

THIAGO HENRIQUE AMENT

**RECURSO DE REVISTA REPETITIVO:
ENTRE OS PRECEDENTES DA *COMMON LAW*
E O JULGAMENTO POR CAUSA PILOTO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Professor Dr. Estêvão Mallet.

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito da USP
São Paulo-SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ament, Thiago Henrique

Recurso de revista repetitivo: entre os precedentes da common law e o julgamento por causa piloto / Thiago Henrique Ament; orientador Estêvão Mallet -- São Paulo, 2017.

192

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. I. Mallet, Estêvão, orient. II. Título.

Nome: AMENT, Thiago Henrique

Título: Recurso de revista repetitivo: entre os precedentes da *common law* e o julgamento por causa piloto

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Professor Dr. Estêvão Mallet.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

AMENT, T. H. Recurso de revista repetitivo: entre os precedentes da *common law* e o julgamento por causa piloto. 186 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, 2017.

A Lei n.º 13.015/14 confere grande importância às decisões judiciais do TST, principalmente quando proferidas em julgamentos por amostragem, de recursos de revista repetitivos, tendência que também é observada no novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/15). A técnica de formação de precedentes brasileiros vinculada ao julgamento de casos repetitivos coloca em questão a real finalidade do legislador com a reforma processual: garantir a unidade do direito, sua estabilidade e coerência ou possibilitar uma maior vazão processual, com julgamentos numericamente mais eficientes. Estamos falando de precedentes ou de uma técnica para julgamento de litígios de massa, por meio de causa piloto, como o procedimento modelo alemão e as ordens de litígio em grupo inglesas? A análise do regramento do novo instituto processual trabalhista é realizada a partir de considerações sobre a natureza jurídica, interpretação e aplicação dos precedentes judiciais na origem da *common law*, procurando-se demonstrar que a decisão com base em precedente não pode ser realizada de forma mecânica e automática. Examinam-se, também, os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dicta*, bem como a técnica do *distinguishing* que é essencial para que um sistema de precedentes seja capaz de realizar ao mesmo tempo o princípio da isonomia e o direito ao reconhecimento de diferenças.

Palavras Chaves: Recurso de revista repetitivo. Precedentes. Ações teste.

ABSTRACT

AMENT, T. H. Recurso de revista repetitivo: entre os precedentes da *common law* e o julgamento por causa piloto. 186 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, 2017.

Law No. 13.015/14 assigns great importance to the judicial decisions of TST, especially when judgments by sampling, of repetitive judicial appeal resources, a trend that is also observed in the new Code of Civil Procedure (Law no. 13.105/15). The technique of forming Brazilian precedents linked to the judgment of repetitive cases calls into question the real purpose of the legislator with the procedural reform: to guarantee the unity of the law, its stability and coherence or to allow a greater process flow, with numerically more efficient judgments. Are we talking about precedents or a technique for judgment of mass litigation, by means of test actions, such as the German model procedure and the English group litigation orders? The analysis of the new labor process institute is based on considerations of the legal nature, interpretation and application of the judicial precedents of common law, with the aim of demonstrating that the decision based on precedent can not be performed mechanically and automatic. It also examines the concepts of ratio decidendi and obiter dicta, as well as the technique of distinguishing which is essential for a system of precedent to be able to achieve at the same time the principle of isonomy and the right to recognize differences.

Key words: Repetitive judicial appeal resources. Precedent. Test actions.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPR's	Civil procedure rules
EC	Emenda Constitucional
GLO	Group Litigation Order
IRDR	Incidente de resolução de demandas repetitivas
KapMuG	Capital Markets Model Case Act
Min.	Ministro
RE	Recurso extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso especial
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula Vinculante
TST	Tribunal Superior do Trabalho
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. FAMÍLIAS JURÍDICAS. APROXIMAÇÃO CRÍTICA E OS NOVOS CONTORNOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. TENDÊNCIA MUNDIAL E NO DIREITO BRASILEIRO	15
1.1 As grandes famílias jurídicas: <i>civil law</i> e <i>common law</i>	15
1.2. O positivismo e a jurisdição no Estado Liberal	18
1.3 Iniciada a transição: o retorno do fato (dos costumes) e dos valores para o mundo do Direito	22
1.4 Tendência mundial de superação das distinções entre <i>civil law</i> e <i>common law</i> : transformação da função jurisdicional na passagem do Estado Liberal para o Estado Constitucional	25
1.5 Tendência no Brasil de valorização do direito jurisprudencial: antecedentes históricos.....	31
1.6 A reforma trabalhista da Lei n.º 13.467/17 e o retorno da figura do juiz boca da lei	34
2. PRECEDENTE JUDICIAL	39
2.1. Conceito e elementos do precedente judicial	40
2.1.1 Natureza jurídica do precedente judicial	43
2.1.2 <i>Obter dictum</i> (ou <i>dicta</i>)	44
2.1.3 A identificação da <i>ratio decidendi</i>	45
2.1.4 Classificação dos precedentes segundo o grau de vinculação	49
2.2 Técnicas de utilização dos precedentes: confronto e distinção	51
2.2.1 <i>Distinguishing</i>	51

2.2.2 <i>Distinguishing</i> no TST	59
2.3 Técnicas de superação do precedente: <i>overruling</i> (total) e <i>overriding</i> (parcial)	64
2.3.1 <i>Overruling</i> difuso e <i>overruling</i> concentrado	67
2.3.2 Fundamentação do <i>overruling</i>	68
2.3.3 <i>Signaling</i> e <i>anticipatory overruling</i>	69
2.3.4 A eficácia temporal da revogação do precedente	69
2.3.4.1 Modulação dos efeitos da decisão revisora e o julgamento alerta	70
2.3.5 O problema da aplicação retroativa das súmulas	75
2.3.6 Observações conclusivas do capítulo: precedente, jurisprudência e súmula	77
3. LITIGIOSIDADE DE MASSA E O JULGAMENTO POR CAUSA PILOTO	82
3.1 Contextualização: o problema das demandas repetitivas e o processo civil clássico ..	82
3.1.1 Insuficiência do regramento atual brasileiro das ações coletivas para a solução de litígios de massa	83
3.2. Novas técnicas de decisões padronizadas: julgamento por amostragem no direito brasileiro e estrangeiro	87
3.2.1 Recurso extraordinário, especial e de revista repetitivos	88
3.2.2 Procedimento-modelo alemão (<i>Musterverfahren</i>)	89
3.2.3 Ordens de litígio em grupo (GLO): o julgamento por causa piloto na Inglaterra	94
3.2.4 Incidente de resolução de demandas repetitivas no CPC de 2015 e sua aplicação no processo do trabalho	98
4. RECURSO DE REVISTA REPETITIVO: NATUREZA JURÍDICA E SISTEMATIZAÇÃO	104
4.1 Recurso de revista no processo do trabalho e a crise de identidade do TST	104

4.1.1 Evolução dos precedentes no processo do trabalho: prejudgado trabalhista, súmulas, orientação jurisprudencial, precedente normativo	107
4.2 Recurso de revista trabalhista	110
4.2.1 Recurso de revista repetitivo: aspectos históricos e objetivos	111
4.2.2 Natureza jurídica do recurso de revista repetitivo, cabimento e objeto: apenas “questão de direito”?	116
5. PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO	124
5.1. Fase inicial: legitimidade e análise do requerimento de afetação da questão jurídica	124
5.1.1 Formação do procedimento modelo: a importância da escolha	127
5.1.2 Os efeitos da admissibilidade: publicidade e divulgação da instauração do incidente	129
5.1.2.1 Sobrestamento dos recursos repetitivos	131
5.1.2.2 Distinção do caso e prosseguimento do processo	135
5.2 Fase de instrução: participação democrática na formação da decisão padrão	137
5.2.1 Escolha dos líderes	137
5.2.2 <i>Amicus curiae</i>	138
5.2.3 Audiências públicas	143
5.3 Fase de julgamento do incidente de recurso de revista repetitivo	144
5.3.1 Fundamentos da decisão padrão	148
5.4 Fase recursal: cabimento e legitimidade para interposição de recurso contra a decisão do incidente	149
6. EFEITOS DA DECISÃO E SUA REVISÃO	154
6.1 Processos sobrestados e futuros	154

	10
6.2 Efeito regressivo	156
6.3 Aplicação de ofício da tese?	157
6.4 Aplicação da tese jurídica e distinção: um grande desafio	159
6.5 Superação do entendimento: procedimento e ônus argumentativo	164
7. TESTE FINAL: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS É COMPATÍVEL COM O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO?	167
7.1 Princípio da separação dos poderes	167
7.2 Princípio da legalidade	169
7.3 Princípio da isonomia	170
7.4 Princípio da segurança jurídica	171
7.5 Princípio da motivação das decisões judiciais	171
7.6 Princípio do contraditório	172
CONSIDERAÇÕES FINAIS	174
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	181

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.015/14 confere grande importância às decisões judiciais do TST, principalmente quando proferidas em julgamentos por amostragem, de recursos de revista repetitivos, tendência que também é observada no novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/15).

Trata-se de uma das maiores reformas processuais na sistemática recursal da CLT¹ e que importará uma nova realidade, na medida em que altera paradigmas no direito brasileiro tradicionalmente desenvolvido sobre base muito distinta, a partir de inspiração no sistema da *civil law*.

De fato, a rígida distinção histórica entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, por meio da afirmação de que os primeiros seriam fundamentados nos precedentes e o segundo sobre a lei escrita, perdeu muito de seu significado nos dias atuais.² Em todo o mundo, cada vez mais os sistemas da *common law* fazem uso da lei escrita e os sistemas da *civil law* conferem mais importância à jurisprudência, verificando-se uma aproximação entre as duas principais famílias do direito. No ordenamento jurídico brasileiro, não é diferente.

O problema é que os juristas nacionais, juízes, promotores, defensores e advogados, não estão acostumados a decidir e argumentar diante de normas abertas e

¹ Conforme MALLETT, “Embora a Lei n. 13.015 tenha alterado apenas quatro artigos da CLT (894, 896, 897-A e 899), e introduzindo dois novos (896-B e 896-C), nela provavelmente se contém a mais ampla modificação do sistema recursal trabalhista já realizada...” (MALLETT, Estêvão. *Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, p. 74-111, 2014)

² A título de exemplo, confirmam-se diversos estudos sobre essa aproximação de sistemas jurídicos: TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Revista de Processo: RePro, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003, p. 141-158; MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Capítulo XXVI. DIDIER JR. Fredie (coord.). Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial Vol. 2. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 533-588; BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/imprimir/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 23/09/2015; BARROSO, Luiz Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 03/11/16.

incompletas, tendo em vista a tradição da lei escrita, possuindo pouca familiaridade com o sistema de precedentes judiciais.³ A partir de agora, conceitos típicos dos sistemas judiciais de precedentes e pouco conhecidos do processo do trabalho brasileiro, tais como: *ratio decidendi* e *obiter dictum*, bem como sobre as técnicas de aplicação e superação dos precedentes, tais como *distinguishing*, *overruling*, *express e implied overruling*, *overruling prospectivo*, *retrospective e anticipatory*, *overriding*, definitivamente, passarão a integrar o corpo da argumentação decisória e postulatória trabalhista.

O desafio do momento é grande porque o que se pretende construir é um sistema que seja capaz de absorver as tendências de universalização do direito e concretização do princípio da isonomia sem, contudo, descurar-se das particularidades do caso concreto, por meio da fixação de uma justa norma jurídica individual.

Releve-se que os precedentes nos países da tradição da *common law* são entendidos como um instituto altamente complexo e jamais possuíram a pretensão de trazer uma solução pronta e acabada, de antemão, para todos os casos futuros. Ao contrário, os precedentes funcionam como um ponto de partida, devem ser sempre interpretados e terem justificada de forma adequada a sua aplicação ou não diante do caso concreto em julgamento.⁴

Diante do não estabelecimento de plano do que é o precedente pelo órgão julgador na matriz da *common law*, diversas técnicas foram desenvolvidas para sua interpretação e principalmente a definição do seu aspecto vinculante, destacando-se o teste de Wambaugh e o método desenvolvido por Arthur Goodhart.

³ Neste sentido, destacam NUNES, Dierle; Rafaela Lacerda; Newton Rodrigues Miranda: “Tanto na doutrina, quanto na prática jurídica, percebe-se uma enorme confusão conceitual no processo argumentativo ao se defender a aplicação de “súmulas”, “súmulas vinculantes”, “jurisprudência”, “julgados” e “precedentes”. Nesse processo não é raro que os operadores jurídicos defendam como “vinculante” jurisprudência preventiva, de modo que o precedente é criado e aplicado ao mesmo tempo. E não apenas as partes sofrem dessa confusão, mas os próprios juízes que aplicam precedentes em suas decisões: falta a habilidade de manejo do *distinguishing* e do *overruling* e no respeito e continuidade às decisões proferidas pelas Cortes.” (*O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, jan./jun. 2013, p. 179).

⁴ Com efeito, estabelece o art. 489, §1º do CPC, inciso V, que não se considera fundamentada qualquer decisão que: “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Com efeito, um apego desmedido a decisões anteriores, aplicadas de forma mecânica e sem um indispensável juízo de ponderação, poderia levar a um engessamento do direito ou mesmo a uma negação de acesso à justiça, frustrando o direito constitucional das partes quanto à apreciação de particularidades relevantes dos novos casos. De alguma forma, pode-se dizer que até hoje sobrevivemos sem uma adequada teoria de precedentes pois as decisões de nossos Tribunais sempre foram consideradas meramente persuasivas, tendo em vista nossa tradição do *civil law*. Todavia, quanto maior a atribuição de poder vinculante à razão de decidir do julgamento pretérito, maior será a necessidade de desenvolvimento de técnicas de confronto que permitam o exame de adequação ou a não utilização da mesma razão de decidir para o novo caso. Trata-se da técnica da distinção que é indispensável num sistema de precedentes e conhecida nos países da *common law* como *distiguishing*.

Assim, revela-se imperioso o estudo sobre a teoria dos precedentes e seus institutos para sua correta adaptação ao processo do trabalho brasileiro, inclusive como forma de se evitar o engessamento da jurisprudência, considerada a missão do Direito do Trabalho de promover a justiça, orientar condutas e promover a igualdade, garantindo a segurança jurídica e a coerência do sistema.

O presente trabalho será dividido em seis partes. No primeiro capítulo, serão analisados os fundamentos que determinam o movimento mundial de aproximação entre as famílias jurídicas do *civil law* e da *common law*, com suas repercussões no ordenamento jurídico brasileiro. No segundo capítulo, serão revisitados os principais conceitos da teoria dos precedentes e que orientam o seu funcionamento nos países da *common law*, fazendo-se uma crítica sobre como os tribunais trabalhistas têm ou não levado em consideração a sua própria jurisprudência. No terceiro capítulo, o estudo voltará atenção para o problema dos litígios de massa e sobre como a técnica do julgamento por amostragem⁵ tem sido utilizada para seu enfrentamento no direito comparado e brasileiro, com destaque para o

⁵ O julgamento por amostragem de casos repetitivos é uma técnica processual adotada em diversos países e que permite a seleção de um ou mais casos para a resolução da questão comum. Posteriormente, esta decisão é aplicada aos demais processos que ficaram sobrestados aguardando a decisão da questão comum. Trata-se de técnica que possui muito mais afinidade com o procedimento modelo alemão (Musterverfahren) e as ordens de litígio em grupo inglesas (GLO), do que em relação ao sistema de precedentes anglo-saxão.

procedimento-modelo alemão e as ordens de litígio em grupo inglesas. No capítulo quarto, serão analisadas as origens históricas e a natureza jurídica do recurso de revista repetitivo a partir da análise sobre o papel a ser realizado pelo TST na posição de Corte de vértice da Justiça do Trabalho. O capítulo quinto empreenderá uma análise crítica sobre o procedimento do recurso de revista repetitivo tendo em vista outros regramentos de ações teste já existentes como o *musterverfahren* alemão e o julgamento por causa piloto da Inglaterra. O sexto capítulo cuidará do exame dos efeitos da decisão sobre os processos não afetados e dos mecanismos para a revisão da tese jurídica firmada no julgamento por causa piloto. Finalmente, o regramento do novo instituto será testado à luz de diversos princípios constitucionais, com abordagem das vantagens e desvantagens que o novo incidente poderá ou não trazer à efetividade das normas trabalhistas.

1. FAMÍLIAS JURÍDICAS. APROXIMAÇÃO CRÍTICA E OS NOVOS CONTORNOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. TENDÊNCIA MUNDIAL E NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 AS GRANDES FAMÍLIAS JURÍDICAS: *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Todo Estado possui um direito representado por um conjunto de regras jurídicas fixadas conforme a necessidade e objetivos das sociedades. A diversidade das regras jurídicas dos diversos países é praticamente inesgotável.

Todavia, o conhecimento do direito não se resume a um conjunto de regras mutáveis, como se a partir de uma alteração legislativa implicasse a perda de todo o conhecimento até então adquirido ou mesmo o desaparecimento de bibliotecas inteiras. O estudo do direito preocupa-se com a sistematização dos métodos utilizados para definição do sentido da regra jurídica e sua harmonização com outras normas do sistema. Visto sob esse prisma, os modos de raciocínio utilizados na hermenêutica jurídica apresentam-se bem mais restritos quando colocadas em comparação as diferentes famílias jurídicas.⁶

Ao contrário das regras jurídicas que apresentam uma infinita diversidade, os sistemas de enunciação e técnicas de interpretação resumem-se a um número bem mais limitado. A partir desses elementos fundamentais e mais estáveis que acabam por conferir coerência e integridade aos diversos ordenamentos jurídicos é possível fazer um agrupamento dos diferentes direitos em “famílias” ou “tradições jurídicas”, como forma de compreensão dos diversos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.⁷

Não existe unanimidade quanto aos critérios que devam orientar essa classificação, destacando-se os agrupamentos conforme a importância reconhecida às diversas fontes do direito ou de acordo com o tipo de sociedade que se pretende construir

⁶ RENÉ, David. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio Carvalho. 5ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 21.

⁷ *Ibidem*, p. 22.

com o auxílio do direito. Considerados estes critérios fundamentais, de uma forma geral, destacam-se a família romano-germânica, a família da *common law* e a família dos direitos socialistas,⁸ esta última fortemente orientada para a fundação de um novo tipo de sociedade, na qual não mais existiria Estado, nem direito.

A família romano-germânica compreende os países cujo sistema jurídico foi desenvolvido sobre as bases do direito romano, a partir dos estudos das universidades da Europa continental que, no século XII, fundamentadas nas compilações de Justiniano, buscaram o desenvolvimento de uma ciência comum a todos.⁹

Neste sistema, as regras escritas e legisladas constituem a principal fonte do direito. Diante da pretensão de completude do sistema legal, restaria pouco espaço para as demais fontes do direito como os costumes e a jurisprudência. A previsibilidade e segurança do ordenamento seria garantida pela aplicação estrita da lei, considerada como suficiente para regulação de todos os fatos sociais.

No ordenamento jurídico formado basicamente por regras de conduta, as normas do tipo dever ser possuem a pretensão de completude. A organização das regras em códigos ganha força a partir do século XIX. Nascido a partir de razões históricas que determinaram a regulação das relações entre cidadãos, o direito civil possui posição central na ciência do direito, inclusive precedendo o desenvolvimento de outros ramos jurídicos.

Os princípios da *civil law* exerceram grande influência no desenvolvimento do direito no Brasil e demais países da América Latina, principalmente devido à colonização portuguesa e espanhola, muito embora seja cada vez maior a penetração no continente de institutos típicos da família da *common law*, como será analisado a seguir.

Por outro lado, a família de direito da *common law* abrange a Inglaterra e países cujo desenvolvimento foi realizado a partir do direito inglês, possuindo

⁸ Releve-se que antes do término da Guerra Fria o direito socialista figurava entre as principais famílias jurídicas do mundo. Ao contrário do sistema do direito romano-germânico, que disciplina as formas de aquisição e transferência da propriedade privada; no sistema socialista, os bens são em sua grande maioria de propriedade do Estado. A partir da queda do Muro de Berlim e o fim da Cortina de Ferro, no final do século XX, a importância do direito socialista e seu âmbito territorial foi reduzido drasticamente, não possuindo mais a relevância do tempo em que RENÉ DAVID escreveu seu livro.

⁹ RENÉ, David. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio Carvalho. 5ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 23.

características muito diferentes da família romano-germânica. Na *common law* o direito é formado a partir da resolução de litígios particulares pelos juízes, como destaca DAVID RENÉ:¹⁰ “A regra de direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formula uma regra geral de conduta para o futuro.”

Assim, enquanto o direito na *civil law* foi desenvolvido a partir dos esforços das universidades dos países do continente europeu, a *common law* possui formação com atividade prática dos juízes, na resolução de casos concretos.

A origem da *common law* está ligada ao poder real, desenvolvendo-se a partir de situações em que a paz do reino estaria ameaçada, surgindo como direito público e cuja atuação em questões particulares somente seria justificada na hipótese de colocar em jogo os interesses da coroa, destacando-se outra importante diferença em relação à origem da *civil law* fortemente ligada à resolução de litígios entre particulares por meio do direito civil.¹¹

A Lei n.º 13.015/14 e o CPC de 2015, por sua vez, conferem grande destaque ao direito jurisprudencial, bastante valorizado no sistema de precedentes da *common law*, tornando imperiosa a análise das principais características dessas duas grandes famílias jurídicas de modo a possibilitar a construção de uma integração sem a perda de coerência do sistema jurídico.

De uma forma geral, por meio de diferentes técnicas, os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental buscam a realização de um difícil equilíbrio entre dois valores fundamentais: justiça e segurança jurídica. Argumenta-se que, nos ordenamentos romano-germânicos, a prevalência do direito legislado representaria uma maior segurança jurídica, enquanto a não vinculação dos juízes a decisões anteriores permitiria uma maior realização de justiça mediante uma maior liberdade de interpretação da norma diante do caso concreto.

¹⁰ RENÉ, David. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio Carvalho. 5ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 25.

¹¹ *Ibidem*, p. 25.

Ao contrário, nos sistemas da *common law*, a insegurança jurídica que poderia advir de uma menor atividade legislativa é suplantada pela regra do precedente obrigatório. Fundamenta-se, de outra parte, que a adoção da regra do precedente obrigatório nos países da *civil law* poderia impedir a evolução do direito e sua adaptação aos novos valores e fatos sociais, com uma super prevalência do valor segurança em detrimento da justiça.

Em resumo, possui especial relevo o estudo sobre os fatores que acabaram por determinar uma maior aproximação destas duas grandes famílias jurídicas, inclusive para que sejam promovidas as necessárias adaptações que possibilitem a importação de conceitos do sistema de precedentes pelo direito brasileiro, principalmente considerando a diferente função que pode ser atribuída à lei e à jurisprudência como fonte de direito nestes diferentes sistemas jurídicos.

1.2. O POSITIVISMO E A JURISDIÇÃO NO ESTADO LIBERAL

O Estado liberal surgiu no século XVIII, com a Revolução Francesa, e definia a jurisdição a partir da premissa de que a lei -como norma abstrata e genérica- regularia todas as situações que pudessem ocorrer vida real, firmando-se no dogma da onipotência do legislador.

Para o positivismo jurídico,¹² o Estado é a única fonte do direito. O direito deixa de ser sustentado na fé, dogmas, crenças e misticismos da Idade Média, na qual

¹² Conforme SAMPAIO FERRAZ, “há um sentido filosófico e um sentido sociológico de positividade. No primeiro, positividade designa o ato de positivar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade. Segue daí a tese segundo a qual todo e qualquer direito é fruto de atos dessa natureza, ou seja, o direito é um conjunto de normas que valem por força de serem postas pela autoridade constituída e só por força de outra posição podem ser revogadas. Ora, à medida que tais atos de vontade são atos decisórios, positividade passa a ser termo correlato de decisão. Em consequência, implicando toda decisão a existência de motivos decisórios, positividade passa a ser um fenômeno em que todas as valorações, regras e expectativas de comportamento na sociedade tem de ser filtrados através de processos decisórios antes de adquirir validade jurídica (cf. Luhman, 1972:141). Em outras palavras, direito positivo é não só aquele que é posto por decisão, mas, além disso, aquele cujas premissas da decisão que o põem também são postas por decisão. A tese de que só existe um direito, o positivo nos termos expostos, é fundamento do chamado positivismo jurídico, corrente dominante, em vários matizes, no século XIX.” (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49)

vigorava a doutrina dualista do jusnaturalismo.¹³ Para o monismo jurídico, a validade da lei editada pelo Estado independe de qualquer valor ético ou moral. A norma é posta e não pressuposta.

Na modernidade, a fé é substituída pela razão humana, possuindo na lei a sua expressão normativa, com a concentração do poder de legislar no Estado absolutista. O direito perde o seu caráter sagrado, deixa de ser transcendental e fundamentado em Deus, surgindo a possibilidade do próprio homem decidir o que deve ou não ser considerado correto. A dessacralização do direito corresponderá à sua tecnicização e perda de seu caráter ético.¹⁴ Conforme FERRAZ Jr.,¹⁵

Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento dessa estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser usual: a ideia de que, em princípio, todo direito muda torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do direito.

Nesta concepção clássica de rígida separação de poderes, a atividade jurisdicional é entendida como um mero raciocínio silogístico e automático, por meio da submissão dos fatos à hipótese normativa, sem qualquer atribuição valorativa. O positivismo jurídico pretende que o direito seja considerado uma ciência, tal como as ciências físicas e naturais. Por sua vez, o observador realizaria apenas juízos de fato, não exercendo qualquer influência sobre o objeto estudado.

¹³ A concepção jusnaturalista foi dominante no direito grego, romano e durante a Idade Média, defendendo a existência de um direito natural distinto das normas editadas pelo Estado. Este direito natural é anterior e superior ao direito criado pelos homens. Além disso, possuindo origem na natureza, é atemporal e válido em qualquer local, pois fundado em valores universais e imutáveis; ao contrário do direito positivo que é criado artificialmente, em determinado espaço de tempo e lugar.

¹⁴ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 41.

¹⁵ *Ibidem*, p. 49.

Na visão tradicional, legalista e formal do direito, não haveria espaço para a atividade criativa do julgador que, conforme expressão consagrada por Montesquieu, seria um ser inanimado e representaria apenas a “*boca da lei*”. As respostas de todos os problemas seriam encontradas na legislação, cumprindo ao juiz apenas declará-la.

O princípio da legalidade surgiu no contexto da Revolução Francesa do final do século XVIII, com as bandeiras principais de garantia das liberdades individuais e limitação do poder dos governantes. A partir da implantação de uma monarquia constitucional, o rei perde seus poderes absolutos e passa a ser adotada uma rígida separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A legalidade é um dos fundamentos do Estado de Direito e nesta época encontrava razão de existir na desconfiança com o exercício do Poder Judiciário,¹⁶ tendo em vista sua integração por representantes do *ancien régime*.¹⁷ Diante da proximidade entre os juízes e o monarca, o princípio da legalidade é a forma encontrada para controlar a atuação do magistrado, que não tinha poder para interpretar a lei. Aliás, a respeito da neutralização política do Judiciário observa Paulo Rangel¹⁸

(...) que a neutralidade foi um mito concebido pelo Direito Romano e fortalecido pela Escola Exegética Francesa por questões históricas bem conhecidas, pois com o advento da Revolução Francesa o Rei foi afastado do poder, junto com seus ministros e toda sua máquina administrativa, permanecendo, contudo, juízes aristocratas. Os juristas revolucionários sabiam que de nada adiantaria fazer novas leis se quem as interpretariam

¹⁶ Segundo MARINONI, “Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do *legislador e do juiz*, ou melhor, atribuía ao *legislador* a criação do direito e ao *juiz* a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o legislativo criava as normas gerais e o judiciário as aplicava. Enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar.” (in MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, V. 1. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 36)

¹⁷ Ao contrário, nos Estados Unidos, a desconfiança era em relação ao Legislativo fundamentado nas normas do parlamento britânico em relação às 13 colônias, tendo sido atribuída competência a todo judiciário para através do controle difuso garantir o respeito aos valores mais importantes do povo insculpidos na Constituição americana.

¹⁸ MARTINS, José Renato Silva. *Dogma da neutralidade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, prefácio, XII e XIII.

seria eles, os juízes aristocratas. Foi aí que a Escola Francesa *reafirmou o antigo mito*, do Direito Romano, de que o juiz é neutro, dobrando os magistrados à vontade do legislador, anulando, assim, sua liberdade de interpretação.

A teoria do ordenamento jurídico é desenvolvida nesta época, com o objetivo de assegurar unidade ao conjunto de normas jurídicas fragmentárias, garantindo a unidade, coerência e completude do sistema. São estabelecidos importantes critérios para solução de conflitos aparentes de normas: cronológico, hierárquico e da especialidade, utilizados até os dias de hoje.

Releve-se que a constituição francesa de 1791 também aboliu o feudalismo e reconheceu os direitos civis ao cidadão. Em atendimento aos interesses da classe burguesa dominante que ascende ao poder, é atribuída grande importância à defesa da propriedade privada e do contratualismo individualista, com centralidade no sujeito de direito e na autonomia da vontade. Verificam-se as condições necessárias para o surgimento de uma sociedade burguesa e capitalista, em substituição ao regime anterior feudal e aristocrático.¹⁹

Sem dúvida, a legalidade foi uma das maiores conquistas da humanidade, representando grande avanço em face do desorganizado e arbitrário período medieval. Todavia, a necessidade de justiça inerente ao sentimento humano e o aumento da complexidade das relações sociais, levaram ao desenvolvimento de questionamentos ao conceito clássico de jurisdição entendida como substituição pelo Estado da vontade dos interessados para a resolução dos conflitos intersubjetivos de forma imparcial e definitiva por meio da simples aplicação da lei.²⁰

¹⁹ “Max Weber identifica o aparecimento do Estado com o desenvolvimento da burocracia ocidental, enquanto forma de dominação baseada na crença da legalidade, isto é, na organização racional de competências com base na Lei, tendo em vista o princípio da eficiência.” (FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 148)

²⁰ Chiovenda define jurisdição como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 8.)

Ainda no século XIX, inúmeras críticas seriam iniciadas questionando os principais pilares do Positivismo, dentre eles: a) a completude do ordenamento jurídico; b) a lei é sempre justa; c) a lei é clara e não deve ser interpretada; d) neutralidade do intérprete; e) negação de princípios como normas, porquanto o direito não poderia ser reduzido à lei.

1.3 INICIADA A TRANSIÇÃO: O RETORNO DO FATO (DOS COSTUMES) E DOS VALORES PARA O MUNDO DO DIREITO

De acordo com a Escola da Exegese,²¹ a interpretação seria uma atividade meramente declaratória, não possuindo qualquer contribuição integradora ou supletiva do aplicador. Na hipótese do texto não ser suficientemente claro, o intérprete deveria buscar descobrir a “intenção do legislador”. Conforme REALE,²² essa concepção prevaleceu enquanto perdurou um certo equilíbrio entre os Códigos e a vida social. Porém, quanto mais complexos tornavam-se os interesses econômicos, maior era a necessidade de se recorrer à intenção presumida do legislador de modo a dar conteúdo à regra, recorrendo-se a um fato extralegal diante da insuficiência de seu texto.

Assim, a primeira brecha produzida na Escola da Exegese “foi a ficção de procurar-se a intenção presumida do legislador toda vez que se verificasse um conflito entre a lei, em sua expressão formal, e um imprevisto acontecimento histórico.”²³ Isto porque, não tinha muito sentido procurar saber a intenção do legislador do passado distante sobre fatos por ele não previstos. A técnica da interpretação evoluiu para a lei ser

²¹ A Escola da Exegese também é chamada de Escola Dogmática por se firmar no dogma da lei, a qual valeria por ser o resultado da vontade geral, firmada no contrato social. Todavia, essa origem quase mitológica da lei não corresponde à vontade geral em muitos casos, verificando-se que o positivismo na realidade acaba por substituir um dogma por outro, da formalidade da lei. Daí porque Karl Max vai sustentar que a lei é resultado do poder e não de uma vontade geral, cujo objetivo é na maioria das vezes manter o estado atual, atuando como instrumento de favorecimento das classes dominantes sobre as classes mais humildes.

²² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª Ed., 11ª tiragem, 2013, Saraiva São Paulo, p. 405.

²³ *Ibidem*, p. 414.

interpretada não de acordo com a intenção inicial presumida do legislador, mas em conformidade com a intenção que o legislador teria se vivesse à época dos fatos. O intérprete passa a completar o conteúdo da regra na chamada interpretação histórico-evolutiva, a qual permite atualizar a norma a partir do mesmo texto legal.²⁴

Nesta fase de transição, diante da impossibilidade das leis acompanharem com a mesma velocidade as mudanças sociais e novas exigências econômicas, ganha força na teoria jurídica o movimento conhecido como Livre Pesquisa do Direito. Ainda bastante fiel à Escola da Exegese, François Gény, por exemplo, defende que a lei deve ser interpretada rigorosamente tal como elaborada pelo legislador. Todavia, admitindo que existem lacunas no direito, Gény defende o papel do julgador em determinar a norma a ser utilizada na resolução do caso concreto mediante recurso ao costume, antes excluído do conceito de fonte formal do direito pelo movimento de codificação.²⁵

A percepção da mutabilidade decorrente da positivação colocou em xeque a cientificidade do direito, pois que ciência seria esta que diante de uma alteração legislativa poderia levar a baixo bibliotecas inteiras? Na Alemanha, a chamada Escola Histórica procura responder esta indagação a partir da afirmação da historicidade do direito. Para Savigny, “não será a lei, norma racionalmente formulada e positivada pelo legislador, que será primariamente objeto de ocupação do jurista, mas a convicção comum do povo (‘o espírito do povo’), este sim fonte originária do direito, que dá o sentido (histórico) ao direito em constante transformação”.²⁶ O historicismo nega a existência de um direito imutável e universal, sustentando a necessidade do direito ajustar-se aos fatos da época e lugar de sua aplicação. Verifica-se uma supervalorização dos usos e costumes, cuja cristalização pode demorar muito tempo, sendo esta a principal crítica desta corrente de pensamento.

²⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª Ed., 11ª tiragem, 2013, Saraiva São Paulo, p. 415.

²⁵ *Ibidem*, p. 417.

²⁶ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 50.

Assim, somente na hipótese da insuficiência do costume, Gény defende a Livre Pesquisa Científica,²⁷ por meio da busca da “natureza das coisas”, de acordo com os ditames do Direito Natural.²⁸ Gény ressalta que esta investigação deve ser científica e não se confunde com uma manifestação subjetiva de valores pessoais do juiz, devendo procurar ideais de razão e justiça presentes na natureza humana.

A partir da ruptura entre a lei e o fato social, o jurista não mais se satisfaz com o estudo da vigência do direito. São exigidas novas soluções interpretativas, “já anunciadas pelo gênio Rudolf von Jhering, reclamando a atenção para o problema do fim, como criador de todo o Direito, e o valor da luta, das energias vitais no desenrolar da experiência jurídica.”²⁹

O dogma da justiça da lei passa a ser questionado de forma reflexiva pela Teoria Crítica do Direito, desenvolvida pela Escola de Frankfurt,³⁰ a partir da aceitação de que a contradição está presente em todo o processo de conhecimento. De acordo com WOLKMER³¹

Os primórdios do movimento de crítica no Direito foram gestados no final dos anos 60 (século XX), através da influência sobre juristas europeus de ideias provindas do economismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis) da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault (inspiradas em Nietzsche) sobre o poder. O movimento afetado por teses de inspiração neomarxista e de contra-cultura começava a questionar no meio acadêmico e nas instâncias institucionais. Projetavam-se, assim, para o campo do Direito investigações que desmistificavam a legalidade dogmática tradicional e introduziam

²⁷ A Escola da Livre Pesquisa Científica ou Escola Científica Francesa foi criada na França, em 1899, com a publicação da obra de François Gény, *Méthode d'Interprétation et Sources em Droit Prive Positif*.

²⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª Ed., 11ª tiragem, 2013, Saraiva São Paulo, p. 417.

²⁹ Ibidem, p. 413.

³⁰ Principalmente com a criação do Instituto de Pesquisa Social, em 1923, vinculado à Universidade de Frankfurt. Conforme CATANA e SOUZA e expressão foi desenvolvida pela Esc: “A Escola de Frankfurt rompe com as formas de racionalidade que uniam a ciência e a tecnologia em novas formas de dominação, rejeita todas as formas de racionalidade que subordinavam a consciência e as ações humanas ao imperativo de leis universais...” (CATANA, Laura Tereza Oliveira; SOUZA, Vinícius Roberto Prioli de. *Ensaio sobre a teoria crítica no Brasil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-03/ensaios-teoria-critica-direito-brasil>. Acesso em: 26/06/17)

³¹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

análises sociopolíticas do fenômeno jurídico, aproximando mais diretamente o Direito do Estado, do poder, das ideologias, das práticas sociais e da crítica interdisciplinar.

Para esta Teoria Crítica, o direito não pode ser enxergado apenas como um mecanismo racional de dominação,³² voltado apenas à manutenção do *status quo*. Ao contrário, o Direito deve servir como instrumento para a libertação do homem e a transformação rumo à construção de uma sociedade mais justa e democrática, com respeito à dignidade da pessoa humana.

1.4 TENDÊNCIA MUNDIAL DE SUPERAÇÃO DAS DISTINÇÕES ENTRE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*: TRANSFORMAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NA PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL

A história cuidou de revelar que a rígida separação entre direito e moral defendida pelo positivismo jurídico não poderia prevalecer diante de diversas situações nas quais a Lei poderia ser utilizada para finalidades iníquas e totalmente contrárias à ideia de Justiça, função primordial do Direito. O terror do holocausto e a tragédia humanitária provocaram profundas alterações no pensamento jurídico da época, trazendo para debate a questão ética do direito e sua verdadeira finalidade como mecanismo de organização da vida social.³³

Diante do fracasso do positivismo para construção de uma ordem jurídica justa, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, a ética e os valores começam a retornar para

³² Segundo MARX, a crítica é um discurso revelador de ideologias ocultadas que projetam os fenômenos de forma distorcida. (CATANA, Laura Tereza Oliveira; SOUZA, Vinícius Roberto Prioli de. *Ensaios sobre a teoria crítica no Brasil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-03/ensaios-teoria-critica-direito-brasil>. Acesso em: 26/06/17)

³³ REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. *Hermenêutica e aplicação do Direito. Breves apontamentos sobre a interpretação jurídica no paradigma contemporâneo*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18553/hermeneutica-e-aplicacao-do-direito>, acesso em: 29/09/15.

o Direito, por meio do movimento conhecido como pós-positivismo, neojusnaturalismo, positivismo por princípios, entre outros nomes.³⁴

Os princípios jurídicos inscritos nas modernas constituições de diversos países constituem a porta de entrada para os valores morais no ordenamento jurídico, possibilitando uma necessária reaproximação entre ética e Direito.³⁵ Antes considerados apenas diretrizes gerais e sem eficácia normativa, os princípios passam a ser reconhecidos como verdadeiras normas e a ocupar o lugar central do ordenamento jurídico antes preenchido pela lei. Nesse sentido, também, colhem-se as lições de BARROSO:³⁶

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

³⁴ Da mesma forma, sustenta MARINONI: “Por isso não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, V. 1. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 46)

³⁵ "Sendo os princípios constitucionais a sede normativa dos valores morais, a adoção de uma perspectiva principialista da Constituição conduz, necessariamente, a uma abertura da argumentação constitucional para a dimensão moral." (SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. coord José Adécio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 275)

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://jus.com.br/imprimir/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 23/09/2015.

No pós-positivismo, a atividade jurisdicional não desconsidera o direito positivado, mas também não se satisfaz apenas com a aplicação da legalidade estrita, através de um puro silogismo lógico.³⁷ Além da validade formal do raciocínio, existe a preocupação com a entrega de um resultado justo, somente alcançado a partir de uma interpretação moral do Direito.

Os princípios constitucionais constituem normas jurídicas abertas que irão exigir uma boa dose de atividade interpretativa do julgador diante do caso concreto,³⁸ tendo em vista a assunção pelo Judiciário do papel de guardião dos direitos fundamentais consagrados na Carta Constitucional.³⁹ Os princípios possuem estrutura muito diversa dos conceitos legais fechados da época do Estado Liberal,⁴⁰ cuja finalidade era impedir

³⁷ Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*, 2005, p. 41: "De uns trinta anos para cá, assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas ideias". *apud* Luiz Roberto Barroso (Disponível em: <http://jus.com.br/imprimir/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 23/09/2015)

³⁸ A título de exemplo da preocupação aqui defendida quanto à necessidade definição do conteúdo da normatividade de princípios constitucionais, confira-se o Tema 1 de recursos de revista repetitivos da Tabela do TST: "A exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais pelos candidatos ao emprego gera dano moral?". (Disponível em: <http://www.tst.jus.br/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>. Acesso em: 16/01/17)

³⁹ Como bem adverte LUCON: "O devido processo legal substancial diz respeito a limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade. Alias, a fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, e realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados (...) Por esse novo prisma, a cláusula do devido processo legal atinge não só a forma, mas a substância do ato, pois existe a preocupação de se conceder a tutela jurisdicional adequada que satisfaça os órgãos jurisdicionais e, mais ainda, a própria sociedade. Essa representa a convergência de todos os demais princípios e garantias, atingindo não só os atos dos órgãos jurisdicionais, mas também os atos legislativos e da administração; refere-se, portanto, ao controle da razoabilidade dos atos estatais." (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. In: DIDIER Jr. Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 15-30)

⁴⁰ Um estudo aprofundado sobre a distinção entre regras e princípios jurídicos é encontrado na clássica obra de Humberto Ávila, segundo o qual: "Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que [a]

qualquer atividade interpretativa por parte do julgador, bem como proteger os interesses de uma burguesia desconfiada em relação às decisões judiciais que sempre privilegiavam os interesses da nobreza.

No plano infraconstitucional, diante da velocidade das mudanças sociais e da impossibilidade de previsão de todas as situações possíveis na riqueza dos fatos da vida, também o legislador contemporâneo passa a editar normas ordinárias abertas, como são as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados. Trata-se de uma técnica legislativa que confere ao julgador relevante poder para preencher o conteúdo da norma diante das circunstâncias do caso concreto, restando nítida a insuficiência do método da subsunção do modelo positivista liberal destinado a tipos normativos típicos e fechados. Nas palavras de DIDIER⁴¹

Esta grande transformação da hermenêutica jurídica verificada a partir da segunda metade do século XX é marcada pelo “reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.

