência pública, conforme ata à peça sequencial nº 401, com as notas taquigráficas e memoriais entregues na oportunidade, já anexados, determino a juntada dos arquivos utilizados nas apresentações.

Ainda em relação às exposições, cumpre registrar que:

a) indeferida a participação do Sr. Augusto Sérgio Vasconcelos de Oliveira, nos termos do despacho de sequencial nº 392, foi requerida a reconsideração, ao fundamento de que a documentação teria sido enviada regular e tempestivamente. Todavia, em consulta ao setor de informática, responsável pelo gerenciamento da mencionada conta de e-mail, foi confirmado que a referida mensagem não foi recebida pelos servidores desta Corte. Por essa razão, foi mantido o indeferimento;

b) o advogado Dr. José Affonso Dallegrave Neto apresentou nos autos autorização expressa da Associação Nacional dos Beneficiários REG e REPLAN (ANBEER) para falar em nome seu nome (seq. 394), motivo pelo qual foi deferida sua participação como expositor, dividindo o tempo destinado à entidade com o outro patrono anteriormente credenciado, Dr. Paulo Roberto Lemgruber;

c) quanto ao Dr. Paulo Roberto Alves da Silva, não foi autorizada a utilização de arquivo digital na exposição, porque enviado fora do prazo previsto no despacho à seq. 390;

d) todos os expositores participantes da audiência atenderam tempestivamente as exigências legais referentes à comprovação da representação das respectivas entidades.

#### 2. OFÍCIO DO TRIBUNAL REGIONAL DA 15ª REGIÃO

Firmado por assinatura digital em 24/05/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



**PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138**  
**C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003**  
**C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001**

Localizado o Ofício tempestivamente remetido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que, por equívoco do gabinete da Presidência desta Corte, não foi remetido a este Relator, cumpre aqui estender ao mencionado Tribunal as escusas já manifestadas no despacho à seq. 376.

Oficie-se ao Tribunal.

### 3. PROCESSOS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA

Considerando o teor da certidão à peça sequencial nº 403, determino:

a) sejam desafetados os processos **RR-26100-91.2012.5.16.0004**, **RR-661-35.2014.5.05.0612**, **RR-155-42.2013.5.09.0011**, em virtude de não acrescentarem nenhum elemento específico, ou diferente, à questão jurídica controvertida, não obstante ter sido este último anteriormente suspenso. Todos deverão ser regularmente distribuídos e submetidos ao exame dos respectivos Relatores, quanto à necessidade de suspensão da tramitação;

b) seja apensado o **RR-82111-07.2014.5.22.0004**, em razão de a decisão regional partir da premissa peculiar de que a caracterização do sábado como dia de repouso do bancário decorre do disposto no artigo 224 da CLT e não da norma coletiva;

c) quanto ao **RR-24216-77.2013.5.24.0001**, já apensado ao presente incidente, permanecerá suspensa a sua tramitação, nos termos da decisão de afetação já proferida;

d) em que pese haverem sido a mim remetidos, em cumprimento à solicitação formulada pelo Exmº. Sr. Ministro Presidente deste Tribunal, os processos originários do TRT da 15ª Região (**RR-487-16.2013.5.15.0084** e **RR-10478-65.2014.5.15.0024**) obtiveram regular distribuição, em virtude do equívoco já mencionado. Por tal razão, e porque também não representam acréscimo significativo à controvérsia, não serão apensados ao presente feito e seguirão a sua regular tramitação.

Considerando a necessidade de ser concluída a fase instrutória

Firmado por assinatura digital em 24/05/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.trt15a.jus.br/validador> (091208A7094456/16)



PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

do presente incidente, inclusive quanto à definição da extensão da controvérsia a ser solucionada, esclareço que **todos os demais processos mencionados nos ofícios dos Tribunais Regionais e não localizados até a data em que lavrada a citada certidão estão automaticamente excluídos**, de modo que não serão considerados, nem mesmo analisados, no âmbito deste incidente. Assim, caso sejam posteriormente encontrados, a eles deverá ser dado o andamento ordinário previsto no regimento interno desta Corte.

#### 4. REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Depois de concluídas as providências acima determinadas, encaminhem-se os autos ao Ministério Público do Trabalho, para emissão de parecer, no prazo legal de 15 dias.

Publique-se.

Brasília, 24 de maio de 2016.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

**CLÁUDIO BRANDÃO**  
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço: http://www.tst.jus.br/visualizar.php?cod=1001083094458/44

## Anexo VI



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

A C Ó R D ã O  
SDI-1  
CMB/fsp/cmb

INCIDENTE DE JULGAMENTO DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS. RECURSOS DE REVISTA REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA. TEMA REPETITIVO Nº 0002 - BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR. FORMA DE CÁLCULO. EMPREGADO MENSALISTA. FIXAÇÃO DAS TESES JURÍDICAS, DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA - ARTIGOS 896-C da CLT e 926, § 2º, e 927 do CPC.

1. O número de dias de repouso semanal remunerado pode ser ampliado por convenção ou acordo coletivo de trabalho, como decorrência do exercício da autonomia sindical.
2. O divisor corresponde ao número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não.
3. O divisor aplicável para cálculo das horas extras do bancário, inclusive para os submetidos à jornada de oito horas, é definido com base na regra geral prevista no artigo 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, para as jornadas normais de seis e oito horas, respectivamente.
4. A inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado, no caso do bancário, não altera o divisor, em virtude de não haver redução do número de horas semanais, trabalhadas e de repouso.
5. O número de semanas do mês é 4,2857, resultante da divisão de 30 (dias do mês) por 7 (dias da semana), não sendo válida, para efeito de definição do divisor, a multiplicação da duração semanal por 5.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

6. Em caso de redução da duração semanal do trabalho, o divisor é obtido na forma prevista na Súmula n. 431 (multiplicação por 30 do resultado da divisão do número de horas trabalhadas por semana pelos dias úteis);

7. As normas coletivas dos bancários não atribuíram aos sábados a natureza jurídica de repouso semanal remunerado.

#### MODULAÇÃO DE EFEITOS.

Para fins de observância obrigatória das teses afirmadas neste incidente (artigos 927, IV, e 489, § 1º, VI, do CPC, 896-C, § 11, da CLT e 15, I, "a", da Instrução Normativa n. 39 deste Tribunal), a nova orientação será aplicada: a) a todos os processos em curso na Justiça do Trabalho, à exceção apenas daqueles nos quais tenha sido proferida decisão de mérito sobre o tema, emanada de Turma do TST ou da SBDI-1, no período de 27/09/2012 (DEJT em que se publicou a nova redação da Súmula 124, I, do TST) até 21/11/2016 (data de julgamento do presente IRR); b) às sentenças condenatórias de pagamento de hora extra de bancário, transitadas em julgado, ainda em fase de liquidação, desde que silentes quanto ao divisor para o cálculo. Definidos esses parâmetros, para o mesmo efeito e com amparo na orientação traçada pela Súmula n. 83 deste Tribunal, as novas teses não servirão de fundamento para a procedência de pedidos formulados em ações rescisórias.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Recursos de Revistas Repetitivos nº **TST-RR-849-83.2013.5.03.0138**, em que é Recorrente **BANCO SANTANDER**

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento é uma reprodução fiel do original. Qualquer alteração ou modificação no texto original é considerada ilegal. O código de verificação é 000353a2b4f8a0f0f0.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls. 3

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

(BRASIL) S.A., Recorrida ROSÂNGELA ANTÔNIA DE OLIVEIRA GOMES e Interessados FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS - FENABAN (AMICUS CURIAE), FEDERACAO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CREDITO DO CENTRO NORTE - FETEC-CUT/CN (AMICUS CURIAE), BRB - BANCO DE BRASÍLIA S.A. (AMICUS CURIAE), FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CRÉDITO DO ESTADO DO PARANÁ - FETEC/PR (AMICUS CURIAE), FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO DE MINAS GERAIS - FETRAFI-MG/CUT (AMICUS CURIAE), FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DO RIO GRANDE DO SUL - FETRAFI - RS/CUT (AMICUS CURIAE), FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO DOS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO E ESPÍRITO SANTO- FETRAF-RJ/ES (AMICUS CURIAE), BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (AMICUS CURIAE), CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF (AMICUS CURIAE), FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CRÉDITO DE SÃO PAULO - FETEC (AMICUS CURIAE), CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE CRÉDITO - CONTEC (AMICUS CURIAE), FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO DO NORDESTE - FETRAFI/NE (AMICUS CURIAE) e ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BENEFICIÁRIOS DOS PLANOS DE REGULAMENTO BÁSICO E REGULAMENTO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS - ANBERR - (AMICUS CURIAE).

Trata-se de recurso de revista interposto pelo BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. na ação proposta por ROSÂNGELA ANTÔNIA DE OLIVEIRA GOMES, no qual se discute, dentre outros temas, o divisor a ser utilizado para o cálculo das horas extras do empregado bancário (fls. 656/670).

Distribuído originariamente ao Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, foi suscitado e acolhido, no âmbito da 4ª Turma desta Corte, incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos (IRRR), nos termos dos artigos 896-B e 896-C da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.015/2014 (fls. 732/736).

Admitido o incidente pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais e adotado o mesmo procedimento em relação ao

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

RR-144700-24.2013.5.13.0003, posteriormente apensado a estes autos, houve a distribuição, por sorteio, a este Relator (fls. 738/741 e 754).

Seguiram-se diversos pedidos de ingresso na lide, na qualidade de *amicus curie*, os quais, devidamente apreciados, foram deferidos ou indeferidos conforme despachos às fls. 5565/5571, 5605/5606, 6195 e 6888.

As **FEDERAÇÕES DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CRÉDITO (FETEC) DO CENTRO NORTE, PARANÁ, MINAS GERAIS E RIO GRANDE DO SUL e as FEDERAÇÕES DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO DOS ESTADOS DO RIO DE JANEIRO, ESPÍRITO SANTO e NORDESTE**, nas petições juntadas às fls. 1648/1659, 1936/1947, 2004/2015, 2072/2084, 2137/2154 e 4497/4508, de conteúdos essencialmente idênticos, argumentam que a lei, ao prever que o trabalho semanal do bancário será cumprido de segunda a sexta, estabeleceu o sábado e o domingo como dias de repouso semanal remunerado, o que, conseqüentemente, repercute na fixação do divisor das horas extras. Afirmam que as normas coletivas firmadas pela FENABAN também consagram essa tese, ao preverem que:

**“CLÁUSULA 8ª ADICIONAL DE HORAS EXTRAS.** As horas extraordinárias serão pagas com o adicional de 50% (cinquenta por cento).  
*Parágrafo Primeiro* Quando prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao **repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados.**” (fl. 1651)

Acrescentam que a Súmula nº 124 desta Corte seguiu no mesmo sentido e que, não obstante a clareza do panorama normativo, os bancos continuam se recusando a utilizar o divisor correto, que seria 150, para os empregados que cumprem jornada de 6 horas, e 180, para os que laboram 8 horas:

“O bancário enquadrado no *caput* do artigo 224 da CLT tem carga horária de 6 horas diárias e 30 horas semanais, apuradas em 05 dias da semana. Sendo cinco o número de dias trabalhados na semana (sábado = RSR), multiplicados por 6 horas diárias, chega-se a 30 horas semanais que,











PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Ainda em defesa da interpretação restrita da norma coletiva, acrescenta:

“Além disso, impõe-se dizer que alguns Juizes somente em função dessa ‘equiparação’ determinaram a utilização do divisor 150/200, sem contudo, considerar que o BRB paga os reflexos de horas extras quando exercidas com habitualidade em diversas hipóteses de interrupções do contrato de trabalho, sem considerá-las dias de repouso semanal remunerado ou dias efetivamente trabalhados.

PARÁGRAFO SEXTO - O BANCO assegurara o pagamento de horas extraordinárias aos empregados detentores de habitualidade na prestação de Jornada suplementar por ocasião das seguintes licenças nos moldes em que previstas no Regulamento de Pessoal

- 1 Licença para prestar assistência a pessoa enferma da família
- 2 Licença saúde a cargo do Banco
- 3 Licença saúde previdenciária
- 4 Licença saúde compulsória
- 5 Licença saúde por acidente do trabalho
- 6 Licença maternidade
- 7 Licença para exercício de mandato de Diretor de entidades sindicais

PARÁGRAFO SÉTIMO - O BANCO assegurará, também o pagamento de horas extraordinárias aos empregados detentores de habitualidade na prestação de Jornada suplementar nas seguintes ausências abonadas de que trata o Regulamento de Pessoal

- 1 Luto
- 2 Casamento
- 3 Licença paternidade
- 4 Participação no Tribunal do Júri
- 5 Comparecimento a Juízo como Parte ou Testemunha
- 6 Requisição da Justiça Elcitoral
- 7 Doação de Sangue
- 8 Atividade Sindical
- 9 Apresentação Militar
- 10 Realização de provas de exame vestibular
- 11 Voto
- 12 Abono assiduidade



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

13 Folga destinada a compensar eventual prestação de serviço em dia não útil realizada por convocação da chefia da unidade administrativa.

Percebe-se que o benefício conquistado por meio da negociação coletiva não se trata do reconhecimento do sábado como dia de repouso semanal remunerado, mas sim o pagamento de reflexos de horas extras quando essas forem prestadas habitualmente durante toda a semana." (fls.1816/1818)

Por fim, com esteio no Princípio da Eventualidade, na hipótese de se fixar a aplicação dos divisores 150 e 200, requer a modulação dos efeitos da decisão, para que atinja apenas situações futuras.

◊ **BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - BANRISUL**, na petição de fls. 2368/2371, afirma que "a previsão, em norma coletiva, de que as horas extras laboradas durante toda a semana devem refletir no repouso semanal remunerado, NÃO acarreta alteração no divisor de horas extras". Reforça o argumento de que, com tal previsão, não se pretendeu caracterizar o sábado como dia de repouso semanal remunerado. Acrescenta que, quando as partes assim acordaram, fizeram constar expressamente, como no caso da cláusula 23, que transcreve:

#### "CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCEIRA AUSÊNCIAS LEGAIS

Ficam ampliadas as ausências legais previstas nos incisos I, II, III e IV do artigo 473 da CLT, e acrescidas outras, respeitadas os critérios mais vantajosos, nos seguintes termos I - 4 (quatro) dias úteis consecutivos, em caso de falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, comprovadamente, viva sob sua dependência econômica; II - 5 (cinco) dias úteis consecutivos, em virtude de casamento; III - 5 (cinco) dias consecutivos, ao pai, garantido o mínimo de 3 (três) dias úteis, no decorrer da primeira semana de vida do filho; IV - 1 (um) dia para doação de sangue, comprovada; V - 1 (um) dia para internação hospitalar, por motivo de doença de cônjuge, filho, pai ou mãe; VI - 2 (dois) dias por ano para levar filho ou dependente menor de 14 (catorze) anos ao médico, mediante comprovação, em até 48 (quarenta e oito) horas, após; VII - nos termos da Lei nº 9.853, de 27.10.99 (DOU 28.10.99), quando o empregado tiver que comparecer a juízo.

#### PARÁGRAFO PRIMEIRO

Para efeito desta cláusula sábado não será considerado dia útil.





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

labor em sobrejornada durante toda a semana, "o sábado seria ou não descanso semanal remunerado conforme a frequência de prestação de horas extras, o que não parece fazer nenhum sentido, tanto mais diante da regra dos arts. 64 e 224 da CLT", de modo que, "ao longo do mesmo mês, o sábado poderia ter a natureza de descanso remunerado em uma semana e não em outra"; se o sábado fosse considerado dia de repouso semanal remunerado, a falta injustificada do empregado, durante a semana, levaria ao desconto também desse dia, procedimento que nunca fora adotado pelos bancos.

Sucessivamente, também pugna pela modulação dos efeitos do precedente judicial, caso haja alteração da jurisprudência até então consagrada.

A **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF**, na petição às fls. 2483/2504, discorre sobre a evolução jurisprudencial das Súmulas nºs 113 e 124 do TST para, em seguida, concluir que nos casos em que há "ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado os divisores seriam 150 (para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do art. 224 da CLT) e 200 (para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT)". Afirma que as normas coletivas em discussão tiveram justamente o intuito de fixar tal exceção, esclarecendo que "existia e existe, repita-se, cláusula coletiva nesse sentido, negociada e ajustada amplamente nas mesas de negociação, mas ainda solenemente desconsiderada pelos bancos". Insiste que a interpretação da cláusula não enseja dúvidas, porque, ao determinar que as horas extras habituais repercutam na remuneração dos sábados, o transformou em dia de repouso semanal remunerado para todos os efeitos. Invoca precedentes dos vários órgãos deste Tribunal Superior. Os mesmos argumentos são repetidos na petição de fls. 2885/2904, apresentada em nome da **FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CRÉDITO DE SÃO PAULO FETEC-CUT**.

A **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE CRÉDITO - CONTEC**, por meio das petições às fls. 4434/4457 e 5573/5596, sustenta que a matéria em discussão já foi devidamente pacificada pela Súmula nº 124 desta Corte, cujo teor defende. Acrescenta, Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.11

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

com base em diversos precedentes, que as normas coletivas em exame definem, implicitamente, o sábado como dia de repouso semanal remunerado, conclusão reforçada pelos regulamentos internos da Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil, de seguinte teor, respectivamente:

“CEF RH035, Item 3.11.1: o empregado faz jus ao repouso semanal remunerado aos sábados, domingos e feriados”

“BB IN 361, Item 1.1.10.1.1: repouso semanal de 48 horas consecutivas, coincidentes com os sábados e domingos, exceto na hipótese de prestação de serviços de caráter permanente”.

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BENEFICIÁRIOS DOS PLANOS DE REGULAMENTO BÁSICO E REGULAMENTO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS – ANBERR, na petição às fls. 5608/5632, argumenta que as partes signatárias das normas coletivas em discussão tiveram a expressa intenção de considerar o sábado como dia de repouso semanal remunerado, razão pela qual há repercussão direta no divisor a ser utilizado no cálculo das horas extras. Afirma que, ao descumprir tal ajuste, a CEF ofendeu “o conteúdo institucional subjacente ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, bem assim ao art. 4º da Convenção nº 98 da OIT, na medida em que preferiu o confronto com seus empregados na arena judicial ao cumprimento das normas elaboradas com sua contraparte obreira no âmbito da negociação coletiva”.

Acrescenta que:

“Tendo em vista o conceito legal e as origens históricas do instituto em apreço, os sindicatos profissionais dos bancários e a própria Caixa Econômica Federal valeram-se do poder de autorregulamentação a eles conferido pelo art. 7º, XXVI, da Constituição Federal para enquadrar os sábados como ‘repouso semanal remunerado’, justamente no fito de que o referido dia da semana fosse pago àqueles obreiros com base na jornadas habituais por eles desempenhadas de segunda a sexta-feira, segundo a mesma lógica estabelecida na Lei nº 605/1949”.

Alega que ao desconSIDERAR o que teria expressamente acordado, a CEF desrespeita o princípio da boa-fé objetiva, amparado nos artigos 422 do Código Civil e 8º, parágrafo único, da CLT, bem como frustra

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.







Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

Fls.13

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

6h diárias em todos os dias do mês (30 dias), logo o divisor em qualquer dos casos deveria ser 180”.

De todos os processos enviados, apenas 2 foram apensados, por apresentarem alguma peculiaridade a ser considerada:

**TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001 (fls. 6201/6803)** - em razão de discutir cláusula normativa de conteúdo similar, mas não idêntico, ao daquelas presentes nos demais processos. Eis o teor:

“Parágrafo Quarto - As horas extraordinárias pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado, considerados os sábados, domingos e feriados, décimo terceiro salário e férias, inclusive nas indenizações rescisórias dessas parcelas.” (fl. 6229)

**TST-RR-82111-07-2014-5-22-0004 (fls. 7072/7850)** - porque a decisão regional parte da premissa de que a caracterização do sábado como dia de repouso para o bancário decorre do disposto no artigo 224 da CLT e não da norma coletiva:

“HORAS EXTRAS - BANCÁRIO - REFLEXO NOS SÁBADOS - As horas extras do empregado bancário devem gerar reflexos nos sábados, pois como o art. 224, caput, da CLT, excluiu os sábados dos dias úteis, impedindo a exigência de trabalho nesse dia, automaticamente, caracteriza-o como dia de repouso. (fl. 7725)

Foi realizada **audiência pública** para a ampla instrução do feito, com a participação de representantes dos empregados, empregadores e servidores especializados em cálculos trabalhistas, conforme ata e material juntados às fls. 6904/7060.

Dela, cabe fazer os seguintes registros, com base nas notas degravadas, memoriais e material complementar juntados aos autos (fls. 6904/6984 e 6992/7060).





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DAS EMPRESAS DE CRÉDITO - CONTEC (fls. 6904/6911 e 6992/6996) ressaltou que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, se passou a tomar como base a duração semanal do trabalho para o cômputo do salário-hora normal do empregado mensalista. Assim, defendeu o cálculo do divisor a partir da multiplicação da carga semanal por 5 (semanas), ressaltando que se trata da fórmula utilizada por esta Corte Superior na edição das Súmulas nºs 124 e 431. Em seguida, concluiu:

“(1) a previsão da letra ‘b’ do item I da Súmula nº 124 é redundante e se articula com elementos complicadores desnecessários, porque aos bancários enquadrados na hipótese excepcional do § 2º do art. 224 da CLT já se aplica, *ipsis literis*, a regra da Súmula nº 431 do TST, pois sujeitos ao regime de jornada de trabalho do art. 58 da CLT; e (2) a previsão da letra ‘a’ do item I da Súmula nº 124 do TST revela-se desnecessária, pois, aos enquadrados no caput do art. 224 da CLT, o mesmo resultado matemático também se obtém com a aplicação da matriz da Súmula nº 431 do TST.

Estas Súmulas nºs 124, I, e 431 do TST, por basearem-se em raciocínio cartesiano, não necessitam de defesa. Qualquer afirmação contrária a seus conteúdos seria o equivalente a dizer que o resultado da soma de 2 + 2 poderia ser 5. Ou, ainda, que pela redação do inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal se pudessem dilatar os limites legais e constitucionais de trabalho semanal, o que seu dispositivo expressamente não permite.” (fl. 6906)

Quanto à Súmula nº 113 desta Corte, afirmou que está ultrapassada, considerando o raciocínio posterior empregado na edição dos verbetes acima aludidos. Nesse ponto, asseverou:

“Já quanto à Súmula nº 113 do TST, aclarados os limites de mérito da questão em debate, seu conteúdo não pode mais lhe impor ruído. Se antes já carecia de razoável sustentação lógica, agora, depois da edição das Súmulas nº 124, I, e 431 do TST, perdeu completamente o sentido. Não resistiu, portanto, aos processos histórico, evolutivo e social particulares à aplicação concreta do Direito no tempo, classificados como ‘mudanças meta-jurídicas’ das relações jurídico-sociais.” (fl. 6907)



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Expôs preocupação com a possibilidade de a decisão proferida no presente feito vir a contrariar a jurisprudência já consolidada no âmbito das referidas súmulas, discutidas e aprovadas pelo Tribunal Pleno. Nessa linha, argumentou que “não pode um mero caso de rebeldia interpretativa, em que uma linha jurisprudencial, de forma sofismática, nega a existência do óbvio, colocar em risco todo este arcabouço jurisprudencial já cristalizado” (fl. 6909).

Arrematou:

“Nesse contexto, se não for para reafirmar o entendimento já consolidado nas Súmulas nºs 124, I, ‘a’ e ‘b’, e 431 do TST, este procedimento de processos repetitivos há de ser descartado. Isto **por carecer** de uma questão jurídica legítima, que dá ensejo a uma multiplicidade de recursos, de forma suficiente ao acionamento da sistemática de uniformização jurisprudencial prevista no art. 896-C da CLT; como também **por basear-se em mero error in judicando**, em que a linha jurisprudencial dissonante é incoerente com a lógica da fundamentação já cristalizada em sentido contrário, inclusive por sistema de uniformização típico e próprio; o tradicional, sumular.” (fl. 6910)

A **FEDERAÇÃO NACIONAL DOS BANCOS - FENABAN (6912/6916 e 6996/7000)** reiterou a tese de que o sábado não é dia de repouso para o bancário, especialmente porque não há disposição expressa nesse sentido nas normas coletivas. Renovou os argumentos já expostos em minutas anteriores e apresentou as seguintes questões a serem solucionadas na presente decisão:

- “a) Como se vai proceder nas semanas em que não houve a prestação de horas extras em **TODOS OS DIAS**;
- b) Como se vai apurar o divisor nos meses em que em apenas uma semana houve a prestação de horas extras em todos os dias, enquanto nas demais isso não se deu;
- c) A partir de que momento os novos divisores (150 e 200) serão adotados;
- d) Se os novos divisores aplicam-se a processos julgados por decisão passada em julgado, com previsão expressa de adoção de outros divisores;
- e) Se os novos divisores aplicam-se a processos liquidados antes ou até setembro de 2012.” (fls. 6915/6916)



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

A **FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DAS EMPRESAS DE CRÉDITO - FETEC/CUT** e a **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF** (fls. 7000/7004) destacaram o histórico e a cronologia Súmulas nºs 113, 124 e 431 do TST, mencionando que a primeira é anterior à Constituição Federal de 1988 e às cláusulas coletivas em discussão. Afirmaram que o primeiro verbete está ultrapassado, uma vez que teve a única finalidade de afastar a repercussão do pagamento de horas extras habituais na remuneração, o que já não faria mais sentido, considerando a existência de cláusula de convenção coletiva na direção diametralmente oposta. Acrescentaram que a Súmula nº 124 teve sua redação alterada em 2012, justamente para contemplar essa nova realidade.

Ponderaram que a existência de algumas iniciais em que sindicatos de trabalhadores pleiteiam a aplicação dos divisores 180 e 220 não passa de mero equívoco, de modo que estas peças jamais poderiam levar à conclusão de que representam o reconhecimento da intenção daqueles entes sindicais, durante a negociação.

Ressaltaram que, na prática da "mesa de negociação", é inviável estabelecer os pormenores das normas coletivas, o que acaba dando espaço para redações não tão claras, mas não justifica o desrespeito ao que foi acordado.

A **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO** (fls. 7004/7006) destacou as premissas que orientam ou deveriam orientar as partes de uma negociação coletiva:

"Forte representatividade das partes que garanta os compromissos assumidos durante a negociação: respeito mútuo para uma negociação civilizada e produtiva; equilíbrio de forças para garantir a independência das representações; busca incessante do entendimento, com a visão de que o objetivo é a paz social, ainda que existam conflitos de interesse; e o mais importante: a explicitação dos compromissos firmados durante a negociação que nortearão a elaboração do instrumento coletivo e sua aplicação futura" (fl. 7004)



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Destacou que há grande preocupação na redação das cláusulas, justamente para que reflitam, com precisão, o que foi negociado. Nesse contexto, reforçou que as normas em discussão nunca foram celebradas com o intuito de alterar a natureza jurídica do sábado, ou de fixar divisor reduzido para o cálculo das horas extras; objetivaram, exclusivamente, criar um “prêmio de remuneração para aqueles empregados que prestassem horas extraordinárias durante toda a semana”. Reafirmou que esse foi o “espírito” das negociações, ao longo dos últimos 30 anos, tanto que “as pautas de reivindicações apresentadas durante quase trinta anos pedem o pagamento de reflexos sem a restrição contida na cláusula firmada em 1985”. Ressaltou que, recentemente, as pautas passaram a incluir pedido expresso de alteração do divisor, o que jamais foi objeto de acordo entre as partes.

**O SINDICATO DOS BANCÁRIOS DE SERGIPE (fls. 7008/7011)**

sustentou que o divisor aplicável será 150 ou 180, conforme a jornada do empregado, independentemente da interpretação que se dê às normas coletivas. Afirmou que o critério que define o divisor é a duração semanal do trabalho, em horas, sem qualquer interferência da quantidade de dias de repouso. Apontou, a partir de cálculos aritméticos, equívocos na Súmula nº 124 desta Corte:

“A Súmula n.º 124 do TST, no meu entender, quando estabelece o divisor 150 e o divisor 200 em razão e com fundamento na cláusula coletiva, equivoca-se apenas quando diz que se fundamenta na cláusula coletiva, porque não precisava afirmar que a fixação daqueles dois divisores decorria da cláusula coletiva ou cláusula regulamentar em que foi ajustado o sábado como dia de repouso. Também quando ela foi fixar os divisores 180 e 200 para o bancário ou 220 para o bancário, nas demais hipóteses, também se equivocou, porque incidente é a cláusula coletiva. Não sendo incidente a cláusula coletiva, a jornada de trabalho do empregado bancário de seis horas é de trinta horas semanais, e, sendo de trinta horas semanais, o divisor que se encontra é 150 ( $30 \times 30 / 6 = 150$ ). Da mesma forma, quando estabelece o divisor 220 para o bancário que trabalha oito horas, incorre no mesmo equívoco ao calcular o divisor 220. Revela, ainda, um segundo equívoco, que foi estabelecer o divisor 220 para o empregado que trabalha oito horas diárias e fixar o divisor 180 para o que trabalha seis horas. Ora, sequer se guardou proporcionalidade na fixação do divisor aplicável, porque o divisor 220 está



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

para quarenta horas, assim como o divisor 165 está para trinta horas. Então, se fosse ela aplicar o divisor 220, que já é um equívoco, deveria aplicar o divisor 165, partindo da mesma lógica da fixação do divisor 220." (fls. 7009/7010)

Concluiu pela prevalência da regra que inspirou a Súmula nº431 do TST para todos os casos de cálculo de divisor, seja o empregado bancário ou não:

"É seguida a regra que foi estabelecida na Súmula n.º 431, porque ela atende a todas as situações. Não há no bancário nenhuma particularidade que diga ser de forma diversa, salvo aquilo que é variável – a carga semanal trabalhada. É a única. Para qualquer trabalhador só vai existir essa variável, porque o restante é fixo por força da própria formulação legal, arts. 58, 64 e letra a do art. 7.º da Lei n.º 605/49. Não é o que sugiro, mas o que acho que seria mais razoável: permanecer íntegra a disposição da Súmula n.º 431, porque atende a qualquer circunstância, isso por uma simples regra de três (...)" (fl. 7011)

O SINDICATO DOS BANCOS DOS ESTADOS DE SP, PR, MT, MS, AC, AM, PA, AP, RO E RR (fls. 7011/7015) destacou que o bancário é trabalhador mensalista e que seus dias são remunerados com base em 1/30 do salário, independentemente de serem trabalhados ou não. Prosseguiu afirmando que se a cláusula normativa tivesse fixado o sábado como dia de repouso (mas ressaltou que não o fez), não haveria repercussão no pagamento, que continuaria sendo feito na mesma proporção: 1/30.

Teceu raciocínio no sentido de que o salário hora, conforme dicção do artigo 64 da CLT, é obtido pela divisão do valor dessa fração pela jornada, para então concluir que "o total de horas envolvido na remuneração mensal, no contrato de uma unidade/mês, continua sempre igual, cento e oitenta horas no caso do bancário de seis horas".

Ponderou que, nesse contexto, a previsão inserta nas normas coletivas não gera consequências no divisor. Exemplificou:

"Então, penso que não se trata de discutir a quantidade de dias trabalhados, mas a quantidade de horas pagas naquele mês. Remuneram-se todos os dias, inclusive os não trabalhados. Então, exemplifico com a



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.19

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

situação anterior em que se tinha, pela soma das horas da semana, o resultado de nove horas. Dividia-se por seis e se obtinha que a média de horas extras era de uma hora e meia que integrariam o descanso semanal. Na situação posterior à implementação da cláusula, as mesmas nove horas não seriam divididas por seis, mas por cinco, porque o sábado vai receptionar as horas e não compor o divisor. Nesse sentido, vê-se o benefício que isso trouxe, porque, no primeiro caso, tinha-se uma hora e meia refletida nos descansos. Neste caso, considerando os sábados e os descansos, tenho 3,6 horas. Por outro lado, entendemos que, em interpretação diversa dessa que estou falando, o que determina o divisor é a quantidade de horas que se remunera no contrato mensal. Não há modificações do divisor, neste caso.” (fl. 7013)

Ao continuar, apresentou a seguinte indagação:

“Eu gostaria de ressaltar que essa visão de que o que se está remunerando são as horas trabalhadas não se coaduna com o contrato de uma unidade de tempo chamada mês, que é divisível por 1/30 e 1/6, no caso. Então, há o seguinte: ainda que se fosse aplicar divisores diferentes dos normais, esses divisores dependeriam da quantidade de sábados de cada mês. Poderia haver divisores de 150 horas se houvesse cinco sábados que fossem retirados da condição de dia útil não trabalhado. E poderia haver o divisor de 156 se fossem quatro sábados. Então, isso gera uma dificuldade, porque vai ter de se verificar mês a mês. Outra questão é a seguinte: se se considerar 150 horas como divisor, na verdade, está-se afirmando que se remunera cada dia à razão de cinco horas e não de seis horas, porque os sábados, os domingos e os feriados também são remunerados pelo salário mensal. Essa é uma dificuldade. Entendo que isso é um paradoxo.” (fl. 7014)

Ressaltou, por fim, que o sábado é considerado dia útil não trabalhado por determinação legal, uma vez que a Lei n.º 4.178/62 proibiu expressamente o funcionamento dos estabelecimentos bancários nesse dia, tanto para o atendimento ao público quanto para o expediente interno.

O SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DO RAMO FINANCEIRO DO GRANDE ABC (fls. 6928/6950, 6951/6969 e 7015/7019) iniciou sua apresentação ressaltando que um empregado que trabalha 6 horas durante 5 dias na semana (caso dos bancários) tem salário-hora superior

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser assinado por assinatura digital em http://www.tst.jus.br/validador.php?docId=00000000000000000000000000000000





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

ao daquele que, recebendo a mesma quantia mensal, tem jornada de 6 horas em seis dias da semana.

Após inúmeros exemplos, pontuou que o artigo 64 da CLT não se aplica aos bancários, em razão das peculiaridades que envolvem essa categoria, em especial, o fato de possuírem, como regra, duração de 30 horas para o trabalho semanal, distribuídas de segunda a sexta-feira. Prosseguiu:

“Quando a jornada é de quarenta e quatro horas semanais, divido por seis dias e multiplico por trinta; faço o mesmo quando se trata de uma jornada de trinta e seis horas. Logo, uma jornada de trinta horas semanais, dividida por seis dias, resulta em cinco horas diárias, que, multiplicadas por trinta, resultam em cento e cinquenta horas. Não deixei de aplicar o art. 64. Multipliquei por trinta, sim. Como eu disse, tem de estar em perfeita harmonia com o art. 224. Neste caso, mais uma vez, observa-se a proporcionalidade das jornadas, que seria a proporcionalidade correta, respeitando também uma regra de matemática e de proporção. Pois bem. Os senhores poderiam insistir na aplicação do art. 64. Acontece que o art. 64 tem um parágrafo único, que diz que, sendo o número de dias inferior a trinta, adotar-se-á para o cálculo, em lugar desse número, o de dias de trabalho por mês. O bancário não trabalha aos sábados. Então, não posso adotar os trinta dias, por força do parágrafo único do art. 64. Trinta dias menos os cinco sábados pelos quais ele não é remunerado, pois não trabalha, chega a um total de vinte e cinco dias, que, multiplicados por seis horas, resultaria novamente no divisor 150, o mesmo se aplicando à jornada de oito horas. Trago para os senhores novamente – para fixar bem a ideia do calendário mensal – que são seis horas todos os dias, de segunda a sexta-feira, e, aos domingos, mais seis horas, resultando um total de cento e cinquenta ou cento e cinquenta e seis horas, e não cento e oitenta”. (fls. 7017/7018)

Em sede de memoriais, acrescentou:

“O bancário não compensa o sábado durante a semana, como é comum ser feito nas demais categorias, posto que há proibição de trabalho neste dia. Assim, a lógica que se estabeleceu no artigo 64 da CLT, a de considerar a multiplicação da jornada diária por 30 - 30 dias no mês - pois a semana é constituída por 6 dias e um DSR - não pode ser a mesma para o bancário”. (fl. 6946)



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Mais adiante:

"Com isso, cabe ao julgador estabelecer outro parâmetro para o cálculo do salário-hora do mensalista bancário. Esse cálculo deverá obedecer ao princípio da isonomia (artigo 5º e incisos XXX, XXXI e XXXIV, artigo 7º da CF e artigos 3º, 5º e 8º da CLT) que deve existir entre os trabalhadores. Para que esta isonomia seja respeitada, deve existir uma proporcionalidade baseada em regra aritmética. Assim, temos:

Jornada de 48h semanais: divisor 240 (8h x 30 dias)  
Jornada de 44h semanais: divisor 220 (7,33h x 30 dias)  
Jornada de 40h semanais: divisor 200 (6,66h x 30 dias)  
Jornada de 36h semanais: divisor 180 (6h x 30 dias)  
Jornada de 30h semanais: divisor 150 (5h x 30 dias)" (fl. 6946)

Para finalizar, defendeu a incidência analógica do raciocínio externado na Súmula nº 431 desta Corte:

"Ora, se para o trabalhador comum que labora 8 horas por dia e não trabalha aos sábados, o divisor será de 200 horas, por que o bancário, que inclusive não trabalha aos sábados por conta de sua jornada especial, não teria o mesmo direito?

Por conseguinte, se para a jornada de 8 horas, o divisor é 200, para a de 6 horas, mais uma vez pela lógica matemática da proporcionalidade, deverá ser de 150 horas. Com isso, torna-se indubitável que para a jornada bancária de 6 horas diárias o divisor deve ser o de 150, do contrário novamente teríamos uma discrepância entre o salário-hora de um bancário de 8 horas diárias, para um bancário de 6, posto que o primeiro, proporcionalmente, ganharia um salário-hora maior que o de 6 horas". (fl. 6949)

A **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS** (fls. 7019/7022) sustentou que o sábado é sempre remunerado para o trabalhador mensalista, seja dia de trabalho ou não.

Afirmou que, à luz do Princípio da Isonomia, o bancário não poderia ter tratamento diferenciado, quanto ao divisor das horas extras, em relação aos demais trabalhadores.

Ressaltou que as normas coletivas são celebradas entre partes equivalentes - entes coletivos -, o que afastaria a ideia de proteção ao hipossuficiente.

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento foi acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Reforçou que nunca houve a intenção de se considerar o sábado como dia de repouso semanal remunerado, com repercussão do divisor das horas extras.

Ressaltou que a Súmula nº 113 do TST foi revisada em 2003, depois, portanto, da promulgação da Constituição Federal atual, e foi mantida a concepção de que o sábado é apenas dia útil não trabalhado.

O SERVIDOR **CARLOS ALBERTO PAES MARQUES DE OLIVEIRA, ESPECIALISTA EM CÁLCULOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5.ª REGIÃO (fls. 7024/7027)**, corroborou a tese de que o salário do empregado mensalista remunera os 30 dias do mês, independentemente de sua natureza jurídica. Destacou que “a mudança da natureza jurídica desse dia vai ter repercussão em outra questão, que é a do cálculo do repouso remunerado, mas não em relação ao divisor de salário”.

Prosseguiu:

“Para que possamos quantificar o salário de um dia do empregado, temos duas possibilidades: dividir o salário desse empregado por trinta dias, e teremos um dia de trabalho – e, repito, não me interessa a qualificação desse dia, se é dia útil ou dia de repouso, ou qualquer outro título que se dê a ele –, ou dividir esse salário por cento e oitenta, já que ele contempla trinta dias de seis horas diárias, e multiplicar o valor dessa hora encontrada pela jornada legal – no caso do bancário, jornada de seis horas. Das duas contas que se fizer encontrar-se-á o mesmo valor, isto é, a quantia resultante do salário dividido por trinta ou do salário dividido por cento e oitenta e multiplicado por seis será igual seja qual for o critério utilizado. (...) Mesmo no caso do empregado que falte ao serviço, para que se possa descontar o dia desse empregado, temos de dividir o salário por trinta para encontrar o salário de um dia.” (fls. 7024/7025)

A partir dessas considerações, apresentou a tese de que o divisor utilizado no cálculo do salário do mensalista não está diretamente ligado à duração semanal do seu trabalho, mas, sim, à jornada.

Expressou o seguinte raciocínio:

“Tivemos, depois da Constituição, a alteração da jornada semanal do mensalista, de quarenta e oito para quarenta e quatro horas, mas a Constituição manteve a jornada legal de oito horas. Como consequência



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

disso, criamos um salário que remunera o empregado de 7,33h e mantivemos uma jornada legal de oito horas. Criamos um evento, que é a possibilidade de se remunerar um domingo trabalhado sem folga compensatória de duas formas: pode-se remunerá-lo por dia e, então, estar-se-ia remunerando-o por 7,33h, ou posso remunerar esse domingo por quantidade de horas e, dessa forma, estar-se-ia remunerando-o por oito horas. No caso do bancário, se este raciocínio proporcional da redução da jornada semanal de quarenta e oito horas para quarenta e quatro horas for aplicado, passar-se-á a ter também essa discrepância, da possibilidade de se remunerar um dia sob a forma de cinco horas, enquanto que a jornada legal seria de seis horas por dia. Creio que isso é mais um reforço lógico da não proporcionalidade do divisor, levando-se em conta a jornada semanal de trabalho, observando-se sempre a jornada legal diária. Se a jornada semanal for de trinta horas, o sexto e sétimo dias estão pagos no salário. Trata-se de outra implicação que ocorrerá nessa questão das horas extras e do repouso remunerado. O divisor de salário não deve ser alterado. O fato de considerar o sábado como dia de repouso necessariamente não deve acrescer uma vantagem de hora de trabalho ao trabalhador. A vantagem, que irá diferenciá-lo dos demais trabalhadores, é que ele passará a ter dois repouso semanais remunerados." (fl. 7026)

E arrematou:

"A vantagem que o empregado alcançará na transformação do sábado, como sendo dia útil não trabalhado, em repouso não remunerado é a de se ter o direito de receber o reflexo daquelas parcelas salariais pagas com habitualidade durante a semana no dia de descanso de forma dobrada, porque ele não terá apenas um, mas dois repouso remunerados. Porém, para se calcular o valor daquela hora extra, tem-se de continuar a usar o divisor de cento e oitenta horas, sob o risco, como também já dito aqui anteriormente, de se passar a ter divisores salariais variados, conforme a jornada de trabalho. Isso não caberia ao empregado mensalista." (fl. 7027)

O SERVIDOR IGOR DE OLIVEIRA ZWICKER, ESPECIALISTA DA ÁREA DE CÁLCULOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO (fls. 6970/6984 e 7027/7030), expressou entendimento de que a Súmula nº 113 do TST contrariaria a dicção do artigo 224, *caput*, da CLT. Também pontuou que já houve antinomia entre dois verbetes desta Corte, quanto à forma de calcular o divisor das horas extras:



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

"A Súmula n.º 343 se chocava com a Súmula n.º 431. Havia uma antinomia, porque a Súmula n.º 343 traz um critério diário da definição do divisor, e a Súmula n.º 431 trazia um critério semanal. A Súmula n.º 343 dizia que a jornada, a partir de oito horas, do bancário sujeito a oito horas, o divisor seria 240. Pelo filtro constitucional do art. 7.º, XIII, reduziria para 220. Já a Súmula n.º 431, a partir da duração semanal do trabalho, dizia que o divisor era 200, a partir de uma duração de quarenta horas semanais. O TST acolheu essa questão da antinomia, tanto que cancelou a Súmula n.º 343, e não modificou a Súmula n.º 431. Fez apenas um acréscimo que modificou a essência, mas modificou também a Súmula n.º 124, que foi o grande impacto." (fls. 7028/7029)

Defendeu que a forma correta de definição do divisor é aquela que parte da jornada e não da duração semanal e exemplificou:

"Na jornada comercial, trabalha-se oito horas em cinco dias da semana e quatro horas aos sábados. Como não é um número uniforme, deve-se tirar a média e surge essa dizima periódica de 7,333, ao infinito, que, vezes trinta, dá exatamente o divisor 220. No caso dos bancários sujeitos a seis horas, seis vezes trinta dá cento e oitenta. É simples assim. Esta é a fórmula do divisor: jornada de trabalho vezes trinta. No caso do bancário sujeito a oito horas, oito vezes trinta dá 240. Diante do filtro constitucional do art. 7.º, XIII, reduz-se para 220, porque 240 é um típico divisor de quarenta e oito horas semanais, cuja jornada hoje é inconstitucional. Os jornalistas – art. 330 da CLT – tem jornada de até cinco horas diárias: cinco vezes trinta, o divisor seria 150". (fl. 7029)

Criticou a utilização do critério da duração semanal e da ficção de que um mês tem 5 semanas:

"De que trata esse critério de cinco semanas? É no sentido da presunção, porque não existe nenhum mês que tem cinco semanas. Multiplicando-se cinco vezes quarenta e quatro encontra-se 220. Daí parte-se do princípio de que o único mês redondo é o mês de fevereiro, que tem vinte e oito dias. Dessa forma, há quatro semanas certas. O restante é 'quatro vírgula' e alguma coisa para cima. Então, arredonda-se para cinco. Esse é o critério que foi definido." (7030)

Fez coro à tese de que as normas coletivas - na forma como celebradas e dentro do contexto em que o sábado, como regra geral,



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

é considerado dia útil não trabalhado para os bancários - acabaram por alterar a natureza jurídica desse dia e que tal fato, como consequência lógica, repercute no divisor das horas extras:

“Se partirmos da Súmula n.º 113, que diz que o sábado é dia útil não trabalhado - considerando isso como certo, que é a jurisprudência remansosa da Corte - não se pode dizer que o sábado, se tem o condão de repercutir horas extras, que não é repouso, porque contradiz a própria súmula que diz que não repercute. Então, se a norma coletiva, apesar de silente, diz que o sábado repercute horas extras, é claro que a norma coletiva está transmutando a natureza jurídica do sábado; e ele passa a ser dia não útil ou repouso semanal remunerado.

