

A REFORMA DO SISTEMA RECURSAL TRABALHISTA PELA LEI Nº 13.015/2014 E O NOVO PAPEL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA JUSTIÇA BRASILEIRA: CONTEXTO, PREMISSAS E DESAFIOS

José Roberto Freire Pimenta*

A CRISE ATUAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO E A INEFETIVIDADE
DO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO NO BRASIL: SUAS
CAUSAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

A promulgação da Lei nº 13.015, de 21.07.2014, ao entrar em vigor em 22.09.2014, significou a mais profunda alteração no sistema recursal trabalhista brasileiro desde a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho.

Embora as modalidades recursais adotadas no processo do trabalho não tenham sido modificadas por essa nova lei, ela, além de promover algumas mudanças localizadas de menor alcance (no agravo de instrumento e nos embargos de declaração), representou uma clara e ousada tentativa de racionalizar e de aperfeiçoar o julgamento dos recursos de natureza extraordinária (recursos de revista e embargos) pelo Tribunal Superior do Trabalho, através:

a) da exacerbação e do aperfeiçoamento dos requisitos técnicos para a interposição dos recursos de natureza extraordinária (de um lado instituindo, no plano legal, critérios e exigências formais que a jurisprudência consolidada do TST já havia consagrado¹, e por outro lado de se exigir maior rigor na demons-

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; doutor em Direito Constitucional pela UFMG; professor adjunto III da Faculdade de Direito da PUC Minas, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho; relator da Comissão de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho constituída pelo Ato nº 401, de 06.08.2014, de seu Presidente, Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, com a finalidade de regulamentar, no âmbito da Justiça do Trabalho, a Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, que alterou o Capítulo VI do Título X da CLT, que disciplina os recursos trabalhistas.*

1 Especialmente em sua Súmula n 337 (cuja atual redação, decorrente de sucessivas alterações anteriores, foi aprovada pela Resolução n 185/2012, divulgada no DEJT de 25, 26 e 27.09.2012).

tração do atendimento dos pressupostos intrínsecos de sua admissibilidade), visando tornar mais fácil e célere o seu julgamento e, pelo reforço dos *filtros processuais*, coibir a interposição de recursos descabidos e inúteis (porque visivelmente fadados ao insucesso) e, assim, meramente procrastinatórios;

b) da valorização da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho como um todo², reforçando e assegurando a aplicação do antes já disposto na antiga redação do § 3º do art. 896 da CLT (dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.98) com a providência prevista em seu novo § 4º, que autorizou o Tribunal Superior do Trabalho a, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, determinar o retorno dos autos do recurso de revista já admitido à instância regional, ao constatar a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho que neste ainda não tenham sido objeto de uniformização;

c) do reforço da autoridade dos precedentes regionais e do Tribunal Superior do Trabalho, na mesma linha preconizada pelo novo Código de Processo Civil recém-aprovado pelo Congresso Nacional, e da regulamentação do procedimento para o julgamento concentrado da matéria controvertida objeto dos denominados recursos de revista repetitivos (que caracterizem a existência de uma multiplicidade de feitos fundados em idêntica questão de direito), para enfrentar, de forma molecular e isonômica, o fenômeno da *litigiosidade em massa* que cada vez mais assoberba a Justiça do Trabalho e de assegurar a coerência e a efetividade das decisões judiciais e, em consequência, do próprio direito material trabalhista.

Como se sabe, o projeto que resultou na referida Lei se originou no próprio Tribunal Superior do Trabalho, como produto das discussões realizadas por seus Ministros no período de 16 a 20 de maio de 2011 na primeira edição da “Semana do TST”³. Em seguida, o anteprojeto aprovado pelo Órgão Especial desse Tribunal (pela Resolução Administrativa nº 1.411, de 24.05.2011) foi encaminhado ao Congresso Nacional, tendo tramitado a partir da Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei nº 2.214/2011. Após as naturais vicissitudes inerentes ao processo legislativo e ao debate democrático de seu conteúdo,