De alguma maneira, pode-se dizer que as normas abertas são completadas ou até mesmo construídas após o fato. As cláusulas gerais são utilizadas pelo julgador para garantir a realização da justiça do caso concreto, reforçando o poder do juiz na definição das normas jurídicas.

A indeterminação de conteúdo da norma vai sendo esclarecida pouco a pouco através das decisões judiciais que passam a exercer um papel normativo muito importante no ordenamento jurídico, servindo de orientação para as condutas na sociedade.⁴² Em contrapartida, como uma forma de se assegurar um mínimo de segurança jurídica à característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016).

⁴¹ DIDIER JR., Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais>>. Acesso em: 23/09/15.

coletividade, discutem-se os limites da fundamentação do julgador diante de decisões anteriores sobre o conteúdo da norma jurídica aberta.

A partir do reconhecimento desta força criativa da jurisprudência e o estudo de seus limites, verifica-se uma nítida aproximação entre as duas grandes famílias do direito da *civil law* e *common law*, conforme destaca DIDIER⁴³

A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.

Noutras palavras, ao interpretar as normas jurídicas a partir do caso concreto, o juiz extrai uma segunda norma que deverá ser universalizada e utilizada para decisão em situações semelhantes, originando-se o precedente judicial. A motivação da decisão ganha extrema importância na medida em que o ordenamento jurídico não é mais reduzido à Lei, a jurisdição não mais resolve os conflitos por meio de um mero silogismo lógico e o resultado do processo deve passar por uma verificação de justiça.

No século da jurisdição, o dever constitucional de encontrar a solução mais justa para o caso concreto obriga o juiz a multiplicar os argumentos que justificam a sua

⁴² É relevante notar que esta técnica legislativa das cláusulas gerais que soa como novidade no Direito Comum, principalmente a partir do Código Civil de 2002, já era adotada pela CLT desde a sua redação original de 1943. Com efeito, o diploma celetista possui diversas normas de conteúdo aberto que conferem ampla margem à atividade interpretativa do juiz do trabalho para definição de seu alcance. Por exemplo, confirmam-se as expressões “*incontinência de conduta e mau procedimento*” constantes entre as hipóteses de justa causa do art. 482, letra “b”, cuja delimitação de sentido somente é realizada diante do caso concreto.

⁴³ DIDIER JR., Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais>. Acesso em: 23/09/15.

decisão. A motivação ganha novos contornos e considerável importância na passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional.⁴⁴ Conforme explica MARRAFON⁴⁵

No eixo especificamente jurídico, o movimento constitucionalista impôs uma revisão na teoria da norma (agora pensada em termos de normas-princípio e normas-regra) e do ordenamento (com a prevalência da ideia de que o Direito se realiza na forma de um sistema aberto, dialógico, não mais pura teoria do ordenamento fechado e supostamente completo, na linha bobbiana).

Nos países da *civil law*, durante muito tempo as decisões jurisprudenciais foram consideradas meramente persuasivas. Todavia, hoje, verifica-se que a busca de uma maior isonomia, celeridade e efetividade dos julgamentos levou a inclusão dos precedentes entre as fontes formais do direito o que é uma tendência mundial, tal como verificado na Itália e Espanha, por exemplo.⁴⁶ No Brasil, a partir das recentes reformas processuais realizadas, principalmente a partir da EC 45/04, também se verifica grande valorização dos precedentes judiciais como forma de uniformização da jurisprudência.⁴⁷

Sob outro enfoque, em movimento inverso, o direito legislado a cada dia ganha mais espaço nos países da *common law*, circunstância que é corroborada a partir do momento em que a Inglaterra, país de origem da tradição anglo-saxão, passa a adotar um Código de Processo Civil.⁴⁸

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 668.

⁴⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. *Para compreender (e superar) os pilares do positivismo jurídico (parte 2)*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/constituicao-poder-preciso-compreender-superar-positivismo-juridico-parte>. Acesso em: 25/05/2015.

⁴⁶ Neste sentido, confira-se: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 03/11/16.

⁴⁷ Confirmam-se, os seguintes exemplos de reconhecimento da força prospectiva das decisões judiciais como balizadoras de fundamentação de julgamentos futuros: súmula vinculante (CFRB/88, art. 103-A), julgamento de demandas repetitivas (CPC, art. 285-A), não recebimento de recurso conflitar com súmulas de Tribunal Superior (art. 518, §1º, CPC).

⁴⁸ No ano de 1999, foi aprovado para a Inglaterra e o País de Gales um Código de Processo civil (*Rules of Civil Procedure - CPR*). Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>. Acesso em 06/08/2016.

Diante deste cenário de evolução das famílias jurídicas no sentido de diminuição da tensão entre ambas, autores chegam a sustentar que as duas tradições jurídicas não mais seriam contrapostas e integrariam a chamada tradição jurídica ocidental. Neste sentido, TARUFFO:⁴⁹

Os últimos decênios assistiram, pois, à ocorrência de várias crises dos modelos aos quais tradicionalmente se ligava a distinção entre sistemas processuais de *common law* e de *civil law*. As transformações operadas, e em muitos aspectos ainda em curso, provocaram nítida fragmentação dos velhos esquemas e deram margem a múltiplos fenômenos de "recomposição" do direito processual, na base de interferências entre sistemas diversos, circulações de modelos e transplantes de institutos da mais vária natureza. Trata-se de fenômenos extremamente complexos e difíceis de interpretar, até porque estão ainda *in progress* e não nos é dado entrever seu momento conclusivo - a admitir-se que nas transformações dos sistemas jurídicos, e dos processuais em particular, haja uma conclusão. A única coisa que se pode afirmar com relativa segurança é que se afiguram nitidamente superados e não mais utilizáveis os costumeiros e cômodos modelos descritivos, que visavam a representar esquematicamente os caracteres fundamentais dos processos de *common law* e de *civil law*.

1.5 TENDÊNCIA NO BRASIL DE VALORIZAÇÃO DO DIREITO JURISPRUDENCIAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O entendimento majoritário da doutrina sobre a filiação do direito do Brasil à família romano-germânica é questionado nos dias atuais principalmente diante das disposições da Lei n.º 13.015/14 (Recurso de Revista Repetitivo) e da Lei n.º 13.105/15 (novo Código de Processo Civil).

Ocorre que desde a Constituição de 1.891, elaborada sob forte influência do direito constitucional norte americano, o Brasil já adotava institutos típicos da *common law* como o controle difuso de constitucionalidade, por meio do *judicial review* que pressupõe a adequação dos atos do poder público e dos particulares ao prescrito na norma constitucional.

⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Revista de Processo: RePro, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003, p. 141-158.

Sob outro enfoque, no plano infra-constitucional, o direito brasileiro sofreu bastante influência da tradição romano-germânica, estabelecendo um regime híbrido que segundo MARINONI⁵⁰ acarretaria um paradoxo metodológico.

Durante muito tempo em que vigorou no Brasil a ideia de que as normas constitucionais seriam meramente programáticas, desprovidas de eficácia normativa, de modo que esta contradição não trazia maiores consequências práticas. Todavia, a partir do momento em que reconhecida a eficácia normativa da Lei Maior do país, surgem inevitáveis contradições que abalam a ideia de sistema de jurídico. Conforme MARINONI:⁵¹

É intuitivo que, num sistema que ignora o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei. Como bem adverte Cappelletti, a introdução no *civil law* do método americano de controle de constitucionalidade conduziria à consequência de que uma lei poderia não ser aplicada por alguns juízes e tribunais que a entendessem inconstitucional, mas, no mesmo instante e época, ser aplicada por outros juízes e tribunais que a julgassem constitucional.

Uma análise atenta da evolução do direito processual brasileiro revela um gradativo aumento da força reconhecida ao chamado direito jurisprudencial.⁵² Os arts. 476 a 479 do CPC de 1973 já cuidavam do incidente de uniformização, disciplinando o procedimento de um prévio pronunciamento do tribunal sobre a interpretação de determinada tese ou norma jurídica. O art. 557 do mesmo código possibilitava o

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Capítulo XXVI. DIDIER JR. Fredie (coord.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial Vol. 2*. Salvador: Ed. JusPodvim

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Capítulo XXVI. DIDIER JR. Fredie (coord.). *Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial Vol. 2*. Salvador: Ed. JusPodvim, p. 533-588.

⁵² A expressão “direito jurisprudencial” inclusive é o título de uma coletânea coordenada por Tereza Arruda Alvim Wambier cujos artigos analisam a importância de se mudar a cultura existente no direito brasileiro de desrespeito aos precedentes, como forma de se assegurar respeito aos princípios da segurança jurídica, da confiança e da isonomia. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012)

indeferimento ou provimento liminar pelo relator conforme o recurso esteja ou não em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Sem dúvida, trata-se de um bom exemplo da força que é reconhecida ao direito jurisprudencial mesmo antes do CPC de 2015.

No plano constitucional, o art. 102 §2º da Constituição Federal, estabelece que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta”.

No contexto da reforma do Poder Judiciário operada por meio da Emenda Constitucional 45/2004, com o art. 103-A da Constituição Federal, foi introduzida no direito nacional a figura da chamada Súmula Vinculante, posteriormente regulada pela Lei nº 11.417/06, também com efeitos vinculantes “em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta”. Como forma de garantir a observância do precedente constitucional formalmente vinculante, o § 3º do mesmo artigo estabelece o cabimento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar.

Finalmente, a Lei n.º 13.015/14 e o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/15), nas suas disposições gerais sobre os processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais (artigos 926 a 927), incorporam diversos institutos da teoria dos precedentes judiciais desenvolvida principalmente nos países da família da *common law*.

Sem dúvida, a decisão com base no precedente valoriza o princípio da isonomia e confere racionalidade ao sistema. Todavia, diante do grande número de processos judiciais no Brasil, existe o sério risco de que a incorreta utilização do sistema de precedentes, sob a justificativa de realização do princípio da isonomia e atingimento de metas numéricas de julgamento de processos, sejam decididos casos diferentes como se iguais fossem.

Aliás, no Brasil, a própria técnica de formação de precedentes trabalhistas e de direito comum vinculada ao julgamento de casos repetitivos⁵³ coloca em questão a real finalidade do legislador com a reforma processual: garantir a unidade do direito, sua estabilidade e coerência (CPC, art. 926) ou possibilitar uma maior vazão processual, com julgamentos numericamente mais eficientes.

Não se quer defender aqui que exista incompatibilidade que proíba a utilização de precedentes num sistema de *civil law*, como os exemplos acima estão a demonstrar que há muito tempo existe no Brasil um movimento de maior valorização das decisões judiciais para além da coisa julgada entre as partes. Ao contrário, defende-se que estas novas técnicas sejam estudadas e utilizadas com muito cuidado, pois a garantia do acesso à justiça representa não apenas a possibilidade de acessar os órgãos jurisdicionais, como também o direito a uma decisão justa, proferida após a efetiva análise do caso concreto. Afinal, o processo não possui um fim em si mesmo e conservará maior legitimidade quanto maior seja seu potencial de produzir resultados considerados socialmente justos.

1.6 A REFORMA TRABALHISTA DA LEI N.º 13.467/17 E A PRETENSÃO DE RETORNO DA FIGURA DO JUIZ BOCA DE LEI

O primeiro capítulo sobre a tendência de valorização do direito jurisprudencial no Brasil não poderia ser encerrado sem algumas considerações sobre a Lei n. 13.467/17⁵⁴ que altera mais de cem artigos da CLT e pretende o retorno do juiz do trabalho ao tempo do

⁵³ O julgamento por amostragem de casos repetitivos é uma técnica processual adotada em diversos países e que permite a seleção de um ou mais casos para a resolução da questão comum. Posteriormente, esta decisão é aplicada aos demais processos que ficaram sobrestados aguardando a decisão da questão comum. Trata-se de técnica que possui muito mais afinidade com o procedimento modelo alemão (*Musterverfahren*), do que em relação ao sistema de precedentes anglo-saxão.

⁵⁴ Diversas críticas foram realizadas sobre a forma acelerada de tramitação desta grande reforma trabalhista que começou tímida, com a pretensão de alteração de alguns poucos artigos, mas que se expandiu muito, sem o necessário debate. Por todos, confira-se o detalhado histórico da acelerada evolução legislativa em: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A quem interessa essa “reforma” trabalhista. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista>. Acesso em: 17/11/17.

juiz boca da lei, proibido de interpretar os textos legais, conforme parágrafo segundo introduzido ao art. 8º da CLT:

Art. 8º

§ 1º

§ 2º **Súmulas** e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho **não** poderão **restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações** que não estejam previstas em **lei**. - negritei

No recém introduzido segundo parágrafo, o legislador objetiva reduzir o alcance das súmulas e orientações jurisprudenciais do TST, estabelecendo que não poderão restringir direitos “legalmente” previstos, nem criar obrigações que não estejam previstas em “lei”. Todavia, na forma analisada já no capítulo um desta dissertação, a experiência demonstra de forma segura que o direito jamais poderá ser reduzido à Lei, como pretendeu o Positivismo Jurídico.

A Lei da reforma trabalhista chega a estabelecer no novel art. 223-A o seguinte: “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho **apenas** os dispositivos deste Título.” (negritei) Seria de se indagar: e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção à intimidade, por exemplo, não possuem eficácia normativa? Não valem para o trabalhador que firmou contrato de emprego? Parece evidente que o trabalhador não perde a condição de ser humano pelo simples fato de participar de uma relação de emprego e o juiz do trabalho jamais poderá deixar de buscar a realização da justiça de sua decisão.

Não é possível que o legislador pretenda esgotar no rol art. 223-C⁵⁵ todas as hipóteses de cabimento de violação de bens extrapatrimoniais do empregado, tal como se voltássemos séculos atrás ao tempo do movimento da completude do direito escrito nos Códigos. Para confirmar esta afirmação, basta apontar que entre as hipóteses elencadas

⁵⁵ Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

pelo legislador de dano extrapatrimonial não consta a possibilidade de reparação por danos morais em decorrência de discriminação ou racismo, valores constitucionais insculpidos nos arts. 5º, XLII⁵⁶ e 7º, XXX⁵⁷. O rol trazido pelo legislador deve ser entendido como meramente exemplificativo, portanto.

Referidas alterações da CLT contrariam o movimento de reconhecimento da força normativa da jurisprudência vivido no Brasil nos últimos anos, principalmente com as alterações normativas recentes como a Lei n.º 13.015/14 e o CPC de 2015 objeto de exame na presente dissertação. Não é crível que o legislador do século XXI pretenda impedir o Poder Judiciário de interpretar a lei, como se retornássemos ao Estado Liberal e Código Civil de Napoleão de 1803.⁵⁸

Recorde-se que a impossibilidade do legislador prever todos os fatos da vida levou a derrubada de um dos principais dogmas do Positivismo Jurídico da completude do ordenamento jurídico. Com efeito, não parece razoável o legislador pretender estabelecer de antemão todas as possibilidades de ilegalidades e inconstitucionalidades que venham a ser gestadas na criatividade das normas coletivas, como no art. 611-B: “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, **exclusivamente**, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (...)”. (negritei) Não é difícil imaginar uma disposição de norma coletiva que viole diretamente princípio constitucional não transcrito no rol do legislador reformador, por exemplo, impondo castigos físicos ou chibatadas a empregados faltosos, com flagrante violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

⁵⁶ Art. 7º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

⁵⁷ Art. 7º, XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

⁵⁸ A leitura estrutural da reforma deixa clara a intenção do legislador de inverter o clássico princípio da proteção que é a própria razão de existir do direito do trabalho. Ao contrário, a nova Lei busca proteger o empregador, inclusive contra a interpretação judicial. Pretende voltar ao tempo da Revolução Francesa quando a classe burguesa capitalista que ascendeu ao poder, além de editar as leis em interesse próprio, reduziu a atividade interpretativa dos juízes praticamente a zero. Pretende-se o máximo da segurança jurídica e do individualismo, em detrimento da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, fundamentos consagrados na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III e IV).

Neste ponto, é interessante ressaltar que mesmo em relações jurídicas equilibradas, submetidas à vontade das partes, podem ser produzidos resultados injustos e desproporcionais. Não por outro motivo, o Código Civil de 2002, atento aos valores constitucionais de justiça e dignidade da pessoa humana, nas normas gerais sobre contratos, incorpora os princípios da eticidade, socialidade e operacidade, deixando claro que não apenas a forma, mas também o conteúdo de negócios jurídicos bilaterais podem ser objeto de análise judicial.⁵⁹ Afinal, não poderia mesmo ser diferente, uma vez que de acordo com o inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

A intenção do legislador reformador celetista de impedir ou dificultar a atividade interpretativa dos Tribunais trabalhistas também é verificada a partir da série de requisitos doravante exigidos para elaboração ou alteração de súmulas, conforme nova redação conferida ao art. 702 da CLT pela Lei n.º 13.467/17:

“f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.”

Ora, o próprio *caput* do art. 8º da CLT reconhece a jurisprudência como forma de integração do direito do trabalho, pois o juiz não pode deixar de decidir alegando *non liquet*. Contraditório, assim, o novo parágrafo segundo do mesmo artigo ao determinar que as decisões somente podem aplicar a lei, pois caso esta fosse suficiente seria desnecessária a previsão de integração por meio da jurisprudência.

⁵⁹ Citam-se, a título de exemplo, as seguintes normas de interpretação dos contratos do Código Civil: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

Em resumo, o legislador reformador pretende reviver dogmas do positivismo jurídico superados há séculos, desde o advento do Estado Constitucional, tais como da completude do ordenamento jurídico, da neutralidade do julgador e da onipotência do legislador. É flagrante a inconstitucionalidade do §2º do art. 8º da CLT por violar de forma direta o princípio da separação dos poderes na medida em que objetiva restringir função típica do Poder Judiciário que é julgar, por meio da interpretação dos textos legais diante dos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação.

Na forma como se procurou demonstrar ao longo deste primeiro capítulo, texto e norma não se confundem. Ainda que o legislador estabeleça que o juiz somente aplicará a lei, a interpretação será sempre necessária, tendo em vista que a lei é geral e os casos específicos. Firmada a premissa da importância da interpretação, no próximo capítulo, serão estudados os critérios que orientam a teoria do precedente judicial, principalmente nos países da *common law*, fazendo-se uma análise sobre como os Tribunais brasileiros tem ou não levado em consideração a sua própria interpretação em casos análogos já decididos.

2. PRECEDENTE JUDICIAL

A Lei n.º 13.015/14 no âmbito do recurso de revista e o Código de Processo Civil de 2015, nas suas disposições gerais sobre os processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais (artigos 926 a 927), incorporam ao direito brasileiro diversos aspectos da teoria dos precedentes judiciais desenvolvida principalmente nos países da família da *common law*.

O sistema do novo código de processo civil reconhece a importância e valoriza o respeito ao direito jurisprudencial estabelecendo que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*” (art. 926).⁶⁰ No mesmo sentido, estabelecia o § 4º do art. 896, da CLT quanto à obrigatoriedade dos Tribunais Regionais do trabalho procederem à uniformização de sua jurisprudência.⁶¹ Contudo, com a redação conferida pela Lei n. 13.015/15, infelizmente, referido dispositivo celetista teve uma vida muito curta e foi expressamente revogado pela letra “o”, do art. 5º, da Lei n.º 13.467/15,⁶² na contramão da tendência de se garantir uma evolução ordenada da jurisprudência, verificada até mesmo em outros ramos do direito brasileiro.

Sob outro enfoque, ao estabelecerem um procedimento específico para prolação de decisões formalmente vinculantes,⁶³ a Lei n.º 13.015/15 e o art. 927, o CPC de

⁶⁰ Neste sentido, também assinala BUENO que o “caput do art. 926 quer evidenciar qual é o papel que o CPC de 2015 quer emprestar à jurisprudência dos Tribunais a título de racionalização e uniformização dos entendimentos obteníveis como resultado da prestação jurisdicional. Jurisprudência parece, aí, ter sido empregada como palavra genérica para albergar as súmulas e também os “precedentes”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 600)

⁶¹ CLT, art. 896, § 4º: “Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.” (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014)

⁶² Art. 5º Revogam-se: I - os seguintes dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943: o) §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896.

⁶³ Nos países da *civil law*, durante muito tempo as decisões jurisprudenciais foram consideradas meramente persuasivas. Todavia, hoje, verifica-se que a inclusão dos precedentes entre as fontes formais do direito é uma tendência mundial, tal como verificado na Itália e Espanha, por exemplo. Neste sentido, confira-se: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 03/11/16.

2015 ensejamos questionamentos sobre aproximação ou não do direito brasileiro ao sistema *common law* no qual, tradicionalmente, o precedente é produzido de forma difusa e reconhecido pelo juiz do caso sucessivo, o qual será o responsável por lhe atribuir o poder vinculante que possa merecer. Assim, o estudo dos conceitos e das diferenças entre precedente, jurisprudência e súmula afigura-se indispensável para a exata compreensão da alteração pretendida pelo legislador processual trabalhista e comum.

No presente capítulo, serão revisitados os principais conceitos da teoria dos precedentes e que orientam o seu funcionamento nos países da *common law*, fazendo-se uma análise sobre como o tema tem sido enfrentado no direito processual brasileiro e uma crítica sobre a forma que o TST tem ou não levado em consideração as suas próprias decisões anteriores em casos similares.

2.1 CONCEITO E ELEMENTOS DO PRECEDENTE JUDICIAL

Precedente, em sentido amplo, é uma decisão sobre um caso concreto cujo fundamento normativo poderá ser utilizado para decisões futuras em casos semelhantes. O precedente pode ser dividido em três partes: a) as circunstâncias fáticas da controvérsia; b) a tese ou motivação da decisão; c) o julgamento do pedido, com a aplicação da norma definida na motivação. Fazendo-se uma análise a partir dos elementos da sentença, a estrutura do precedente poderia ser comparada ao relatório, fundamentação e dispositivo.

Numa acepção mais estrita, o precedente é compreendido como a razão de decidir no caso concreto, também conhecida como *ratio decidendi* (no direito inglês) e *holding* (no direito americano). Ambos os conceitos referem-se a parte vinculante da decisão. O precedente não se confunde com a decisão, portanto.

Assim, tem-se que nem toda decisão constitui um precedente, na medida em que não possa servir de fundamento para um julgamento futuro. Aliás, uma decisão somente poderá tornar-se um precedente na hipótese de surgimento de um novo caso, cuja solução tenha por fundamento a primeira decisão. A decisão não será um precedente, por

exemplo, quando se limitar a aplicar a literalidade de um texto de lei já obrigatório ou a repetir fundamento de decisão anterior, sem acrescentar qualquer novo elemento normativo para reger casos futuros. Conforme MARINONI,⁶⁴

Nesta dimensão fica claro que um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.

Ao proferir uma decisão, o magistrado constrói, necessariamente duas normas jurídicas: a) a primeira, de caráter geral, decorre da sua interpretação dos fatos da causa e sua conformação ao direito positivo; b) a segunda, de caráter individual, representada pela decisão da hipótese específica em análise por meio da aplicação da norma definida na primeira etapa.⁶⁵

Neste sentido, ao analisar o papel das cortes formadoras de precedentes, destaca TARUFFO⁶⁶:

Mesmo nesta perspectiva de controle da decisão de um caso particular é uma oportunidade para a intervenção do Tribunal. No entanto, **"usa" o caso específico como um meio para identificar um problema de interpretação** ligado a aplicação de um certo padrão (tanto melhor se for um novo problema), e, principalmente, levanta a questão de redefinir, em

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁶⁵ Para um estudo aprofundado neste temática, confira-se: MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo: RePro, v. 37, n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

⁶⁶ Tradução livre do seguinte texto: “Anche in questa prospettiva il controllo sulla decisione di un caso concreto è l’occasione per l’intervento della Corte. Essa però ‘utilizza’ il caso specifico come mezzo per individuare un problema interpretativo connesso con l’applicazione di una certa norma (tanto meglio se si tratta di un problema nuovo), e si pone principalmente la questione di *ridefinire in termini generali l’interpretazione della norma* tenendo conto del problema posto dal caso concreto. Una volta compiuta questa ridefinizione, la Corte torna a valutare la sentenza impugnata per stabilire se l’applicazione della norma che in essa è stata compiuta è o no coerente con l’interpretazione ‘giusta’ della norma.” (TARUFFO, Michele. *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione*, in *Il Vertice ambiguo saggi sulla Cassazione civile*. Il Mulino, Bologna: 1991. Pág. 162/163)

termos gerais, a interpretação da norma tendo em conta o problema colocado pelo caso. Uma vez **concluída esta redefinição, o Tribunal retorna para avaliar o acórdão recorrido**, para determinar se a aplicação da regra que tem sido realizada é ou não consistente com a interpretação "correta" da norma. - negritei

Por exemplo, o art. 700 do CPC autoriza o ajuizamento de ação monitória para aquele que possua prova “escrita” sem eficácia de título executivo. Todavia, “prova escrita” é um termo vago. O STJ decidiu que “cheque prescrito” (Súmula 299) e “contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário” (súmula 247) são exemplos de prova escrita. Assim, o STJ no julgamento de casos concretos estabeleceu duas normas gerais que podem ser aplicados a casos futuros, inclusive transformando-se em súmulas.⁶⁷

Essa tese jurídica quanto ao enquadramento de cheque prescrito no conceito prova escrita é a *ratio decidendi*, construída por meio do método indutivo para se chegar a uma norma geral que será aplicada em futuros casos semelhantes.

Além dessa norma jurídica geral fixada na fundamentação do julgado, a sentença possui uma outra norma de caráter individual que é o seu dispositivo, com a decisão do caso concreto, acolhendo ou rejeitando o pedido.⁶⁸ Apenas esta norma específica possui o condão de fazer coisa julgada.⁶⁹

Percebe-se, facilmente, que a decisão possui dois discursos: o primeiro, com vistas a solução do caso concreto e orientado para os sujeitos da demanda; o segundo, esclarecendo à sociedade parâmetros de decisão para conflitos futuros semelhantes.⁷⁰

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 456.

⁶⁸ *Ibidem*, 457.

⁶⁹ Releve-se, neste ponto, a ampliação objetiva dos limites da coisa julgada no novo Código que suprimiu a ação declaratória incidental e estabeleceu que: “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I – dessa resolução depender o julgamento do mérito; II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.”

2.1.1 NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica dos precedentes, dividindo-se entre ato-fato-jurídico e ato-jurídico. A circunstância do precedente estar dentro da fundamentação judicial (ato de vontade do julgador), embasa o entendimento daqueles que defendem sua natureza de ato-jurídico.

Ocorre que os efeitos do precedente são produzidos independentemente da vontade do prolator da decisão (ato-fato-jurídico). No sistema da *common law*, o precedente é reconhecido pelo julgador do caso sucessivo, por meio da análise e comparação dos fatos e fundamento normativo do julgamento precedente. Conforme DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA,⁷¹ o precedente é um efeito anexo da decisão, servindo como fonte de direito para futuras decisões.

Ao contrário do sistema anglo-americano em que os precedentes são formados de forma difusa, o legislador brasileiro optou pela adoção de um sistema de formação concentrada de precedentes, por meio de procedimentos específicos como o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade fixados pela Lei 9.869/1999; o procedimento de edição de súmula vinculante regulado pela Lei 11.417/2006; o incidente de assunção de competência disciplinado pelo art. 947 do CPC/2015; o procedimento do IRDR regulado pelos artigos 976 a 986 do CPC/2015; o incidente de julgamento dos recursos especiais e extraordinários, conforme arts. 1.036 ao 1.041 do CPC/2015; e, por fim, o procedimento para julgamento de recursos de revista repetitivos da Lei n.º 13.105/14.

Aliás, a própria técnica de formação de precedentes brasileiros vinculada ao julgamento de casos repetitivos⁷² coloca em questão a real finalidade do legislador com a

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo: RePro, v. 37, n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

⁷¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 467.

⁷² O julgamento por amostragem de casos repetitivos é uma técnica processual adotada em diversos países e que permite a seleção de um ou mais casos para a resolução da questão comum. Posteriormente, esta decisão é aplicada aos demais processos que ficaram sobrestados aguardando a decisão da questão comum. Possui muito mais afinidade com o procedimento modelo alemão (*Musterverfahren*), do que em relação ao sistema de precedentes anglo-saxão.

reforma processual: garantir a unidade do direito, sua estabilidade e coerência ou possibilitar uma maior vazão processual, com julgamentos numericamente mais eficientes. Com efeito, no direito brasileiro, o precedente é criado intencionalmente, por meio de procedimentos específicos e com força vinculante reconhecida em Lei, circunstância que levou CÂMARA a afirmar que os precedentes brasileiros são vinculantes dolosos, pois já nascem como precedentes.⁷³

Na realidade, esta grande diferença quanto à origem dos precedentes formados de modo concentrado nos países da *civil law*, inclusive depois dos fatos aos quais serão aplicados, leva até mesmo a questionamentos sobre necessidade ou não de uma teoria dos precedentes nos países vinculados à tradição romano-germânica.⁷⁴

2.1.2 OBTER DICTUM (OU DICTA)

A *obter dicta* é o argumento utilizado apenas de passagem na decisão, não possuindo relevância substancial para o seu resultado. Normalmente é definido de modo negativo, sendo *obter dicta* toda proposição que não integre a *ratio decidendi*. O exemplo mais visível de *obter dictum* lembrado por Didier, é “quando tribunal sugere como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo”.⁷⁵

⁷³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

⁷⁴ STRECK, Lenio e ABOUD, Georges sustentam que “...não precisamos de um sistema de precedentes, ainda que seja numa versão abasileirada. Do mesmo modo, não precisamos da muleta teórica do *sistema-de-precedentes* para concluir que o CPC-2015 concedeu maior importância à jurisprudência, ou ainda, que é possível aplicar analogicamente regras processuais do RE/REsp repetitivos para IRDR e vice-versa. Não é preciso o alibi teórico do *sistema-de-precedentes* ou uma *teoria-geral-dos-litígios-repetitivos* para tornar possível a aplicação sistemática das regras do processo. Essa aplicação sistemática *sempre foi possível*, para não falarmos da hermenêutica: além disso, a boa e velha analogia desde sempre já nos possibilitava esse caminho.” (*O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 16/11/16).

⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016, 458.

Na tradição da *common law*, a *dicta* (singular) ou *dictum* (plural) não possuem força vinculante, mas isso não significa dizer que não possa realizar funções importantes, seja atuando com força persuasiva ou até mesmo sinalizando o entendimento do tribunal sobre decisões futuras.

Talvez o exemplo mais famoso de *obter dictum* seja o julgamento do célebre caso *Marbury x Madison*, em 1803, quando a Suprema Corte americana afirmou que seria incontestável o direito à nomeação de *Marbury* como juiz de paz, muito embora tenha deixado de decidir o caso sob o fundamento de que o estabelecimento de competência originária por meio de lei federal para decisão do *mandamus* contrariava às hipóteses previstas na Constituição Federal.

Na mesma decisão, aliás, é reconhecido o fundamento do *judicial review*, ficando assentada a possibilidade de verificação da conformação constitucional das leis federais, mesmo sem qualquer norma constitucional neste sentido, implicando um redimensionamento da clássica teoria da tripartição dos Poderes.

2.1.3 A IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI*

A *ratio decidendi* (no direito inglês) e *holding* (no direito americano) é a parte vinculativa da decisão, a tese que poderá ser utilizada nos julgamentos futuros. A partir do julgamento de casos concretos (método indutivo), é extraída uma regra geral que seja passível de universalização para fundamentar decisões futuras em casos análogos. Sobreleva-se, portanto, a dupla importância da fundamentação da decisão na medida em que deve olhar também para o futuro e não apenas para o passado.

No sistema da *common law*, a *ratio decidendi* não é de modo obrigatório estabelecida pelo prolator da decisão. Os juízes dos casos futuros é que irão extrair a norma geral que será ou não aplicável à situação de julgamento. Aliás, este é o primeiro obstáculo na interpretação dos precedentes, pois em muitas hipóteses é difícil a definição de plano da

ratio decidendi, por exemplo, quando a sentença fixa mais de um motivo para sua decisão.⁷⁶ Em julgamentos por órgãos colegiados, não raramente o mesmo resultado é alcançado por meio de diferentes fundamentações, circunstância que também inviabilizada fixação de *ratio decidendi*. Pode acontecer, ainda, da decisão apresentar uma fundamentação insuficiente,⁷⁷ sem a definição de uma clara tese jurídica, impossibilitando sua universalização para casos futuros.

⁷⁶ A título de exemplo da dificuldade de fixação da *ratio decidendi* em decisões colegiadas com fundamentações divergentes, confira-se julgamento pelo Tribunal Pleno do C. TST, de embargos apresentados no Recurso de Revista 205900-57.2007.5.09.0325: “Decisão: prosseguindo no julgamento: I) por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, negar-lhes provimento, vencidos os Exmos. Ministros Ives Gandra Martins Filho, Antonio José de Barros Levenhagen, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e Dora Maria da Costa. II) Acolher proposta do Exmo. Ministro João Oreste Dalazen e adotar como fundamentos apenas as seguintes razões de decidir: a) a autonomia negocial coletiva não é absoluta; e b) os precedentes do STF sobre a matéria comportam a aplicação da técnica do "distinguishing" para não incidência no caso concreto. Ficaram integralmente vencidos quanto às razões de decidir prevalentes os Exmos. Ministros João Batista Brito Pereira, Aloysio Corrêa da Veiga e Márcio Eurico Vitral Amaro. Em relação aos fundamentos não prevalentes de que: a) a autonomia negocial coletiva não altera a natureza jurídica das parcelas (no caso, de remuneratória para indenizatória), ficaram vencidos os Exmos. Ministros Augusto César Leite de Carvalho, relator, José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Miranda Arantes, Hugo Carlos Scheuermann, Cláudio Mascarenhas Brandão, Maria Helena Mallmann, Lelio Bentes Corrêa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Márcio Eurico Vitral Amaro, Mauricio Godinho Delgado e Kátia Magalhães Arruda; b) jornada de trabalho é direito indisponível por dizer respeito à dignidade da pessoa humana, ficaram vencidos os Exmos. Ministros Augusto César Leite de Carvalho, relator, José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Miranda Arantes, Hugo Carlos Scheuermann, Cláudio Mascarenhas Brandão, Maria Helena Mallmann, Lelio Bentes Corrêa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Mauricio Godinho Delgado e Kátia Magalhães Arruda; c) jornada de trabalho é direito indisponível por dizer respeito à medicina e segurança do trabalho, ficaram vencidos os Exmos. Ministros Augusto César Leite de Carvalho, relator, José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Miranda Arantes, Hugo Carlos Scheuermann, Cláudio Mascarenhas Brandão, Maria Helena Mallmann, Lelio Bentes Corrêa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Mauricio Godinho Delgado e Kátia Magalhães Arruda; e d) a flexibilização das horas 'in itinere' se fez sem a correspondente vantagem compensatória, ficaram vencidos os Exmos. Ministros Augusto César Leite de Carvalho, relator, José Roberto Freire Pimenta, Delaíde Miranda Arantes, Hugo Carlos Scheuermann, Cláudio Mascarenhas Brandão, Maria Helena Mallmann, João Batista Brito Pereira, Lelio Bentes Corrêa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Walmir Oliveira da Costa, Mauricio Godinho Delgado e Kátia Magalhães Arruda. Juntarão justificativa de voto convergente os Exmos. Ministros João Oreste Dalazen, João Batista Brito Pereira, Maria de Assis Calsing, Maurício Godinho Delgado, Kátia Magalhães Arruda, José Roberto Freire Pimenta, Alexandre de Souza Agra Belmonte, Cláudio Mascarenhas Brandão e Maria Helena Mallmann. Juntará justificativa de voto vencido o Exmo. Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho.” (Órgão Judicante: Tribunal Pleno - Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho - Data: 26/09/16. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=205900&digitoTst=57&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0325&submit=Consultar>. Acesso em 08/01/17)

⁷⁷ Coerente com a proposta do novo Código de formação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926), o legislador conferiu especial normatização à fundamentação das decisões judiciais. Assim, no §1º, do art. 489 do CPC, é estabelecida uma série de requisitos para que qualquer decisão judicial não seja

Tendo em vista a importância que a *ratio decidendi* assume num sistema de precedentes, diversos métodos desenvolvidos para sua identificação. Trataremos dos dois mais importantes: teste de Wambaugh e o método de Arthur Goodhart.

O primeiro método, difundido no final do século XIX, chamado de teste de Wambaugh, trata-se de uma técnica de inversão. A proposição de direito é a razão de decidir quando excluída da fundamentação ou negado o seu significado o resultado da decisão é necessariamente invertido. Ao contrário, caso mantido o resultado final, a proposição excluída ou invertida não é *ratio decidendi*, mas apenas *obter dicta*. Para esta vertente, a *ratio decidendi* é o princípio considerado necessário para o resultado alcançado.

A principal crítica sofrida por esta teoria é formulada a partir das decisões que apresentem diversos fundamentos independentes e suficientes para, por si só, garantirem o resultado alcançado, pois neste caso a inversão de qualquer deles não implicaria necessariamente uma alteração da decisão, levando-se a curiosa conclusão de que todos seriam *obter dictum*.

Assim, na primeira metade do século XX, foi desenvolvido um intenso debate sobre o conceito de *ratio decidendi* que era colocado em xeque diante de três principais questões: a) quais os casos decididos possuiriam força obrigatória e quais decisões seriam meramente persuasivas; b) de que forma seria determinada a *ratio decidendi* nos julgamentos em que os juízes do tribunal adotassem diferentes fundamentos para se chegar a mesma conclusão; c) é útil o estabelecimento de um significado de *ratio decidendi*.⁷⁸

Em resposta a estas questões, Arthur Goodhart desenvolveu um método que destaca a importância do levantamento de todos *os fatos* da causa para que seja encontrada a *ratio decidendi* a partir dos fatos materiais considerados fundamentais para a decisão. Assim, somente seriam vinculantes os precedentes judiciais cujas bases fáticas predominantes sejam as mesmas.

considerada nula, por ausência de fundamentação (Constituição Federal, art. 93, IX).

⁷⁸ SCOFIELD, Robert G. Goodhart's *Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century*. The King's College Law Journal. Disponível em: <http://www.legalargument.net/assets/kclj_162_Scofield_311to328.pdf> Acesso em: 23/06/16.

Segundo Goodhart, muitas vezes, sequer o juiz sabe porque chegou a determinada conclusão e também pode acontecer de não constar de forma expressa ou adequada na decisão sua verdadeira motivação. Trata-se de teoria que se aproxima do Realismo do direito norte-americano e que não procura a *ratio decidendi* na tese jurídica, mas sim na identidade de fatos principais das causas comparadas. Goodhart estava preocupado com a possibilidade de que as decisões judiciais anteriores passassem a ser ignoradas e buscou salvar a noção de *ratio decidendi* mediante concessões ao Realismo Jurídico.

A comparação entre estes dois critérios que procuram a *ratio decidendi* ora na tese jurídica adotada no julgado e ora nos fatos materiais da causa ressalta a complexidade do fenômeno da interpretação jurídica, não havendo como se optar exclusivamente por apenas um ou outro método. A *ratio decidendi* deverá ser encontrada a partir da identificação dos fatos relevantes juntamente com a análise dos motivos que levaram à conclusão do caso precedente.

O estudo destes métodos deixa claro que a norma contida no precedente não é objeto de mera identificação, mas produto de uma interpretação, realizada a partir do estabelecimento dos fatos considerados materialmente relevantes para a construção da norma que decidiu o caso anterior. Hoje, a moderna hermenêutica reconhece uma clara diferenciação entre texto e norma, sendo esta o resultado da interpretação daquele. É impossível falar em interpretação desvinculada de fatos.⁷⁹

Provavelmente em decorrência dessa postura crítica e reflexiva adotada por Goodhart seus estudos sejam até os dias de hoje os mais importantes sobre *ratio decidendi*, tendo em vista que a complexidade da interpretação jurídica que não pode ser realizada

⁷⁹ Este método de interpretação e aplicação do Direito é conhecido como hermenêutica concretizadora, descrito por Daniel Sarmiento "...como um processo criativo, no qual o sentido da norma interpretada só pode ser obtido em face do problema concreto sobre o qual ela incide, pois segundo HESSE *no existe interpretación desvinculada de los problemas concretos*. A concretização da norma constitucional pressupõe sua pré-compreensão, que consiste na formulação de uma idéia antecipada sobre o seu conteúdo e limites, de modo abstrato. A partir da pré-compreensão, o intérprete aproxima-se do caso concreto, através de uma atuação tópica, orientada ao problema, mas limitada pela norma. Não se trata, porém, de um processo composto por duas fases sucessivas, onde primeiro se alcance o sentido da norma para só depois aplicá-la à hipótese concreta, e sim de um procedimento unitário, coeso e 'circular'" (*A Ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2003, p. 133-135).

desvinculada dos fatos. A *ratio decidendi* deverá ser encontrada a partir da identificação dos fatos relevantes juntamente com a análise dos motivos que levaram à conclusão do caso precedente.

2.1.4 CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES SEGUNDO O GRAU DE VINCULAÇÃO

Existem diversos tipos de classificação dos precedentes quanto à sua força vinculante, variando o grau de sua eficácia jurídica de acordo com respectivo direito positivo.

Atualmente, nenhum ordenamento jurídico estabelece uma vinculatividade absoluta ao precedente, principalmente depois que o *Practice Statement*, de 1966, revogou a doutrina de vinculatividade da *House of Lords* aos seus próprios precedentes. A revisão do entendimento anterior destaca a importância do respeito aos precedentes para a condução da vida do indivíduo e o desenvolvimento ordenado do direito; todavia, ressalta que um apego irrestrito ao precedente pode conduzir a injustiças no caso particular ou até mesmo restringir o desenvolvimento do direito.

Com efeito, num ordenamento positivado, é a Constituição e as Leis escritas que vinculam, as quais devem ser interpretadas conforme a época de sua aplicação. Ainda que a interpretação destas normas possa apresentar-se vinculante por determinado tempo, será sempre possível sua atualização a partir do próprio texto, de acordo com a evolução da sociedade, de seus valores e costumes.

Por outro lado, também não se verifica uma negação total dos precedentes, com impossibilidade absoluta de sua alegação, como no modelo do Código de Napoleão. Aliás, ordenamentos que criminalizaram a conduta do juiz que deixasse de aplicar a lei ou um precedente sempre tiveram como objetivo inescusável a proibição da interpretação o que seria de qualquer forma impossível, ainda mais nos tempos atuais em que reconhecida a eficácia normativa dos princípios e permeado o ordenamento jurídico por cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados. Tendo em vista a impossibilidade de eliminação da

interpretação, a responsabilidade penal do julgador violaria a independência judicial, sendo flagrantemente inconstitucional no caso do Brasil.⁸⁰

No sistema da *common law*, mesmo não existindo norma jurídica neste sentido, a vinculação ao precedente é observada a partir da premissa de que casos análogos devem receber a mesma solução jurídica de um sistema que seja considerado racional. Ainda que não exista uma vinculatividade formal e expressa na lei, o precedente ostenta uma presunção de correção e somente pode ser afastado através de um maior ônus argumentativo. Esta vinculação opera em dois planos: a) horizontal (próprio órgão que firmou o precedente) e; b) vertical: órgãos de hierarquia inferior devem levar em consideração nos julgamentos atuais as decisões de órgãos de vértices.