(...)

Os sistemas dialogam, o Direito dialoga com a Matemática, na medida em que o divisor não é um direito. O divisor é um mero cálculo lógico, matemático, aritmético. À medida que transmudo a natureza jurídica do sábado, por certo, terei que afetar o divisor. Nesse caso prático, se a norma coletiva está dizendo que as horas extras habituais repercutem no sábado, por certo, estou afetando o divisor, então, com esteio na Súmula n.º 124 do TST, os bancários sujeitos a seis horas terão divisor 150, e os sujeitos a oito horas terão divisor 200.” (fls. 7030/7031)

A FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DE PESSOAL DA CEF - FENAE, A FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DAS EMPRESAS DE CRÉDITO DO PARANÁ - FETEC/PR E A FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO SISTEMA FINANCEIRO DO NORDESTE - FETRAFI/NE (fls. 7032/7035) defenderam que a única finalidade da Súmula n.º 113 do TST, ao estabelecer que o sábado não é dia de repouso, foi evitar a repercussão do pagamento das horas extras habituais e sua remuneração. Ponderou, assim, que as normas coletivas, ao determinarem expressamente tal repercussão, afastaram a própria Súmula e equipararam o sábado ao domingo, para todos os efeitos.

Invocaram o Princípio da Isonomia para sustentar que a utilização do divisor 220 em relação ao bancário que trabalha 8 horas gera discriminação:

“(...) aplicação do divisor 220 para o empregado bancário acaba por trazer tratamento discriminatório, vedado pelo art. 5.º, *caput*, e não menos



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

pelo art. 7.º, XXX, da Constituição. Com isso, aplicando-se na mesma jornada de oito horas diárias e de quarenta horas semanais para tal empregado comum tem-se o divisor 200 e o empregado bancário o divisor 220, gerando, portanto, o pagamento de horas extras mais baratas, o que, repito, está em dissonância com o entendimento do art. 7.º, XXX, da Constituição. A discriminação deve ser vedada no caso concreto." (fl. 7034)

Renovaram o argumento de que os regulamentos internos da CEF e do BANCO DO BRASIL preveem, expressamente, que o sábado é dia de repouso.

Concluíram:

"A alteração defendida pelas empresas representa um verdadeiro descumprimento do que os bancos assinaram e assinam com os sindicatos dos bancários em negociações coletivas, em detrimento, portanto, do art. 7.º, XXVI, da Constituição. É um verdadeiro retrocesso social e discriminação da categoria bancária, deixando de lado a real jornada, em flagrante violação também dos arts. 5.º, *caput* e XXXVI, e 7.º, XXX, da Constituição". (fl. 7035)

O BANCO SANTANDER S.A (fls. 7038/7042) sustentou que as normas coletivas incluíram os sábados e feriados na mesma categoria do domingo, exclusivamente para o efeito de receberem os reflexos das horas extras, sem, com isso, lhes ter atribuído a mesma natureza jurídica. Ponderou que, mesmo nessa hipótese - sábado como descanso semanal remunerado - não haveria alteração do divisor, já que este deve ser calculado a partir da regra inserta no artigo 64 da CLT. Acrescentou que a Súmula nº 431 do TST não se aplica aos bancários, porque a ausência de trabalho aos sábados, para a categoria, decorre de expressa proibição legal. Em seguida, alertou para a complexidade de cálculos que a tese defendida pelos empregados acarretaria, considerando que a definição da natureza jurídica do sábado dependeria de ter havido, ou não, prestação de horas extras durante toda a semana:

"Caso se entenda que a norma em questão altera o divisor, seria necessário que a contabilidade, nos casos, verificasse todas as semanas em que houve prestação habitual de horas extras e todas as semanas em que não







PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

por escrito, o divisor. Não chegamos a um entendimento, e isso não foi uma prioridade, porque a jurisprudência já vinha favorável aos bancários. Por isso, não colocamos isso na mesa de negociação, apesar de estar escrito na nossa minuta de reivindicação. As negociações sempre vão trabalhar e atuar com a boa-fé e com o respeito mútuo, mas nem sempre entendemos isso no dia a dia dos bancários." (fl. 7045)

A **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (fls. 7045/7048)** pontuou que o regulamento interno mencionado em outras falas não tem a extensão que se lhe pretendeu atribuir - a de caracterizar o sábado como dia de repouso remunerado. Argumentou que a norma já foi revogada há alguns anos.

Defendeu a manutenção da Súmula nº 113 do TST e afirmou que a boa-fé impede que se dê às normas coletivas por ela firmadas a interpretação ampliativa que pretendem os empregados.

A **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BENEFICIÁRIOS DOS PLANOS REG E REPLAN - ANBERR (fls. 7050/7054)** afirmou que a definição do divisor decorre da duração semanal de trabalho e que as disposições do artigo 224 da CLT não têm o condão de amparar a criação de uma carga fictícia de 36 horas de trabalho por semana. Deduziu que tal ficção decorreu de interpretação equivocada dada à Súmula nº 113 desta Corte, uma vez que esta se limita a cuidar dos reflexos das horas extras e nada disciplina a respeito do divisor e emendou:

"Essa projeção ficta de trinta para trinta e seis, se formos investigar a história, começou como uma interpretação da Súmula n.º 113 do TST nos idos de 1980. Fui ao *site* do TST verificar os precedentes, e prevaleceu um voto do Ministro Marcelo Pimentel. A Súmula n.º 113 do TST é muito clara no sentido de que ela se dirige não a divisor, ela se dirige à integração e reflexos das horas extras habituais em RSR. O que nós operadores jurídicos fizemos? Vejam o exercício que fizemos. Pegamos a Súmula n.º 113 do TST, que não diz respeito a divisor, e migramos, derivamos algumas ilações dela e trouxemos para o campo do divisor em detrimento do bancário, sendo que onde está situado o art. 224 da CLT? Está situado no Título III da CLT, na parte que diz: "DAS NORMAS ESPECIAIS DE TUTELA DO TRABALHO". Será que o legislador quis prejudicar a atividade do bancário ao trazer o art. 224 da CLT? Porque a interpretação que estamos dando é em



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

Fls.:29

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

prejuízo ao bancário. Porque ele colocou que sábado é um dia útil não remunerado, colocamos todo um arrazoado para prejudicar, sendo que esta norma veio para tutelar o trabalho do bancário. Não me parece ser essa a melhor exegética para seguirmos." (fl. 7051)

Propôs a seguinte redação para a Súmula nº 124 desta

Corte:

"Independente de qualquer ajuste coletivo acerca da definição do sábado como dia útil ou repouso semanal remunerado, o divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário é sempre de 150 para os empregados submetidos a carga semanal legal de trinta horas e de 200 para os submetidos a carga semanal legal de quarenta horas. Aplicação do art. 64 combinado com o art. 224 da CLT."

Ressaltou que as normas coletivas devem ser interpretadas em consonância com a legislação, em especial o artigo 67 da CLT e a Lei nº 605/49, o que leva à conclusão inexorável de que o sábado é dia de repouso remunerado, tal qual o domingo:

"Sendo o repouso semanal remunerado um conceito umbilicalmente ligado à remuneração e à jornada de trabalho, não é possível ao intérprete - quando falo intérprete estou-me referindo aos sindicatos e aos bancos ao exercerem o poder normativo autônomo e me refiro também aos bancos quando, com base no poder diretivo, elaboram suas normas internas - elaborar normas complementares de modo a ignorar esse conceito inerente ao repouso semanal remunerado. Não é possível que o repouso semanal remunerado seja válido apenas para o fim de cálculos das horas extras, mas não do divisor. Uma coisa está ligada à outra. Não há como afastar-se da questão do divisor. O divisor é um elemento inerente ao repouso semanal remunerado. De modo que, se na jornada normal dos bancários o sábado não entra no cálculo, ou seja, é dia de repouso semanal remunerado, é claro que isso vai se refletir também no cálculo do divisor. Não há como se pretender coerente uma interpretação com sentido limitado ao repouso semanal remunerado apenas para fins de cálculo de hora extra e não para fins de cálculo de divisor." (fl. 7053)





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

A **FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DAS EMPRESAS DO RAMO FINANCEIRO DE MINAS GERAIS - FETRAFI MG (fls. 7054/7057)** ressaltou o reiterado descumprimento da Súmula nº 124 do TST pelos bancos.

Afirmou que a questão do divisor se resolve com relativa facilidade, a partir da duração semanal do trabalho, como tantas outras entidades já sustentaram. Reiterou o argumento de que a hora do bancário não pode ter o mesmo valor que a hora do empregado que trabalha 36 horas por semana. Concluiu por defender a manutenção da atual redação do citado verbete.

A **FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DAS EMPRESAS DE CRÉDITO DO CENTRO NORTE - FETEC CENTRO NORTE e A FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DAS EMPRESAS DO RAMO FINANCEIRO DO RIO GRANDE DO SUL - FETRAFI/RS (fls. 7057/7060)** reforçaram os argumentos pela utilização da duração semanal do trabalho na definição do divisor e pela interpretação das normas coletivas no sentido de terem previsto o sábado como dia de repouso.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** emitiu parecer às fls. 8300/8309. Em seu arrazoado, o Órgão afirmou que, pela dicção legal, o sábado do bancário é dia útil:

"Na hipótese, numa leitura razoável, entre outras, não é preciso afastar-se da expressão clara para atingir a integralidade lógica da lei, muito ao contrário, é suficiente para concluir que, se a duração normal do trabalho dos bancários "será de 6 (seis horas) contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados", o sábado, apesar de jornada a ser excepcionada para um ou outro efeito, **compõe o conjunto dos dias considerados úteis.**

Ponderou, a seguir, que as normas coletivas objeto dos processos ora examinados alteram tal realidade, ao fixarem o sábado como dia de repouso remunerado, para fins de reflexos das horas extras. Concluiu, porém, que tal assertiva não acarreta, necessariamente, a alteração do divisor:



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

“À indagação formulada, responde o Ministério Público que, salvo melhor juízo, não há uma imposição lógica que, ao considerar por norma coletiva o sábado como dia de repouso semanal remunerado, apenas para fins de reflexos, acarrete uma **necessária alteração** no divisor utilizado para cálculos das horas extraordinárias, nos termos do item I da Súmula 124 desta Corte Superior, assim como não há razão, à luz da Lei 13.015/2014, para mudar o texto do referido verbete sumular, do qual deriva a jurisprudência que, partindo dos indícios lógicos, considera o sábado remunerado, tal como indicado no próprio Despacho do Eminentíssimo Relator Ministro Cláudio Brandão (**‘A definição do sábado como dia de repouso semanal remunerado’**.)

E arrematou afirmando que “A questão jurídica em debate deveria ser resolvida na esfera do Direito Coletivo, não na do Direito Individual”.

É o relatório.

#### V O T O

Inicialmente, destaco que a presente decisão segue a disciplina prevista na CLT, na Lei nº 13.015/2014 e no CPC/2015, normas que formam e orientam o microsistema de precedentes judiciais e se aplicam imediatamente aos processos em curso, a fim de manter a integridade do sistema. Conclusão extraída da conjugação dos artigos 896-B da CLT, 1046 do CPC e 1º, parágrafo único, do Ato 491/SEGJUD.GP, de 23 de setembro de 2014.

#### **I - DECISÃO PROPRIAMENTE DITA - FIXAÇÃO DO PRECEDENTE**

Exposta a longa argumentação, a fim de atender a regra prevista no § 3º do artigo 1.038 do CPC, de aplicação subsidiária, cabe traçar as linhas mestras que deverão compor o substrato da norma a ser extraída do presente julgamento.





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

interpretação da lei trabalhista, ao passo que àquele incumbe fazê-lo quanto ao direito comum federal;

b) o cancelamento pelo TST do item II da Súmula 212, em setembro de 2012, que passou a permitir o conhecimento do recurso de revista, ainda que a interpretação da lei feita pelo TRT fosse razoável. Para o citado autor, à semelhança do que ocorreu “na intimidade do Tribunal Constitucional italiano em 1956”, o TST passou a apreciar violação de normas jurídicas e não apenas de textos legislativos, no que denomina de “transição da ideologia estática para a ideologia dinâmica”;

c) a criação do incidente de julgamento dos recursos de revista repetitivos pela Lei n. 13.015/2014, cuja disciplina se assemelha aos recursos extraordinário e especial repetitivos e adota a Teoria dos Precedentes, inclusive ao consagrar as possibilidades de distinção e superação.

O sistema de precedentes judiciais com força obrigatória introduzido pela citada Lei n. 13.015/2014 possui vários objetivos entre os quais se destaca a tentativa de estabelecer um rumo único para a complexa via da interpretação das normas jurídicas e definir que a última palavra em matéria trabalhista cabe ao TST, ressalvada questão constitucional.

Doravante, seja qual for o resultado oriundo do julgamento dos incidentes que compõem o Microssistema de Formação Concentrada de Precedentes Obrigatórios,<sup>1</sup> a decisão passará a figurar como norma jurídica de observância obrigatória nos planos **horizontal** (internamente ao tribunal) e **vertical** (instâncias inferiores) e preservará os princípios da segurança jurídica, da isonomia (já mencionado) e da proteção da confiança.

<sup>1</sup> Expressão tomada de empréstimo da doutrina de Fredie Didier Jr. que aponta no sentido da existência de dois microssistemas no Novo CPC: a) de gestão, administração e julgamento de casos repetitivos, formado pelos Incidente de Julgamento de Demandas Repetitivas – IRDR e Incidente de Julgamento de Recursos Repetitivos – IJRR. e; b) de formação concentrada de precedentes judiciais obrigatórios, o qual, além dos incidentes mencionados, também inclui o Incidente de Assunção de Competência – IAC. Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Portanto, é nova realidade normativa que autoriza e legitima a instauração do incidente e a **rejeição do argumento**.

## 2. INTERPRETAÇÃO DA QUESTÃO JURÍDICA AFETADA - VARIÁVEIS A SEREM EXAMINADAS

Começo por invocar a regra contida no artigo 926 do CPC, segundo a qual os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la **estável, íntegra e coerente**, com destaque para o último requisito.

Significa reconhecer a necessidade de que as decisões dos Tribunais preservem a necessária harmonia para que possam reger de maneira idêntica casos que sejam similares ou conexos. Toca à interpretação de temas conexos, pois, conquanto não decorram diretamente do que já foi decidido, devem guardar correspondência com os precedentes editados e seguir a mesma linha da fundamentação neles adotada. É o dever de autorreferência atribuído aos tribunais que indica manter "diálogo" com os casos passados, já decididos.

Ao discorrer sobre a previsão do CPC, de modo especial no que se refere a esse predicado, Fredie Didier Jr. (DIDIER Jr., Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. In.: DIDIER Jr., et al (coord.). "Precedentes". Coleção Grandes Temas do CPC, v. 3. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 384-393) afirma que corresponde à inexistência de contradição (coerência formal) e "conexão positiva de sentido" (conexão substancial), além de dever ser observada no plano externo (observância pelo tribunal das decisões anteriores e garantia de sua linha evolutiva) - dever de autorreferência (dialogar com os precedentes anteriores, até para superá-los ou distingui-los), no espaço e no tempo.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Humberto Theodoro Júnior e três outros autores,<sup>2</sup> em obra coletiva, destacam a sustentação teórica do dispositivo:

“A noção de **integridade** e de coerência se ligam umbilicalmente à concepção teórica de Ronald Dworkin, que ensinou que o intérprete deve analisar o Direito como um romance em cadeia. atento às virtudes da **integridade** e da **coerência**, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual os capítulos passados (julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência. É dizer, para ele a interpretação do Direito é *construtiva*: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também *produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura)* àquela construção referida”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto, et. al. *Novo cpc: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 306).

Importante rememorar a questão jurídica afetada no

incidente:

BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. DIVISOR. A definição do sábado como dia de repouso semanal remunerado, por norma coletiva da categoria dos bancários, mesmo que apenas para fins de reflexos das horas extras habituais, acarreta alteração no divisor utilizado para cálculo das horas extraordinárias, nos termos da Súmula n. 124 deste Tribunal?

Lendo-a, podem ser extraídas as variáveis objeto de exame:

- a) os limites da autonomia sindical coletiva, diante da cláusula coletiva que supostamente define o sábado como dia de repouso semanal remunerado;
- b) os efeitos produzidos por essa cláusula: se seriam limitados ao acréscimo das horas extras no sábado ou se também alterariam a natureza jurídica da parcela;
- c) se, em consequência, a mudança afetaria o valor da hora-normal de trabalho;

<sup>2</sup> Para registro, considerando que não há indicação da autoria de cada capítulo da obra: Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron.

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

e) em caso positivo à variável anterior, definir o procedimento a ser adotado para a sua obtenção, no caso de empregado que percebe salário por mês.

### 3. CLÁUSULA NORMATIVA – POSSIBILIDADE DE SER AMPLIADO O NÚMERO DE DIAS DE REPOUSO SEMANAL REMUNERADO – LIMITES DA AUTONOMIA SINDICAL COLETIVA

Há que se examinar, na sequência, a cláusula objeto de toda a controvérsia, a qual, embora possua numeração distinta (oitava, quarta etc.), foi reproduzida em centenas de instrumentos normativos Brasil afora com a mesma redação, ora transcrita, da qual parte toda a análise da controvérsia:

“CLÁUSULA 8ª ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. As horas extraordinárias serão pagas com o adicional de 50% (cinquenta por cento).  
Parágrafo Primeiro Quando prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, **inclusive sábados e feriados.**”

Nos processos afetados, foi identificada redação um pouco diferente na cláusula (geralmente o parágrafo quarto de cláusulas com várias numerações, mas com idêntica grafia) dos instrumentos normativos firmados nos últimos anos pela Caixa Econômica Federal com a CONTRAF ou CONTEC e vários sindicatos: a expressão “inclusive sábados e feriados” foi substituída por “considerados os sábados, domingos e feriados”. Veja-se:

“Parágrafo Quarto - As horas extraordinárias pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado, **considerados os sábados, domingos e feriados**, décimo terceiro salário e férias, inclusive nas indenizações rescisórias dessas parcelas.” (fl. 6229)

A partir da leitura das citadas cláusulas, as entidades representativas dos trabalhadores extraem conclusão no sentido

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

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





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

de que a intenção foi incluir os sábados como dias de repouso semanal remunerado. Assim se posicionaram, por exemplo, as Federações dos Trabalhadores em Empresas de Crédito (FETEC) do Centro Norte, Paraná, Minas Gerais e Rio Grande do Sul e as Federações dos Trabalhadores do Ramo Financeiro dos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e Nordeste; a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF; a Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito - CONTEC; e a Associação Nacional dos Beneficiários dos Planos de Regulamento Básico e Regulamento dos Planos de Benefícios - ANBERR.

Em sentido diametralmente oposto, as entidades representativas de empregadores asseveram que o objetivo foi tão somente elevar o valor da remuneração devida para esse dia (sábado), sem alterar a sua natureza jurídica. Foi essa a argumentação central apresentada pela Federação Nacional dos Bancos - FENABAN; pelo BRB - Banco de Brasília S.A.; e pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul - BANRISUL.

Além desses argumentos, também se sustentou a impossibilidade de ser ampliado o número de dias de repouso previsto na Lei n. 605/1949 por meio de normas coletivas, o que afastaria a validade das cláusulas instituidoras.

Necessário se torna, por conseguinte, analisar os termos em que redigida a questionada cláusula para que se possa precisar os seus objetivo e alcance.

Não sem antes pontuar que nenhum dos contendores carregou aos autos documentos que pudessem identificar a real intenção no processo de negociação. Muito ao contrário, reconheceram (Federação dos Trabalhadores das Empresas de Crédito - FETEC/CUT e a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF), na audiência pública, que nem sempre é possível refletir nas normas coletivas os pormenores das "mesas de negociação", o que acaba dando espaço para redações não tão claras.

Embora tenham sido contrariados pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro, o fato é que se houvesse a real e efetiva preocupação, de ambos os lados, em demonstrar ao Tribunal o que, de fato, Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

ocorreu, talvez os primeiros documentos juntados fossem as pautas de reivindicações e contrapropostas, atas de reuniões, esboços de redação dos instrumentos normativos, dentre outros. Tudo isso levaria a compreender qual teria sido a "vontade" dos convenientes e facilitária, em muito, a atividade interpretativa.

Por isso, ficam comprometidas as alegações de violação ao princípio da boa-fé objetiva, vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*); ou à necessidade de se evitar interpretação de negócio jurídico que leve a resultados absurdos, formuladas pela Federação Nacional dos Bancos - FENABAN e também pela Associação Nacional dos Beneficiários dos Planos REG e REPLAN - ANBERR, **as quais são rejeitadas.**

Não se poderá, depois, censurar este Tribunal por não ter conseguido extrair o que as partes desejaram, se estas não contribuem, senão com a transcrição das cláusulas e argumentos de hermenêutica, e desprezam a possibilidade de fornecerem elementos de interpretação autêntica.

O Tribunal se limitará ao "texto frio", pura e simplesmente, conquanto o debate pudesse ser enriquecido sobremaneira se tivesse contado com essa especial colaboração de tantos quantos figuram nos autos, sejam como contendores, sejam as entidades que representam os interesses das categorias em conflito.

Nesse contexto, importa reconhecer a validade do instrumento normativo celebrado, por não contrariar nenhum preceito de ordem pública e, muito ao contrário, encontrar-se em plena sintonia com o princípio orientador contido na parte final do *caput* do artigo 7º da Constituição - "melhoria da condição social".

O direito à negociação coletiva está constitucionalmente assegurado (artigo 7º, XXVI) e as entidades representativas das categorias profissional e econômica possuem ampla liberdade para dispor acerca de direitos trabalhistas, observados os limites nas normas de natureza cogente e caráter irrenunciável que representam o mínimo social - ou, para outros, o mínimo existencial -,

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

assegurado ao trabalhador, como, por exemplo, aquelas que tratam sobre a proteção, saúde, higiene, segurança e liberdade do obreiro.

Essa liberdade resulta da autonomia privada coletiva, que nada mais é do que expressão, nas sociedades políticas organizadas e como decorrência do pluralismo político, do direito assegurado a esses grupos sociais, por meio das negociações coletivas, de elaborarem normas jurídicas a partir da fixação das condições de trabalho. Estas, por sua vez, são aplicáveis, de modo amplo, aos contratos de trabalho celebrados por eles próprios, no plano individual.

Trata-se de verdadeiro poder social conferido pela Constituição para a criação de normas jurídicas paraestatais com plena validade e eficácia, materializadas por meio das convenções e acordos coletivos de trabalho, instrumentos de autocomposição dos conflitos coletivos.

A negociação coletiva significa o procedimento que tem lugar a partir da vontade manifestada por esses atores sociais e chancelada, prévia ou posteriormente, pelos respectivos órgãos de deliberação, no sentido de discutirem os seus interesses a fim de obterem a composição de eventuais litígios. É exercida por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, em que ambas as partes pactuam normas que passarão a reger a relação de trabalho, caracterizando-se assim como forma de solução direta de um conflito coletivo.

**Fixa-se, portanto, a tese de que o número de dias de repouso semanal remunerado pode ser ampliado por convenção ou acordo coletivo de trabalho, como decorrência da autonomia sindical.**

### **3.1. NATUREZA JURÍDICA DO SÁBADO - ALTERAÇÃO POR NORMA COLETIVA**

Fixada a tese no item anterior, cabe analisar se as cláusulas já mencionadas alteraram ou não a natureza jurídica do sábado, para dia de repouso semanal remunerado.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Assim decidia, quanto ao tema, no voto originariamente proferido:

Começando pelo final, parece evidente que o objetivo foi estabelecer tratamento específico quanto aos sábados, especialmente quando se constata a semelhança entre ambas as disposições que regem o tema (bancos privados e CEF), pois, em relação aos domingos, a cláusula é absolutamente desnecessária em virtude de a matéria estar disciplinada no artigo 7º, "a", da Lei n. 605/1949 que, desde 09/12/1985, com a alteração promovida pela Lei n. 7.415, incluiu na remuneração dos dias de repouso semanal remunerado o valor correspondente à média das horas extraordinárias habitualmente prestadas:

Art. 7º A remuneração do repouso semanal corresponderá:  
a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas; (Redação dada pela Lei nº 7.415, de 09.12.85)

O mesmo ocorre em relação aos feriados, por estarem abrangidos pela mesma regra remuneratória, a teor do previsto no artigo 8º da mesma Lei:

Art. 8º Excetuados os casos em que a execução do serviço for imposta pelas exigências técnicas das empresas, é vedado o trabalho em dias feriados, civis e religiosos, garantida, entretanto, aos empregados a remuneração respectiva, observados os dispositivos dos artigos 6º e 7º desta lei.

Após estabelecer a obrigação de pagamento do repouso semanal remunerado, quando houver horas extraordinárias prestadas durante toda a semana anterior, o âmbito da disputa decorre da palavra "inclusive"





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

vênia para transcrever, considerando que acolhidas, como foram, pelo Colegiado, passam a compor as razões de decidir:

"Como já tive oportunidade de externar ao julgar recursos de revista e agravos de instrumento na Quarta Turma, penso que **as normas coletivas em análise, tal como dispõem de forma expressa, asseguraram simplesmente a repercussão de horas extras habituais na remuneração do sábado do bancário.** Isso, contudo, não implicou reconhecer o sábado como **mais um dia de descanso semanal remunerado** para efeito da incidência dos divisores 150 ou 200, nos termos em que sinaliza a atual redação da Súmula nº 124, I, alíneas "a" e "b".

Entendo que as cláusulas dos acordos e das convenções coletivas de trabalho, já referidas, objetivaram **exclusivamente** afastar o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 113 do TST, cujo teor é de todos conhecido:

"O sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado. Não cabe a repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração."

Cumpra ter presente, antes de mais nada, cuidar-se de **cláusula benéfica**, ao permitir, em sentido contrário à jurisprudência consolidada no TST, que as horas extras prestadas durante toda a semana repercutam no sábado do bancário. Para tanto, **e apenas nessa peculiar circunstância, no contexto das normas coletivas, o que se quis iniludivelmente foi emprestar ao sábado o mesmo tratamento concedido ao descanso semanal remunerado.**

Por se tratar de norma jurídica nitidamente ditada a beneficiar os bancários, penso que em boa exegese não se lhe deve conferir alcance ampliativo para nela ler o que nela não se afirma. Por traduzir cláusula mais benéfica, parece-me que, ao contrário, é imperativo conferir-se interpretação **restritiva** à referida cláusula, consoante dispõe o artigo 114 do Código Civil.

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

*De outro lado, entendo que se impõe, no particular, tomar em conta o princípio da **boa fé objetiva** que deve nortear não só as relações contratuais privadas, mas também o processo de negociação coletiva, no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho.*

*Neste passo, **não compartilho**, data venia, do entendimento esposado pelo Exmo. Ministro Relator, no que sustentou, em seu voto (fl. 35), que "ficam comprometidas as alegações de violação ao princípio da boa-fé objetiva (...)", formuladas por entidades que integram a relação processual na condição de amici curiae.*

*A fundamentação de que se valeu Sua Excelência, nesse aspecto, assenta-se no pressuposto de que "nenhum dos contendores carreou aos autos documentos que pudessem identificar a real intenção no processo de negociação".*

*Se é certo que efetivamente as partes não lograram elucidar, de forma mais profunda, como desejável, a razão de ser da estipulação das cláusulas em foco, não menos certo que de outros elementos pode-se inferir a boa fé e o real escopo com que firmada, desde a sua origem.*

*Penso que a "real intenção no processo de negociação" extrai-se primeiramente a partir do próprio conteúdo das cláusulas dos ACT's e das CCT's. Esse exame, a meu juízo, não conduz a outro resultado senão o de que **em momento algum se quis avançar, e efetivamente não se avançou, mediante negociação coletiva, a alteração do divisor do salário hora dos bancários.***

*Se se objetivasse realmente disciplinar a respeito do divisor para o cálculo do salário-hora do bancário, bastaria que se estipulasse cláusula expressa nesse sentido, nos acordos e nas convenções coletivas de trabalho. Não é, contudo, o que se observa nos sucessivos acordos e convenções coletivas de trabalho firmados pela categoria dos bancários, os quais, como é cediço, cingiram-se a reproduzir o teor de cláusula que tratava unicamente da repercussão das horas extras habituais nos sábados.*







PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

De outra parte, o próprio teor de outras normas coletivas inseridas nos mesmos ACT e CCT igualmente demonstra o propósito das partes signatárias em manter a natureza do sábado como dia útil não trabalhado.

E o caso, por exemplo, do já aludido § 5º da Cláusula 3ª do Acordo Coletivo de Trabalho 2007/2008, firmado com a Caixa Econômica Federal (processo RR-144700-24.2013.5.13.0003, representativo da controvérsia),

Após tratar da repercussão das horas extras habituais nos sábados (§ 3º), o aludido § 5º da polêmica cláusula 3ª do ACT 2007/2008 disciplina a possibilidade de compensação de horas extras prestadas. Reza, a propósito, que "as horas a compensar, consoante o Parágrafo Primeiro, deverão ser computadas desconsiderando-se os dias de descanso remunerado e dias úteis não trabalhados (sábados, domingos e feriados)". Aqui não me parece haver dúvida de que o sábado continua a ostentar a natureza de dia útil não trabalhado, uma vez que, insisto, não faria sentido atribuir tal natureza, de dia útil, aos domingos ou feriados.

Significativa também e digna de destaque para realçar a real intenção das partes é a Cláusula 23ª da Convenção Coletiva de Trabalho dirigida aos Bancos privados, vigente no biênio 2007/2008 e juntada ao processo principal (RR-849-83.2013.5.03.0138).

Ao dispor sobre as ausências legais previstas no artigo 473, I, II, III, e IV, da CLT, as partes convenientes estabeleceram, de forma clara, no parágrafo único da referida Cláusula 23ª, que "para efeito desta cláusula, sábado não será considerado dia útil" (fls. 56/57 do processo principal). Houve aí, como se percebe, expressa e textual manifestação de vontade das partes no sentido de alterar a natureza do sábado apenas para o fim de disciplinar as ausências legais.

Vale dizer: quando a norma coletiva quis afastar o sábado como dia útil não trabalhado, disse-o com todas as letras.

Tenho presente que o Exmo. Ministro Relator faz uma leitura diversa da cláusula 23ª da CCT 2007/2008. Conforme Sua





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Excelência, referida cláusula "seguiu a mesma linha e apenas reforçou a ideia de que houve, de fato, alteração da natureza jurídica do sábado".

Se é certo que tanto a Cláusula 23ª, quanto a Cláusula 8ª, § 1º, ambas da CCT 2007/2008, de fato seguiram a mesma linha, entendo, ao contrário do Exmo. Ministro Relator, que isso se deu **apenas para transmutar a natureza do sábado do bancário em circunstâncias pontuais e expressamente especificadas, a saber: ausências legais e repercussão de horas extras.**

Ademais, é forçoso convir que, a não se entender assim, estar-se-ia chancelando uma verdadeira "balbúrdia contábil" no que concerne ao divisor para cálculo de horas extras **no caso de empregados faltosos** de Bancos privados. Tendo em vista que apenas quando "prestadas durante **toda** a semana anterior" as horas extras refletem no sábado do bancário, a adoção de uma interpretação ampliativa das normas coletivas implicaria reconhecer que um **mesmo empregado** poderia submeter-se a **divisores distintos** ao longo da semana. Bastaria, para tanto, que se ausentasse injustificadamente do trabalho um dia ou mais no curso da mesma semana. As faltas injustificadas, portanto, repercutiriam diretamente no número de horas extras prestadas durante o módulo semanal e, em consequência, no cálculo do divisor.

Não me parece razoável e desejável, todavia, adotar-se uma solução desse jaez, em que a tônica para obtenção do divisor seja o casuismo. Isso exigiria do departamento de recursos humanos das empresas a adoção de "malabarismos" matemáticos no cálculo do divisor aplicável à categoria dos bancários – de elevado grau de complexidade e de especificidade em relação à situação individual de cada empregado, e, por isso mesmo, mais suscetível a resultados equivocados.

Em síntese, no tocante à **primeira questão jurídica relevante, discordo** do Exmº Ministro Relator, data venia, acerca do alcance das normas jurídicas em foco: entendo que as cláusulas dos ACT's e das CCT's comportam interpretação restritiva, mais afinada ao contexto em que firmadas e em observância ao princípio da boa fé objetiva, no



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

sentido de que ali se assegurou tão-somente a repercussão no sábado de horas extras prestadas durante toda a semana.

*Das razões pelas quais não compartilho da premissa **exposta no duto voto do Exmo. Ministro Relator, de que 'as partes objetivaram definir os sábados como dias de repouso semanal remunerado' "***

Destaco, porém, que, a partir da fundamentação desenvolvida a seguir, a natureza jurídica atribuída ao sábado deixa de ter relevância para a definição do divisor aplicável às horas extras do bancário, na medida em que o este Tribunal sempre utilizou o critério de cálculo definido no artigo 64 da CLT.

#### 4. FUNÇÃO DO DIVISOR NO CONTEXTO DA QUESTÃO JURÍDICA OBJETO DA CONTROVÉRSIA

Como assinalado, o cerne da controvérsia não diz respeito ao divisor propriamente dito, mas ao valor da hora normal de trabalho do bancário e se este sofre influência pelo aumento do número de dias de repouso remunerado por semana.

Não é, portanto, debate meramente aritmético, embora, como ressaltado pelo servidor Igor de Oliveira Zwicker, Especialista na Área de Cálculos do TRT-8, na audiência pública, "o Direito dialoga com a Matemática, na medida em que o divisor não é um direito [...] é um mero cálculo lógico, matemático, aritmético",

**Assim deve ser compreendida a controvérsia. Não está em jogo o divisor; ele ocupa papel acessório. Busca-se identificar o valor unitário da hora-normal trabalhada, para os empregados que percebem salário mensal, e, para tanto, o divisor é a ferramenta necessária para o cálculo aritmético.**

Mais ainda, o raciocínio aplicado ao caso em exame deve guardar coerência com os critérios adotados para o mesmo cálculo nas demais categorias profissionais, em sendo os empregados mensalistas,



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

observadas, tão somente, as peculiaridades que eventualmente existam em cada uma delas.

#### 5. DISCIPLINA NORMATIVA DA JORNADA DE TRABALHO DO BANCÁRIO - SUCESSIVAS ALTERAÇÕES DA REDAÇÃO DO ARTIGO 224 DA CLT

Para se definir o alcance da vontade das partes ao pactuarem a alteração dos parâmetros de remuneração dos dias de sábado do bancário, necessário se faz analisar, antes, a regência legal atribuída ao tema.

Em trabalho publicado na Revista deste Tribunal (Jornada especial dos bancários. "Revista TST", Brasília, v. 75, n. 2, abr/jun 2009, p. 17-20), o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga traçou a evolução histórica das normas que regeram a duração do trabalho dos bancários, assim resumida nas sucessivas redações do artigo 224 da CLT:

- até 1933, estavam integrados no regime de enquadramento sindical dos comerciários, inexistindo regra especial;

- por meio do Decreto n. 23.322, de 3/11/1933, a duração foi fixada em 6 horas diárias e 36 semanais, em virtude do desgaste físico e mental "provocado pela tarefa cotidiana de exercer função voltada ao recebimento e pagamento de grandes somas em dinheiro, onde a concentração para evitar incorreções causava sofrimento maior", além da possibilidade de lesões na coluna pelo trabalho permanentemente sentado. Também aponta reivindicação a cargo dos bancários de São Paulo, inclusive com a primeira greve da categoria (em 1932), motivada, também, por melhoria das condições sanitárias, diante da elevada incidência de tuberculose e neurose. Confirma-se a redação do dispositivo: "Art. 224. Para os empregados em Bancos e casas bancárias será de **seis horas por dia ou trinta e seis horas semanais a duração normal de trabalho**, excetuados os que exercerem as funções de direção, gerência, fiscalização, chefes e ajudantes de secção e equivalentes, ou desempenharem outros cargos de confiança, todos com vencimentos superiores aos dos postos efetivos";

- com a vigência da CLT, em 1943, foram preservados os limites já fixados;

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

- em 1952, a duração semanal foi reduzida para 33 horas, mantida a jornada de 6, de segunda a sexta, e 3, aos sábados (alteração promovida pela Lei n. 1.540, de 3/01/1952): "Art. 224. O horário diário para os empregados em Bancos e Casas Bancárias, será de **seis horas contínuas, com exceção dos sábados, cuja duração será de três horas, perfazendo um total de trinta e três horas de trabalho por semana.**" ;

- em 1969, nova alteração no limite semanal, fixado em **30 horas** (Decreto-lei n. 229, de 28.2.1969), regra que se mantém desde então: "Art. 224. A duração normal do trabalho dos empregados em bancos e casas bancárias será de **seis horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de trinta horas de trabalho por semana.**" ;

Seja pelo fundamento biológico, seja pela conquista da categoria profissional, é inegável o tratamento especial atribuído aos bancários, no sentido da redução do limite semanal para o trabalho normal, diante do desgaste provocado pela atividade, antes, motivada por algumas enfermidades psicológicas (neurose) ou infectocontagiosas (tuberculose), hoje, marcada pelos elevados índices de doenças resultantes do esforço repetitivo e exigência de agilidade pelo uso do computador e doenças psíquicas provocadas pelo atingimento de metas, como ressalta Marco Aurélio Aguiar Barreto ("Da análise sobre a jornada de trabalho dos bancários - a discussão sobre o exercício de cargos de confiança - horas extraordinárias". *Revista DTr*, v. 75, n. 9, setembro de 2011, p. 1.071-1.072), às quais se somam o assédio moral, a síndrome do pânico, a hipertensão e as doenças cardiovasculares, acrescenta o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga no trabalho referido (p. 20).

Mencione-se, pela importância no debate, a Lei n. 4.178, de 11/12/1962, que proibiu os estabelecimentos bancários de funcionarem aos sábados, em expediente interno ou externo ("Art. 1º Os estabelecimentos de crédito não funcionarão aos sábados, em expediente externo ou interno") ;



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

#### 6. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TST QUANTO À DEFINIÇÃO DO DIVISOR A SER UTILIZADO NO CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS

A jurisprudência dos tribunais sempre adotou, para efeito de definição do valor da hora-normal de trabalho do empregado, a fórmula prevista no artigo 64 da CLT.

No caso dos bancários, a mencionada Lei n. 4.178/1962 provocou discussões a respeito de haver consagrado mais um dia de repouso, na medida em que veda qualquer possibilidade de realização de trabalho externo ou interno no sábado, **tese que não encontrou eco na jurisprudência dos tribunais trabalhistas**, posteriormente consolidada na **Súmula n. 113** desta Corte, que o definiu como dia "útil não trabalhado" e também reconheceu não ser remunerado.

Percebe-se que houve, de fato, pelo legislador, tratamento particularmente diferenciado: do enquadramento como comerciários, sujeitos aos mesmos limites diário e semanal, os bancários passaram a dispor de regras específicas quanto à duração semanal e à proibição de funcionamento aos sábados.

Por conseguinte, manteve-se na jurisprudência o reconhecimento da **composição da semana em 6 dias úteis, apenas um deles sem labor** e, como ressaltado em um dos precedentes que deram origem à citada Súmula n. 113 (TST-RR-3031/78, 3ª T, Rel. Min. Expedito Amorim, em 29/03/1979), **seria sem remuneração**, a partir da compreensão de que a remuneração do repouso é definida em regra própria e se limita a um dia, independentemente do fato de o empregado não laborar em outros dias da semana.

Nesse julgado, **reconheceu-se que o direito ao descanso não se confunde com o direito à remuneração a ele atribuída**, definida na Lei n. 605/49 e restrita a um dia por semana; os demais dias nos quais não houver trabalho serão considerados úteis sem remuneração, porque não compreendidos naqueles reservados ao descanso, consoante previsão contida no artigo 67 da CLT; o empregado não trabalha e o pagamento não lhe é devido, como ressalta trecho que transcrevo, com destaques:

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

“Havendo, pois, o repouso obrigatório sido fixado para todas as categorias profissionais em 24 horas, embora proibido o trabalho aos sábados dos bancários, este é de ser considerado dia útil.

Face do art. 67 da CLT, desde a sua entrada em vigor, ao trabalhador foi assegurada (sic) vinte e quatro horas de descanso semanal, que, contudo, não era devidamente remunerado.

Somente com a promulgação da Lei n. 605/49, é que o repouso passou a ser devidamente remunerado, sendo que o descanso aos sábados para o bancário é de equivaler aos descansos assegurados pelo art. 67 da CLT, antes da Lei 605/49, isto é, descanso sem remuneração.

Assim, valendo-se o bancário de jornada reduzida de cinco dias por semana, face a proibição do trabalho aos sábados, **esse dia é considerado como dia útil, apenas para descanso, não comportando remuneração**, eis que a lei restringe o pagamento tão somente aos domingos e feriados.

Logo, em que pese a proibição do trabalho aos sábados para esta categoria, **isso não resultou em conversão em dia de repouso semanal**, pelo que, não pode sobre o mesmo incidir horas extra habituais trabalhadas”.

Comprova essa assertiva precedente em sentido diverso resultante do mesmo debate, também incluído entre os que deram origem à súmula mencionada, que se baseou no argumento de que o sábado estava incluído no repouso semanal remunerado do bancário e, por conseguinte, o divisor a ser utilizado deveria ser 150 (RR 2148/1979, 3ª Turma, Ministro Luiz Roberto de Rezende Puech, em 12.09.1980).

A tese foi centrada nos seguintes fundamentos:

- a) o artigo 67 da CLT não atribui direito à remuneração dos dias destinados ao repouso;
- b) o direito à remuneração do repouso está restrito a um dia por semana, na forma prevista na Lei n. 605/1949;
- c) o descanso aos sábados dos bancários equivale aos dias de descanso previstos no artigo 67 da CLT e, por isso, não é convertido em repouso semanal com remuneração devida pelo empregador;
- d) o divisor, para cálculo do salário-hora do bancário **(180)**, é obtido mediante a multiplicação da jornada normal **(6)** pelo número de dias do mês **(30)**.





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Apesar desses fundamentos, **solidificou-se no Tribunal a compreensão de que o valor do salário-hora normal seria definido com base na regra fixada no caput do artigo 64 da CLT**, segundo a qual, para o empregado mensalista, é fruto da divisão do **salário mensal por divisor** resultante da multiplicação da **jornada normal** (prevista no artigo 58 da CLT para os empregados não sujeitos a regra especial) por **30** vezes o número de horas dessa duração, estas equivalentes ao número de dias do mês:

“Art. 64 - O **salário-hora normal**, no caso de empregado **mensalista**, será obtido dividindo-se o **salário mensal** correspondente à **duração do trabalho**, a que se refere o art. 58, por **30 (trinta)** vezes o número de horas dessa duração.”

Pode-se perceber que o legislador, ao definir **multiplicador fixo (30)**, desprezou, por ficção e em vetusta regra, o número de dias efetivamente existentes em cada mês e, **de forma coerente**, manteve esse parâmetro para outros fins, como no cálculo do salário por tarefa, no caso da antiga indenização do tempo de serviço (§ 5º do artigo 478 da CLT), e no valor devido a título de aviso prévio para empregados mensalistas (artigo 487), dentre outras hipóteses.

Também se extrai da mesma regra a conclusão de que o **cálculo do salário hora-normal era definido independentemente da quantidade de dias úteis ou de repouso havidos na semana ou no mês, e para definição do divisor era suficiente multiplicar o número de horas normais trabalhadas em cada dia (6, no caso do bancário) pelo número de dias do mês (30). Obtinha-se, então, 180 como divisor.**

As fórmulas podem assim ser representadas:

a) para o divisor:

$$D = JN \times 30$$

**D** = divisor

**JN** = jornada normal







PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

O divisor, para cálculo do salário-hora do bancário, é 180, isto é, o produto da multiplicação do número de horas da jornada diária pelo número de dias do mês.

Revista conhecida e provida" (RR-1228/79, 2ª T, Rel. Min. Nelson Tapajós, em 24/09/1979).

Consta do voto condutor:

"Para obtenção do divisor, multiplica-se o número de horas trabalhadas por dia pelo número de dias do mês. No caso do bancário, o divisor é 180, ou seja, o seu salário mensal deverá ser dividido por 180, para ser encontrado o valor-hora, eis que o sábado integra o cálculo e o salário mensal".