A não vinculação hierárquica institucional afasta em muitos casos a aplicação da doutrina do *stare decisis* no direito norte-americano, uma vez que a extensão da aplicação de um precedente dependerá da corte que proferiu a decisão. Assim, por exemplo, as decisões da corte de apelação do Texas somente valerão como precedentes para os estados dentro de sua jurisdição. Por outro lado, as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos (U.S. Supreme Court) serão precedentes para todas as cortes americanas.

Por sua vez, os precedentes não vinculantes, como próprio nome está a indicar, não possuem caráter obrigatório, mas apenas eficácia persuasiva. Na medida em que reconhecidos pelo legislador, podem repercutir em outros processos. Por exemplo, quando admitida a interposição de recursos com objetivo de uniformizar a jurisprudência, tal como os embargos de divergência (CLT, art. 894, II e art. 1.043, CPC).

Em resumo, a força normativa dos precedentes depende muito mais do grau de desenvolvimento da cultura jurídica de determinado ordenamento jurídico do que de qualquer previsão legal expressa. No caso da Lei n.º 13.015/14 e do CPC de 2015, argumenta-se que o reconhecimento formal da eficácia vinculante de determinadas

⁸⁰ Conforme art. 2º da Constituição Federal, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, sendo certo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Além disso, na forma do art. 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

decisões contribuirá para um amadurecimento quanto à necessidade de uma maior racionalidade do sistema.

2.2 TÉCNICAS DE UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES: CONFRONTO E DISTINÇÃO

2.2.1 *DISTINGUISHING*

O método de decisão com base em precedentes é comparativo: o julgador analisa os elementos objetivos da demanda estabelecendo um confronto em relação aos elementos de demandas anteriores. Uma vez verificada a identidade dos elementos relevantes do caso, passa-se ao estágio seguinte que é buscar a tese jurídica utilizada na decisão anterior.

É importante destacar que dificilmente existirá identidade absoluta entre os fatos das causas em confronto. Do mesmo modo, dificilmente um caso é totalmente novo de modo que não possa ser comparado com nenhum julgado anterior. Todavia, com certeza, não será o último. O importante é a identidade dos aspectos principais entre os casos comparados (*material facts*, segundo Goodhart).

A Lei n.º 13.015/14, traz para a legislação trabalhista a previsão da distinção, conforme estabelece o art. 896-C, § 16: “A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos.”

Ainda que não utilizado o pomposo nome *distinguish*, o fato é que o direito brasileiro já trabalhava com a ideia de comparação de casos há muito tempo, principalmente como filtro e demonstração de divergência jurisprudencial para acesso a Tribunais Superiores. Nesse sentido, confira-se o art. 331 do RISTF,⁸¹ segundo o qual

⁸¹ Existe uma reclamação comum por parte de advogados quanto à dificuldade de demonstração de divergência para acesso aos Tribunais Superiores, tendo em vista a chamada jurisprudência defensiva que recusa novos casos em face de paradigmas já firmados não obstante suas particularidades. Na sistemática do

(...) a divergência será comprovada mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

A técnica do *distinguishing* é essencial ao sistema anglo-americano e possui relevante papel na fixação dos limites do precedente. No sistema da *common law*, o precedente não é estabelecido *a priori*, como norma pronta e acabada. Ao contrário, o precedente vai sendo construído aos poucos, mediante a interpretação daquela primeira decisão pelos juízes dos casos sucessivos, com a participação das partes em contraditório.

É o juiz do caso sucessivo que reconhece a autoridade e a eficácia do precedente, delimitando seu âmbito de aplicação mediante a técnica da distinção, por meio de analogias e contra-analogias. No julgamento com base no precedente, o raciocínio é por comparações. A partir de analogias são identificadas características similares que exigem tratamento igualitário, como critério de justiça. Na hipótese do resultado da comparação indicar solução diversa em razão das peculiaridades dos fatos, diz-se que o raciocínio foi por contra-analogia. Todavia, como adverte NUNES e HORTA:⁸²

(...) o *distinguishing* não pode ser usado de forma inconsistente. Nos países de *common law* não é incomum (o que não isenta de reprovação) os magistrados forçarem o *distinguishing* para se afastarem de determinado precedente reconhecidamente ruim (*bad law*) mas que, pela autoridade e hierarquia que ostenta, não pode ser *overruled* (revogado) ou afastado de outra forma. Trata-se de uma prática arbitrária que deteriora paulatinamente a força do precedente, quando o caminho correto seria a promoção do *overruling*.

novo Código a situação irá exigir atenção ainda mais cedo, pois a demonstração de distinções deverá ser realizada já no primeiro e segundo grau, sob pena de não conhecimento da pretensão. Confira-se a título de exemplo, o art. 322 que estabelece o seguinte: “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

⁸² NUNES, Dierle; HORTA, André Frdeirco. Aplicação de Precedentes e Distinguishing no CPC/2015; Uma breve introdução. Disponível em: https://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015. Acesso em 22/06/16.

No mesmo texto, NUNES e HORTA explicam que o afastamento do precedente por meio do *distinguishing* pode ocorrer de duas formas: a) estabelecendo uma exceção à regra jurisprudencial, ou seja, reduzindo o seu campo de aplicação; b) ou limitando sua aplicação diante da existência de especificidades, seja no caso pretérito ou atual.

Uma primeira distinção é realizada pelo intérprete para a definição do elemento normativo do precedente por meio da diferenciação entre sua *ratio decidendi* e *obiter dicta*, com a separação dos fatos materialmente relevantes dos que são irrelevantes. Esta primeira fase, Neil Duxbury chama de *distinguishing within a case* (distinguindo no caso precedente).⁸³

Após a reconstrução da norma jurisprudencial realizada a partir dos fatos considerados materialmente relevantes no julgamento anterior, o intérprete passa a realizar uma distinção entre os casos (*distinguishing between cases*),⁸⁴ mediante uma atividade valorativa sobre a relevância ou não de suas diferenças.

Assim, caso do *distinguishing* conclua pelo estabelecimento de uma distinção normativa, tem-se uma exceção direta ao precedente; caso seja reconhecida uma distinção fática a justificar sua não aplicação, resta configurada uma exceção indireta. Conforme NUNES e HORTA:⁸⁵

No primeiro caso (exceção direta), exclui-se do âmbito de aplicação da norma jurisprudencial determinado universo de casos que antes por ela estava abrangida, em razão de circunstâncias especiais; essa operação é conhecida, na lógica, como redução teleológica. No segundo caso (exceção indireta), chega-se à conclusão de que a norma jurisprudencial resta inalterada, mas a situação em exame não constitui hipótese de incidência da referida norma, de modo que suas consequências não podem ser aplicadas (exatamente porque os fatos que nela não estão compreendidos); trata-se de uma forma de raciocínio que, por sua vez, é denominada de argumento *a contrario*.

⁸³ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 113.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 113.

⁸⁵ NUNES, Dierle; HORTA, André Frdeirco. Aplicação de Precedentes e Distinguishing no CPC/2015; Uma breve introdução. Disponível em: https://www.academia.edu/12353024/APLICACAO_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015 Acesso em 22/06/16.

Ao contrário do *overruling* que via de regra somente pode ser realizado pela autoridade que editou o precedente, a técnica do *distinguishing* pode ser manejada independentemente da hierarquia do órgão prolator do precedente e do caso atual.

Diante das peculiaridades da causa em julgamento, o *distinguishing* pode seguir por dois caminhos: a) conferir à tese jurídica uma interpretação restritiva e afastar sua aplicação devido às circunstâncias do caso concreto (*restrictive distinguishing*);⁸⁶ b) estender a aplicação da tese jurídica ao entender que as peculiaridades concretas não afastam o fatos fundamentais das causas confrontadas que justificam a mesma solução jurídica.⁸⁷

Por exemplo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, conferiu provimento ao RE 590.415 (Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 29/5/2015, Tema 152), em julgamento sob o rito do art. 543-B do CPC/1973, interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que negara a validade de quitação ampla do contrato de trabalho, constante de plano de dispensa incentivada, por considerá-la contrária ao art. 477, § 2º, da CLT.⁸⁸

⁸⁶ Neste sentido, confira-se a interpretação restritiva conferida por meio da nova redação conferida à OJ-SDI1-235: “HORAS EXTRAS. SALÁRIO POR PRODUÇÃO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.04.2012) – Res. 182/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012 O empregado que recebe salário por produção e trabalha em sobrejornada tem direito à percepção apenas do adicional de horas extras, exceto no caso do empregado cortador de cana, a quem é devido o pagamento das horas extras e do adicional respectivo.”

⁸⁷ Por exemplo, confira-se o inciso II acrescentado à Súmula n.º 428 do C. TST que estende a aplicação do adicional de sobreaviso dos ferroviários para outras profissões, em determinadas circunstâncias: “SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (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 uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.”

⁸⁸ “DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS. 1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de

Posteriormente, em decisão monocrática no RE 895.759, o Rel. Min. Teori Zavascki, em julgamento de 08/09/2016, acolheu o apelo para reformar outra decisão do TST⁸⁹ que não tinha reconhecido a validade de supressão do pagamento de horas de percurso por meio de norma coletiva. O relator no STF fundamentou ser reconhecida a validade do “acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria à qual pertence a parte recorrida para que fosse suprimido o pagamento das horas *in itinere* e, em contrapartida, fossem concedidas outras vantagens aos empregados, tais como ‘fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva”.⁹⁰

1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>. Acesso em: 08/01/17)

⁸⁹ “RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS *IN ITINERE*. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDADE. 1. O princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, consagrado no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, apenas guarda pertinência com aquelas hipóteses em que o conteúdo das normas pactuadas não se revela contrário a preceitos legais de caráter cogente. 2. O pagamento das horas *in itinere* está assegurado pelo artigo 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, norma que se reveste do caráter de ordem pública. Sua supressão, mediante norma coletiva, ainda que mediante a concessão de outras vantagens aos empregados, afronta diretamente a referida disposição de lei, além de atentar contra os preceitos constitucionais assecuratórios de condições mínimas de proteção ao trabalho. Resulta evidente, daí, que tal avença não encontra respaldo no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. Precedentes da SBDI-I. 3. Recurso de embargos conhecido e não provido.” (E-RR 2950004520095030058 295000-45.2009.5.03.0058 Órgão Julgador Subseção I Especializada em Dissídios Individuais Publicação DEJT 19/04/2013 Julgamento 4 de Abril de 2013 Relator Lelio Bentes Corrêa)

⁹⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+895759.NUME.%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/okagalc>. Acesso em: 08/01/17.

Assim, as decisões do TST que afastavam a validade de negociações coletivas que implicavam redução de direitos fundamentais passaram a ser confrontadas em face da amplitude aparentemente ilimitada desta decisão do STF sob o rito do art. 543-B do CPC/1973 em matéria de negociação coletiva (RE 590.415, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 29/5/2015, Tema 152).

Uma leitura acrítica e desavisada, com uma aplicação automática dos precedentes do STF poderia levar a uma situação extremamente injusta de sua incidência em situações fáticas distintas daquelas existentes nos julgamentos dos aludidos recursos extraordinários paradigmas.

Assim, não se descurando de sua missão constitucional, o TST passou a enfrentar a invocação de tal precedente atento aos seus pressupostos fáticos e afastando a quitação ampla nas hipóteses em que não demonstrada a previsão de vantagens compensatórias aos trabalhadores, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - DESCABIMENTO. 1. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. Diante do julgamento do mérito da questão do E-RR-205900-57.2007.5.09.0325, na sessão de 26.9.2016, não merece guarida o pleito de sobrestamento feito pela reclamada. 2. HORAS "IN ITINERE". FLEXIBILIZAÇÃO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. AUSÊNCIA DE VANTAGENS COMPENSATÓRIAS. IMPOSSIBILIDADE. "DISTINGUISHING". 2.1. O Pleno desta Corte no E-RR-205900-57.2007.5.09.0325, diante da decisão do STF no RE-895.759-PE, refluíu em sua jurisprudência para, quanto à matéria, concluir que: "1. Em sistemas jurídicos fundados em valores morais ou éticos, a autonomia privada não é absoluta; 2. Os precedentes do STF, como os precedentes em geral, não comportam leitura e classificação puramente esquemáticas, como se em seus escaninhos se acomodassem, vistos ou não, todos os fragmentos da realidade factual ou jurídica. Para além das razões de decidir, acima enumeradas, cabe registrar que os precedentes do STF (RE 590.415/SC e RE 895.759/PE), que enlevam a autodeterminação coletiva, cuidam de situações concretas nas quais a Excelsa Corte enfatizou a paridade de forças que resultaria da participação de sindicato". 2.2. Na hipótese, o quadro fático narrado pelo Regional revela a atribuição de natureza indenizatória às horas "in itinere" e nada revela acerca da correspondente vantagem atribuída aos trabalhadores que justificasse a supressão desse direito (Súmula 126/TST). 2.4. Diante disso, opera-se o "distinguishing", devendo ser considerada inválida a cláusula que suprime direitos

trabalhistas. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST - AIRR – 1348-09.2014.5.09.0092 Data do Julgamento:26/10/2016 Data da Publicação:28/10/2016 Órgão Julgador:3ª Turma Relator:Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira)

Como visto, a técnica do *distinguishing* permite uma boa dose de atividade interpretativa do órgão julgador que à luz dos elementos do caso concreto irá decidir pela aplicação ou não da solução adotada em outros casos.⁹¹ Da mesma forma que o juiz precisa interpretar a lei para verificar o enquadramento ou não dos fatos concretos, cumpre-lhe da mesma forma interpretar o precedente para verificar a adequação ou não da hipótese em julgamento à sua *ratio decidendi*.⁹²

Neste ponto, é interessante ressaltar a alteração promovida pela Lei n.º 13.256/16 -ainda durante o período de *vactio legis* do CPC de 2015- no que diz respeito ao retorno do prévio juízo de admissibilidade do recurso extraordinário e especial aos Tribunais de origem, da mesma forma que o juízo de admissibilidade do recurso de revista é realizado pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho.⁹³

Na redação originalmente aprovada,⁹⁴ o Código de Processo Civil de 2015 disciplinava a subida direta dos recursos de natureza extraordinária para realização de juízo de admissibilidade apenas nos Tribunais Superiores, opção que se mostrava coerente com o pretendido sistema de precedentes uma vez que apenas estes órgãos podem modificar o entendimento por eles firmados anteriormente (*overruling*).

⁹¹ Assim, não concordamos com aqueles que defendem a tese de que o juiz num sistema de precedentes seria um mero batedor de carimbos, da mesma forma que não seria correto dizer que um juiz inglês é inferior ou de menos valia que um juiz brasileiro.

⁹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 506.

⁹³ Art. 896, § 1º O recurso de revista, dotado de efeito apenas devolutivo, será interposto perante o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, que, por decisão fundamentada, poderá recebê-lo ou denegá-lo. (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014)

⁹⁴ Art. 1.030 do CPC: “Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.” (redação original)

Isto porque, caso todos os juízes e Tribunais sigam obrigatoriamente os entendimentos firmados nos Tribunais Superiores (CPC, art. 927 e Ato 491 do C. TST)⁹⁵ e nenhum recurso seja processado devido ao juízo de admissibilidade realizado nos Tribunais dos Estados, jamais a parte teria a chance de demonstrar perante o órgão competente a necessidade de superação do precedente, implicando um excessivo engessamento do sistema.

THEODORO JR., NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud criticam esta alteração legislativa realizada ainda durante a *vacatio legis* do novo CPC que prejudica o funcionamento do seu microssistema de litigiosidade repetitiva e formação de precedentes. Conforme referidos autores, os novos incisos do art. 1.030⁹⁶

⁹⁵ O Ato 491 da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho que regulamentou a Lei 13.015/14 estabelece no seu art. 21 que, uma vez publicado o acórdão paradigma, os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior (inciso III).

⁹⁶ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) I – negar seguimento: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016)b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação. (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016) § 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)”

já nascem com um potencial vício de inconstitucionalidade ao trazerem novos requisitos negativos, não previstos na Constituição de 1988 (arts. 102, III e 105, III), para que estes recursos de fundamentação vinculada, que impedem inclusive que uma matéria já apreciada pelos Tribunais Superiores em precedentes volte a esses tribunais para viabilizar a superação (*overruling*) do entendimento.

Destacam referidos autores que tal engessamento contraria a garantia do devido processo legal na medida em que impede o acesso aos Tribunais de sobreposição, únicos órgãos competentes para a revisão do entendimento. Argumentam que nem no período mais forte de adoção de precedentes foi adotado tal fechamento argumentativo, muito menos nos Estados Unidos.

2.2.2 *DISTINGUISHING* NO TST

O TST há bastante tempo utiliza a técnica da distinção buscando, ao mesmo tempo, garantir a observância de seus precedentes e a isonomia de suas decisões e, também, possibilitar a realização de justiça no caso concreto, de acordo com as particularidades apresentadas nos novos casos submetidos a julgamento.

Um exemplo pode ajudar a demonstrar a tese aqui defendida. A Orientação Jurisprudencial n.º 245 da SDI-I fixou o seguinte entendimento: “OJ-SDI1-245 REVELIA. ATRASO. AUDIÊNCIA. Inserida em 20.06.01 Inexiste previsão legal tolerando atraso no horário de comparecimento da parte na audiência.”

A redação direta da Orientação firmada parece não comportar exceções ao seu texto imperativo. Todavia, seria justo ou mesmo atenderia ao espírito do entendimento consolidado a aplicação da confissão à parte que chegasse, por exemplo, um ou dois minutos atrasada, antes mesmo do registro dos presentes, da tentativa conciliação obrigatória ou início da instrução processual?

Por outro lado, uma vez chegando a conclusão de que o reconhecimento de revelia nestes casos de ínfimo atraso representaria o mais completo afastamento do sentido ético

de justiça, a Orientação Jurisprudencial deveria ser cancelada? Seria o caso de revogá-la ou estabelecer um *distinguishing*? Antes de responder a estas indagações, façamos um resgate histórico.

A súmula de jurisprudência uniforme foi criação do Ministro Vitor Nunes Leal no âmbito do STF, por emenda ao Regimento, publicada em 30.8.63, tendo sido qualificada como *método* destinado a ordenar e facilitar a tarefa judicante. Posteriormente, passou a ser adotada nos demais Tribunais Superiores e Estaduais.⁹⁷

Coerente com a sua finalidade de garantir a segurança jurídica e evitar novas discussões sobre matéria já decidida, NUNES LEAL defendia a impossibilidade de interpretação da Súmula:⁹⁸

46. Cuidando ainda da *Súmula* como método de trabalho - aspecto em relação ao qual seria até indiferente o conteúdo dos seus enunciados - é oportuno mencionar que estes não devem ser *interpretados*, isto é, *esclarecidos* quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a *Súmula* é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal.

47. A *Súmula* deve, pois, ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer dubiedade, para que não falhe ao seu papel de expressar a inteligência dada pelo Tribunal. Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da *Súmula*, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na *Súmula* com outro número.

Com efeito, a organização da jurisprudência em súmula representou um grande avanço para a época, não apenas como método de facilitação de julgamentos, mas também como forma de sinalizar aos jurisdicionados qual era a jurisprudência do STF. Todavia, é impossível desvincular as súmulas dos fatos considerados materialmente relevantes nos julgamentos que deram origem a sua criação. Nos países da *common law*, os precedentes são sempre ligados a um caso concreto.

⁹⁷ LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da 'Súmula do STF'*. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. Acesso em 09/01/16.

⁹⁸ *Ibidem*.

Assim, em situações particulares, o TST tem decidido que pequenos atrasos e sem prejuízo à instrução processual não justificam o reconhecimento da confissão da parte atrasada, sem que isso acarrete a necessidade de alteração do entendimento firmado como regra geral. Neste sentido, confirmam-se os julgados abaixo:

EMBARGOS. REVELIA. ATRASO DE TRÊS MINUTOS NA AUDIÊNCIA. Não há se falar em contrariedade aos termos da OJ 245 da c. SDI, nos termos do art. 894, II, da CLT, pois não se depreende que a c. Turma tenha simplesmente desrespeitado os seus termos, mas sim equacionado o tema levando em consideração caso concreto em que houve ínfimo atraso, em momento em que nenhum ato processual fora praticado, e observando a nuance específica do caso. Não há como conhecer do apelo por contrariedade aos termos da referida OJ, sem que a parte logre demonstrar divergência jurisprudencial na apreciação da matéria, levando em consideração as mesmas premissas fáticas registradas pela c. Turma. Embargos não conhecidos' (TST - SBDI-1 - E-RR – 202900-52.2007.5.12.0006 - Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga - DEJT 06/08/2010).

EMBARGOS - INTERPOSTOS POSTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007 - REVELIA E CONFISSÃO FICTA - ATRASO DA RECLAMADA À AUDIÊNCIA INAUGURAL - COMPARECIMENTO ANTES DA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO - INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 245 DA SBDI-1. 1. Trata-se de hipótese em que o preposto da Reclamada compareceu com atraso de 7 (sete) minutos à audiência inaugural, já iniciado com a presença do advogado. 2. O preposto ingressou na sala antes da tentativa de conciliação, participando da audiência até seu término, quando assinou a ata. 3. O MM. Juiz rejeitou o pedido da Reclamante de aplicação da pena de revelia e confissão e não registrou que o comparecimento tardio do preposto tenha causado prejuízo à audiência ou retardado ato processual. 4. Conquanto a Orientação Jurisprudencial nº 245 desta C. Subseção oriente no sentido de que -inexiste previsão legal tolerando o atraso no horário de comparecimento da parte na audiência-, tal entendimento deve ser conjugado com os princípios da informalidade e da simplicidade, que regem o processo do trabalho. 5. Valorização do ato praticado pelo magistrado de primeira instância. Embargos não conhecidos' (TST - SBDI-1 - E-RR - 28400-60.2004.5.10.0008 – Redatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi - DEJT 08/06/2012).

CONFISSÃO FICTA. ATRASO ÍNFIMO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. Não obstante o entendimento contido na Súmula n.º 74 e na Orientação Jurisprudencial n.º 245 da SBDI-I, o ínfimo atraso à audiência, como na hipótese dos autos - 2 (dois) minutos após as partes serem apregoadas -, não enseja a incidência do entendimento contido nos referidos enunciados. 2. Comprovado que o

atraso deu-se por reduzido lapso temporal, bem como que não acarretou qualquer tipo de prejuízo às partes, não há falar em aplicação da confissão ficta. Precedentes desta Corte superior. 3. Recurso de revista não conhecido. (TST - 1ª Turma - RR - 143000-26.2008.5.03.0016 - Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa - DEJT 14/12/2012).

Noutro exemplo de correta utilização da técnica do *distinguish*, diante das particularidades do caso concreto, o TST afastou a aplicação do entendimento da desconsideração dos minutos residuais da Súmula 366 diante da determinação do empregador para a chegada antecipada do trabalhador, conforme julgado abaixo:

MINUTOS RESIDUAIS. DETERMINAÇÃO DE CHEGADA 10 MINUTOS ANTES DO INÍCIO EFETIVO DA JORNADA, PARA REUNIÃO. PERÍODO NÃO REGISTRADO NOS CONTROLES DE FREQUÊNCIA. SÚMULA Nº 366 DO TST. TÉCNICA DO *DISTINGUISHING*. A controvérsia se restringe à incidência do entendimento consagrado na Súmula nº 366 desta Corte ao caso em que o empregado era obrigado, por ordem do empregador, a chegar 10 minutos antes do seu horário regular sem o registro desse período nos controles de frequência. Eis o teor do referido verbete sumular com a nova redação conferida pela Resolução nº 197/2015: "CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, pois configurado tempo à disposição do empregador, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal, etc)."Esse entendimento foi construído pela interpretação dos artigos 4º e 58, § 1º, da CLT, que dispõem, respectivamente:"Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite. § 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários".Os cinco minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho não constituem horas em sobrejornada, levando-se em consideração o fato de que o empregado necessitaria de um tempo considerado razoável para a execução da obrigação prevista no artigo 74, § 2º, da CLT, anotando a

hora de entrada e de saída em registro manual, mecânico ou eletrônico, bem como se preparando para o trabalho com troca de uniforme. O atual entendimento deste Tribunal é de que os períodos que antecedem e sucedem a efetiva prestação de trabalho devem ser considerados tempo à disposição do empregador, nos termos do artigo 4º da CLT, e, se ultrapassado o limite de 10 minutos diários, deve ser considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, sendo irrelevante a natureza das atividades prestadas pelo empregado nesse período. É incontroverso nos autos que o reclamante chegava 10 minutos mais cedo ao local de trabalho, por ordem do empregador, e esse período não era computado na jornada de trabalho. Eis o trecho correspondente da decisão regional, no particular: "O caso em exame é sobremaneira diverso. O que se deferiu ao reclamante foi o tempo que ele era, comprovadamente, obrigado a chegar antes do horário regular, e que era despendido em atividades tipicamente laborais, tempo esse que - aqui reside a impossibilidade de aplicação do art. 58, § 1º da CLT na hipótese, não era registrado nos cartões de ponto. A irregularidade, portanto, foi dupla: primeiramente, consistiu na imposição patronal de chegada antecipada habitual ao trabalho, e em segundo lugar, não se permitiu ao obreiro o registro desse tempo de trabalho. As hipóteses tratadas no art. 58 da CLT, § 1º, e na Súmula 366 do TST, são, portanto, diversas do que se verificou in casu". Verifica-se, pois, que o reclamante prestava serviço efetivo antes do início da sua jornada de trabalho, não tratando-se de mero tempo à disposição do empregador, e que esse período não era registrado nos controles de frequência. A conduta da reclamada importa, inequivocamente, em violação do princípio da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422 do Código Civil, que deve nortear as relações trabalhistas. O preceito exige conduta com honestidade e lealdade para preservar a confiança da outra parte da relação jurídica. Não se vislumbra respeito a esse postulado na conduta patronal de exigir apresentação prematura ao local de trabalho do seu empregado, para o exercício de atividades laborais, sem o cômputo desse período nos registros de horário nem contraprestação remuneratória, beneficiando-se da disponibilidade do trabalhador, e, em juízo, invocar o entendimento pacificado pela Súmula nº 366 desta Corte em seu proveito. A correta aplicação de entendimento consagrado em enunciado de súmula de jurisprudência requer o cotejo das circunstâncias que ensejaram a edição do precedente, de modo a se concluir pela absoluta identidade fática que possibilite a incidência da mesma interpretação. Assim, diante da hipótese dos autos, não é possível aplicar o entendimento consagrado na Súmula nº 366 desta Corte, porquanto há uma especificidade fática do caso vertente, apta à aplicação da técnica decisória do *distinguishing*. Com efeito, o objetivo da Súmula referida é proteger a jornada regular de trabalho do empregado diante das peculiaridades da rotina laboral, desconsiderando tempo razoável antes do início ou após o término do labor, limitado, porém, a dez minutos diários, para não haver ampla liberdade e, conseqüentemente, o esvaziamento das normas relativas à proteção da jornada diária de trabalho. Nessa senda, diante da hipótese em que há aparente confronto à Súmula, mas a particularidade do caso o torna distinto do contexto fático que ensejou o precedente, revelando afronta aos preceitos éticos vigentes

no ordenamento jurídico, o entendimento contido no verbete não pode ser aplicado, sob pena de convalidar violação do princípio da boa-fé objetiva, o que não é o escopo da Súmula. Logo, no caso dos autos, é evidente a distinção fática com a situação que ensejou a edição do enunciado sumular, havendo inequívoco vício de eticidade na conduta patronal, fazendo-se mister repelir a aplicação da Súmula nº 366 desta Corte. Ressalte-se, por fim, que a tolerância desta Súmula não é de 10 minutos seguidos, mas sim de cinco no início e de cinco no final da jornada. Nesse contexto, a decisão regional, ao manter a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras decorrentes dos minutos que antecediam a jornada de trabalho para a realização de reunião, não afronta o verbete sumular nº 366 desta Corte, mas, ao contrário, confere efetividade ético-jurídica ao entendimento nele consagrado e às normas que regem a jornada de trabalho. Recurso de revista não conhecido. (RR 8457220105030131 Orgão Julgador 2ª Turma Publicação DEJT 01/07/2015 Julgamento 24 de Junho de 2015 Relator José Roberto Freire Pimenta).

A partir destes exemplos, fica claro que os entendimentos firmados pelo TST, ainda que no âmbito de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, não dispensam uma dose de atividade interpretativa, tampouco podem ser lidos de forma desvinculada dos precedentes e fatos materiais que lhe deram origem.

2.3 TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE: *OVERRULING* (TOTAL) E *OVERRIDING* (PARCIAL)

O *overruling* é a técnica utilizada para a superação de um precedente que perde sua força e é substituído por um novo entendimento. Por sua vez, *overriding* é a revogação parcial do precedente. A possibilidade de mudança de entendimento integra o sistema de precedentes, pois decorre de um imperativo de justiça e da necessidade de atualização do direito. A estabilidade pretendida pelo precedente não impede a alteração do entendimento, todavia, não autoriza a alteração injustificada desse entendimento.

Conforme contundentes exemplos de THEODORO JR., NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud,⁹⁹ caso fosse impossível a modificação de entendimento, até hoje existiria segregação racial nos EUA, pois *Plessy vs Ferguson* (1896) não teria sido superado por *Brown vs Board of Education of Topeka* (1954/1955) e no Brasil a união de pessoas do mesmo sexo não seria ceita (ADPF 132).

A nova orientação do tribunal pode ser adotada de forma expressa (*express overruling*) ou de modo implícita (*implied overruling*), ou seja, por meio de uma nova decisão contrária a posição anterior, sem a sua expressa revogação.

No atual ordenamento processual brasileiro, verifica-se uma tendência para a admissão somente do *express overruling*, tendo em vista a necessidade de fundamentação específica para substituição da orientação jurisprudencial anterior, conforme art. 896-C da CLT e art. 927, §4º do CPC.¹⁰⁰ Além disso, o direito brasileiro estabelece técnicas para superação de forma expressa dos precedentes, por exemplo, para revisão de súmulas vinculantes, conforme art. 103-A, §2º da Constituição Federal, Lei n.º 11.417/06 e regimento interno do STF.

Sob outro enfoque, a modificação do entendimento deve possuir uma justificação adequada, com um maior ônus argumentativo, não podendo ocorrer de forma aleatória, simplesmente em decorrência de modificação da composição do órgão julgador ou da alteração do entendimento de seus integrantes. O precedente também possui uma vinculação horizontal.¹⁰¹ Conforme observa PERRONE,¹⁰²

⁹⁹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 3ª Ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2016, pág. 385.

¹⁰⁰ Art. 896-C, § 17 da CLT: “Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.” Art. 927, § 4º do CPC: “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.”

¹⁰¹ Art. 926 do CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

¹⁰² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes e vinculação. Instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370/44673>. Acesso em 10/03/16.

(...) o trabalho com tais idéias e com a decisão sobre a revogação ou não de precedentes se centra, no cotejo do acerto, desacerto, inconveniência ou obsolescência do precedente que se pretende revogar, portanto, de sua *(in)congruência social* e/ou de sua *(in)consistência sistêmica*, justamente com os dois valores principais que justificam a adoção de precedentes com efeitos vinculantes: (a) *segurança jurídica/proteção* da confiança dos cidadãos; e (b) *isonomia*.

Assim, destaca referida autora, exemplificativamente, como razões que autorizam ou justificam o *overruling*¹⁰³:

(a) a *desfiguração do precedente por distinções arbitrárias*, efetuadas pelos juízes vinculados como uma forma de insubordinação tácita/velada, contra a aplicação de um precedente (normalmente por perceberem o precedente como injusto ou incorreto);

(b) *precedentes inexequíveis na prática porque a regra não é capaz de oferecer uma orientação segura*, a exemplo do que ocorre caso se utilizem na formulação da regra vinculante conceitos vagos sem o estabelecimento de pautas suficientes à sua determinação;

(c) a *compreensão atual do precedente como injusto/incorreto*, inclusive em virtude de alterações culturais, políticas, sociais, econômicas ou tecnológicas;

(d) a *superveniência de lei* em sentido contrário;

(e) uma *alteração da "filosofia jurídica" da corte vinculante*.

Um sistema de precedentes não impede o desenvolvimento do Direito, desde que verificada a correta utilização de ferramentas que autorizam o estabelecimento de distinções e a revogação de precedentes. Aliás, são exatamente estes mecanismos que vão garantir um desenvolvimento ordenado do direito, exigindo da jurisprudência uma argumentação a partir de decisões anteriores que não podem ser simplesmente desconsideradas, como se nunca tivessem existido. Na *common law*, portanto, o precedente não nasce pronto e acabado, mas vai sendo desenvolvido aos poucos, justamente a partir do

¹⁰³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes e vinculação. Instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370/44673>. Acesso em 10/03/16.

estabelecimento de distinções e argumentos das partes. O precedente é o início da discussão e não necessariamente o seu fim.

2.3.1 OVERRULING DIFUSO E OVERRULING CONCENTRADO

A superação de um precedente pode ocorrer de forma difusa ou concentrada. O *overruling* difuso pode ser verificado em qualquer processo cuja solução permita ao tribunal a superação do precedente. É a regra geral nos países da *common law* e também no Brasil anteriormente à Lei n.º 13.015/14 e o CPC de 2015, possuindo a vantagem de possibilitar que qualquer sujeito contribua para a revisão de um entendimento jurisprudencial.¹⁰⁴

Por sua vez, o *overruling* concentrado é realizado por meio de procedimento autônomo, instaurado com a finalidade de revisar um entendimento consolidado. No Brasil, o exemplo mais claro é o pedido de revisão da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no art. 986 do CPC.¹⁰⁵ Também é o que ocorre com o procedimento para revisão de súmulas vinculantes do STF, conforme art. 103-A, §2º da Constituição Federal, Lei n.º 11.417/06 e regimento interno do STF, e deverá ser verificado para a “revisão da decisão firmada no julgamento de recursos repetitivos” (art. 896-C, §17 da CLT). Finalmente, na forma do novo §3º acrescentado ao art. 702 da CLT pela Lei n.º 13.467/17, restou fixado um procedimento específico e que dificultará bastante a revisão de súmulas do TST:

Art. 702. § 3º As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 510.

¹⁰⁵ Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

2.3.2 FUNDAMENTAÇÃO DO *OVERRULING*

O *overruling* para a alteração de enunciado de súmula, jurisprudência dominante (pacificada) e do precedente oriundo do julgamento de casos repetitivos dependerá de fundamentação adequada e específica, conforme as normas do art. 927, § 4º do CPC e art. 896-C, §17 da CLT que exigem uma justificativa de ordem econômica, social ou jurídica para a “revisão da decisão firmada no julgamento de recursos repetitivos”.¹⁰⁶ Tendo em vista os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, a modificação do entendimento dependerá de um maior ônus argumentativo, inclusive com argumentos novos e suficientes para justificar o *overruling*.

Como visto no tópico anterior, as hipóteses mais comuns de superação do precedente envolvem o seu anquilosamento diante dos fatos sociais, manifesta situação de injustiça ou incorreção e impossibilidade de execução.

A superação da tese jurídica na forma do art. 896-C, § 17 da CLT somente pode ser realizada pelo TST, uma vez que os demais tribunais e juízes não podem modificar o entendimento de órgão superior, tendo em vista o caráter hierarquizado existente num sistema de precedentes.

Outra hipótese de não aplicação do precedente é verificada com a superveniência de lei nova que seja com ele incompatível. Nestes casos, diante da alteração da situação jurídica, qualquer juiz pode deixar de aplicar o precedente, independentemente de um maior ônus argumentativo ou de confronto do novo entendimento com o princípio da segurança jurídica. Aqui, fica claro que o precedente não é lei, mas somente o resultado de sua interpretação diante de casos concretos, em determinado momento histórico.

¹⁰⁶ Na forma do art. 702 da CLT, através da redação conferida pela Lei n.º 13.467/17, foram estabelecidos uma série de requisitos para o estabelecimento e alteração de súmulas. Assim, ao Tribunal Pleno compete: “f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.”

2.3.3 SIGNALING E ANTECIPATORY OVERRULING

Signaling e *antecipatory overruling* são técnicas que possuem em comum a finalidade de garantir a evolução do direito.

A superação total do entendimento de um precedente na maior parte das vezes não ocorre de forma abrupta. Ao contrário, o entendimento do precedente passa a ser alvo de superações parciais, com o reconhecimento de exceções que vão minando a sua força. A superação parcial do precedente é conhecida como *overriding*.

Até mesmo diante das dificuldades de se estabelecer a modalidade de eficácia temporal de revogação do precedente, existe uma técnica preparatória chamada sinalização (*signaling*) por meio da qual o tribunal anuncia que um determinado precedente poderá ser modificado. A Corte sinaliza que o conteúdo do precedente está errado e deve ser superado mas, em nome da segurança jurídica, afirma apenas a sua perda de consistência. Não há dúvida. A superação não é apenas uma possibilidade. O *overruling* não é aplicado em nome da segurança jurídica.

A sinalização não pode ser confundida com o *antecipatory overruling*, técnica utilizada quando as cortes inferiores acreditam em grande possibilidade de revogação do precedente e se antecipam, revogando-o. A mudança de jurisprudência efetivamente ocorre de fato, mas não de direito, uma vez que somente poderá falar-se em *overruling* no caso da Corte superior confirmar a mudança de entendimento.

2.3.4 A EFICÁCIA TEMPORAL DA REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE

A regra de eficácia temporal da revogação de um precedente é retroativa. A atribuição de efeitos meramente prospectivos à decisão judicial é a exceção, conforme deixam claro o art. 896-C da CLT, art. 927, §4º do CPC e art. 27 da Lei n. 9.868/98.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Lei n.º 9.868/98, Art. 27. 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

Segundo DIDIER,¹⁰⁸ ao menos duas razões justificam a não equiparação da revogação de um precedente à revogação de uma lei: a) a legislação possui um momento certo de revogação, ao contrário do precedente cujo valor normalmente é perdido aos poucos, em decorrência de diversos fatores; b) a regra da irretroatividade para os textos normativos representa uma limitação à discricionariedade legislativa; por sua vez, a revisão de um precedente é sempre dependente de um ônus argumentativo que justifique sua revisão por não mais se adequar à realidade social.

A revogação do precedente com efeitos meramente prospectivos é admitida pela legislação brasileira como uma forma de garantir segurança e realizar o princípio da confiança, muito embora não possa prescindir de uma fundamentação adequada. Todavia, como adverte DIDIER é preciso ter cuidado com a sua utilização na medida em que representa exceção à regra geral de estabilidade da jurisprudência.¹⁰⁹

A fixação da revogação com regra prospectiva acabaria por facilitar ainda mais o *overruling* de precedentes, especialmente no Brasil, em que um dos desafios do *stare decisis* é a estabilização do posicionamento dos tribunais superiores. Como mencionado anteriormente, tanto nos EUA, como na Inglaterra, a estabilidade jurisprudencial é muito maior. E há de se perceber que, nos EUA, o tratamento da modulação de efeito é vacilante e, na Inglaterra, sequer é admitida, no que lhes impõe um maior cuidado para a revogação de precedentes e talvez seja um dos fatores que faça com que a alteração jurisprudencial seja mais rara nesses países.

2.3.4.1 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO REVISORA E O JULGAMENTO ALERTA

A decisão que altera a jurisprudência dominante pode ser realizada num processo específico para a superação de uma súmula ou pode ser adotada em processo difuso, como evolução do pensamento do tribunal.

eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁰⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 513.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 513.

A definição sobre a eficácia da decisão que altera a jurisprudência dominante é de extrema importância, restando definir se a mudança de entendimento possui apenas efeito prospectivo (*ex nunc*) ou se teria também efeitos retroativos (*ex tunc*), alcançando fatos anteriores ao novo posicionamento. Ainda que não se trate de jurisprudência vinculante, o exame da questão demanda cautela tendo em vista as legítimas expectativas dos jurisdicionados que orientam o seu comportamento diante das decisões dos tribunais.

Nos termos do art. 896, § 17 da CLT: “Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.”¹¹⁰

Assim, como forma de se resguardar a estabilidade das relações constituídas com fundamento no antigo posicionamento, o Tribunal pode adotar para o caso concreto e para aqueles pendentes de julgamento o entendimento já consolidado, deixando sinalizado o novo entendimento para as situações futuras.

A questão temporal do novo entendimento fica ainda mais complexa quando se verifica que as eficácias do *overruling* não se limitam ao *ex tunc* e *ex nunc*.¹¹¹ DIDIER, por exemplo, traz a seguinte classificação doutrinária:¹¹²

a) aplicação retroativa pura, em que o novo entendimento abrange os fatos passados, inclusive aqueles relativos a decisões transitadas em julgado, com a possibilidade de utilização de ação rescisória.

¹¹⁰ No mesmo sentido, estabelece o art. 927, §3º do CPC que: “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.”

¹¹¹ Veja-se a abertura garantida ao STF para definição dos efeitos de sua decisão em controle concentrado, seja “a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, conforme art. 27 da Lei n. 9.868/98.

¹¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 519.

- b) aplicação retroativa clássica, em que o tribunal irá aplicar a sentença aos fatos ocorridos antes da formação do novo precedente, exceto aos que já transitaram em julgado;
- c) aplicação prospectiva pura, quando o novo precedente se aplica apenas aos fatos posteriores, sequer sendo aplicado às partes litigantes;
- d) aplicação prospectiva clássica, aplicando-se apenas aos fatos novos, com a exceção das partes no caso concreto, abrangidos pelo novo precedente e
- e) aplicação prospectiva a termo, em que o tribunal fixa uma data ou condição para a eficácia do precedente.

A diversidade de eficácias traz uma grande dificuldade de padronização quanto à decisão de modulação do novo entendimento,¹¹³ com a devida fundamentação. A providência deve ser verificada caso a caso, uma vez que cada modalidade temporal de revogação de precedentes traz vantagens e desvantagens.

Poderia ser argumentado que a aplicação como regra geral da eficácia prospectiva pura ou da revogação prospectiva a termo acarretaria uma maior segurança jurídica. Todavia, não menos certo é que esta postura acabaria por desestimular as partes a litigarem pela mudança do precedente, uma vez que o novo entendimento não lhes seria aplicável. Somente litigantes habituais poderiam se beneficiar da mudança meramente prospectiva, no caso de continuarem em situações semelhantes.¹¹⁴

A aplicação prospectiva clássica poderia incentivar as partes a lutarem pela superação do precedente, uma vez que seriam beneficiadas pelo novo entendimento. Por outro lado, apenas o recurso em que verificada a mudança do precedente seria beneficiado.

¹¹³ Confira-se, a título de exemplo, a modulação dos efeitos realizada no primeiro julgamento sob o rito do recurso de revista repetitivo (Tema 2): “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.”

¹¹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 518.

Tendo em vista que os outros recursos seriam decididos com base no entendimento anterior, verifica-se a incorreção de relegar a uma questão de sorte a utilização do novo precedente.

Por sua vez, CABRAL¹¹⁵ defende o uso da técnica do julgamento-alerta, por meio de um anúncio público sobre a possível alteração do entendimento consolidado, restando preservada a confiança e iniciada uma transição entre o entendimento atual e o novo. A técnica do julgamento alerta inicia um debate sobre a correção ou não precedente e é diferente do *signaling*, uma vez que nesta última o precedente já seria considerado superado, mas não aplicado em nome da proteção da confiança.¹¹⁶

Hoje, a segurança jurídica não é mais pensada como petrificação. Aliás, a impossibilidade de modificação do entendimento até mesmo pelo próprio Tribunal Superior dos assentos da Casa de Suplicação portuguesa foi o principal fundamento para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade por meio do célebre julgamento do acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional português.¹¹⁷

¹¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, n. 221.

¹¹⁶ O julgamento-alerta foi objeto do Enunciado 320 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros.”

¹¹⁷ O Tribunal Constitucional Português, no acórdão n.º 810/93, decidiu: “Julgar inconstitucional a norma do artigo 2.º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115.º, n.º 5, da Constituição.” Dentre os fundamentos do voto, destacam-se: “Julgar inconstitucional a norma do artigo 2.º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115.º, n.º 5, da Constituição. Ora, tanto a eficácia jurídica universal atribuída a doutrina dos assentos, como o seu carácter de imutabilidade, não só se apresentam como atributos anômalos relativamente a forma inicial da sua instituição em 1939, mas também se configuram como formas de caracterização inadequada de um instituto que visa a unidade do direito e a segurança da ordem jurídica. Desde que a doutrina estabelecida no assento apenas obrigue os juízes e os tribunais dependentes e hierarquicamente subordinados aquele que tenha emitido, e não já os tribunais das outras ordens nem a comunidade em geral, deixa de dispor de força obrigatória geral o que representa, no entendimento de Marcello Caetano, a perda automática do valor que é próprio dos atos legislativos (cfr. *ob. loc. Cit.*). Com efeito, desde que o Supremo Tribunal de Justiça, na sequência de recurso interposto pelas partes, disponha de competência para proceder a revisibilidade dos assentos - e não cabe a este Tribunal pronunciar-se sobre os pressupostos e a amplitude do esquema processual a seguir em ordem a concretização desse objectivo - a eficácia interna dos assentos, restringindo-se ao plano específico dos tribunais integrados na ordem dos tribunais judiciais de que o Supremo Tribunal de Justiça e o órgão superior da respectiva hierarquia, perdera o carácter normativo para se situar no plano da mera eficácia jurisdicional e revestir a natureza de simples <jurisprudência qualificada>.” (Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>. Acesso em: 08/01/17)

É necessário evoluir, mas com consistência. Continuidade é uma forma de não bloquear totalmente o desenvolvimento do direito e garantir a segurança. O precedente não é lei, de modo que as partes participam em contraditório da sua formação e aplicação. Pensa-se em segurança-continuidade.

Assim, diante da necessidade de alteração do entendimento, destaca-se o julgamento alerta como um anúncio público da possível mudança do entendimento consolidado. É mesmo uma técnica preventiva de proteção da continuidade jurídica na mudança da jurisprudência.

A Corte anuncia que “duvida” da correção daquele entendimento, preparando os indivíduos que não poderão alegar em processos futuros que pautaram suas condutas no entendimento pretérito. O Tribunal promove o diálogo plural, abrindo-se a manifestações para sua reflexão.

Conforme CABRAL,¹¹⁸ a técnica de sinalização realiza diversas funções: a) os jurisdicionados não mais poderão alegar confiança no entendimento vigente, uma vez que ele estará sob alerta; b) promove um debate público sobre o assunto, inclusive podendo contar com a contribuição de outros tribunais, das partes, da doutrina e da sociedade por meio do *amicus curiae*. (Art. 896-C, § 8º da CLT¹¹⁹ e CPC, art. 927, §2º¹²⁰).

Todavia, a técnica do julgamento alerta não é imune a críticas, argumentando-se que não seria função jurisdicional a mera especulação, de modo que mantida ou confirmada a alteração já teria havido alguma insegurança no mundo jurídico.

Em defesa da técnica, CABRAL¹²¹ destaca que a função jurisdicional contemporânea possui uma preocupação com o resultado do processo para além da eficácia

¹¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, n. 221.

¹¹⁹ CLT, Art. 896-C, § 8º O relator poderá admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.015, de 2014)

¹²⁰ CPC, art. 927, § 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.

¹²¹ CABRAL, Antonio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, n. 221.

inter partes. Mantida, a jurisprudência consolidada ganha nova força e argumentos, devendo a publicidade ser a maior possível, principalmente no *civil law*.

2.3.5 O PROBLEMA DA APLICAÇÃO RETROATIVA DAS SÚMULAS

Ainda que as súmulas do TST não possuam efeitos vinculantes, é certo que os entendimentos consolidados servem como importantes parâmetros para a tomada de decisões pelos trabalhadores e empregadores, bem como para a previsão das consequências jurídicas de seus atos.

Com efeito, não raramente o entendimento consolidado numa súmula e aplicado durante anos é alterado, passando a ostentar sentido totalmente contrário, com inegável prejuízo aos atos jurídicos praticados durante a vigência de orientação anterior.

Confira-se, a título de exemplo, a nova redação do item III (Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005), da Súmula n. 244 do C. TST que passou a reconhecer que “*a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado*”, modificando totalmente o entendimento anterior, em vigor desde o ano de 2000.¹²²

Discordamos de julgamentos do TST que fundamentam a aplicação retroativa de súmulas modificadas sob o argumento de que não se tratam de normas jurídicas, como se verifica nas ementas abaixo transcritas:

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA POR PRESIDENTE DE TURMA. RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. GESTANTE. GARANTIA PROVISÓRIA. CONTRATO A PRAZO DETERMINADO - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. SÚMULA N.º 244, III, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. APLICAÇÃO RETROATIVA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA Nº 337, I E IV, DESTA CORTE UNIFORMIZADORA. 1. Afigura-se

¹²² “III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-I - inserida em 08.11.2000)”

inviável o processamento dos embargos, por divergência jurisprudencial, quando a parte deixa de observar os requisitos formais necessários à transcrição válida de arestos para cotejo, consagrados na Súmula n.º 337, I, a, e IV, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. De outro lado, O princípio da irretroatividade das leis, consagrado no artigo 5º, XXXI, da Constituição da República, não se aplica a verbete de súmula de jurisprudência uniforme desta Corte superior. A edição de súmulas e orientações jurisprudenciais por esta Corte uniformizadora não é atingida pela limitação temporal própria das leis. 3. Tem-se, assim, que a aplicação da nova redação da Súmula n.º 244 desta Corte superior não se submete às regras de direito intertemporal, visto que a edição de súmula desta Corte é consequência da exegese da lei. 4. Proferida a decisão pela Turma em sintonia com o disposto na Súmula n.º 244, III, desta Corte uniformizadora, no sentido de que "a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado", resulta incabível o recurso de embargos. 5. Agravo a que se nega provimento. (Ag-E-Ag-ED-RR - 779-43.2011.5.09.0664 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 26/03/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 10/04/2015)

AGRAVO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA SÚMULA 244, III. NÃO CONHECIMENTO. (...) Ademais, a nova redação do item III da Súmula n.º 244 pode ser aplicada de forma retroativa, atingindo o caso dos autos, uma vez que os verbetes jurisprudenciais não se sujeitam às regras de aplicação da lei no tempo. Desse modo, não há falar em afronta ao ato jurídico perfeito. Incólume o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Agravo a que se nega provimento." (Ag-AIRR - 1605-08.2013.5.10.0103, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 11/11/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/11/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. (...) INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA SÚMULA Nº 438 DO TST. 1. Os enunciados jurisprudenciais não se sujeitam às regras de aplicação da lei no tempo, aplicando-se até mesmo aos fatos ocorridos em momento anterior à sua publicação. 2. Nesses termos, a matéria sumulada não constitui inovação ao ordenamento jurídico, razão pela qual não há que se cogitar em ofensa ao dispositivo constitucional indicado, de sorte que é inviável o trânsito do recurso de revista, nos termos do art. 896, alínea "c", da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento." (AIRR - 558-15.2013.5.24.0101 , Relator Desembargador Convocado: André Genn de Assunção Barros, Data de Julgamento: 11/02/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015)

Isto porque, independentemente da função criadora ou não do direito pela jurisprudência, o certo é que a decisão judicial acaba acrescentando algo à regra jurídica, atribuindo-lhe sentido a partir de situações concretas.¹²³ Diante de mudanças repentinas de entendimentos e da própria função do direito de garantir estabilidade social, concorda-se com o posicionamento de MALLETT¹²⁴ no sentido de que

(...) tal como não pode a lei nova comprometer o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, a mudança da jurisprudência não deve ser aplicada, indiscriminadamente e sem ressalvas, de forma retroativa, de modo a frustrar expectativas legitimamente criadas ou a infirmar comportamentos induzidos pelas decisões anteriores dos tribunais.

2.3.6 OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS DO CAPÍTULO: PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA

Antes de terminar o presente capítulo, restam firmar as principais diferenças entre precedente, jurisprudência e súmula, figuras que sempre tiveram papéis muito distintos nos países de tradição da *civil law* e da *common law*. Os termos jurisprudência e precedente não são sinônimos. Muito embora utilizados indistintamente pelos operadores do direito, a doutrina enxerga nestas expressões importantes diferenças qualitativas e quantitativas.

Do ponto de vista quantitativo, o precedente refere-se ao julgamento de um caso específico, através do qual é possível extrair uma regra universalizável e que possa ser

¹²³ Conforme MALLETT, “(...) mesmo na mais simples e limitada interpretação de normas pré-existentes há sim – e inevitavelmente – atividade criativa. A decisão judicial, qualquer que seja, sempre acrescenta algo à norma aplicada...” (MALLETT, Estêvão. *A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?* Disponível em: https://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1511042. Acesso em: 08/01/17.)

¹²⁴ MALLETT, Estêvão. *A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?* Disponível em: https://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1511042. Acesso em: 08/01/17.

aplicada aos casos futuros. Na família da *common law*, uma única decisão é suficiente para a formação de um precedente.

Ao contrário, nos países da *civil law*, tradicionalmente a jurisprudência é considerada apenas uma fonte indireta ou secundária de direito, não possuindo a força obrigatória de uma fonte formal primária, reservada preponderantemente à lei. A jurisprudência, assim, refere-se a uma série de decisões, proferidas a partir de diversos casos concretos. Quando a jurisprudência passa a ser uniforme pode dar origem a um enunciado de súmula do tribunal. Segundo o art. 926, § 1º do CPC a edição de súmula da jurisprudência dominante é um dever nos tribunais. Dessa forma, tem-se uma escala evolutiva, na qual a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral), de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.¹²⁵

No que diz respeito ao aspecto qualitativo, os precedentes somente podem ser compreendidos a partir da relação estabelecida entre os fatos concretos do caso e o direito. A aplicação do precedente é verificada por meio de uma comparação entre os fatos do caso precedente e os fatos do processo atual. A partir de um raciocínio fundamentado na comparação de fatos, é o juiz do caso sucessivo que vai dizer se existe ou não o precedente, podendo ser extraída da *ratio decidendi* do julgado anterior para fundamentar a decisão do caso atual.

Sob outro enfoque, a súmula da jurisprudência uniforme possui mecanismo de atuação bastante diverso na medida em que, na grande maioria das vezes, não parte da análise comparativa de fatos. O objeto dos enunciados da súmula são as regras jurídicas e não os fatos. O enunciado faz uma interpretação da norma em abstrato e elabora uma enunciação geral, de caráter normativo. Por isso mesmo, os livros de súmulas e enunciados mais parecem uma explicitação de sentido dos códigos legais do que um direito jurisprudencial propriamente dito.

Aliás, entre os principais argumentos daqueles que sustentam a eficácia apenas persuasiva dos precedentes, destaca-se o problema como é realizado o direito

¹²⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 500.

jurisprudencial nos países de tradição de *civil law*.¹²⁶ Nesse sentido, TARUFFO¹²⁷ adverte que:

(...) em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma *regra geral*.

É muito grande a diferença entre a utilização de precedente, súmula e da jurisprudência, estas duas últimas entendidas apenas de forma persuasiva, por refletir o entendimento dominante do tribunal reproduzido em inúmeros julgados. Na argumentação por meio de precedentes, verificada a identidade fático jurídica do caso precedente e atual, chega-se a própria decisão do tribunal e não a meras tendências.¹²⁸

Por isso mesmo, nos países da *common law*, as discussões do processo costumam concentrar-se no estabelecimento de diferenças em relação ao caso já decidido (*distinguish*), porque uma vez verificada a similitude de situações fáticas será aplicada a regra do *stare decicis*. Conforme ZANETI JR.:¹²⁹

(...) trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts* somados a solução jurídica dada para o caso) com o caso atual. Por esta razão não se confundem com a jurisprudência, pois não se traduzem em tendências do tribunal, mas da própria decisão (ou decisões a respeito da matéria).

¹²⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 304.

¹²⁷ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>>. Acesso em: 23/06/16.

¹²⁸ Ibidem, p. 305.

¹²⁹ Ibidem, p. 305.

O enunciado da súmula vai traduzir a tese jurídica reiteradamente aplicada através de uma forma escrita e sintética. Conforme art. 926, § 2º, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, de modo a assegurar que a tese jurídica somente seja aplicada a fatos semelhantes aos que originaram os precedentes da súmula.

A decisão que origina o precedente é construída no curso de um procedimento judicial regido pelo princípio do contraditório, com a participação das partes e obrigatoriedade de fundamentação. Todavia, o mesmo não ocorre com o enunciado de súmula que na sua elaboração não conta com a presença democrática e legitimadora das partes que figuraram no processo de origem do precedente, conforme destaca MARINONI.¹³⁰

A argumentação por meio de um precedente exige que sejam consideradas as circunstâncias fáticas de sua construção. A súmula, preocupada com a adequada limitação de um enunciado normativo, distancia-se das situações de fato subjacentes à sua construção, dificultando sua correta aplicação.

Releve-se, finalmente, que a *ratio decidendi* nasce sempre a partir de um caso concreto. Assim, mesmo os enunciados sumulados, necessariamente, devem possuir características diferentes do direito legislado. A *ratio decidendi* não deve conter termos vagos, mas redação clara e precisa que facilite a sua aplicação futura. Concebida com a finalidade de dar concretude a termos vagos e abertos do direito legislado, seria um contrassenso o precedente escrito com conceitos abstratos.¹³¹ Todavia, esta técnica não foi observada na elaboração da súmula vinculante n. 11 do STF, cujo extenso enunciado é

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 216/217. Neste ponto, vale ressaltar que o novo §3º acrescentado ao art. 702 da CLT pela Lei n.º 13.467/17, estabeleceu um procedimento específico e complexo para a revisão de súmulas do TST: “§ 3º As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.”

¹³¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodvim, 2016, p. 503.

permeado de expressões tão vagas que mais parece um texto de lei do que um precedente oriundo do julgamento de um caso concreto, dificultando a sua aplicação.¹³²

¹³² O C. STF já decidiu, por exemplo, que: "Não é possível admitir-se, em reclamação, qualquer dúvida a respeito das questões de fato apontadas pela juíza para determinar o uso das algemas durante a realização das audiências". (Rcl, Relatora Ministra Ellen Gracie, Decisão Monocrática, julgamento em 28.10.2008, *DJe* de 6.11.2008)

3. LITIGIOSIDADE DE MASSA E O JULGAMENTO POR CAUSA PILOTO

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO: O PROBLEMA DAS DEMANDAS REPETITIVAS E O PROCESSO CIVIL CLÁSSICO

A consequência natural de uma sociedade de massas é a existência de demandas similares, principalmente nas áreas trabalhista, direito do consumidor, tributário, servidor público entre outras. O recebimento de respostas totalmente diferentes para demandas análogas revela indícios de injustiça. Ainda que o estabelecimento de um conceito de justiça seja uma das tarefas mais difíceis da filosofia do Direito, o certo é que a isonomia no tratamento de casos similares é um dos seus critérios mais importantes e presentes em qualquer definição que se pretenda estabelecer.

O processo tradicional pensado para a resolução de conflitos singulares, a partir da individualização da norma para cada caso e suas questões particulares, não tem se mostrado adequado para a resolução destes conflitos seriados, nos quais predominam as questões comuns.

Além disso, seria até desnecessário destacar que a estrutura judiciária brasileira não está preparada para esta enxurrada de ações em série, sendo necessária uma racionalização do trabalho sob pena de inviabilização do acesso à justiça. Conforme NUNES,¹³³

O processo civil clássico, de bases essencialmente individuais, demonstrou-se incapaz de contingenciar essa explosão de demandas isomórficas. Por outro lado, as ações coletivas, embora constituam importante evolução para a tutela de direitos coletivos, não se mostraram, por si só, ainda, na prática e dentro da realidade brasileira, suficientes em conferir à litigiosidade repetitiva exaustiva tutela, especialmente em razão

¹³³ NUNES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil; Acesso em 29/07/16.

do sistema brasileiro de extensão dos efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis*, da possibilidade de ajuizamento concomitante de ações individuais e da restrita legitimação ativa.

Importa notar que a litigiosidade repetitiva não é um problema exclusivamente brasileiro, mas enfrentado até mesmo em países de tradição da *common law*, nos quais vigora o sistema de precedentes. A introdução no processo civil da Inglaterra e País de Gales das ordens de litígio em grupo (GLO)¹³⁴ para o gerenciamento de causas repetitivas, em 1999, fundamenta conclusão no sentido de que a observância de precedentes não impede a explosão de demandas seriadas. Importante, aqui, algumas conceituações.

3.1.1 INSUFICIÊNCIA DO REGRAMENTO ATUAL BRASILEIRO DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS DE MASSA

A preocupação com o tratamento da litigiosidade repetitiva no Brasil não é recente e remonta o século passado, tendo em vista o microssistema de processo coletivo inaugurado por meio das Leis Federais n.º 7.347/1985 (ação civil pública) e n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Buscava-se a criação de um instrumento que combatesse a litigiosidade repetitiva, garantindo isonomia de tratamento a sujeitos atingidos por condutas lesivas de impactos coletivos.¹³⁵

¹³⁴ Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19#19.1>. Acesso em 06/08/2016.

¹³⁵ Conforme Raimundo Simão de Melo: “No processo do trabalho –CLT- tem-se a tradicional jurisdição individual, destinada à solução dos conflitos individuais de trabalhadores, como os pleitos de horas extras, de aviso prévio, de férias indenizadas, de equiparação salarial, de cancelamento de punições aos empregados, etc. Esse sistema, contudo, não serve mais para dar proteção efetiva aos direitos dos trabalhadores agredidos coletivamente. Assim, para a tutela coletiva no processo do trabalho, há que se aplicar a LACP e o CDC e subsidiariamente o CPC, quando compatível. A CLT tem aplicação muito restrita porque foi concebida dentro de uma filosofia individual, sendo as suas normas praticamente inviáveis no sistema de jurisdição coletiva, salvo nos caso da ação de dissídio coletivo, cujo objeto peculiar é a criação, modificação, extinção, manutenção ou interpretação de normas jurídicas.” (MELLO, Raimundo Simão de Melo. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 2ª. ed. São Paulo: LTR, 2004, p. 42)

Todavia, conforme adverte SICA,¹³⁶ uma das principais causas do fracasso do sistema de tutela dos direitos acidentalmente coletivos nos objetivos de redução do número de demandas repetitivas e de promoção da isonomia, foi a manutenção da garantia do acesso individual ao Poder Judiciário:

De fato, rechaçou-se tanto a técnica do *opt-in*, quanto do *opt-out*, presente em outros sistemas de tutela coletiva e, no lugar disso, o art. 104 do CDC (LGL\1990\40) facultou ao autor da ação individual apenas a possibilidade de requerer a suspensão do seu processo, após ciência do ajuizamento da ação coletiva, sob pena de não poder se beneficiar da eventual sentença de procedência lá proferida. Por outro lado, estabeleceu-se a coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*, de modo que os indivíduos somente se beneficiam da sentença de procedência, nunca se prejudicam (salvo no caso previsto no referido art. 104 do CDC (LGL\1990\40)). Assim, desponta evidente que o sistema não foi munido de instrumentos para inibir eficazmente demandas individuais, até mesmo porque, em um país de dimensões continentais, há natural dificuldade para que os sujeitos interessados tenham informação quanto à pendência de um processo coletivo.

Também ressaltando a “inoperância” do sistema de demandas coletivas formado pelas Leis Federais n.º 7.347/1985 e n.º 8.078/1990, CUNHA¹³⁷ destaca diversas razões:

- a) não há uma quantidade suficiente de associações, de maneira que não é comum o ajuizamento de ações coletivas, não se conseguindo alcançar todas as situações massificadas que se apresentam a cada momento;
- b) a legislação proíbe, em alguns casos, as ações coletivas: o parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/1985 veda o uso da ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados;
- c) a extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva contribui para que as questões repetitivas não sejam definitivamente solucionadas nas ações coletivas. Nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 103 do CDC, a extensão da coisa julgada poderá beneficiar, jamais prejudicar, os direitos

¹³⁶ SICA, Heitor Mendonça. *Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015*. Revista de Processo, vol. 257/2016, p. 269 – 281, Jul / 2016.

¹³⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Recursos Repetitivos*. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/>. Acesso em: 16/01/17.

individuais. Julgado procedente o pedido, ou improcedente após instrução suficiente, haverá coisa julgada para os legitimados coletivos, podendo, entretanto, ser propostas as demandas individuais em defesa dos respectivos direitos individuais. Na improcedência por falta de prova, não haverá coisa julgada, podendo qualquer legitimado coletivo repropor a demanda coletiva, desde que haja novas provas, sendo igualmente permitido a qualquer sujeito propor sua demanda individual. Vale dizer que as demandas individuais podem ser propostas em qualquer caso de improcedência;

d) a restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, estabelecida pelo art. 16 da Lei nº 7.347/1985 e, igualmente, pelo art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997, que lhe impõem uma limitação territorial, acarreta uma indevida fragmentação dos litígios, contrariando a essência do processo coletivo, que tem por finalidade concentrar toda a discussão numa única causa.

Sob o prisma jurisdicional, a verdade é que as ações coletivas sempre enfrentaram grande resistência nos Tribunais brasileiros, inclusive no âmbito do TST, seja em relação à legitimidade ou seu objeto, como pode ser observado na redação da hoje cancelada súmula 310:

SUM-310 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 e republicada DJ 25.11.2003

I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato.

II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajuste salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788/1989.

III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.

VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento.

VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.

Por sua vez, encorpendo a corrente sobre a insuficiência das ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, CABRAL destaca que muito embora de justificação nobre, contradições teóricas e obstáculos dificultam uma cultura de ações coletivas, sobretudo no que diz respeito a legitimidade extraordinária, ficções de extensão de coisa julgada, vinculação de terceiros ao resultado da demanda coletiva e a repartição equitativa do ônus financeiro do processo.¹³⁸

Além de todas essas críticas, poderia ser acrescentada a dificuldade do estabelecimento de um critério de homogeneidade como autorizador da tutela coletiva de direitos individuais, conforme destaca MALLET ao enfrentar a questão da insuficiência do conceito legal do CDC:¹³⁹

A homogeneidade dos direitos individuais, determinante para a possibilidade de sua tutela dar-se em processo coletivo, supõe mais do que a mera origem comum, como pretende o legislador brasileiro, no art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Supõe, em acréscimo, a predominância das questões comuns sobre as questões individuais. De outro modo, quando predominam as questões individuais, não há como tutelá-los, de modo útil e eficiente, de forma coletiva. Ainda que se venha a tentar tratar coletivamente o pedido, ou o julgamento não terá como deixar de ser genérico e sem relevância prática ou, caso se busque escapar da excessiva generalidade, o exame das questões individuais fará com que se torne inviável a conclusão, em tempo

¹³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa as ações coletivas*. Revista de Processo: RePro, v. 32, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

¹³⁹ MALLET, Estêvão. *Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais*. Revista Faculdade Direito Universidade São Paulo, v. 105, jan./dez.2010, p. 142.

razoável, do processo. Daí a importância de, em cada caso concreto, resolver-se, tão logo seja possível, se predominam as questões coletivas ou não, para evitar, em caso negativo, inútil exercício da jurisdição.

Sob outro enfoque, as técnicas processuais destinadas à litigiosidade repetitiva alcançam diversas situações que não seriam tuteláveis por meio de ações coletivas, principalmente em questões processuais, como será analisado a seguir. Por exemplo, confira-se a questão submetida a julgamento no Tema 4 da Tabela do TST dos recursos de revista repetitivos: “A multa prevista no art. 523, § 1º, do CPC-2015 é compatível com o Processo do Trabalho? A definição quanto à aplicação efetiva dessa multa deve ocorrer na fase de execução trabalhista?” A tese firmada no julgamento desta matéria deverá ser aplicada a diversas demandas trabalhistas heterogêneas e que não possuem origem comum, conceito adotado pelo legislador brasileiro, no art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor como autorizador do acesso coletivo à Justiça.

Assim, justifica-se a necessidade de novas técnicas mais adequadas para descongestionamento das vias judiciais e garantia de isonomia aos jurisdicionados.

3.2. NOVAS TÉCNICAS DE DECISÕES PADRONIZADAS: JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO E ESTRANGEIRO

No contexto da insuficiência das ações coletivas para diminuição do número de demandas repetitivas, diversos ordenamentos jurídicos passaram a desenvolver técnicas para o tratamento coletivo de questões comuns em demandas individuais, por meio de um procedimento-modelo ou causa piloto. Conforme CABRAL,¹⁴⁰

Não obstante os interesses relevantes na efetividade da tutela coletiva, sistemas automaticamente inclusivos e as técnicas de legitimidade

¹⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa as ações coletivas*. Revista de Processo: RePro, v. 32, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

extraordinária, além de dificultarem o exercício de faculdades processuais, promovem um rompimento político-ideológico com o dissenso, o pluralismo e as iniciativas individuais. (...) Todos estes problemas teóricos e práticos são observados nos procedimentos de tutela coletiva denominados representativas, com o formato da substituição processual, fazendo alguns ordenamentos jurídicos ao redor do mundo voltarem os olhos para as chamadas ações de grupo, procedimentos de resolução coletiva evitando, dentro do possível, as ficções representativas. Sem embargo, algumas alternativas vem sendo vislumbradas no direito comparado. Procuram-se métodos de decisão em bloco que partam de um caso concreto entre contendores individuais. Trata-se da instauração de uma espécie de incidente coletivo dentro de um processo individual. Preserva-se, dentro da multiplicidade genérica, a identidade e a especificidade do particular. Cada membro do grupo envolvido é tratado como uma parte, ao invés de uma “não-parte substituída.” É a tentativa de estabelecer “algo análogo a uma *class action*, mas sem classe.”

Essa técnica de cisão da cognição não é absolutamente nova para o direito brasileiro. Já era observada há muito tempo em procedimentos como o incidente de reserva de plenário e de uniformização de jurisprudência do CPC de 1973 (arts. 476 e 480). Em referidos incidentes, a questão prévia é remetida ao pleno ou órgão especial dos Tribunais e, depois de decidida, o processo volta para órgão fracionado para o julgamento do recurso, com a aplicação da tese firmada.

Para efeito do presente estudo, destacam-se no direito comparado o procedimento modelo alemão e as ordens de litígio em grupo inglesas, além do recurso extraordinário, especial e de revista repetitivos, no caso do Brasil.

3.2.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO, ESPECIAL E DE REVISTA REPETITIVOS

O julgamento do recurso de revista repetitivo da Lei n.º 13.015/15 é realizado a partir da identificação de múltiplos processos com idêntica questão jurídica, seguindo as premissas dos recursos extraordinário (Lei n.º 11.418 de 2006) e especial repetitivos (Lei n.

11.672/08), sintetizadas por LIMA¹⁴¹ da seguinte forma: I– identidade de matéria jurídica; II- julgamento por amostragem; III- admissão de manifestação de terceiros; IV- decisão com forte efeito persuasivo; V- princípio do reexame da decisão pelo órgão de origem ou do juízo de retratação.

No âmbito dos Tribunais Regionais e Estaduais o incidente de resolução de demandas repetitivas dos arts. 976 a 987 do CPC, também é estruturado a partir destas mesmas premissas.

O desafio é o desenvolvimento de uma técnica de julgamento coletivo de questões comuns que preserve as garantias processuais dos litigantes, como o direito de ação, contraditório e ampla defesa, restando válida uma comparação entre o tratamento do tema no direito estrangeiro e nacional.

3.2.2 PROCEDIMENTO-MODELO ALEMÃO (*MUSTERVERFAHREN*)

A legislação processual alemã adota como regra o modelo bilateral de processo, sendo a tutela coletiva prevista apenas para casos excepcionais e enxergada com desconfiança pelos tedesos. Não existe um efetivo sistema de ações coletivas no direito alemão, de modo que apenas em situações excepcionais é assegurado o acesso coletivo à justiça.¹⁴²

O procedimento-modelo alemão possui origem no caso Telekom e teve como objetivo racionalizar o julgamento de milhares de ações idênticas propostas por investidores do mercado de capitais da Bolsa de Frankfurt que sofreram prejuízos em virtude da divulgação informações falsas, de referida empresa de telecomunicações.

¹⁴¹ LIMA, Firmino Alves. *A lei n.º 13.015/2014 como introdutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista*. Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 4, out/dez 2014, pág. 134.

¹⁴² STÜRNER, Rolf. *Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto para um novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo: março/2011. Ano 36. v. 193.

Segundo estudos da época (2005), os tribunais locais levariam mais de 15 anos para julgar as cerca de 17.000 ações sobre o tema.¹⁴³

Diante da demora no julgamento dos processos individuais, as partes passaram a interpor o recurso constitucional diretamente ao Tribunal Federal Constitucional alemão (*BVerfG*), sob o fundamento de violação à garantia da razoável duração ao processo. O *BVerfG* negou provimento aos recursos tendo em vista que a demora processual era razoável diante das circunstâncias do caso concreto e do grande número de processos. Todavia, fazendo referência à possibilidade de utilização do instituto do procedimento-modelo, recomendou que o *Landesgericht* de Frankfurt conferisse celeridade à resolução das aludidas demandas.

A Lei de Introdução do Procedimento-Modelo é do ano de 2005 e foi prevista inicialmente apenas para demandas envolvendo o mercado de capitais, com um prazo temporário de cinco anos. Uma reforma processual no ano de 2012 ampliou seu objeto para outros litígios e estendeu seu prazo de duração até 2020.¹⁴⁴

Em respeito ao princípio dispositivo, o procedimento padrão pode ser instaurado a pedido do autor ou do réu,¹⁴⁵ não cabendo seu início de ofício, ao contrário do

¹⁴³ BROCK, Ina; REKITT, Stefan. *New reform of de capital markets model case act (the “KapMug”)*. Disponível em: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f82e4430-68d3-48ab-ba16-ff7084ff827f>. Acesso em 27/08/16.

¹⁴⁴ Conforme NUNES: “Em 2005, uma nova versão de *Musterverfahren* é criada na KapMuG (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* ou Lei sobre o Procedimento-Modelo nos conflitos jurídicos do mercado de capital), com vigência temporária, inicialmente até outubro de 2010, mas que foi prorrogada, ato contínuo, até outubro de 2012 e, em seguida, para 01.11.2020. E, também, em 2008, nos moldes da primeira espécie de *Musterverfahren* e praticamente repetindo o texto do § 93a da *Verwaltungsgerichtsordnung*, o procedimento-modelo também é adotado no ramo jurisdicional alemão que cuida da assistência e previdência social (*Sozialgerichtsgesetz*).” (NUNES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil. Acesso em 29/07/16.)

¹⁴⁵ Capital Markets Model Case Act – KapMuG . “Section 2 Application for Establishment of a Model Case (1) By application for the establishment of a model case, in a proceeding at first instance, the establishment of the existence or non-existence of conditions justifying or ruling out entitlement or the clarification of legal questions may be sought (establishment objective). Application for the establishment of a model case may be made by the plaintiff and the defendant.” Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17.

incidente resolução de recursos de revista repetitivos¹⁴⁶ e do incidente de resolução demandas repetitivas do CPC de 2015.¹⁴⁷

A competência para decisão sobre a instauração ou não do incidente é do juízo de origem que provoca um tribunal de hierarquia superior a decidir sobre as questões coletivas.

Outra grande diferença entre os procedimentos brasileiros de julgamentos por amostragem¹⁴⁸ e o procedimento alemão é que este também pode ter por objeto questões de fato e não apenas de direito. Argumenta-se que a abstração excessiva de questões jurídicas referentes às pretensões individuais poderia apontar para um artificialismo da decisão.

O requerimento de instauração do procedimento-modelo deve ser formulado perante o juízo de origem que é o competente para a sua apreciação. Exige-se que ao menos em outros nove processos semelhantes tenham sido formuladas solicitações de instauração do procedimento-padrão dentro do período de seis meses, contados a partir da data de publicação no registro eletrônico do primeiro requerimento.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Art. 896-C. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, **mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada**, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal. - negritei

¹⁴⁷ Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I – **pelo juiz ou relator, por ofício**; II – pelas partes, por petição; III – pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. - negritei

¹⁴⁸ Nos termos do art. 896-C da CLT, o incidente pode ser utilizado para o situações de “multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito”. De forma semelhante, estabelece o art. 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.”

¹⁴⁹ Capital Markets Model Case Act – KapMuG. “Section 6 (1)The court trying the matter shall order the referral of the decision on the establishment objective of related applications for the establishment of a model case to the Higher Regional Court which is the higher court of instance if at least nine other related applications for the establishment of a model case have been announced within six months after the first announcement of an application for the establishment of a model case.” Disponível em: http://www.gesetze-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17.

As questões de interesse coletivo, ou seja, o mérito do *Musterverfahren*, são fixadas pelo juízo de origem e possuem caráter vinculativo em relação ao tribunal que efetivamente as julgará.¹⁵⁰

Nos termos da Seção 7 do Capital Markets Model Case Act – KapMuG, o juízo de admissibilidade positivo do *Musterverfahren* possui efeitos preclusivos, ficando vedada a instauração de um novo procedimento sobre o mesmo tema em outro Tribunal.¹⁵¹ Existe a possibilidade de que, em nome da segurança jurídica e uniformidade da jurisprudência, quando existentes tribunais estaduais diversos, a matéria atribuída julgamento de um tribunal alemão superior.

As partes devem escolher um líder para os autores e réus que funcionará com um interlocutor, definindo a estratégia processual do grupo. Os demais litigantes não escolhidos também são considerados partes no procedimento-modelo¹⁵² e, assim, podem ingressar no incidente coletivo, como partes-intervenientes, valendo-se de todos os meios processuais para a defesa de seus interesses, desde que seus atos e manifestações não sejam contrários aos das partes-principais.¹⁵³

A coisa julgada vai atingir também processos individuais cujas partes não requereram a tratativa coletiva de nenhuma questão fática ou jurídica. Mencionada pela lei expressamente, a coisa julgada alcança questões fáticas que tradicionalmente estão fora

¹⁵⁰ Capital Markets Model Case Act – KapMuG. “Section 6 (1)...The order referring the matter to a higher court of instance shall be without appeal and binding for the Higher Regional Court.” Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17.

¹⁵¹ Ao contrário do que pode acontecer com o incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro que pode ser instaurado, ao mesmo tempo, em diferentes estados, conforme art. 982, inciso I e §3º do CPC.

¹⁵² Capital Markets Model Case Act – KapMuG. “(1) The parties to the model case proceedings shall be: 1. The model case plaintiff, 2. The model case defendant, 3. Interested parties summoned. (3) The plaintiffs who are not selected as the model case plaintiff shall be summoned to the model case proceeding.” Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17.

¹⁵³ Capital Markets Model Case Act – KapMuG. “Section 14 Legal Position of Interested Parties Summoned The interested parties summoned must engage in the model case proceeding at the stage it is in at the time of the suspension of the trial proceedings conducted by them. They are entitled to avail themselves of means of contestation or defence and to effectively undertake all relevant procedural acts, as long as their statements and actions are not contrary to the statements and actions of the model case plaintiff.” Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17.

desta imutabilidade.¹⁵⁴ A decisão do incidente não possui efeitos prospectivos, valendo tão somente para as ações individuais propostas até a decisão de mérito, sem interferir nos processos futuros.¹⁵⁵

Sob outro enfoque, a lei do procedimento-padrão alemão não faz qualquer ressalva quanto a esta vinculação, seja quanto a eventuais efeitos desfavoráveis, de modo que fará coisa julgada *pro et contra*, em relação às partes-principais do incidente coletivo e aos litigantes individuais, intervenientes ou não, que tiveram suas demandas repetitivas suspensas no juízo de origem.¹⁵⁶

Ademais, não existe a possibilidade das demandas suspensas escaparem dos efeitos da decisão proferida no *Musterverfahren*. Contudo, a lei autoriza que o autor desista de sua demanda repetitiva individual, sem consentimento do réu, no prazo de um mês contado da comunicação da decisão de suspensão de seu processo.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Capital Markets Model Case Act – KapMuG. “Section 22 Effect of the Model Case Ruling (1) The model case ruling shall be binding on the courts trying all proceedings that have been suspended pursuant to Section 8 (1). Without prejudice to subsection (3), the model case ruling shall have effect for and against all parties to the model case proceedings irrespective of whether the party itself has expressly complained of all the points of dispute in the model case proceedings. This shall also apply if the model case plaintiff or the interested party summoned has withdrawn its complaint in the main proceedings after the deadline named in Section 24 (2). (2) The order shall be defined as taking final and binding effect to the extent that a ruling has been handed down in regard to the establishment objectives of the model case proceedings. (3) Upon final and binding conclusion of the model case proceedings, the interested parties summoned shall only be heard in legal disputes brought against the model case defendants which assert that the model case plaintiff conducted the model case inadequately to the extent that 1. Due to the stage of the model case proceedings at the time of the suspension of their legal dispute or on account of the statements and actions of the model case plaintiff, they were hindered from availing themselves of means of contestation or defence, or 2. Means of contestation or defence of which they were unaware were not availed of by the model case plaintiff, either intentionally or due to gross negligence. (4) Main proceedings shall be recommenced upon submission of the final and binding model case ruling by a party to the model case proceedings. (5) The model case ruling shall also have effect for and against the parties which did not join the appeal process.” (Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17).

¹⁵⁵ Neste ponto, fica bastante claro que o procedimento-padrão alemão não busca a formação de um precedente, mas tão somente resolver situações pontuais de explosão numérica de demandas, circunstância corroborada pela previsão de validade da lei que regular o procedimento.

¹⁵⁶ Capital Markets Model Case Act – KapMuG, Section 22.

¹⁵⁷ De modo semelhante, estabelece Instrução Normativa nº 38 do C. TST: “Art. 16. A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. § 1º Se a desistência ocorrer antes de oferecida a defesa, a parte, se for o caso, ficará dispensada do pagamento de custas e de honorários de advogado. § 2º A desistência apresentada nos termos do caput deste artigo independe de consentimento do reclamado, ainda que apresentada contestação.”

Os custos do *Musterverfahren* são repartidos levando-se consideração os valores das ações individuais.

No procedimento alemão, é suficiente o registro de uma “reclamação” para determinar a suspensão do prazo de prescrição que só começa a correr três meses após a conclusão do *Musterverfahren*. Trata-se de medida que contribui para diminuição do número de ações na medida em que possibilita que os requerentes tenham conhecimento do resultado do incidente coletivo, antes mesmo de decidir se apresentarão suas demandas individuais.¹⁵⁸

3.2.3 ORDENS DE LITÍGIO EM GRUPO (GLO): O JULGAMENTO POR CAUSA PILOTO NA INGLATERRA

A Inglaterra é considerada o berço dos precedentes e dos litígios coletivos. Ainda assim, tem enfrentado grandes problemas com o elevado número de ações individuais. Isto porque, a expressão legal “quando mais de uma pessoa tiver o mesmo interesse na ação” das *representatives actions* sempre foi interpretada restritivamente pela Corte, de modo a praticamente inviabilizar sua utilização para a obtenção de tutela do tipo *ressarcitória*.¹⁵⁹ O entendimento majoritário é que a disciplina legal exige que todos os interessados tenham “interesses comuns” e não individuais, ficando o campo das ações coletivas praticamente

¹⁵⁸ A versão do projeto de lei do novo CPC aprovada pela Câmara dos Deputados previa que a admissão do incidente de resolução repetitiva acarretaria na suspensão da prescrição das pretensões nos casos fundados em idêntica questão de direito (art. 990, § 5.º, SCD ao PLS 166/2010). Todavia, esta disposição foi excluída da versão aprovada. Conforme NUNES: “A suspensão da prescrição das pretensões pela admissão do incidente poderia ocasionar duas consequências importantes: (a) enquanto estivesse tramitando o incidente, não haveria propositura de novas ações fundada na mesma questão de direito; (b) após o julgamento, apenas seriam propostas ações que se alinhassem com a tese jurídica uniformizada, evitando o assoberbamento do Judiciário com demandas que seriam protocoladas e imediatamente suspensas.” (NUNES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil. Acesso em 29/07/16.)

¹⁵⁹ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução Tereza Arruda Alvim. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2012, pág. 545.

restrito às tutelas declaratória ou inibitória. Além disso, como ressalta ANDREWS,¹⁶⁰ existe um impedimento econômico para este tipo de processo que é o risco dos custos do autor que, mesmo ganhando a causa, pode não conseguir recuperar as custas dos membros da classe. A situação ficaria ainda pior no caso do grupo perder a ação.