O mesmo critério foi adotado para os bancários ocupantes de cargos de confiança, sujeitos à jornada normal de oito horas (Súmula n. 267, editada em 1987 e revista em 2003 pela **Súmula n. 343**, em decorrência da alteração no divisor promovida pela Constituição de 1988, ao implantar o limite semanal de 44 horas): "BANCÁRIO. HORA DE SALÁRIO. (cancelada) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. O bancário sujeito à jornada de 8 (oito) horas (art. 224, § 2º, da CLT), após a CF/1988, tem salário-hora calculado com base no divisor 220 (duzentos e vinte), não mais 240 (duzentos e quarenta)", súmula esta cancelada em 2012.

Essa modificação no parâmetro de cálculo ocorrida em 1988 adveio do inciso XIII do artigo 7º da Constituição da República, ao limitar a duração semanal em 44 horas. Com isso, **não mais se tornou possível, apenas para essa situação fática** (empregados sujeitos à jornada normal de oito horas e labor em seis dias), a incidência da regra citada e **se introduziu novo procedimento para efeito de cálculo:** duração semanal dividida por 6 dias e o resultado multiplicado por 30, em virtude de haverem sido introduzidos dois limites para a duração normal do trabalho (diário de 8 e semanal de 44 horas), como representado na fórmula a seguir:

- para a definição da jornada normal:

$$\boxed{JN = HTS : DU}$$



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

JN = jornada normal  
HTS = horas trabalhadas por semana  
DU = dias úteis

Em números:

$$44 \text{ (HTS)} : 6 \text{ (DU)} = 7,34^* \text{ (JN)}$$

(\* 7,34 equivale a 7 horas e 20 minutos)

b) para o divisor:

$$D = \text{JN} \times 30$$

D = divisor  
JN = jornada normal  
30 = multiplicador fixo, correspondente aos dias do mês

Em números:

$$7,34 \text{ (JNP)} \times 30 = 220 \text{ (D)}$$

Seguia-se, por conseguinte, o mesmo parâmetro de cálculo adotado para **todos os empregados que possuíam um único dia de repouso por semana.**

A segunda alteração significativa ocorreu quando o Tribunal examinou a questão pertinente ao empregado que, embora sujeito aos mesmos limites normais, tem a duração semanal reduzida para 40 horas, trabalhando oito horas de segunda à sexta e sem labor aos sábados.

Novamente a tese do divisor a ser adotado para cálculo da hora-normal de trabalho veio à tona e diversos foram os julgados que afirmaram não ter havido qualquer modificação na quantidade de dias de repouso, definidos na Lei n. 605/1949. Ocorreu, apenas, a suspensão do trabalho em um dos dias da semana; por isso, **o número de horas de trabalho** Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

semanal deveria ser distribuído entre 6 dias e, em consequência, obtida jornada média fictícia que, multiplicada por 30, definiria o divisor, como consagrado na Súmula n. 431, editada em setembro de 2012:

“SALÁRIO-HORA. EMPREGADO SUJEITO AO REGIME GERAL DE TRABALHO (ART. 58, *CAPUT*, DA CLT). 40 HORAS SEMANAIS. CÁLCULO. APLICAÇÃO DO DIVISOR 200 (redação alterada na sessão do tribunal pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Para os empregados a que alude o art. 58, *caput*, da CLT, quando sujeitos a **40 horas semanais de trabalho**, aplica-se o divisor 200 (duzentos) para o cálculo do valor do salário-hora.”

Observe-se que da Súmula consta expressa referência ao artigo 58 da CLT, ou seja, **destina-se exclusivamente aos empregados sujeitos ao regime geral de trabalho cuja duração semanal do trabalho é reduzida, de 44 (por força de mandamento constitucional) para 40 horas.**

A leitura da referida Súmula permite concluir, com clareza, que o Tribunal, **que até então adotava a regra prevista no artigo 64 da CLT para obtenção do salário-hora normal e, em consequência, definir o divisor, modificou o critério de apuração, unicamente para essa hipótese fática, repita-se.**

Explico.

Se fosse preservado o critério até então adotado (horas/dia x 30), sem ser influenciado pelo número efetivo de dias de trabalho por semana, o divisor, também nesse caso, seria definido pela mesma regra, ou seja, 8 horas/dia x 30, resultado: 240 (reduzido para 220, em função do limite constitucional), **o que significava concluir que a redução do número de horas de trabalho por semana, sem modificação do limite diário, não afetaria o cálculo da hora-normal de trabalho**, argumento sustentado na audiência pública pelo servidor Carlos Alberto Faes Marques de Oliveira, do TRT da 5ª Região.

Contudo, **não é essa a tese que o Tribunal vem adotando desde a edição da citada Súmula n. 431, como comprovam alguns dos precedentes que lhe deram origem:**

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

“HORAS EXTRAS - DIVISOR. Sendo a jornada semanal de trabalho do empregado de quarenta horas, conforme pactuado entre as partes, através de acordo coletivo, não haveria como se considerar que fosse aplicado, para se

calcular o seu salário-hora, o divisor duzentos e vinte, conforme a atual Constituição Federal prevê, mas, sim, de duzentos, em decorrência da redução de jornada. Revista da Reclamada conhecida e desprovida. (RR-319.242/96, Ac. 2ª Turma, Rel. Ministro Valdir Righetto, DJ 19/5/2000)”;

“RECURSO DE EMBARGOS. HORAS EXTRAS. DIVISOR 200. CARGA HORÁRIA SEMANAL DE 40 HORAS. DESPROVIMENTO. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XIII, estabelece carga horária semanal de 44 horas, para a qual deve ser utilizado o divisor 220, a fim de se obter o valor do salário-hora, conforme a previsão contida no artigo 64 da CLT. Sendo a jornada de trabalho semanal de 40 horas, deve ser aplicado o divisor 200, como corolário lógico da redução de jornada. (RR - 73500-35.2005.5.12.0012 . Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 27/02/2007, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: DJ 09/03/2007)”;

“RECURSO DE REVISTA. DIVISOR. HORAS EXTRAS. CARGA SEMANAL DE QUARENTA HORAS SEM TRABALHO AOS SÁBADOS. Nos termos do art. 64 da CLT, o divisor para o cálculo do salário-hora será obtido com o produto da jornada regular de trabalho multiplicado por 30, no caso de empregados mensalistas. **O produto alcançado, na situação do reclamante, que trabalha 40 horas semanais sem trabalho aos sábados (6h40min/dia), é exatamente 200 horas e deve ser considerado como divisor para o cálculo das horas extras.** Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. RR - 23200-47.2007.5.12.0029 . Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 06/04/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011 - com negrito).

No último deles, destaco trechos do voto condutor, da lavra do Ministro Augusto César de Carvalho:

“O entendimento predominante nesta Corte Superior é de que para os trabalhadores sujeitos à jornada de 40 (quarenta) horas semanais aplica-se o divisor 200 (duzentos) no cálculo das horas extras. O divisor 220 (duzentos e



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

vinte) restringe-se àqueles que laboram 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

Conforme consignado nos autos, incontroverso que o autor, apesar de submetido à jornada de oito horas, cumpria jornada semanal de quarenta horas, porquanto não trabalhava aos sábados.

A dispensa do trabalho aos sábados, analisada à luz do princípio da primazia da realidade, leva à inarredável conclusão de que a jornada média diária era inferior a oito horas, mais precisamente 6h40min (resultado da divisão de 40 horas por seis dias úteis da semana).”(negritos postos).

Nos termos do art. 64 da CLT, o divisor para o cálculo do salário-hora será obtido com o produto da jornada regular de trabalho multiplicado por 30, no caso de empregados mensalistas, como o autor da presente ação. O produto alcançado é exatamente 200 horas (jornada mensal efetivamente trabalhada) e deve ser considerado como divisor para o cálculo das horas extras.

[...]

Cumprido destacar, ainda, os diversos precedentes da SBDI-1, constantes do rol de Temas não convertidos em OJ sob o n.º 399, a saber: ERR 201100-88.2003.5.02.0464 - Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 05.03.2010; ERR 80521/2003-900-12- 00.1 - Min. Lelio Bentes Corrêa, DJET 28.08.2009; ERR 3381/2001-018-12-00.0 - Min. Maria de Assis Calsing, DJ 07.08.2009; ERR 5298/2000-018-12-00.5 - Min. Maria de Assis Calsing, DEJT 29.05.2009; EEDRR 2809/2005-038-12-00.6 - Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT 13.03.2009, ERR 632650/2000 - Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 21.11.2008; ERR 337/2003- 076-15-00.5 - Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 03.10.2008.”

Fundamentação e explicação didática no voto condutor do Ministro Brito Pereira ( E-ED-RR- 4.997/2005-035-12-00.8), no qual cita diversos precedentes da SBDI-I:

“A reclamada sustenta que o divisor a ser aplicado é o 220, pois, segundo entende, a dispensa do trabalho aos sábados não faz deduzir-se necessariamente que o empregado esteja submetido ao regime de 40 horas semanais. Aponta ofensa ao art. 7º, inc. XIII, da Constituição da República.

O divisor 220 foi estabelecido tendo em vista uma jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais. Assim, como consequência lógica da redução da jornada semanal para 40 horas, deve ser adotado o divisor 200 para o cálculo do salário-hora. Ressalte-se que segundo Valentín Carrion, “antes da CF de 1988, a operação aritmética era indiscutível, por ser a jornada de 8 horas sem limite semanal de 44, o que apontava mensalmente 240 horas. A modificação



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

constitucional, apesar de não haver qualquer suporte legal em contrário, modifica a realidade para minimizar a existência efetiva da jornada diária, prevalecendo uma verdadeira 'jornada' semanal (...)"

Portanto, para se encontrar o divisor para o cálculo do salário-hora divide-se o número de horas da jornada semanal pelo número de dias úteis da semana e multiplica-se o valor apurado pelos 30 dias do mês. Assim, na hipótese dos autos, considerando-se a jornada mensal (sic) de 40 horas e os seis dias úteis da semana, encontra-se o divisor 200 para o cálculo do salário-hora.

Dessa forma, esta Corte pacificou o entendimento de que deve ser utilizado o divisor 200 para o cálculo do salário-hora de uma jornada semanal de 40 horas. Nesse sentido são os seguintes precedentes:

"RECURSO DE EMBARGOS. HORAS EXTRAS. DIVISOR 200. CARGA HORÁRIA SEMANAL DE 40 HORAS. DESPROVIMENTO. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XIII, estabelece carga horária semanal de 44 horas, para a qual deve ser utilizado o divisor 220, a fim de se obter o valor do salário-hora, conforme a previsão contida no artigo 64 da CLT. Sendo a jornada de trabalho semanal de 40 horas, deve ser aplicado o divisor 200, como corolário lógico da redução de jornada" (E-RR-735/2005-012-12- 00, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 9/3/2007).

"EMBARGOS HORAS EXTRAS TRABALHO SEMANAL DE 40 (QUARENTA) HORAS DIVISOR 200 (DUZENTOS) Se, na negociação coletiva, não há estipulação específica acerca do divisor de hora extra a ser utilizado, impõe-se a utilização do divisor 200 nas hipóteses de ajuste de carga semanal de trabalho de 40 horas. Precedentes da C. SBDI-1" (E-RR-637.551/2000, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJ 17/2/2006).

"EMBARGOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT. HORAS EXTRAS. JORNADA SEMANAL DE 40 HORAS. DIVISOR 200. Cumprindo o empregado jornada de 40 horas semanais e oito horas diárias, o divisor a ser aplicado no cálculo do salário-hora deve ser o 200, e não 220. A adoção do divisor 220 resultou da introdução da jornada semanal de quarenta e quatro horas, operada pela Constituição de 1988. Não há de se falar, portanto, em violação dos incisos XIII e XXVI do artigo 7º da Constituição da República. Embargos não conhecidos" (E-RR-49.032/2002-900-02-00, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 6/8/2004)"

A discussão, nessa oportunidade, foi oriunda de decisões dos TRTs que alteraram o divisor (para 200), mantidas pelo TST, ou preservaram o critério indicado no artigo 64 (220), estas reformadas.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

A partir de então, adotou-se o entendimento de que, no caso dos empregados sujeitos aos limites normais de 8 horas/dia e 44 horas/semana que obtivessem redução da duração semanal do trabalho, o limite diário seria definido em função do número de dias úteis da semana, ainda que não trabalhados, como uma espécie de "compensação" na distribuição da carga semanal; na hipótese, laboravam em apenas 5 dias (já que não o faziam aos sábados), mas no cálculo as 40 horas eram distribuídas por 6 dias. Criou-se **jornada normal ficta**, a qual seria multiplicada por 30, chegando-se ao divisor.

As fórmulas passaram a ser, nesses casos:

a) para a jornada normal ficta:

$$\text{JNF} = \text{HTS} : \text{DU}$$

JNF = jornada normal ficta

HTS = horas trabalhadas por semana

DU = dias úteis

Em números:

$$40 (\text{HTS}) : 6 (\text{DU}) = 6,67^* (\text{JNF})$$

(\*6,67 equivale a 6 horas e 40 minutos)

b) para o divisor:

$$\text{D} = \text{JNF} \times 30$$

D = divisor

JNF = jornada normal ficta

30 = multiplicador fixo, correspondente aos dias do mês

Em números:





Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.61

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

$$6,67 \text{ (JNF)} \times 30 = 200 \text{ (D)}$$

c) para o salário-hora normal:

$$\text{SHN} = \text{SM} : \text{D}$$

SHN = salário-hora normal

SM = salário mensal

D = divisor.

Em números (salário fictício de R\$ 3.000,00):

$$3.000,00 \text{ (SM)} : 200 \text{ (D)} = 15,00 \text{ (SHN)}$$

**Afirmou também o Tribunal que o entendimento firmado não seria aplicável aos bancários**, tendo em vista as "peculiaridades da categoria", como destacado em outro acórdão que serviu de suporte à aludida Súmula n. 431, no caso o E-RR-735/2005-012-12-00.0, relatado pelo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, em passagem que transcrevo:

"A reclamada apresenta recurso de embargos, pelas razões de fls. 164-169, apontando violação dos artigos 896, "c", da CLT e 7º, XIII, da Constituição Federal e 1º da Lei nº 605/49. Afirma que **a jornada de trabalho do autor é de 44 horas semanais, uma vez que o sábado é considerado útil e que somente por liberalidade empresarial é que os empregados não trabalham aos sábados.**

Sem razão a reclamada.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XIII, estabeleceu a carga horária semanal de 44 (quarenta e quatro) horas, para a qual deve ser utilizado o divisor 220, a fim de obter o valor do salário-hora, conforme a previsão contida no artigo 64 da CLT.

Após o advento da Constituição Federal, o empregado sujeito à jornada de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, tem seu salário-hora calculado com base no divisor 220 horas.

Em sendo a jornada de trabalho semanal de 40 (quarenta) horas, no entanto, a ilação que se extrai é a aplicação do divisor 200, como corolário





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

lógico da redução de jornada, não se admitindo conclusão diversa, nos termos da legislação que rege a matéria (artigos 64 c/c 58 da CLT).

Situação diversa é aquela constante da Súmula nº 343 dessa C. Corte, direcionada, específica e expressamente, aos bancários, consideradas as peculiaridades da categoria, não havendo como se cogitar de aplicação analógica e extensiva a outros empregados.

No caso dos autos, como a jornada do reclamante era de 40 (quarenta) horas semanais, (oito horas diárias de segunda à sexta-feira) segundo notícia o v. acórdão proferido pelo Eg. Tribunal Regional, para o cálculo do salário-hora deve ser utilizado o divisor 200, em razão da redução da jornada de trabalho.”

Compreende-se que as peculiaridades mencionadas se referem ao fato de: a) representar melhoria, quando comparado o trabalho com aquele desenvolvido pelos empregados submetidos à regra geral (artigos 7º, XIII, da Constituição e 58 da CLT); e b) o sábado do bancário possuir tratamento específico em lei.

Assim, desde a edição da Súmula n. 431, o Tribunal firmou duas teses distintas referentes à apuração do divisor para definição do valor da hora normal de trabalho:

a) empregados sujeitos ao limite semanal normal e com trabalho em todos os dias úteis: jornada normal multiplicada por 30, critério adotado para os bancários submetidos à jornada normal de 6 horas (a Súmula n. 124, dirigida ao bancário, reproduziu critério geral do artigo 64 da CLT). O mesmo procedimento era adotado para os ocupantes de cargo de confiança, submetidos ao limite diário de 8 horas;

b) empregados sujeitos à regra geral, mas com limite semanal reduzido de 40 horas: jornada normal ficta multiplicada por 30 (Súmula n. 431).

Por volta do ano 2000, começaram a surgir no TST decisões que apreciaram a tese referente à interpretação das normas coletivas dos bancários que instituíram o direito à repercussão das horas extras habituais nos sábados, tema central da questão jurídica debatida.

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

A primeira que examinou o mérito (RR-523664-22.1998.5.09.5555, Rel. Min. Vantuil Abdala, 2ª T, DJ 20/10/2000), apesar de haver preservado o entendimento contido na Súmula n. 124, **chancelou o cálculo efetuado pelo TRT**, que levou em consideração o **número de dias úteis da semana**, tendo em vista haver consagrado o **sábado como dia de repouso**, o que não acarretaria modificação no cálculo do divisor até então utilizado (180), invocando-se a aplicação da Súmula n. 124.

A jurisprudência, contudo, trilhou caminho diverso e aos poucos se consolidou no sentido de **reconhecer a existência de distinção**, diante da alteração do quadro fático relativamente à existência de dois dias de repouso, como previsto na norma coletiva, o que afastaria o parâmetro geral criado pelo artigo 64, já mencionado, culminando com a alteração, em **setembro de 2012**, da Súmula n. 124, desdobrada em dois itens, o primeiro dos quais tratando especificamente da nova hipótese (definição do divisor para cálculo da hora extra do bancário, no caso de norma coletiva que define o sábado como dia de repouso remunerado):

“BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I – O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será:

- a) 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do art. 224 da CLT;
- b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.

II – Nas demais hipóteses, aplicar-se-á o divisor:

- a) 180, para os empregados submetidos à jornada de seis horas prevista no caput do art. 224 da CLT;
- b) 220, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.”



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Diante da ausência, no texto da Súmula, dos seus fundamentos determinantes, impõe-se a análise dos acórdãos indicados como precedentes, colhidos no sítio deste Tribunal na internet.

Inicialmente, os da SbDI-I, em ordem cronológica de julgamento:

a) **E-ED-ED-RR-197100-20.2005.5.02.0482** (Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SbDI-I, **julgado em 18/08/2011**): primeiro precedente da SbDI, reitera a aplicação das Súmulas n. 113 e 124 na situação anterior. Como fundamento, menciona que "a obtenção do divisor aplicável à jornada de trabalho dos bancários é obtida por meio da **divisão entre o número de horas trabalhadas durante a semana, pelo número de dias efetivamente trabalhados, multiplicado pelo número de dias do mês (30/5 X 30 = 180)**"; quanto à nova hipótese, invoca que deve ser prestigiada a norma coletiva: "No caso dos autos, de outro lado, tem-se que a incidência do divisor 150 se deu por força de norma coletiva, que expressamente determinou a repercussão de horas extraordinárias nos repousos semanais remunerados, inclusive sábados. Diante dessa particularidade, não vislumbro seja o caso de aplicação do divisor 180, previsto na Súmula 124 do TST, mas sim o de prestígio ao que consagrou a norma coletiva da categoria, motivo pelo qual se deve aplicar, na situação em comento, o divisor 150." **Não houve definição de parâmetros de cálculo;**

b) **E-ED-RR-71200-49.2008.5.10.0013** (Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, SbDI, **julgado em 24/11/2011**): no segundo precedente, identificam-se outros fundamentos e critérios para a Súmula n. 124, embora conduzindo ao mesmo resultado. Diferentemente da divisão da **carga semanal (30) por dias efetivamente trabalhados (5)** e resultado **multiplicado por 30**, afirmados anteriormente, invocou-se a divisão por **dias úteis (6, em virtude de ser incluído o sábado)** e resultado **multiplicado por 30**: "Assim, laborando **6 (seis) horas em cada dia útil, considerando-se os sábados como de 6 (seis) horas, e multiplicando-se essas horas por 30 (trinta)**, número de dias do mês, chega-se no **divisor 180**, que deve ser aplicado no cálculo das horas extras do empregado bancário para saber o valor da hora normal (Súmula 124 do TST)".



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Para a nova hipótese, afirma-se que se deve levar em consideração a **carga semanal efetivamente laborada** e não a fictícia: “[...] nos casos dos empregados bancários cujo contrato de trabalho é regido por norma coletiva que inclui os sábados como dia de repouso remunerado, a **carga horária semanal** deve ser aquela **efetivamente laborada**. No cálculo das horas extras, leva-se em conta o **número real de horas trabalhadas** (trinta horas), e **não o fictício de 36 (trinta e seis) horas**. Assim o **divisor** a ser aplicado no cálculo do valor da hora extra é **150**, e não 180”. Citou o precedente anterior;

c) **E-RR-53200-67.2004.5.02.0464** (Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, SbDI, I, **julgado em 10/05/2012**): no terceiro, o Ministro Relator ressaltou entendimento pessoal quanto à caracterização do sábado como dia de repouso pelas normas coletivas e seguiu a jurisprudência da SbDI quanto ao tema, mencionando, além dos dois precedentes indicados acima, outro da relatoria do Ministro Augusto César, que consagra idênticos fundamentos: E-ED-RR- 93500-69.2004.5.15.0089, SbDI-I, julgado em 06/10/2011;

d) **E-RR-74500-56.2007.5.15.0064** (Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, **julgado em 25/05/2012**): o quarto e último baseia-se nos mesmos fundamentos adotados pelo Ministro Augusto César, acima citados, mas em outro acórdão da SbDI-I (E-RR-250700-26.2006.5.15.0007, Rel. Min. Augusto César, julgado em 01/12/2011), ao afirmar que deve ser utilizada a regra de cálculo prevista na Súmula n. 124 (jornada multiplicada por 30 - critério do artigo 64 da CLT) e, na outra hipótese, “leva-se em conta a **carga horária real de 30 (trinta) horas** que os bancários efetivamente laboravam, e **não a fictícia carga horária de 36 (trinta e seis) horas**” e afastou o argumento de que deveria haver expressa previsão do divisor 150 na norma coletiva; citou precedentes da SbDI.

Os precedentes das Turmas, quanto à ausência de previsão em norma coletiva, **ratificaram a prevalência do critério previsto no artigo 64 da CLT** e, em relação à hipótese prevista no item I, afastaram a incidência do entendimento contido na Súmulas n. 113 e 124 e com variados fundamentos:

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

a) **divisão por 6 da carga semanal de trabalho e multiplicação por 30**: RR-131900-54.2007.5.15.0023, 1ª T, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa;

b) **a alteração da natureza jurídica pela norma coletiva altera o limite semanal, que passa a desconsiderar as horas referentes ao sábado**: RR-23900-25.2004.5.02.0411, 1ª T, Rel. Min. Philippe Vieira de Mello Filho;

c) **duração do trabalho semanal (30) equivalente a 150 horas/mês** (cinco semanas por mês): RR-1556-84.2010.5.10.0001, 2ª T, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta;

d) **aplicação da norma mais favorável**: RR-4100-65.2006.5.02.0047, 5ª T, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda; RR-90300-15.2007.5.10.0016, 5ª T, Rel. Min. Emmanoel Pereira; RR-252400-46.2005.5.02.0003, 7ª T, Rel. Min. Pedro Paulo Mannus;

e) **previsão do sábado como dia de repouso em norma coletiva**: RR-1382-42.2010.5.10.0012, 6ª T, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga;

f) **carga horária semanal e divisor 150** (acatamento da jurisprudência da SbdI, por disciplina judiciária): ARR-424-65.2010.5.03.0072, 8ª T, Rel. Min. Dora Maria da Costa.

Os demais, não conheceram dos recursos, ou por não reconhecerem contrariedade às Súmulas n.s 113 e 124, ou por invocarem a jurisprudência pacificada: RR-64600-81.2009.5.10.0011, 2ª T, Rel. Min. Caputo Bastos; RR-190400-31.2009.5.10.0008, 3ª T, Rel. Min. Horácio Pires; RR 136900-36.2005.5.02.033, 3ª T, Rel. Min. Alberto Bresciani;

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/vef/infra> sob o código 00000000000000000000000000000000



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

RR-14400-14.2007.5.10.0020, 6ª T, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado;  
e RR-85400-10.2007.5.10.0009, 8ª T, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro.

**6.1. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES CONTIDOS  
NOS PRECEDENTES DA SÚMULA N. 124, ITEM I, "A" E "B"**

Com a alteração promovida na Súmula n. 124, passaram a ser três as teses referentes à apuração do divisor para definição do valor da hora-normal de trabalho incorporadas à jurisprudência sumulada do TST:

a) empregados sujeitos ao limite semanal normal e com trabalho em todos os dias: jornada normal multiplicada por 30, critério adotado para os bancários submetidos à jornada normal de 6 horas (Súmula n. 124, item II, "a" e "b", dirigida ao bancário, mas reproduzindo critério geral do artigo 64 da CLT). O mesmo procedimento era adotado para os ocupantes de cargo de confiança, submetidos ao limite diário de 8 horas;

b) empregados sujeitos à regra geral quanto à duração (artigos 7º, XIII, da Constituição e 58 da CLT), mas com limite semanal reduzido para 40 horas: jornada normal ficta multiplicada por 30 (Súmula n. 431);

c) bancários regidos por norma coletiva que reconheceu o sábado como dia de repouso semanal remunerado: carga semanal dividida pela quantidade de dias úteis e o resultado multiplicado por 30 (Súmula n. 124, item II, "a" e "b", decorrente do artigo 7º, XIV, da Constituição).

Exposta a fundamentação, impõe-se examiná-la, em especial à luz do parâmetro de coerência indicado no artigo 926 do CPC, já aludido.

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Em relação aos divisores 180 e 220 para a situação fática prevista no item II, "a" e "b", da citada Súmula n. 124, há torrencial jurisprudência do Tribunal afirmando incidir a previsão contida no artigo 64 da CLT, regra aplicável aos trabalhadores em geral, ou seja, todos aqueles que cumprem os limites diário e semanal normais e possuem um dia de repouso semanal remunerado.

Portanto, reafirma-se a atual, reiterativa e notória jurisprudência do Tribunal no sentido de que, nessa hipótese, os bancários encontram-se regidos pelo artigo 64 da CLT e se submetem ao parâmetro geral de cálculo do divisor, reproduzido na fórmula já apresentada acima, ora repetida:

a) para o divisor:

$$D = JN \times 30$$

D = divisor

JN = jornada normal

30 = multiplicador fixo, correspondente aos dias do mês

Em números:

$$6 (JN) \times 30 = 180 (D)$$

b) para o salário-hora normal:

$$SHN = SM : D$$

SHN = salário-hora normal

SM = salário mensal

D = divisor

Em números (salário fictício de R\$ 3.000,00):





Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

Fis:69

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

**3.000,00 (SM) : 180 (D) = 16,67 (SHN)**

Em relação aos ocupantes de cargo de confiança, o raciocínio é idêntico, observada a limitação semanal introduzida pela Constituição (44 horas), a qual alterou o jornada máxima normal a ser utilizada para 7 horas e 20 minutos (7,34), conforme exposto acima na fórmula reproduzida:

- para o divisor:

**D = JN x 30**

D = divisor

JN = jornada normal

30 = multiplicador fixo, correspondente aos dias do mês

Em números:

**7,34 (JNP) x 30 = 220 (D)**

Quanto à hipótese em que "houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de **considerar o sábado como dia de descanso remunerado**" a que alude o item I da citada Súmula n. 124, observa-se, **com o devido respeito**, a ocorrência de equívoco na definição do divisor.

Explico, a partir dos fundamentos contidos nos precedentes já mencionados:

I. a divisão por 6 dias da carga semanal de trabalho (30) compromete o resultado e, **também com o devido respeito**, mostra-se equivocada, pois o sábado passou a ser considerado dia de repouso e, por conseguinte, não pode ser inserido na operação que define o divisor, por não existir trabalho nesse dia. **As decisões que deram origem à Súmula**

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado em: https://www.tst.jus.br/veiculo/veiculo.asp?codigo=00000000000000000000000000000000





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

**mencionaram, sempre, carga horária real e dias úteis como elementos da operação que define o divisor;**

II. se as horas relativas ao sábado são desconsideradas, a carga semanal (30) deve ser dividida por 5 (dias úteis, excluído o sábado), e não por 6 (dias úteis, computado o sábado), o que revela ter havido equívoco na identificação do resultado (150);

III. a aplicação da norma mais favorável, ainda que possível no caso do reconhecimento do sábado como dia de repouso, pelo fato de ser devida a remuneração ao empregado sem que haja a contraprestação correspondente (condição, sem dúvida, mais benéfica), não produz a consequência de se fixar o divisor em 150, seja por inexistir previsão expressa (a norma não define o divisor), seja por não ser possível, matematicamente, a comprovação do resultado, tanto que a questão central discutida em milhares de processos se refere aos efeitos produzidos pela modificação da sua natureza jurídica (de dia útil não trabalhado para dia de repouso semanal remunerado). Com esses fundamentos, **rejeita-se a argumentação** exposta pelas Federações dos Trabalhadores em Empresas de Crédito (FETEC) do Centro Norte, Paraná, Minas Gerais e Rio Grande do Sul e as Federações dos Trabalhadores do Ramo Financeiro dos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e Nordeste;

IV. o fato de a norma coletiva expressamente determinar a repercussão das horas extras nos sábados não significa, senão quando amparada legalmente, a obtenção do divisor 150. **A questão, antes de ser matemática, é jurídica e depende da previsão no sistema jurídico para ser acolhida;**

V. a norma coletiva, como reiteradamente reconhecido, não ampliou o número de dias que, a cada semana, estarão enquadrados no conceito previsto no artigo 1º da Lei n. 605/49 (de 1 para 2). **Não alterou, para mais ou mais menos, o número de horas por semana definidas por lei para a duração do trabalho do bancário;** permaneceu a mesma (30 ou 40, conforme a hipótese), em virtude da expressa previsão contida no artigo 1º da Lei n. 4.178/1962, o que impede a aplicação da tese contida na Súmula n. 431 do TST;

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

VI. o número de semanas do mês, para efeito de cálculo, **é 4,2857, fruto da divisão da duração média do mês (30) por 7 (dias da semana)**, o que afasta a possibilidade de multiplicação da carga semanal (30) por 5, para obter-se 150, o que autoriza a **rejeição do argumento** invocado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito - CONTEC;

VII. a adoção da "duração fictícia" de 36 horas por semana não pode ser utilizada, pois desde 1969, com a alteração promovida no artigo 224 da CLT pelo Decreto-lei n. 229, o limite semanal de trabalho do bancário foi fixado em 30 horas;

Portanto, ao introduzir o critério da obtenção da **jornada normal** a partir da divisão do **número de horas trabalhadas por semana (30)** pelos **dias úteis (5)**, em virtude de o sábado ser considerado dia de repouso remunerado ou, como prevaleceu no julgamento, dia útil não trabalhado, o que torna o denominador da fração sempre fixo - 5), **o resultado será exatamente o oposto do afirmado na Súmula**, pois a fórmula seria assim representada:

- para a jornada normal:

$$\boxed{JN = HTS : DU}$$

JN = jornada normal

HTS = horas trabalhadas por semana

DU = dias úteis

Em números:

$$\boxed{30 (HTS) : 5 (DU) = 6 (JN)}$$

- para o divisor:

$$\boxed{D = JN \times 30}$$



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

**D** = divisor

**JN** = jornada normal

**30** = multiplicador fixo, correspondente aos dias do mês

Em números:

$$\boxed{6 \text{ (JN)} \times 30 = 180 \text{ (D)}}$$

Essa conclusão, aparentemente paradoxal, se explica com certa facilidade. Se não houve aumento de salário e o número de horas diárias é ampliado, **a consequência é exatamente a inversa da afirmada na citada Súmula n. 124: a redução do valor da hora-normal de trabalho, consequência que não pode ser chancelada em face da garantia constitucional da irredutibilidade do salário (artigo 7º, VI, da Constituição)**. Não importa se o sábado era dia útil e passou a ser considerado de repouso ou mesmo se permaneceu como dia útil. O número total de horas a cada semana não sofreu alteração, repita-se.

E por que não ocorreu com os bancários? Porque a jurisprudência do Tribunal, ao longo de décadas, adotou a regra prevista no artigo 64 da CLT para cálculo do divisor que define fórmula diferente para o cálculo. Se assim não fosse, **o divisor deveria ser 150 e a alteração provocaria redução do valor da hora-normal porque o salário passou a remunerar 180 horas**. O aumento do número de horas, sem majoração do salário mensal, acarreta em qualquer circunstância, redução do valor da hora-normal de trabalho.

Tomem-se como exemplo três situações de um empregado sujeito à jornada normal de 7 horas:

- **situação n. 1:** trabalho de segunda a sábado (6 dias úteis). Por qualquer um dos critérios adotados, o divisor será 210;

. regra do artigo 64 (letra "a", acima):

$$\boxed{7 \times 30 = 210}$$



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

Fls. 73

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

. dias úteis – regra do artigo 7º, XIV, CF (letra “c” acima):

$$(42 : 6) \times 30 = 210$$

- **situação n. 2:** esse mesmo empregado com dois dias de repouso semanal remunerado por semana. A sua carga de trabalho será reduzida em 7 horas e o número de dias úteis também (para 5). **O divisor, contudo, se mantém inalterado, exatamente porque o salário e o número de dias do mês não sofreram qualquer mudança;** apenas em relação a um deles havia labor, exigido para tornar devida a respectiva contraprestação. Com a mudança, o crédito não depende do trabalho e o valor da hora-normal não sofre qualquer impacto:

$$(35 : 5) \times 30 = 210$$

- **situação n. 3:** redução da carga de trabalho em 1 dia e 1 dia de repouso (Súmula n. 431): as 35 horas seriam distribuídas por 6 dias:

$$(35 : 6) \times 30 = 175$$

Observa-se que **somente sofre modificação quando o total de horas do mês, somadas as de trabalho e de repouso, é reduzido. Isso porque o divisor nada mais é do que o número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não.**

No caso dos empregados sujeitos aos limites de 8 horas/dia e 44 horas/semana, corresponde a 220 e é reconhecido legalmente. Veja-se, por exemplo, o parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 13.152/2015 (Lei do Salário Mínimo). Não significa que sejam 220 horas de trabalho efetivo porque nelas estão computadas as correspondentes aos dias de repouso, inclusive feriados.

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

É a única hipótese legalmente autorizada a obter-se o divisor utilizando-se o critério de divisão por dias úteis, diante da limitação em 44 horas, introduzida pela Constituição.

Nos demais casos, a regra citada do artigo 64 da CLT, em que a jornada é inferior a 8 horas, se aplica. Veja-se:

Jornada de 7 horas: divisor 210 (7h x 30 dias)  
Jornada de 6 horas: divisor 180 (6h x 30 dias)  
Jornada de 5 horas: divisor 150 (5h x 30 dias)  
Jornada de 4 horas: divisor 120 (4h x 30 dias),

Se o empregado sujeito aos limites de 8 e 44 horas, mencionado acima, tem reduzido o limite semanal para 40 horas, ocorre a majoração do seu salário-hora porque o total de horas que o salário mensal irá remunerar será menor do que na hipótese anterior, o que justifica o entendimento mantido na Súmula n. 431.

Todavia, se ocorre apenas a transformação em dia de repouso daquele antes trabalhado, não modificará o divisor porque o total de horas remuneradas pelo salário permanecerá o mesmo, à exemplo dos feriados no curso do mês ou dias destinados à compensação de jornada: apesar de não trabalhados, são computados na carga horária mensal.

Poder-se-ia indagar qual seria a vantagem de incidência da cláusula normativa questionada, considerando que não altera o valor da hora-normal de trabalho do bancário, afinal os acordos e convenções coletivas possuem como pressuposto propiciar melhores condições de trabalho, materializadas em cláusulas econômicas e sociais.

A resposta se encontra no **acréscimo, na remuneração decorrente, do valor correspondente à média das horas extras habitualmente prestadas.**

A apontada contradição existente na Súmula n. 124 entre as premissas e o resultado na operação que define o divisor, no caso dos bancários sujeitos à regra das normas coletivas quanto aos sábados, foi identificada por Raimundo Canuto, ao discorrer sobre a



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

definição do valor do salário-hora do bancário (CANUTO, Raimundo. "Cálculos trabalhistas". São Paulo: Mundo Jurídico, 2016. p.104-105):

"Realmente, não deveria haver diferença no divisor, uma vez que, com ajuste ou sem ajuste expresso, o sábado do bancário não é dia de labor, conforme termos do artigo 224, da CLT. Além disso, se o bancário, com ajuste ou sem ajuste expresso, ganha salário mensal e não trabalha sábado e domingo, que influência pode ter o ajuste expresso na composição do divisor para cálculo de seu salário-base? Entendemos que o divisor é um número obtido por uma fórmula exata, matematicamente, considerando os dias do mês e a jornada diária do trabalhador, independentemente de cláusula normativa. Se essa redução de divisores, para 150 e 200, segue alguma regra matemática, deve ser uma inovação, porque não encontramos operações lógicas que justifiquem tais divisores".

Em outro trecho (obra citada, p. 106), identifica o injustificado resultado da operação que teria orientado a edição da Súmula n. 124:

"Se tentarmos utilizar para o bancário o mesmo critério empregado para os trabalhadores comuns, os divisores surgem de forma invertida em relação aos constantes do novo texto da Súmula 124 do TST. Vamos conferir?

Para o trabalhador comum (não bancário) o divisor 220 representa a multiplicação de 30 dias por 7h20min, sendo que essa quantidade de horas foi obtida pela divisão da jornada semanal (44 horas) por 6 dias úteis. Para o bancário, que tem o sábado como dia de descanso remunerado, aplicando-se a mesma fórmula, o divisor seria 180, conseguido pela seguintes operações:  $30h / 5 \text{ dias úteis} \times 30 \text{ dias}$ ."

#### **8. REJEIÇÃO DOS DEMAIS ARGUMENTOS CONSIDERADOS RELEVANTES (ARTIGO 1.038, § 3º, DO CPC).**

**8.1.** A decisão ora proferida gerou a paradoxal consequência de produção de efeitos contrários aos afirmados por ambos responsáveis pela celebração da cláusula: a) as entidades representativas dos trabalhadores afirmaram a possibilidade de modificação da natureza jurídica do sábado pela norma coletiva, o que



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

foi reconhecido na decisão; todavia, a consequência por eles afirmada - redução do divisor - foi rejeitada; b) as entidades que representam os empregadores sustentaram argumentos contrários à possibilidade de modificação, negada pela decisão, e sustentaram que o divisor não é afetado, reconhecido pela decisão, mas por fundamento diverso. Por isso, não há ofensa ao artigo 4º da Convenção n. 98 da OIT, como sustentado pela ANBERR. **Argumento rejeitado.**

**8.2.** Como afirmado pelo Sindicato dos Bancários de Sergipe, a fixação do divisor independe da interpretação que se atribua às normas coletivas, mas a sua argumentação se baseia na aplicação de regra de três simples:

$$D = \frac{180 \times 5}{6} = 150$$

Apesar de conduzir ao resultado indicado na Súmula (150), **não encontra amparo em dispositivo da CLT ou da Constituição**, pois, como assinalado em mais de uma oportunidade, somente há previsão para dois critérios de definição do divisor:

- a) jornada normal multiplicada por 30: **artigo 64 da CLT**, parâmetro geral para todos os trabalhadores;
- b) duração semanal dividida por dias úteis e multiplicada por 30: **inciso XIV do artigo 7º da Constituição** (embora dirigido estritamente aos empregados sujeitos à jornada normal de oito horas e um dia de repouso por semana).

**Por qualquer um deles, o resultado será o mesmo: 180.**

Ademais, o debate envolve questão jurídica, e não simples equação matemática. O divisor é mero auxiliar a ser utilizado, após a definição da tese jurídica aplicável e do dispositivo legal que a rege. **Rejeita-se o argumento.**





Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

Fls.:77

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

8.3. A peculiaridade afirmada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Empresas do Ramo Financeiro do Grande ABC e pela Federação Nacional dos Trabalhadores do Sistema Financeiro do Nordeste - FETRAFI/NE de o artigo 224, *caput*, da CLT fixar o limite semanal de trabalho normal do bancário em 30 horas não gera a conclusão de que o valor de sua hora-normal seja superior à de um empregado sujeito ao limite de 36 horas, em 6 dias da semana. Em ambos os casos, o divisor é fixado com base na previsão do artigo 64 CLT e, por isso, é idêntico.

A justificativa para essa aparente contradição reside no fato de haver sido definido, pelo menos desde a primeira edição da Súmula n. 113, em 1980, a partir da interpretação fixada para o artigo 1º da Lei n. 4.178/1962, que o sábado, como não era trabalhado, não era computado na divisão da carga semanal de trabalho, por esse critério. A duração, de fato, é menor, mas o sábado não era considerado na divisão da carga semanal. Se fosse verdadeira a premissa, a divisão teria que ser feita por 6 dias úteis (divisor 150), e não por 5 (divisor 180).

Observo que o próprio argumento por ele sustentado guarda clara contradição: propõe a divisão por dias úteis, no caso das durações de 44, 36 e 30 horas do bancário, mas deixa de observar uma premissa que compromete toda a formulação e o conseqüente resultado. Nos dois primeiros casos, a divisão por 6 está correta, porque há apenas um dia de descanso remunerado; no caso do bancário sujeito à norma coletiva, os dias trabalhados serão, como sempre foram, 5, por força de expressa e específica previsão legal (artigo 1º da Lei n. 4.178/1962), o que torna incorretas as proporções que apresenta para as diversas durações do trabalho semanal, todas elas baseadas na existência de apenas 1 dia de repouso semanal remunerado, critério esse também adotado na Súmula n. 431.

Nessa mesma hipótese, apesar de não trabalhar aos sábados, o dia é computado na duração do mês, tanto que é considerado dia de repouso semanal remunerado, obstáculo à aplicação da regra prevista no parágrafo único do artigo 64, invocado, que autorizaria,

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador.php?codigo=0005343849340001>





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

supostamente, a redução do mês para 25 dias e produziria o divisor pretendido (150).

**Rejeita-se.**

**8.4. Quanto à afirmada violação ao princípio da isonomia**, evidenciada pelo fato de serem distintos os divisores para os empregados que trabalham 40 horas por semana (Súmula n. 431) e os bancários, que seriam pagos em valores inferiores, igualmente **não prospera a alegação**. Somente se pode falar em isonomia quando as situações são substancialmente iguais quanto aos fatos, o que não ocorre. A hipótese mencionada por primeiro envolve empregado sujeito aos limites gerais da duração do trabalho (ou "regime geral de trabalho", como mencionada a Súmula) e passa a trabalhar 4 horas a menos, com 1 dia de repouso, ocorrendo compensação do trabalho aos sábados, mediante a distribuição da carga horária no curso da semana. O salário remunera 200 horas (trabalho e repouso).

No caso do bancário, se houver previsão expressa em norma coletiva, caracterizando o sábado como dia de repouso, serão 2 dias não computados na carga de trabalho. O salário remunera 220 horas. **Rejeita-se o argumento** sustentado pelas Federação Nacional das Associações de Pessoal da CEF - FENAE, Federação dos Trabalhadores das Empresas de Crédito do Paraná - FETEC/PR e a Federação Nacional dos Trabalhadores do Sistema Financeiro do Nordeste - FETRAFI/NE.

**8.5. Do mesmo modo, não há possibilidade de adoção do critério de multiplicação da carga semanal (30) por 5 semanas, diante da ausência de condição fática. Não há nenhum mês com duração de 35 dias e, como visto, por ficção legal, fixou-se a duração única do mês de trabalho: 30 dias. Rejeita-se.**

**8.6. Por sua vez, não se pode invocar, ao caso, o entendimento contido na Súmula n. 431, como mencionado pelo Sindicato dos Bancários de Sergipe, porque aplicável no caso em que o empregado,** Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

Fls.:79

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

embora sujeito à regra geral da duração semanal de 44 horas, tem-na reduzida para 40 horas e se mantém com 1 dia de repouso, premissa inexistente no caso em tela, pois, como reiteradamente mencionado, seriam 2 os dias de repouso.

Ademais, prevaleceu no julgamento a compreensão de que o sábado, no caso do bancário, possui disciplina normativa própria, várias vezes mencionada (artigo 1º da Lei n. 4.178/1962), a qual torna fixo o número de dias trabalhados por semana (5), assim como também há expressa previsão no caput do artigo 224 da CLT do limite semanal de horas trabalhadas (30), não se podendo falar em diminuição da duração do trabalho semanal, premissa contida na citada Súmula n. 431. **Rejeita-se.**

**8.7.** Todos os argumentos contrários à subsistência da Súmula n. 113 não encontram eco na interpretação definida a partir da Lei n. 4.178/1962 que, embora tenha proibido o trabalho aos sábados, **não transformou esse dia em repouso semanal remunerado ou feriado.** Por consequência, não há como ser revisitada a natureza jurídica fixada pelo Tribunal e nela definida: "dia útil não trabalhado", reproduzida, ainda que de modo implícito, na Súmula n. 431.