Segundo ANDREWS,¹⁶¹ na Inglaterra contemporânea existem três principais mecanismos processuais para o tratamento de litígios com múltiplas partes: (a) as *representative actions* (processos por representação); (b) as *group litigation orders (GLO)* (ordens de litígio em grupo); (c) ou litígio consolidado (uma modalidade simplificada de litígio, equivalente ao nosso litisoncórdio ativo simples).¹⁶²

A novidade referente às ordens de litígio em grupo inglesas foram gestadas a partir do Relatório Lord Woolf intitulado *Access to Justice in England and Wales* (1995),¹⁶³ baseado no número de casos e estatísticas. O relatório WOOLF¹⁶⁴ demonstrou preocupação com o alto nível de insatisfação dos jurisdicionados e advogados com os tribunais. Foram apontados como principais problemas o elevado custo do processo, a demora na solução da lide, resultado incompreensível para muitos litigantes, desigualdade entre o litigante poderoso e o litigante com recursos insuficientes, processo demasiadamente adversarial.

Lord WOOLF recomendou a gestão de casos judiciais como a principal forma de se aumentar o acesso à Justiça, com o deslocamento da gestão dos processos das mãos das partes para as mãos do juiz. Trata-se de uma grande alteração cultural de um sistema jurídico que sempre foi baseado num processo de modelo adversarial.

¹⁶⁰ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução Tereza Arruda Alvim. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2012, pág. 543.

¹⁶¹ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução Tereza Arruda Alvim. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2012, pág. 540.

¹⁶² Na Inglaterra, os mecanismos de solução coletiva de litígios foram reunidos no item 19 da CPR: Part 19 (Parties and Group Litigation), dividida nas Seções I (Addition and Substitution of Parties), II (Representative parties) e III (Group litigation).

¹⁶³ WOOLF, Harry [Lord]. *Access Justice: final report*. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>. Acesso em 27/08/16.

¹⁶⁴ WOOLF, Harry [Lord]. *Access Justice: final report*. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>. Acesso em 27/08/16.

As sugestões de WOOLF restaram acolhidas em grande parte pela CPR's¹⁶⁵ de 1999, com as Regras 19.10 a 19.15 da Seção III do Código de Processo Civil para a Inglaterra e País de Gales (CPR's 1999) disciplinando o procedimento do *case management*.¹⁶⁶

Nos termos da Regra 19.10, a gestão de casos compreende questões comuns relacionados a matéria de fato ou de direito, tendo em vista sua finalidade que possibilitar o julgamento do maior número de casos com a utilização de uma estrutura mínima do Poder Judiciário.

Ao deferir a ordem de GLO, o Tribunal deverá estabelecer um registro do grupo, com a especificação das questões a serem resolvidas e do tribunal que irá realizar a administração dos casos (Regra 19.11).

A decisão é obrigatória para toda as partes registradas no grupo no momento em que proferido o julgamento (Regra 19.12, 1, A). Além disso, a parte inscrita no registro do grupo pode recorrer da sentença (Regra 19.12, 3, B).

Tendo em vista a grande variedade de casos e situações que podem ser objeto de litígio com múltiplas partes, a Regra 19.13 confere uma discricionariedade à Corte designada para a administração da *Group Litigation Order*, a qual poderá determinar entre outras providências de direcionamento: a) modificar as questões comuns que serão decididas; b) escolher uma ou mais ações integrantes do *group register* para prosseguir como ações-teste, inclusive com a indicação do advogado de uma ou mais partes para ser o principal advogado dos autores ou réus; c) especificação um prazo limite para ingresso no *group register*.

¹⁶⁵ Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19#19.1>. Acesso em 06/08/2016.

¹⁶⁶ É interessante destacar que foi vetado o art. 333 do CPC de 2015 que autorizava a conversão da ação individual em coletiva para gerenciamento conjunto: “Artigo 333 Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.”

É possível a instauração da *Group Litigation Order* de ofício pelo próprio Poder Judiciário. Todavia, caso a parte não exerça seu direito de entrar no grupo também não será alcançada pelos efeitos de seu julgamento.¹⁶⁷

Nos termos da Regra 19.11, o Tribunal (e não o juiz como ocorre no procedimento alemão) que identificar a real ou a potencial multiplicidade de demandas, *deve* conceder uma ordem de litígio em grupo (*GLO*), determinando o processamento e o gerenciamento coletivo das ações individuais.

Não existe um número mínimo de demandas fixado de forma objetiva como requisito para a instauração do gerenciamento de casos. Neste ponto, acolheu-se a orientação contida no Relatório WOOLF, sendo o requisito de admissibilidade subjetivo, verificado de acordo com a real ou a potencial multiplicidade de demandas.¹⁶⁸

No que diz respeito à coisa julgada, a participação no julgamento coletivizado depende de requerimento do autor ou réu que devem expressamente optar pela sua inclusão no cadastro coletivo (*opt-in*). A decisão é obrigatória para toda as partes que requereram seu registro no grupo no momento até o momento do julgamento, no conhecido sistema *opt-in* (Regra 19.12, 1, A). Além disso, a parte inscrita no registro do grupo pode recorrer da sentença (Regra 19.12, 3, B).

O sistema *opt-in* é exatamente o contrário do que ocorre com as *representative actions* inglesas e com as *class actions* norte-americanas, nas quais vigora a regra da *opt-out* em relação às ações coletivas que veiculam pretensão condenatória/indenizatória do tipo b(3), da *Rule 23*.¹⁶⁹ Nestas ações de classe americanas, os membros da coletividade

¹⁶⁷ Isto é exatamente o contrário do que ocorre em todos os procedimentos de julgamento por causa piloto no Brasil, nos quais a suspensão dos processos com idêntica questão jurídica para aplicação da tese vencedora independe de manifestação de vontade das partes.

¹⁶⁸ A Lei 13.015/14 também utiliza o critério subjetivo e não especifica o número de recursos de revista repetitivos para instauração do procedimento de julgamento por amostragem (Art. 896-C). Da mesma forma, o Art. 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.” Para questões de grande repercussão e sem repetição de processos, existe a previsão do IAC: CPC, Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

¹⁶⁹ Rule 23. (c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses. (B) For (b)(3) Classes. “(v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion.”

que não tenham exercido o direito de auto-exclusão da tutela coletiva serão automaticamente atingidos pelos efeitos da decisão transitada em julgado, seja favorável ou contrária aos interesses do grupo.¹⁷⁰

Noutras palavras, o julgamento ou decisão proferida numa GLO será vinculante apenas sobre as partes de todas as outras ações que se encontrem previamente registradas no grupo no momento em que o julgamento é proferido.¹⁷¹

Finalmente, no que diz respeito às despesas processuais, os membros do grupo compartilham, proporcionalmente, a responsabilidade pelas custas que decorrem das questões comuns.

3.2.4 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO CPC 2015 E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

O Código de Processo Civil de 2015 introduz um novo instituto processual com a finalidade de fazer frente ao problema da litigiosidade de demandas em série.¹⁷²

(Disponível em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>. Acesso em: 20/02/17)

¹⁷⁰ No que diz respeito ao direito de exclusão dos efeitos do julgamento da lide coletiva, adverte GIDI: “...só há sentido em haver o *right to opt out* (ou o *right to opt in*) nos sistemas em que a coisa julgada na ação coletiva se forma *erga omnes* independentemente do resultado da demanda (*pro et contra*). Se a extensão da coisa julgada à esfera jurídica dos membros do grupo se dá *secundum eventum litis* como acontece no direito brasileiro, não faz qualquer sentido permitir aos membros se excluam do (ou se incluam no) grupo, uma vez que eles não serão mesmo atingidos pela coisa julgada desfavorável. Não haverá do que se excluir.” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 306)

¹⁷¹ Trata-se de um regramento muito diferente, por exemplo, do conferido pelo art. 985 do CPC ao julgamento de questões comuns no incidente de resolução de demandas repetitivas, cuja solução não depende de registro prévio da ação individual e vale até mesmo para processos futuros: “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: 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; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.”

¹⁷² Algumas causas podem ser apontadas como responsáveis pelo grande número de causas repetitivas, tais como o aumento da população, maior acesso à informação e padronização de relações jurídicas, este último fator muito presente nas relações de trabalho.

Trata-se do incidente de resolução de demandas repetitivas,¹⁷³ regulado nos arts. 976 a 987 do Código, cuja finalidade é possibilitar a formação de uma tese jurídica por meio de um procedimento incidental que seja capaz de resolver inúmeros litígios com pretensões isomórficas, garantindo o respeito aos princípios constitucionais da isonomia, segurança jurídica e duração razoável dos processos.

A necessidade de um instrumento processual diferenciado surge a partir da verificação da inadequação das técnicas processuais tradicionais individual e coletiva para a solução desta nova espécie de conflito que não é puramente individual ou coletivo propriamente dito, mas repetitivo. Conforme NUNES,¹⁷⁴

O processo civil clássico, de bases essencialmente individuais, demonstrou-se incapaz de contingenciar essa explosão de demandas isomórficas. Por outro lado, as ações coletivas, embora constituam importante evolução para a tutela de direitos coletivos, não se mostraram, por si só, ainda, na prática e dentro da realidade brasileira, suficientes em conferir à litigiosidade repetitiva exaustiva tutela, especialmente em razão do sistema brasileiro de extensão dos efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis*, da possibilidade de ajuizamento concomitante de ações individuais e da restrita legitimação ativa.

É interessante observar que o novo Código não reproduziu incidente de uniformização de jurisprudência do art. 476 do CPC de 1973¹⁷⁵ que também disciplinava uma quebra da cognição para resolução de questões prévias de interpretação do direito pelo Órgão Especial ou Tribunal Pleno, com a posterior devolução do processo para julgamento do recurso pela Turma e aplicação da tese jurídica firmada.¹⁷⁶

¹⁷³ Segundo NUNES, o instituto possui origens no *group litigation order* do direito inglês, o *Musterverfahren* do direito alemão e mecanismos assemelhados do direito brasileiro (NUNES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil. Acesso em 29/07/16).

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Repetiu o novo Código apenas o incidente de reserva de plenário (art. 480 do CPC de 2015), inclusive por força do art. 97 da Constituição Federal.

¹⁷⁶ Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma,

O art. 896, § 3º da CLT, na redação dada pela Lei n.º 9.756/98, fazia expressa determinação de utilização pelos Tribunais Regionais do Trabalho do incidente de uniformização de jurisprudência do CPC de 1973 e que não foi repetido no CPC de 2015.¹⁷⁷

Considerada a finalidade de uniformização de jurisprudência no âmbito regional do antigo art. 476 e do novo Código (art. 976), a instrução normativa n.º 39 do C. TST, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, estabelece que: “Art. 8º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos arts. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).”¹⁷⁸

Verificada a existência de uma questão comum de direito repetida em diversos processos o incidente é instaurado para sua resolução, ficando sobrestados os demais processos que debatam sobre a mesma matéria. Segundo NUNES,¹⁷⁹ a natureza jurídica do novo instituto é de

(...) procedimento incidental autônomo, de julgamento abstrato – ou objetivo – das questões de direito controvertidas, comuns às demandas seriadas, a partir da criação de um procedimento-modelo. Não haverá, no espaço de resolução coletiva do incidente, o julgamento da(s) causa(s) propriamente dita(s), mas apenas a definição jurídica da questão jurídica controvertida, que será posteriormente adotada para o julgamento da(s) causa(s) de onde este se originar, bem como nas demais demandas repetitivas fundadas em igual questão.

câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

¹⁷⁷ Contudo, § 3º do art. 896 da CLT foi expressamente revogado pela letra “o”, do art. 5º, da Lei n.º 13.467/15, deixando de existir uma normatização expressa determinando a uniformização da jurisprudência em âmbito regional.

¹⁷⁸ Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/tst-regulamentacao-pontos-do-novo-cpc-relativos-ao-processo-do-trabalho. Acesso em: 15/03/16.

¹⁷⁹ NUNES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil. Acesso em 29/07/16.

A autonomia do procedimento é reforçada não apenas pela sua própria nomenclatura, como também pela norma do art. 976, §1º do CPC que estabelece as hipóteses de desistência ou abandono como causas não impeditivas do exame do mérito do incidente, cuja titularidade será assumida pelo Ministério Público (§2º).

Além disso, ao disciplinar os requisitos para o cabimento do incidente, o art. 976 do CPC limita sua incidência a questões unicamente de direito, circunstância que também aponta para a conclusão de não julgamento da demanda, mas apenas do incidente. Exige-se uma “efetiva” repetição de processos (inciso I), bem como risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (inciso II). Todavia, não é estabelecido um número objetivo mínimo de ações com a mesma questão de direito, cuja verificação deverá ficar a cargo do órgão julgador.

Nos termos do art. 977 do CPC,¹⁸⁰ o pedido de instauração do incidente pode ser dirigido ao presidente do tribunal, de ofício, pelo juiz ou pelo relator, ou por meio de petição das partes, Ministério Público ou Defensoria Pública.

Aspecto muito importante diz respeito à formação do procedimento-modelo que deverá ser o mais abrangente possível, com análise de todos os aspectos que possam influenciar na construção da tese jurídica. Ganha relevo a problemática da escolha dos processos representativos que deverão possuir os debates mais completos sobre a questão, figurando todas as partes dos processos selecionados como “líderes” no procedimento incidental.¹⁸¹

O juízo de admissibilidade do incidente, de acordo com os requisitos do art. 976 do CPC, será realizado pelo órgão colegiado indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (CPC, arts. 978 e 981). Rejeitado o incidente, o curso do processo de sua origem é retomado.

¹⁸⁰ Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I – pelo juiz ou relator, por ofício; II – pelas partes, por petição; III – pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

¹⁸¹ NUNES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil. Acesso em 29/07/16.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, a instauração e julgamento do incidente deverão ser acompanhados da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 979), tendo em vista o grande número de sujeitos que poderão ser atingidos pelos efeitos de seu julgamento e definição da tese jurídica.

Admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região (art. 982, I), podendo requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente (II). É obrigatória a intimação do Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias (III).

Para efeito de publicidade, é muito importante a identificação precisa da questão de direito controvertida,¹⁸² com vistas ao conhecimento pela sociedade sobre os temas analisados pelo Judiciário.

O sobrestamento dos processos com idêntica questão de direito possui estreita relação com o objetivo do legislador de racionalização dos julgamentos e efetivação do princípio constitucional da razoável duração do processo. O prazo máximo para julgamento do incidente é de um ano (CPC, art. 980).

Em princípio, a suspensão ocorrerá apenas para os processos em tramitação na jurisdição do Tribunal. No entanto, o Código prevê a possibilidade de suspensão nacional determinada pelo tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial (art. 982, § 3º).

Na sua versão original, o projeto de lei aprovado pelo Senado (PLS 166/2010), trazia expressa menção ao cabimento de recursos interpostos por “terceiros interessados”, o que não foi repetido na versão aprovada na Câmara (SCD ao PLS 166/2010). A redação do novo Código aprovada e promulgada é também é silente quanto a esta questão.¹⁸³

¹⁸² Art. 979, § 2º, do CPC: Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

¹⁸³ Com fundamento no princípio constitucional do contraditório e na previsão legal de interposição de recurso pelo terceiro prejudicado do art. 996 do CPC, NUNES defende a “ampla legitimidade para interposição de recursos, por todos os afetados pela força vinculante da decisão, e não apenas autor(es) e

A partir do julgamento do incidente a tese jurídica definida no procedimento será a aplicada a todos os processos, individuais ou coletivos, presentes e futuros, que possuam idêntica questão de direito e observando-se os limites de jurisdição do respectivo tribunal.¹⁸⁴

Após estas considerações gerais sobre o precedente judicial e novas técnicas para tratamento de julgamentos de causas repetitivas utilizadas no direito brasileiro e estrangeiro, no próximo capítulo será analisado de forma específica o regramento do tema no âmbito do direito processual do trabalho, a partir da Lei nº 13.015/15.

réu(s) do(s) processo(s) de onde se originou o incidente, ou mesmo das partes condutoras do incidente, por diversos motivos.” (NUNES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil. Acesso em 29/07/16).

¹⁸⁴ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: 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; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

4. RECURSO DE REVISTA REPETITIVO: ASPECTOS HISTÓRICOS, NATUREZA JURÍDICA E OBJETO

4.1 RECURSO DE REVISTA NO PROCESSO DO TRABALHO E A CRISE DE IDENTIDADE DO TST

O presente capítulo gira sobre a questão da função do recurso de revista e do próprio do TST: atribuição de sentido às normas de direito do trabalho ou terceiro grau de jurisdição?¹⁸⁵

A teoria dos precedentes é voltada principalmente para as Cortes Supremas. Localizadas no vértice do ordenamento jurídico, estas são responsáveis pela uniformidade da interpretação do direito. Além disso, as Cortes de Vértice ficam vinculadas aos seus próprios precedentes, pelo menos do ponto de vista do ônus argumentativo.

Assim, verifica-se que a teoria dos precedentes possui estreita relação com uma teoria da interpretação do direito pelos tribunais superiores cuja função, atualmente, não mais se limita ao controle das demais decisões do Poder Judiciário.

A motivação das decisões judiciais deixa de possuir uma finalidade exclusivamente endoprocessual para justificar determinada decisão em relação às partes e possibilitar eventual revisão pelo tribunal, para assumir um papel extraprocessual na construção do sentido da norma, orientando condutas futuras. A teoria dos precedentes é aplicada à atividade interpretativa dos tribunais, sendo extraída a *ratio decidendi* a partir da fundamentação do julgado.

A racionalidade buscada num sistema jurídico somente é garantida a partir da possibilidade de universalização da decisão para casos análogos. No sistema da *common*

¹⁸⁵ Na Itália, por exemplo, Michele Taruffo possui uma reconhecida obra que investiga as funções da Corte de Cassação Italiana. (TARUFFO, Michele. *Funzione e problemi attuali della Corte di cassazione*. In Il vértice ambíguo – Saggi sulla Cassazione Civile. Bologna: Il Mulino, 1991). No Brasil, Luiz Guilherme Marinoni já estudou o papel do STJ no conhecido livro: *O STJ enquanto corte de precedentes*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

law o juízes não decidem apenas com vistas ao caso analisado, mas também atentos aos efeitos da decisão sobre casos futuros.

Essa função uniformizadora não viola o princípio da legalidade, uma vez que mesmo num sistema de precedentes a atividade jurisdicional fica subordinada à legislação. Tanto isso é verdade que o estabelecimento de um precedente não impede a alteração da legislação. Ao contrário, uma vez alterada a legislação deve ser verificada a necessidade de revisão do precedente. Conforme TARUFFO,¹⁸⁶

Na verdade, existe a possibilidade de, com base em uma teoria confiável de interpretação e amplamente consistente com a função do Supremo Tribunal nos sistemas jurídicos modernos, de definir a nomofilaquia com base na interpretação "correta" da lei que é aplicada ao caso. Falar sobre interpretação correta, em vez de significado exato da disposição significa colocar o problema numa perspectiva metodológica diferente e assume que o Supremo Tribunal Federal (como de resto qualquer outro intérprete) não se apresenta a "detectar" ou "calcular" o significado objetivo norma, mas para fazer escolhas, essencialmente valorativas, em grande parte criativa do que pode de fato ser considerada a correta interpretação da regra.

A racionalidade buscada no sistema de precedentes busca assegurar não apenas que a lei seja a mesma para todos, como também que a interpretação conferida à lei seja a mesma diante de todos os fatos análogos. Segundo as modernas teorias da interpretação, texto e norma não se confundem. A norma é o resultado da interpretação do texto. Na medida em que todo texto depende de interpretação, portanto, a teoria dos precedentes será aplicada à atividade interpretativa.

Na grande maioria das constituições modernas, existem inúmeros princípios e regras sobre direitos fundamentais com a aplicabilidade imediata. Além disso, é cada vez

¹⁸⁶ Tradução livre do seguinte texto: "Esiste infatti la possibilità, fondata su un'attendibile teoria della interpretazione e sostanzialmente coerente con la funzione della Corte Suprema negli ordinamenti moderni, di definire la nomofilaquia come fondata sulla scelta dell'interpretazione «giusta» della norma che viene applicata al caso concreto. Parlare di interpretazione giusta invece che di significato esatto della norma significa porre il problema in una diversa prospettiva metodologica e supporre che la Corte di Cassazione (come dei resto ogni altro interprete) non si ponga a «rilevare» o a «calcolare» il significato oggettivo della norma, ma compia delle scelte, essenzialmente valutative, dirette alla determinazione largamente creativa di quella che può appunto considerarsi l'interpretazione giusta della norma." (TARUFFO, Michele. *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione*, in *Il Vertice ambiguo saggi sulla Cassazione civile*. Il Mulino, Bologna: 1991. pág. 161)

maior na legislação infraconstitucional a existência de normas de conteúdo indeterminado e cláusulas gerais importando um maior número de escolhas do julgador na construção do significado da norma. Neste quadro, o princípio da legalidade desenvolvido a partir da desconfiança com os juízes da época da Revolução Francesa precisa ser reanalisado à luz das modernas teorias que não mais reduzem o ordenamento jurídico à lei.

O problema é ainda mais acentuado no caso específico do Brasil, no qual se verifica um sistema híbrido. Influenciado pelo direito constitucional norte-americano, desde a Constituição brasileira de 1891, restou incorporado o *judicial review* da *common law*, com a possibilidade de qualquer juiz por meio do controle difuso deixar de aplicar leis consideradas inconstitucionais. No plano infraconstitucional, principalmente em decorrência da colonização portuguesa, prevaleceu a influência da família da *civil law* e a vinculação do juiz somente à lei (princípio da legalidade).

Neste sistema misto, a não aplicação de um sistema de precedentes pode levar a situações irracionais, chegando ao extremo de uma determinada lei ser considerada inconstitucional para alguns juízes e aplicável para outros casos semelhantes.

A autorização constitucional e legal para vinculação de precedentes é uma realidade nos ordenamentos jurídicos mistos ou híbridos, não implicando autorização para legislar. Trata-se de uma atividade interpretativa, sempre realizada a partir da lei. O caráter obrigatório para os demais juízes não equipara o precedente à lei, na medida em que mesmo no sistema da *common law* o direito escrito vincula fortemente.

A reforma pretendida por meio da Lei n.º 13.105/14 e da E.C. 92/2016 é de superação da crise de identidade do TST e redefinição de seu papel como uma Corte de Vértice e não como um órgão muito mais próximo de um terceiro grau de jurisdição, objetivos que jamais seriam alcançados com pequenas reformas.

Com efeito, o TST não apenas cassa a decisão contrária à norma de direito federal trabalhista, como também julga o processo após o provimento do recurso. Assim, o TST funciona como um Tribunal de revisão e não apenas de cassação, circunstância que também milita contrariamente a ideia de Corte formadora de precedentes. Enquanto estiver

concentrando seu esforços no julgamento de dezenas de milhares de casos individuais e em grande parte repetitivos, dificilmente o TST conseguirá realizar a sua função nomofilática.

Conforme adverte TARUFFO, os tribunais de vértice não devem atuar como órgãos de terceira instância, sendo certo que os casos concretos que lhe chegam apreciação um meio para a definição do sentido das normas jurídicas:¹⁸⁷

Daqui resulta que o controle do Tribunal de Cassação está centrado na decisão impugnada individualmente, pelo menos em dois aspectos importantes: 1) é destacado particularmente a maneira em que a decisão foi tomada, o aspecto processual da mesma; 2) porque é a decisão de mérito de um caso particular, são as peculiaridades específicas do caso concreto a ser a pedra de toque sobre a qual se verifica a adequação das soluções interpretativas. O Tribunal tende, em seguida, colocar o caso individual com toda a sua especificidade, para escolher a interpretação que é mais justa, e usar o modo de interpretação identificado como um critério para avaliar a correção decisão judicial impugnada. Então, o que vem à tona é a escolha da melhor decisão juridicamente do caso; o que, em vez permanece no fundo, como um produto secundário, basicamente, não necessário, é a escolha certa da interpretação da regra em si, ou até mesmo a possibilidade de que esta interpretação servir como um precedente.

4.1.1 EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES NO PROCESSO DO TRABALHO: PREJULGADO TRABALHISTA, PRECEDENTE NORMATIVO, SÚMULA E ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TST

Os prejudgados foram a primeira técnica de uniformização de jurisprudência no processo do trabalho trazidos já com a redação original do art. 902 da CLT, de 1943.¹⁸⁸ O

¹⁸⁷ Tradução livre do texto: “Ne consegue che il controllo della Cassazione è centrato sulla singola decisione impugnata, sotto almeno due rilevanti profili: 1) viene in evidenza particolare il modo in cui la decisione è stata formulata, ossia l'aspetto procedurale di essa; 2) poiché si tratta della decisione di mérito di un caso concreto, sono le specifiche peculiarità della singola fattispecie a costituire la pietra di paragone su cui verificare l'adeguatezza delle soluzioni interpretative. La Corte tende allora, posto il singolo caso con tutta la sua specificità, a scegliere l'interpretazione che per esso appare più giusta, e ad usare l'interpretazione così individuata come critério per valutare la correttezza giuridica della decisione impugnata. Ciò che così viene in primo piano è la scelta della decisione juridicamente più giusta del caso concreto; ciò che invece rimane in secondo piano, come prodotto collaterale in fondo non necessario, è la scelta dell'interpretazione più giusta della norma in sé considerata, o addirittura l'eventualità che tale interpretazione serva da precedente.” (TARUFFO, Michele. *Funzioni e problemi attuali della Corte di Cassazione*, in *Il Vertice ambiguo saggi sulla Cassazione civile*. Il Mulino, Bologna: 1991. Pág. 162)

TST estava autorizado a fixar de modo preventivo o sentido da norma jurídica, circunstância que impedia a formação de correntes jurisprudenciais divergentes.¹⁸⁹

Na realidade, a força vinculante dos prejudgados prevista no § 4º do art. 902 da CLT estava intimamente ligada com a natureza da Justiça do Trabalho à época que nasceu como órgão administrativo e não integrante do Poder Judiciário. Assim, como órgão superior, o TST emitida prejudgados que deveriam ser cumpridos por todas as esferas inferiores.

A Constituição Federal de 1946 reconheceu a Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário desencadeando grande debate sobre a inconstitucionalidade dos prejudgados.

Em 12/05/1977,¹⁹⁰ o STF decidiu que a força normativa dos prejudgados não mais subsistia, em decorrência da não recepção do art. 902 da CLT pela Constituição de

¹⁸⁸ Art. 902. É facultado à Procuradoria da Justiça do Trabalho promover e pronunciamiento prévio da Câmara de Justiça do Trabalho sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre os Conselhos Regionais do Trabalho. § 1º Sempre que o estabelecimento do prejudicado for pedido em processo sobre o qual já haja pronunciado o Conselho Regional do Trabalho, deverá o requerimento ser apresentado dentro do prazo de dez dias contados da data em que for publicada a decisão. § 2º O prejudgado será requerido pela Procuradoria em fundamentada exposição, que será entregue ao presidente do órgão junto ao qual funcione. Antes do pronunciamiento da Câmara de Justiça do Trabalho será obrigatória a audiência da Procuradoria Geral, desde que o prejudgado tenha sido requerido por Procuradoria Regional. § 3º O requerimento de prejudgado terá efeito suspensivo sempre que pedido na forma do § 1º deste artigo. § 4º Uma vez estabelecido o prejudgado, os Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo. § 5º Considera-se revogado ou reformado o prejudgado sempre que a Câmara de Justiça do Trabalho, funcionando completa, pronunciar-se, em tese ou em concreto, sobre a hipótese do prejudgado, firmando nova interpretação. Em tais casos, o acórdão fará, remissão expressa à alteração ou revogação de prejudgado. (Revogado pela Lei n.º 7.033/82)

¹⁸⁹ CALICHMAN, Flávio. *Enunciados de súmula do Tribunal Superior do Trabalho: considerações gerais, formação e aplicação*. São Paulo : Faculdade de Direito – USP, 2002. Dissertação de mestrado.

¹⁹⁰ PREJULGADO DO TRIBUNAL DO TRABALHO . NÃO CONSTITUÍDO ATO NORMATIVO, - DADO QUE O ART. 902, PAR. 1. DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, QUE LHE ATRIBUÍA TAL CARÁTER, FOI REVOGADO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1946, - NÃO PODE SER OBJETO DE REPRESENTAÇÃO NÃO CONHECIDA. (Rp 946 / DF - DISTRITO FEDERAL REPRESENTAÇÃO Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE Julgamento: 12/05/1977 Órgão Julgador: Tribunal Pleno) (Disponível em: <http://linker.lexml.gov.br/linker/processa?urn=urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;rp:1977-05-12;946-1442990&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fjurisprudencia%2FlistarJurisprudencia.asp%3Fs1%3DRp%28946%2520.NUME.%29%26base%3DbaseAcordaos&exec>. Acesso em: 16/01/17)

1946, retirando a força vinculativa do instituto. Assim, muitos prejudgados do TST foram transformados em súmulas, passando a ostentar poder meramente persuasivo.

A súmula de jurisprudência uniforme foi criação do Ministro Vitor Nunes Leal no âmbito do STF, por emenda ao Regimento, publicada em 30.8.63, tendo sido qualificada como *método* destinado a ordenar e facilitar a tarefa judicante.

O TST instituiu em agosto de 1969 a sua súmula de jurisprudência uniforme que não se confundia com os prejudgados, uma vez que estes poderiam atuar de modo preventivo e possuíam força vinculante.

Os verbetes da súmula da jurisprudência predominante do TST passaram a ser denominados “Enunciados”, com a Resolução n.º 44/85, de 28.06.1985 (DJ 11.07.1985). A Resolução n.º 129/2005, de 20/04/2005, em seu item I, voltou a denominar de “Súmula” os “verbetes da jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho”.

A Lei n.º 7.701/88, no seu art. 4º, “d”,¹⁹¹ instituiu uma nova forma de uniformização de jurisprudência, por meio dos precedentes normativos, com feição positiva ou negativa. Os precedentes normativos possuem aplicação restrita aos dissídios coletivos e, portanto, não se confundem com as súmulas das lides individuais.

Por sua vez, as Orientações Jurisprudenciais da SBDI-I, SBDI-II, SBDI-I Transitória, da SDC, e do Tribunal Pleno possuem requisitos menos rigorosos para edição do que as súmulas e têm a finalidade de assegurar o conhecimento da orientação atual da jurisprudência.¹⁹²

Ao lado destas técnicas concentradas de consolidação de entendimentos predominantes, existe o recurso de revista por meio do qual o TST analisa difusamente a

¹⁹¹ Art. 4º - É da competência do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho: a) a declaração de inconstitucionalidade ou não de lei ou de ato normativo do Poder Público; b) aprovar os enunciados da Súmula da jurisprudência predominante em dissídios individuais; c) julgar os incidentes de uniformização da jurisprudência em dissídios individuais; d) aprovar os precedentes da jurisprudência predominante em dissídios coletivos; e) aprovar as tabelas de custas e emolumentos, nos termos da lei; e f) elaborar o Regimento Interno do Tribunal e exercer as atribuições administrativas previstas em lei ou na Constituição Federal.

¹⁹² Conforme redação conferida pela Lei n.º 9.756/98 ao Art. 896, § 7º da CLT: A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

adequação da interpretação da legislação trabalhista diante de casos concretos, buscando a uniformização das decisões dos diversos Tribunais Regionais.¹⁹³

A novidade a partir da Lei n.º 13.015/14 é que o recurso de revista poderá também ser utilizado como uma técnica concentrada para formação de orientação do TST, desde que verificada a multiplicidade de recursos fundados em idêntica questão de direito e a matéria seja afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno (CLT, art. 896-C).

4.2 RECURSO DE REVISTA TRABALHISTA

No Brasil, a legislação federal trabalhista¹⁹⁴ é aplicada por 24 Tribunais Regionais do Trabalho, distribuídos em todo o território nacional e sem hierarquia uns entre os outros.

Assim, justifica-se a previsão de um órgão de superposição com competência para uniformizar a interpretação do direito trabalhista nacional, conclusão reforçada pela Emenda Constitucional 92/2016 que acrescentou o inciso II-A ao art. 92, para incluir o Tribunal Superior do Trabalho entre os órgãos do Poder Judiciário, fixando expressamente sua competência para processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, conforme novel §3º do art. 111, da Constituição Federal.

O recurso de revista é o meio pelo qual o Tribunal Superior do Trabalho deverá levar a cabo sua função de preservar a integridade do direito trabalhista interpretado pelos Tribunais Regionais, garantindo isonomia e previsibilidade aos jurisdicionados.

As hipóteses de cabimento do recurso de revista previstas no art. 896 da CLT¹⁹⁵ deixam claro sua finalidade de garantir o interesse público na correta interpretação da

¹⁹³ A uniformização da jurisprudência entre as Turmas do próprio TST é realizada por meio dos embargos de divergência (CLT, art. 894, II), recurso específico e que foge ao tema da presente dissertação.

¹⁹⁴ Nos termos do art. 22 da Constituição Federal, “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

legislação federal trabalhista que deve prevalecer sobre os interesses meramente individuais das partes. Este recurso de natureza extraordinária não tem por finalidade corrigir injustiças da decisão, tampouco reexaminar fatos e provas.¹⁹⁶ O recurso de revista deve ser analisado como um *meio* para o Tribunal realizar a sua função de formação de precedentes e uniformização de jurisprudência.

4.2.1 RECURSO DE REVISTA REPETITIVO: ASPECTOS HISTÓRICOS E OBJETIVOS

O TST é o órgão máximo da Justiça do Trabalho¹⁹⁷, cumprindo realizar as duas funções principais dos recursos dirigidos aos tribunais de vértice: a) função nomofilática e b) a função uniformizadora. Todavia, o imenso volume de processos e recursos recebidos para julgamento praticamente inviabiliza a atuação do TST como uma verdadeira corte de precedentes.¹⁹⁸

Assim, foi editada a Medida Provisória 2.226, de 04/09/01, que incluiu na CLT o art. 896-A, com a seguinte redação: “O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de

¹⁹⁵ Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998) a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014) b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998) c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998)

¹⁹⁶ Súmula/TST 126: “RECURSO. CABIMENTO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas.”

¹⁹⁷ Recentemente, a Emenda Constitucional 92/2016 acrescentou o inciso II-A, ao art. 92, para incluir o Tribunal Superior do Trabalho entre os órgãos do Poder Judiciário, fixando expressamente sua competência para processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, conforme novel §3º do art. 111, da Constituição Federal.

¹⁹⁸ Nos anos de 2015 e 2016, respectivamente, o TST recebeu 291.454 e 226.321 processos para julgamentos, conforme informações do site <http://www.tst.jus.br/tribunal-superior-do-trabalho1>, acessado em 17/01/17.

revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.”

A medida provisória que instituiu este filtro para acesso ao Tribunal Superior trabalhista foi objeto de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.527-9, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A medida cautelar foi julgada improcedente pelo Tribunal Pleno do STF em 16/08/07, com relatoria da Ministra Ellen Gracie. A alegação de vício de inconstitucionalidade formal foi rejeitada uma vez que a Medida Provisória foi editada antes da Emenda Constitucional 32, de 11/09/01, circunstância que afasta a vedação do art. 62, §1º, I, *b*, da Constituição, conforme ressalva do art. 2º, da própria EC 32/2001.

O preenchimento dos requisitos de relevância e urgência restaram justificados sob a fundamentação de que a “*sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição*”. Verifica-se nesta passagem do acórdão que a limitação de acesso ao Tribunal Superior é buscada exatamente em face do reconhecimento da impossibilidade da vazão recursal repetitiva.

Diversamente do que ocorre com o STF (art. 102) e STJ (art. 105), o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho não tem sua competência detalhadamente fixada na Constituição Federal. Ao contrário, a definição de seus limites é atribuída à lei, conforme redação original do art. 111, §3º da Constituição Federal.¹⁹⁹

O art. 2º da Medida Provisória julgada constitucional estabelece o seguinte:

O Tribunal Superior do Trabalho regulamentará, em seu regimento interno, o processamento da transcendência do recurso de revista, assegurada a apreciação da transcendência em sessão pública, com direito à sustentação oral e fundamentação da decisão.

¹⁹⁹ Art. 111, § 3º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

A comissão nomeada pelo TST para regulamentação em regimento interno do critério da transcendência como requisito prévio para conhecimento de recurso de revista, em junho de 2010, concluiu por “rechaçar a viabilidade técnica de regulamentação da transcendência, sobretudo em face da multiplicidade de temas objeto de recurso de revista”.²⁰⁰

Em contrapartida, após novas discussões, o Órgão Especial do TST, em maio de 2011, aprovou o encaminhamento de um anteprojeto de lei alternativo ao Congresso Nacional (Resolução Administrativa n.º 1451, de 24/05/2011) que frutificou na Lei n.º 13.015/14 cujo objetivo também é o estabelecimento de filtros para acesso ao TST, mas por outros mecanismos.

A Lei n.º 13.015/14 não regulamentou a questão da “transcendência” que permaneceu sem aplicação no processo do trabalho.²⁰¹ Todavia, estabeleceu a obrigatoriedade de uniformização de jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais, conforme art. 896, § 4º da CLT:

²⁰⁰ DALAZEN, João Oreste. *Apontamentos sobre a Lei 13.015/14 e impactos no sistema recursal trabalhista*. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/85658>. Acesso em: 14/11/16.

²⁰¹ Realmente, a depender da objetividade pretendida é praticamente impossível regulamentar a questão do que seria “transcendência”, sendo difícil não realizar uma comparação com *writ of certiorary* do direito americano o qual garante à Suprema Corte grande discricionariedade para conhecimento ou não de uma causa. Contudo, posteriormente, a Lei n.º 13.467/17 acrescentou diversos parágrafos ao art. 896-A da CLT para estabelecer que: “§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros: I - econômica, o elevado valor da causa; II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal; III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado; IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista. § 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado. § 3º Em relação ao recurso que o relator considerou não ter transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão. § 4º Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecorrível no âmbito do tribunal. § 5º É irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria. § 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas.” (NR) ”. A própria utilização da expressão “entre outros” confere grande margem de interpretação para o TST decidir sobre a transcendência ou não da matéria.

Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.

Considerada a possibilidade de interposição de recurso de revista diante da simples existência de decisões divergentes de Turmas de Tribunais distintos,²⁰² o TST não estava uniformizando a jurisprudência nacional e sim a interna dos próprios Regionais. Isto porque, jamais foi levada a sério a determinação da Lei nº 9.756/98 (artigo 896, § 3º, da CLT) para que os TRTs “obrigatoriamente” promovessem a uniformização de sua jurisprudência, mediante o incidente disciplinado no artigo 476 do CPC.²⁰³

A partir da Lei n.º 13.015/14, todavia, o recurso de revista somente deveria chegar ao TST no caso de súmulas regionais antagônicas entre si,²⁰⁴ quando o TST decidiria por uma delas.²⁰⁵ Conforme destaca o Ministro DALAZEN,²⁰⁶

Sob o sistema do novel § 6º do artigo 896 da CLT, por conseguinte, não é mais idôneo, para caracterização do dissenso jurisprudencial, um aresto,

²⁰² BUZAID, ao analisar a crise de números do STF e criticar o cabimento de recurso extraordinário na hipótese interpretação divergente de Lei Federal entre Tribunais estaduais assinala que: “Não encontramos fundamento científico para a letra ‘d’. O pressuposto de qualquer recurso é o estado de sucumbimento. O vencido pode afirmar que a decisão violou a lei aplicável à espécie, mas não é legítimo invocar, como fundamento autônomo do recurso, a circunstância de haver outro tribunal dato interpretação diversa ao direito. O que há de censurável, assinalou LIEBMAN, não é a interpretação divergente, mas a falsa aplicação da norma jurídica”... “Deixou-se inconsiderada a divergência com o Supremo”. (BUZAID, Alfredo. *A crise do Supremo Tribunal Federal*, in *Estudos de Direito I*. Saraiva, São Paulo: 1972. pág. 154/155)

²⁰³ O novo CPC não reproduziu a regra do art. 476 do CPC de 1973 que disciplinava o incidente de uniformização de jurisprudência, muito pouco utilizado até mesmo no processo comum, provavelmente devido a falta de cultura no respeito a precedentes e de meios de coerção para sua observância.

²⁰⁴ No mesmo sentido, estabelece o Art. 926 do CPC: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 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.

²⁰⁵ A objeção que se faz aqui é no sentido de que uniformização da jurisprudência por meio súmulas e não precedentes, torna mais difícil a comparação de casos.

²⁰⁶ DALAZEN, João Oreste. *Apontamentos sobre a Lei 13.015/14 e impactos no sistema recursal trabalhista*. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/85658>. Acesso em: 14/11/16.

mesmo específico e de outro TRT, que não exprima com fidelidade o pensamento predominante na Corte sobre a questão jurídica após a decisão uniformizadora.

Além de tornar obrigatória a uniformização da jurisprudência dos Regionais,²⁰⁷ a Lei n.º 13.015/14 introduziu o sistema de julgamento de recursos de revista repetitivos, cuja finalidade é o enfrentamento de litígios seriados e a produção de uma jurisprudência com forte efeito persuasivo.²⁰⁸

O recurso de revista repetitivo e a obrigatoriedade de uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais surgem, assim, como resultado do trabalho de uma comissão nomeada para regulamentar o requisito de admissibilidade recursal da “transcendência” prevista para resolver o problema do volume de processos recebidos no TST.

Contudo, este sistema de obrigatoriedade de uniformização jurisprudencial nos TRT's foi modificado a partir da revogação dos §§ 3º, 4º 5º e 6º o art. 896 da CLT²⁰⁹, pela letra “o”, do art. 5º, da Lei n.º 13.467/15, deixando de existir uma normatização expressa no processo do trabalho determinando a uniformização da jurisprudência em âmbito

²⁰⁷ Em 02 de março de 2015, o TST editou a Instrução Normativa n.º 37, que regulamenta procedimentos em caso de Incidente de Uniformização de Jurisprudência no âmbito dos TRTs (IUJ), suscitado na forma do art. 896, § 4º, da CLT.

²⁰⁸ O Ato 491 da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho -que regulamentou a Lei 13.015/14- atribui efeitos vinculantes ao julgamento da decisão do recurso de revista repetitivo, conforme se verifica da redação imperativa do seu art. 21, inciso III: “os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior.”

²⁰⁹ Na redação conferida pela Lei n.º 13.015/15, os parágrafos revogados do art. 896 da CLT estabeleciam que: “§ 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicarão, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).§ 4º Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência. § 5º A providência a que se refere o § 4º deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecorríveis. § 6º Após o julgamento do incidente a que se refere o § 3º, unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência.”

regional. Referida alteração legislativa é realizada na contramão da tendência de se garantir uma evolução ordenada da jurisprudência, verificada até mesmo em outros ramos do direito brasileiro. Por exemplo, o novo código de processo civil reconhece a importância e valoriza o respeito ao direito jurisprudencial estabelecendo que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*” (art. 926).²¹⁰

Assim, parece correto defender a posição de que mesmo após a revogação dos §§ 3º, 4º 5º e 6º o art. 896 da CLT, sempre existirá o dever dos Tribunais de racionalização da prestação jurisdicional, a partir da uniformização de sua jurisprudência, não apenas por força de um princípio geral de direito, mas também em face do disposto no arts. 15 do CPC e art. 769 da CLT, instrução normativa nº 39 do C. TST, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho: “Art. 8º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos arts. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).”

4.2.2 NATUREZA JURÍDICA DO RECURSO DE REVISTA REPETITIVO, CABIMENTO E OBJETO: APENAS “QUESTÃO DE DIREITO”?

No processo civil, a técnica de julgamento de recursos repetitivos é iniciada com a Lei n. 11.418, de 2006, do recurso extraordinário e, posteriormente estendida para o recurso especial com a Lei n. 11.672, de 2008, ambos com inspiração no *Musterverfahren* do direito alemão. A Lei n. 13.015/15 incorpora o recurso de revista repetitivo ao processo do trabalho, com os novos arts. 896-B e 896-C da CLT.

O ponto em comum nestes procedimentos é uma cisão cognitiva e decisória, realizada a partir da escolha de um modelo, no qual serão apreciadas as questões comuns aos casos similares, ficando a decisão do caso concreto para o juízo do processo originário.

²¹⁰ Neste sentido, também assinala BUENO que o “caput do art. 926 quer evidenciar qual é o papel que o CPC de 2015 quer emprestar à jurisprudência dos Tribunais a título de racionalização e uniformização dos entendimentos obteníveis como resultado da prestação jurisdicional. Jurisprudência parece, aí, ter sido empregada como palavra genérica para albergar as súmulas e também os “precedentes”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 600)

Importa no exame da natureza jurídica do recurso de revista repetitivo, todavia, a identificação de importantes diferenças em relação ao tratamento da matéria no direito comparado.

Nos termos do art. 896-C da CLT, “quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno”. Segundo a Lei, o objeto do recurso de revista repetitivo é exclusivamente “questão de direito”,²¹¹ pois “é natural que uma decisão acerca de uma questão de fato não possa constituir precedente, eis que a decisão sobre fato é sempre única”.²¹²

Todavia, a separação entre questão de fato e questão de direito é um problema antigo do direito e que nunca foi respondido de forma absoluta,²¹³ mesmo porque fato e direito são dois aspectos de um mesmo fenômeno, não reconhecendo a moderna hermenêutica a possibilidade de interpretação isolada do fato, tal como se procurou demonstrar no capítulo 1 deste trabalho.

Assim, diante da impossibilidade de se divisar com absoluto rigor estas categorias, ao analisar as hipóteses de cabimento de recurso especial, sustenta WAMBIER²¹⁴ que preferível seria falar em “questões predominantemente fáticas ou

²¹¹ Também o incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos extraordinário e especial repetitivos limitam-se exclusivamente à multiplicidade de idêntica questão de direito, conforme arts. 976, inciso I e 1.036 do CPC. Ao contrário, no direito estrangeiro, tanto na legislação do procedimento modelo alemão (*musterverfahren*), como nas ordens de litígio em grupo do direito inglês, a técnica do julgamento por amostragem alcança também questões de fato. Argumenta-se que uma abstração excessiva dos fatos poderia ensejar um artificialismo da decisão.

²¹² MALLETT, Estêvão. *Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, p. 74-111, 2014 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, São Paulo, RT, 2011, p. 108.

²¹³ Por todos, confira-se o clássico pensamento de Castanheira Neves: "Ao considerar-se a questão-de-fato; ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-fato. Ou numa formulação bem mais expressiva: "para dizer a verdade o "puro fato" e o "puro direito" não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto". (*Questão de facto – Questão de direito*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 55)

²¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. Revista de Processo, vol. 92, pág. 53.

jurídicas”, conforme o “aspecto problemático” que é o foco do julgador. Na hipótese da cognição recair sobre o fato em concreto, sua existência e características, tem-se uma questão de fato. Ao contrário, será de direito a questão que investigue a incidência da norma a determinado suporte fático, por meio da subsunção.

A título de exemplo desta dificuldade, confira-se o primeiro tema afetado pelo TST para julgamento pelo rito do recurso de revista repetitivo: “Dano Moral. Exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais”. Aparentemente, a questão versa sobre uma matéria de fato: a reiteração de solicitações de empregadores de certidão negativa de antecedentes criminais que acarretou uma explosão do número de demandas questionando a legitimidade de tal procedimento.

Todavia, no julgamento do incidente, deverá preponderar a questão jurídica sobre a definição do conteúdo da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana em face desta exigência dos empregadores, verificada em diversos contextos e empresas com atuação em segmentos totalmente diferentes. A leitura das teses fixadas no julgamento do Tema 1 deixa claro a prevalência do exame das questões jurídicas sobre os elementos fáticos dos casos concretos selecionados:

1. Não é legítima, e caracteriza lesão moral, a exigência de certidão de antecedentes criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido.
2. A exigência de certidão de candidatos a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos e pessoas com deficiência, em creches, asilos ou instituições afins, motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas e entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas.
3. A exigência da certidão de antecedentes criminais, quando ausentes alguma das justificativas de que trata o item 2, caracteriza dano moral *in re ipsa* [presumido], passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido.

Na forma analisada no capítulo 1 desta dissertação, a indeterminação de conteúdo das normas constitucionais e das cláusulas gerais abertas foi um dos principais fatores que impulsionou nos países da *civil law* as discussões sobre os limites da fundamentação diante de decisões anteriores sobre a mesma matéria, trazendo segundo DIDIER uma aproximação com os países da *common law*.²¹⁵

No entanto, ainda que objetivando firmar a orientação do Tribunal em relação a um problema predominantemente jurídico, também podem ser destacadas substanciais diferenças entre o julgamento sob o rito do recurso de revista repetitivo e os precedentes da *common law*.

Com efeito, o sistema de formação de precedentes por meio do julgamento de recursos de revista repetitivos é bastante diferente dos precedentes da *common law*, pelo menos em quatro aspectos relevantes:

a) nos países da *common law* os precedentes são formados de modo difuso e não de modo concentrado como nas hipóteses dos arts. 896-C da CLT e art. 927 do CPC;

b) no direito anglo-americano os precedentes são reconhecidos pelo juiz do caso sucessivo e não estabelecidos de plano pelo julgador do processo originário, como no caso dos recursos de revista repetitivos que buscam fixar uma tese jurídica;

c) na *common law* o precedente não é declarado como uma fórmula pronta e acabada com a pretensão de solução de todos os casos; ao contrário, os seus limites e âmbito de aplicação são delineados aos poucos, conforme reconhecidos pelos julgamentos posteriores e estabelecimento de distinções (*distinguishing*);

²¹⁵ Segundo Fredie Didier Jr.: “A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.” (*Cláusulas gerais processuais*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais>>. Acesso em: 23/09/15.

d) na tradição da *common law* o respeito aos precedentes é aceito como uma questão cultural, não existindo a necessidade de uma norma legal estabelecendo tal obrigatoriedade.

Em resumo, muito embora o objetivo do incidente trabalhista seja declaradamente a solução de questão de direito, o certo é que não se pode prescindir em absoluto das circunstâncias de fato. Aliás, é exatamente a repetição de fatos similares que levou ao desenvolvimento da técnica do procedimento-modelo para resolução de demandas seriadas.

O problema da impossibilidade da separação estanque do que seja questão de fato e questão de direito para efeito de julgamento por amostragem fica mais acentuado quando uma única conduta ou a forma de atuação do mesmo empregador é capaz de atingir um número indeterminado de empregados, provocando o ajuizamento de centenas ou até milhares de ações trabalhistas com a mesma causa de pedir.

A partir de uma análise dos dezesseis Temas tabela de recursos de revista repetitivos afetados até o momento, parece difícil sustentar que o TST estaria limitando a seleção de questões unicamente de direito. Confira-se, a título de exemplo, o Tema 7 da tabela de recursos recurso de revista repetitivos que discute sobre a existência ou não de responsabilidade da TAP Manutenção Engenharia S.A. em relação a dívidas trabalhistas de uma filial da Varig.²¹⁶ A especificidade do caso torna inafastável a conclusão de que a decisão sobre a ocorrência ou não de fraude na alienação de ativos 40 dias antes de aprovação do plano de recuperação judicial versa sobre o julgamento de um fato concreto e objeto de alegação em inúmeros processos. Ao final do julgamento, o TST deverá resolver a seguinte questão: houve ou não sucessão trabalhista no negócio jurídico celebrado entre TAP e VARIG?

²¹⁶ Tema 7 da Tabela de recursos de revista repetitivos do TST: “TAP Manutenção e Engenharia Brasil S.A. Ilegitimidade Passiva. Grupo Econômico. Responsabilidade Solidária. Empresa que não mais integra o grupo econômico”.

O mesmo se diga em relação aos Temas 8, 11, 12, 13, 15 e 16²¹⁷ que trazem questões de fato bastante específicas para julgamento e envolvendo empregadores determinados que são referidos nominalmente na delimitação da questão jurídica. A origem comum dos processos abrangidos em cada um destes temas, aliás, autorizaria até mesmo a utilização de uma ação coletiva para sua defesa, conforme art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Tal circunstância aproxima bastante o julgamento destes incidentes de recurso de revista repetitivos do procedimento modelo alemão, cuja origem foi a recorrente alegação de fraude na divulgação de informações falsas pela empresa Telekom, com prejuízos causados a inúmeros investidores do mercado financeiro.

Assim, diante das substanciais diferenças em relação aos precedentes da *common law* e institutos semelhantes de julgamento por procedimento-modelo do direito comparado, defende-se a natureza jurídica do recurso de revista repetitivo como um procedimento incidental autônomo, de julgamento abstrato das questões preponderantemente de direito controvertidas, comuns a demandas semelhantes, a partir da instauração de um procedimento-modelo que objetiva a construção de uma tese jurídica.²¹⁸

²¹⁷ Tema 8: “Agente de Educação da Fundação Casa. Adicional de Insalubridade. Laudo Pericial. Súmula 448, I, do TST. ”; Tema 11: “Validade da dispensa do empregado em face de conteúdo de norma interna da empresa WMS, que previu no programa denominado 'Política de Orientação para Melhoria' procedimentos específicos que deveriam ser seguidos antes da dispensa de seus trabalhadores. (Aguardando delimitação do tema pelo relator)”; Tema 12: “SERPRO - Prêmio de Produtividade - Supressão - Prescrição.”; Tema 13: “Interpretação de cláusulas de convenções coletivas de trabalho dos petroleiros, em que se assegurou o pagamento da parcela denominada RMNR”, matéria referente ao tema "Petrobrás. Complementação da Remuneração Mínima por Nível e Regime-RMNR. Base de Cálculo, Norma Coletiva. Interpretação. Adicionais Convencionais.”; Tema 15: “Possibilidade de cumulação do 'Adicional de Atividade de Distribuição e/ou Coleta Externa - AADC' com o 'Adicional de Periculosidade', previsto no § 4º do art. 193 da CLT aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, que desempenham a função de carteiro motorizado (Função Motorizada 'M' e 'MV'), utilizando-se de motocicletas.” e Tema 16: “Adicional de Periculosidade. Artigo 193, inciso II, da CLT. Fundação Casa. Agente de Apoio Socioeducativo. Atividades e Operações Perigosas. Anexo 3 da NR 16 (Portaria 1.885/2013 - Ministério do Trabalho)”. (Disponível em: <http://www.tst.jus.br/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>. Acesso em: 20/09/17)

²¹⁸ No sentido de procedimento autônomo para fixação de tese, também, é a ementa do primeiro incidente julgado pelo TST sob o rito de recurso de revista repetitivo: “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”. (negritei)

Noutras palavras, o novo incidente trabalhista estará mais próximo de um precedente quando o seu objeto é a definição do conteúdo de um princípio constitucional ou cláusula geral, fixando uma *ratio decidendi* que poderá ser utilizada para casos semelhantes, envolvendo diversos empregadores. Por outro lado, o procedimento do recurso de revista repetitivo guardará maior semelhança com o procedimento-modelo alemão quando analisar o enquadramento jurídico de situações de fato bastante específicas, verificadas em relação a determinados empregadores que são referidos nominalmente na delimitação do tema.

Releve-se que a exigência de precisa identificação da questão²¹⁹ submetida ao rito de julgamento de recurso repetitivo reforça a ideia defendida de natureza de procedimento autônomo, cujo objetivo é a definição de uma tese jurídica acerca de questões homogêneas reproduzidas em inúmeros processos e não o julgamento do recurso propriamente dito, cuja decisão deverá ocorrer em acórdão específico.²²⁰

A correta delimitação da natureza jurídica do instituto é importante para a análise, por exemplo, de requerimento da parte de desistência do recurso afetado, circunstância sobre a qual é omissa a novel legislação processual trabalhista. Diante do princípio recursal da voluntariedade, a parte não poderia simplesmente ser impedida de desistir de seu apelo, mesmo depois da afetação de seu processo para julgamento da questão repetitiva.

Por outro lado, o exercício de um direito processual individual não pode obstar a realização do interesse público que determina a instauração do incidente, com vistas à manutenção da integridade e coerência da ordem jurídica objetiva. Neste sentido, aliás, é expressa a norma do Art. 998 do CPC: “O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a

²¹⁹ Em relação ao recurso extraordinário e especial repetitivos, estabelece o Art. 1.037 do CPC que: “Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento.”

²²⁰ O Ato 491 da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho -que regulamentou a Lei 13.015/14, estabelece que: “Art. 13. É vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do artigo 896-C da CLT, questão não delimitada na decisão de afetação”. Assim, “Quando os recursos requisitados do Tribunal Regional do Trabalho contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao órgão jurisdicional competente decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo.” (art. 15)

anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.”

A solução do processo civil busca conciliar os princípios recursais e a finalidade da lei do julgamento por amostragem, podendo perfeitamente ser utilizada no processo do trabalho, diante da omissão da CLT e compatibilidade principiológica (CLT, art. 769 e art. 15 do CPC).

Assim, o processo do desistente não será alcançado pela decisão do órgão especial diante do trânsito em julgado operado como efeito imediato da desistência do seu apelo, mas isto não impedirá o Tribunal de prosseguir no julgamento da tese que será utilizada para exame dos demais recursos sobrestados, corroborando o seu caráter objetivo.

Para além deste aspecto, o entendimento pela natureza autônoma do incidente facilita a replicação da tese para os processos sobrestados e justifica a ampliação do debate, com a participação até mesmo de sujeitos estranhos ao processo paradigma, como será analisado a seguir, no capítulo sobre o procedimento.

Finalmente, a instauração do incidente por iniciativa dos Ministros do TST e a impossibilidade da parte escapar dos efeitos do julgamento coletivo da questão comum revela a feição de ordem pública do julgamento por amostragem trabalhista, realizado no interesse da administração da justiça.

Traçadas de plano estas importantes diferenciações quanto à natureza jurídica dos precedentes e julgamentos por amostragem, resta analisar o procedimento do novo instituto trabalhista.

5. PROCEDIMENTO DO INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO

5.1 FASE INICIAL: LEGITIMIDADE E ANÁLISE DO REQUERIMENTO DE AFETAÇÃO DA QUESTÃO JURÍDICA

O procedimento do incidente de recurso é iniciado a partir do requerimento de um dos ministros que compõem a Seção Especializada, considerada a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal, na forma do *caput* do art. 896-C da CLT.

O novel dispositivo celetista não estabelece um número mínimo de recursos assemelhados, de modo que assegurado ao TST uma boa margem de discricionariedade para preenchimento do conteúdo da norma de acordo com a finalidade do instituto que pretende garantir os princípios constitucionais da isonomia, previsibilidade e duração razoável do processo.²²¹

A instauração do incidente por meio de requerimento de Ministro do TST²²² deixa latente a maior preocupação do instituto que é a racionalização do trabalho da Corte e não o atendimento de uma necessidade do jurisdicionado. Ao contrário, no direito processual alemão, em respeito ao princípio dispositivo, o procedimento modelo somente pode ser instaurado a pedido do autor ou do réu, não cabendo seu início de ofício pelo órgão julgador. Da mesma forma, as ordens de litígio em grupo inglesas exigem requerimento da parte para fazer parte do gerenciamento coletivo de causas, no sistema *opt in*.

²²¹ No caso da Alemanha, de forma bem mais objetiva, é exigido que tenham sido formuladas pelo menos nove solicitações de instauração do procedimento-padrão, dentro de um período de quatro meses contados a partir da data de publicação no registro eletrônico do primeiro requerimento. No particular, portanto, o novo regramento celetista aproxima-se muito mais das GLO que também não fixam um número mínimo de causas para o gerenciamento coletivo.

²²² A Lei n.º 13.015/14 não traz a possibilidade de requerimento da parte ou do juiz para instauração do rito de julgamento de recurso de revista repetitivo; ao contrário da previsão do art. 977 do CPC: “O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I – pelo juiz ou relator, por ofício; II – pelas partes, por petição; III – pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.”

No particular, a objeção que se levanta na realidade em que opera o direito brasileiro é que a facultatividade das partes de participarem ou não do julgamento por recurso piloto acabaria frustrando o principal objetivo da lei que é a diminuição do acervo processual do TST.

A matéria pode ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples dos membros da SDI (art. 896-C da CLT). Neste ponto, é interessante destacar a contradição trazida pelo dispositivo celetista que confere ao órgão fracionário o poder de decidir se ele mesmo (SDI) ou o órgão maior (Tribunal Pleno) irá julgar o incidente. Além disso, a Lei ou mesmo o Regimento Interno do TST não estabelecem qualquer critério que oriente a escolha de um destes órgãos para decisão do tema.

Esta contradição fica ainda mais evidente quando o julgamento sob o rito de recursos de revista repetitivos pela SDI envolve matéria já sumulada pelo Tribunal Pleno, conforme Lei n. 7.701/1988. Nestes casos, surge a natural indagação sobre a possibilidade ou não da SDI decidir de forma contrária à Súmula do Pleno, tal como ocorreu no julgamento o Tema 2, no qual a tese firmada pela SDI sobre os divisores dos bancários de 180 e 220 horas contraria de forma direta o entendimento da Súmula n.º 124 do TST.

No julgamento dos embargos de declaração interpostos pela CONTEC em face desta delicada questão, o relator Ministro Cláudio Brandão ressaltou a competência legal atribuída à SDI para a definição do órgão julgador do incidente:

ALCANCE DA DECISÃO – alega omissão quanto ao fato de que não poderia ter havido alteração no entendimento consolidado na Súmula n.º 124 do TST, aduzindo que não é possível que a SbDI-1 se sobreponha ao Tribunal Pleno. A matéria foi objeto de exame na decisão embargada, especialmente quando assentou que a implantação do sistema de precedentes judiciais, inicialmente pela Lei n.º 13.015/2014 e posteriormente pelo CPC, com os princípios que o orientam, fixou cumprimento obrigatório para as decisões que firmam teses jurídicas e superam aquelas inseridas em súmulas de efeito meramente persuasivo.

Por outro lado, o caput do artigo 896-C da CLT define ser da competência da SbDI-1 deliberar sobre a instauração do incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos e o órgão competente para o seu julgamento, o que, por óbvio, não ocorre de modo fragmentado ou sem

que possa ser exercido com plenitude. A fixação da tese, pois, é decorrência da definição, pela citada Lei, da competência a ela atribuída.

Até entendo, pessoalmente, que a aludida Lei – oriunda de proposta originariamente elaborada no âmbito desta Corte –, como assinaei em obra sobre o tema, contém contradição nesse aspecto, por haver atribuído ao órgão fracionário a prerrogativa de decidir se ele próprio ou o órgão maior – o Tribunal Pleno - julgará o incidente, mas, em se tratando de diploma normativo válido e eficaz, não há como afastar a incidência dos efeitos por ele produzidos. Assim, há de ser exercida, com plenitude, a competência atribuída a esta Subseção. Não é mais exclusiva a competência do Tribunal Pleno para uniformizar a jurisprudência dos Tribunais, menos ainda para fixar tese jurídica de cumprimento obrigatório. Observo que a invocada Lei nº 7.701/1988 foi substancialmente atingida pela Lei nº 13.015/2014. Inexiste, por conseguinte, omissão.

Ao final do julgamento do incidente sobre o divisor dos bancários, a SDI decidiu “submeter à elevada apreciação do Tribunal Pleno a proposta de revisão do enunciado da Súmula nº 124”, como forma de tentar resolver a contradição instaurada entre as decisões destes dois órgãos. A proposta é interessante, todavia, pode agravar o problema, caso a votação do Tribunal Pleno decida pela manutenção da atual redação da Súmula nº 124, com os divisores 150 e de 200 horas para os bancários.

A questão ganha ainda outro agravante a partir da Lei nº 13.467/17 que passou a exigir uma série de requisitos para elaboração ou alteração de súmulas, conforme nova redação conferida ao art. 702, letra “f” da CLT:

“f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.”

Ora, depois do julgamento do Tema 2 seria difícil imaginar a aplicação de entendimento diverso no julgamento de processos sobrestados e futuros, ainda mais no âmbito das turmas do TST, circunstância que impediria a revisão do entendimento

sumulado, por não preenchidos os requisitos formais exigidos pela nova redação do art. 702, letra “f” da CLT.

Diante de todas estas dificuldades, seria prudente que os temas objeto de afetação que discutam teses jurídicas incorporadas em súmulas, preferencialmente, sejam decididos pelo Tribunal Pleno, sob pena de se criar conflitos jurídicos de difícil solução no sistema vigente.

No que diz respeito ao caso analisado, ainda que a Súmula n.º 124 não seja cancelada, o certo é que seu entendimento foi superado pelo julgamento do incidente pela SDI. Assim, referido verbete sumular não mais poderá servir de paradigma para processamento de recursos de revista e embargos, pois “superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”.²²³ Afinal, não teria sentido a Lei atribuir competência pela metade ao órgão fracionário, de forma a impedir que o julgamento do incidente pela SDI pudesse contrariar o teor de súmula existente. Muito menos é a finalidade da Lei aumentar o número de recursos de revista que chegam ao TST.

5.1.1 FORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO MODELO: A IMPORTÂNCIA DA ESCOLHA

O Presidente da Turma ou da Seção Especializada, “por indicação dos relatores, afetará um ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento pela Seção Especializada em Dissídios Individuais ou pelo Tribunal Pleno, sob o rito dos recursos repetitivos” (CLT, art. 896-C, §1º).

Na forma do art. 896-C, §2º Da CLT, deverá ser expedida “comunicação aos demais Presidentes de Turma ou de Seção Especializada, que poderão afetar outros processos sobre a questão para julgamento conjunto, a fim de conferir ao órgão julgador visão global da questão.”

²²³ Conforme art. 896 da CLT: “§ 7º A divergência apta a ensejar o recurso de revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.” - negritei

A lei não estabelece critérios objetivos para a formação do modelo representativo da controvérsia, ficando a critério do Tribunal a escolha dos recursos afetados.²²⁴

A Regra 19.13 da CPR também confere uma discricionariedade à Corte designada para a administração da *Group Litigation Order*, a qual poderá escolher uma ou mais ações integrantes do *group register* para prosseguir como ações-teste, inclusive com a indicação do advogado de uma ou mais partes para ser o principal advogado dos autores ou réus.

Por sua vez, a lei do procedimento-modelo alemão determina que a escolha do líder entre os demandantes com processo suspenso observe: a) a idoneidade da parte para a condução do processo modelo em consideração das partes convocadas; b) acordo entre os vários autores para a escolha de um único caso-modelo; c) o valor do pedido do caso selecionado.²²⁵

É certo que diante da repercussão do julgamento em inúmeros outros processos sobrestados, o modelo do conflito repetitivo deverá ser o mais completo possível. Conforme art. 1.036 do CPC, § 6º “Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

Por outro lado, é da natureza das demandas repetitivas a existência de um litigante habitual num dos polos da relação jurídica processual, não sendo difícil imaginar que tivesse interesse na afetação justamente de processo cuja cognição restou direcionada ao atendimento de seus propósitos.

Aliás, a importância da escolha da causa piloto nas demandas repetitivas é objeto de estudo específico e tratada como uma questão fundamental por CABRAL,²²⁶ que

²²⁴ No que diz respeito a importância da escolha do recurso paradigma, releve-se que o sucesso da *class actions* americana está diretamente ligado à possibilidade do juiz exercer o controle da representatividade adequada, verificando se as partes representativas podem efetuar a adequada defesa dos interesses da classe. Aliás, esta adequação de representatividade é o fundamento que possibilita os efeitos da decisão coletiva alcançarem todos os membros do grupo representado, independentemente de seu resultado, favorável ou não.

²²⁵ Capital Markets Model Case Act – KapMuG. “Part 2 Conducting Model Case Proceedings. Section 9 Parties to the Model Case Proceedings”. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17.

destaca dois vetores para sua seleção: (i) amplitude do contraditório e (ii) representatividade dos sujeitos do processo originário.

O primeiro vetor deve orientar a escolha da causa com a maior quantidade e qualidade de argumentos, observado o contraditório efetivo e a não restrição à cognição e à prova. Nos termos da Instrução Normativa nº 38 do C. TST, art. 4º:

“Somente poderão ser afetados recursos representativos da controvérsia que sejam admissíveis e que, a critério do relator do incidente de julgamento dos recursos repetitivos, contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.”

Já o segundo vetor de representatividade dos sujeitos do processo originário justifica-se na medida em que a solução da questão comum deverá ser reproduzida em inúmeros outros processos. Além disso, busca garantir a participação no incidente e reduzir o *déficit* de contraditório diante da extensão subjetiva da decisão.

É fundamental, portanto, para o aprimoramento dos julgamentos dos recursos de revista repetitivos uma reflexão sobre a escolha do recurso piloto, inclusive como forma de garantir a efetivação de princípios constitucionais fundamentais como o contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

5.1.2 OS EFEITOS DA ADMISSIBILIDADE: PUBLICIDADE E DIVULGAÇÃO DA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE

A admissibilidade do procedimento dos recursos de revista repetitivos acarreta diversas consequências importantes, destacando-se a (i) ampla divulgação e publicidade

²²⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. RT Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10713934/A_escolha_da_causa-piloto_nos_incidentes_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_processos_repetitivos. Acesso em: 16/01/17.

sobre a afetação da matéria e (ii) o sobrestamento dos recursos repetitivos sobre a mesma matéria (CLT, art. 896-C, §3º).

A coletivização da questão comum para a definição de uma tese jurídica acarreta efeitos sobre um grande número de sujeitos, possuindo repercussão social e econômica, de modo a exigir uma ampla divulgação do procedimento.²²⁷ A publicidade deve ser verificada desde o momento da afetação, com a precisa identificação da questão jurídica, de modo a garantir o acompanhamento do julgamento pela sociedade e principalmente por aqueles que serão atingidos por seus efeitos.²²⁸

A Resolução n.º 235 do CNJ,²²⁹ de 13/07/16, dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência, estabelecendo a obrigatoriedade de organização do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep), no âmbito do STJ, TST, TSE, STM, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho.

É interessante ressaltar que a Lei n.º 13.015/14 ou mesmo o CPC não trazem como efeito da afetação da questão a suspensão do prazo prescricional para ajuizamento de novas ações com idêntica matéria jurídica.²³⁰ Trata-se de medida simples e que contribuiria

²²⁷ CPC, Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. § 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

²²⁸ Esta publicidade também é verificada no cadastro das ordens de litígio em grupo inglesas, mediante a criação de um *group register*.

²²⁹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>. Acesso em: 16/01/17.

²³⁰ A versão final do projeto apresentado na Câmara dos Deputados determinava que, uma vez admitido o incidente, “suspender-se-á a prescrição das pretensões nos casos em que se repete a questão de direito”, conforme § 5º, do art. 988 (disponível em: www.camara.gov.br; *acesso em: 27/03/17*). Todavia, a previsão de suspensão do prazo prescricional foi retirada no Senado Federal sob o fundamento de que “convém a sua rejeição, visto que tal matéria é afeta ao Direito Civil e em razão de a suspensão da prescrição perdurar durante a tramitação do processo nos termos do parágrafo único do art. 202 do Código Civil”. Ocorre que o projeto da Câmara previa a suspensão das “pretensões” e não apenas dos processos em tramitação, possuindo amplitude muito maior do que a prevista no Código Civil.

bastante para diminuição do número de ações uma vez que assegura aos requerentes o conhecimento do resultado do incidente coletivo, antes mesmo de decidir se apresentarão ou não suas demandas individuais.

5.1.2.1 SOBRESTAMENTO DOS RECURSOS REPETITIVOS

A suspensão dos recursos das demandas individuais a partir da afetação da matéria comum é aspecto central do novo instituto e diretamente ligado à sua finalidade de diminuição do congestionamento processual. Na forma do art. 896-C, §§ 3º, 4º e 5º da CLT:

§3º O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho oficiará os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho para que suspendam os recursos interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 4º Caberá ao Presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Tribunal Superior do Trabalho, ficando suspensos os demais recursos de revista até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 5º O relator no Tribunal Superior do Trabalho poderá determinar a suspensão dos recursos de revista ou de embargos que tenham como objeto controvérsia idêntica à do recurso afetado como repetitivo.

Muito embora os §§ 3º, 4º e 5º, do art. 896-C, refiram-se a “suspensão” dos recursos de revista, o certo é que o legislador não está atribuindo efeito suspensivo aos recursos repetitivos, mas determinado apenas o sobrestamento de seu julgamento.

Permanece válida a regra geral do processo trabalhista da não suspensividade do recurso de revista, conforme art. 896, § 1º, da CLT. Neste sentido, são as observações de MALLET:²³¹

Em outros termos, não se dará andamento aos recursos interpostos. Melhor teria sido aludir, portanto, a sobrestamento dos recursos, para evitar má compreensão. O sobrestamento atinge os processos que tenham chegado à fase de processamento do recurso de revista. Logo, causas que estejam com recurso ordinário pendente de exame nos Tribunais Regionais não são atingidas. Não importa que nelas se discuta exatamente a questão de direito que leva à proliferação de recursos. O julgamento deve prosseguir normalmente. Decidido o recurso ordinário, interpostos embargos de declaração por uma das partes e recurso de revista pela outra, o exame dos primeiros não fica sobrestado.

De qualquer forma, a “suspensão” referida pela Lei n.º 13.015/14 é dirigida especificamente aos recursos de revista, não alcançando processos em tramitação no primeiro grau de jurisdição ou em grau de recurso ordinário. Assim, discordamos dos arts. 6º e 21, III da Instrução Normativa 38,²³² ao estabelecer a suspensão de processos pendentes de julgamento no primeiro e segundo grau de jurisdição.

Releve-se que o CPC é expresso ao conferir a possibilidade de suspensão “*de todos os processos pendentes*” e não apenas do recurso especial ou extraordinário com matéria afetada, conforme norma do art. 1.037, inciso II. Referida opção poderia ter sido adotada no processo trabalhista, mas acabou sendo rechaçada pelo legislador que optou por suspender apenas o recurso de revista.

Ao contrário do verificado no processo civil, no processo do trabalho é muito comum o cúmulo objetivo de ações. Aliás, a exceção é a reclamação trabalhista ou recurso em que se discuta apenas um ou poucos pedidos, tendo em vista as diversas lesões

²³¹ MALLET, Estêvão. *Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, p. 74-111, 2014.

²³² Art. 6º O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho oficiará os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho, com cópia da decisão de afetação, para que suspendam os recursos de revista interpostos em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos e ainda não encaminhados a este Tribunal, bem como os recursos ordinários interpostos contra as sentenças proferidas em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo do Tribunal Superior do Trabalho. Art. 21. Publicado o acórdão paradigma: I (...); II (...); III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior.

verificadas durante o trato sucessivo da relação trabalhista e os múltiplos direitos previstos na legislação, normas coletivas e contratos individuais de emprego.

Neste cenário, não é difícil imaginar um processo no qual dentre as diversas matérias em discussão apenas uma seja objeto de afetação para decisão no recurso de revista repetitivo, muitas vezes de caráter apenas acessório.

É o que ocorreria, por exemplo, caso tivesse sido determinada a suspensão de todas as reclamações trabalhistas com pedido de honorários advocatícios de sucumbência, circunstância que acarretaria uma paralisia geral e um indevido represamento de inúmeros outros pedidos que poderiam ser instruídos e decididos sem qualquer interferência da tese jurídica a ser firmada no julgamento do recurso repetitivo. Felizmente esta suspensão geral não foi determinada na afetação do Tema 3 da Tabela do TST, que trata exatamente sobre honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, colhendo-se os seguintes fundamentos do relator Ministro José Roberto Freire Pimenta:²³³

“Resta, ainda, enfrentar e decidir a delicada questão relativa à previsão contida no inciso II do artigo 5º da Instrução Normativa nº 38/2015 e no § 5º do artigo 896-C da CLT, de que o relator do Incidente poderá “determinar a suspensão dos recursos de revista ou de embargos” que tenham como objeto controvérsia idêntica à deste recurso afetado como repetitivo.

Uma vez determinada essa suspensão, isso atrairá a providência do i. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho prevista no artigo 6º da referida Instrução, de oficiar os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho, com cópia desta decisão, para que também suspendam os recursos de revista e os recursos ordinários em andamento em suas respectivas regiões em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos, até o pronunciamento definitivo desta Corte superior.

Sendo indubitoso que a própria literalidade e também a teleologia dos dispositivos referidos preveem tão somente a possibilidade dessa suspensão, a juízo do Relator do Incidente, cumpre, desde logo, decidir, neste caso, sobre a não suspensão desses recursos repetitivos na hipótese, pelas razões a seguir expostas.

Em primeiro lugar, a matéria relativa a honorários advocatícios decorrentes da sucumbência a serem deferidos em favor de advogados não credenciados pelas entidades sindicais tem natureza jurídica

²³³ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>. Acesso em: 16/01/17.

eminentemente acessória em relação aos pedidos iniciais trabalhistas deduzidos em juízo, não beneficiando, de forma direta, os empregados que são partes nos milhares de processos repetitivos com esse objeto hoje em curso.

Ademais, a frequente cumulação objetiva de numerosos pleitos iniciais principais de natureza trabalhista torna inconveniente e desproporcional que, apenas em função dessa pretensão acessória, seja suspenso o andamento de todos os processos que o tenham por objeto no território nacional ou apenas no âmbito da 4ª Região (que editou a súmula regional que desencadeou este Incidente), com evidente prejuízo para as partes e para a aplicação do princípio da duração razoável do processo, consagrado no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República.

Além disso, é forçoso concluir que, mesmo nas demais Regiões em que o entendimento consagrado nas Súmulas nºs 219 e 329 deste Tribunal Superior continua sendo aplicado de forma pacífica pelas instâncias ordinárias, a simples reiteração dessa pretensão nos recursos ordinários e nos recursos de revista obrigaria que também esses processos ficassem suspensos até a decisão definitiva deste incidente.

Por fim, tal providência, restrita à 4ª Região, também afetaria a quase totalidade dos seus processos, na medida em que, diante dos termos da referida súmula regional, contemplam eles, em sua grande maioria, essa pretensão inicial acessória. Não tendo sido determinada, nesta decisão, a suspensão dos recursos de revista e de embargos com idêntico objeto, até a apreciação definitiva deste Incidente pelo Tribunal Superior do Trabalho, deverão eles ter normal prosseguimento em suas Turmas e na SbDI-1.

Da mesma forma, por identidade de razões e por mera consequência lógica e jurídica, não terá aplicação, neste caso em exame, o disposto no artigo 6º da Instrução Normativa nº 38/2015, devendo também prosseguir normalmente os recursos de revista ainda não encaminhados a este Tribunal que tenham por objeto idêntica controvérsia bem como os recursos ordinários interpostos contra as sentenças proferidas em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos.”

Finalmente, ainda neste exemplo, considerando que referido recurso de revista versando sobre honorários de sucumbência trouxesse outras matérias não afetadas, indaga-se sobre a possibilidade de desistência parcial do recurso exclusivamente quanto ao tema honorários advocatícios. Parece que a resposta certamente seria positiva, não apenas por

força do princípio da voluntariedade que informa a teoria geral dos recursos, mas também por aplicação supletiva da norma do art. 998 do CPC.²³⁴

5.1.2.2 DISTINÇÃO DO CASO E PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO

As partes devem ser intimadas quanto à decisão de sobrestamento do recurso de revista de sua demanda individual.²³⁵ A Lei n.º 13.015/14, todavia, é omissa quanto à possibilidade de recurso em face desta decisão do Presidente do Tribunal²³⁶ que determinou o sobrestamento das demandas individuais a partir da afetação da matéria comum.

A suspensão indevida do processo cuja matéria não é objeto do tema afetado acarreta inúmeros prejuízos à parte, com flagrante ofensa princípio da duração razoável do processo e acesso à justiça. Por outro lado, a não suspensão de recurso com matéria afetada poderia implicar violação dos princípios da isonomia e segurança jurídica, de modo a justificar o requerimento da parte para a suspensão de seu processo.

No âmbito do processo civil, a possibilidade de requerimento de prosseguimento do processo é disciplinada no art. 1.037 do CPC:

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

²³⁴ Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

²³⁵ Ato 491 da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, Art. 18: “As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo Relator.” CPC, Art. 1.037. § 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput.

²³⁶ Nos termos do art. 21, do Ato 491 da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho: “Compete ao Presidente do respectivo Tribunal Regional do Trabalho determinar a suspensão de que trata o § 3º do artigo 896-C da CLT dos recursos interpostos contra as sentenças em casos idênticos aos afetados como recursos repetitivos.”

(...)

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 12. Reconhecida a distinção no caso:

I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo;

II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único.

§ 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;

II - agravo interno, se a decisão for de relator.

No mesmo sentido, estabelece o Ato 491 da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho que:

Art. 19. A parte poderá requerer o prosseguimento de seu processo se demonstrar distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso afetado.

§ 1º A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento, no prazo de cinco dias.

§ 2º Da decisão caberá agravo, nos termos do Regimento Interno dos respectivos Tribunais.

Assim, diante da omissão da Lei n.º 13.015/14, com fundamento CPC e o Ato 491 da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, a parte poderá por simples requerimento pretender o prosseguimento de seu processo, mediante a demonstração da distinção do caso.

5.2 FASE DE INSTRUÇÃO: PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NA FORMAÇÃO DA DECISÃO PADRÃO

5.2.1 ESCOLHA DOS LÍDERES

A participação dos envolvidos no julgamento do recurso de revista sob o rito repetitivo é fundamental para a legitimidade e constitucionalidade do procedimento, tendo em vista os princípios do devido processo legal e acesso à justiça. O registro e divulgação das matérias afetadas é essencial para conhecimento da sociedade sobre os temas discutidos pelo Poder Judiciário.

O respeito ao princípio do contraditório começa com o cuidado na escolha do recurso modelo que deverá ser o mais completo possível, trazendo ao debate todos os fundamentos para acolhimento ou rejeição do pedido. A escolha dos recursos afetados terá, ainda, consequências quanto à definição dos líderes das partes. Por exemplo, na sessão de julgamento do Tema 2 da Tabela de Recursos de Revista Repetitivos²³⁷ apenas foram ouvidos os advogados das partes dos processos selecionados e não os procuradores de partes com processos apenas sobrestados.

No particular, o regramento do recurso de revista repetitivo afasta-se bastante do procedimento modelo alemão no qual mesmo os demandantes dos processos que não foram selecionados são considerados partes.²³⁸ Também não existe previsão legal na Lei n.º

²³⁷ Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/decisaoForm.do?numInt=250270&anoInt=2014&codOrgaoJudic=53&anoPauta=2016&numPauta=1&tipSessao=E>. Acesso em: 16/01/17).

13.015/14 para destituição da liderança do demandante que não estiver conduzindo adequadamente o caso modelo, tal como verificado no procedimento tedesco.

5.2.2 *AMICUS CURIAE*

As audiências públicas e o *amicus curiae* são mecanismos que buscam revestir a decisão de maior legitimidade e garantir amplo conhecimento da matéria pelo órgão jurisdicional, considerada a possibilidade de replicação do entendimento firmado da questão jurídica noutros processos de sujeitos que não são partes no recurso em julgamento.²³⁹

A figura jurídica do *amicus curiae* representa a possibilidade do ingresso de um terceiro no processo com a finalidade de fornecer subsídios para a decisão de causa relevante e complexa, tendo em vista a formação do precedente judicial.

O *amicus curiae* sempre foi de pouca utilização no processo do trabalho e agora passa a contar com previsão expressa do 896-C, § 8º da CLT: “O relator poderá

²³⁸ Part 2 Conducting Model Case Proceedings Section 9 Parties to the Model Case Proceedings (1) The parties to the model case proceedings shall be: 1. The model case plaintiff, 2. The model case defendant, 3. Interested parties summoned. (2) The Higher Regional Court shall designate by order as appears equitable the model case plaintiff from among the plaintiffs whose proceedings have been suspended pursuant to Section 8 (1). Consideration shall be given to the following: 1. The suitability of the plaintiff to conduct the model case proceedings in consideration of the interests of the parties summoned, Service provided by the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection in cooperation with juris GmbH – www.juris.2. Agreement among several plaintiffs designating a single model case plaintiff, and 3. The amount of the claim, if it is affected by the establishment objective of the model case. There shall be no contestation of such order. (3) The plaintiffs who are not selected as the model case plaintiff shall be summoned to the model case proceeding. (4) The Higher Regional Court may, upon request of a summoned interested party, dismiss the model case plaintiff and appoint a new model case plaintiff in accordance with (2) if the model case plaintiff is not conducting the model case appropriately. (5) Model case defendants shall be all defendants in the suspended proceedings. (Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17.)

²³⁹ Na sua clássica obra sobre o tema, SCARPINELLA BUENO atribui o desenvolvimento e importância da figura *amicus curiae* no direito processual brasileiro à necessidade de trazer para o ambiente do judiciário os valores e interesses dispersos pela sociedade e pelo Estado, principalmente considerando a tendência de atribuição de efeitos vinculantes a determinadas decisões judiciais. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2008)

admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.”

O dispositivo é bastante genérico ao referir a possibilidade de manifestação daquele que tenha “interesse na controvérsia” trazendo debate sobre critérios que possam ser utilizados na análise de requerimentos de ingresso no feito.

Um primeiro recurso seria a leitura conjunta da norma celetista com o CPC de 2015 que, por sua vez, admite a presença de *amicus curiae* até mesmo no primeiro grau de jurisdição, conforme art. 138:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

No primeiro julgamento sob o rito do recurso de revista repetitivo (Tema 2), o TST analisou diversos requerimentos de interessados em ingressar 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 no TST e advogados que atuam em causas na qual há debate sobre o tema objeto deste incidente.