Acrescente-se, em reforço de argumentação, a previsão contida no artigo 5º da Resolução n. 2932/2002, do Banco Central do Brasil, ora transcrito:

Art. 5º Não são considerados dias úteis, para fins de operações praticadas no mercado financeiro e de prestação de informações ao Banco Central do Brasil, os sábados, domingos e feriados de âmbito nacional, bem como:

**Afasta-se,** em consequência, **argumentação** da Federações dos Trabalhadores em Empresas de Crédito (FETEC) do Centro Norte, Paraná, Minas Gerais e Rio Grande do Sul e as Federações dos Trabalhadores do Ramo Financeiro dos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e Nordeste; da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF; da Confederação Nacional dos Trabalhadores nas

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.ccr.jus.br/vpl/validador.php?codigo=00153a264f8740f0f0



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Empresas de Crédito - CONTEC; e da Associação Nacional dos Beneficiários dos Planos REG e REPLAN - ANBERR.

**8.8.** A circunstância de a norma coletiva alterar a natureza jurídica do sábado, como demonstrado à sociedade, faz com que, para esse dia, sejam atribuídos todos os efeitos previstos na Lei n. 605/1949, como ocorre com os feriados, especialmente no que diz respeito aos requisitos necessários para a aquisição do direito à sua remuneração (assiduidade e pontualidade). Apenas se houver horas extras habituais incidirá o valor da média respectiva no valor devido, como definido no artigo 7º, "a", da citada Lei.

No presente julgamento, contudo, prevaleceu o fundamento de que essa conclusão depende de previsão expressa nas normas coletivas, a qual não se encontra presente nas convenções coletivas que embasaram a controvérsia objeto do incidente.

Em outras palavras, significa afirmar que, embora as categorias profissional e econômica possam dispor em tal sentido, em decorrência do exercício da autonomia sindical, depende de regra específica, não contida na expressão "inclusive sábados e feriados", geradora de toda celeuma interpretativa.

De toda forma, à luz dos fundamentos já expostos, tal previsão (sábado como dia de repouso semanal remunerado) não teria repercussão alguma no divisor, porque não haveria alteração do número de horas que o salário custeia, trabalhadas ou de repouso.

**8.9.** Os argumentos referentes aos critérios de cálculos que sustentam as conclusões referentes aos bancários submetidos à jornada normal de seis horas são igualmente aplicáveis aos submetidos à jornada normal de oito horas, considerando serem idênticas as premissas fáticas e as normas que regem a matéria. A única diferença é o limite normal diário.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

Fls.:81

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

8.10. No caso do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal, também foi mencionada a existência de normas internas que dariam suporte à pretensão, no caso a Instrução Normativa 361, do primeiro (item 1.1.10.1.1), e a RH035 (item 3.11.1), da segunda:

“No caso da Caixa Econômica Federal, temos a RH035 que dispõe, em seu item 3.11.1, que ‘o empregado faz jus ao repouso semanal remunerado aos sábados, domingos e feriados’. Já no Banco do Brasil, a condição vem estampada no item 1.1.10.1.1 da Instrução Normativa 361, o qual indica que o ‘repouso semanal de 48 horas consecutivas, coincidentes com os sábados e domingos, exceto na hipótese de prestação de serviços de caráter permanente’”. (fl. 1652).

Diante das conclusões adotadas, esse fato se tornou irrelevante pela incidência da regra prevista no artigo 64 da CLT; as citadas normas apenas reforçam a definição do sábado como dia de repouso semanal remunerado.

#### 9. TESES A SEREM FIRMADAS PARA EFEITOS DO ARTIGO 896-C DA CLT

Em decorrência do quanto decidido, conclui-se no sentido da superação da jurisprudência até então prevalecente nesta Corte, no sentido de que a cláusula normativa questionada, que trata da repercussão das horas extras nos sábados dos bancários, se adequa ao conceito de “ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado”, previsto no item I da aludida Súmula n. 124. A título ilustrativo, colaciono os seguintes precedentes, com destaques meus, relativos à jurisprudência ora superada:

EMBARGOS. DIVISOR. BANCÁRIO. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA 124, I, DO C. TST. DECISÃO DA C. TURMA NO SENTIDO DE QUE O SÁBADO DEVE SER CONSIDERADO COMO DIA DE REPOUSO SEMANAL.

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado em: [www.tst.jus.br/veiculo.asp?codigo=000353&sigla=STJ](http://www.tst.jus.br/veiculo.asp?codigo=000353&sigla=STJ)



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

REMUNERADO APENAS PARA EFEITO DE REFLEXOS DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E DESPROVIDO. Diante da tese da c. Turma que enuncia a existência de norma coletiva que prevê o sábado como dia de repouso semanal remunerado para efeito de reflexos das horas extraordinárias, e mesmo assim aplica o divisor 180, deve ser reformada a decisão para adequar o julgado aos termos do item I, da Súmula 124 do c. TST, já que ao aludir o verbete ao direito de aplicação dos divisores 150 e 200 ao bancário, cujo contrato prevê, por norma coletiva, o sábado como dia de repouso semanal remunerado, **não há distinção em razão de a norma conter expressão de que a previsão se dá para os reflexos das horas extraordinárias aos sábados, a título de repouso semanal remunerado.** Embargos conhecidos e providos. (E-RR-1873-39.2012.5.09.0325, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 02/10/2014, **Subseção I Especializada em Dissídios Individuais**, Data de Publicação: DEJT 10/10/2014);

AGRAVO REGIMENTAL. HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. DIVISOR. CONTRARIEDADE À SÚMULA 124, I, -a-, DO TST E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DESPACHO QUE DENEGA SEGUIMENTO AO RECURSO DE EMBARGOS DO RECLAMADO, POR AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À REFERIDA SÚMULA E INESPECIFICIDADE DOS ARESTOS. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1. O Colegiado Turmário estabeleceu como premissa para a aplicação do divisor 150 a existência de norma coletiva considerando o sábado como dia de descanso remunerado e o fato de o reclamante, empregado bancário, estar submetido à jornada de trabalho prevista no caput do art. 224 da CLT. 2. Decisão recorrida em harmonia com o entendimento cristalizado no item I, -a-, da Súmula 124 desta Corte, a inviabilizar o exame dos paradigmas trazidos a cotejo, a teor da parte final do art. 894, II, da CLT. **3. Acresça-se que esta Subseção firmou entendimento no sentido de que, para fins de aplicação do mencionado verbete sumular, -não há distinção em razão de a norma conter expressão de que a previsão se dá para os reflexos das horas extraordinárias aos sábados-** (E-ED-RR-754-24.2011.5.03.0138, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 13.06.2014). Agravo regimental conhecido e não provido. (AgR-E-RR - 169100-64.2009.5.15.0140, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 18/09/2014, **Subseção I Especializada em Dissídios Individuais**, Data de Publicação: DEJT 26/09/2014);

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA, BANCÁRIO SUJEITO A JORNADA DE SEIS HORAS. HORAS EXTRAS. DIVISOR. NORMA COLETIVA. 1. Hipótese em que a Corte de origem registrou que "a natureza do sábado não se altera de acordo com a



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

ocorrência, ou não, de horas extras. Apenas a repercussão da sobrejornada é que depende de sua habitualidade no curso da semana, segundo se constata da redação da cláusula 8ª. § 1º das Convenções Coletivas de Trabalho (fls. 45 e 62), que assim dispõe: ' 8ª. As horas extraordinárias serão pagas com o adicional de 50% (cinquenta por cento) Parágrafo Primeiro. Quando prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados' ". **2. Este Tribunal Superior entende que, nos casos em que a norma coletiva determina a incidência de reflexos das horas extras sobre a remuneração do sábado, há reconhecimento desse dia como de descanso semanal remunerado também para o fim previsto na Súmula 124 desta Corte, de estabelecimento do divisor para o cálculo das horas extras.** Precedentes da SDI-I e desta Turma. 3. Assim, a decisão regional está consonância com a Súmula 124, I, "a", do TST, no sentido de que o divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do art. 224 da CLT, 4. Incidência do art. 896, § 4º (atual § 7º), da CLT, e aplicação da Súmula 333/TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR-1476-33.2012.5.06.0011, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 23/09/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/09/2015);

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. BANCÁRIO. DIVISOR. SÁBADO CONSIDERADO COMO DIA DE DESCANSO REMUNERADO. SÚMULA Nº 124, I, "A", DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. No caso, o Tribunal a quo manteve a sentença pela qual se determinou a incidência do divisor 180, registrando que "deve prevalecer o consignado nas normas coletivas (artigo 7º, XXVI, Constituição Federal), carreadas aos autos pelo reclamante, **ao preconizar que quando "prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados".** O Tribunal Pleno do TST, em sessão realizada em 14/9/2012, ao alterar a redação da Súmula nº 124, distinguiu as situações em que o sábado é considerado descanso semanal remunerado das demais situações. Confira-se: "BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será: a) 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do art. 224 da CLT; b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

termos do § 2º do art. 224 da CLT. II - Nas demais hipóteses, aplicar-se-á o divisor: a)180, para os empregados submetidos à jornada de seis horas prevista no caput do art. 224 da CLT; b) 220, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT". **Conforme se infere do acórdão recorrido, a convenção coletiva de trabalho colacionada aos autos se refere ao sábado como dia de repouso, e não dia útil não trabalhado, visto que autorizava os reflexos das horas extras também sobre o sábado.** Nesses termos, o Tribunal Regional, ao entender aplicável, na hipótese, o divisor 180, proferiu decisão contrária à nova redação da Súmula nº 124, item I, "a", desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido (RR-1705-95.2013.5.15.0111. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 09/12/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015);

**HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. JORNADA DE 6 (SEIS) HORAS DIÁRIAS. NORMA COLETIVA QUE ESTIPULA REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO SÁBADO. APLICAÇÃO DO DIVISOR 150. 2.1. A norma coletiva dispôs que as horas extraordinárias seriam pagas com o adicional de 50% e, quando prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagariam, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados. 2.2. Por incidência do princípio da norma mais favorável, em sua dimensão interpretativa, já seria possível adotar-se a conclusão sustentada pelo autor, isto é, de que a norma coletiva tratou sim o sábado como dia de repouso semanal remunerado. 2.3. Não fosse tal fundamento suficiente, é de se ressaltar que, ao determinar os reflexos das horas extras também sobre o sábado, a norma coletiva houve por desconsiderá-lo da jornada semanal, assumindo a mesma feição e produzindo efeito idêntico ao do repouso semanal, o que, também de per si, leva à adoção do divisor 150, nos termos da Súmula 124, I, -a-, do TST. 2.4. Aplicação da decisão proferida pela SBDI-1 nos autos do processo TST-E-ED-RR-754-24.2011.5.03.0138 (Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 13/6/2014). Recurso de revista conhecido e provido. (RR-874-46.2010.5.02.0036. Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes. Data de Julgamento: 12/11/2014. 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 21/11/2014);**

**I - RECURSO DE REVISTA DA AUTORA. BANCÁRIO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA COLETIVA QUANTO À NATUREZA DO SÁBADO. FORMA DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. DIVISOR APLICÁVEL. A jurisprudência desta Corte está inclinada no sentido de que, ainda que as normas coletivas não façam alusão direta ao sábado como dia de repouso semanal remunerado, mas determinem a incidência da repercussão das horas extras sobre este dia, observar-se-ão os**



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

parâmetros contidos na Súmula 124, I, do TST. Para a hipótese dos autos, a cláusula oitava, parágrafo primeiro, das Convenções Coletivas de Trabalho dispõe que, **"quando prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados."** Ora, se a norma coletiva prevê a repercussão das horas extras no sábado, a conclusão inarredável a que se chega é a de que o sábado é por ela considerado dia de repouso semanal remunerado e não dia útil trabalhado. Nesse cenário e considerando que a autora estava sujeita à jornada de oito horas de trabalho, de segunda à sexta-feira, tem-se que a questão deve ser dirimida à luz da Súmula 124, I, "b", do TST. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula 124, I, "b", do TST e provido. (RR - 153-67.2011.5.09.0003, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 16/12/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015)

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. 1. BANCÁRIO. NORMA COLETIVA QUE PREVÊ A REPERCUSSÃO DAS HORAS EXTRAS HABITUAIS NO SÁBADO. ALTERAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DE DIA ÚTIL NÃO TRABALHADO PARA DIA DE REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. JORNADA DE SEIS HORAS. INCIDÊNCIA DO DIVISOR 150. ART. 224 DA CLT. SÚMULA 124, I, A, TST. Esta Corte vem entendendo que os sábados não serão considerados dia útil não trabalhado (mas sim repouso semanal remunerado) quando sobre eles incidirem os reflexos das horas extras, por expressa determinação em norma coletiva, ainda que não haja comando explícito no sentido de considerar os sábados como dia de descanso semanal remunerado. Para a jurisprudência dominante, o fato de a norma coletiva determinar um reflexo específico traduz a ideia de que conferiu determinada natureza jurídica à parcela. Recurso de revista conhecido e provido no tema. (RR- 74600-31.2008.5.15.0143, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 21/10/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015)

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. BANCÁRIO. DIVISOR 150. SÁBADO CONSIDERADO COMO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. PROVIMENTO. No caso, o egrégio Tribunal Regional consignou que a reclamante não estava inserida no § 2º do artigo 224 da CLT, sujeitando-se, assim, à jornada de seis horas. Registrou, ainda, que o banco reclamado se obrigou a remunerar o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados, nos termos do disposto nas Convenções Coletivas de Trabalho apontadas aos autos. Entendeu, no entanto, ser aplicável, à hipótese, o divisor 180, ante a ausência de amparo legal para incidência





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

do divisor 150. Assim, diante das premissas fáticas registradas pela Corte Regional, incontestes nos termos da Súmula nº 126, a decisão recorrida **revela-se em dissonância com a Súmula nº 124, I, "a", a qual preconiza que o divisor aplicável para o cálculo das horas extraordinárias do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do artigo 224 da CLT.** Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR-165000-07.2007.5.02.0073, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 08/04/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015);

AGRAVO DO RECLAMADO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. DIVISOR. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. O Regional registra que a cláusula da norma coletiva analisada é clara em afirmar que deverá ser pago o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados, do que se constata que o sábado foi, de fato, considerado dia de repouso remunerado. Decisão em consonância com a Súmula nº 124, I, do TST. Agravo a que se nega provimento. (Ag-ARR - 511-10.2012.5.09.0678, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 04/02/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015);

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. DIVISOR. O Tribunal Regional concluiu pela aplicação do divisor 150, pois constatou estar o reclamante (bancário) sujeito à jornada de seis horas e haver, no presente caso, **instrumento coletivo especificando que as horas extras prestadas em toda a semana refletirão aos sábados, o que atrai a incidência da Súmula 124, I do TST.** Logo, a decisão regional está em consonância com a Súmula 124, I, a, do TST. Há precedentes Recurso de revista não conhecido. (RR-478-49.2012.5.04.0002, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 09/09/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/09/2015);

II-RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. O recurso de revista foi interposto na vigência da Lei nº 13.015/2014. HORA EXTRA. BANCÁRIO. DIVISOR. SÁBADO COMO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. NORMA COLETIVA TRANSCRITA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. 1 - Foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, I, II e III, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.015/2014. 2 - Nos termos da Súmula nº 124 do



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

TST, no caso de bancário, aplica-se o divisor 180 para a jornada de seis horas e 220 para a de oito; somente se houver "ajuste individual expresso ou coletivo" é que se poderá observar o divisor 150 para a jornada de seis horas e 200 para a de oito. 3 - No caso dos autos, a conclusão do TRT de que o ajuste coletivo alterou a natureza jurídica do sábado do bancário (de dia útil não trabalhado para repouso semanal remunerado), veio acompanhada da transcrição do conteúdo da norma coletiva: "Quando prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados". 4 - **Ressalvado meu entendimento pessoal, o posicionamento majoritário na Sexta Turma e na SBDI-1 do TST é de que deve ser reconhecido o sábado como dia de repouso semanal remunerado, quando a norma coletiva, transcrita no acórdão do TRT, prevê os reflexos das horas extras no sábado.** 5 - Recurso de revista de que não se conhece. (ARR-1485-73.2013.5.03.0033, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 16/12/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015);

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - BANCÁRIO - JORNADA DE SEIS HORAS - DIVISOR 150 - NORMA COLETIVA PREVENDO O SÁBADO COMO DIA DE REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. Em observância ao disposto no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, **na hipótese de haver norma coletiva referente aos empregados bancários que inclua os sábados como dia de repouso remunerado, a carga horária semanal é aquela efetivamente laborada, não exigindo que conste da norma coletiva a adoção expressa do divisor 150 para a jornada de seis horas, bastando para aplicação destes a previsão de que os sábados seriam considerados para fins de pagamento de reflexos de horas extraordinárias em repouso semanais remunerados.** Assim, correta a decisão regional que aplicou para o cálculo do salário-hora do bancário sujeito à jornada de seis horas o divisor 150. Incidência do item I, "a" e "b", da Súmula nº 124 do TST. Incide o óbice da Súmula nº 333 desta Corte e do art. 896, § 7º, da CLT. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-1643-71.2012.5.04.0022, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 09/12/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2015);

HORAS EXTRAS. DIVISOR 150. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. Segundo consignado pela Corte de origem, a adoção do divisor 150 justifica-se pela existência de previsão em norma coletiva de repercussão das horas extras em sábados, feriados e RSR's, e por se tratar de empregado submetido à jornada de 6 horas, a afastar a incidência da Súmula



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

nº 113 do TST. De fato, a disposição em acordo coletivo de trabalho estabelecendo o sábado como dia de repouso semanal remunerado para efeito de reflexos de horas extras autoriza o reconhecimento dessa previsão também para fins de definição do divisor, em face da correlação das matérias e da efetiva alteração da natureza jurídica do dia de sábado do bancário pela norma coletiva. Precedentes. (AIRR-1767-25.2012.5.10.0010, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 12/08/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015);

BANCÁRIO - DIVISOR 150 Por disciplina judiciária, adota-se o entendimento da C. SBDI-1, no sentido de que a previsão de reflexos de horas extras em sábado equivale a considerar esse dia como de repouso semanal, o que importa na aplicação do divisor 150 ao cálculo do salário-hora, nos termos da Súmula nº 124, item I, desta Corte. (ARR-80-30.2010.5.15.0079, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 26/08/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015);

DIVISOR DE HORAS EXTRAS. SÁBADO DO BANCÁRIO. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. A SDI-1, órgão uniformizador de jurisprudência interna corporis desta Corte Superior, em recente julgado (TST-E-ED-RR-754-24.2011.5.03.0138, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SDI-1, DEJT de 13/6/2014), entendeu que, não obstante não tenha havido alusão ao sábado como dia de repouso semanal remunerado, a norma coletiva remetia à repercussão das horas extras nos sábados, restando evidente, assim, que se encontrava dentro dos parâmetros trazidos pela Súmula nº 124 para reconhecer a incidência do divisor 150. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1886-55.2011.5.09.0072, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 19/08/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/09/2015);

HORAS EXTRAS. DIVISOR. NORMA COLETIVA, RECONHECIMENTO DO SÁBADO COMO DIA DE REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. A norma coletiva que determina a repercussão das horas extras prestadas ao longo da semana sobre o sábado descaracteriza a sua natureza de dia útil não trabalhado, incluindo-o no repouso semanal remunerado. Deve incidir, portanto, o divisor 150, previsto na Súmula 124, I, -a-, do TST, no cálculo das horas extras decorrentes da supressão do intervalo da mulher. Recurso de revista conhecido e não provido. (RR - 964-31.2012.5.03.0012, Relator Ministro: Márcio Eurico Vítal Amaro, Data de Julgamento: 25/06/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/08/2014).



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Resta examinar os efeitos produzidos pelas conclusões extraídas do presente julgamento e, no particular, **concluo pela ocorrência de típica hipótese de superação (overruling), tratada na doutrina e autorizada pelo § 17 do artigo 896-C da CLT.**

Por sua vez, será observado o procedimento previsto na Resolução nº 235/2016 do Conselho Nacional de Justiça. De acordo com a citada norma, deve-se observar a padronização dos procedimentos a serem seguidos no julgamento de casos repetitivos, dentre os quais se inclui forma própria de numeração do tema, de identificação da questão submetida a julgamento, da tese firmada, do assunto e da referência legislativa.

Tais regras, de observância obrigatória em todos os tribunais brasileiros, à exceção do Supremo Tribunal Federal, provocam impacto direto na forma pela qual serão organizados os temas a serem divulgados como representativos dos precedentes firmados, o que, por certo, não atingirá as súmulas editadas anteriormente ao novo regramento, mas, de maneira diversa, afeta o procedimento até então adotado nesta Corte para a hipótese e, friso, desde 01 de setembro do ano em curso, data fixada pelo § 1º do artigo 13 da citada Resolução nº 235/2016 para o início da alimentação dos dados referentes ao banco nacional de dados dos casos repetitivos.

Ademais, o tratamento atribuído ao tema, sob a forma de precedente, introduziu forma específica de numeração e padronização, particularmente quanto ao Número do Tema Repetitivo (NumTRR - Anexo I da Resolução), definido como "número sequencial do Tema objeto do recurso afetado ao rito de julgamento dos recursos repetitivos, conforme organização do STJ e do TST".

Além disso, evita equívocos na comunidade jurídica e ao público em geral, ao impedir que, em um mesmo repositório, estejam súmulas com efeito meramente persuasivo (todas até então editadas por este Tribunal) e outras de cumprimento obrigatório, o que não encontra exemplo no STF (que separa as súmulas vinculantes das demais, inclusive





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

especialmente no que toca à justificada confiança e previsibilidade na atuação dos tribunais, como ressalta Luiz Guilherme Marinoni (In. WAMBIER, Teresa Arruda, et. al. "Breves Comentários ao Código de Processo Civil". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.078-2.079), o que constou de manifestações nos autos do Banco Regional de Brasília e da FENABAN pedido de modulação dos efeitos da decisão que resolvesse o incidente.

Também é inegável a importância que goza o princípio da **segurança jurídica** no sistema de precedentes judiciais, tanto que serviu de inspiração ao legislador na elaboração da Lei n. 13.015/2014, que expressamente o menciona no § 17 do artigo 896-C, e do CPC/2015, no § 3º do artigo 927, como fundamento a ser observado na definição dos efeitos produzidos a partir da revisão do precedente.

Trata-se de extrair as noções de estabilidade da jurisprudência e de previsibilidade das consequências jurídicas oriundas de determinada conduta social, à luz da compreensão afirmada pelos tribunais das normas jurídicas aplicáveis.

Para Luiz Guilherme Marinoni, a segurança jurídica deve ser "vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, [...] indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser 'Estado de Direito'" (MARINONI, Luiz Guilherme. "Precedentes obrigatórios". 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 118-119).

Revela a expectativa legítima, a crença geral, portanto, de que a Justiça do Trabalho continuará a decidir a questão conforme os seus precedentes e súmulas. Diz Daniel Amorim Assumpção Neves (ainda que a súmula do TST não seja, até então, de observância obrigatória) que se cria uma expectativa legítima de comportamento em todos que, confiantes no entendimento consolidado e nos tribunais, passam a pautar sua conduta no plano material da forma como entendem adequada os tribunais (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. "Manual de Direito Processual Civil". 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1.320).





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Antonio de Pádua Soubhie Nogueira destaca a especial função da jurisprudência oriunda dos tribunais de cúpula, especialmente diante do fato de que "suas decisões não deixam de ser vistas a título de *complemento* da atividade legiferante, participando do processo de *criação do direito*", após assinalar que a técnica da modulação é utilizada para evitar que "uma reviravolta jurisprudencial cause efeitos danosos àqueles cidadãos que depositaram confiança no precedente revogado, por ele pautando suas vidas e seus negócios" (NOGUEIRA, Antonio de Pádua Sobhie. *Modulação de efeitos das decisões no processo civil*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. P. 8 e 84).

Resguarda-se a **proteção da confiança legítima** depositada pela sociedade na jurisprudência dos tribunais, que objetiva assegurar "estabilidade às expectativas legítimas diante da atuação estatal, envolvendo a defesa de posições jurídicas dos cidadãos perante as mudanças estatais, sejam elas referentes a textos normativos ou de posicionamentos jurisprudenciais" (PEIXOTO, Ravi. "Superação do precedente e segurança jurídica". Salvador: JusPodivm, 2016. p. 91).

Identificam-se, de igual modo, razões de política judiciária para que se opere a transição com mais tranquilidade no plano interno, evitando-se guinadas bruscas no rumo interpretativo que podem gerar incompreensões na sociedade em geral e, de certa forma, fragilizar o sistema de precedentes, diante da preocupação, também razoável e legítima, com sucessivas mudanças de interpretação, como pondera Daniel Amorim Assumpção Neves (obra citada, p. 1.321):

"Parcela da doutrina compreende a necessidade da modulação dos efeitos da superação ora analisada, mas lembra que em um país ainda não acostumado com a força dos precedentes, é possível que tal técnica incentive os tribunais a se sentirem confortáveis para realizar sucessivas alterações de entendimento. A preocupação é absolutamente justificável, o que demonstra mais uma vez que um sistema de precedentes não se impõe somente com mudança legislativa, mas também com uma mudança de mentalidade dos operadores do direito".



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

É a mitigação dos efeitos temporais da decisão para fixá-los de modo diverso daqueles que ordinariamente decorrem, como na eficácia prospectiva ou para o futuro, e, com isso, **preservar as situações jurídicas consolidadas ao tempo da tese jurídica anteriormente consagrada pelo TST**, nos moldes previstos na Lei n. 11.417/2006 que, embora se destine à edição, à revisão e ao cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser aplicada aos recursos repetitivos, pelo menos enquanto a matéria não for disciplinada no Regimento Interno desta Corte, como aponta Daniel Assumpção Amorim Neves (obra citada, p. 1.322), pois o "tempo da decisão judicial na teoria dos precedentes é dialético, por requerer uma consolidação do passado, do presente e do futuro. Do futuro, por almejar tornar-se condutor das atividades dos jurisdicionados; do passado, porque os fatos jurídicos assim ocorreram, do presente, pela junção da visão do passado", diz Ravi Peixoto (obra citada, p. 234).

No artigo 4º da citada Lei, aplicado subsidiariamente, encontra-se a autorização para a concessão de efeitos prospectivos, a partir de determinado momento, além de admitir a doutrina a possibilidade de fixação de outros critérios, como ressalta Ravi Peixoto, após analisar e concluir que inexistente "padrão decisório" na jurisprudência do STF (obra citada, p. 244-255).

Significa dizer que o Tribunal, ao fixar a tese que irá prevalecer doravante, tem inteira liberdade para definir regra modulatória a partir do parâmetro que pareça mais adequado e que, a meu sentir, deva causar menor impacto nas pessoas atingidas pela mudança de posicionamento.

Por tais fundamentos, encaminhei, como proposta de modulação, a aplicação da nova tese firmada apenas aos processos que não contivessem decisão de mérito sobre o tema, em qualquer instância. Contudo, como entendo que cabe ao Colegiado definir os efeitos quanto à vigência da tese firmada em precedente, **adoto como razões de decidir** os fundamentos contidos no voto do eminente Ministro Revisor, autor da proposta de modulação acolhida pelo Colegiado.

Sustentou S. Ex<sup>ª</sup>. que não deve haver, por parte do Tribunal, "compromisso com o equívoco senão nos limites do estritamente necessário", o qual

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.





PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

foi constatado e demonstrado na atual redação da Súmula nº 124, item I, aprovada em setembro de 2012, como reiteradamente assinalado.

Afirmou, mais, que:

"**não aplicar** o novo entendimento que sobrevier do presente julgamento --- em que, em tese, data venia, busca-se corrigir esses equívocos --- em milhares de processos que tramitaram ou tramitam nas Varas do Trabalho e nos TRTs, nos quais se adotou solução que se nos afigura hoje equivocada, implicaria **perseverar**, além do razoável, cometendo os mesmos equívocos. Implicaria atribuir uma espécie de **ultratividade** a uma solução então já renegada e superada no âmbito do TST sobre tal questão jurídica.

Pior: ao persistirmos proferindo decisões dessa natureza, ainda que transitariamente, haveria agora a Agravante de que o faríamos **conscientes de dar sobrevida a uma solução sabidamente inadequada e, inclusive, geradora de mais passivo trabalhista, passivo trabalhista, diga-se de passagem, de resto já expressivo e não levado em conta quando o Tribunal inverteu o sinal da súmula nº 124, em 2012, sem a recomendável modulação.**

**Em suma:** seria **agravar** ainda mais uma jurisprudência em si mesma gravosa para as empresas, não bastasse juridicamente insustentável.

Parece-me mais prudente, pois, em conclusão, que, à semelhança da recente revisão da Súmula nº 288, item IV, do TST, haja **modulação** dos efeitos da presente decisão, de modo a **não** alcançar estritamente decisão de mérito sobre divisor emanada de Turma do TST ou da SBDI-1, no período de 27/09/2012 (DEJT em que se publicou a nova redação da Súmula 124, mediante acréscimo do atual item I) até a presente data. A meu juízo, **exclusivamente** tais decisões de mérito, qualquer que seja o seu teor, devem permanecer intangíveis à presente decisão. Sob minha ótica, são **afetáveis** pela presente decisão: **a) todas as demais decisões de mérito da Justiça do Trabalho sobre divisor para cálculo de hora extra de bancário, não transitadas em julgado, do aludido período, ou não; b) todos**

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico: http://www.tst.jus.br/veiculo.asp?codpar=0005325483&uffr=



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

os demais processos em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho ou na Justiça do Trabalho em que ainda **não** haja sido solucionada a controvérsia a respeito; **c)** as sentenças condenatórias ao pagamento de hora extra de bancário, transitadas em julgado, ainda em fase de liquidação, desde que **silentes** quanto ao divisor para o cálculo.

Assim, para efeito de observância obrigatória das teses afirmadas neste incidente (artigos 927, IV, e 489, § 1º, VI, do CPC, 896-C, § 11, da CLT e 15, I, "a", da Instrução Normativa n. 39 deste Tribunal) e em cumprimento ao quanto definido pela maioria dos integrantes deste Colegiado, defino, como critério de modulação, que **a nova orientação será aplicada: a) a todos os processos em curso na Justiça do Trabalho, à exceção apenas daqueles nos quais tenha sido proferida decisão de mérito sobre o tema, emanada de Turma do TST ou da SBDI-1, no período de 27/09/2012 (DEJT em que se publicou a nova redação da Súmula 124, I, do TST) até 21/11/2016 (data de julgamento do presente IRR); b) às sentenças condenatórias de pagamento de hora extra de bancário, transitadas em julgado, ainda em fase de liquidação, desde que silentes quanto ao divisor para o cálculo. Definidos esses parâmetros, para o mesmo efeito e com amparo na orientação traçada pela Súmula n. 83 deste Tribunal, as novas teses também não servirão de fundamento para a procedência de pedidos formulados em ações rescisórias.**

#### ISTO POSTO

**ACORDAM** os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, definir as teses jurídicas para o **Tema Repetitivo Nº 0002 - BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR. FORMA DE CÁLCULO. EMPREGADO MENSALISTA** -, revestidas de observância obrigatória (artigo 927 do CPC), nos moldes dos artigos 896-C da CLT e 926, § 2º, do CPC e em consonância com a Resolução nº 235/2016 do Conselho Nacional de Justiça, nos seguintes termos: 1. O número de

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/veiculo.asp?codig=0015142448>

dias de repouso semanal remunerado pode ser ampliado por convenção ou acordo coletivo de trabalho, como decorrência do exercício da autonomia sindical (decidido por unanimidade); 2. O divisor corresponde ao número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não (decidido por maioria); 3. O divisor aplicável para cálculo das horas extras do bancário, inclusive para os submetidos à jornada de oito horas, é definido com base na regra geral prevista no artigo 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, para as jornadas normais de seis e oito horas, respectivamente (decidido por maioria); 4. A inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado, no caso do bancário, não altera o divisor, em virtude de não haver redução do número de horas semanais, trabalhadas e de repouso (decidido por maioria); 5. O número de semanas do mês é 4,2857, resultante da divisão de 30 (dias do mês) por 7 (dias da semana), não sendo válida, para efeito de definição do divisor, a multiplicação da duração semanal por 5 (decidido por maioria); 6. Em caso de redução da duração semanal do trabalho, o divisor é obtido na forma prevista na Súmula n. 431 (multiplicação por 30 do resultado da divisão do número de horas trabalhadas por semana pelos dias úteis) (decidido por maioria). Vencidos quanto aos itens 2, 3, 4, 5 e 6, os Exmos. Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, Ives Gandra Martins Filho, Emmanoel Pereira, José Roberto Freire Pimenta e Alexandre de Souza Agra Belmonte. Pelo voto prevalente da Presidência, que as normas coletivas dos bancários não atribuíram ao sábado a natureza jurídica de repouso semanal remunerado, vencidos os Exmos. Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, relator, Emmanoel Pereira, Aloysio Corrêa da Veiga, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Scheuermann e Alexandre de Souza Agra Belmonte. Por maioria, **modular os efeitos** dessa decisão, a fim de definir que a nova orientação será aplicada: a) a todos os processos em curso na Justiça do Trabalho, à exceção apenas daqueles nos quais tenha sido proferida decisão de mérito sobre o tema, emanada de Turma do TST ou da SBDI-1, no período de 27/09/2012 (DEJT em que se publicou a nova redação da Súmula 124, I, do TST) até 21/11/2016 (data Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

Fls.97

PROCESSO Nº TST-IRR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J PROC. Nº TST-RR-82111-07.2014.5.22.0004  
C/J PROC. Nº TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
C/J PROC. Nº TST-RR-24216-77.2013.5.24.0001

de julgamento do presente IRR); b) às sentenças condenatórias de pagamento de hora extra de bancário, transitadas em julgado, ainda em fase de liquidação, desde que silentes quanto ao divisor para o cálculo. Definidos esses parâmetros, para o mesmo efeito e com amparo na orientação traçada pela Súmula n. 83 deste Tribunal, as novas teses não servirão de fundamento para a procedência de pedidos formulados em ações rescisórias. Vencidos, parcialmente, os Exmos. Ministros João Batista Brito Pereira, José Roberto Freire Pimenta e Hugo Carlos Scheuermann, que também votavam pela modulação, mas de forma mais ampla, e, totalmente, os Exmos. Ministros Márcio Eurico Vitral Amaro, Ives Gandra Martins Filho e Augusto César Leite de Carvalho, que votavam pela não modulação dos efeitos da presente decisão. Pelo voto prevalente da Presidência, não suspender a proclamação do resultado do presente julgamento, determinar a observância do procedimento previsto na Resolução nº 235/2016 do Conselho Nacional de Justiça e, independentemente da remessa dos presentes autos, ouvida a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, submeter à elevada apreciação do Tribunal Pleno a proposta de revisão do enunciado da Súmula nº 124, vencidos os Exmos. Ministros José Roberto Freire Pimenta, Renato de Lacerda Paiva, Aloysio Corrêa da Veiga, Augusto César Leite de Carvalho, Hugo Carlos Scheuermann, Alexandre de Souza Agra Belmonte e Cláudio Mascarenhas Brandão, relator.

Determina-se, ainda, após a publicação do acórdão, a comunicação à douta Presidência deste Tribunal, aos eminentes Ministros que o integram e aos Srs. Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho, para os procedimentos previstos nos artigos 896-C, § 11, da CLT, 1.039 e 1.040 do CPC, especialmente quanto à retomada do andamento dos processos até então suspensos e aplicação das teses consagradas no presente incidente.

Brasília, 21 de novembro de 2016.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

**CLAUDIO BRANDÃO**  
Ministro Relator

Firmado por assinatura digital em 01/12/2016 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/veiculo.asp?codigo=001532448>



## Anexo VII

**ATA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE DIVISOR BANCÁRIO -  
SbDI-1/TST**

**INCIDENTE DE RECURSO REPETITIVO TST-RR-849-83.2013.5.03.0138  
C/J TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003  
RELATOR: EXMO. MINISTRO CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO**

Às 9h, presentes os Exmos. Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, relator, João Oreste Dalazen, Márcio Eurico Vitral Amaro, Augusto César Leite de Carvalho, João Batista Brito Pereira, Maria de Assis Calsing, realizou-se a Audiência Pública referente ao Incidente de Recurso Repetitivo nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138 C/J TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003, versando acerca da controvérsia sobre a questão jurídica: "BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. DIVISOR. A definição do sábado como dia de repouso semanal remunerado, por norma coletiva da categoria dos bancários, mesmo que apenas para fins de reflexos das horas extras habituais, acarreta alteração no divisor utilizado para cálculo das horas extraordinárias, nos termos da Súmula nº 124 deste Tribunal?", nos seguintes termos:

**Primeiro Painel** de exposições, sob a Presidência do Exmo. Ministro João Oreste Dalazen:

- A1: Dr. Ricardo Quintas Carneiro - Confederação Nacional dos Trabalhadores das Empresas de Crédito (CONTEC). Apresentação das 9h05 às 9h20.
- A2: Dr. Estêvão Mallet - Federação Nacional dos Bancos (FENABAN). Apresentação das 9h21 às 9h32.
- A3: Dr. Renata Silveira Veiga Cabral - FETEC-CUT/SP) CONTRAF/CUT. Apresentação das 9h33 às 9h48.
- A4: Dr. Magnus Ribas Apostólico - Confederação Nacional do Sistema Financeiro. Apresentação das 9h48 às 10h00. (Anexo I)

Intervalo de 10h00 às 10h15.

**Segundo Painel** de exposições, sob a Presidência do Exmo. Ministro Augusto César Leite de Carvalho:

- B1: Dr. José Simpliciano Fontes Fernandes - Sindicato dos Bancários de Sergipe. Apresentação das 10h15 às 10h30.
- B2: Dr. Valder Luiz Palombo Alberto - Sindicato dos Bancos dos Estados de SP, PR, MT, MS, AC, AM, PA, AP, RO e RR. Apresentação das 10h31 às 10h46.
- B3: Dra. Maria da Consolação Vegi da Conceição e Dr. Marcio Monteiro da Cunha - Sindicato dos Trabalhadores em Empresas do Ramo Financeiro do Grande ABC - Sindicato dos Bancários ABC. Apresentação das 10h47 às 11h02.
- B4: Dr. Ricardo Magaldi Messetti - Confederação Nacional das Instituições Financeiras. Apresentação das 11h03 às 11h15. (Anexo II)

**Terceiro Painel** presidido pelo Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro:

- C1: Carlos Alberto Paes Marques de Oliveira - Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Apresentação das 11h18 às 11h29.  
 C2: Igor de Oliveira Zwicker - Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Apresentação das 11h30 às 11h43.  
 C3: Dr. Eduardo Henrique Marques Soares - FENAE/FETEC PARANA/FETRAFI NORDESTE. Apresentação das 11h43 às 11h58. (Anexo III)

Intervalo de 11h58 às 14h.

Às 14h, presentes os Exmos. Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, relator, Delaíde Miranda Arantes, Hugo Carlos Scheuermann e Alexandre de Souza Agra Belmonte reiniciou-se a audiência pública nos termos seguintes:

**Quarto Painel** de exposições, sob a Presidência do Exmo. Ministro Hugo Carlos Scheuermann:

- D1: Dr. Mozart Victor Russomano Neto - Banco Santander S.A. Apresentação das 14h00 às 14h15.  
 D2: Dr. Eduardo Araújo de Souza - Sindicato dos Bancários de Brasília. Apresentação das 14h16 às 14h25.  
 D3: Dr. Gryecos Attom Valente Loureiro - Caixa Econômica Federal. Apresentação das 14h26 às 14h37. (Anexo IV)

**Quinto Painel** de exposições, sob a Presidência do Exmo. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte:

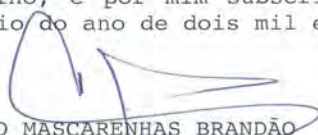
- E1: José Affonso Dalegrave Neto e Dr. Paulo Roberto Lemgruber Ebert - Associação Nacional dos Beneficiários REG e Replan - ANBERR. Apresentação das 14h40 às 14h55.  
 E2: Dr. Nilo Jamardo da Cunha Beiro - Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro de Minas Gerais. Apresentação das 14h55 às 15h05.  
 E3: Dr. Paulo Roberto Alves da Silva - FETEC CENTRO NORTE/FETRAFI RS/FETRAFI MG. Apresentação das 15h06 às 15h20. (Anexo V)

Às 15h21, terminados os Painéis de exposições, o Exmo. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, relator, registrou agradecimentos aos Senhores Advogados Expositores; aos Exmos. Ministros que presidiram os painéis, Ministro João Oreste Dalazen, Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Ministros Hugo Carlos Scheuermann e Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte; à equipe do Gabinete de Sua Excelência, na pessoa da Dra. Fernanda Paulino, Chefe de Gabinete; à Dra. Dejanira Greff Teixeira, Secretária da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais; à Coordenadoria de Desenvolvimento de Pessoas; à Segurança e Transporte; à Divisão de Apoio aos Ministros; à Seção de Apoio à Sala de Sessões; à Seção de Som; à Secretaria de Comunicação do Tribunal; à Tecnologia de Informação; à Divisão de Apoio e Registros Taquigráficos; ao Cerimonial da Presidência. Registrou, também, um agradecimento especial a dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça, o Exmo. Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino e a Exma. Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, bem como à

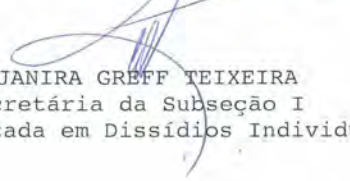


Dra. Ana Elisa de Almeida Kirjner, Coordenadora da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. (Anexo V)

Às 15h27, nada mais havendo a tratar, encerrou-se a Audiência Pública. E, para constar, eu, Secretária da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, lavrei a presente Ata que vai assinada pelo Exmo. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, e por mim subscrita. Brasília, aos dezesseis dias do mês de maio do ano de dois mil e dezesseis.



CLÁUDIO MASCARENHAS BRANDÃO  
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho



DEJANIRA GREFF TEIXEIRA  
Secretária da Subseção I  
Especializada em Dissídios Individuais



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

1

## AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 1

**BANCÁRIO – HORAS EXTRAS - DIVISOR**

**Incidente de Recurso Repetitivo TST-RR-849-83.2013.5.03.0138**

**C/J TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003**

**RELATOR: EXMO. MINISTRO CLÁUDIO MASCARENHAS  
BRANDÃO**

# ANEXO I





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

2

NOTAS TAQUIGRÁFICAS DA 1.ª AUDIÊNCIA PÚBLICA DO

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Realizada em 16 de maio de 2016.

Presentes os Srs. Ministros: Ives Gandra Filho (Presidente), João Oreste Dalazen, Márcio Eurico Vitral Amaro, Augusto César Leite de Carvalho, Hugo Scheuermann e Cláudio Mascarenhas Brandão

Subprocurador-Geral do Trabalho: Dr. André Luis Spies.

Secretária: Dr.ª Dejanira Greff Teixeira.

\*\*\*\*\*

O Sr. Ministro Ives Gandra Filho (Presidente do TST) – Bom dia a todos. Invocando a proteção de Deus para os nossos trabalhos deste dia, declaro aberta esta 1.ª Audiência Pública do Tribunal Superior do Trabalho referente a um processo que será tramitado no regime da Lei n.º 13.015/14, Cumprimento o Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, que é o Relator deste processo e que convocou esta audiência pública; o Ministro João Oreste Dalazen, que presidirá este primeiro painel; os Srs. Advogados: o Sr. Subprocurador, Dr. André Luis Spies, que estará acompanhando esta audiência; e os Srs. Servidores aqui presentes. Ao abrir esta audiência, quero realmente registrar este momento histórico. Este é o primeiro processo sobre recursos repetitivos, como eu dizia, que estará tramitando sob o novo regime da Lei n.º 13.015/14. Já admitimos na SDI-1 seis processos sob o regime da referida lei. Dos seis temas, um será afetado ao Pleno e cinco ficarão na SDI-1. Tivemos uma experiência análoga a esta quando foi convocada a audiência pública sobre terceirização. Foram dois dias de audiência, com mais de cinquenta *experts* tratando, sob todos os prismas, todos os setores da questão da terceirização. Não lembro se foi em 2012. V. Ex.ª está lembrado, Ministro Dalazen?

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Salvo engano, foi em 2012, Sr. Presidente.

O Sr. Ministro Ives Gandra Filho (Presidente do TST) – Há quatro anos. Então, temos uma



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

3

grande esperança nesta nova experiência, justamente porque estamos mudando de paradigma. Temos vivido muitos anos, aqui no Tribunal, tentando quebrar recordes. A cada ano se vê se o Tribunal consegue julgar mais. Chegamos a julgar duzentos, duzentos e cinquenta, trezentos mil processos por ano, e não resolvemos aquilo que é a nossa missão existencial: pacificar a jurisprudência. Muitas vezes não temos tempo ou cabeça para conseguirmos discutir como deve ser analisado cada um desses temas, ouvindo a sociedade, os senhores e as senhoras, que trazem todos os elementos para podermos julgar. Por isso, tenho muita esperança de que, a partir desse paradigma, começando a encaminhar por um novo modo de julgar, em que o Tribunal se debruce sobre temas e não queira resolver casos, possamos, efetivamente, chegar a um momento em que o Tribunal, a cada mês, estará definindo uma série de temas e pacificando-os de tal forma que, sob o regime da nova lei e transformando essas medidas em súmulas ou OJs vinculantes, consigamos dar uma segurança maior a todo o sistema do Poder Judiciário Trabalhista. Então, desejo a todos, especialmente ao Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, como Relator, todo o sucesso para conduzir da melhor forma possível esta audiência e este primeiro tema que levaremos, provavelmente em junho ou no segundo semestre, para julgamento. Será o tema do divisor de horas do bancário. Então, é um tema muito sensível a todos os senhores, e esperamos que o TST venha pacificar da forma mais justa essa controvérsia na qual hoje nos debatemos. Então, ficam aqui os meus melhores desejos de sucesso e bom trabalho. Passo, de imediato, a Presidência dos trabalhos ao Ministro João Oreste Dalazen, que presidirá este painel. O Ministro Cláudio se pronunciará.

O Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão – Sr. Presidente, agradeço o registro de V. Ex.<sup>a</sup>. Esta Mesa só de abertura se encontra desfeita, então, V. Ex.<sup>a</sup> tem os compromissos naturais da sua agenda. Cumprimentando a todos os Srs. Advogados, convido, então, o Ministro João Oreste Dalazen para presidir o próximo painel.

O Sr. Ministro Ives Gandra Filho (Presidente do TST) – O Ministro João Oreste Dalazen assumirá a Mesa. Muito bom dia de trabalho a todos. Muito obrigado.

(Assume a Presidência o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro João Oreste Dalazen e retira-se o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Ives Gandra Filho.)

O Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão – Ministro Dalazen, antes de V. Ex.<sup>a</sup> prosseguir, quero cumprimentar os Ministros Augusto César, Hugo Scheuermann e Márcio Eurico.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

4

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen (Presidente da Mesa) – Muito bom dia a todos e minha saudação particular aos eminentes Ministros que prestigiam esta 1.<sup>a</sup> Audiência Pública do Tribunal Superior do Trabalho. Meus cumprimentos às Sr.<sup>as</sup> Advogadas e aos Srs. Advogados aqui presentes. Vamos dar início agora, como já se anunciou, ao primeiro painel referente à audiência pública sobre o divisor para o cálculo de hora extra de bancário. Esclareço que, lamentavelmente, em face da exiguidade do tempo e da necessidade de tratamento igualitário a todas as partes, seremos rigorosos com o tempo de que cada um disporá para a sua intervenção. Como se sabe, o tempo previsto é de quinze minutos para cada um dos participantes da audiência pública que ora se inicia. Sem maiores delongas, tenho o prazer de convidar para a sua intervenção, em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores das Empresas de Crédito – Contec, o Dr. Ricardo Quintas Carneiro, V. S.<sup>ª</sup> tem a palavra.

O Sr. Ricardo Quintas Carneiro (Confederação Nacional dos Trabalhadores das Empresas de Crédito - CONTEC) – Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro João Oreste Dalazen, em nome de quem presto homenagem aos demais Ministros do Tribunal Superior do Trabalho aqui presentes, prezados colegas, Senhoras e Senhores, a Contec vem trazer à apreciação de V. Ex.<sup>as</sup> e da ilustrada assistência a sua preocupação com a preservação da jurisprudência deste Tribunal Superior do Trabalho, já cristalizada sob o conteúdo de sua Súmula n.º 124, I, como também com aquela que lhe é satélite, consolidada principalmente no âmbito da sua Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, jurisprudência cujo entendimento convive de forma siamesa com aquele disposto na Súmula n.º 431 do TST. Como todos sabemos, desde a Constituição de 1988, com a alteração do paradigma sobre o que seria duração do trabalho normal, o cálculo para o salário-hora normal do empregado mensalista previsto no art. 62 da CLT passou por necessária adequação. A duração do trabalho normal, determinada pelo inciso XIII do art. 7.<sup>º</sup> da Carta, passou a impor à jornada de trabalho limites diário e semanal, não mais apenas diário, tal como estabelecido pelo art. 58 da CLT. Ou seja, depois da edição da Constituição de 1988, passou-se a tomar como base a jornada semanal para o cômputo do salário-hora normal do empregado mensalista. Por tratar-se de regra matemática simples, não os cansarei com a reprodução da citada fórmula, até porque o Tribunal Pleno deste Tribunal Superior do Trabalho já o fez, mesmo que vinte anos depois, ao editar a Súmula n.º 431 do TST, que tem a seguinte redação: “Para os empregados a que alude o art. 58, caput, da CLT, quando sujeitos a 40 horas semanais de trabalho, aplica-se o divisor 200 (duzentos) para o cálculo do valor do



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

5

salário-hora.” Adotada essa matriz da Súmula n.º 431, ao se alterar a quantidade de horas semanais trabalhadas, obter-se-á o respectivo divisor para o cálculo do salário-hora do trabalhador. Essa matriz adequa-se perfeitamente à categoria bancária, principalmente a ela, porque o art. 224 da CLT não deixa dúvida e é expresso ao afirmar que: “A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana (...).” Pois bem, no caso dos bancários, ao inserir na antes citada matriz o limite estabelecido pelo art. 224, *caput*, da CLT, de trinta horas semanais, tem-se o divisor estabelecido na Súmula n.º 124, I, *a*, do TST, regra que se repete para o divisor da letra *b* do item I da mesma súmula, ao se considerar que o bancário enquadrado na hipótese excepcional do § 2.º do art. 224 da CLT tem como jornada de trabalho normal aquela do art. 58, *caput*, da CLT. Daí se conclui que: 1) a previsão da letra *b* do item I da Súmula n.º 124 é redundante e se articula com elementos complicadores desnecessários, porque aos bancários enquadrados na hipótese excepcional do § 2.º do art. 224 da CLT já se aplica, *ipsis litteris*, a regra da Súmula n.º 431 do TST, pois sujeitos ao regime de jornada de trabalho do art. 58 da CLT; 2) a previsão da letra *a* do item I da Súmula n.º 124 do TST revela-se desnecessária, pois, aos enquadrados no *caput* do art. 224 da CLT, o mesmo resultado matemático também se obtém com a aplicação da matriz da Súmula n.º 431 do TST. As Súmulas n.ºs 124, I, e 431 do TST, por se basearem em raciocínio cartesiano, não necessitam de defesa. Qualquer afirmação contrária aos seus conteúdos seria o equivalente a dizer que o resultado da soma de dois mais dois poderia ser cinco ou, ainda, que pela redação do inciso III do art. 7.º da Constituição Federal se pudessem dilatar os limites legais e constitucionais de trabalho semanal, o que seu dispositivo expressamente não permite. Parece não ser coincidência, então, que a alteração da Súmula n.º 124 e a edição da Súmula n.º 431, ambas do TST, dividem as mesmas origens interpretativa e formal, ambas resultam de idêntico raciocínio jurídico lógico e foram editadas pela Resolução n.º 185/12. Já quanto à Súmula n.º 113 do TST, aclarados os limites de mérito da questão em debate, o seu conteúdo não pode mais impor ruído. Se antes já carecia de razoável sustentação lógica, agora, depois da edição das Súmulas n.ºs 124, I, e 431 do TST, perdeu completamente o sentido. Não resistiu, portanto, aos processos histórico, evolutivo e social, particulares à aplicação concreta do direito no tempo, classificados como mudanças metajurídicas das relações jurídico-sociais.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

6

A preocupação da Contec, portanto, não é com a base da sustentação da hermenêutica que deu azo às Súmulas n.ºs 124, I, e 431 do TST, a qual está assentada, repete-se, no efectivo método cartesiano. A preocupação da Contec é com o paradoxo hoje vivenciado pelo Tribunal Superior do Trabalho ao ver em conflito os dois principais sistemas de uniformização jurisprudencial postos à sua disposição. O primeiro, contemporâneo, fruto das alterações impostas ao processo do trabalho pela Lei n.º 13.015/14, previsto no art. 896-C da CLT e regulamentado por atos do Tribunal Superior do Trabalho. O segundo, tradicional, regimental e sumular, implantado sob a inspiração do art. 479, parágrafo único, do CPC de 1973 e, também, regulamentado pelo Regimento Interno do Tribunal (Capítulo I do Título 9.º = Da Uniformização da Jurisprudência). O paradoxo resume-se na possibilidade real, iminente, de uma decisão da composição plena da SDI do TST, adotado conforme procedimento de uniformização contemporânea, poder interferir no conteúdo de súmulas do mesmo TST, aprovada por seu Tribunal Pleno e conforme o procedimento de uniformização tradicional, a ponto de inviabilizá-las, o que, *data venia*, não se pode admitir por tratar-se de uma evidente quebra no sistema de uniformização jurisprudencial, desenhado de forma piramidal em que a decisão da última instância, proferida na espécie pelo Tribunal Pleno do TST, deverá servir como farol para os demais órgãos jurisdicionais de competência inferior, e não ao contrário. Esse paradoxo agiganta-se quando se tem que a adequação de direito, requisito para a instauração do procedimento do art. 896-C da CLT, sintetizado, no caso, no questionamento que deu origem a esse procedimento, já foi resolvida pela jurisprudência da SDI-1 do TST pela aplicação do item I da Súmula n.º 124 do TST: não mais pairando sobre ela qualquer dúvida. Vide o exemplo do seguinte precedente – dezenas de outros poderiam ser citados – em que figurou como parte embargada a Caixa Econômica Federal, em que a egrégia Subseção I Especializada em Dissídios Individuais enfrentou o questionamento que sintetiza esse procedimento de uniformização, respondendo positivamente, à luz dos seguintes fundamentos resumidos na ementa do julgado, que passo a ler: “Cinge-se a controvérsia a se definir quais os efeitos legais da previsão em norma coletiva de incidência das horas extras no sábado do bancário. A é. Turma concluiu que essa previsão somente teria efeito para o cálculo das horas extras. Entretanto, é desnecessária a interpretação de cláusula coletiva para se verificar que o sábado é repouso semanal remunerado. A jurisprudência há muito pacificada por este Colendo Tribunal na Súmula 113 negou a natureza jurídica do repouso semanal



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

7

remunerado do sábado do bancário para uma única finalidade: afastar a 'repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração. Considerando que no presente caso, a norma coletiva afastou a única finalidade da Súmula 113, então é inequívoca a conclusão de que o sábado, nesse contexto, corresponde a um repouso semanal remunerado. Se a jornada é de 30 horas semanais, o divisor a ser adotado é o de 150. Recurso de embargos conhecido por divergência jurisprudencial e provido". Trata-se do processo E-RR n.º 18000-97/2013, publicado no dia 24/10/14. *Data maxima venia*, Excelências e nobre assistência, sendo inconsistente a questão de direito que dá azo a este procedimento de uniformização, eis que já resolvida pela aplicação da própria Súmula n.º 124. I. do TST e da jurisprudência que lhe é satélite no âmbito não só da Seção I Especializada de Dissídios Individuais, mas também do Tribunal Pleno, ambos do Tribunal Superior do Trabalho, não pode um mero caso de rebeldia interpretativa, em que uma linha jurisprudencial de forma sofismática nega a existência do óbvio, colocar em risco todo este arcabouço jurisprudencial já cristalizado. Em artigo publicado pela revista eletrônica *Consultor Jurídico*, intitulado *Instabilidade Jurisprudencial no STF Dificulta a Cultura de Precedentes*, a doutora em Direito, professora em Direito Constitucional e advogada Damares Medina, ao citar Dieter Grimm e dissertar sobre os modelos de entrega de prestação jurisdicional colegiada, os modelos *seriatim* e *per curiam*, ensina que "(...) Na Europa continental, se houve uma tradição *seriatim*, ela chegou ao fim com o surgimento das monarquias absolutistas. Como servos do monarca absolutista que concentravam em suas mãos todo o poder (inclusive o judicial), os juízes emitiam as decisões em nome do monarca, que detinha o poder de reverter uma decisão judicial e substituir o juiz. Durante o Iluminismo, alguns monarcas deixaram de exercer esse poder, contudo, isso não mudou a posição dos juízes, em uma concepção fundamental, que sobreviveu ao absolutismo e encontra suas origens recentes no positivismo jurídico; até hoje é a instituição e não o juiz quem decide. A corte julga, não o juiz. Nessa perspectiva positivista, até a expressão opinião da corte mostra-se inadequada. A corte não tem uma opinião, ela diz o direito em uma única e correta resposta para uma questão legal. As posições divergentes não são alternativas, mas erros que não devem ser disseminados (...)". Repete-se, porque é importante: "(...) A corte não tem uma opinião, ela diz o direito em uma única e correta resposta para uma questão legal. As posições divergentes não são alternativas, mas erros que não devem ser disseminados (...)". Nesse contexto, se não for para reafirmar o entendimento





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

8

já consolidado na Súmula n.º 124, I, a e b, e 431 do TST, este procedimento de processos repetitivos há de ser descartado. Isso por carecer de uma questão jurídica legítima, que dá ensejo a uma multiplicidade de recurso de forma suficiente ao acionamento da sistemática de uniformização jurisprudencial prevista no art. 896-C da CLT, como também por basear-se em mero erro *in judicando*, em que a linha jurisprudencial dissonante é incoerente com a lógica da fundamentação já cristalizada em sentido contrário, até por sistema de uniformização típico e próprio, tradicional, sumular. Eminentes Ministros e ilustrada assistência, por tratar-se de mera posição divergente, a questão jurídica que anima o procedimento no qual se insere esta audiência pública não deve mobilizar os esforços do Tribunal Superior do Trabalho para além daqueles já previstos no sistema recursal do processo de trabalho, desenhado justamente para a correção desses erros que não devem ser disseminados. Se o egrégio Colegiado entender de forma diversa, dando processamento ao procedimento já em curso, que então assim o seja para a confirmação do conteúdo da Súmula n.º 124, I, a e b, do TST, que se realiza não necessariamente por força das convenções coletivas bancárias, mas pela interpretação jurídica que rege a matriz matemática determinada pela Súmula n.º 431 do TST. Para concluir, eu gostaria de encerrar com uma pequena citação de Saramago, em *A Jangada de Pedra*. Em uma das reuniões dos viajantes para decidir sobre o seu destino, o andaluz Pedro Orce diz: “Aonde formos, vou”. Saibam, eminentes Ministros e ilustrada assistência, que pelos caminhos tortuosos a serem trilhados por esse procedimento de uniformização irão a esperança e a expectativa de cada um dos milhares de bancários favorecidos pela interpretação jurídica contida nas Súmulas n.ºs 124, I, e 431 do TST. A Contec agradece pela oportunidade e eu, pela paciência de V. Ex.<sup>as</sup>. Desejo a todos nós um bom dia.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen (Presidente da Mesa) – Agradeço a intervenção do Dr. Ricardo Quintas Carneiro em nome da Contec. Cumprimento S. S.<sup>a</sup> pela pontualidade e pela densidade de sua intervenção. Tenho o prazer de convidar o Dr. Estêvão Mallet para um pronunciamento em nome da Federação Nacional dos Bancos – FENABAN. Neste momento, concedo a palavra a V. S.<sup>a</sup>, que dispõe de quinze minutos.

O Sr. Estêvão Mallet (Federação Nacional dos Bancos – FENABAN) – Sr. Presidente, permita-me, de início, saudar V. Ex.<sup>as</sup> e muito particularmente S. Ex.<sup>a</sup> o eminente Relator e todos os ilustres integrantes da egrégia Seção. Com a licença de V. Ex.<sup>as</sup>, Sr. Presidente, preparei, para acompanhar esta minha apresentação, não só as projeções que serão agora



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

9

apresentadas, como também um pequeno memorial em que estão reproduzidas essas imagens. Se V. Ex.<sup>a</sup> permitir, eu gostaria de solicitar à zelosa Secretaria que providenciasse a distribuição desse material aos Ministros que acompanham a explanação.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen (Presidente da Mesa) – Pois não.

O Sr. Estêvão Mallet (Federação Nacional dos Bancos – FENABAN) – Sr. Presidente, diferentemente do colega que me antecedeu, penso que fez muito bem o egrégio Tribunal ao instaurar este procedimento, porque há, de fato, uma questão importante que reclama a reflexão da Corte. É uma questão que, na verdade, antecede a discussão sobre saber se o divisor se modificou ou não, que é a questão fundamental de saber se a previsão em norma coletiva de pagamento de reflexo de horas extras em sábado alterou a natureza jurídica desse dia. Essa é a questão central de fundo, porque a resposta a ela implica a resposta à questão seguinte. Para responder a essa questão é fundamental examinar, em primeiro lugar, a cláusula que está em discussão, a Cláusula 8.<sup>a</sup> da Convenção Coletiva da categoria. Permito-me sublinhar a V. Ex.<sup>as</sup> que a Cláusula, em nenhum momento, se refere à alteração da natureza jurídica do sábado. Simplesmente prevê que, prestadas as horas extras durante toda a semana, deverão ser pagos reflexos em sábados. Nada além disso, nada de alteração da natureza jurídica do sábado. Parece-me evidente e de fácil compreensão que, se a norma quisesse alterar a natureza jurídica do sábado e, portanto, alterar o divisor, teria inúmeras maneiras de fazê-lo e de dizê-lo com toda a clareza. E não o fez; preferiu simplesmente estabelecer essa previsão. Agora, se ainda assim tivéssemos alguma dúvida, Sr. Presidente e eminentes Ministros, teria grande utilidade, neste caso, a consideração de outras cláusulas da mesma norma coletiva. Refiro-me, particularmente, à Cláusula 23 da Convenção. Lá está dito com todas as letras – talvez V. Ex.<sup>as</sup> já conheçam esse texto e, por uma questão retórica, permito-me repeti-lo – que “para efeito desta cláusula, sábado não será considerado dia útil”. Ora, a necessidade dessa previsão indica o quê? Normalmente, na convenção da categoria, o sábado é dia útil, o que mostra que não se pretendeu alterar a sua natureza jurídica, não se pretendeu transformá-lo em descanso semanal remunerado. E volto ao mesmo ponto, Sr. Presidente e eminentes Ministros, quisesse a Convenção mudar a natureza do sábado, alterar o divisor, teria dito isso com toda clareza e não de uma maneira tão crítica, tão fechada como aquela que se quer extrair da Cláusula 8.<sup>a</sup> da Convenção. Lembro, também, que alterar a natureza jurídica do sábado teria consequências muito além da mera modificação do divisor,





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

10

consequências estas que têm passado absolutamente despercebidas no debate até agora. Afinal, se o sábado passou a ser dia de descanso remunerado, alterando-se o divisor, consequentemente, na hipótese de falta do trabalhador, a dedução terá de ser não de dois dias, o dia da falta e o domingo, mas também do sábado, o que nunca se fez ou se cogitou porque, como todos sabem, o pressuposto para o pagamento do descanso remunerado é a assiduidade ao longo da semana. Portanto, uso esse argumento para mostrar, Sr. Presidente e eminentes Ministros, que alterar a natureza jurídica do sábado é muito mais do que apenas prever repercussão de horas extras habituais. Penso que é importante compreender esta cláusula a partir da sua história. Ela está na Convenção desde 1985, é uma cláusula antiga, de trinta anos, e que surge – e esse ponto parece-me decisivo, Sr. Presidente – no contexto da Súmula n.º 113. Disse o meu antecessor que a Súmula n.º 113 estava equivocada. Não penso que esteja equivocada, ao contrário, a Súmula n.º 113 é clara ao dizer que o sábado é dia útil não remunerado para os bancários. Portanto, o que quis fazer a Convenção? Simplesmente estabelecer uma condição mais favorável, ou seja, normalmente, por força da Súmula n.º 113, não haveria repercussão de horas extras e sábado, já que se trata de dia útil não trabalhado, porém tendo em vista a negociação coletiva, concedeu-se a repercussão, o reflexo, numa típica condição mais favorável, limitada a esse propósito. Esta ideia, qual seja a de que o sábado não se transformou em DSR e que não houve mudança do divisor, sempre esteve assentada na jurisprudência deste egrégio Tribunal. Sempre foi esse – e resalto muito importante este ponto – o entendimento das próprias partes convenientes dos sindicatos subscritores dessa norma coletiva. Não me refiro, é evidente, aos bancos, e, sim, aos sindicatos profissionais. Sempre entenderam que o sábado não tinha natureza de descanso semanal remunerado e que não havia modificação do divisor. Quero provar meu argumento, Srs. Ministros, com duas petições iniciais ajuizadas por sindicatos de bancários, pouco tempo antes da mudança na redação da Súmula n.º 124, que esclarecem isso. Exemplo de uma ação do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários no Estado de Sergipe ajuizada em maio de 2010. O próprio sindicato o que diz? Formula sua pretensão e pede que se observem os divisores 180 e 220. Outro exemplo: uma ação do Sindicato dos Bancários e Trabalhadores do Sistema Financeiro do Extremo Sul da Bahia ajuizada em março de 2010. O que pede o sindicato? A observância dos divisores 180 e 220. Essas manifestações de vontade são de uma importância capital, porque mostram como os convenientes interpretam a própria



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

11

norma coletiva e resolvem o próprio problema. Ou seja, eles próprios sempre entenderam que os divisores corretos eram 180 e 220. E não me sirvo de ações ajuizadas no século passado ou há muitos anos. Essas ações foram ajuizadas pouco tempo antes da mudança, o que suscita um tema ligado à boa-fé, no sentido objetivo. Há manifestação expressa, que depois é desconsiderada no momento de cumprimento da norma coletiva. Há também, Sr. Presidente e eminentes Ministros, o tema da segurança jurídica, que vem à tona com a possibilidade de reversão dessa jurisprudência. Eu não hesitaria, se estivesse errada essa interpretação, em advogar a sua mudança, mas não me parece que isso ocorra. Todos os elementos convergem para mostrar que o sábado continua a ser dia útil não trabalhado, que a norma coletiva se limitou a prever repercussão das horas extras nesse sábado para criar uma condição mais favorável do que a da Súmula n.º 113 e que, portanto, os divisores são mesmo 180 e 220. É preciso considerar também que essa nova proposta de mudança da interpretação assentada criará algumas questões interessantes e não deixará de suscitar algumas perplexidades. É preciso ter em conta que a norma é expressa. Apenas se prestadas durante toda a semana, as horas extras repercutirão nos sábados; consequentemente, essa suposta transformação da natureza jurídica dos sábados só ocorreria nessa hipótese. Desse modo, teremos de lidar, por exemplo, com a situação de um empregado que, na primeira semana, tenha prestado horas extras em todos os dias – o quadro exemplifica essa hipótese –; na segunda semana, em alguns dias; na terceira semana, prestou também em alguns dias; e, na última semana, prestou em todos os dias. Pergunto, qual será o divisor aplicável a esse trabalhador? Aplicada a mesma solução, por coerência, terei de dizer que, na hipótese que projeto, na primeira semana, o divisor será, se for jornada de seis horas, 180; na segunda, 150; na terceira, novamente 180; na quarta, 180. Ou seja, o divisor mudaria conforme a frequência da prestação das horas extras, o que geraria inúmeros problemas, como o mesmo empregado com diferentes divisores ao longo do mês e ao longo do período de vigência de seu contrato, colegas com divisores diferentes ao longo do tempo, e vários outros problemas. Isso mostra que, no fundo, o problema que está em discussão é mesmo outro: a não transformação da natureza jurídica do sábado por essa mudança. Agora, Sr. Presidente – já me aproximo da conclusão, atento à solicitação de V. Ex.ª de pontualidade, que respeitarei de modo estrito –, ficam ainda vários outros pontos que este egrégio Tribunal precisará decidir caso resolva mudar essa jurisprudência assentada da Súmula n.º 113 e da antiga redação da Súmula n.º 124, como o



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

12

problema da aplicação no tempo. Quantas não são as questões que essa mudança vai suscitar? V. Ex.<sup>as</sup> tiveram uma mostra disso ao tempo em que examinaram o IPCA-E, processos findos com coisa julgada, execuções concluídas. No caso, os problemas serão infinitamente maiores. Haverá, indiscutivelmente, uma explosão de litigiosidade, porque, afinal, se não houver modulação, aplicação retroativa, recálculo, processos em curso, acordos baseados em uma determinada premissa jurídica que agora se pretende modificar e alterar... É por isso, Sr. Presidente, que, respeitosamente, a Fenaban entende que o problema deve ser resolvido tal qual a jurisprudência o fez há pelo menos trinta anos. Ou seja, não há modificação do divisor do cálculo do horário do bancário, continuam sendo os tradicionais divisores 180 e 220, porque foi isso que se pactuou, foi isso que as partes sempre entenderam, foi isso que os sindicatos reafirmaram, e têm reafirmado seguidamente, e é isso que deve ser observado. Muito obrigado pela atenção, Sr. Presidente, eminentes Ministros.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen (Presidente da Mesa) – Muito obrigado ao Dr. Estêvão Mallet pelo pronunciamento de S. S.<sup>a</sup> em nome da Federação Nacional dos Bancos. Cumprimento S. S.<sup>a</sup> pela qualidade da intervenção, como sempre. Tenho o prazer de convidar agora a Dr.<sup>a</sup> Renata Silveira Veiga Cabral para a intervenção em nome da Federação dos Trabalhadores em Empresas de Crédito – CUT/SP e também em nome da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – Contraf/CUT. Dr.<sup>a</sup> Renata, V. S.<sup>a</sup> tem a palavra por quinze minutos.

A Sr.<sup>a</sup> Renata Silveira Veiga Cabral (FETEC – CUT/SP e CONTRAF/CUT) – Obrigada, Excelência. Bom dia, Sr. Presidente. Srs. Ministros. Cumprimento o Ministro Relator pela iniciativa de marcar esta audiência pública, porque é necessário e fundamental que a comunidade discuta tema relevante. Agradeço a presença dos Srs. Ministros que estão aqui para nos ouvir, a fim de que o debate seja profícuo e possamos avançar. Cumprimento também as senhoras, os senhores e todos os interessados no tema. Fiz alguns *slides*, mas não posso deixar de começar pela fala do Dr. Estêvão Mallet, que traz algumas questões fundamentais que devem ser pontuadas a V. Ex.<sup>as</sup>. O que estamos aqui a discutir não é o que diz a cláusula da convenção coletiva, não é o teor da cláusula 8.<sup>a</sup> da Convenção Coletiva. A cláusula existe e tem sido interpretada por V. Ex.<sup>as</sup> há tempos, com jurisprudência pacificada, e deu origem a inúmeros precedentes quando da modificação da Súmula n.º 124 do colendo Tribunal Superior do Trabalho. O que temos neste debate, e pontuado no edital em que o



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

13

Ministro Relator fez publicar, é a pergunta: “(...) A definição do sábado como dia de repouso semanal remunerado, por norma coletiva da categoria dos bancários, mesmo que apenas para fins de reflexos de horas extras habituais, acarreta alteração no divisor utilizado para cálculo das horas extraordinárias, nos termos da Súmula n.º 124 deste Tribunal?” (...). Essa é a pergunta que pontua a nossa discussão. Há uma segunda questão colocada também em edital por S. Ex.ª o Relator: há um requerimento para que possamos discutir os contornos fáticos relacionados à elaboração das normas coletivas que amparam a pretensão deduzida e as consequências por elas produzidas. Nesses termos, a confederação, a federação, sindicatos filiados vêm responder a essas questões. É importante destacarmos duas súmulas: na verdade, três súmulas, como disse o Dr. Ricardo, que me antecedeu: a Súmula n.º 113 do Tribunal Superior do Trabalho, a Súmula n.º 124 e a Súmula n.º 431. Tanto a Súmula n.º 124 como a Súmula n.º 431 têm alteração na mesma data, em 2012. Temos a Súmula n.º 113 do colendo TST, antiga, com a primeira redação datada de 1981; portanto, anterior à cláusula da convenção coletiva pontuada pelo Dr. Estêvão Mallet, cuja primeira redação é de 1985. Precisamos fazer um processo histórico. Tanto a Súmula n.º 113 nasce antes dessa cláusula da convenção coletiva como também nasce à época da Constituição anterior – não a de 1988 –, que traz uma nova jornada de contrato, estabelecendo a jornada máxima de quarenta e quatro horas semanais. São questões importantes a serem pontuadas. A redação atual da Súmula n.º 113, que, na verdade, não sofreu grandes modificações há tempos, diz: “(...) O sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado. Não cabe a repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração.” Essa é a redação, a nosso entendimento, ultrapassada, que merece até ser revisada – quiçá, cancelada –, da Súmula n.º 113 do colendo Tribunal Superior do Trabalho. Qual era o objetivo da Súmula n.º 113? Era exatamente afastar a repercussão do pagamento de horas extras habituais na remuneração. Não sou eu apenas que digo isso; há inúmeros precedentes, inclusive um do Ministro Alexandre Agra Belmonte, lido da tribuna pelo Dr. Ricardo, que representa a Contec. Quando a Súmula n.º 113 tem a única finalidade de afastar essa repercussão do pagamento de horas extras habituais na remuneração, ela perde sentido quando se tem outra cláusula de convenção coletiva que simplesmente traz outra condição ao descanso semanal remunerado. A Súmula n.º 124 também nasceu, de fato, na época da Súmula n.º 113 do colendo Tribunal Superior do Trabalho - é antiga também. Ocorre que ela sofre alteração em



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

14

2012, justamente pela compreensão da atualidade da questão de análise de situação jurídica posterior à Constituição de 1988, e de análise expressa da norma da cláusula da convenção coletiva. A Súmula n.º 124, portanto, em seu inciso I, diz: “O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será: a) 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas (...) b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas (...)”. Essa é a súmula. Pergunta-se: existe o acordo coletivo nesse sentido? Existe. A cláusula 8.ª, lida pelo Dr. Estêvão Mallet, fala em seu parágrafo § 1.º: “Quando prestadas durante toda semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados.” O argumento de que há algumas iniciais de alguns sindicatos que pedem divisores diferentes dos ora defendidos, *data venia*, não prospera, tanto que são dois exemplos. Se fizéssemos o raciocínio contrário, no sentido de que todo pedido diferente, com o divisor 120 ou com o 200, tornar-se-ia verdadeiro. Portanto, uma interpretação da norma já massivamente pacificada por todos os sindicatos estaria diametralmente contrária. De fato, é evidente que devem existir alguns pedidos equivocados, como certamente, em várias contestações de bancos - não haveria a necessidade de pontuarmos -, também há, por exemplo, a não contestação dos divisores. E isso não modifica o nosso argumento. Portanto, os dois exemplos citados, a meu ver, *data maxima venia*, são isolados e não podem modificar uma compreensão desta Corte a respeito do tema. Também quanto aos outros efeitos, quando chegamos à compreensão de que no sábado se eleva essa questão do descanso semanal remunerado, o efeito de um desconto do empregado não assíduo e do empregado que não justifica o seu comparecimento ao emprego, e o desconto respectivo, não há problema. A lei é clara. Se não há trabalho e se é injustificado, desconta-se. Qual o problema? Quanto a isso não há nenhuma repercussão negativa para a classe trabalhadora. Pretende-se que se aplique a lei e a norma convencionada, ajustada, discutida e cláusula que nasce em 1985, até hoje renovada. V. Ex.<sup>25</sup> e certamente os que participam desta audiência pública bem sabem que, em uma mesa de negociação, não se discutem vírgulas, na maioria das vezes, e que todos os temas são esgotados na sua amplitude. Não precisamos aqui falar de cláusulas de convenção coletiva apenas isoladamente; basta que falemos da lei. Quando se faz uma norma, nós, aplicadores do Direito, temos muitas das vezes dificuldade em compreender a lei. Vamos ao espírito da lei, de onde nasceu a lei, para que a apliquemos da melhor forma.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

15

Portanto, dizer que se deveria constar desta cláusula de convenção coletiva expressamente os divisores a serem utilizados, com todo respeito, é desnecessário. Basta sentar à mesa de uma negociação coletiva. Basta sentar à mesa de uma negociação coletiva, repito, para que se verifique como chega à conclusão e à redação de normas. Normalmente, essas normas são feitas e elaboradas por dirigentes, classes trabalhadoras e empregadores que as discutem. Os aplicadores do Direito tentam ajustá-las, sabedores de que haverá, muitas das vezes, a interpretação do Judiciário, mas o objetivo é que essas questões não sejam, em absoluto, judicializadas. O objetivo é que, criada a norma entre as partes, ela seja respeitada. Em relação à cláusula 8.ª da Convenção Coletiva dos Bancários, a Convenção Coletiva Nacional, tem-se um desrespeito solene dos bancos, desde então, em relação à aplicação do divisor. É essa a questão. Volto a dizer que quem traz essa questão a lume não sou eu, mas sim V. Ex.<sup>as</sup> por meio dos precedentes. Se V. Ex.<sup>as</sup> verificarem os precedentes que deram origem à alteração da Súmula n.º 124 em 2012, constam, se não me engano, dezessete ou dezoito precedentes, sendo que quatro ou cinco da colenda SDI e outros tantos de todas as Turmas. Obviamente, o Ministro Dalazen sabe que a 4.ª Turma é a única atualmente dissonante. Se há oito Turmas que decidem de uma forma, e a SDI tem jurisprudência acerca do tema, fica uma Turma vencida. Os precedentes em que se discutiu o tema são claros e trazem exatamente a questão da convenção. Leio um precedente de relatoria do Ministro Renato, que diz: “Esta SBDI-I vem entendendo que a atribuição, por norma coletiva, de natureza jurídica de repouso semanal remunerado ao sábado bancário implica, por consequência lógica, na necessidade de adoção do divisor 150 para o cálculo das horas extras, sendo inaplicável a regra geral contida na Súmula n.º 124 (...)”. Há precedentes de relatoria do Ministro Augusto César, de decisão unânime da SDI, de relatoria do Ministro Hugo Scheuermann, também com decisão unânime da SDI, e todas as Turmas decidem da mesma forma. Elas não decidem de forma lacônica, mas sim de forma expressa. Portanto, no nosso entender de hoje, aqui discutindo a questão do divisor, o que se traz de grande novidade e importância, por meio dessa decisão - digo e repito - já pacificada por esta colenda Corte, é que se determine que os Regionais assim decidam. Assim eliminamos vários problemas: o do bancário, cujo trâmite da sua reclamação trabalhista tem anos, e que não precisaria, portanto, submeter-se à questão do divisor ao Judiciário; o do enorme volume de processos no Tribunal Superior do Trabalho, nos quais V. Ex.<sup>as</sup>, tendo pacificado isso, não decidiriam novamente sobre o tema; o da não necessidade de





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

16

assoberbamento de V. Ex.<sup>as</sup>, com o número de processos que chegam, para se decidir tema quando o Regional não se submete à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Ao ver da Confederação e da Federação dos Sindicatos Filiados, esse é o ponto fulcral e importante desta audiência pública e deste recurso repetitivo. Vamos, ai sim, de acordo com a lei que nos traz uma novidade, fazer com que os Regionais sigam essa jurisprudência. Finalizando – resta-me um minuto e meio –, como meu colega, no final de sua exposição, citou Saramago, *A Jangada de Pedra*, vou pegar o gancho e citar *Ensaio Sobre a Cegueira*. Nesta obra Saramago traz a fantasia que nos faz lembrar a responsabilidade de ter olhos quando os outros os perderam. Ou seja, obriga-nos a parar, fechar os olhos e ver. E é o que peço a V. Ex.<sup>as</sup> quando do julgamento. Obrigada.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen (Presidente da Mesa) – Agradeço a intervenção da Dr.<sup>a</sup> Renata, que falou em nome da FETEC – CUT/SP e CONTRAF/CUT. Espero que eu também tenha olhos bem abertos para julgar esta matéria. Talvez os meus olhos não estejam com a suficiente agudeza para enfrentar esse problema. Convido agora, para a sua intervenção, em nome da Confederação Nacional do Sistema Financeiro, o Dr. Magnus Ribas Apostólico. Dr. Magnus, V. S.<sup>a</sup> tem a palavra.

O Sr. Magnus Ribas Apostólico (Confederação Nacional do Sistema Financeiro) – Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro João Oreste Dalazen, Ex.<sup>mos</sup> Srs. Ministros, Senhoras e Senhores. Nos trinta e sete anos de atuação em negociações coletivas, dos quais vinte e um coordenando a representação dos bancos nas negociações com os representantes dos bancários e nas aulas de formação de negociadores e palestras sobre o tema, mantenho como guia das boas práticas das relações de trabalho e sindicais estes princípios - não apenas os recomendo como os sigo fielmente: boa-fé nas negociações; forte representatividade das partes que garanta os compromissos assumidos durante a negociação; respeito mútuo para uma negociação civilizada e produtiva; equilíbrio de forças para garantir a independência das representações; busca incessante do entendimento, com a visão de que o objetivo é a paz social, ainda que existam conflitos de interesse; e o mais importante: a explicitação dos compromissos firmados durante a negociação que nortearão a elaboração do instrumento coletivo e sua aplicação futura. Esses princípios resguardam o espírito da negociação – por isso lamento ouvir que nós que estamos à mesa de negociação somos pouco cuidadosos quanto à elaboração das nossas normas – isso não só é verdade pelo nosso cuidado em traduzir em cláusulas os compromissos assumidos



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

17

em mesa como pela assessoria sempre muito importante que temos de advogados muito competentes de todos os lados. Encontramos todas essas condições nas negociações entre bancos e bancários. Nelas estão todos os bancos: pequenos e grandes, nacionais e estrangeiros, nacionais ou regionais; estão também todos os bancários, mais de quinhentos mil, representados por mais de duzentas entidades sindicais espalhadas por todo o País, para estabelecer uma convenção coletiva de trabalho nacional, com negociações diretas há décadas, garantindo clareza dos temas negociados e a segurança jurídica para as partes. Os reflexos das horas extraordinárias foram incluídos na convenção coletiva – como já lembrado aqui – em 1985, após negociação de data-base. Àquela época, cláusula 9.ª da convenção coletiva. Hoje, essa é a cláusula 8.ª da convenção coletiva, mas sua redação somente foi alterada para ajustar o percentual do adicional de horas extraordinárias de 30 para 50%, modificado pela Constituição Federal de 1988. E a sua redação demonstra, com clareza, que nunca houve negociação que alterasse a natureza do sábado ou discutisse o divisor para cálculo das horas extraordinárias. Isso é importante. O que foi negociado, à época, redundou exclusivamente em um prêmio de remuneração para aqueles empregados que prestassem horas extraordinárias durante toda a semana. Ora, é mais do que certo que não poderíamos alterar a natureza do sábado? Às vezes, sim, às vezes, não. Portanto, a previsão de pagamento de reflexo sobre o sábado só pode ser interpretado, conforme prescrito na cláusula, como um prêmio eventual de remuneração, não presente quando as horas extraordinárias forem prestadas somente em um ou alguns dias da semana. Esse foi o espírito da negociação, que tem sido mantido por trinta anos. Tanto é assim, que as pautas de reivindicações apresentadas durante quase trinta anos pedem o pagamento de reflexos sem a restrição contida na cláusula firmada em 1985. Porém, jamais foi objeto de acordo entre as partes, mantendo-se sempre a redação e o espírito da negociação inicial. Ainda assim, as pautas não contêm, até a edição da modificação da Súmula n.º 124, qualquer referência à mudança do divisor para cálculo das horas extraordinárias. Atenção. Quando, por exemplo, comparamos as pautas de reivindicações de 2012 e 2015, vamos encontrar em 2015 a inclusão de um § 3.º que reivindica, repito, reivindica alteração do divisor para cálculo de horas extras. No entanto, essa condição jamais foi negociada ou acordada, mantendo-se sempre os termos e o espírito da negociação de 1985. Concluindo, a cláusula 8.ª da convenção coletiva de trabalho não pode conter redefinição da natureza do sábado ou do divisor de horas extras, uma vez que isso





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

18

jamais foi negociado entre as partes. Não pode a redação ser interpretada de boa-fé em termos que não foram objeto da negociação. Somente após a alteração da Súmula n.º 124 foi incluído em pauta de reivindicações pedido para alteração da cláusula no que se refere ao divisor. Ora, se a redação da cláusula fosse suficiente e já definisse outro divisor para cálculo, não seria necessário que os sindicatos pedissem, em pauta nacional, a sua alteração. Não se trata de posição de um ou de outro sindicato, mas da pauta nacional. A redação da cláusula 8.ª sempre esteve protegida pela Súmula n.º 113 deste Tribunal, e, com esse princípio, foi incluída na convenção coletiva de trabalho em 1985. Diz a Súmula n.º 113: “O sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado. Não cabe a repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração”. Portanto, a negociação traz um benefício negociado especificamente para aqueles que fizeram horas extras em todos os dias da semana, como um resultado de interesse das partes e benefício aos bancários. Se a redação da Súmula n.º 124 determina que exista disposição específica em acordo ou convenção coletiva para alterar a natureza do sábado e o divisor para cálculo das horas extraordinárias, podemos afirmar que esse não é o caso da cláusula 8.ª da convenção coletiva entre bancos e bancários, pois jamais esteve na mesa de negociações e não pode ter sido traduzida na redação. A convenção coletiva do setor bancário é a maior, mais abrangente, mais completa do País, resultante de negociações coletivas complexas e muito representativas. Portanto, deve ser respeitada nos seus princípios, termos e resultados. Muito obrigado.

Sr. Ministro João Oreste Dalazen (Presidente da Mesa) – Agradeço a intervenção do Dr. Magnus Ribas Apostólico, em nome da Confederação Nacional do Sistema Financeiro, e cumprimento o ilustre Advogado por sua contribuição para com esta Audiência Pública. Faremos agora um intervalo de quinze minutos, impostergáveis, e, a seguir, vamos retomar os nossos trabalhos, com o segundo painel, precisamente às dez horas e quinze minutos, já sob a Presidência do Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Está suspensa a Audiência Pública por quinze minutos.

O Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão – Registro o agradecimento ao Ministro Dalazen, Revisor deste caso, pela Presidência deste painel e pela contribuição de S. Ex.ª ao debate.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

1

## AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 1

BANCÁRIO – HORAS EXTRAS - DIVISOR

**Incidente de Recurso Repetitivo TST-RR-849-83.2013.5.03.0138**

**C/J TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003**

**RELATOR: EXMO. MINISTRO CLÁUDIO MASCARENHAS  
BRANDÃO**

# ANEXO II



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

2

O Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão – Vamos retomar os trabalhos da Audiência Pública. Convido os Srs. Advogados para tomarem seus assentos. Cumprimento os Ministros João Batista Brito Pereira e Maria de Assis Calsing pela presença. Obrigado. (Pausa.) Passo a Presidência dos trabalhos ao Ministro Augusto César, já agradecendo a S. Ex.<sup>a</sup> pela colaboração prestada a este painel.

(Assume a Presidência da Mesa o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Augusto César.)

O Sr. Ministro Augusto César (Presidente da Mesa) – Bom dia a todos. Enalteço inicialmente a iniciativa do Ministro Cláudio Brandão, Relator do processo em que estamos discutindo a subsistência da Súmula n.º 124 do Tribunal Superior do Trabalho na sua nova redação. Parece que avançamos bem com o propósito de tentar descobrir, por meio da Audiência Pública, qual, afinal, era o propósito nessas negociações históricas que resultaram em normas coletivas a respeito da repercussão de horas extras em dias de sábados e feriados. O que queremos, afinal, é saber se subsistem os fundamentos da Súmula n.º 124 e quais as consequências jurídicas dessa vontade dos convenentes. Já início, porque o tempo é rigoroso, inclusive já me advertiu o Ministro Cláudio em relação àquele que conduz os trabalhos. Peço que venha à tribuna o Dr. José Simpliciano Fontes Fernandes, como representante do Sindicato dos Bancários de Sergipe, para falar no tempo regulamentar.