O TST rejeitou o requerimento de advogados e autores que possuem processos com teses semelhantes aquela debatida no julgamento do tema 2, sob o fundamento de falta de “representatividade objetivamente considerada”. Segundo o TST, “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.”²⁴⁰

Considerada a origem dos debates nas normas coletivas objeto do tema 2, oriundas da negociação no âmbito das categorias profissional e econômica, o TST entendeu pela “*permanência apenas de entidades com tal perfil*”. Também foi tomado o cuidado de evitar superposição de representações, tal como ocorre com federações e sindicatos, ressaltando a possibilidade da existência de peculiaridades regionais ou locais justificarem a manutenção nos autos de alguns “amigos da Corte”. Por outro lado, foi admitida a participação de bancos oficiais independente da representação sindical, diante da possibilidade de interesses específicos.

A decisão sobre os requerimentos de ingresso de *amicus curiae* ressalta sua natureza de faculdade do Relator e não de direito de qualquer interessado, conforme literalidade do § 8º do artigo 896-C da CLT, decorrendo a irrecorribilidade da decisão que examina os pedidos de ingresso, tal como fixado na jurisprudência do STF, conforme precedente reproduzido abaixo:²⁴¹

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, conseqüentemente, 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

²⁴⁰ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>. Acesso em: 16/01/17.

²⁴¹ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>. Acesso em: 16/01/17

decisão que recusa pedido de habilitação de *amicus curiae* não compromete qualquer direito subjetivo, nem acarreta qualquer espécie de prejuízo ou de sucumbência ao requerente, circunstância por si só suficiente para justificar a jurisprudência do Tribunal, que nega legitimidade recursal ao preterido. 3. Embargos de declaração não conhecidos. (ADI 3460 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2015).

Para além da questão da possibilidade de ingresso no feito, resta interessante o debate sobre os poderes e limites da participação do *amicus curiae*. Por exemplo, no julgamento do tema 5, para instrução da questão do direito ao adicional de insalubridade diante da utilização de fones de ouvido pelos operadores de telemarketing, indaga-se sobre a possibilidade do *amicus curiae* realizar novas provas sobre matéria de fato, trazendo, por exemplo, pareceres e perícias?

Noutras palavras, estaria sendo possibilitada uma reabertura da instrução processual ou as provas colhidas em audiência pública e trazidas pelo *amicus curiae* não poderiam ser consideradas no julgamento dos recursos de revista selecionados ou sobrestados?²⁴² E mais: a tese jurídica firmada nestas condições de prova plena poderia ser utilizada no julgamento de um reclamação trabalhista que ocorreu à revelia? Aliás, o processo do revel deveria ficar suspenso aguardando as provas do *amicus curiae*? Analisar provas e proceder a sua colheita é missão constitucional do TST?

Na forma da Instrução Normativa nº 38, que regulamenta o procedimento do Incidente de Julgamento dos Recursos de Revista e de Embargos à SBDI-1 repetitivos:

Art. 10. Para **instruir** o procedimento, pode o relator fixar data para, em **audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria**, sempre que entender necessário o **esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato** subjacentes à controvérsia objeto do incidente de recursos repetitivos.

§ 1º O relator poderá também admitir, tanto na audiência pública quanto no curso do procedimento, a manifestação, como *amici curiae*, de

²⁴² Releve-se que neste ponto ocorre o contrário do verificado nas ordens de litígio em grupo inglesas, nas quais as partes voluntariamente requerem o seu ingresso no *case management* para instrução coletiva, não alcançando se verificando a hipótese da decisão ser aplicada a processos com diferentes níveis de instrução.

peças, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e assegurando o contraditório e a isonomia de tratamento.

§ 2º A manifestação de que trata o § 1º somente será admitida até a inclusão do processo em pauta. - **negritei**

Parece uma grande contradição a realização de instrução probatória no julgamento do incidente, na medida em que para a definição da tese jurídica o TST precisa analisar e investigar mais a prova do que num recurso de revista individual. Neste particular, não é demais recordar que no sistema da *common law* não existe precedente em matéria de fato.

Na realidade, é bastante difícil separar o que seja matéria de fato do que é matéria de direito, na medida em que o sentido da norma e sua interpretação somente podem ser definidos diante do caso concreto. Aliás, este é o fundamento pelo qual no julgamento do procedimento-modelo alemão e das ordens de litígio em grupo inglesas são resolvidas questões de fato e de direito.

O objetivo da decisão proferida sob o rito de recurso de revista repetitivo é a produção de uma decisão piloto que será replicada em inúmeros outros processos, não podendo considerar apenas as provas dos autos do recurso em julgamento. A nova técnica para a resolução de casos em que predominam questões comuns busca da realização dos princípios constitucionais da isonomia e duração razoável do processo, implicando uma releitura do princípio do contraditório, pensado inicialmente para a resolução de casos marcadamente particulares, com especificidades fáticas relevantes a justificar diferentes subsunções normativas.

Para a resolução da macrolide, faz-se necessária uma incursão maior nos fatos, tendo em vista que a fixação da tese não é de interesse apenas das partes do processo afetado, mas de muitos outros sujeitos. O interesse social na justa e isonômica solução dos casos repetidos parece ultrapassar até mesmo os clássicos princípios do processo civil individual e liberal, como a observância dos limites do pedido que jamais foi interpretado de forma dissociada da causa de pedir que é bastante alargada a partir da seleção de mais

de um recurso para julgamento conjunto. Aliás, o procedimento tedesco é expresso ao não limitar a aplicação da decisão do caso modelo aos processos que tenham invocado a tese vencedora como causa de pedir.²⁴³

5.2.3 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A audiência pública é uma forma de participação da sociedade na construção das decisões do Poder Judiciário cujos efeitos não são sentidos apenas pelas partes do processo, mas possuem o condão de atingir um número indeterminados de pessoas.

No Brasil, as audiências públicas foram previstas, inicialmente, pelas Leis n.º 9.868/99 e n.º 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Conforme informações do site do STF,²⁴⁴ a primeira audiência pública realizada pelo Tribunal ocorreu no dia 20 de abril de 2007 e foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). A própria natureza do tema de referida audiência referente a pesquisa com células tronco embrionárias dispensa maiores comentários sobre a sua grande repercussão social e demonstra o novo papel do Poder Judiciário na definição dos contornos e proteção dos mais importantes valores constitucionais.

O caráter objetivo do julgamento em controle concentrado e sua não vinculação aos limites da lide, inclusive em matéria de prova, fica claro no art. 9º da Lei n.º 9.868/99:²⁴⁵

²⁴³ Section 22 Effect of the Model Case Ruling (1) The model case ruling shall be binding on the courts trying all proceedings that have been suspended pursuant to Section 8 (1). Without prejudice to subsection (3), the model case ruling shall have effect for and against all parties to the model case proceedings **irrespective of whether the party itself has expressly complained of all the points of dispute in the model case proceedings.** This shall also apply if the model case plaintiff or the interested party summoned has withdrawn its complaint in the main proceedings after the deadline named in Section 24 (2). - negritei

²⁴⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em: 23/01/17.

²⁴⁵ A Emenda Regimental 29/2009 do STF atribui competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “*convocar audiência pública para ouvir o*

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de **esclarecimento de matéria ou circunstância de fato** ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, **designar perito ou comissão de peritos** para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, **ouvir depoimentos** de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As **informações, perícias e audiências** a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator. - negritei

Finalmente, releve-se que diante da função do incidente de garantir a integridade da ordem jurídica e da norma do art. 127 da Constituição Federal,²⁴⁶ é obrigatória a vista do Ministério Público, conforme CLT, art. 896-C, § 9º: “Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 7º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de 15 (quinze) dias.”

5.3 FASE DE JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RECURSO DE REVISTA REPETITIVO

A questão de direito afetada será julgada pela Seção Especializada em Dissídios Individuais ou pelo Tribunal Pleno, sob o rito dos recursos repetitivos, com preferência sobre os demais feitos, conforme art. 896-C, § 10 da CLT.

depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal.

²⁴⁶ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ato 491 da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho regulamentou a Lei 13.015/14 e estabelece que: “Art. 13. É vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do artigo 896-C da CLT, questão não delimitada na decisão de afetação”. Assim, “quando os recursos requisitados do Tribunal Regional do Trabalho contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao órgão jurisdicional competente decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo.” (art. 15)

A orientação é coerente com a tese aqui defendida de que a afetação da matéria provoca uma cisão da cognição. Em primeiro lugar, o órgão especial decide a questão de direito afetada, a partir do material colhido na instrução do procedimento; depois, é realizado o julgamento do recurso de revista com aplicação da tese firmada, em acórdão específico, observando-se as particularidades do caso concreto.²⁴⁷ Isto fica claro, por exemplo, na leitura das teses fixadas no julgamento do Tema 1²⁴⁸ nas quais sobressai o

²⁴⁷ Em sentido contrário, sustenta MALLETT que a decisão da questão comum já fixa a tese jurídica e julga o recurso afetado, sem a necessidade de seu retorno para a Turma: “No julgamento, firma-se a tese jurídica para a questão de direito controvertida, da qual emerge a multiplicidade de recursos. A decisão tomada produz efeitos intraprocessuais, para o caso ou os casos que hajam sido objeto de afetação, e extraprocessuais, para os demais casos, em que se haja dado o sobrestamento dos recursos de revista. Nos processos em que a afetação tem lugar, o julgamento se dá, para a questão controvertida, *per saltum*. Quer dizer, a decisão é tomada, na questão de direito e no litígio em particular, diretamente pela Seção Especializada ou pelo Tribunal Pleno.” (MALLETT, Estêvão. *Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, p. 74-111, 2014)

²⁴⁸ Decisão: por maioria, com base no art. 896-C da CLT, **definir as teses jurídicas** para o Tema Repetitivo Nº 0001 - "DANO MORAL - EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS", nos seguintes termos: I) não é legítima e caracteriza lesão moral a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego quando traduzir tratamento discriminatório ou não se justificar em razão de previsão de lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido; II) a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a exemplo de empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas; III) a exigência de Certidão de Antecedentes Criminais, quando ausente alguma das justificativas de que trata o item II, supra, caracteriza dano moral in re ipsa, passível de indenização, independentemente de o candidato ao emprego ter ou não sido admitido. Obs.1: Redigirá o acórdão do IRR o Exmo. Ministro João Oreste Dalazen; Obs. 2: (...). Obs.3: (...) Obs.4: **O julgamento do Recurso de Revista constante destes autos fica adiado para a próxima sessão ordinária.** (negritei) (Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/decisaoForm.do?numInt=241821&anoInt=2014&codOrgaoJudic=53&anoPauta=2017&numPauta=10&tipSessao=O>. Acesso em 20/09/17)

exame das questões jurídicas sobre os elementos fáticos dos casos concretos selecionados, ficando para um momento posterior a decisão sobre os recursos de revista individuais.

As causas selecionadas para a formação do incidente servem apenas como um *meio* para o TST dizer sobre o sentido da norma jurídica trabalhista diante de um determinado suporte fático considerado. Aqui, guardadas as devidas proporções e identidade de fins dos institutos, vale a advertência de SOFIA TEMER sobre a separação do julgamento do incidente objetivo e dos processos selecionados para julgamento do IRDR:²⁴⁹

Tais ‘causas’, a apesar de servirem como substrato para o incidente, com ele não se confundem. Instaurado o incidente, há uma separação em relação aos casos concreto, já que não há no IRDR a resolução do conflito subjetivo. Essa separação é essencial para garantir a qualidade da cognição operada no incidente, que deve analisar a controvérsia sem se vincular demasiadamente às peculiaridades do caso concreto, de modo a estabelecer uma tese que possa ser usada como padrão decisório. Desso modo, para a resolução da questão jurídica comum deverá ocorrer a abstração em relação aos casos concretos, e será formada, no incidente, uma situação fática padrão.

Esta cisão cognitiva em dois momentos, de fixação da tese jurídica e depois julgamento do recurso paradigma, também é observado no STJ quanto aos recursos especiais repetitivos, conforme se observa da exemplificativa ementa abaixo:²⁵⁰

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.

²⁴⁹ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 73.

²⁵⁰ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=CORRETAGEM&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>. Acesso em: 26/09/17.

I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

II - CASO CONCRETO 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1. 2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2.

III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (REsp nº 1599511 / SP (2016/0129715-8) Julgamento em 24/08/2016 – Publicado DJe 06/09/2016 - Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (negritei)

Depois do julgamento do incidente, remanesceria uma dúvida sobre qual o órgão competente para aplicação da tese firmada aos recursos paradigmas: a Turma de origem do recurso de revista selecionado ou o próprio órgão que fixou a tese jurídica?

No incidente de uniformização de jurisprudência do art. 476 do CPC de 1973,²⁵¹ após a resolução de questões prévias de interpretação do direito pelo Órgão Especial ou Tribunal Pleno, o processo era devolvido para julgamento do recurso pela Turma e aplicação da tese jurídica firmada,²⁵² conforme entendimento da Súmula n.º 513 do STF.²⁵³

Todavia, o regramento do legislador trabalhista é diverso, uma vez que cuidou de atribuir competência ao órgão especial não apenas para fixação das teses jurídicas,

²⁵¹ Repetiu o novo Código apenas o incidente de reserva de plenário (art. 480 do CPC de 2015), inclusive por força do art. 97 da Constituição Federal.

²⁵² Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

²⁵³ Súmula n.º 513 do STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.”

como também “para julgamento pela Seção Especializada em Dissídios Individuais ou pelo Tribunal Pleno, sob o rito dos recursos repetitivos”, “dos recursos representativos da controvérsia”. (CLT, art. 896-C, §1º)

Aliás, este foi o procedimento observado em relação aos recursos de revista afetados do Tema 2 que, após a fixação da tese jurídica no incidente, foram julgados quanto ao divisor dos bancários diretamente pela própria SDI, determinando-se o retorno dos autos para Turma de origem apenas para julgamento dos temas remanescentes.²⁵⁴

A questão não possui relevância apenas teórica, na medida em que pode trazer diversas repercussões práticas a serem analisadas em tópico específico deste trabalho (item 5.4), a começar sobre a definição dos legitimados a recorrerem da decisão que firmou a tese jurídica: apenas as partes os processos selecionados ou todos aqueles que tiveram suas causas sobrestadas? As partes dos processos paradigmas apresentam recurso extraordinário em face da decisão que julgou o incidente ou da decisão que completa o julgamento do seu recurso de revista?

5.3.1 FUNDAMENTOS DA DECISÃO PADRÃO

Na forma verificada no capítulo 2, o precedente, ou seja, a parte vinculante é encontrada na fundamentação e não no dispositivo da decisão. No sistema da *common law*, confere-se grande importância à fundamentação da decisão, considerada a possibilidade de sua universalização e utilização para a resolução de casos semelhantes que exijam a mesma razão de decidir.

²⁵⁴ PROCESSO Nº TST-RR-849-83.2013.5.03.0138: “ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, conhecer do recurso de revista, quanto ao tema “bancário – horas extras – divisor”, por violação do artigo 64 da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar que as horas extras deferidas nesta ação sejam calculadas com a utilização do divisor 180. Também à unanimidade, em atenção ao disposto no art. 1037, § 7º, do CPC, e de acordo com o decidido pelo Tribunal Pleno do TST no julgamento do IRR-69700-28.2008.5.04.0008, determinar a desafetação do presente feito e o retorno dos autos à Turma de origem, para exame dos temas remanescentes. Brasília, 10 de agosto de 2017. CLÁUDIO BRANDÃO *Ministro Relator*”. (Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=849&digitoTst=83&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0138&submit=Consultar>. Acesso em: 26/09/17)

A fundamentação do julgamento da tese jurídica sob o rito do recurso de revista repetitivo deverá ser exaustiva, com o exame de todas as teses apresentadas, na forma do art. 12 da Instrução Normativa nº 38²⁵⁵ e do §1º do art. 489 do CPC,²⁵⁶ tendo em vista a finalidade de se formar um padrão decisório que seja capaz de resolver o maior número de casos.

O regramento do instituto com a possibilidade de realização de audiências públicas e intervenção de *amicus curiae* revela que a decisão aspira a um caráter universalizante, considerado o objetivo de esclarecimento à sociedade sobre os parâmetros decisórios de conflitos futuros semelhantes, em respeito aos princípios constitucionais da isonomia e segurança jurídica.²⁵⁷

A ampliação do contraditório objetiva garantir a construção de uma decisão universal que consiga resolver o maior número de casos possível e seja conferida uma espécie de blindagem contra o *distinguish* jurídico, ou seja, que futuramente uma parte venha alegar uma tese que não tenha sido apreciada no julgamento do incidente.

5.4 FASE RECURSAL: CABIMENTO E LEGITIMIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA A DECISÃO DO INCIDENTE

A possibilidade de interposição do recurso de embargos de declaração para esclarecimento ou mesmo enfrentamento de alguma tese sobre a qual a decisão do incidente de resolução de recursos de revista repetitivos tenha restado omissa tem amparo

²⁵⁵ Art. 12. O conteúdo do acórdão paradigma abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários. Parágrafo único. É vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do artigo 896-C da CLT, questão não delimitada na decisão de afetação.

²⁵⁶ Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

²⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo: RePro, v. 37, n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

legal no art. 897-A da CLT e decorre da própria finalidade da coletivização da questão que é possibilitar a análise exaustiva do tema.

No que diz respeito ao recurso extraordinário de natureza infringente, poderia ser argumentado que a natureza objetiva do julgamento da tese jurídica impediria sua interposição uma vez que não teria sido decidido a causa propriamente dita (art. 102, inciso III da Constituição Federal).²⁵⁸ Isto porque, conforme entendimento da Súmula n.º 513 do STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.”

Contudo, a interpretação da expressão “causa decidida” não pode ser realizada de modo literal ou restritivo, principalmente no contexto atual em que reconhecida a função nomofilática dos Tribunais Superiores e a grande repercussão dos efeitos de julgamento de recursos repetitivos. É interessante destacar que o próprio CPC ampliou o conceito de coisa julgada que não mais é limitada à parte dispositiva da sentença, alcançando também a questão prejudicial expressamente “decidida” que é exatamente o objeto do recurso de revista repetitivo, de modo a autorizar a interposição do recurso.²⁵⁹

No particular, concordamos com a manifestação de NUNES²⁶⁰ quanto ao ancilosoamento de referido verbete sumular diante da nova conformação da função jurisdicional:

²⁵⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

²⁵⁹ CPC, Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I – dessa resolução depender o julgamento do mérito; II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

²⁶⁰ NUNES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil. Acesso em 29/07/16.

O enunciado de Súmula acima destacado foi editado em 1969, época em que não vigia a Constituição Federal de 1988 e, tampouco, o Código de 1973, partindo, portanto, de outro desenho institucional e normativo, mormente quanto à função dos tribunais superiores, quanto à litigiosidade repetitiva e quanto à força das decisões judiciais. É clara a vocação do nosso tempo para a jurisdição, o que não pode ser lido com lentes de mais de 40 anos.

Do mesmo modo, é notória a contemporânea objetivação dos recursos excepcionais, que passaram a figurar como verdadeiros instrumentos de controle abstrato de normas, características que estão arraigadas no incidente ora analisado. Ora, se vem se admitindo o julgamento de tais recursos dissociados de uma causa específica, em reconhecimento à sua função de proteção da ordem jurídica considerada de modo objetivo, muito mais devem ser admitidos a partir de uma decisão que é em si, de natureza abstrata.

Ademais, diante dos amplos efeitos pretendidos pelo julgamento da questão comum, é possível sustentar a legitimidade para apresentação de recurso não apenas pelas partes líderes, mas por todo aquele cuja demanda foi sobrestada para aguardar o julgamento do recurso de revista repetitivo.

A lei tedesca é expressa ao fixar que os demais litigantes não escolhidos também são considerados partes no procedimento-modelo²⁶¹ e, assim, podem ingressar no incidente coletivo, como partes-intervenientes, valendo-se de todos os meios processuais para a defesa de seus interesses, desde que seus atos e manifestações não sejam contrários aos das partes-principais.²⁶² O recurso, todavia, é limitado à matéria de direito, conquanto o julgamento também alcance matéria de fato. Na Inglaterra, a Regra 19.12, 3, B, da mesma forma, assegura a parte inscrita no registro do grupo o direito de recorrer da sentença.

²⁶¹ Capital Markets Model Case Act – KapMuG. “(1) The parties to the model case proceedings shall be: 1. The model case plaintiff, 2. The model case defendant, 3. Interested parties summoned. (3) The plaintiffs who are not selected as the model case plaintiff shall be summoned to the model case proceeding.” Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17.

²⁶² Capital Markets Model Case Act – KapMuG. “Section 14 Legal Position of Interested Parties Summoned The interested parties summoned must engage in the model case proceeding at the stage it is in at the time of the suspension of the trial proceedings conducted by them. They are entitled to avail themselves of means of contestation or defence and to effectively undertake all relevant procedural acts, as long as their statements and actions are not contrary to the statements and actions of the model case plaintiff.” Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17.

Assim, com fundamento no princípio constitucional do acesso à justiça e na previsão legal de interposição de recurso pelo terceiro prejudicado do art. 996 do CPC, defende-se a legitimidade recursal de todos aqueles que tiveram seu processo sobrestado, tendo em vista o interesse processual que decorre da fixação de uma tese jurídica contrária ao interesse da parte.²⁶³ *Mutatis mutandis*, é o que CAVALCANTI sustenta em relação à recorribilidade do julgamento do IRDR:²⁶⁴

Não apenas a parte no IRDR tem legitimidade recursal. Além do Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da lei, as partes que tiveram os processos suspensos e nos quais será aplicada a tese jurídica possuem legitimidade para interposição de recurso na condição de terceiros prejudicados.

Aliás, a tese aqui defendida da interpretação ampliativa quanto à legitimidade recursal também possui um argumento pragmático e é preferível à interposição de inúmeros recursos extraordinários em processos trabalhistas individuais que posteriormente sofrerão a aplicação da tese. A legitimidade recursal das partes que tiveram seus processos sobrestados fica mais evidente na hipótese do recorrente do recurso de revista selecionado desistir de seu apelo e o TST prosseguir no julgamento do incidente com a fixação da tese, circunstância em que o entendimento contrário ao aqui defendido impediria o exame de sua correção pelo STF.

Na hipótese de não interposição de recurso pela parte principal, deverá ser escolhido um novo líder a partir dos recursos selecionados pelo TST, tal como ocorre no procedimento padrão-alemão e na forma disciplinada pelo art. 896-C, § 14 da CLT:

²⁶³ No mesmo sentido, NUNES defende a “ampla legitimidade para interposição de recursos, por todos os afetados pela força vinculante da decisão, e não apenas autor(es) e réu(s) do(s) processo(s) de onde se originou o incidente, ou mesmo das partes condutoras do incidente, por diversos motivos.” (NUNES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Propocesso_Civil. Acesso em 29/07/16).

²⁶⁴ CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 466.

Art. 896-C, § 14 Aos recursos extraordinários interpostos perante o Tribunal Superior do Trabalho será aplicado o procedimento previsto no art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), cabendo ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho **selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal**, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte, na forma do § 1º do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 13.015, de 2014) (negritei)

Por fim, não é demais ressaltar que neste novo procedimento de escolha do recurso modelo, deverão ser observadas as advertências de CABRAL²⁶⁵ quanto aos cuidados para seleção do recurso com a argumentação mais abrangente e representativa possível.

²⁶⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. RT Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10713934/A_escolha_da_causa-piloto_nos_incidentes_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_processos_repetitivos. Acesso em: 16/01/17.

6. EFEITOS DA DECISÃO E SUA REVISÃO

6.1 PROCESSOS SOBRESTADOS E FUTUROS

A tese firmada no julgamento sob o procedimento de recurso de revista repetitivo será aplicada aos processos sobrestados e também para as causas futuras, circunstância que acaba por colocar o novo procedimento trabalhista entre os precedentes da *common law* e o julgamento por processo piloto. Na forma destacada no capítulo dois desta dissertação, a tese jurídica não poderá ser considerada desvinculada dos fatos que lhe deram origem, circunstância que deverá ser observada na sua aplicação.

Releve-se que o novo regramento de demandas de interesse coletivo é muito diferente da sistemática do CDC, art. 103, § 2.º, segundo o qual sentença improcedência somente faz coisa julgada em relação aos interessados que tiverem intervindo no processo como assistentes.

Para os efeitos da Lei n.º 13.015/14, não possui relevância a intervenção ou não da parte no julgamento da questão jurídica comum. A tese firmada no incidente será aplicada a todos os processos sobrestados, seja favorável ou contrária ao interesse da parte, ainda que não tenha intervindo como assistente no julgamento da questão comum.²⁶⁶

É interessante observar que o Ato 491 da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho -que regulamentou a Lei n.º 13.015/14- atribui efeitos vinculantes ao julgamento da decisão do recurso de revista repetitivo:

Art. 21. Publicado o acórdão paradigma:

I - o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de origem negará seguimento aos recursos de revista sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Tribunal Superior do Trabalho;

²⁶⁶ No sistema de precedentes da *common law*, a *ratio decidendi* do caso passado também é utilizada para o julgamento de casos futuros, mesmo em relação a partes que não participaram de sua construção. Todavia, sempre foi assegurado às partes dos novos casos a possibilidade de demonstração da distinção da situação fática ou jurídica de seu processo, circunstância que afasta a ideia de coisa julgada.

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará a causa de competência originária ou o recurso anteriormente julgado, na hipótese de o acórdão recorrido contrariar a orientação do Tribunal Superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior.

§ 1º Para fundamentar a decisão de manutenção do entendimento, o órgão que proferiu o acórdão recorrido demonstrará fundamentadamente a existência de distinção, por se tratar de caso particularizado por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

§ 2º Mantido o acórdão divergente pelo Tribunal de origem, o recurso de revista será remetido ao Tribunal Superior do Trabalho, após novo exame de sua admissibilidade pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal Regional.

§ 3º Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o Tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas, cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.

§ 4º Quando for alterado o acórdão divergente na forma do parágrafo anterior e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao Presidente do Tribunal Regional, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso ou juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao Tribunal Superior do Trabalho para julgamento das demais questões.

Neste ponto, parece que a Instrução Normativa extrapola os limites da Lei regulamentada que garante ao Tribunal de origem a possibilidade de “manter a decisão divergente”, conforme se verifica da leitura dos novos §§11 e 12 do art. 896-C da CLT:

§ 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.

§ 12. Na hipótese prevista no inciso II do § 11 deste artigo, **mantida a decisão divergente pelo Tribunal de origem**, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso de revista. - negritei

É evidente que não possui nenhum sentido ou racionalidade a determinação legal para o sobrestamento do processo até o julgamento do incidente de recurso de revista repetitivo caso a tese jurídica fosse totalmente desconsiderada. Não menos certo, todavia, é que a Lei não estabelece esta vinculação ao Tribunal de origem, sendo bastante questionável do ponto de vista da legalidade a sua previsão por meio de Instrução Normativa.

Por outro lado, caso todas as teses firmadas em incidente de julgamento de recurso de revista repetitivos sejam fielmente seguidas de modo automático por todos os Tribunais Regionais, nunca mais um recurso de revista seria admitido ou existiria a possibilidade da matéria voltar a ser examinada pelo Tribunal Superior competente para verificação de sua compatibilidade com os valores sociais vigentes, implicando um excessivo e indesejado engessamento do sistema.

6.2 EFEITO REGRESSIVO

O julgamento do recurso de revista sob o rito repetitivo possui um efeito interessante que é a possibilidade do Tribunal Regional reexaminar o julgamento do recurso ordinário na hipótese do acórdão recorrido divergir da tese firmada no TST a respeito da matéria.²⁶⁷

No particular, é interessante observar que o novo procedimento inverte a ordem do incidente de uniformização de jurisprudência do art. 476 do CPC de 1973, no qual não existia previsão de juízo de retratação, uma vez que primeiro era resolvida a

²⁶⁷ Art. 896-C da CLT: “§ 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. § 12. Na hipótese prevista no inciso II do § 11 deste artigo, mantida a decisão divergente pelo Tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso de revista.”

questão comum pelo órgão especial para que depois fosse julgado o recurso com a aplicação da tese pela Turma. Trata-se de mais uma exceção à regra geral do art. 494 do CPC²⁶⁸ segundo a qual a decisão não pode ser alterada depois de publicada.

6.3 APLICAÇÃO DE OFÍCIO DA TESE?

A tese firmada por meio do procedimento da Lei n.º 13.015/14 pode ser aplicada de ofício pelo julgador ou depende de alegação da parte? À semelhança do que ocorre com as normas jurídicas poderia ser invocado o brocardo jurídico *iuria novit curia*, até mesmo diante da simplicidade do processo do trabalho e da desnecessidade de indicação de artigo de lei na petição inicial?

Na forma da redação do art. 927 do CPC, “os juízes e tribunais observarão” as decisões firmadas em julgamentos de demandas repetitivas. Por sua vez, o § 1º do mesmo artigo estabelece que: “Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.”²⁶⁹

A existência e desenvolvimento de um sistema de precedentes somente é possível mediante a verificação de dois requisitos básicos: a) organização hierárquica entre juízes e tribunais; b) divulgação e publicação de forma oficial para a consulta e vinculação em decisões de casos futuros.

Na forma do art. 927. § 5º do CPC: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os,

²⁶⁸ Também a título de exceção à regra de não modificação do decidido, o novo Código mantém a autorização para a retratação da sentença que indefere a petição inicial (art. 331) e daquela que julga pela improcedência liminar do pedido, nos termos do art. 332, correspondentes aos arts. 296 e 285-A do CPC/1973. Além disso, no caso de apelação, o novo diploma processual autoriza a retratação de todas as sentenças de extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do seu art. 485, § 7º.

²⁶⁹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

preferencialmente, na rede mundial de computadores.” No mesmo sentido, o art. 21 da Instrução Normativa nº 38 do C. TST:

Art. 21. O Tribunal Superior do Trabalho deverá manter e dar publicidade às questões de direito objeto dos recursos repetitivos já julgados, pendentes de julgamento ou já reputadas sem relevância, bem como daquelas objeto das decisões proferidas por sua composição plenária, nos termos do § 13 do artigo 896 da CLT e do artigo 20 desta Instrução Normativa.

Parágrafo único. As decisões, organizadas por questão jurídica julgada, serão divulgadas, preferencialmente, na rede mundial de computadores e constarão do Banco Nacional de Jurisprudência Uniformizadora - BANJUR, instituído pelo artigo 7º da Instrução Normativa nº 37/2015, aprovada pela Resolução nº 195, de 02.03.2015, do Tribunal Superior do Trabalho.

O resultado do julgamento de incidente de resolução repetitiva é objeto de ampla divulgação, de modo que não parece razoável acolher-se alegação de desconhecimento pela parte.

Aliás, a possibilidade de suspensão e aplicação da tese até mesmo para processos em andamento corrobora o entendimento da sua aplicação de ofício, independente e requerimento da parte. Com efeito, a parte não teria mesmo como requerer o julgamento com base em tese ainda não firmada pelo TST.

Finalmente, reforçando a tese aqui defendida de aplicação de ofício da tese firmada em julgamento de incidente de resolução de recurso de revista repetitivo, estabelece o art. 332 do CPC a possibilidade de improcedência liminar de pedido contrário à tese consolidada de Tribunais, independentemente de citação ou alegação do réu:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

6.4 APLICAÇÃO DA TESE JURÍDICA E DISTINÇÃO: UM GRANDE DESAFIO

O desafio do momento é grande porque o que se pretende construir é um sistema de precedentes que seja capaz de absorver as tendências de universalização do direito e concretização do princípio da isonomia sem, contudo, descurar-se das particularidades do caso concreto, com a fixação de uma justa norma jurídica individual.

Um apego desmedido a decisões anteriores, aplicadas de forma mecânica e sem um indispensável juízo de ponderação, poderia levar a um engessamento do direito ou mesmo a uma negação de justiça, frustrando o direito constitucional das partes quanto à apreciação de particularidades relevantes dos novos casos. Pode-se dizer que até hoje sobrevivemos sem uma adequada teoria de precedentes pois as decisões de nossos Tribunais sempre foram consideradas meramente persuasivas, tendo em vista nossa tradição do *civil law*.

Todavia, quanto maior a atribuição de poder vinculante à razão de decidir do julgamento pretérito,²⁷⁰ maior será a necessidade de desenvolvimento de técnicas de confronto que permitam o exame de adequação ou a não da utilização da mesma razão de decidir para o novo caso. Trata-se da técnica da distinção que é indispensável num sistema de precedentes (*distinguishing*).

Nos termos do art. 896-C, § 16 da CLT: “A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos.”

Neste particular, a dificuldade trazida pela técnica de julgamento de incidente de recursos repetitivos decorre da possibilidade da seleção de mais de um caso e também

²⁷⁰ Também conhecida como *ratio decidendi* (no direito inglês) e *holding* (no direito americano). No direito processual brasileiro, o CPC de 2015 inovou ao reconhecer a possibilidade de efeito *ultra partes* da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade e que corrobora a orientação do Código voltada para a formação de um sistema de precedentes, conforme art. 525, § 1º: “Na impugnação, o executado poderá alegar: III – inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

da amplitude da instrução probatória que é realizada da maneira mais completa possível, com audiências públicas, pareceres, perícias e *amicus curiae*. O problema poderia ser colocado da seguinte forma: a distinção da situação de fato ou de direito a ser demonstrada pela parte para justificar o *distinguish* deve ser verificada apenas a partir de suas alegações e do material probatório colhido no seu processo individual? Muito dificilmente as reclamações trabalhistas alcançam o mesmo nível de instrução.

Um segundo obstáculo para a resposta desta questão diz respeito à diversidade de natureza dos temas escolhidos para julgamento por meio do incidente, cujos efeitos da decisão nem sempre serão sentidos da mesma forma nos processos individuais. A partir da análise da Tabela do TST seria possível propor uma classificação das matérias selecionadas em três categorias principais: a) litigantes habituais: temas afetados em decorrência de diversos processos movidos em face do mesmo empregador e que por sua origem comum poderiam até mesmo ser defendidos por ação coletiva, conforme art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor;²⁷¹ b) precedentes: temas que dizem respeito à definição de sentido, alcance e conteúdo de normas trabalhistas, objeto de questionamento em inúmeros recursos de revista e sem vinculação específica a algum empregador;²⁷² c) temas estritamente processuais.²⁷³ Analisemos cada uma destas categorias.

a) Litigantes habituais: reitere-se o exemplo do Tema 7²⁷⁴ da tabela de recursos recurso de revista repetitivos do TST que discute sobre o caráter fraudulento ou não da

²⁷¹ Tema 7 da Tabela de recursos de revista repetitivos do TST: “TAP Manutenção e Engenharia Brasil S.A. Ilegitimidade Passiva. Grupo Econômico. Responsabilidade Solidária. Empresa que não mais integra o grupo econômico”; Tema 8: “Agente de Educação da Fundação Casa. Adicional de Insalubridade. Laudo Pericial. Súmula 448, I, do TST. ”; Tema 11: “Validade da dispensa do empregado em face de conteúdo de norma interna da empresa WMS, que previu no programa denominado 'Política de Orientação para Melhoria' procedimentos específicos que deveriam ser seguidos antes da dispensa de seus trabalhadores. (Aguardando delimitação do tema pelo relator)”; Tema 12: “SERPRO - Prêmio de Produtividade - Supressão - Prescrição.”; Tema 13: ““Interpretação de cláusulas de convenções coletivas de trabalho dos petroleiros, em que se assegurou o pagamento da parcela denominada RMNR”, matéria referente ao tema "Petrobrás. Complementação da Remuneração Mínima por Nível e Regime-RMNR. Base de Cálculo, Norma Coletiva. Interpretação. Adicionais Convencionais".”; Tema 15: “Possibilidade de cumulação do 'Adicional de Atividade de Distribuição e/ou Coleta Externa - AADC' com o 'Adicional de Periculosidade' , previsto no § 4º do art. 193 da CLT aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, que desempenham a função de carteiro motorizado (Função Motorizada 'M' e 'MV'), utilizando-se de motocicletas.” e Tema 16: “Adicional de Periculosidade. Artigo 193, inciso II, da CLT. Fundação Casa. Agente de Apoio Socioeducativo. Atividades e Operações Perigosas. Anexo 3 da NR 16 (Portaria 1.885/2013 - Ministério do Trabalho)”. (Disponível em: <http://www.tst.jus.br/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>. Acesso em: 20/09/17)

operação de venda de ativos da TAP Manutenção Engenharia S.A. realizada 40 dias antes da aprovação do plano de recuperação judicial da VARIG.²⁷⁵ No despacho que reabriu a instrução do incidente, o Ministro Relator Caputo Bastos, dentre outras providências, determinou a expedição de ofício convidando para audiência pública: “a. o representante do Sindicato Nacional dos Aeronautas; b. o representante do Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES -, que tenha ciência dos termos em que se operou a alienação da VEM S.A.; c. o d. magistrado da 1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro e o d. membro do Ministério Público Estadual que nela atue; d. o d. Ministério Público do Trabalho.”

Não teria sentido proceder-se a uma instrução probatória desta magnitude caso a tese jurídica firmada com base nas provas colhidas no incidente não pudesse ser considerada para a decisão dos processos individuais selecionados ou sobrestados, sob o singelo argumento de que não nestes não foi realizada a mesma quantidade de provas. Isso seria o mesmo que frustrar o principal objetivo da lei dos recursos de revista repetitivos que é solucionar com isonomia e justiça demandas similares. Assim, não seria necessário que a parte renovasse todas as provas colhidas no incidente do TST, pareceres, perícias, *amicus curiae* e audiências públicas, para aplicação da tese jurídica ao seu processo individual.

²⁷² Tema 2: “Bancário. Horas Extras. Divisor. Bancos Públicos e Privados”; Tema 4: “Multa do artigo 475-J da Lei 5.869/73. Inaplicabilidade ao processo do trabalho”; Tema 5: “Adicional de insalubridade. Utilização de fones de ouvido. Operador de telemarketing”; Tema 6: “Responsabilidade subsidiária. Dono da Obra. Aplicação da Orientação Jurisprudencial 191 da SBDI-1 limitada à Pessoa Física ou Micro e Pequenas Empresas”; Tema 9: “Repouso semanal remunerado - RSR - integração das horas extraordinárias habituais - repercussão nas demais parcelas salariais - bis in idem - edição de Súmula do TRT da 5ª Região contrária a jurisprudência iterativa e notória do Tribunal Superior do Trabalho (Orientação Jurisprudencial 394 da SBDI-1 do TST).”; Tema 10: “Direito de adicional de periculosidade, decorrente da exposição do empregado à radiação ionizante oriunda de equipamento de Raio-X móvel em emergências e salas de cirurgia” e Tema 14: “Intervalo intrajornada - concessão parcial - aplicação analógica do artigo 58, § 1º, da CLT.”

²⁷³ Tema 4: “Multa do artigo 475-J da Lei 5.869/73. Inaplicabilidade ao processo do trabalho.”

²⁷⁴ Tema 7 da Tabela de recursos de revista repetitivos do TST: “TAP Manutenção e Engenharia Brasil S.A. Ilegitimidade Passiva. Grupo Econômico. Responsabilidade Solidária. Empresa que não mais integra o grupo econômico”.

²⁷⁵ Tema 7 da Tabela de recursos de revista repetitivos do TST: “TAP Manutenção e Engenharia Brasil S.A. Ilegitimidade Passiva. Grupo Econômico. Responsabilidade Solidária. Empresa que não mais integra o grupo econômico”.

Confira-se que dentro da sistemática das reformas processuais de valorização de decisões anteriores sobre demandas similares, o art. 322 do CPC²⁷⁶, estabelece até mesmo a possibilidade do juiz, independentemente da citação do réu, julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar acórdão proferido pelo STF e STJ em sede de julgamento de recursos repetitivos. Ora, muito embora o art. 896-C da CLT fundamente o incidente trabalhista em idêntica “questão de direito”, o certo é que a tese firmada sob o rito de recurso de revista repetitivo terá sempre um suporte fático colhido durante a instrução do incidente, porquanto impossível interpretação desvinculada de fatos.

No exemplo em estudo, a especificidade do caso selecionado e a decisão sobre a ocorrência ou não de fraude em negócio específico, fato concreto e objeto de alegação em inúmeros processos, aproxima bastante o julgamento deste incidente de recurso de revista repetitivos do procedimento modelo alemão, cuja origem foi a recorrente alegação de fraude na divulgação de informações falsas pela empresa Telekom, com prejuízos causados a inúmeros investidores do mercado financeiro.

Diferentemente do procedimento-modelo alemão, a lei processual trabalhista não estabelece que a decisão sobre a questão da responsabilidade da TAP pelas dívidas da VARIG teria eficácia de coisa julgada. Isso não significa, contudo, que a solução adotada pelo TST em julgamento realizado no contexto de amplíssima produção probatória poderia ser simplesmente afastada, ainda que a parte deixasse de apresentar argumento jurídico não analisado ou realizar a prova de um fato não considerado na decisão do incidente, mediante a utilização da técnica do *distinguish* (fático ou jurídico). Todavia, é imperioso reconhecer que quanto mais concreto o tema afetado pelo TST, mais difícil será a demonstração pela parte de alguma especificidade do seu processo, de modo a não sofrer os efeitos da conclusão adotada no julgamento por amostragem.

b) Precedentes: o incidente de recurso de recurso de revista repetitivo também poderá trazer ao exame questões menos específicas, não vinculadas a determinados

²⁷⁶ Art. 322 do CPC: “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

empregadores, principalmente quando destinadas à definição do conteúdo de normas constitucionais e cláusulas gerais abertas (estudadas no capítulo 1), tal como verificado no primeiro tema afetado na tabela do TST: “Dano Moral. Exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais”. Nestes casos, não se verifica a análise de uma situação fática em face de determinado empregador, aproximando-se o julgamento muito mais de um precedente da *common law*, por meio do qual a Corte de Vértice exerce sua função nomofilática de dizer o sentido da norma trabalhista, de acordo com o momento histórico em que é aplicada.