O Sr. José Simpliciano Fernandes (Sindicato dos Bancários de Sergipe) – Sr. Presidente, Ministro Augusto César, demais Ministros aqui presentes, caros colegas, servidores do Órgão, eu gostaria de iniciar a minha participação, que será em defesa dos divisores 150 e 200 para o bancário, conforme jornada de seis e oito horas, independentemente daquela hipótese de previsão da Súmula n.º 124. Mas eu gostaria de iniciar porque vou defender que o cálculo aritmético para a fixação do divisor independe da função que o empregado exerça e deve ser, na medida do possível, estendido a qualquer situação de um empregado que tenha uma carga horária variável. Quero dizer que os arts. 58 e 64 da CLT e a letra g do art. 7.º da Lei n.º 605/49 fixaram o critério de cálculo do salário-hora normal. E, do critério de fixação do valor do salário-hora normal, foi levada em consideração uma formulação legal, porque nenhum empregado trabalha efetivamente durante trinta dias, porque, de fato, não ocorre de trabalhar trinta dias no mês, nem trabalha necessariamente seis dias durante a semana, nem também,



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

3

em todos os meses, tem-se trinta dias de incidência. Há variações. No entanto, admitiu-se uma formulação para cálculo da hora extra, que é a multiplicação da carga semanal por trinta e dividido por seis, como uma formulação extraída dos textos legais já referidos. Feita essa observação, porque vou encaminhar a defesa da prevalência do inciso I da Súmula n.º 124 do TST, mas preferencialmente a adoção do critério estabelecido na Súmula n.º 431 do TST, quero dizer o seguinte: no meu sentir, a análise das cláusulas coletivas ou a previsão regulamentar que admitem ser o sábado dia de repouso para o bancário somente podem ser levadas em consideração, para efeito da incidência das extras, se em um ou dois dias da semana. Em decorrência dessa interpretação, vou defender que os divisores 150 e 200 independem dessas cláusulas coletivas ou regulamentares que foram juntadas aos processos, objeto da audiência pública, e que é também o fundamento da controvérsia. Vou historicamente dizer que, na realidade, para efeito de fixação do valor do salário-hora normal, sempre foi a carga horária semanal a única variável. Antes da Constituição de 88, tínhamos o divisor 240 para a jornada de oito horas ( $8 \times 3 = 24$ ). Com o advento da Constituição de 88 e o regramento do limite de quarenta e quatro horas semanais, o que fez a Justiça do Trabalho? Dividiu as quarenta e quatro horas por seis (1,6), que é o coeficiente aplicável para o cálculo da hora normal, e encontrou o divisor 220. Continuamente, em várias e várias ações judicializadas, onde se discutia se o divisor era 220 ou não para uma carga horária de quarenta horas, o Tribunal inclinou-se no sentido de dizer que não, porque houve uma variação do divisor, e, em havendo, deveria existir uma adequação do novo divisor. Fixou na Súmula n.º 431 do TST o divisor 200 para a carga semanal de quarenta horas de trabalho. Vejam V. Ex.<sup>as</sup> que a fixação da jornada sempre parte da análise daquilo que pode interferir na fixação do divisor, que é a carga horária semanal, independentemente de se gozar um, dois ou três dias de repouso. A Súmula n.º 124 do TST, no meu entender, quando estabelece o divisor 150 e o divisor 200 em razão e com fundamento na cláusula coletiva, equivoca-se apenas quando diz que se fundamenta na cláusula coletiva, porque não precisava afirmar que a fixação daqueles dois divisores decorria da cláusula coletiva ou cláusula regulamentar em que foi ajustado o sábado como dia de repouso. Também quando ela foi fixar os divisores 180 e 200 para o bancário ou 220 para o bancário, nas demais hipóteses, também se equivocou, porque incidente é a cláusula coletiva. Não sendo incidente a cláusula coletiva, a jornada de trabalho do empregado bancário de seis horas é de trinta horas semanais, e, sendo de trinta horas



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

4

semanais, o divisor que se encontra é 150 ( $30 \times 30 / 6 = 150$ ). Da mesma forma, quando estabelece o divisor 220 para o bancário que trabalha oito horas, incorre no mesmo equívoco ao calcular o divisor 220. Revela, ainda, um segundo equívoco, que foi estabelecer o divisor 220 para o empregado que trabalha oito horas diárias e fixar o divisor 180 para o que trabalha seis horas. Ora, sequer se guardou proporcionalidade na fixação do divisor aplicável, porque o divisor 220 está para quarenta horas, assim como o divisor 165 está para trinta horas. Então, se fosse ela aplicar o divisor 220, que já é um equívoco, deveria aplicar o divisor 165, partindo da mesma lógica da fixação do divisor 220. Sr. Presidente, parece-me que não há necessidade de se adentrar a particularidade de ser o empregado bancário ou não para a adoção do divisor. Temos outros exemplos em que a carga horária semanal é variável com a presunção de que não é sábado nem domingo. O advogado, por exemplo, trabalha jornada de quatro horas, durante cinco dias na semana, totalizando vinte horas semanais. Então,  $20 \times 30 = 600 / 6 = 100$ . Lembro aqui um lapidar acórdão da relatoria do Ministro Brito Pereira, que, analisando especificamente qual era o divisor aplicável para advogado, coincidentemente advogado de banco, em que pese ao Ministro Brito ter dito que não se aplicava a regra bancária, terminava dando no mesmo divisor. S. Ex.<sup>a</sup> aplica o percentual e toma como fundamento para aplicar o percentual de 100 a previsão contida na Súmula n.º 431. Então, Sr. Presidente, parece-me que a hipótese mais razoável seria se estabelecer um critério só para o cálculo de horas extras para qualquer empregado, previsto na Súmula n.º 431. A redação da Súmula n.º 431 afirma: "(...) Para os empregados a que alude o art. 58 (...)". Ora, mas o que o art. 58 sugere? Sugere a fixação da carga horária semanal ou diária, como prevê também o art. 224 da CLT com relação ao bancário. Então, independeria de ser ele bancário, porque criaríamos uma situação inclusive discriminatória, uma situação injusta, feridora do princípio isonômico. Qual é a razão de se aplicar um divisor 180 para o bancário que trabalha trinta horas semanais, se esse divisor é aquele aplicável para o empregado comum brasileiro que trabalha trinta e seis horas semanais? É certo, Sr. Presidente – e já estou quase terminando a minha linha de raciocínio –, que existe uma discussão sobre a interferência, se deveria haver o repouso, se interferiria ou não, enfim, se o coeficiente de  $1/6$  seria variável. Por exemplo,  $1/6$  para o trabalhador comum, e o bancário teria  $2/5$ , ou outro qualquer que tivesse três dias de repouso na semana, mas até essa situação foge à lógica. Por quê? Porque eu iria encontrar um divisor extremamente insignificante. Aplicar-se-ia a carga semanal, multiplicar-se-ia por dois,



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

5

porque o coeficiente passou a ter 2/5, e então se dividiria por cinco, o que triplicaria o divisor. Esse exemplo que estou dando demonstra que não há correlação do repouso semanal remunerado para cálculo da hora extra. Simples assim. É seguida a regra que foi estabelecida na Súmula n.º 431, porque ela atende a todas as situações. Não há no bancário nenhuma particularidade que diga ser de forma diversa, salvo aquilo que é variável – a carga semanal trabalhada. É a única. Para qualquer trabalhador só vai existir essa variável, porque o restante é fixo por força da própria formulação legal, arts. 58, 64 e letra a do art. 7.º da Lei n.º 605/49. Não é o que sugiro, mas o que acho que seria mais razoável: permanecer íntegra a disposição da Súmula n.º 431, porque atende a qualquer circunstância, isso por uma simples regra de três, como o Ministro João Batista Brito Pereira fez no julgamento deste processo, cujo reclamante era um Advogado que cumpria carga horária semanal de vinte horas. Essas são as minhas considerações, Sr. Presidente, para efeito de reflexão, que espero tenham alguma utilidade, e também é o limite do que posso contribuir, não mais do que isso. Eu até iria invocar Hermes Fontes, mas depois da invocação a Saramago, fiquei um pouco acanhado. Agradeço a atenção e a retribuo com a redução de um minuto e meio do meu tempo. Muito obrigado.

O Sr. Ministro Augusto César (Presidente da Mesa) – Agradeço ao Dr. José Símpliciano Fernandes a alusão ao meu conterrâneo Hermes Fontes. Agradeço-lhe, em nome do Tribunal, a sua importante contribuição e já passo a palavra ao Dr. Valder Luiz Palombo Alberto, que falará em nome do Sindicato dos Bancos dos Estados de São Paulo, Paraná, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Acre, Amazonas, Pará, Amapá, Rondônia e Roraima. V. S.ª já tem a palavra.

O Sr. Valder Luiz Palombo Alberto (Sindicato dos Bancos do Estado de SP, PR, MT, MS, AC, AM, PA, AP, RO e RR) – Obrigado. Bom dia a todos. Eminentíssimos Ministros, Sr. Presidente, Sr. Relator, senhoras e senhores, de plano quero aqui louvar a iniciativa do Relator, o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, ao convocar uma audiência pública para um tema que é tão relevante quanto complexo. Tendo deferido a minha participação não só na condição de representante do sindicato dos bancos, mas como especialista em perícia contábil, em que atuo há mais de trinta anos, oportunizou uma visão em uma área de conhecimento diferente da habitual. Há mais de trinta anos atuo na área de liquidação de sentença, de perícia na fase cognitiva, etc. Acompanhei, desde a primeira



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

6

previsão em cláusula coletiva, a implementação dos critérios de cálculo para a integração das horas extras nos sábados, nos descansos e nos feriados, que foi aquela primeira cláusula de 1985. Ressalto, apenas para rememorar, que a norma coletiva, fruto da negociação, gerou um benefício não explicitado na legislação à época, que é o reflexo das horas extraordinárias em descansos semanais, sábados e feriados, além até do que se firmava à época por meio do ex-Prejulgado n.º 52, que era somente a integração para fins de descansos. A visão que passarei para os senhores é puramente contábil da questão das horas que estão envolvidas. O que importa verificar é se, nesses trinta anos de implementação da cláusula, houve ou não modificação do divisor ou transformação do sábado em descanso semanal. Farei uma pequena digressão. No caso dos bancários é sabido que a unidade contratada é o mês. Não há contrato nem por hora, dia, semana ou quinzena, mas, sim, por mês. Nessa unidade de tempo “mês” estão remunerados os trinta dias do mês civil à mesma razão, ou seja, cada dia é remunerado à razão de 1/30, independentemente de se tratar de dias em que exigível o trabalho, que seriam os dias normais, ou os dias em que o trabalho não é exigível (descansos, feriados e sábados). Todos esses dias, na nossa visão, são remunerados à mesma razão de 1/30 do salário contratado por mês. Importa ressaltar, então, que o descanso semanal, seja ele o domingo ou o sábado, ou qualquer outro, está remunerado nesse salário mensal à mesma razão de 1/30. Se, por exemplo, a cláusula normativa tivesse definido o sábado como repouso remunerado, e não o fez, ainda assim permaneceria remunerado à base de 1/30. Este 1/30 para ser transformado em salário-hora deve ser dividido pela jornada diária de seis horas, no caso. Então, eu trouxe alguns exemplos, no seguinte sentido: qualquer que seja a quantidade de sábados, domingos e feriados envolvidos, teremos sempre variações na quantidade de horas de cada item específico, mas não no total. Tomo como exemplo o bancário com jornada de seis horas. O que se vê é que qualquer que seja a quantidade de sábados envolvida, ou se é dia útil não trabalhado, é que os dias não trabalhados, sejam eles dias úteis não trabalhados ou domingos, ou feriados, estão remunerados à mesma razão de 1/30. Esse 1/30 se transforma em divisão deste 1/30 por seis horas, no caso. De qualquer forma, o total de horas envolvido na remuneração mensal, no contrato de uma unidade/mês, continua sempre igual, cento e oitenta horas no caso do bancário de seis horas. Esse caminho que tomamos contabilmente é uma consequência e está em perfeita harmonia com o art. 64 da CLT, que determina que, no caso dos mensalistas, se multiplique trinta vezes a duração da jornada diária. Aqui faço um





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

7

parêntese: por que trinta vezes? Poderia se considerar que esses trinta poderiam ser modificados. O fato, por exemplo, de se dizer que o sábado não é mais dia útil, que é descanso semanal, faz com que ele deixe de ser remunerado? Não. Então, esses trinta dias são fixos por essa razão, porque a razão diária é 1/30. Não importa se eu abarcar vinte e cinco dias úteis e cinco descansos ou vinte dias úteis e dez descansos; serão sempre trinta dias. Então, seria o caso de se perguntar: com a implementação da cláusula, do ponto de vista do cálculo em si, o que realmente mudou em 1985 e é repetido até hoje? O que muda em nossa concepção é que o sábado deixou de ser colocado no denominador ou no divisor para fins da média de horas extras, e não para o cálculo do salário-hora. Entendo que o sábado, no caso, como vai receber o reflexo das horas, não poderia mais compor o divisor para fins de média e passa a compor o multiplicador. Na verdade, em nossa interpretação, a cláusula normativa dá efetividade ao próprio princípio de que a remuneração dos trinta dias deve ser igual não somente em relação à jornada normal, mas também em relação ao *plus* obtido em jornada extraordinária-habitual média. Ou seja, todos os dias terão igual valor seja quanto à jornada normal, seja quanto ao reflexo da média das horas extras. Isso faz com que o sábado que é pago sob a mesma quantidade de horas dos demais dias passe a receber esse *plus* correspondente às horas extras trabalhadas. Então, penso que não se trata de discutir a quantidade de dias trabalhados, mas a quantidade de horas pagas naquele mês. Remuneram-se todos os dias, inclusive os não trabalhados. Então, exemplifico com a situação anterior em que se tinha, pela soma das horas da semana, o resultado de nove horas. Dividia-se por seis e se obtinha que a média de horas extras era de uma hora e meia que integrariam o descanso semanal. Na situação posterior à implementação da cláusula, as mesmas nove horas não seriam divididas por seis, mas por cinco, porque o sábado vai recepcionar as horas e não compor o divisor. Nesse sentido, vê-se o benefício que isso trouxe, porque, no primeiro caso, tinha-se uma hora e meia refletida nos descansos. Neste caso, considerando os sábados e os descansos, tenho 3,6 horas. Por outro lado, entendemos que, em interpretação diversa dessa que estou falando, o que determina o divisor é a quantidade de horas que se remunera no contrato mensal. Não há modificações do divisor, neste caso. A implementação de questão diversa do normal dos divisores para os fins de salário-hora geraria uma série de problemas de difícil equalização no âmbito dos princípios de isonomia ou mesmo dentro de um mesmo funcionário com vários divisores semana a semana, talvez. Formulei um exemplo, mas não





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

8

quero me aprofundar, porque isso é uma consequência de uma interpretação restrita da súmula. Ao se considerar o sábado análogo ao descanso semana, ele não estaria, na nossa visão, mais remunerado, porque, paradoxalmente, ele é um descanso semanal remunerado, neste caso. Eu gostaria de ressaltar que essa visão de que o que se está remunerando são as horas trabalhadas não se coaduna com o contrato de uma unidade de tempo chamada mês, que é divisível por 1/30 e 1/6, no caso. Então, há o seguinte: ainda que se fosse aplicar divisores diferentes dos normais, esses divisores dependeriam da quantidade de sábados de cada mês. Poderia haver divisores de 150 horas se houvesse cinco sábados que fossem retirados da condição de dia útil não trabalhado. E poderia haver o divisor de 156 se fossem quatro sábados. Então, isso gera uma dificuldade, porque vai ter de se verificar mês a mês. Outra questão é a seguinte: se se considerar 150 horas como divisor, na verdade, está-se afirmando que se remunera cada dia à razão de cinco horas e não de seis horas, porque os sábados, os domingos e os feriados também são remunerados pelo salário mensal. Essa é uma dificuldade. Entendo que isso é um paradoxo. Eu trouxe um exemplo de um caso de se ter de descontar duas horas de atraso de um funcionário em uma determinada semana e na semana seguinte ele ter de pagar seis horas extras. Para um, eu usaria um divisor de 180 para o desconto e de 150 para o pagamento das horas extras? É uma dificuldade a meu ver difícil de equalizar. Eu gostaria também de deixar consignado que o sábado é o dia útil não trabalhado, não por uma opção, mas por uma determinação legal da Lei n.º 4.178/62, que proíbe o funcionamento dos estabelecimentos bancários nesse dia interna ou externamente. Nesses trinta anos de implementação da cláusula, continua sendo o sábado dia útil não trabalhado até por proibição de realização de trabalho. E o fato de receber o *plus* decorrente das horas extraordinárias não o transforma em descanso semanal remunerado e não deixa de ser remunerado, não se aplicando outros divisores, a nosso ver. Eu também gostaria de deixar uma questão para reflexão, porque há uma tendência de se confundir essas duas coisas. Não se pode confundir o salário-hora remunerado no salário mensal para o qual a meu ver só se adota um tipo de divisor, com o custo para a empresa da hora efetivamente trabalhada, ou seja, o custo econômico que a empresa tem somente com as horas efetivamente trabalhadas. Vai-se considerar que se remunera horas que não são trabalhadas, mas também vai considerar Fundo de Garantia, encargos sociais, etc. Então, os dois conceitos não podem ser misturados, a nosso ver. O que importa é que a totalidade das horas normais remuneradas no salário mensal é



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

9

invariável e ali estão incluídos o sábado, como dia útil, o descanso semanal e os feriados. Também na nossa visão, a norma coletiva ampliou beneficemente o valor dos dias não trabalhados, porque não podem ser trabalhados, com a média das horas extras sem operar transformações no fato de ser o sábado dia útil. Obrigado.

O Sr. Ministro Augusto César (Presidente da Mesa) – Agradeço o Sr. Valdir Luiz Palombo Alberto por sua importante contribuição. Provocado pelo Ministro Cláudio Brandão, esclareço que todos os Ministros receberão o material que está sendo apresentado aqui em mídia própria. Aproveito para saudar não apenas aqueles ilustres pares que estão presentes, prestigiando a audiência pública, mas também os que estão a valer-se do Youtube e outras mídias para acompanhar da mesma forma o desenvolvimento desta audiência pública. Passo a palavra, de pronto, aos advogados Márcio Monteiro da Cunha e Maria da Consolação Vegi da Conceição. Peço a S. Ex.<sup>as</sup> que informem como será distribuído o tempo, tendo em vista que cada contribuição tem direito a quinze minutos.

A Sr.<sup>a</sup> Maria da Consolação Vegi da Conceição (Sindicato dos Trabalhadores em Empresas do Ramo Financeiro do Grande ABC – Sindicato dos Bancários ABC) – Vamos dividir os quinze minutos, Sr. Presidente. Vou fazer a apresentação e S. S.<sup>a</sup> fará a conclusão.

O Sr. Ministro Augusto César (Presidente da Mesa) – Então, fica à discricionariedade de V. S.<sup>a</sup>. Por favor, não excedam ao tempo. V. S.<sup>a</sup> tem a palavra.

A Sr.<sup>a</sup> Maria da Consolação Vegi da Conceição (Sindicato dos Trabalhadores em Empresas do Ramo Financeiro do Grande ABC – Sindicato dos Bancários ABC) – Bom dia a todos. Início a minha apresentação fazendo um questionamento. Trago dois exemplos. Um trabalhador trabalha de segunda a sexta-feira durante seis horas diárias e recebe um salário de mil reais e o outro trabalhador trabalha de segunda a sábado por seis horas diárias e também recebe mil reais. Qual desses dois trabalhadores é melhor remunerado? Não tenho dúvida de que todos concordarão que o primeiro trabalhador tem uma remuneração melhor, porque trabalha menos para receber a mesma coisa. Logo, ele ganha um salário-hora 20% superior ao do segundo trabalhador. O problema é que a Súmula n.º 124 do TST, em vigor, que foi reeditada em 2012, durante trinta e um anos entendeu que o primeiro trabalhador e o segundo trabalhador ganhavam a mesma coisa. Ai está a incongruência do raciocínio lógico desta questão. Tudo isso está amparado no art. 64 da CLT. Peço vênua para ler este artigo: “(...) O salário-hora normal, no caso de empregado mensalista, será obtido dividindo-se o salário



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

10

mensal correspondente à duração do trabalho, a que se refere o art. 58, por 30 (trinta) vezes o número de horas dessa duração". Notem que no art. 64 não é trazido qual é o divisor, mas para chegarmos ao salário-hora necessariamente temos de passar pelo divisor. Logo, oito horas, o que está previsto até hoje no art. 58. Multiplica-se por trinta, que seriam os trinta dias, e estamos tratando do trabalhador mensalista, obtenho o divisor 240. Quanto às seis horas, houve uma adaptação do art. 64. Não se poderia multiplicar pelo disposto no art. 58 no caso do bancário, teria de se multiplicar pelo que está previsto no art. 224, que são seis horas. Logo, multiplicando-se seis horas por trinta dias, obtém-se o divisor 180. Essa é a lógica que prevaleceu até 2012, levando em consideração trinta dias e um trabalhador que trabalha de segunda a sábado, mais um descanso semanal remunerado. Assim, temos trinta dias no mês. Só para ficar bem claro e fixar a ideia, o calendário é de trinta dias, com todos os dias do mês preenchidos com oito horas. Então, temos um total de duzentas e quarenta horas. Quanto ao divisor 180, preenchidos todos os trinta dias com jornadas de seis horas, teremos um divisor 180. Em 1995, foi editada a Súmula n.º 343 do TST, que fez uma adaptação. Essa súmula foi editada, evidentemente, por conta da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a jornada de quarenta e quatro horas semanais. Percebam os senhores que houve a necessidade de se fazer uma readaptação da interpretação do art. 64 com base na diminuição da jornada semanal para quarenta e quatro horas. No primeiro caso, até 1988, tínhamos oito horas diárias, quarenta e oito horas semanais, e o art. 64 se harmonizando perfeitamente com essa jornada. O art. 58 não foi alterado, continuou prevendo as oito horas. Após a Constituição Federal de 1988, tivemos uma adaptação dessa lógica, que nada mais foi que dividir as quarenta e quatro horas semanais por seis dias da semana, obtendo-se, então, uma jornada diária de 7,33 horas, que, por sua vez, multiplicadas por trinta dias, resultou no divisor 220. Então, tivemos o calendário de trinta dias, sendo todos os dias do mês preenchidos com 7,33 horas. Em 2012, veio a Súmula n.º 431, que estabeleceu um divisor de duzentas horas para o trabalhador que tinha quarenta horas semanais. Percebam que, mais uma vez, aquele art. 64, que previa as oito horas multiplicadas por trinta dias – um divisor 240 –, foi novamente adaptado para uma jornada semanal de quarenta horas. Assim, temos, nesse caso, todos os dias preenchidos. Mais uma vez a conta é razoavelmente simples: são quarenta horas, divididas por seis dias na semana, o que resulta em 6,66 horas diárias, que, multiplicadas por trinta, resulta no divisor de duzentas horas. Do calendário do divisor 180, destaco o sábado, porque nele está incluído



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

11

esse dia. Não obstante, o sábado do bancário não é um dia trabalhado. Por força do contido no art. 224 da CLT, ele não é trabalhado nem remunerado. Assim, como ficaria composta a jornada semanal de quem tem trinta e seis horas semanais, seis horas todos os dias, inclusive o sábado? A jornada de quem tem trinta horas – no caso, o bancário – consiste em seis horas trabalhadas de segunda a sexta, o que resulta em trinta horas semanais. Lembro aos senhores que o trabalhador comum, enquadrado na regra geral, trabalha aos sábados e, quando não trabalha, compensa tal dia durante a semana. Logo, ele é remunerado pelo sábado. Quanto ao bancário, não. Trouxemos um calendário que, a nosso ver, coaduna-se com a legislação bancária, em que temos, de segunda a sexta, seis horas trabalhadas todos os dias; no domingo, também temos seis horas, porque elas são remuneradas – não são trabalhadas, mas são remuneradas –, logo, tenho um total de cento e cinquenta e seis horas, ou cento e cinquenta, a depender de quantos sábados vamos excluir desses cálculos. Dessa forma, não há um divisor de cento e oitenta horas para o trabalhador bancário. Os senhores poderiam dizer que o art. 64 manda multiplicar por trinta. Sim, é verdade. Mas, o art. 57 da CLT diz que as regras especiais prevalecem sobre as regras gerais, que só devem ser aplicadas quando se harmonizam com a regra especial. Neste caso, o art. 64 não está em harmonia com o art. 224 da CLT, que trata da jornada especial. Logo, poderíamos até concluir que o art. 64 não poderia ser aplicado ao trabalhador bancário. Poderíamos chegar a essa conclusão também. Como chegamos ao divisor do trabalhador bancário? (inaudível) o art. 64? Por uma lógica matemática, como já demonstrei para os senhores, e também por uma questão de isonomia para com os demais trabalhadores, que trabalham 7,33 horas. Quando a jornada é de quarenta e quatro horas semanais, divido por seis dias e multiplico por trinta; faço o mesmo quando se trata de uma jornada de trinta e seis horas. Logo, uma jornada de trinta horas semanais, dividida por seis dias, resulta em cinco horas diárias, que, multiplicadas por trinta, resultam em cento e cinquenta horas. Não deixei de aplicar o art. 64. Multipliquei por trinta, sim. Como eu disse, tem de estar em perfeita harmonia com o art. 224. Neste caso, mais uma vez, observa-se a proporcionalidade das jornadas, que seria a proporcionalidade correta, respeitando também uma regra de matemática e de proporção. Pois bem. Os senhores poderiam insistir na aplicação do art. 64. Acontece que o art. 64 tem um parágrafo único, que diz que, sendo o número de dias inferior a trinta, adotar-se-á para o cálculo, em lugar desse número, o de dias de trabalho por mês. O bancário não trabalha aos sábados. Então, não posso



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

12

adotar os trinta dias, por força do parágrafo único do art. 64. Trinta dias menos os cinco sábados pelos quais ele não é remunerado, pois não trabalha, chega a um total de vinte e cinco dias, que, multiplicados por seis horas, resultaria novamente no divisor 150, o mesmo se aplicando à jornada de oito horas. Trago para os senhores novamente – para fixar bem a ideia do calendário mensal – que são seis horas todos os dias, de segunda a sexta-feira, e, aos domingos, mais seis horas, resultando um total de cento e cinquenta ou cento e cinquenta e seis horas, e não cento e oitenta. Passo a palavra para o Dr. Márcio fazer as conclusões.

O Sr. Márcio Monteiro da Cunha (Sindicato dos Trabalhadores em Empresas do Ramo Financeiro do Grande ABC – Sindicato dos Bancários ABC) – Sr. Presidente, demais Ministros, demais colegas, vamos à conclusão. O que mais nos interessa, com a devida vênia, como bem posto pela querida Dr.<sup>a</sup> Maria, é que, independente da nomenclatura que se dê ao sábado, seja ele descanso semanal remunerado ou não, o importante é que, para se chegar ao divisor correto, devemos nos pautar sobre a efetiva jornada trabalhada, que, no caso dos bancários, pelo *caput* do art. 224, é de seis horas, e, segundo o § 2.º, é de oito horas. Enfim, temos de nos pautar pela primazia da realidade, desculpem-me. Trata-se de cálculo aritmético, como bem posto pelos inúmeros *slides* anteriormente demonstrados. Lógico que não temos de nós ater. Não é comum nos atermos a cálculos aritméticos para efetivamente buscarmos o direito. Entretanto, só chegaremos ao divisor correto, independente de que categoria seja... Ter-se-á o cálculo correto ou o divisor a ser aplicado corretamente pela jornada efetivamente trabalhada. O sábado dos bancários não é trabalhado. Assim, entregamos esse nosso pensamento. Concluímos que o sábado é um dia sem trabalho, sem remuneração, e não pode, de jeito nenhum, ou não poderia, ser computado na jornada de trabalho. Volto a dizer: primazia da realidade, cálculo aritmético, jornada de trabalho efetiva para que se chegue ao divisor correto. O art. 64, desculpem-nos, não deve ser aplicado na sua íntegra, entretanto, à sua inteligência, porque o bancário tem, sim, um capítulo específico, um artigo específico que trata da jornada do bancário. Então, na *ratio legis* do art. 64 teremos esse cálculo, divisor do trabalho para o bancário que trabalha seis horas diárias, 150, e para o trabalhador que tem jornada diária de oito horas, divisor 200. Então, a *ratio legis* do art. 64, utilizando, aplicando, adequando ao art. 224, teremos, sim, com certeza, de forma matemática, hermenêutica jurídica, temos de extrair a essência dos dispositivos legais. Mas, para se chegar ao divisor, temos de, nada mais nada menos, fazermos continhas. E nessas continhas – seja para qualquer



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

13

categoria bancária –, devemos extrair os dias efetivamente trabalhados. E o bancário, desculpem-nos, *data maxima venia*, não trabalha aos sábados. E o sábado não é remunerado de jeito nenhum. Computar-se esse sábado seria um prejuízo. Esperamos, com essa fala, termos contribuído com esta louvável e colenda Justiça especializada, com este colendo Tribunal para que se possa chegar a um divisor, a um raciocínio comum, e, ao que temos, pensamos que só poderá chegar num raciocínio matemático, e não numa hermenêutica jurídica de eventual dispositivo legal ou convencional. Muito obrigado.

O Sr. Ministro Augusto César (Presidente da Mesa) – Em nome do Tribunal Superior do Trabalho, agradeço a Dr.<sup>a</sup> Maria da Consolação e ao Dr. Márcio pelo conteúdo e também pelo rigor no uso do tempo. Tem a palavra o Dr. Ricardo Magaldi Messetti, representante da Confederação Nacional das Instituições Financeiras.

O Sr. Ricardo Magaldi Messetti (Confederação Nacional das Instituições Financeiras) – Bom dia. Início parabenizando o Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão pela louvável iniciativa de convocar essa audiência pública, demonstrando todo o caráter longânime desta Corte trabalhista, que quer ouvir a sociedade sobre ponto tão crucial. Não posso deixar de louvar a nossa querida Bahia, terra do meu saudoso avô Raimundo Magaldi, que, em Coqueijo Costa teve seu precursor e hoje é tão bem representada neste Tribunal por V. Ex.<sup>ª</sup>. Gostaria de cumprimentar todas as Ministras e Ministros presentes, e o faço na pessoa do Ex.<sup>mo</sup> Sr. Presidente, Augusto César Leite de Carvalho, que também honra nossa Sergipe, terra de juristas como Tobias Barreto, Silvino Loureiro. Sinta-se devidamente cumprimentado. Muitas das pessoas que me precederam trouxeram argumentos robustos e elucidativos para a questão. Vou poupá-los de grande parte da minha apresentação para não ficar repetitiva, mas há alguns pontos que acho cruciais serem apresentados. Entendo, com toda a humildade, que a questão principal, como bem explicou o Professor Estêvão Mallet nesta tribuna cinge-se à natureza jurídica que se deve dar ao sábado dentro dos instrumentos coletivos firmados entre trabalhadores e empresariado. Nesse ponto, faço um retorno, ainda que teleológico, ao Gênesis, que já afirmava que se trabalha seis dias e se descansa no sétimo. Ora, se analisarmos toda a história do Direito Trabalhista, veremos que o sábado sempre há de ser considerado dia útil. O sábado sempre há de ser remunerado. Quando se contrata qualquer trabalhador de forma mensal, nesta contratação está embutido o trabalho aos sábados. Vi aqui *slides* que mostram que se remunera o domingo, e não se remunera o sábado. Com a máxima





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

14

vênia, com todo o respeito, para mim, isso é uma incongruência tamanha que não consigo compreender. Ademais, ao afirmar que se estaria dando ao sábado a natureza de repouso semanal remunerado, estar-se-ia chegando à complexidade de que para alguns trabalhadores o divisor de horas extras é feito de uma forma e, para os bancários é utilizada outra forma, totalmente diversa, para se chegar a esse divisor. Não vou fazer cálculos matemáticos, até porque matemática não é o meu forte, mas está se confundindo o dia remunerado com o dia trabalhado para se chegar a um divisor diferente para os demais trabalhadores. Disse-se, também, desta tribuna, que, para o advogado que trabalha quatro horas por dia, vinte horas por semana, dividiria por seis. A partir do momento em que se está dividindo por seis, pontua-se que o sábado é dia útil. Ora, se se dividisse por cinco, aí, sim, poderíamos equiparar ao divisor bancário, mas não foi isso o que foi feito. O bancário não trabalha aos sábados porque há uma lei específica que proíbe o funcionamento das casas de créditos. Há uma lei específica que proíbe o funcionamento das instituições financeiras. O divisor a ser adotado aos bancários não pode, de forma alguma, ser diferente para os demais trabalhadores. Se assim o fosse, estaríamos ferindo abruptamente o princípio da isonomia, e esta Corte Trabalhista não pode coonestar um absurdo desse, com todas as vênia e com todo o respeito que V. Ex.<sup>as</sup> merecem. Feita essa explanação inicial, eu também gostaria de pincelar algumas coisas sobre as convenções coletivas ora tratadas. O Dr. Magnus Apostólico, que participou do primeiro painel, trouxe, de forma sublime, a forma de que é feita essas convenções. Essas convenções são discutidas e negociadas numa mesa por pessoas altamente capazes, por pessoas altamente qualificadas, e com assessorias jurídicas de grandes escritórios, alguns até presentes nesta audiência pública. Há, portanto, uma igualdade de armas nas convenções coletivas. As partes são iguais. Não há como se interpretar uma convenção coletiva vendo o trabalhador de forma hipossuficiente. Recorro-me às salutares palavras do Ministro Mauricio Godinho Delgado, que sempre falou que temos de interpretar as convenções coletivas vendo o princípio da equivalência dos contratantes. Ora, as partes, dentro de uma convenção coletiva, são, sim, iguais. E não se pode também interpretar uma convenção coletiva de forma ampliativa. Pelo contrário, a convenção coletiva tem de ser interpretada de forma restritiva, ou seja, tem de se interpretar o que nela contém. E não consegui ver, nas apresentações que me precederam, ao apresentarem as cláusulas que se referem a repouso semanal remunerado, que sábado não seria dia útil. Quando a convenção coletiva quis colocar o sábado como dia não útil, fê-lo



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

15

expressamente, o que não faz a Cláusula 8.<sup>a</sup>, de forma alguma. Ela simplesmente fala que haverá os reflexos, mas o sábado continua como dia útil. A convenção coletiva dos trabalhadores de instituições financeiras não traz, no seu art. 8.<sup>o</sup>, nenhuma menção de que o sábado é repouso semanal remunerado. Somente e à guisa de esclarecimento para V. Ex.<sup>as</sup>, tutelar de forma hipossuficiente o Direito Coletivo do Trabalho aos trabalhadores vai de encontro com tudo o que nos é ensinado dentro de Direito Coletivo de Trabalho. O acordado entre as partes, desde, claro, respeitada a legislação vigente, a Constituição Federal, tem de ser agraciado, tem de ser abarcado, tem de ser envolvido por este colendo Tribunal Superior do Trabalho. São dias, são discussões proficuas que, dentro de uma mesa de negociação que, repito, com pessoas altamente capazes, altamente qualificadas, com assessorias jurídicas de renomados escritórios... Então, o que está lá acordado, o que está lá contratado, há de ser respeitado. Assim, recorro-me a uma decisão do Ministro Dalazen, de 2014, e peço vênia para ler apenas uma parte dela, que diz, mesmo sabendo que é da 4.<sup>a</sup> Turma e pode ser um pouco diferente do pensamento das demais Turmas: "(...) A mera previsão, em norma coletiva, de repercussão de horas extras habituais na remuneração do sábado do bancário não importa reconhecê-lo como mais um dia de repouso semanal remunerado (...)". Ora, o que quis dizer o Ministro Dalazen e o que quis dizer este Tribunal? Quis dizer que a Súmula n.º 113 ainda está em vigor. A Súmula n.º 113, revisada em 2003, posterior à Constituição de 1988, ainda está em vigor. E este Tribunal chegou a esta súmula com a certeza de que o sábado, por sua natureza jurídica, é, e sempre será, dia útil e sempre será remunerado para o bancário que não trabalha no sábado, porque a lei assim não o permite. Ultrapassada essa questão, e aqui acho que vai ser importante uma pequena apresentação que farei, simplesmente para elucidar principalmente o que o Professor Mallet trouxe no primeiro painel. O Professor Mallet trouxe dois exemplos, duas reclamações trabalhistas ajuizadas, antes de 2012, pelo Sindicato de Sergipe e da Bahia, talvez em homenagem a V. Ex.<sup>as</sup>, em que se pleiteava o divisor 180. Tenho certeza de que essas duas ações isoladas ele só trouxe de caráter exemplificativo, porque poderia trazer centenas ou milhares se quisesse. O que quis dizer o Professor Mallet? Neste gráfico, que foi feito pela própria CNF - não são dados oficiais e fomos nós que levantamos junto aos bancos -, observa-se que: em 2010 e 2011, havia certa demanda de horas extras, ou seja, antes da revisão da súmula, e, dentro dessa certa demanda, quase 75% das demandas foram acordadas na audiência de primeira instância, na primeira audiência. Na





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

16

assentada, as partes chegaram a um acordo, ou seja, logrou êxito a conciliação, estando menos que 15% dos processos ainda pendentes. Após 2012 - e aqui trago 2013 e 2014 -, houve um crescimento de quase 100% das demandas envolvendo questionamento de horas extras de bancários, houve uma diminuição do número de acordos na primeira audiência conciliatória, e há um enorme número de processos ainda pendentes, porque hoje as partes não sabem o que se deve conciliar. E houve um pleito dos bancários, é lógico, após a revisão da súmula, que, em tese, vislumbraria um recebimento maior, trazendo, com toda vênia, maior insegurança jurídica. E aqui, já que não possuo a erudição para citar um Nobel de literatura, recorro-me, para finalizar, às sábias palavras de um saudoso jurista, baiano como V. Ex.<sup>a</sup>, Ministro Cláudio Brandão, Calmon de Passos. E o Mestre Calmon, em certa feita, disse: “No Brasil, infelizmente, nem o passado é previsível”. O que quis dizer o Mestre Calmon? Nossas instituições hoje, tão vilipendiadas, não respeitam o que foi tratado e o que foi decidido por muitos anos. Talvez, nesta Casa, no Poder Judiciário, quiçá o único ainda imaculado no nosso sistema federativo, possamos respeitar uma história de mais de trinta. Muito obrigado.

O Sr. Ministro Augusto César (Presidente da Mesa) – Agradeço também a importante contribuição do Dr. Ricardo Magaldi Messetti. Penso que o Tribunal Superior do Trabalho, com a iniciativa do Ministro Cláudio, está desenvolvendo, amadurecendo esse processo dialético de construção de paradigmas, e estamos bem, porque seguramente as nove contribuições, até este momento, trazem muito sobre a experiência, a vivência e o ponto de vista de cada qual, visando à solução dessas nossas dúvidas, nessas nossas perguntas. Já tenho, portanto, por encerrado esse painel. Agradeço ao Ministro Cláudio o honroso convite para participar dele na sua condução. Já encaminho, no sentido de convidar, com a permissão de V. Ex.<sup>a</sup>, o Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro para presidir o terceiro painel.

O Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão – Não sem antes registrar o agradecimento ao Ministro Augusto César por sua colaboração em presidir esse painel, registrando o nosso agradecimento especial, já também dando assento ao colega, Ministro Márcio Eurico, também registrando o agradecimento pela Presidência que S. Ex.<sup>a</sup> aceitou na colaboração. Não haverá intervalo na sequência, já para prosseguirmos com os trabalhos. Passo a Presidência ao Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro.

(Assume a Presidência da Mesa o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro.)



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

1

## AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 1

**BANCÁRIO – HORAS EXTRAS - DIVISOR**

**Incidente de Recurso Repetitivo TST-RR-849-83.2013.5.03.0138**

**C/J TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003**

**RELATOR: EXMO. MINISTRO CLÁUDIO MASCARENHAS  
BRANDÃO**

# ANEXO III



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

2

O Sr. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro (Presidente da Mesa) = Bom dia a todos. Cumprimento o Ministro Cláudio Brandão pela iniciativa, cumprimento todos os presentes. De certo modo, a correria aqui na transmissão da (...) se deve porque estamos até aqui conseguindo seguir rigorosamente o horário previsto. De plano, passo a palavra ao Sr. Carlos Alberto Paes Marques de Oliveira, que vem por designação da Presidência do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 5.<sup>a</sup> Região. Estou sendo informado que, tanto o Sr. Carlos Alberto Paes Marques de Oliveira, quanto o segundo inscrito, que é o Sr. Igor de Oliveira Zwicker, este do TRT da 8.<sup>a</sup> Região, vieram por designação dos seus respectivos Tribunais e trabalham ali nos TRTs no setor de cálculos. Tem a palavra o Sr. Carlos Alberto Paes Marques de Oliveira.

O Sr. Carlos Alberto Paes Marques de Oliveira (Tribunal Regional do Trabalho da 5.<sup>a</sup> Região) – Saúdo o Sr. Presidente, demais Ministros e demais presentes. Farei uma abordagem eminentemente técnica, que é a minha função, que já exerço há mais de trinta anos como calculista. No cálculo trabalhista, vemos muitas vezes a união da subjetividade do Direito e a objetividade da Matemática, que ensejam interpretações em que é necessário se socorrer de mais uma disciplina, que não o Direito e a Matemática; no caso, a Lógica. São duas questões que vou fazer a análise: uma tratando primeiro com relação ao divisor, e a outra tratando com relação ao repouso remunerado nas suas implicações na elaboração do cálculo em si. Em primeiro ponto, como muitos já falaram aqui, o salário do empregado mensalista remunera trinta dias por mês. O fato de ele ser um empregado mensalista creio que já retira ele da exceção do parágrafo único, porque ele é um empregado mensalista. Então, ele é remunerado por trinta dias por mês. No caso do mensalista, como demonstrado, o salário estaria remunerando todos os trinta dias, sejam esses dias úteis ou de repouso remunerado. O salário desse empregado está remunerando todos os trinta dias do mês qualquer que seja o título que se dê a esses dias do mês. Se for uma segunda-feira, o salário remunerou este dia; se for uma sexta-feira, o salário remunerou este dia; se for um sábado, aquele dia foi remunerado pelo salário. Caso se mude o título ou a natureza daquele sábado, para ser dia útil não trabalhado, para ser dia útil ou, ainda, para ser dia de repouso remunerado, o salário contempla a remuneração desse dia, qualquer que seja o título dado a ele. A mudança da natureza jurídica desse dia vai ter repercussão em outra questão, que é a do cálculo do repouso remunerado, mas não em relação ao divisor de salário. Faço esta



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

3

explicação considerando o bancário com a remuneração de seis horas por dia, em que todos esses trinta dias remunerados, de seis horas diárias, iriam resultar no divisor 180. Para que possamos quantificar o salário de um dia do empregado, temos duas possibilidades: dividir o salário desse empregado por trinta dias, e teremos um dia de trabalho – e, repito, não me interessa a qualificação desse dia, se é dia útil ou dia de repouso, ou qualquer outro título que se dê a ele –, ou dividir esse salário por cento e oitenta, já que ele contempla trinta dias de seis horas diárias, e multiplicar o valor dessa hora encontrada pela jornada legal – no caso do bancário, jornada de seis horas. Das duas contas que se fizer encontrar-se-á o mesmo valor, isto é, a quantia resultante do salário dividido por trinta ou do salário dividido por cento e oitenta e multiplicado por seis será igual seja qual for o critério utilizado. (Apresentação em *PowerPoint*.) Neste quadro, faço uma demonstração em dias úteis, dia útil não trabalhado, dia de repouso e dia de feriado, que também é um repouso remunerado. Inclui também um dia chamado “folga”. Não interessa que aquele dia seja chamado “folga”, ele está sendo remunerado pelos trinta dias. Podemos até partir da argumentação de que tenha ocorrido uma falta do empregado, o que, a meu ver, seria um caso mais extremo que a qualificação do sábado como dia de repouso ou dia útil não trabalhado. Mesmo no caso do empregado que faltar ao serviço, para que se possa descontar o dia desse empregado, temos de dividir o salário por trinta para encontrar o salário de um dia. Ou, de outra forma: dividir o salário por cento e oitenta e multiplicar por seis para encontrar um dia desse empregado e, assim, deduzi-lo do seu salário. Em um caso extremo, pois trabalhamos sempre com hipóteses: suponhamos um empregado que faltou ao serviço um dia em cada uma das quatro semanas no mês – temos um pouco mais de quatro semanas no mês –, a ausência desses quatro dias irá ensejar o desconto. Para que se efetive esse desconto, não vamos dividir o salário por vinte e seis dias, mas, sim, por trinta dias, para que se possa encontrar um dia de salário, e multiplicar por quatro – quantidade de dias de ausência do empregado. Ou, de outra forma: dividir esse salário por cento e oitenta, multiplicar por seis e, depois, multiplicar por quatro. Os dois caminhos – dividir por trinta ou dividir por cento e oitenta e multiplicar por seis – nos levam a um resultado único, seja qual for o salário, porque a ideia é encontrar o salário de um dia, que corresponde a seis horas de jornada. Então, o caminho seria o mesmo. Podemos verificar que, neste caso extremo, de o empregado faltar ao serviço – não estou dizendo que foi repouso, dia útil não trabalhado ou folga, mas que ele faltou ao serviço –, mesmo assim, para que eu possa



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

4

efetuar o desconto desse empregado, tenho de dividir o salário por trinta ou por cento e oitenta. (Apresentação em *PowerPoint*.) Nesse quadro, fazemos essa demonstração, na hipótese de um dia da semana em que houve a falta do empregado; para que se desconte esse dia, temos de dividir por trinta ou por cento e oitenta. (Apresentação em *PowerPoint*.) Nesse quadro, fazemos a demonstração do sábado, qualquer que seja o título que se lhe dê – folga, útil não trabalhado ou repouso remunerado –, o importante é que todos esses dias estão pagos na remuneração do empregado, já que ele recebe a remuneração correspondente a trinta dias. O divisor do salário do mensalista não está diretamente ligado à jornada legal de trabalho semanal. A ligação direta entre divisor de salário e jornada está restrita à jornada diária, não deveria estar ligada à jornada semanal. Tivemos, depois da Constituição, a alteração da jornada semanal do mensalista, de quarenta e oito para quarenta e quatro horas, mas a Constituição manteve a jornada legal de oito horas. Como consequência disso, criamos um salário que remunera o empregado de 7,33h e mantivemos uma jornada legal de oito horas. Criamos um evento, que é a possibilidade de se remunerar um domingo trabalhado sem folga compensatória de duas formas: pode-se remunerá-lo por dia e, então, estar-se-ia remunerando-o por 7,33h, ou posso remunerar esse domingo por quantidade de horas e, dessa forma, estar-se-ia remunerando-o por oito horas. No caso do bancário, se este raciocínio proporcional da redução da jornada semanal de quarenta e oito horas para quarenta e quatro horas for aplicado, passar-se-á a ter também essa discrepância, da possibilidade de se remunerar um dia sob a forma de cinco horas, enquanto que a jornada legal seria de seis horas por dia. Creio que isso é mais um reforço lógico da não proporcionalidade do divisor, levando-se em conta a jornada semanal de trabalho, observando-se sempre a jornada legal diária. Se a jornada semanal for de trinta horas, o sexto e sétimo dias estão pagos no salário. Trata-se de outra implicação que ocorrerá nessa questão das horas extras e do repouso remunerado. O divisor de salário não deve ser alterado. O fato de considerar o sábado como dia de repouso necessariamente não deve acrescer uma vantagem de hora de trabalho ao trabalhador. A vantagem, que irá diferenciá-lo dos demais trabalhadores, é que ele passará a ter dois repouso semanais remunerados. A Lei n.º 605/49 estabelece: para todo trabalhador, um repouso semanal remunerado. Reconhecer, ao empregado bancário, o sábado como dia de repouso dá a ele a benesse de se ter dois repouso remunerados. E a vantagem que ele terá, como já demonstrado anteriormente aqui, é a do reflexo daquelas horas extras trabalhadas na



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

5

semana, no dia de repouso, não mais – como foi objeto aqui de exemplo – de 1,5 h daquela média que foi dada de horas extras na semana, no dia de repouso, mas, sim, de 3,6h nos dias de repouso. A vantagem que o empregado alcançará na transformação do sábado, como sendo dia útil não trabalhado, em repouso não remunerado é a de se ter o direito de receber o reflexo daquelas parcelas salariais pagas com habitualidade durante a semana no dia de descanso de forma dobrada, porque ele não terá apenas um, mas dois repouso remunerados. Porém, para se calcular o valor daquela hora extra, tem-se de continuar a usar o divisor de cento e oitenta horas, sob o risco, como também já dito aqui anteriormente, de se passar a ter divisores salariais variados, conforme a jornada de trabalho. Isso não caberia ao empregado mensalista. Como exemplo de divisores variados, há os empregados comissionistas, em que, efetivamente, o divisor varia conforme o número de horas trabalhadas por dia. No empregado bancário mensalista, tem-se de manter esse divisor de cento e oitenta horas como lógica da jornada diária de seis horas multiplicada pelos trinta dias de trabalho, porque é o que remunera o salário desse empregado bancário. Fiz apenas uma complementação, pois, desde que ocorreu essa proporcionalidade da jornada de duzentas e quarenta horas para a de duzentas e vinte horas, passou-se, em escala e com fundamento nessa proporcionalidade, a fazer outras proporcionalidades. Temos como exemplo o empregado eletricitário – e há súmula nesse sentido –, que não trabalha dia de sábado, só de segunda a sexta-feira; e até há norma coletiva prevendo que o divisor dele será de duzentas horas, e não mais de duzentas e vinte horas, porque segue também esse raciocínio – no qual, para mim, falta lógica – ou seja, de que o fato de o empregado ter tido uma jornada semanal reduzida implica na alteração do divisor. Mas o sábado do eletricitário, o sábado do bancário, todo ele está contido dentro do salário mensal que o empregado recebeu. Essa é a contribuição que tenho para dar. Agradeço a V. Ex.ª.