Releve-se que, conforme estudado no capítulo 2 desta dissertação, os precedentes nos países da tradição da *common law* são entendidos como um instituto altamente complexo e jamais possuíram a pretensão de trazer uma solução pronta e acabada, de antemão, para todos os casos futuros. Ao contrário, os precedentes devem ser sempre interpretados e terem justificada de forma adequada a sua aplicação ou não diante do caso concreto em julgamento,²⁷⁷ de modo que a parte terá a chance de demonstrar que a situação de seu processo não se enquadra no suporte fático dos recursos selecionados para a fixação da tese jurídica. O maior impacto sofrido pelos processos selecionados e sobrestados com o mesmo tema, portanto, diz respeito à *ratio decidendi* do precedente que deverá ser levada a sério e somente não poderá ser aplicada, no caso de demonstração de diversidade de situação de fato ou de direito no caso concreto.

c) Questões processuais: existe também a possibilidade do incidente de recurso de revista repetitivo analisar uma questão exclusivamente processual, tal como o Tema 3 da Tabela do TST que decidiu sobre a impossibilidade de deferimento de honorários advocatícios em reclamações trabalhistas típicas, sem a observância de todos os requisitos constantes no art. 14, *caput* e §§ 1º e 2º, Lei nº 5.584/70.

Veja-se que a situação não se enquadra na ideia de demandas repetitivas ou litigiosidade de massa, de origem comum. Ao contrário, a possibilidade do julgamento por meio do incidente decorre da ventilação de idêntica matéria de direito processual em

²⁷⁷ Nesse sentido, estabelece o art. 489, §1º do CPC, inciso V, que não se considera fundamentada qualquer decisão que: “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

inúmeros recursos de revista, ainda que em demandas heterogêneas, situação que evidencia grande insegurança jurídica e impede a evolução ordenada do processo do trabalho.

Nesta última hipótese, o entendimento sobre o sentido da norma processual deverá incidir de forma impactante sobre os processos selecionados, sobrestados e que venham a enfrentar esta temática no futuro. Afinal, racionalidade buscada num sistema jurídico somente é garantida a partir da possibilidade de universalização da decisão para casos análogos, devendo-se assegurar que não apenas a lei seja a mesma para todos, como também que a interpretação conferida à lei seja a mesma para reclamantes e reclamados que se encontrem na mesma situação processual.

6.5 SUPERACÃO DO ENTENDIMENTO: PROCEDIMENTO E ÔNUS ARGUMENTATIVO

Nos termos do art. 926 do CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Todavia, considerando que o direito deve acompanhar a evolução dos valores sociais, de forma ordenada, a Lei n.º 13.015/14 expressamente assegura a possibilidade de revisão da tese jurídica firmada no julgamento sob o rito de recurso de revista repetitivo “quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.” (CLT, art. 896-C, §16º)

Releve-se que o mesmo dispositivo que autoriza a modificação do entendimento impõe um maior ônus argumentativo para a superação do precedente. Trata-se da vinculação horizontal em relação ao próprio órgão que emitiu o precedente e que não poderá simplesmente mudar de entendimento, sem atender a um maior ônus argumentativo, a partir da verificação de alguma alteração da situação econômica, social ou jurídica. Noutras palavras, num sistema que leve os precedentes a sério, o Tribunal não

pode simplesmente mudar de ideia, ainda que alterada a composição de seus órgãos julgadores.

Sob outro enfoque, pode ser muito difícil modificar um entendimento firmado no julgamento de um recurso repetitivo, circunstância que já levou o Ministro do STJ Ari Pargendler, em seção de 03/09/13, a afirmar que: “Eu tenho muito medo dos recursos repetitivos!”; “Nunca levei nenhum caso repetitivo para a 1ª Seção”; “Acho que muitas vezes eles perpetuam situações que não são boas para o direito”.

No mesmo sentido, o ministro Napoleão Nunes Maia, presidente da 1ª Turma do STJ, disse que: “A nossa paixão pelos recursos repetitivos está nos tornando irracionais. Toda paixão tira a razão”. Segundo o ministro o julgamento nessa modalidade processual “gera um efeito cascata. Não sobe mais nada”. Questionando a possibilidade de reverter o *leading case*, afirmou que, “mudar o precedente é um tsunami”: “São irreversíveis as decisões em recurso repetitivo. São mais veementes do que as súmulas”, comentou. Para o ministro, “não é possível saber como vamos para o futuro com os repetitivos”. Napoleão Nunes Maia recordou a obra do sociólogo Zygmunt Bauman, “Medo Líquido”, que fala sobre os medos contemporâneos que assolam a sociedade: “Bauman, em seu livro, não falou dos recursos repetitivos, mas poderia” – disse, arrematando sua fala com a frase: “Eu também tenho medo dos repetitivos!”.²⁷⁸

Com efeito, a Lei n.º 13.015/14 e a Instrução Normativa n.º 38, que regulamenta o procedimento do Incidente de Julgamento dos Recursos de Revista e de Embargos à SbDI-1 repetitivos, não limitam ou especificam a legitimidade para o requerimento de superação do precedente.²⁷⁹

Assim, a pretensão do *overruling*, inclusive com fundamento no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CFRB/88), poderá ser deduzida em qualquer processo individual trabalhista e o seu sucesso dependerá da

²⁷⁸ Disponível em: <https://professormedina.com/2013/09/04/tenho-medo-dos-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 14/11/16.

²⁷⁹ Ao contrário do que ocorre, por exemplo, com as Súmulas Vinculantes do art. 103-A da Constituição Federal: “§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.”

capacidade da parte demonstrar a alteração dos paradigmas que orientaram a formação do precedente cuja aplicação pretende-se afastar.

Neste particular, a grande dificuldade colocada pela Lei n.º 13.015/14 foi a manutenção da competência do Tribunal Regional para realizar o juízo de admissibilidade do recurso de revista, circunstância que poderá demandar questionamentos sobre o seu caráter orgânico de valorização dos precedentes. Isto porque, num sistema que leve os precedentes a sério, somente o órgão que fixou o entendimento anterior possui poder para sua revisão, por meio do *overruling* e adequada justificação.

Releve-se que nem no período mais forte do *stare decisis* no direito inglês de 1898 a 1966 foi adotado tamanho fechamento argumentativo, muito menos nos Estados Unidos. Aliás, caso fosse possível essa petrificação do direito, até hoje existiria segregação racial nos EUA, pois o precedente *Plessy vs Ferguson* (1896) não teria sido superado por *Brown vs Board of Education of TopeKa* (1954/1955) e no Brasil a união de pessoas do mesmo sexo não seria aceita (ADPF 132).²⁸⁰

Para além deste aspecto, caso todos os pronunciamentos judiciais sob o rito do recurso de revista repetitivo e do art. 927 do CPC sejam encarados como vinculantes e obrigatoriamente seguidos por juízes e Tribunais, nenhum recurso extraordinário, especial ou de revista será processado. A parte jamais teria a chance de demonstrar perante o órgão competente a necessidade de superação do precedente, seja em decorrência de uma alteração dos valores sociais ou legais, implicando um excessivo engessamento do sistema. Aliás, o próprio órgão que editou o precedente não teria como proceder a sua revisão diante da não remessa dos recursos cujo processamento foi indeferido na origem, situação que certamente não é desejada em qualquer ordenamento jurídico que pretenda acompanhar a evolução da sociedade.

²⁸⁰ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 3ª Ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2016, p. 385.

7. TESTE FINAL: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS É COMPATÍVEL COM O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO?

7.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Os operadores do direito brasileiro têm se debruçado sobre o caráter obrigatório das decisões proferidas no julgamento de incidente de resolução de recurso de revista repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas e os precedentes formalmente vinculantes elencados no art. 927 do CPC. Trata-se de um grande ruptura com a cultura existente em sentido contrário, porquanto sempre foi sustentado que o juiz ao decidir estaria somente vinculado à sua consciência na interpretação da Constituição e da Lei, tal como se estas fossem suficientes para regular todas as situações possíveis. As dificuldades de implantação do novo sistema com uma mudança de paradigma desse porte sobre o principal ato do processo são enormes.

Durante muito tempo as decisões jurisprudenciais foram consideradas meramente persuasivas. Hoje, todavia, verifica-se que a inclusão dos precedentes como fontes formais do direito é uma tendência mundial, como demonstrado no capítulo 1 desta dissertação.

O núcleo da discussão versa sobre a possibilidade de previsão pelo legislador infraconstitucional de normas que estabeleçam os precedentes como fontes de direito, dotados de força vinculante para casos semelhantes futuros. O direito também estaria a regular a sua própria criação.²⁸¹

Uma primeira oposição defende a inconstitucionalidade dos incisos III, IV e V do art. 927, CPC/15 e, *mutatis mutandis*, do incidente de recursos de revista repetitivos, sob o fundamento de que seria indispensável que a vinculatividade do precedente seja

²⁸¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 289.

estabelecida por meio de norma Constitucional, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes e do princípio da legalidade.

Argumenta-se que a Constituição, de modo expresse e por exceção, apenas conferiu efeito vinculante às decisões do STF em controle concentrado e enunciados de súmula vinculante. Neste sentido, NERY JR. e ANDRADE NERY:²⁸²

(...) no direito brasileiro somente a súmula vinculante emitida pelo STF nos casos e na forma da CF 103-A, tem natureza de texto normativo geral e abstrato e, portanto, de aplicação geral. Equivale à lei (...) A vinculação do juiz nas hipóteses previstas no CPC 927 III, IV e V é inconstitucional, pois não existe autorização expressa da CF, como seria de rigor, para que haja essa vinculação (...) Da mesma forma é exigível emenda constitucional para autorizar o Poder Judiciário a legislar. A jurisprudência não tem, de *lege lata*, força normativa maior do que a CF ou da lei. Somente nas hipóteses previstas no CPC 927 I e II a vinculação é possível, pois para isso há expressa autorização constitucional (CF 102 §2º e 103-A caput).

Contudo, os argumentos sobre a inconstitucionalidade firmados na violação do princípio da separação dos poderes não convencem. A própria vinculatividade dos precedentes dos incisos I e II do art. 927 do CPC foram estabelecidos por emenda constitucional. Princípio da legalidade e da separação de poderes, por se constituírem *cláusulas pétreas* (art. 60), de qualquer forma, também não poderiam ser violados através de emendas constitucionais. Para que apresentasse coerência, portanto, a tese de inconstitucionalidade teria que abranger até mesmo as súmulas vinculantes. Na forma destacada por ZANETI JR.:²⁸³

É preciso perceber: precedentes são normas gerais e concretas; leis são normas gerais e abstratas. Permitir aos juízes e tribunais estabelecer normas gerais e abstratas fere a separação dos poderes e ao princípio da

²⁸² NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1156.

²⁸³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos*. Salvador: JusPodivm, 2016. 2ª Edição, p. 368.

legalidade. O CPC/2015 expressamente vinculou os juízes e tribunais a partir dos fundamentos determinantes (circunstâncias fáticas e solução jurídica) e exigiu que os próprios enunciados de súmulas fizessem referência às circunstâncias fáticas (arts. 489, §1º, V e 926, §2º, do CPC).

Por outro lado, é afirmação corrente que ao realizar o controle de constitucionalidade o Poder Judiciário atua com legislador negativo, pois analisaria a validade ou não da norma em face da Constituição. Ocorre que o exame de validade das normas questionadas em face da Constituição Federal é atividade típica do Poder Judiciário, exercida na condição de guardião das normas fundamentais em face atos legislativos e não como instância legislativa. Nas hipóteses de controle de constitucionalidade por meio de decretação de inconstitucionalidade sem redução de texto e interpretação conforme a Constituição fica mais claro o exercício de atividade interpretativa, tipicamente judicial.

Da mesma forma, ao definir o alcance das normas trabalhistas no incidente de resolução de demandas repetitivas, o TST realiza típica atividade interpretativa diante dos fatos concretos que lhe são submetidos a julgamento, afastando-se a ideia de interferência no Poder Legislativo.

7.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

As pessoas precisam um mínimo de segurança para agirem de forma livre, o que somente é alcançado a partir do momento que possuam conhecimento sobre as consequências dos seus atos. Diante do exposto no capítulo 1 deste estudo, bem como a partir das diferenças estabelecida entre texto e norma, verifica-se a imperiosa necessidade de se repensar certos princípios e regras. O ordenamento jurídico não se resume a lei. O princípio da legalidade, hoje, deve ser entendido como decidir com base no Direito. Segundo as modernas teorias da interpretação, texto e norma não se confundem. A norma é

o resultado da interpretação do texto. Na medida em que todo texto depende de interpretação, portanto, a teoria dos precedentes será aplicada à atividade de interpretação.

Na grande maioria das constituições modernas, existem inúmeros princípios e regras sobre direitos fundamentais com a aplicabilidade imediata. Além disso, é cada vez maior na legislação infraconstitucional a existência de normas de conteúdo indeterminado e cláusulas gerais importando uma maior atividade criativa do julgador na construção do significado da norma. Neste quadro, o princípio da legalidade desenvolvido a partir da desconfiança com os juízes previsa ser reanalisado à luz das modernas teorias que não mais reduzem o ordenamento jurídico à lei.

Neste contexto, a decisão com base em precedentes não viola o princípio da legalidade; ao contrário, busca a realização de sua finalidade que sempre foi proteger o cidadão contra o arbítrio estatal. Com efeito, a função uniformizadora da jurisprudência não viola o princípio da legalidade, uma vez que mesmo num sistema de precedentes a atividade jurisdicional fica subordinada à legislação. Tanto isso é verdade que o estabelecimento de um precedente não impede a alteração da legislação. Por outro lado, uma vez alterada a legislação deve ser verificada a necessidade de revisão do precedente.

7.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Dentre os principais aspectos positivos de um sistema jurídico que respeita os precedentes, destaca-se o tratamento igualitário de todos da mesma forma pelo Direito e não apenas frente à Lei. Não se trata de garantir uma igualdade meramente formal, inclusive por conta da insuficiência do conceito legal já delineada acima.

Por outro lado, não é demais ressaltar o cuidado que se deve observar com o perigo da utilização indevida dos precedentes, sem atenção às circunstâncias do caso concreto, tendo em vista o grande volume de ações no judiciário brasileiro e a pressão pelo cumprimento de metas numéricas de julgamentos.

7.4 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O art. 5º XXXVI da Constituição Federal, estabelece que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”, consolidando situações passadas que ficam protegidas quanto a futuras alterações legislativas.

Além dessa perspectiva do passado, o valor fundamental da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito deve ser orientado para o futuro, como forma de garantir aos indivíduos o prévio conhecimento dos efeitos de suas escolhas.

Mesmo no sistema da *civil law*, as decisões judiciais geram uma legítima expectativa no indivíduo quanto à forma de valoração de sua conduta, orientando o seu comportamento atual. A observância dos precedentes valorizada por meio da Lei n.º 13.015/14 e CPC de 2015 garantem ao indivíduo a segurança de que sua conduta não será qualificada de modo distinto e a uniformização da jurisprudência busca garantir que a mesma tese jurídica seja aplicada aos fatos semelhantes.²⁸⁴

7.5 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A motivação das decisões judiciais é uma garantia fundamental constitucionalmente assegurada (art. 93, IX). Tendo em vista a importância que a motivação assume num sistema de precedentes, torna-se imperiosa a exigência de uma maior qualidade na fundamentação das decisões.

A fundamentação deve identificar as questões de fato consideradas essenciais para a solução da causa (*material facts*) e explicitar a tese jurídica adotada para a solução do caso. Também deve ser capaz de indicar os motivos pelos quais um precedente é ou não aplicável à situação decidida.

²⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 483.

Hoje, destaca-se a função extraprocessual da fundamentação, cuja finalidade não é de justificação apenas para as partes do processo, na medida em que irá servir de modelo de conduta para indivíduos que não participam daquele processo.²⁸⁵

A racionalidade buscada no sistema jurídico somente é garantida através da possibilidade de universalização da decisão para casos análogos. Por isso mesmo, no sistema da *common law*, os juízes não decidem apenas com vistas ao caso analisado, mas também atentos aos efeitos da decisão sobre casos futuros.

7.6 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório deve ser repensado num sistema de precedentes e de julgamento de recursos por amostragem. Tradicionalmente, o princípio do contraditório é entendido como a garantia de participação das partes no processo. Dentro do binômio informação-reação, as partes devem ter conhecimento dos atos do processo e possibilidade de apresentar contrariedade.

Ocorre que num sistema de precedentes, através do método indutivo, da decisão de um caso específico pode ser extraída uma norma geral que será utilizada para a resolução de casos futuros, com semelhantes circunstâncias de fato.

Assim, o contraditório não pode mais ser entendido como um direito à participação na construção da norma jurídica individual, mas também como um direito à participação na construção da norma jurídica geral (a tese jurídica, a *ratio decidendi* da fundamentação do julgado).²⁸⁶

A autorização constitucional e legal para vinculação de precedentes é uma realidade nos ordenamentos jurídicos mistos ou híbridos, não implicando autorização para legislar. Trata-se de uma atividade interpretativa, sempre realizada a partir da lei. A

²⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 483.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 485.

observância obrigatória pelos demais juízes não equipara o precedente à lei, na medida em que mesmo no sistema de *common law* o direito escrito vincula fortemente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais e a utilização pelo legislador infraconstitucional de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, promoveram uma profunda alteração na teoria da norma jurídica e do ordenamento jurídico, conferindo ao julgador grande poder para a realização de justiça conforme as circunstâncias do caso concreto.

A moderna hermenêutica reconhece uma clara diferenciação entre texto e norma, sendo esta o resultado da interpretação daquele. Por sua vez, a interpretação somente pode ser realizada a partir da análise dos fatos do caso concreto à luz do direito objetivo. A interpretação não pode ser compreendida fora da aplicação da norma.

Vive-se uma tendência mundial de superação das distinções entre a *civil law* e a *common law*, de modo que não é mais possível negar a importância das decisões anteriores sobre casos semelhantes na orientação de condutas de trabalhadores e empregadores, principalmente quanto oriundas de cortes de vértice.

Por outro lado, a consequência natural de uma sociedade de massas é a existência de demandas similares e que se encontram recebendo respostas totalmente diferentes, trazendo indícios de injustiça.²⁸⁷ Ainda que o estabelecimento de um conceito de justiça seja uma das tarefas mais difíceis da filosofia do Direito, o certo é que a isonomia no tratamento de casos similares é um dos seus critérios mais importantes e presentes em qualquer definição que se pretenda estabelecer.

Além da violação reiterada do princípio da isonomia, existe o problema do congestionamento do Poder Judiciário com demandas que trazem as mesmas questões jurídicas, circunstância que praticamente inviabiliza a atuação do TST como uma verdadeira corte de precedentes.

²⁸⁷ Neste quadro, conforme já assinalava MESQUITA: “a uniformização da jurisprudência, considerada por muitos um mal, porque conduziria à estagnação do direito, visa na realidade a impedir que o comando contido na lei se multiplique indiscriminadamente ao sabor das interpretações que se possam extrair do texto legal, que, na sua variedade podem chega ao ponto de se tornarem contraditórias, em prejuízo da própria imperatividade da lei. E, neste sentido, os instrumentos processuais destinados à uniformização da jurisprudência constituem, sem dúvida, antes um bem que um mal.” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A súmula da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal*, in Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil, vol. 2, São Paulo: RT, 2005, p. 217).

Ressalte-se que o direito do trabalho não é um direito meramente individual, configurando um conjunto de normas destinadas à regulação jurídica do modo de produção capitalista e à garantia de um patamar civilizatório mínimo aos trabalhadores.²⁸⁸ A falta de isonomia no tratamento de idênticas questões jurídicas definidoras dos direitos trabalhistas daqueles que ombreiam é algo muito caro ao Direito do Trabalho.

A insuficiência das ações coletivas para diminuição do número de ações de massa, levou diversos ordenamentos jurídicos a desenvolverem técnicas para o tratamento coletivo de questões comuns em demandas individuais, tais como o procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) e as ordens de litígio em grupo inglesas (GLO).²⁸⁹ O ponto de semelhança destes procedimentos é uma cisão cognitiva e decisória, realizada a partir da escolha de um modelo, no qual serão apreciadas as questões comuns aos casos similares, ficando a decisão do caso concreto para o juízo do processo originário. Nestas técnicas de julgamento por amostragem do direito comparado, a decisão alcança também questões de fato, mesmo porque é muito difícil o estabelecimento de uma clara diferença entre o que seja matéria de fato e matéria de direito.

A Lei n.º 13.015/14 introduz o incidente de recurso de revista repetitivo no processo do trabalho, cujo objeto é exclusivamente matéria de direito. Todavia, é bastante difícil sustentar que o novel procedimento trabalhista de julgamento por amostragem o TST estaria limitado a decidir questões de direito. Confira-se, a título de exemplo, o Tema 7 da Tabela de recursos recurso de revista repetitivos que discute sobre a existência ou não de fraude na alienação de ativos 40 dias antes de aprovação do plano de recuperação judicial, trazendo decisão sobre um fato concreto e objeto de alegação em inúmeros

²⁸⁸ Muito embora combativo em relação a ideia do precedente na Justiça do Trabalho, Souto Maior reconhece que: “Nesse contexto, o processo do trabalho não se volta apenas à solução do conflito no caso concreto, aplicando a norma ao fato. Impingi-lhe a obrigação de implementar uma política judiciária destinada à correção da realidade, de modo a impedir que novas agressões jurídicas, com mesmo potencial ofensivo, se realizem, valendo lembrar que o Direito do Trabalho não é um direito individual (ainda que a doutrina, de forma inadvertida lhe tenha cunhado esse título), constituindo, isto sim, um arcabouço de regulação do modo de produção capitalista. O descumprimento reiterado dos direitos trabalhistas desestabiliza toda a sociedade em detrimento da própria economia.” (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/7/art20150708-06.pdf>. Acesso em: 31/01/17).

²⁸⁹ Não se desconhece o relevante papel desempenhado pelas ações coletivas no processo do trabalho, todavia, defende-se neste trabalho a possibilidade de sua convivência com a técnica do julgamento por recurso piloto, como forma de garantir efetividade e isonomia ao direito do trabalho.

processos. Tal circunstância aproxima bastante o julgamento deste incidente de recurso de revista repetitivo do procedimento modelo alemão, cuja origem foi a recorrente alegação de fraude na divulgação de informações falsas pela empresa Telekom, com prejuízos causados a inúmeros investidores do mercado financeiro.

Por outro lado, ainda que objetivando firmar a orientação predominante do Tribunal, é imperioso destacar que o sistema de formação de precedentes por meio do julgamento de recursos de revista repetitivos é bastante diferente dos precedentes da *common law*, pelo menos em quatro aspectos relevantes: a) nos países da *common law* os precedentes são formados de modo difuso e não de modo concentrado como nas hipóteses dos arts. 896-C da CLT e art. 927 do CPC; b) no direito anglo-americano os precedentes são reconhecidos pelo juiz do caso sucessivo e não estabelecidos de plano pelo julgador do processo originário, como no caso dos recursos de revista repetitivos que buscam fixar uma tese jurídica; c) na *common law* o precedente não é declarado como uma fórmula pronta e acabada com a pretensão de solução de todos os casos; ao contrário, os seus limites e âmbito de aplicação são delineados aos poucos, conforme reconhecidos pelos julgamentos posteriores e estabelecimento de distinções (*distinguishing*); d) na tradição da *common law* o respeito aos precedentes é aceito como uma questão cultural, não existindo a necessidade de uma norma legal estabelecendo tal obrigatoriedade.²⁹⁰

Todavia, estas substanciais diferenças não são suficientes para afastar a necessidade de uma teoria sobre a *ratio decidendi* e o aprimoramento das técnicas de distinção, porquanto o direito é um fenômeno complexo e indissociável dos fatos e valores da vida, de modo que a interpretação será sempre necessária. Caso contrário, correr-se-iam dois grandes riscos,²⁹¹ igualmente prejudiciais a ideia de justiça:

a) diante da pressão de números e sob a justificativa de realização do princípio da razoável duração do processo, da adoção de um sistema de precedentes tão rígido que

²⁹⁰ A vinculação de determinados países da *civil law* à lei escrita é tal monta que torna necessária a existência de uma lei fixando a necessidade de respeito aos precedentes, como no caso do Brasil.

²⁹¹ Conforme adverte MESQUITA, o grande risco da uniformização de jurisprudência e do sistema de precedentes é o afastamento das circunstâncias do caso concreto. (MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A súmula da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal*, in Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil, vol. 2, São Paulo: RT, 2005, p. 220)

acabe afastando-se das circunstâncias do caso concreto, conferindo tratamento igual a casos substancialmente diferentes, mediante a citação de precedentes de forma totalmente descontextualizada;

b) o estabelecimento de distinções inconsistentes com a frustração do objetivo do legislador de conferir o mesmo tratamento a demandas similares, mantendo-se o estado atual de julgamento pelo magistrado de acordo com a sua livre consciência e sem qualquer compromisso com as decisões anteriores.

No século do iluminismo, apostou-se na completude da lei e onipotência do legislador. Tempos depois, verificou-se que o direito é um fenômeno complexo e indissociável dos fatos e valores da vida, de modo que a interpretação será sempre necessária. A lei é obrigatória e fundamenta decisões completamente diferentes. O próprio Hans Kelsen, considerado legalista de estirpe, define a lei com uma moldura, não possuindo significado unívoco, até mesmo pela utilização da linguagem.

Ainda que a Lei n.º 13.015/14, o Ato 491 da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho e o CPC de 2015 estabeleçam que a tese oriunda de julgamento de recurso repetitivo é formalmente vinculante, da mesma forma o direito jurisprudencial deverá ser interpretado. Não é possível apostar todas as fichas que uma disciplina legal sobre precedentes e julgamento de demandas repetitivas será a solução para a enxurrada de processos que assolam os tribunais do país.²⁹²

²⁹² Conforme já advertiu TARUFFO: “Naturalmente ciò solleva un rilevante problema ulteriore: poiché le circostanze che costituiscono i fatti del caso sono infinite, e sono anche infinite le loro possibili descrizioni, si tratta di determinare quali sono i particolari che si ritengono significativi e rilevanti per l'interpretazione e applicazione della norma alla quale si fa riferimento. Al riguardo non esistono soluzioni semplici che possano valere automaticamente per qualunque decisione. Anche il riferimento alla fattispecie definita in termini generali dalla norma serve solo -per così dire- a dare il via all'analisi dei fatti, fornendo un paradigma iniziale, che in realtà non è più che un'ipotesi provvisoria, di rilevanza giuridica. E' però muovendo da questa ipotesi, ed eventualmente formulandone altre che siano progressivamente più adeguate alle circostanze del caso concreto che il giudice, attraverso la c.d. spirale ermeneutica, giunge a stabilire quali sono le circostanze rilevanti del caso. Poiché peraltro in questo procedimento di trial and error o -se si preferisce- di abduzione interpretativa, non vi è nulla di meccanico o predeterminato, è un'attività eminentemente creativa quella che porta il giudice ad attribuire rilevanza a determinati particolari del caso, e a modellare su di essi l'interpretazione della norma che intende applicare.” (TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia*, in DIDIER JR., Frédéric et alii (coords.), *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 251/262).

A atividade interpretativa é intrínseca ao ato de julgar.²⁹³ A própria origem da palavra “sentença” remonta a ideia de “sentimento” do juiz em relação à justiça do caso. Em pleno século XXI, não é possível pretender o resgate da figura do “juiz boca de lei” com uma nova roupagem de “juiz boca precedente”.²⁹⁴

A grande virada hermenêutica da Lei n.º 13.015/14 e do novo CPC não está exatamente no sistema formal de precedentes de questionável constitucionalidade,²⁹⁵ mas em buscar garantir uma evolução ordenada do direito, impondo um maior ônus argumentativo ao julgador quanto às interpretações jurisprudenciais existentes sobre o sentido das normas jurídicas que irá aplicar.

Destacando a importância da evolução ordenada do Direito, MESQUITA²⁹⁶ assinala que deve ser

(...) encontrada no ponto em que a irreprimível vocação evolutiva do direito se realize de modo disciplinado, sem sacrifício da indispensável segurança jurídica, mas sem sacrificar também a necessidade da permanente adequação do direito à constante dos fatos sociais.

²⁹³ O grande perigo do incidente de recurso de revista repetitivo é de retorno ao formalismo interpretativo, do positivismo clássico.

²⁹⁴ Nesse sentido, também: STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando?*, in DIDIER JR., Fredie et alli (coords.), *Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, vol. 3, p. 175/182.

²⁹⁵ Em comentário ao art. 927 do CPC, NERY JR e NERY, sustentam que: “Juízes e tribunais observarão. O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Trata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei. Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da Súmula Vinculante do STF, para o qual a autorização está presente na CF 103-A. Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer a função típica do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. Observar decisão: a) em RE e REsp repetitivos, b) em incidente de assunção de competência, c) em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), d) entendimento constante da súmula simples do STF em matéria constitucional, e) entendimento constante da súmula simples do STJ em matéria infraconstitucional (*rectius*: federal) e f) do órgão especial ou do plenário do tribunal a que estejam vinculados os juízes significa que esses preceitos vinculam juízes e tribunais, vinculação essa de inconstitucionalidade flagrante. O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado (...).” (NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015).

²⁹⁶ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A súmula da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal*, in *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, vol. 2, São Paulo: RT, 2005, p. 217.

Isto não significa que o juiz seja um escravo do precedente, abdicando-se de sua capacidade de convencimento racional. O precedente é o ponto de partida, não necessariamente o fim da atividade interpretativa.

Os valores da justiça, isonomia e segurança jurídica traduzem a exigência de um maior ônus argumentativo ao desprezar as decisões anteriores em casos semelhantes, até mesmo como forma de garantia da coerência de um ordenamento jurídico que possua pretensão de racionalidade. Afinal, o que realmente vincula num sistema de direito positivado é a Constituição e as leis.

O incidente de resolução de recurso de revista repetitivos possui natureza jurídica de procedimento autônomo e caráter híbrido, assimilando institutos dos precedentes da *common law* e dos julgamentos por procedimento-modelo.²⁹⁷ Conforme a natureza preponderante dos temas escolhidos para julgamento por meio do incidente, o novo instituto pode ser utilizado para: (a) a resolução de demandas repetitivas de litigantes habituais, (b) a definição de sentido e alcance da legislação de proteção ao trabalho, bem como (c) a resolução de questões jurídicas processuais repetidas em inúmeras reclamações trabalhistas.

O manejo dessa ferramenta poderá trazer grandes benefícios à efetividade do Direito do Trabalho, evitando-se a dispersão jurisprudencial que enfraquece as decisões da Justiça do Trabalho, principalmente em tempos de ataques constantes sofridos em momentos de crise econômica como vivenciados atualmente. Discordamos da opinião daqueles que defendem que as reformas do processo comum e da CLT para o reconhecimento do direito jurisprudencial somente atendam aos interesses do capitalismo,

²⁹⁷ Na realidade, a depender do tipo e amplitude da questão jurídica selecionada, o procedimento trabalhista estará mais próximo dos precedentes da *common law* ou do julgamento por causa piloto. Por exemplo, no caso do Tema 1 da Tabela de recursos de revista repetitivos do TST (“A exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais pelos candidatos ao emprego gera dano moral?”), verifica-se uma maior aproximação com os precedentes da *common law* encontrados a partir da universalização da razão de decidir para casos semelhantes. Por outro lado, o julgamento do Tema 7 (“TAP Manutenção e Engenharia Brasil S.A. Ilegitimidade Passiva. Grupo Econômico. Responsabilidade Solidária. Empresa que não mais integra o grupo econômico”), devido à sua especificidade vinculada aos fatos de um caso concreto de alienação ativos para empresa ex-integrante de grupo econômico, aproxima-se bastante do procedimento-modelo alemão que possui origem no caso Telekom.

tal como um produto do Banco Mundial.²⁹⁸ A segurança jurídica não é seletiva, mas para todos. Uma análise dos precedentes do TST revela entendimentos equilibrados e não indica somente decisões favoráveis ao empregador ou ao empregado.

A convicção de decisões reiteradas pode contribuir muito para a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, bem como para fortalecimento da Justiça do Trabalho como instituição defensora dos direitos fundamentais daqueles que dependem de seu trabalho para sobreviver. A utilização do novo incidente, contudo, demanda cuidados, principalmente na seleção do recurso paradigma e utilização da técnica da distinção, sob pena de malferimento do acesso à justiça, tal como se procurou demonstrar o longo deste trabalho.

²⁹⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/7/art20150708-06.pdf>. Acesso em: 31/01/17.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. *Capital Markets Model Case Act – KapMuG*. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html/. Acesso em: 16/01/17.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *O case mangement inglês: um sistema maduro?* Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21127/15217>. Acesso em 30/07/16.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução Tereza Arruda Alvim. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Multi-party proceedings in England: representative and group actions*. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/5>. Acesso em 30/07/16.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://jus.com.br/imprimir/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 23/09/2015.

_____; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 03/11/16.

BENEDUZI, Renato Resende. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Gabinete da Presidência (GP). Tabela dos recursos de revista repetitivos. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/presidencia-nurer/recursos-repetitivos>. Acesso em: 16/01/17.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Gabinete da Presidência (GP). Instrução normativa n.º 37. Regulamenta os procedimentos em caso de Incidente de Uniformização de Jurisprudência (IUJ) no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, suscitado na forma do art. 896, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/instrucoes-normativas>. Acesso em: 25/01/17.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Gabinete da Presidência (GP). Instrução normativa n.º 38. Regulamenta o procedimento do Incidente de Julgamento dos Recursos de Revista e de Embargos repetitivos à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho repetitivos. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/instrucoes-normativas>. Acesso em: 25/01/17.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Gabinete da Presidência (GP). Instrução normativa n.º 39. Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/instrucoes-normativas>. Acesso em: 25/01/17.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Gabinete da Presidência (GP). Ato 491/SEGJUD.GP, de 23 de setembro de 2014. Fixa parâmetros procedimentais para dar efetividade à Lei n. 13015, de 21 de julho de 2014, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/atos>. Acesso em: 25/01/17.

BROCK, Ina; REKITT, Stefan. *New reform of de capital markets model case act (the “KapMug”)*. Disponível em: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f82e4430-68d3-48ab-ba16-ff7084ff827f>. Acesso em 27/08/16.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Manual de direito processual civil*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noesis, 2012.

BUZUID, Alfredo. *A crise do Supremo Tribunal federal. Estudos de direito*. São Paulo, Saraiva, 1972.

CABRAL, Antonio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. RT Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10713934/A_escolha_da_causa-piloto_nos_incidentes_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_processos_repetitivos. Acesso em: 16/01/17.

_____. *A técnica do Julgamento-Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada*. Revista de Processo, ano. 38, n. 221, jul., 2013.

_____. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa as ações coletivas*. Revista de Processo: RePro, v. 32, n. 147, p. 123-146, maio 2007.

CALICHMAN, Flávio. *Enunciados de súmula do Tribunal Superior do Trabalho: considerações gerais, formação e aplicação*. São Paulo: Faculdade de Direito – USP, 2002. Dissertação de mestrado.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPONI, Remo. *La decisione della causa nel mérito da parte della Corte di cassazione italiana e del Bundesgerichtshof tedesco*. Disponível em: academia.edu. Acesso em: 18/07/2016.

_____. *Modelo europeu de tutela coletiva no processo civil: comparação entre a experiência alemão e italiana*. Revista de Processo: out/2011. v. 200. p. 235-269. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015b155b2e86ccb6a080&docguid=Icaa32520008711e1968d00008558bdfc&hitguid=Icaa32520008711e1968d00008558bdfc&spos=22&epos=22&td=4000&context=75&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 27/03/17.

CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 8, Vol. II.

CNJ. Resolução n.º 235 do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>. Acesso em: 16/01/17.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W.. *Precedent in English Law*. 4ª Edição. Oxford UK Print On. 1991.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Recursos Repetitivos*. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/>. Acesso em: 16/01/17.

DALAZEN, João Oreste. *Apontamentos sobre a Lei 13.015/14 e impactos no sistema recursal trabalhista*. Disponível em: <http://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/85658>. Acesso em: 14/11/16.

DIDIER Jr., Fredie, *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais>. Acesso em 23/09/15.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 11ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Vol. 3. 13ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. *Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a lei n.º 13.014/15*. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/79403>. Acesso: em 10/03/2016.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Estados Unidos: Cambrigde, 2008.

FENOLL, Jordi Nieva. *La enunciación de los motivos de casación em las leyes procesales. In Jurisdicción y proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 447-477.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Lei 13.015/14 e inovações no processo do trabalho. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204724,51045-Lei+1301514+e+inovacoes+no+processo+do+trabalho>. Acesso em 10/03/2016.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOODHART'S, Arthur L.. *Determining the ratio decidend of a case*. The Yale Law Journal Company, Inc. Disponível em: www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/.../goodhart-1930-ratio.pdf. Acesso em: 26/01/17.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

INGLATERRA. *Civil procedure rules (CPRs)*. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19#19.1>. Acesso em 06/08/2016.

LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da 'Súmula do STF'*. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>. Acesso em 09/01/16.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo, RT, 2011.

LIMA, Firmino Alves. *A lei n.º 13.015/2014 como introdutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista*. Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 4, out/dez 2014.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. In: DIDIER Jr. Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Evolução da reclamação constitucional e seu emprego para assegurar a autoridade dos precedentes*. In: *Processo civil: homenagem a José Ingácio Botelho de Mesquita*. TUTTI, José Rogério Cruz e. (coord. et al). São Paulo: Quartirer Latin, 2013.

MALLET, Estêvão. *A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?* Disponível em: https://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1511042. Acesso em: 08/01/17.

_____. *Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais*. Revista Faculdade Direito Universidade São Paulo, v. 105, p. 111-142, jan./dez.2010.

_____. *Notas sobre o sistema recursal do projeto de Código de Processo Civil e o processo do trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 78, p. 53-69, 2012.

_____. *Reflexões sobre a Lei n. 13.015/2014*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, p. 74-111, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Capítulo XXVI. DIDIER JR. Fredie (coord.). Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial Vol. 2. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 533-588.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, V. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Precedentes obrigatórios*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARRAFON, Marco Aurélio. *Para compreender (e superar) os pilares do positivismo jurídico (parte 2)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/constituicao-poder-preciso-compreender-superar-positivismo-juridico-parte>>. Acesso em: 25/05/2015.

MARTINS, José Renato Silva. *Dogma da neutralidade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, prefácio, XII e XIII.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes e vinculação. Instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370/44673>. Acesso em 10/03/16.

MELLO, Raimundo Simão de Melo. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 2ª. ed. São Paulo: LTR, 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A súmula da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal*, in Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil, vol. 2, São Paulo: RT, 2005, pp. 216 e ss.

_____. *Da uniformização da jurisprudência – uma contribuição para seu estudo*, in Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil, vol. 2, São Paulo: RT, 2005, pp. 227 e ss.

_____. *Processo civil e processo incivil*. Revista de Processo, vol. 131, jan./2006, p. 250-257.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo: RePro, v. 37, n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

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

NERY JR. Nery; ABOUD, Georges. *Stare Decisis x Direito Jurisprudencial*. in DIDIER JR., Fredie et alli (coords.), *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 483/512.

NEVES, Antônio Castanheira. *Questão de facto – Questão de direito*. Coimbra: Almedina, 1967.

NOGUEIRA, Gustavo Santana, *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2015.

NUNES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.academia.edu/15300046/O_incidente_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_demandas_repetitivas_do_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil; Acesso em 29/07/16.

NUNES, Dierle. *Alguns requisitos democráticos da aplicação dos precedentes e Novo CPC*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/alguns-requisitos-democraticosda-aplicacao-dos-precedentes-e-novo-cpc/>>. Acesso em: 25/09/15.

_____ ; HORTA, André Frederico. *Aplicação de Precedentes e Distinguishing no CPC/2015. Uma breve introdução*. Disponível em: https://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83O_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015. Acesso em 22/06/16.

_____ ; Rafaela Lacerda; Newton Rodrigues Miranda. *O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 179 - 208, jan./jun. 2013.

_____ ; Rafael Dilly Patrus. *Uma breve notícia sobre o procedimento modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro*, in DIDIER JR., Fredie et alli (coords.), *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 469/482.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos*. Disponível em: www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/101061096.pdf . Acesso em 21/07/16.

NOGUEIRA, Gustavo Santana, *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2015.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 810/93*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>. Acesso em: 08/01/17.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. *Hermenêutica e aplicação do Direito. Breves apontamentos sobre a interpretação jurídica no paradigma contemporâneo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18553/hermeneutica-e-aplicacao-do-direito>>, acesso em: 29/09/15.

RENE, David. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio Carvalho. 5ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues. *As ações-teste na Alemanha, Inglaterra e legislação brasileira projetada*. Disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923690. Acesso em 27/08/16.

ROSSONI, Igor bimkowski. *O “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” e a Introdução do Group Litigation no Direito Brasileiro: Avanço ou Retrocesso?* Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocesso>. Acesso em 30/07/16.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. coord José Adécio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *A Ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed., 2003.

SCOFIELD, Robert G. *Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century*. The King's College Law Journal. Disponível em: <http://www.legalargument.net/assets/kclj_162_Scofield_311to328.pdf> Acesso em: 23/06/16.

SICA, Heitor Mendonça. *Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015*. Revista de Processo, vol. 257/2016, p. 269 – 281, Jul / 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A quem interessa essa “reforma” trabalhista*. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista>. Acesso em: 17/11/17.

_____. *O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/7/art20150708-06.pdf>. Acesso em: 31/01/17

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando?*, in DIDIER JR., Fredie et alli (coords.), Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, p. 175/182.

_____. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 16/11/16.

STÜRNER, Rolf. *Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto para um novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo: março/2011. Ano 36. v. 193. Disponível em: <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015b155271f0c27634b8&docguid=Ic6730720659311e0bd4c0000855dd350&hitguid=Ic6730720659311e0bd4c0000855dd350&spos=1&epos=1&td=1952&context=34&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 27/03/17.

TARUFFO, Michele. *Dimensiones del precedente judicial*. In *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 541-554.

_____. *Funzione e problemi attuali della Corte di cassazione*. In *Il vértice ambíguo – Saggi sulla Cassazione Civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. *Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia*, in DIDIER JR., Fredie et alli (coords.), Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 251/262.

_____. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Revista de Processo: RePro, São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003, p. 141-158.

_____. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 23/06/16.

_____. *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*. In *Duke Journal of Comparative & International Law*. n. 11. 2001. Disponível em <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/12>. Acesso em: 27/03/17.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 3ª Ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC*, in DIDIER JR., Fredie et alli (coords.), *Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, vol. 3, p. 445/457.

_____. *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, vol. 172, p. 121, Jun/2009. DTR\2009\337. Disponível em:

http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf. Acesso em: 23/06/16.

_____. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. Revista de Processo, vol. 92.

_____ ; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOOLF, Harry [Lord]. *Access Justice: final report*. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>. Acesso em 27/08/16.

ZANETI JR., Hermes. *Cortes Supremas e interpretação do direito*. In O Papel da jurisprudência no STJ (coord. Isabel Gallotti, e outros). São Paulo: RT, 2014

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2015.

Thiago Henrique Ament