O Sr. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro (Presidente da Mesa) – Muito obrigado, em nome do Tribunal, Sr. Carlos Alberto de Oliveira. Passo, de imediato, a palavra ao Sr. Igor de Oliveira Zwicker, do TRT da 8.ª Região.

O Sr. Igor de Oliveira Zwicker (Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região) – Bom dia a todos. Eu gostaria de dizer, inicialmente, que estou muito feliz de ter a oportunidade de estar aqui no TST. Quero agradecer ao Ex.ºº Ministro Brandão pela oportunidade, agradecer ao Ex.ºº Desembargador do Trabalho, Sérgio Rocha, que é Presidente do Tribunal da 8.ª Região,



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

6

que me deu a oportunidade de estar aqui. Quero cumprimentar a todos na pessoa do Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Márcio Eurico. Inicialmente, cabe destacar que a controvérsia hoje perpassa muito mais a Súmula n.º 113 do que a Súmula n.º 124 deste Tribunal, que foi justamente a súmula que identificou o sábado como dia útil não trabalhado, e disse que as horas extras habitualmente prestadas não repercutiriam naquele sábado. A dúvida é se a norma coletiva, como vem sendo praticado... A norma coletiva diz que as horas extras repercutem no sábado. Limita-se apenas a dizer isso. Indagaria se, neste caso, eu alteraria o divisor ou não; se ele permaneceria o mesmo; se a norma coletiva foi silente em alterar o divisor. Foi interessante. Tive um dado histórico aqui em que essas convenções coletivas começaram em 1985. Ou seja, elas já iniciaram à luz da Súmula n.º 113, que foi editada em 1980, pelo Tribunal Superior do Trabalho, e mantida pela grande reforma de 2003, com a Resolução n.º 121. Ou seja, elas já são feitas à luz daquela Súmula n.º 113. Na primeira parte, trago uma questão prática para tratar sobre divisores pontuando que a Súmula n.º 113... Entendo que ela destoa do art. 224 da CLT. De modo que, o art. 24, em 1952, por meio da Lei n.º 1540/52, na época assinada por Café Filho, na qualidade de Presidente do Senado Federal, ainda à luz da Constituição de 1946, ainda quando a duração semanal de trabalho era de quarenta e oito horas - a CLT não continha isso originariamente, mas foi alterado em 1952 -, já se dizia que a duração normal de trabalho dos bancários era de seis horas nos dias úteis, com exceção dos sábados. Ou seja, a própria lei quis afastar o sábado como um dia útil, que, a rigor, seria um dia não útil. Há diversas doutrinas clássicas dos eminentes Francisco Antônio de Oliveira, Manoel Antônio Teixeira Filho, da contemporânea Professora Voglia - tive a honra de lançar um livro pela LTR no ano passado - e também sustento essa premissa. Dito isso, penso que o Tribunal, debruçando-se em divisores, deveria rever essa Súmula n.º 113 para adequar à cabeça do art. 224. Em uma segunda parte, antes de adentrar a questão dos divisores, relembro que participei da 2.ª Semana do TST. Tive a honra de ser recomendado pelo Ex.<sup>mo</sup> Ministro Dalazen e fui o único que trouxe essa questão dos divisores. Com essa discussão, o TST cancelou uma súmula e modificou duas. A Súmula n.º 343 se chocava com a Súmula n.º 431. Havia uma antinomia, porque a Súmula n.º 343 traz um critério diário da definição do divisor, e a Súmula n.º 431 trazia um critério semanal. A Súmula n.º 343 dizia que a jornada, a partir de oito horas, do bancário sujeito a oito horas, o divisor seria 240. Pelo filtro constitucional do art. 7.º, XIII, reduziria para 220. Já a Súmula n.º 431, a partir da duração semanal do trabalho,





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

7

dizia que o divisor era 200, a partir de uma duração de quarenta horas semanais. O TST acolheu essa questão da antinomia, tanto que cancelou a Súmula n.º 343, e não modificou a Súmula n.º 431. Fez apenas um acréscimo que modificou a essência, mas modificou também a Súmula n.º 124, que foi o grande impacto. Penso que, mais uma vez, o divisor não foi definido corretamente, porque a própria CLT já dá o caminho. Discordo do que foi falado, de que o art. 64 é uma regra geral aplicável aos bancários. Não há uma regra específica na CLT em relação ao divisor. O parágrafo único sequer é aplicável, neste caso concreto, porque o art. 64 da CLT trata do mensalista, e estamos tratando aqui de bancário mensalista. O parágrafo único trata de empregados com número inferior a trinta dias: os horistas, os diaristas, os semanalistas e os quinzenalistas. Então, não seria o caso. A cabeça do artigo claramente se refere à duração do trabalho, e reitera de forma clara, quando fala em duração do trabalho, remete ao art. 58 da CLT. A cabeça do art. 58, do artigo que inaugura a jornada de trabalho, é clara ao dizer que a duração do trabalho é diária – oito horas diárias – e esse é um artigo que se aplica a todos os empregados celetistas. Então, a CLT já quis deixar claro, em 1943, que o cálculo do divisor é feito a partir da jornada diária, e não semanal. Trago exemplos práticos. Na jornada comercial, trabalha-se oito horas em cinco dias da semana e quatro horas aos sábados. Como não é um número uniforme, deve-se tirar a média e surge essa dzíma periódica de 7,333, ao infinito, que, vezes trinta, dá exatamente o divisor 220. No caso dos bancários sujeitos a seis horas, seis vezes trinta dá cento e oitenta. É simples assim. Esta é a fórmula do divisor: jornada de trabalho vezes trinta. No caso do bancário sujeito a oito horas, oito vezes trinta dá 240. Diante do filtro constitucional do art. 7.º, XIII, reduz-se para 220, porque 240 é um típico divisor de quarenta e oito horas semanais, cuja jornada hoje é inconstitucional. Os jornalistas – art. 330 da CLT – tem jornada de até cinco horas diárias: cinco vezes trinta, o divisor seria 150. Qual é o critério que o TST adotou e demonstrou, em 2012, na Segunda Semana? Adotou o conhecido critério de cinco semanas. O que são essas cinco semanas? Desafio a todos, que estão presentes, a irem aos 24 Tribunais Regionais Trabalhistas e ao Colendo Tribunal Superior do Trabalho e perguntarem quantas semanas temos no mês. Cada um vai dizer uma coisa. Há quem diga que tem 4,28 semanas. Dividindo-se trinta dias por mês por sete dias por semana, há quem diga, como eu, que são 4,34 semanas, porque o nosso calendário é Gregoriano. Os meses não têm números uniformes e são de 28 a 31 dias. Então, divide-se 365 dias em um ano por doze e se encontra o mês com





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

8

um número médio de dias. Daí divide-se por sete dias na semana e se encontra 4,34. O TST adotou um critério ficto de cinco semanas. Um dos poucos doutrinadores, que ataca esse critério e explica isso expressamente, é a professora Vóglia. De que trata esse critério de cinco semanas? É no sentido da presunção, porque não existe nenhum mês que tem cinco semanas. Multiplicando-se cinco vezes quarenta e quatro encontra-se 220. Daí parte-se do princípio de que o único mês redondo é o mês de fevereiro, que tem vinte e oito dias. Dessa forma, há quatro semanas certas. O restante é "quatro vírgula" e alguma coisa para cima. Então, arredonda-se para cinco. Esse é o critério que foi definido. Logo, nessa primeira parte, na minha visão, aproveitando o ensejo da discussão sobre divisores, penso que deveria ser reformulada a Súmula n.º 113. Além disso, o TST, pela delegação constitucional de uniformizar a jurisprudência trabalhista nacional, deveria definir esse critério de divisores. Nesse sentido, concordo com a intervenção do Ministro aposentado desta Casa, o Ex.<sup>mo</sup> Ministro Simpliciano, de que o divisor perpassa a cabeça dos arts. 64 e 58 da CLT. Essa regra da CLT não leva em consideração o sábado não trabalhado. É o princípio da primazia da realidade sobre a forma. Concordo com o colega que me antecedeu. O cálculo não leva em consideração dias não trabalhados, mas leva em consideração a jornada diária de trabalho. Então, vejam os senhores que, o sábado, sendo ou não trabalhado – digamos que se trabalhe seis horas por dia e de segunda a sexta, ou seis horas por dia de segunda a sábado –, o divisor será o mesmo, porque a jornada diária de trabalho é de seis horas. Assim, não se alteraria o divisor. Esse é o segundo ponto. Todavia, procurando responder ao que foi formulado pelos expositores e imaginando que o TST mantenha a Súmula n.º 113 e o critério da Súmula n.º 124, que é o paradigma da Audiência Pública, tento responder que pesquisei bastante a jurisprudência da Casa e há duas teses. Alguém falou, da bancada, que a norma coletiva diz que a hora extra reflete no sábado, mas não fala nada sobre ser ou não repouso. Neste caso, discordo, porque assim se criaria um limbo. Se partirmos da Súmula n.º 113, que diz que o sábado é dia útil não trabalhado – considerando isso como certo, que é a jurisprudência remansosa da Corte – não se pode dizer que o sábado, se tem o condão de repercutir horas extras, que não é repouso, porque contradiz a própria súmula que diz que não repercute. Então, se a norma coletiva, apesar de silente, diz que o sábado repercute horas extras, é claro que a norma coletiva está transmutando a natureza jurídica do sábado; e ele passa a ser dia não útil ou repouso semanal remunerado. E a primeira tese, que agora é minoritária – chegou a



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

9

ganhar uma vez de sete a seis no placar –, diz que se deve fazer uma interpretação restritiva. Já a corrente hoje majoritária – por isso eu até trouxe uma petição que dei à colega para juntar aos autos... É interessante que o Ex.<sup>mo</sup> Ministro Renato diz que é favorável à primeira corrente, mas, como a tese dois é majoritária no Tribunal, irá segui-la. Essa tese é justamente a da consequência lógica, e é a tese que acho a mais correta. Se partirmos do pressuposto de que a Súmula n.º 113 traz uma regra de que o sábado é dia útil não trabalhado e que não repercute, e partirmos dos próprios critérios matemáticos estabelecidos pela Súmula n.º 124, não haverá como fugir dessa consequência lógica. E faço o raciocínio inverso para demonstrar isso: imaginemos que os atores coletivos digam a mesma coisa que eles já dizem – “a hora extra habitual repercute no sábado”; todavia, em vez de ela ser silente, diz o seguinte: “mas o divisor aqui não será o menor. Ele não será de 150 para o bancário de seis horas nem de 200 para o bancário de oito horas. Ele será 220 para o bancário de oito horas e 180 para o bancário de seis horas.” O TST não aceitaria isso. Provavelmente aplicar-se-ia o art. 9.º da CLT. E por que isso? De fato, é uma consequência lógica. Divisor não é direito, divisor não é direito trabalhista, não é direito do empregado, não é um dever do empregador. O divisor é um mero cálculo matemático. Trago aqui o que disse Niklas Luhmann na sua Teoria dos Sistemas, em que tentava trazer uma teoria geral da sociedade, de teor de universalidade. E ele diz exatamente isto, que temos que trabalhar conceitos multidisciplinares, sistemas que dialogam. Na minha visão, claramente, é o que está acontecendo aqui. Os sistemas dialogam, o Direito dialoga com a Matemática, na medida em que o divisor não é um direito. O divisor é um mero cálculo lógico, matemático, aritmético. À medida que transmudo a natureza jurídica do sábado, por certo, terei que afetar o divisor. Nesse caso prático, se a norma coletiva está dizendo que as horas extras habituais repercutem no sábado, por certo, estou afetando o divisor, então, com esteio na Súmula n.º 124 do TST, os bancários sujeitos a seis horas terão divisor 150, e os sujeitos a oito horas terão divisor 200. No mais, quero agradecer ao Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Cláudio Brandão, mais uma vez. Estou me sentindo em uma prova oral da Magistratura aqui. Agradeço a S. Ex.ª pela oportunidade. Este é um dia muito significativo na minha carreira na Justiça do Trabalho. Nós, servidores, como o senhor colocou, podemos auxiliar os juizes. Sou feliz por ser servidor. Hoje é um dia indescritível, na minha carreira, como servidor do Poder Judiciário. Muito obrigado a todos. Bom dia.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

10

O Sr. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro (Presidente da Mesa) – Meus parabéns pela intervenção brilhante. Dr. Igor Zwicker. Passo a palavra ao Dr. Eduardo Henrique Marques Soares, que falará pela Fenaef/Fetec – Paraná e pela Fetrafri – Nordeste.

O Sr. Eduardo Henrique Marques Soares (FENAE/FETEC – PARANÁ/FETRAFI – NORDESTE) – Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Márcio Eurico, Presidente do painel n.º 3 da presente audiência pública; Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Cláudio Brandão, Relator dos processos afetados; demais Ministros e presentes, bom dia. Primeiro eu gostaria de parabenizar, mais uma vez, o Tribunal, na pessoa do Ministro Cláudio Brandão, pela realização da presente audiência pública, momento no qual entidades, com relevância no meio bancário, podem discutir, trazer ideias e parâmetros, para fins de fixar o divisor aplicável à categoria bancária frente às normas coletivas assinadas pelos bancos. Aqui represento a Fenaef – Federação Nacional das Associações de Pessoal da Caixa Econômica, que alcança aproximadamente cinquenta mil economiários associados; a Fetec-CUT/PR; a Fetrafri-Nordeste; e não posso me esquecer também da Fetec-CUT/Centro-Norte; da Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro de Minas Gerais; e da Fetrafri-RS. E não é a primeira vez que a questão é debatida. Já se disse muito que em 2012 o Tribunal Superior do Trabalho se reuniu e, prestigiando as normas aplicáveis, entendeu por alterar a sua Súmula n.º 124, o que na prática pode representar até 20% de acréscimo no valor devido a título de horas extras. Agora, os bancos voltam a defender a aplicação restritiva das normas coletivas, o que é abraçado no presente momento pela egrégia 4.<sup>a</sup> Turma, que adota essa tese, decidindo que a simples fixação de que o sábado é dia de repouso semanal remunerado para reflexos de horas extras não é suficiente para alterar o divisor. A SDI e as demais Turmas, com ressalva logicamente do entendimento de alguns Ministros, entendem de forma diversa, reconhecendo que a equiparação feita pelas normas coletivas autoriza sim a fixação dos divisores 150 e 200, o que representa, repito, até 20% de acréscimo no direito do bancário às horas extras pleiteadas em uma ação, por exemplo, de sétima e oitava horas. E qual seria o real problema no caso concreto, no entendimento das federações aqui representadas? A redação da Súmula n.º 113, aqui já discutida de forma ampla. A Súmula n.º 113 indica que o sábado não é dia de repouso, para uma única finalidade, por um único propósito: para não permitir a repercussão do pagamento das horas extras habituais e sua remuneração. Apenas e tão somente para isso; o que, *data venia*, está superado pelas normas coletivas assinadas, afinal, se as normas coletivas



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

11

asseguram a repercussão das horas extras habituais, logicamente descaracterizam o sábado como dia útil e o equiparam a repouso semanal remunerado. E a jurisprudência não me deixa mentir, traduz exatamente essa tese. O primeiro precedente que peço licença para indicar, até lido pelo Dr. Ricardo, é o E-ER n.º 18000-97/2013, proferido pela SDI, que traduz exatamente: “Cinge-se a controvérsia a se definir quais os efeitos legais da previsão em norma coletiva de incidência das horas extras no sábado do bancário. A e. Turma concluiu que essa previsão somente teria efeito para o cálculo das horas extras.” E a SDI, eis o ponto importante, esclarece: “A jurisprudência há muito pacificada por este Colendo Tribunal na Súmula 113 negou a natureza jurídica do repouso semanal remunerado do sábado do bancário para uma única finalidade: afastar a ‘repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração’. Considerando que no presente caso, a norma coletiva afastou a única finalidade da Súmula 113, então é inequívoca a conclusão de que o sábado, nesse contexto, corresponde a um repouso semanal remunerado. Se a jornada é de 30 horas semanais, o divisor a ser adotado é o de 150.” Cito outro precedente, também da SDI, o E-ED-RR n.º 754-24/2011, da 3.ª Região, que traduz a mesmissima tese, fixando expressamente: “Diante da tese da c. Turma que enuncia a existência de norma coletiva que prevê o sábado como dia de repouso semanal remunerado, e mesmo assim aplica o divisor 180, deve ser reformada a decisão para adequar o julgado aos termos do item I, a, da Súmula 124 do c.TST, já que ao aludir o verbete ao direito de aplicação do divisor 150 do bancário, cujo contrato prevê, por norma coletiva, o sábado como dia de repouso semanal remunerado, não há distinção em razão de a norma conter expressão de que a previsão se dá para os reflexos das horas extraordinárias aos sábados, a título de repouso semanal remunerado. Embargos conhecidos e providos.” Para as entidades, qual seria a solução? A alteração ou até mesmo o cancelamento da Súmula n.º 113, já que, repito, ela vem de uma jurisprudência ultrapassada pelas normas coletivas, que afastam a única finalidade dessa Súmula; por consequência, a manutenção da Súmula n.º 124 em sua atual redação, que observa não apenas as normas assinadas pelas instituições financeiras mas também a real jornada trabalhada pelos empregados envolvidos. E, para falar de jornada, vamos ao art. 224 e ao art. 225 da CLT. O art. 224, em seu *caput*, esclarece que o empregado de banco e da Caixa Econômica Federal trabalhará seis horas diárias, perfazendo um total de trinta horas de trabalho por semana. Já o art. 225 da CLT permite o elasticimento por até oito horas diárias não excedendo quarenta horas semanais. Diante disso, vamos à regra de três que



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

12

já foi esclarecida pelos que me antecederam. O bancário que não exerce cargo de confiança e, portanto, está enquadrado no *caput* do art. 224, tem cinco dias efetivamente trabalhados, multiplicados por seis horas diárias e, nesse caso, trinta horas semanais. As trinta horas semanais são multiplicadas por cinco semanas legalmente presumidas e chegamos, portanto, ao divisor 150. Já para o bancário que exerce efetivamente cargo de confiança e, por isso, é enquadrado no art. 224, § 2.º, da CLT, são cinco dias efetivamente trabalhados, oito horas diárias e quarenta horas semanais. Nesse caso, multiplicadas as quarenta horas semanais por cinco semanas legalmente presumidas, temos o divisor 200. Essa regra, inclusive, frente à real jornada laborada pelo empregado, encontra-se cristalizada na Súmula n.º 431. A Súmula n.º 431, que não trata de bancário de forma direta, que não trata de norma coletiva, fixa expressamente que o empregado comum, que tem as oito horas diárias e as quarenta horas semanais, tem o divisor 200. Observa-se, portanto, a real jornada. Esse ponto é muito importante. Como disse o Ministro Simpliciano, a aplicação do divisor 220 para o empregado bancário acaba por trazer tratamento discriminatório, vedado pelo art. 5.º, *caput*, e não menos pelo art. 7.º, XXX, da Constituição. Com isso, aplicando-se na mesma jornada de oito horas diárias e de quarenta horas semanais para tal empregado comum tem-se o divisor 200 e o empregado bancário o divisor 220, gerando, portanto, o pagamento de horas extras mais baratas, o que, repito, está em dissonância com o entendimento do art. 7.º, XXX, da Constituição. A discriminação deve ser vedada no caso concreto. Há outro ponto que merece destaque. Vou direto às normas internas existentes. O Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal possuem normas internas que expressamente fixam o sábado como repouso, independente da questão de reflexo de horas extras no sábado. Fixam, de forma bastante simples, que o sábado é repouso semanal remunerado, sem vincular a questão a eventual reflexo de sobrejornada. Primeiro, indico o REH n.º 035 da Caixa Econômica que, em seu item 3.11.1, esclarece expressamente que o empregado faz jus ao repouso semanal remunerado aos sábados. E no item 3.11.3 diz que o repouso semanal remunerado de quarenta e oito horas consecutivas está compreendido entre 7h do sábado e 7h da segunda-feira subsequente. No caso do Banco do Brasil, a Instrução Normativa n.º 361 traz a mesma tese, fixando em seu item 1.1.10.1, que é obrigatória a concessão de repouso semanal de quarenta e oito horas consecutivas, coincidentes com os sábados. Como eu disse a V. Ex.<sup>as</sup>, as normas internas integram o contrato de trabalho, sob pena de violação do art. 5.º, XXXVI, da



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

13

Constituição, e não vinculam a natureza do sábado como repouso a reflexo de hora extra, simplesmente dizem que são repouso e isso é tudo. A jurisprudência já vem observando essa peculiaridade. Cito um precedente da 6.ª Turma, o ARR n.º 2484-56.2012.5.03.0002: "(...) Consignado pelo Regional que a norma interna da empregadora (item 3.11 do REH 035) prevê o sábado como dia de repouso semanal remunerado, a adoção do divisor 150 está em consonância com a Súmula n.º 124, I, a, do c. TST, não havendo como admitir o recurso de revista (...)." Trago também a Resolução n.º 2.932 do Banco Central. A Resolução n.º 2.932 do Banco Central esclarece em seu art. 5.º que o sábado não é considerado dia útil para fins de operações praticadas no mercado financeiro. Mais um argumento, portanto, para caracterizar o sábado como repouso semanal remunerado. Já estou concluindo. Assim sendo, as Federações aqui representadas entendem que a Súmula n.º 124 deve ser mantida. Deve-se alterar ou até mesmo cancelar a Súmula n.º 113 do TST, por superada. A Súmula n.º 124 deve ser mantida já que, ao adotar os divisores 150 e 200, observa não apenas as normas coletivas assinadas pelas instituições financeiras, mas também as normas internas e, o mais importante, a real jornada exercida pelos empregados envolvidos. A alteração defendida pelas empresas representa um verdadeiro descumprimento do que os bancos assinaram e assinam com os sindicatos dos bancários em negociações coletivas, em detrimento, portanto, do art. 7.º, XXVI, da Constituição. É um verdadeiro retrocesso social e discriminação da categoria bancária, deixando de lado a real jornada, em flagrante violação também dos arts. 5.º, *caput* e XXXVI, e 7.º, XXX, da Constituição. Eu só gostaria, ao final, observando que o Dr. Estêvão citou um precedente, uma ação do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Extremo Sul da Bahia em que supostamente se pediu a aplicação dos divisores 180 e 220, de citar outros três do mesmo sindicato que indicam expressamente o pedido de divisores 150 e 200, com o deferimento pelo Tribunal Superior do Trabalho. O primeiro foi o AIRR n.º 2321-91/2012.5.05.0561, o segundo o AIRR n.º 602-97/2012.5.05.0521, e finalmente o AIRR n.º 2320-09/2012.5.05.0561. Muito obrigado.

Ó Sr. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro (Presidente da Mesa) – Obrigado, Dr. Eduardo Henrique. Não temos mais expositores neste painel. Em nome do Tribunal cumprimento e agradeço aos expositores deste painel pelas suas brilhantes intervenções. Passo a palavra ao eminente Ministro Cláudio Brandão, devolvendo a S. Ex.ª a Presidência, não sem antes



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

14

agradecer a S. Ex.<sup>a</sup> pela oportunidade que me deu de participar desta manhã muito profícua de trabalho. Agradeço a atenção de todos.

(Assume a Presidência o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão.)

O Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão (Presidente da Mesa) – Ao Ministro Márcio também o agradecimento por ter presidido este painel. Esta Audiência Pública retornará pontualmente às 14h para prosseguimento dos painéis, o primeiro sob a Presidência do Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Está suspensa a Audiência Pública.





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

1

## AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 1

**BANCÁRIO – HORAS EXTRAS - DIVISOR**

**Incidente de Recurso Repetitivo TST-RR-849-83.2013.5.03.0138**

**C/J TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003**

**RELATOR: EXMO. MINISTRO CLÁUDIO MASCARENHAS  
BRANDÃO**

# ANEXO IV





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

2

O Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão – Boa tarde aos Srs. Servidores, à Sr.<sup>ª</sup> Secretária e a todos os presentes. Declaro reaberta a presente Audiência Pública, dando continuidade aos trabalhos realizados nesta manhã, renovando os agradecimentos aos Srs. Advogados que comparecem. Sem maiores delongas, passo a Presidência ao Ministro Hugo Scheuermann, a quem também agradeço antecipadamente pela disponibilidade em presidir este 4.º e penúltimo painel. Tem a palavra S. Ex.<sup>ª</sup>.

(Assume a Presidência o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Hugo Scheuermann.)

O Sr. Ministro Hugo Scheuermann (Presidente da Mesa) – Em primeiro lugar, cumprimento meu colega o Ministro Cláudio Brandão, Relator do processo que deu origem a esta Audiência Pública. Cumprimento todos os presentes, dando continuidade a esta Audiência que já foi muito profícua na parte da manhã. Apenas lembro que me cabe, segundo me foi passado, a observância rigorosa do tempo de cada expositor. Convido o primeiro inscrito, Dr. Mozart Victor Russomano Neto, que representa o Banco Santander. Tem a palavra V. S.<sup>ª</sup>.

O Sr. Mozart Victor Russomano Neto (Banco Santander S.A.) – Sr. Presidente, Ex.<sup>mo</sup> Ministro Relator, integrantes da Corte, demais expositores e ouvintes. A questão do divisor demanda inicialmente dois questionamentos. É primeiro necessário verificar se as normas coletivas alteram a natureza do sábado para repouso semanal remunerado; e, posteriormente, cumpre verificar, caso se entenda que o sábado é tido como repouso semanal remunerado, se isso afetaria o divisor. São dois questionamentos autônomos, pois, caso a primeira indagação tenha uma resposta negativa, sequer é necessário aferir se haveria ou não cálculo pertinente em relação ao sábado como repouso semanal remunerado. A primeira parte dessa sustentação envolve saber se a norma dos bancos altera a natureza jurídica dos sábados. Penitencio-me duplamente. Em primeiro lugar, porque será um número finito de argumentações a serem expostas, e os meus colegas mais do que as evidenciaram. Tentarei ser sucinto ou, pelo menos, mostrar um novo ângulo sobre essas questões. Penitencio-me, em segundo lugar, porque alguns colegas citaram Saramago; rebaixo-me a ponto de citar futebol. Meu primeiro argumento envolve a Copa Libertadores da América, pois quem pode participar de uma competição sul-americana são os times sul-americanos, inclusive os times mexicanos. No momento em que incluo os times mexicanos na participação da competição sul-americana, Libertadores, em momento algum estou transplantando geograficamente o México para a



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

3

América do Sul. Estou incluindo um grupo de sujeitos, indivíduos, objetos em determinado grupo para uma específica situação: os times mexicanos participam da Libertadores. No caso do divisor, a norma em questão afirma: "Quando prestadas durante toda a semana anterior, os bancos pagarão, também, o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados". Apresento a inclusão de um grupo distinto: sábados e feriados em um grupo de repouso semanal remunerado para uma específica finalidade, sendo que a cláusula em questão discursava exclusivamente sobre reflexos de horas extras. Cito inclusive um argumento da Dr.<sup>a</sup> Renata, no 1.<sup>o</sup> painel, afirmando que a Súmula n.º 113 apresentaria um contrassenso por ter sido anterior à origem desta cláusula. A Súmula n.º 113 é originária de 1980 e discursava exclusivamente sobre reflexos de horas extras para bancários. Os bancos e os sindicatos, após isso, e como consequência da Súmula n.º 113, apresentaram essa cláusula coletiva para resgatar esse direito somente. Como o Dr. Estêvão Mallet falou, haveria inúmeras formas distintas de se transmutar o sábado como repouso semanal remunerado para todas as finalidades ou para as finalidades específicas que não esta, do que a redação utilizada no caso em concreto. Quando afirmei que eram dois questionamentos, confesso que menti: são três questionamentos que esta Corte deve fazer, porque, no momento em que se discute a interpretação da norma coletiva, é necessário interpretar diversas normas coletivas. Li inicialmente e releio agora os bancos privados possuem uma norma afirmando que: "Os bancos pagarão também o valor correspondente ao repouso semanal remunerado, inclusive sábados e feriados". Bancos públicos possuem norma distinta esclarecendo que: "As horas extraordinárias pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado, considerados os sábados, domingos e feriados (...)". Foi até arguido nesta tribuna, em painel anterior, que haveria norma interna da Caixa Econômica e do Banco do Brasil, que não existem e sequer são tratadas ou aludidas nos bancos privados. Caso seja necessário, e é mister fazer uma interpretação dessas cláusulas, deve-se fazer especificamente quanto a cada cláusula em relação a cada banco. Se fosse necessário analisar norma interna, também seria necessário verificar a sua ausência em determinadas instituições bancárias. Essa situação enseja, em conclusão, três questionamentos: os bancos públicos possuem norma a ponto de ensejar o sábado como repouso semanal remunerado; os bancos privados possuem essa norma, e partimos para a segunda fase. Ainda que se entenda, o que não é o caso, que o sábado seria repouso semanal remunerado, esse elemento seria suficiente para se alterar o



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

4

divisor de horas extras? Novamente, resgato-me de argumentações utilizadas há uma ou duas horas, de peritos de Tribunais Regionais que afirmam categoricamente, e parece-me, de forma unânime, que o cálculo de horas extras é feito com base no art. 64, utilizando-se como base o salário mensal a que se refere o art. 58, por trinta vezes o número de horas dessa duração. O art. 58 afirma que essa referência seria de oito horas diárias. O sábado como repouso semanal remunerado, ou como dia útil, não tem pertinência no cálculo a ser feito. Para se chegar a uma conclusão em que se afastaria o art. 64 da CLT, seria necessário fazer um exercício jurídico, um exercício matemático. Isso porque, como afirmado anteriormente, ter-se-ia de se considerar que o sábado não é remunerado para o bancário, apesar de ele ser mensalista e de que, no momento em que se fez o cálculo, utilizou-se de uma remuneração de trinta dias, obviamente incluindo o sábado, como é questão pacífica, ou ter-se-ia de aplicar o art. 57 da CLT, para afirmar que o art. 224 atestaria expressamente, como consta do dispositivo legal, que o art. 64 não seria aplicável porque haveria o dispositivo específico dos bancários quanto a divisor de horas extras, não existindo, contudo, tal destinação expressa. Por fim, o próprio Tribunal Superior do Trabalho, no precedente publicado no DJ de 12 de junho de 2015, RR n.º 249-70/2012, da 6.ª Turma, admite que a norma em questão afastaria a aplicação do divisor 150, e que seria o 180. Só que a *ratio* para se chegar a essa conclusão é a que se extrai do teor da Súmula n.º 113, do colendo Tribunal Superior do Trabalho. Diz o precedente: “Diante disso, a obtenção do divisor aplicável à jornada de trabalho dos bancários é obtida por meio da divisão entre o número de horas trabalhadas durante a semana, pelo número de dias efetivamente trabalhados, multiplicado pelo número de dias do mês ( $30/5 \times 30 = 180$ )”. Alcançam-se cento e oitenta com esse cálculo e não se discute natureza do sábado, não se discute natureza do domingo, para se alcançar esse cálculo. Ainda assim, entendeu-se que a norma coletiva, ao alegadamente atestar o sábado como repouso semanal remunerado, determinaria a incidência do divisor 150. Uma das primeiras argumentações, no caso, foi a de que se tratava de mera e exclusiva aritmética, dois mais dois nunca serão cinco. Não se discute que dois mais dois são quatro, mas é necessário que esta Corte verifique se o cálculo a ser utilizado, se o primeiro “dois” e o segundo “dois” estão corretos, porque os *experts* aqui falaram de forma unânime que não se tem utilizado e que não se utiliza o sábado para cálculos do divisor. A Súmula n.º 431 também não é aplicável ao caso. Por que ela não é aplicável ao caso? Porque os próprios bancários possuem disposição legal expressa da Lei n.º 4.178/62,



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

5

afirmando que: “Os estabelecimentos de crédito não funcionarão aos sábados, em expediente externo ou interno.” Não se trata de uma liberalidade das entidades bancárias; trata-se de uma disposição legal que assim determina. Mais do que isso, esse é o fundamento pelo qual, em 1969, se alterou a redação do art. 224 e se incluiu que aos bancários não haveria trabalho aos sábados. A redação original não tratava dessa questão. Então, não é possível afirmar que o art. 224 altera o divisor em questão, porque se tem uma concatenação lógica e histórica, partindo desde a Súmula n.º 113, partindo desde as interações entre sindicatos e bancos, demonstrando qual era o intuito a se alcançar nessas normas. Trato também de outro elemento, que foi mencionado pelo Dr. Estêvão Mallet, no caso. A norma é condicionante: quando prestadas durante toda a semana anterior. Caso se entenda que a norma em questão altera o divisor, seria necessário que a contabilidade, nos casos, verificasse todas as semanas em que houve prestação habitual de horas extras e todas as semanas em que não houve. Torna-se ainda mais complexo porque não é nada pouco raro, na situação bancária, de bancários que trabalham horas extras em dias de pico, do dia 1.º até o dia 5 de todo mês. Como ficará a contabilidade da Justiça do Trabalho ao ter que verificar, mês a mês, durante todo o período imprescrito, se esses primeiros dias, 1.º a 5, por exemplo, configurariam uma semana cheia ou não? Gerando também não só o aludido acúmulo de ações que, com certeza, virão, mas também o acúmulo de complexidades nesses cálculos trabalhistas, que seriam feitos não somente pelas partes, mas também por peritos oficiais. Prossigo apenas com mais um questionamento, mesmo porque o tempo já está quase acabando. Há uma expressão utilizada chamada Navalha de Occam que prega que, diante de uma situação complexa – normalmente é utilizada em investigações policiais mais complicadas –, a solução mais simples geralmente é a correta. Verificamos aqui, em diversas apresentações, que não se chegou à fórmula matemática, a nenhuma outra conclusão, senão que os divisores 180 e 220 são aplicáveis. O máximo que se chegou foi ao divisor 156, em fórmulas matemáticas. Chegou-se aqui, por parte de defensores de tese contrária à ora defendida nesta apresentação, que a Súmula n.º 113 está equivocada; que a primeira parte da Súmula n.º 124 está equivocada; que o art. 64 está equivocada; que a Súmula n.º 431, então, possuiria uma jurisprudência contrária; que o cálculo matemático que se alcança em 156 o divisor deveria ser utilizado, levando em conta que o sábado não é remunerado pelos bancários, e, além do mais, deveria haver, então, o arredondamento para baixo, porque não se chegou em 150. Todos esses elementos teriam de ser utilizados. A partir



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

6

daí teria que se verificar: foram prestadas as horas extras durante toda aquela semana? Trata-se de banco privado? Trata-se de banco público? Há norma interna considerando o sábado como repouso semanal remunerado? Para aí sim se chegar à conclusão, então, de que haveria alteração do divisor. Ou então, há outra hipótese, na qual surgiu a Súmula n.º 113, alterando reflexos de horas extras no sábado, e os bancos e sindicatos resolveram por liberalidade conceder os reflexos de horas extras no sábado. Não existe incompatibilidade em apenas conceder reflexos de horas extras nos sábados quando há horas extras habituais. Tanto é assim porque se tem jurisprudência de 1985 até 2012. O argumento de que se alteraria a jurisprudência agora, que está consolidada desde 2012, cai por terra porque houve discussão anterior, e ela ocorreu em virtude de jurisprudência de décadas. Trata-se de uma situação muito mais provável e muito mais fácil. Por fim, apenas encerro, afirmando que não podemos nos engessar por jurisprudência de anos ou porque tais Turmas já estão com posicionamento favorável ou desfavorável. Trata-se de um questionamento científico. É necessário nos aprofundarmos nessas questões, é necessário questionar se o cálculo matemático está certo, se a interpretação está correta. Caso contrário, caso simplesmente se admita que, porque se entendeu desta forma e porque as oito Turmas – sequer são as oito Turmas que decidem dessa forma – estariam decidindo assim, então não se poderia alterar? Seria possível, num óbvio exagero, que estaríamos entendendo ainda que a Terra seria o centro do Universo, o que não acontece. Muito obrigado.

O Sr. Ministro Hugo Scheuermann (Presidente da Mesa) – Muito bem. Agradecemos a valiosa colaboração do Dr. Mozart Victor Russomano Neto, representando o Banco Santander. Quero cumprimentar os Ministros Márcio Eurico e Augusto César, que nos honram com a presença. Passamos agora ao expositor seguinte, o Dr. Eduardo Araújo de Souza, representando o Sindicato dos Bancários de Brasília. V. S.ª tem a palavra.

O Sr. Eduardo Araújo de Souza (Sindicato dos Bancários de Brasília) – Boa tarde, Sr. Presidente, demais Ministros, demais Operadores da Lei. Sou bancário desde 1986, também contador, estou na atividade sindical desde 2001 e liberado para as atividades especificamente sindicalistas, desde 2004, na mesa de negociação do Banco do Brasil. Gostaria de agradecer a oportunidade de discutir a validade da extensão dos nossos acordos coletivos; não venho aqui para discutir a natureza jurídica do sábado e, sim, as condições e o preço desta sobrejornada que é a hora extra. Quero discutir também a segurança jurídica dos trabalhadores que



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

7

recorreram ao Judiciário para também terem validados os seus direitos. É importante ressaltar que a complexidade das demandas depende do descumprimento delas. Então, se não há pagamento de hora extra, evidentemente que os bancários vieram aos tribunais para requerer que os bancos pagassem as horas devidas. Se os bancos a pagassem normalmente, talvez não tivéssemos nenhuma ação judicial para se alcançar isso. Diante das diversas falas, ressaltou importante abordar um pouco da negociação, dos acordos e das convenções coletivas. As cláusulas, evidentemente que as redigimos, são fruto e resultado da avaliação de propostas de ambas as partes. Em uma mesa de negociação, os bancos também apresentam sua pauta. Esta negociação, além de abordar a nossa pauta, também abrange a pauta dos bancos. Aquelas cláusulas são resultado da máxima convergência daquilo que acordamos, deixando muitos aspectos no vazio ou que não são estritamente discutidos, porque não houve acordo. E aí, sim, vimos ao Judiciário para discutir a primazia da realidade: se realizamos determinado tipo de serviço e há um descumprimento daquilo que realizamos, ainda que esteja escrito em uma norma, recorremos, para que essas regras legais e os normativos sejam obedecidos. Evidentemente que nem todos aqueles que compõem a mesa de negociação são administradores dos bancos ou das entidades, mas o que negociamos possui todo um aspecto a ser avaliado. Como princípio, nós, os trabalhadores, discutimos que as horas extras devem ser muito mais caras, para que possamos ter muito mais empregos. Discutimos também a questão da saúde do trabalhador, para que exista, de fato, mais empregos e menos carga para esses trabalhadores. Se pautarmos um pouco a discussão do divisor, vamos verificar que ele é o resultado de uma proporcionalidade. Não é preciso fazer muitas contas matemáticas para se chegar a uma proporcionalidade, considerando o que está na Constituição. Como já verifiquei, muitas vezes, na mesa de negociação, se torturamos os números, achamos qualquer resultado. Escutamos muito esse tipo de afirmação e, por outro lado, os trabalhadores compreendem outro ditado: "A lei não socorre aos que dormem". Então, os bancários são os que mais pautam o Judiciário, por compreenderem todos os seus direitos. Uma discussão de fundo que observamos está na jornada especial do bancário. Ela não é resultado de trinta ou trinta e sete anos, é resultado de algo que foi discutido desde a década de 30. Os bancários foram às ruas, junto com músicos e outros que queriam a jornada de seis horas, e fizeram campanha para que isso fosse registrado. Havia também os motivos de saúde, como eu disse inicialmente, mas a jornada de seis horas foi o resultado de uma campanha dos bancários. Pouco mais de dez





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

8

bancários foram da época da Constituição da década de 30; eles participaram da escrita dessa Constituição. Depois também veio a CLT, que corroborou com isso. No entanto, demorou mais de trinta anos para que, de fato, o sábado fosse extinto. Somente em 1961, na década de 60 – há registro nos nossos jornais do sindicato –, foi extinto o trabalho nos sábados, o que já era uma reivindicação muito antiga. Por causa de várias paralisações e movimentos, deixou-se de trabalhar nos sábados. Em seguida, veio também a lei, em 1962, que proibiu a abertura dos bancos nos sábados. Apesar de estar na lei, várias interpretações queriam modificar esse tipo de situação, haja vista um acordo feito em 2012; mas chegaremos lá. Quanto a essa situação de 1960, por acordos daquele período, também já se começou a discutir que os sábados eram para descanso dos trabalhadores e bancários. Mais uma vez, vimos outras situações em que se descumpriu a legislação. Somente em 1985, após a redemocratização do País, é que tivemos um novo movimento de respeito aos direitos dos bancários. Então, a partir de 1986, tivemos acordos estabelecendo isso, mas somente em 1992 houve a primeira convenção coletiva nacional; antes tínhamos acordos regionais. Ainda não tínhamos o Banco do Brasil e a Caixa nesse mesmo instrumento, porque só vieram em 2006. Então, o Banco do Brasil e a Caixa assinaram a convenção coletiva apenas em 2006. Uma das situações que identificamos – eu estava na mesa de negociação do Banco do Brasil – é a de quando o negociador do banco propunha modificar a cláusula que estabelece o sábado como dia de descanso semanal remunerado. Isso estava muito claro no acordo coletivo até 2012. Naquele momento, estava inclusa a questão do banco de horas, do qual reivindicávamos o fim. Diziam que, se tirassem o sábado da cláusula, haveria um acordo. Não houve acordo por negociação do Banco do Brasil naquele momento. Posteriormente, em 2013/2014, fizeram a retirada da cláusula tanto do banco de horas quanto das horas extras, para vigorar apenas a cláusula da convenção coletiva, que dizia a mesma coisa, com um termo diferenciado. Ela não estabelecia o mesmo parágrafo, mas colocava o sábado, além do domingo e dos feriados. Então, há essa cláusula do Banco do Brasil também. Em 2012, houve um acordo coletivo assinado com o HSBC, que estabelecia, em relação aos sábados, domingos e feriados, uma cláusula especial para os bancários. Além de remunerar em 100% as horas extras, ainda havia um adicional, ou seja, em todas as nossas relações de trabalho, inclusive como clientes, sabemos que o banco não abre nos sábados e que os bancários não trabalham nos sábados. Para que haja uma discussão do trabalho ininterrupto, por exemplo, discutimos que sábado é equivalente a domingo e



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

9

feriados. Portanto, reivindicamos que haja esse reconhecimento do divisor. Evidentemente a mesa de negociação não chegou a um termo sobre isso quando a conferência dos bancários apontou aquela cláusula para que se estabelecesse, por escrito, o divisor. Não chegamos a um entendimento, e isso não foi uma prioridade, porque a jurisprudência já vinha favorável aos bancários. Por isso, não colocamos isso na mesa de negociação, apesar de estar escrito na nossa minuta de reivindicação. As negociações sempre vão trabalhar e atuar com a boa-fé e com o respeito mútuo, mas nem sempre entendemos isso no dia a dia dos bancários. E, lembrando o companheiro Eduardo Henrique, que se apresentou aqui, há, de fato, uma forma de proporcionalidade para se chegar ao divisor 150, considerando todos esses aspectos, não só da legislação, que os bancários também conquistaram, mas também do acordo coletivo que rege as nossas relações. Há esse vácuo que precisa ser garantido aos trabalhadores, porque, aí sim... Se formos pensar no tamanho do tema que estamos discutindo, evidentemente, é muito pouco discutir a questão das horas extras, sobre quantas horas extras são feitas e quantas horas extras não são pagas pelos bancos. O que precisamos agora é firmar esse entendimento para exigirmos dos bancos o pagamento ideal para todos os trabalhadores, e, quiçá, não precisemos fazer horas extras, e que haja contratação de mais bancários. É o que tenho para o momento, Sr. Presidente. Obrigadô.

O Sr. Ministro Hugo Scheuermann (Presidente da Mesa) – Muito bem. Agradecemos a igualmente valorosa colaboração do Sr. Eduardo Araújo de Souza, que aqui falou representando o Sindicato dos Bancários de Brasília. Dando continuidade às exposições deste quarto painel, convido o Dr. Gryecos Attom Valente Loureiro, representando a Caixa Econômica Federal. Passo a palavra a V. S.ª.

O Sr. Grvecos Attom Valente Loureiro (Caixa Econômica Federal) – Boa tarde, Excelência. Ao cumprimentar V. Ex.ª, cumprimento todos os Ministros aqui presentes, cumprimento meus colegas Advogados, interessados, serventuários da Justiça, um cumprimento especial a S. Ex.ª o Ministro Cláudio Brandão, pela disposição, espírito republicano e democrático em convocar esta Audiência Pública, típico daqueles que têm verdadeiro fôlego de corredor para aguentar essa maratona no dia de hoje. Depois desses cumprimentos, tenho a possibilidade de falar por último em relação àqueles que falaram pelos bancos. Falar por último é, inicialmente, uma grande responsabilidade. Primeiro, porque é necessário manter o alto nível dos expositores que me antecederam e, segundo, porque é sempre uma oportunidade de poder





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

10

elucidar alguns pontos ou apresentá-los, sob outro viés de olhar, aquilo que já foi falado. Além de ser uma oportunidade, é uma possibilidade de esclarecermos um ou outro detalhe que, por algum motivo, tenha saído do *script* original. Digo isso porque ouvi da tribuna grandes manifestações, de ambos os lados, e vi também alguns comentários que me pareceram impertinentes ou até alienígenas ao objeto do que se discute hoje, especialmente quando foi mencionada uma norma interna da Caixa Econômica que não tem nenhuma relação com o objeto da discussão, e mais, norma interna que já não é vigente há alguns anos. Então, acho importante iniciar a minha fala fazendo este contraponto. E, se fosse para falar especificamente do caso da Caixa, falaríamos da hipótese de que a nossa Norma Coletiva de Trabalho separa, nas suas cláusulas 18.<sup>a</sup> e 19.<sup>a</sup>, especificamente, jornada habitual de jornada extraordinária e, quando separa, faz expressa referência ao art. 224, da CLT, que é o grande norteador da nossa discussão. Prosseguindo, é importante trazer a questão novamente para o seu ponto central, que nos parece ser, inexoravelmente, a natureza jurídica do trabalho ao sábado para essa categoria dos bancários e afins. Essa é a matéria de fundo. Não se iludam Excelências, as brilhantes apresentações anteriores também se eximiram, se esmeraram em jogar névoa na discussão, apequenando o debate, focando em termos específicos sobre essa ou aquela norma coletiva de trabalho, enquanto sabemos que o art. 224 é específico quando assim define. O Verbete n.º 113 da súmula de jurisprudência deste Tribunal, ratificado em 21 de novembro de 2003, e, portanto, mais de cinco anos *a posteriori* da edição da Carta da República, deixou inexorável que a natureza do sábado é de dia útil não trabalhado. Passando desse ponto, precisamos dizer, então, que a análise do que estamos tratando é se as normas coletivas têm o condão de mudar a natureza jurídica do trabalho no sábado ou da ausência de trabalho no sábado. Parece-me que não é esse o tema da matéria que foi afetada por S. Ex.<sup>a</sup> o Ministro Relator. E, também, parece-me que, ainda que este seja um excelente momento para que seja plantada essa semente, para que aqui germine uma discussão mais profunda sobre o tema, o fato é que este não é o foro adequado para se reformar a jurisprudência consolidada desta Corte, pela edição do Verbete n.º 113. Mais do que isso, para não ser repetitivo e enveredar nos temas que já foram tratados, é importante trazer à tona que temos um princípio, um valor no Direito que é de aplicabilidade imediata para essa nossa discussão, que é o princípio da boa-fé, o valor da boa-fé. Sempre que trazemos uma questão ao Judiciário pedimos a interpretação do Judiciário, pedimos uma avaliação hermenêutica dessa ou daquela



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

11

norma, dessa ou daquela situação de fato; mas, neste caso específico, há contornos diferentes, porque geralmente, quando se pede um posicionamento hermenêutico do Tribunal é com base na lei editada em abstrato. Não por raras vezes, os Tribunais buscam compreender qual foi a *mens legis*, qual foi o espírito do legislador. E daí, claro, como a lei é sempre editada em caráter geral e abstrato, muitas interpretações podem divergir, de acordo com esse ou aquele caso concreto. Mas chamo a atenção para a boa-fé, porque, neste nosso caso, trata-se de norma coletiva de trabalho, de acordo formulado e negociado em mesa, em condições paritárias, e, no caso, a categoria é a dos bancários, uma categoria cuja força, capacidade de organização e excelente representação nas mesas de negociação coletiva são de conhecimento geral. Nas cláusulas que fazem parte dos nossos acordos de trabalho, os textos são negociados. Portanto, aquilo em que não é possível alcançar um consenso não consta da norma, do acordo coletivo. O que está lá escrito foi fruto de uma negociação. E, quando uma norma com ajuste negociado direciona-se para uma hipótese específica, não nos parece da melhor prática de boa-fé que esse texto negociado seja utilizado para objetivos outros, para um questionamento judicial. Não se trata, no caso, de lacuna no acordo, não se trata de categoria mal representada, trata-se de ponto negociado, de ponto ajustado. Portanto, como eu dizia, neste caso, não se trata de pedir o pronunciamento do Tribunal para buscar a *mens legis*, por exemplo, para fazer as vezes de Hermes, que tinha de traduzir - daí a palavra hermenêutica - a língua dos deuses para a língua dos homens. Neste caso, há homens sentados dos dois lados e, com relação à interpretação, vai-se utilizar dos métodos humanos de aplicação do Direito. Portanto, já me encaminhando para o final, eu gostaria de enfatizar a questão da boa-fé subjacente à lide, que preordenou a redação de todas essas cláusulas que hoje estão sendo aqui utilizadas para um alargamento considerável da matéria de direito. Caminho para o meu encerramento, pontuando os vários questionamentos aqui apresentados pelos ilustres Advogados que me precederam, especialmente os dos Drs. Magnus, Mozart e Estêvão, que deixaram vários questionamentos. Fica como ponto de reflexão para V. Ex.<sup>as</sup>, já aproveitando o § 3.º do art. 927 do novo CPC, que faz coro com a praxe da jurisprudência desta Corte ao decidir dessa ou daquela forma, se não seria o caso de este Tribunal modular os efeitos da sua decisão. Esse ponto é apenas para lembrar que nos manifestamos não apenas como Advogados do banco, mas como seus empregados. No âmbito da Diretoria da Caixa Econômica Federal, consideramo-nos também alunos deste egrégio Tribunal. V. Ex.<sup>as</sup> não



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

12

tenham dúvidas de que tudo o que se decide aqui é pautado no âmbito da Caixa para reorganização do nosso trabalho, para ajuste em prol da defesa e da garantia dos direitos dos trabalhadores. Nessa medida, ainda mais quando se pensa em mudança de entendimento jurisprudencial – não do recente, mas do entendimento de algumas décadas, inclusive das duas últimas décadas –, a recomendação que fazemos para a alta direção da companhia sempre é com base na jurisprudência do momento, ou seja, com base na sinalização que o Tribunal nos envia e em como ele ensina a olhar o Direito para aquele caso concreto. Quando há uma modificação, os reflexos sempre nos são muito gravosos. Nesse sentido, pedindo essa reflexão, encerro a minha fala com um crédito de quatro minutos, que espero utilizar em uma futura oportunidade. Obrigado, Excelência.

O Sr. Ministro Hugo Scheuermann (Presidente da Mesa) – Agradecemos a valorosa colaboração do Dr. Gryecos Attom Valente Loureiro, que falou representando a Caixa Econômica Federal. Assim, chegando ao término do quarto painel de exposições, manifesto o meu agradecimento ao Relator, Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, por ter me convidado e por ter me dado a oportunidade de participar deste painel, desta Audiência Pública como um todo, à que tenho assistido desde a manhã. Devolvo a Presidência a S. Ex.<sup>a</sup> o Ministro Relator.

(Reassume a Presidência o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão.)

O Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão (Presidente da Mesa) – Agradeço o Ministro Hugo Scheuermann pela participação e colaboração ao presidir este painel. Convido o Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte para assumir a Presidência dos nossos trabalhos. Ministro Hugo Scheuermann, mais uma vez, muito obrigado pela disponibilidade de V. Ex.<sup>a</sup>.



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

I

## AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 1

**BANCÁRIO – HORAS EXTRAS - DIVISOR**

**Incidente de Recurso Repetitivo TST-RR-849-83.2013.5.03.0138**

**C/J TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003**

**RELATOR: EXMO. MINISTRO CLÁUDIO MASCARENHAS  
BRANDÃO**

# ANEXO V



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

2

(Retira-se S. Ex.<sup>a</sup> o Ministro Hugo Scheuermann e chega S. Ex.<sup>a</sup> o Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte.)

O Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão (Presidente da Mesa) – Estando presentes todos os palestrantes do próximo painel, podemos adiantar os nossos trabalhos. Passo a Presidência ao Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, renovando a S. Ex.<sup>a</sup> o agradecimento por colaborar, disponibilizando o seu tempo para esta Audiência Pública. Tem a palavra o Ministro Alexandre para presidir os trabalhos do próximo painel.

(Assume a Presidência o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte.)

O Sr. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte (Presidente da Mesa) – Boa tarde a todos. Cumprimento o Ministro Cláudio e agradeço a confiança depositada em mim para presidir este painel. Cumprimento a Dr.<sup>a</sup> Djanira, demais Servidores e Advogados presentes. Passo de imediato ao Ministro Relator os memoriais que recebi, a fim de que S. Ex.<sup>a</sup> os leve em consideração. Início o quinto painel de exposições desta Audiência Pública n.º 1 de 2016, que versa sobre bancário, divisor, horas extras. Tem a palavra os Drs. Paulo Roberto Lemgruber Ebert e José Affonso Dallegrave Neto, que dividirão o tempo de quinze minutos como melhor aprover a S. S.<sup>tes</sup>.

O Sr. José Affonso Dallegrave Neto (Associação Nacional dos Beneficiários REG e Replan) – Egrêgia Corte, eu gostaria, inicialmente, de saudar V. Ex.<sup>as</sup>, o Ministro Alexandre Belmonte, o Ministro Cláudio Brandão, que é o Ministro Relator desta Audiência Pública, e as demais autoridades. A questão do divisor de horas é uma matéria bastante simples, a rigor. Ela leva em conta a jornada legal efetivamente trabalhada – e é bom repetir isso –, a jornada legal efetivamente trabalhada e remunerada, e assim é, para uma carga horária semanal de trinta e seis horas, o divisor 180 e, para uma carga horária de trinta horas, o divisor 150. Estou sendo bem pueril, porque complicamos essa matéria ao longo da história. Por que razão a classe dos jornalistas, por exemplo, que têm uma carga horária semanal de trinta horas, têm um divisor 150, diferente do da classe dos bancários? A controvérsia começou a partir de uma má interpretação da lei, do art. 224 da CLT, que diz: “A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana (...)”. Ora, Excelências, a lei é clara. Não cabem elucubrações. A lei



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

3

diz que o bancário trabalha trinta horas por semana, atraindo, pois, o divisor 150. A expressão “seis horas nos dias úteis, com exceção do sábado”, nem de longe pode autorizar uma exegese de que, doravante, a carga real de trinta horas passou por uma carga fictícia de trinta e seis horas. O art. 224 diz: “(...) perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana (...)”. Será que é possível essa exegese contrária às lições mais comezinhas do Direito? Por tal razão a Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reiteradas vezes – trago um voto do eminente Relator Augusto César, no RR n.º 250700 –, que diz com acerto: “(...) No cálculo das horas extras leva-se em conta a carga real de 30 (trinta) horas que os bancários efetivamente laboravam, e não a fictícia carga horária de 36 (trinta e seis) horas. Assim, o divisor a ser aplicado (...) é 150, e não 180(...)”. Por que complicamos tanto esta matéria? Essa projeção ficta de trinta para trinta e seis, se formos investigar a história, começou como uma interpretação da Súmula n.º 113 do TST nos idos de 1980. Fui ao *site* do TST verificar os precedentes, e prevaleceu um voto do Ministro Marcelo Pimentel. A Súmula n.º 113 do TST é muito clara no sentido de que ela se dirige não a divisor, ela se dirige à integração e reflexos das horas extras habituais em RSR. O que nós operadores jurídicos fizemos? Vejam o exercício que fizemos. Pegamos a Súmula n.º 113 do TST, que não diz respeito a divisor, e migramos, derivamos algumas ilações dela e trouxemos para o campo do divisor em detrimento do bancário, sendo que onde está situado o art. 224 da CLT? Está situado no Título III da CLT, na parte que diz: “DAS NORMAS ESPECIAIS DE TUTELA DO TRABALHO”. Será que o legislador quis prejudicar a atividade do bancário ao trazer o art. 224 da CLT? Porque a interpretação que estamos dando é em prejuízo ao bancário. Porque ele colocou que sábado é um dia útil não remunerado, colocamos todo um artazoado para prejudicar, sendo que esta norma veio para tutelar o trabalho do bancário. Não me parece ser essa a melhor exegética para seguirmos. Na verdade, eméritos julgadores, com o tempo, as normas coletivas – e aqui chegamos ao século XXI – derrubaram o único e equivocado argumento que poderia sustentar a tese do divisor 180. E, agora, com maior razão, o divisor de horas extras continua sendo, e deveria ser sempre, 150. E conluo, para não passar o tempo do meu colega, pois estamos aqui compartilhando. Em tom de conclusão, primeiro, a carga legal do bancário é de trinta horas semanais, e isso está na lei. Logo, o divisor é 150. Não há qualquer exercício hermenêutico que possa complicar isso, sob pena de discriminarmos os bancários, porque vamos ter todas as outras categorias com carga horária semanal trinta,



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

4

divisor 150, e os bancários vão ser os patinhos feios da história. Em segundo lugar, a cláusula 8 da convenção coletiva, ao dar tratamento de RSR – vi muitos advogados dizem que a cláusula não diz que o sábado é RSR, nem é função da cláusula dizer isso. Quem diz a natureza jurídica, quem declara a roupagem jurídica é o julgador. Seria exigir demais de uma negociação coletiva que tivesse uma cláusula dizendo que sábado é considerado RSR. O tratamento que ela confere é de um repouso semanal remunerado. Terceiro, o art. 224 está dentro do título de proteção. Diante disso, a nossa proposta é de uma nova redação para a Súmula n.º 124 do TST assim: “Independente de qualquer ajuste coletivo acerca da definição do sábado como dia útil ou repouso semanal remunerado, o divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário é sempre de 150 para os empregados submetidos a carga semanal legal de trinta horas e de 200 para os submetidos a carga semanal legal de quarenta horas”. Aplicação do art. 64 combinado com o art. 224 da CLT. Termina a minha parte com uma frase de Javier Pérez Royo, que diz: “A interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, a interpretação tampouco pode livrar-se da norma”. Que essa interpretação de divisor de bancários não se afaste da concretude do corpo da CLT.

O Sr. Paulo Roberto Lemgruber Ebert (Associação Nacional dos Beneficiários REG e Replan) – Boa tarde a todos. Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Alexandre Belmonte, Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Cláudio Brandão, demais Ministros que aqui se fazem presentes, a minha participação cingese a complementar aquilo que o Professor Dallegre Neto já tão bem expôs. Eu gostaria de retomar a citação feita pelo Professor Dallegre para sintetizar justamente aquilo que ele preconizou em sua exposição. Interpretação é coerência. Para interpretarmos de maneira adequada uma norma, precisamos ser coerentes com aquilo que ela representa, com a construção histórica que se faz subjacente a essa norma. O Professor Dallegre expôs de forma cristalina o que subjaz ao art. 224 da CLT. E, paralelamente ao art. 224 da CLT, que, de maneira evidente e palmar, configura o sábado do bancário como repouso semanal remunerado, temos a própria Lei n.º 605/49. Muito me surpreende o fato de a Lei n.º 605/49 não ter sido mencionada aqui, justamente a lei que estabelece o conceito jurídico de repouso semanal remunerado. O conceito jurídico de repouso semanal, na legislação brasileira, é oriundo do art. 67 da CLT, que estabeleceu tão somente o repouso semanal, não mencionava remuneração. Esse art. 67 reproduziu aquilo que já constava da Convenção 14 da OIT de





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

5

1921, que estabelecia o repouso semanal no dia da semana correspondente equivalente à tradição do país. O art. 67 retomou esse conceito de repouso semanal, e a Lei n.º 605/49, no seu art. 7.º, complementou esse conceito para fazer aderir ao conceito de repouso semanal o adjetivo remunerado. Então, o conceito de repouso semanal remunerado consta da Lei n.º 605/49. E qual é o conceito legal de repouso semanal remunerado? É a remuneração desse repouso correspondente à jornada normal de trabalho que, no caso dos bancários, como já preconizou o Professor Dallegrave, é a jornada de seis horas, excluindo-se o sábado e o domingo que não integram, naturalmente, o cálculo dessa jornada. Isso vai, consequentemente, refletir nos divisores. Sendo o repouso semanal remunerado um conceito umbilicalmente ligado à remuneração e à jornada de trabalho, não é possível ao intérprete - quando falo intérprete estou-me referindo aos sindicatos e aos bancos ao exercerem o poder normativo autônomo e me refiro também aos bancos quando, com base no poder diretivo, elaboram suas normas internas - elaborar normas complementares de modo a ignorar esse conceito inerente ao repouso semanal remunerado. Não é possível que o repouso semanal remunerado seja válido apenas para o fim de cálculos das horas extras, mas não do divisor. Uma coisa está ligada à outra. Não há como afastar-se da questão do divisor. O divisor é um elemento inerente ao repouso semanal remunerado. De modo que, se na jornada normal dos bancários o sábado não entra no cálculo, ou seja, é dia de repouso semanal remunerado, é claro que isso vai se refletir também no cálculo do divisor. Não há como se pretender coerente uma interpretação com sentido limitado ao repouso semanal remunerado apenas para fins de cálculo de hora extra e não para fins de cálculo de divisor. No caso da Caixa Econômica Federal, que é o empregador justamente daqueles empregados representados pela Anberr, esse dever de coerência exsurge ainda com mais força na medida em que a Caixa Econômica Federal possuía, até o ano de 2013, uma normativa interna que é de clareza lapidar. Trata-se da norma interna CEF-REH n.º 035, cujo item 3.11.1 dispõe que o empregado faz jus ao repouso semanal remunerado aos sábados, domingos e feriados. A norma interna classifica o sábado como dia de repouso semanal remunerado e isso, aplicado à realidade específica da Caixa Econômica Federal, traz um porém com relação aos bancos privados. Se nos bancos privados a questão se cinge, em grande medida, à discussão dos acordos coletivos, da convenção coletiva, neste caso, além da discussão no plano da convenção coletiva e dos acordos coletivos, temos também essa discussão no plano dos contratos individuais de





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

6

trabalho, na medida em que essa normativa interna vem a integrar o contrato de trabalho dos bancários da Caixa como um dever anexo. Ela integra efetivamente os contratos individuais dos bancários. Isso faz com que se aplique à espécie o art. 468 da CLT, que veda a alteração unilateral de condições de trabalho por parte do empregador. Esse entendimento já foi referendado pela egrégia SDI-I quando do julgamento do ARR n.º 10704-41/2013, de Relatoria do eminente Ministro Mauricio Godinho Delgado. Com essas palavras, Ex.<sup>mos</sup> Srs. Ministros, Ex.<sup>mos</sup> Srs. Participantes, encerro a minha participação, pleiteando uma aplicação coerente com os antecedentes históricos que dão conteúdo ao repouso semanal remunerado e chamando a atenção para essa situação específica da Caixa Econômica Federal. Agradeço a atenção. Muito obrigado.

O Sr. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte (Presidente da Mesa) – Em prosseguimento, chamo o representante da Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro de Minas Gerais, Dr. Nilo Jamardo da Cunha Beiro. V. S.ª tem a palavra.

O Sr. Nilo Jamardo da Cunha Beiro (Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro de Minas Gerais) – Obrigado. Sr. Presidente, demais Ministros, Servidores, Dirigentes Sindicais, colegas Advogados e aqueles que assistem a nós dos escritórios, de certa forma é uma felicidade falar ao final porque grande parte dos temas já foram tratados, alguns com muita profundidade, com grande brilhantismo. Eu assinaria embaixo de tudo que foi dito pelo Dr. Ricardo Carneiro e de tudo que o Dr. Eduardo Henrique trouxe aqui. Então, não vou repetir o que já disseram e tentar falar de três ou quatro assuntos, tentando uma abordagem diferente. Logo de início, vou tentar me desincumbir da obrigação de não citar Saramago aqui da tribuna, já que virou uma obrigação. Vou citar Roberto Lyra Filho, que é um grande jurista que sempre foi um farol na minha vida profissional e de meus sócios. Ao tratar da investigação do que é Direito, Roberto Lyra Filho escreveu que “nada é num sentido perfeito e acabado, tudo é sendo”. Isso dá uma sensação de movimento e é através do movimento que se faz no Direito que cumprimento o Ministro Cláudio e este Tribunal pelo evento, pela possibilidade de discussão de teses contrárias, de temas distintos e de uma abordagem de certa forma multidisciplinar nesta Casa. Mas, ao mesmo tempo em que cumprimento, também manifesto certa perplexidade por este evento também, pelo tema do evento. Isso porque me parece que é uma questão sumulada pelo Tribunal, com uma redação de quatro anos atrás. Quatro anos não é o tempo de vida de um processo, quatro anos é menos, é uma geração



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

7

inferior a de um processo. Um processo dura mais do que quatro anos. Os processos que, em média, se iniciaram após a nova redação dessa súmula, não findaram, não acabaram. Não há novidade no mundo jurídico com relação à aplicação da redação da súmula. Por isso alio-me ao que o Dr. Ricardo disse lá no início dos trabalhos, que, de certa forma, o procedimento não se justifica porque a questão está sumulada, está consolidada. Dentro desse aspecto, acho que é importante, é salutar tratar da seguinte questão: uma alteração que há, algo que é diferente nestes quatro anos é a postura dos bancos. A postura dos bancos é uma postura absolutamente olímpica com relação à redação da súmula. Os bancos não respeitam, nunca respeitaram, jamais cumpriram e não têm a menor intenção de cumprir a súmula. Com relação aos bancos, nenhum dos Advogados de banco que falaram aqui nesta tribuna explicou porque não cumprem a súmula. Por que os bancos não aplicam o divisor 150, mesmo estando hoje absolutamente claro na súmula que ele deve ser aplicado? Isso não foi aplicado, isso não foi dito, isso foi absolutamente escamoteado e acho que essa questão é central. Não adianta vir à tribuna falar de boa-fé como vários falaram e, ao mesmo tempo, descumprir as decisões do Tribunal Superior do Trabalho. A legislação, as decisões do Judiciário devem ser cumpridas. É o que se espera no Estado Democrático de Direito. E até poucos dias atrás, vivíamos em um País em que havia Estado Democrático de Direito. Mas continuo. Outras questões. Primeiramente, acho que discutirmos, como os colegas que acabaram de me anteceder, se o sábado é descanso semanal remunerado ou é dia útil, isso é absolutamente uma cortina de fumaça. Essa questão não é, de maneira alguma, relevante, é uma filigrana jurídica, é uma sutileza, é uma elegância, porque os Advogados, os Juristas, adoram filigranas, adoram elegâncias, adoram teses sofisticadas, mas, como disse também o colega Advogado do Banco Santander, há de se utilizar critérios científicos também nas Ciências Sociais. A navalha de Occam se aplica neste caso, sim. Não como S. S.<sup>a</sup> pretende, mas simplificando muito mais, ou seja, ao ponto de esquecer se é dia útil ou se é ou não é descanso semanal remunerado. Essa questão não é relevante para que se discuta qual é o divisor adequado. Voltarei a esse tema daqui a pouco. A Constituição Federal de 1988 altera a jornada de trabalho dos trabalhadores em geral de quarenta e oito para quarenta e quatro horas semanais. Naquela época, houve discussão acerca de como se resolver o problema, como se diminuir a jornada de trabalho, como se calcular as horas extras, como se chegar a um divisor. A solução foi a utilização do módulo semanal. Dir-se-á: mas se pode dizer não, que se divide por trinta, faz-se uma... Essa



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

8

série de contas, de medidas aritméticas que são feitas, é exatamente o que põe um véu sobre a questão, é exatamente o que torna a questão mais confusa. Não é isso. O que se fez? Trabalhou-se com o módulo semanal. Os trabalhadores trabalhavam quarenta e oito horas semanais e o divisor era de duzentos e quarenta; quarenta e oito vezes cinco, duzentos e quarenta. Passaram a trabalhar quarenta e quatro horas, o divisor passa a ser de duzentos e vinte; quarenta e quatro vezes cinco é igual a duzentos e vinte. Simples, claro, regra de três, que o meu filho de doze anos faz perfeitamente. Não há dúvida. Vai-se acertar tranquilamente. Porém, chegamos à situação atual. O que acontece com os bancários? Por que não é exatamente a mesma situação? Bem, eu diria que o exemplo que a Dr.<sup>a</sup> Maria da Consolação Vegi deu no início da sua fala, no início da manhã, é absolutamente correto e ilumina muito bem essa situação. Vamos imaginar dois trabalhadores; um bancário e um não bancário. Eles têm a mesma remuneração mensal. O bancário trabalha seis horas diárias, de segunda a sexta-feira, o não bancário trabalha seis horas diárias, de segunda a sexta-feira. Se a remuneração mensal dos dois é a mesma, é evidente que o bancário que trabalhou menos para obter o mesmo valor, a mesma remuneração, tem um valor/hora mais alto. Divisor não é um conceito jurídico em si, mas, sim, uma ferramenta para descobrirmos o valor da hora extra. Trata-se de uma ferramenta para a descoberta de valor. O que é valor? No sistema capitalista em que vivemos, valor é dinheiro. Tudo se mede por dinheiro: esta mesa, este computador, este *mouse*, meu bloquinho, tudo tem um valor em dinheiro. Usamos o divisor para se chegar ao valor em dinheiro, mas existem outras medidas de valor. Dinheiro não é a única medida de valor; é possível se medir coisas de outra forma. É possível se medir, por exemplo, uma caixa de morangos que equivale ao valor de uma dúzia de laranjas. É perfeitamente razoável. Não sei se o exemplo é correto, mas é razoável, é possível uma abstração nesse sentido. Ora, se é possível comparar-se coisas sem ser por dinheiro, é possível comparar também o valor do trabalho de trabalhadores diferentes, de categorias diferentes. Acho que, nesse exemplo dos dois trabalhadores que têm jornada diária semelhante, porém jornada semanal diferente, não é possível dizer que o valor da hora do bancário, no meu exemplo, seja igual ao do não bancário. Não é. O bancário trabalhou trinta horas semanais para ganhar "x" e o outro trabalhou trinta e seis horas semanais para ganhar "x". Trinta horas corresponde a "x". Trinta e seis horas correspondem a "x". Isso não casa e não funciona. A matemática da divisão por trinta pode ser muito bonita, mas os números foram torturados, como falou o Sr. Eduardo



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

9

Araújo agora há pouco. Não podemos torturar os números. A questão toda com a matemática é fazer a pergunta correta para os números. Tem sido feita a pergunta errada. Não se trata de divisão por trinta. O módulo é semanal. Ainda que se diga que cinco semanas por mês é uma ficção, ela funciona na prática, e o que queremos é descobrir a realidade e fazer o acerto prático. Se antes de 1988 eram quarenta e oito horas semanais, e o divisor era duzentos e quarenta, passou-se a quarenta e quatro horas semanais, e o divisor passou a ser duzentos e vinte, quando se tem trinta e seis horas semanais, o divisor é cento e oitenta, e, quando se tem trinta, o divisor é cento e cinquenta. O acerto do divisor é o que faz a matemática corresponder. ficar correta e responder à indagação que fiz nesta sustentação, no sentido de que o valor da hora do bancário que tem o mesmo salário de um trabalhador de outra categoria que trabalha seis horas a mais por semana é diferente. Quem responde a essa questão é a alteração do divisor. Sendo assim, Excelência, com vários minutos de crédito, encerro, agradecendo a oportunidade, esperando que tudo continue normal no mundo jurídico com relação ao divisor e que nada se altere.

O Sr. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte (Presidente da Mesa) – Muito obrigado, Dr. Nilo, Passo a palavra à Fetec Centro Norte/Fetrafi. Dr. Paulo Roberto Alves da Silva, V. S.<sup>a</sup> tem a palavra

O Sr. Paulo Roberto Alves da Silva (Fetec, Centro Norte, Fetrafi/RS, Fetrafi/MG) – Ex.<sup>mo</sup> Sr. Presidente Ministro Alexandre Belmonte, Ex.<sup>mo</sup> Sr. Relator Ministro Cláudio Brandão, a quem ainda uma vez mais parabênizo pela iniciativa dessa audiência pública, Ex.<sup>mos</sup> Srs. Ministros presentes, nobres colegas Advogados, sindicalistas, servidores, falo pela Fetec Centro Norte, pela Fetrafi/RS e pela Fetrafi/MG. Coubé a mim ser o derradeiro. Os números já nos fatigaram um pouco – não há como negar –, porque estamos desde cedo discutindo algumas fórmulas. Parece-me que também podemos, a essa altura, ter algumas simplificações. Vou direto ao primeiro ponto. Calculistas disseram aqui desta tribuna que se multiplica a jornada diária por trinta, porque é assim que fala o art. 64 da CLT; que nada mudou; que não importa se falo de um sábado ou de uma segunda-feira, pois devo multiplicar a jornada diária por trinta para encontrar o divisor. Esse raciocínio nos levaria ao divisor 240. Então, ele está errado, porque desde 1988 o divisor correto é duzentos e vinte. Se eu multiplicar seis horas diárias por trinta dias, encontrarei o divisor 180 – estou a me repetir –, mas terei de fazer a mesma operação para quem trabalha oito horas e, nesse caso, encontrarei



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

10

o divisor 240. Portanto, fiz a conta errada. Não é assim que se faz, a menos que, num pesadelo, eu quisesse agora ignorar que em 1988 a Constituição Federal mudou a jornada para quarenta e quatro horas semanais. Se não é assim, como será? Várias pessoas explicaram aqui qual é a diferença. A diferença é o módulo semanal. Para não empregarmos o velho divisor 240, para não calcularmos de forma errada as horas dos outros por aí, porque é o trabalho dos outros e merece todo o respeito, toda consideração e todo valor, temos de multiplicar a jornada semanal por cinco, serena e tranquilamente, porque foi assim que conseguimos chegar ao divisor 220. Quando o constituinte, do alto da sua autoridade, disse-nos que a jornada semanal do conjunto da classe trabalhadora passaria a ser de quarenta e quatro horas, como o Dr. Nilo disse da tribuna, e outros também disseram, tivemos um momento de sentar para fazer contas, para ver como se faria a proporção. E isso já faz alguns anos, quase três décadas. Multiplicamos as quarenta e quatro semanais por cinco e chegamos a 220. Agora vamos, tranquilamente, multiplicar a jornada de trinta horas semanais do bancário por cinco, sem medo de errar, e encontrar o divisor 150. Para quem trabalha oito horas diárias, vamos dizer, numa simplificação, para os cargos gerenciais, a mesma conta levará ao mesmo resultado com tranquilidade, sem cortina de fumaça, sem chamar os mexicanos para jogar o campeonato gaúcho, vamos utilizar um parâmetro que já construímos, porque ele é seguro, não é de um momento e de uma oportunidade específica, mas já está conosco há quase três décadas. Essa conta pode ser confirmada, pode ser posta à prova. Por uma regra de três chegaremos também, tranquilamente, à solução do nosso enigma, porque 44 está para 220, assim como 30 está para 150. Essa regra de três simples, repito, quarenta e quatro horas semanais está para o conhecido divisor 220 assim como trinta horas semanais está para o divisor 150. É o resultado de uma simples regra de três. A mesma regra de três vamos usar para a jornada de quarenta horas semanais e chegaremos igualmente ao resultado. Como já foi demonstrado aqui, essa proporção pode vir desde oito horas diárias, quarenta e oito semanais e duzentos e quarenta mensais. Era assim. Podemos ver, descendo essa proporção, oito horas diárias, quarenta e quatro semanais, divisor 220; oito horas diárias, quarenta semanais, divisor 200; seis horas diárias, trinta e seis semanais, divisor 180; seis horas diárias, trinta semanais, divisor 150. Aqui podemos diferenciar – essa conta foi mostrada pela Dr.<sup>a</sup> Maria da Consolação – a diferença é de remuneração. Se tratarmos aquele trabalhador que trabalha seis horas, mas que também trabalha sábado, com o mesmo divisor do bancário que trabalha seis horas, mas não



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

11

trabalha sábado, vamos desequilibrar o valor-hora do salário. Dai teremos certeza de que estamos fazendo uma conta errada. A respeito das súmulas, da comparação com a cláusula, podemos dizer que nos precedentes da Súmula n.º 124 estão todos os bancos. Podemos conferir lá e encontraremos um precedente da Caixa Econômica Federal, um do Banco Santander, um do BRB, que é um banco local de Brasília, enfim, todos os bancos. Quem se der ao trabalho de conferir vai verificar que o Tribunal já fez isso. Então, as diferenças de redação – as cláusulas do Santander não são iguais às da Caixa Econômica Federal e nem iguais às do Banco do Brasil, não são iguais literalmente – já sabemos que levam à mesma conclusão. Por exemplo: no Banco do Brasil, a cláusula diz taxativamente que o sábado é dia de descanso semanal remunerado. Alguns colegas que me antecederam aqui, pelos empregadores, falaram daquela redação do “inclusive”. Não é a redação, “inclusive sábados e feriados” não é o caso, por exemplo, do Banco do Brasil, situação em que a cláusula diz: “As horas extras pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado (RSR)” – como se não soubéssemos o que a cláusula diz – “– sábados, domingos e feriados – independentemente do número de horas extras prestadas (...)”. Então, a cláusula está dizendo de uma forma literal. Lá não diz com essa redação, mas é o mesmo conteúdo que se extrai. Vamos comparar com a súmula? Súmula n.º 113: “O sábado do bancário é dia útil não trabalhado, não dia de repouso remunerado”. Como fica isso? Perante uma cláusula que está ali ao lado, dizendo: “As horas extras pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado (RSR) – sábados, domingos e feriados (...)”. A Súmula n.º 113 prossegue para dizer: “Não cabe a repercussão do pagamento de horas extras habituais em sua remuneração”. Remuneração do sábado. Mas a cláusula afirmou primeiro o que é repouso semanal e depois que é devido o pagamento do reflexo. A interpretação patronal da cláusula: “Os empregadores sustentam que a intenção das partes no acordo não foi de transmutar a natureza do sábado, mas, tão somente, disciplinar a repercussão das horas extras nesse dia.” Ora, a simetria da cláusula do acordo coletivo com a súmula é exata. Para se negar o reflexo das horas extras no sábado, a súmula precisou dizer que o sábado era dia útil, não dia de repouso. Na negociação, para conceder os reflexos nas horas extras do sábado, foi preciso dizer expressamente que o sábado era, sim, dia de descanso semanal remunerado. Procurar extrair da negociação todos os seus frutos não é faltar com a boa-fé. Não merecemos essa pecha. Concordo com o Dr. Dallegrave quando ele diz que não seria necessário, não seria de





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

12

se exigir que os negociadores fizessem cláusulas para dizer qual é o divisor ou qual é a natureza jurídica. Mas não resta dúvida de que uma vez construída essa regra, podemos extrair dela as consequências aritméticas que elas têm. Não podemos proibir uma multiplicação de ter o seu resultado. Não podemos proibir uma divisão de ela resultar, no caso, o divisor que procuramos. Algumas coisas que foram ditas aqui, como essa da boa-fé, como trazer um pedido errado de uma petição inicial – porque isso acontece, infelizmente, e isso não leva água para o moinho de ninguém –, dizer que o divisor mudaria conforme o trabalhador tivesse trabalhado toda a semana ou não é um argumento que... Não tem a ver pagar reflexos de horas extras no sábado com o divisor. O divisor seria esse, e o trabalhador que faltou um dia, por aquela cláusula que estava na tela, não receberia o repouso semanal naquela semana, porque faltou. Isso não muda o divisor. Não quero me alongar. Mais uma vez parabeno esta Corte e, em especial, o Ministro Relator. Muito grato pela oportunidade de apresentar a minha modesta contribuição.

O Sr. Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte (Presidente da Mesa) – Obrigado, Dr. Paulo. Os processos produzem julgados que propiciam a formação da jurisprudência e, quando há divergência, ela precisa para ser pacificada. O que justifica essa Audiência Pública, parece-me, é a afetação da questão, e não de um processo, à SDI, sob o rito dos processos repetitivos, para pacificar eventuais divergências existentes nesta Corte a respeito da questão e também nos Regionais e sinalizar e nortear as várias implicações relacionadas à remuneração do sábado do bancário, que presta horas extras de segunda a sexta-feira. Ouvir os vários setores afetados, direta ou indiretamente, pela decisão que será proferida por esta Corte a partir de processos selecionados, representativos da controvérsia, envolvendo todas as argumentações, fundamentos e variáveis que foram aqui ventiladas, é medida democrática de formação de um amplo contraditório que propicia a formação da convicção do Magistrado. Por isso, parabeno o Ministro Cláudio por esta iniciativa. Certamente, as palavras que foram aqui ditas, as argumentações que foram apresentadas vão municiá-lo, seguramente, decisivamente, nesta questão. Agradeço a oportunidade de ter participado deste procedimento democrático. Por fim, cumprimento - e não havia feito - os Ministros presentes, o Ministro Hugo e o Ministro Augusto César. Passo a Presidência ao Ministro Cláudio para o encerramento.

(Assume a Presidência da Mesa o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão.)



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

13

O Sr. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão (Presidente da Mesa) – Inicialmente, preciso fazer alguns registros até para destacar o agradecimento especial pela colaboração emprestada por essa experiência da Audiência Pública, que certamente muito contribuirá para o Colegiado melhor compreender e apreender, de todo debate que foi travado nesta manhã e nesta tarde de hoje, democrática e respeitosamente, maiores elementos e subsídios em torno da questão. Inicialmente, também, registro aos Srs. Advogados a participação que tiveram, bastante lhana no trato, com as divergências naturais da atuação de cada um, mas sempre respeitando o ponto de vista e as manifestações, o que mostra a grandeza da atividade desses profissionais. Portanto, meu agradecimento a S. Ex.<sup>as</sup> pela participação que tiveram neste dia de hoje. Também quero agradecer aos Ministros que presidiram os painéis: o Ministro João Qreste Dalazen, nosso decano da Corte e Revisor deste caso; o Ministro Augusto César Leite de Carvalho, que presidiu o segundo painel; o Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, que presidiu o terceiro painel; e, agora à tarde, os Ministros Hugo Carlos Scheuermann e Alexandre de Souza Agra Belmonte. Também faço questão de registrar os agradecimentos, vou mencionar para os senhores verificarem o quanto a Audiência Pública mobilizou deste Tribunal setores e pessoas que contribuíram para que o evento tivesse êxito. Inicialmente, a equipe do meu Gabinete, e o faço na pessoa da Dr.<sup>a</sup> Fernanda Paulino aqui presente, Chefe de Gabinete que liderou toda a equipe, coordenou os trabalhos junto aos setores diversos do Tribunal; à Dr.<sup>a</sup> Dejanira Greff, Secretária da Subseção, que também atuou de modo bastante direto neste evento, para que tudo ocorresse da melhor forma possível, pudéssemos dar aos nossos visitantes e também advogados não só o tratamento cordial e respeitoso, mas a melhor acolhida que esta Casa proporciona aos seus que nela também conosco trabalham; à Coordenadoria de Desenvolvimento de Pessoas, que trabalhou no credenciamento, também fornecendo sistemas para que saísse tudo de maneira adequada e oportuna; à Segurança e Transporte, também para viabilizar todo o apoio necessário; à Divisão de Apoio aos Ministros, a divisão de apoio interno com toda a estrutura e logística de água, café, a estrutura própria para apoio aos nossos colegas Ministros e quem necessitou; à Seção de Apoio à Sala de Sessões, trabalho que é realizado com som e imagem; enfim, aos setores todos, inclusive a Seção de Som. A audiência foi transmitida em tempo integral, em tempo real, na Internet, no nosso canal do TST no Youtube. Eu estava acompanhando aqui, agora à tarde, e tivemos uma média de cem pessoas simultaneamente assistindo, o que mostra o atendimento da expectativa





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

16.05.16

AA

14

com relação a esta transmissão ao vivo. Deve-se também ao apoio da Secretaria de Comunicação do Tribunal, não só com a arte-visual, crachá - enfim, tudo o que serviu, desde lá - *banner*. Internet e atividade criativa, para que tudo ocorresse da melhor forma possível. À Tecnologia de Informação também, com o sistema de informática, que apoiou desde o credenciamento para fornecer uma relação das pessoas que aqui estiveram: quem representou cada entidade, para que possamos depois juntar o processo da maneira mais rápida e mais oportuna. À Divisão de Apoio e Registros Taquigráficos, para que tenhamos todo o material que será juntado ao processo; das falas que foram aqui produzidas. Cada Ministro receberá um CD com a gravação integral das manifestações e também de todo o material que foi aqui distribuído de forma impressa. Por fim, ao Cerimonial da Presidência, que apoiou diretamente este evento - equipe que se encontra presente - e que, desde os trabalhos nos bastidores, também o fez. Quero registrar também um agradecimento especial a dois Ministros do STJ: o Ministro Sanseverino e a Ministra Isabel Gallotti, que me receberam no Tribunal gentilmente, a fim de que me transmitissem, como Relator, toda a experiência de Audiência Pública. S. Ex.<sup>as</sup> foram muito gentis ao compartilhar experiências, especialmente naqueles casos de problemas que surgem. Enfim, para transmitirem um pouco de experiência a nós, aqui do TST, que estamos começando esse procedimento. Faço-o também na pessoa da Dr.<sup>a</sup> Ana Elisa de Almeida Kirjner, que é Secretária da Segunda Subseção do STJ, que gentilmente recebeu a equipe aqui do Tribunal, compartilhou experiências e vivenciou problemas e soluções também, para que a nossa experiência aqui no Tribunal, nossa Audiência Pública fosse conduzida da maneira mais tranquila possível. Portanto, senhores, sem dúvida, essa será a primeira de tantas outras que o Tribunal realizará. Como disse o Ministro Presidente, foi uma oportunidade de ouvirmos os segmentos e de inauguramos, na etapa recursal, a dialética e a cognição de maneira a fortalecer ainda mais os precedentes judiciais. O resultado que certamente todos poderemos auferir será o melhor julgamento que esta Corte poderá produzir, inspirada, sem dúvida, na melhor interpretação, naquela que lhe parecer mais adequada para a questão controversa. Mais uma vez, agradeço a presença dos Ministros Augusto César e Hugo Scheuermann. Declaro encerrada esta Audiência Pública. Muito obrigado. Boa tarde a todos.