-
- 2 Hoje reduzidos, na maior parte dos processos, a meras *instâncias judiciárias de passagem*, nas quais cada um de seus órgãos fracionários decide como bem lhe aprouver e sem cogitar do entendimento predominante acerca da questão controvertida no âmbito desse Tribunal Regional.
 - 3 Instituída pela Resolução Administrativa nº 1.448/2011 pela louvável iniciativa do então Presidente do TST, Ministro João Oreste Dalazen, para promover, em seu âmbito, “uma ampla e profunda reflexão destinada ao aprimoramento institucional da Corte, sobretudo da sua prestação jurisdicional”, cabendo especificamente ao Grupo de Normatização, que então teve a honra de integrar, “a análise e a elaboração de proposta de revisão das normas internas do Tribunal Superior do Trabalho” e “a discussão e a elaboração de anteprojetos de lei”.

com a aprovação de várias emendas aditivas e supressivas⁴, essa Lei acabou por ser aprovada e sancionada três anos depois da apresentação do Projeto, inaugurando, em boa hora (já que às vésperas da aprovação do novo Código de Processo Civil), uma nova fase do processo do trabalho brasileiro.

E por que foi oportuna essa alteração legislativa? Porque hoje toda a Justiça do Trabalho e, conseqüentemente, o direito do trabalho brasileiro vivem uma profunda e crescente crise de efetividade, em suas dimensões processual e material.

Como já tivemos oportunidade de afirmar em trabalhos anteriores⁵, é absolutamente notório e consensual, nos dias de hoje, que o número de processos judiciais em andamento no Brasil é maior que a capacidade operacional dos órgãos do Poder Judiciário constitucionalmente competentes para sua adequada e tempestiva apreciação e julgamento e que, a cada ano, o número de processos novos aumenta geometricamente, em proporção maior que o aumento eventual

4 As duas mais importantes alterações no anteprojeto aprovado pelo TST (a primeira a meu ver negativa e a segunda positiva) consistiram: a) na supressão de todo o art. 896-B da CLT constante da proposta original, com o objetivo de eliminar todas as multas processuais previstas em várias de suas disposições para coibir a utilização maliciosa e procrastinatória dos agravos internos e dos embargos de declaração, mas com a inadvertida, atênica e simultânea supressão da possibilidade, antes expressamente consagrada no antigo § 5º do art. 896 da CLT, em sua redação anterior à nova lei, de o relator, por decisão monocrática, negar seguimento ao recurso de revista interposto contra decisão em consonância com a jurisprudência já consolidada do TST ou quando desatendidos seus pressupostos extrínsecos de admissibilidade, obrigando a aplicação subsidiária do art. 557 do atual CPC, mas, contraditoriamente, não para os Embargos do art. 894 da CLT, que continuou a prever tal hipótese em seu novo § 3º; b) no acréscimo, ao atual art. 896-B da CLT (que era o art. 896-C constante da proposta original do TST e que se limitava a determinar a aplicação ao recurso de revista, no que couber, das normas do CPC relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos), o novo e extenso art. 896-C, que passou a detalhar o procedimento a ser adotado para o julgamento dos recursos de revista repetitivos, combinando a sistemática adotada pelo CPC de 1973 hoje ainda em vigor para os recursos extraordinário e especial repetitivos (em seus arts. 543-B e 543-C, acrescidos, respectivamente, pelas Leis ns. 11.418, de 19.12.06, e 11.672, de 08.05.08) com a instituída pelos dispositivos correspondentes do novo CPC, hoje já aprovado.

Para uma completa e justificada crítica e exposição das outras mudanças no referido Projeto de Lei promovidas pelo Poder Legislativo, veja-se: DALAZEN, João Oreste. Apontamentos sobre a Lei n. 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 205-206.

5 PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Mauricio Godinho; BORJA, Cristina Pessoa Pereira (Coord.). *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 337-339; Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FATTINI, Fernanda Carolina; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Costa (Coord.). *O que há de novo em direito do trabalho – homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 462 e ss.

e meramente aritmético do número de juízes e servidores correspondentes⁶. Especificamente em relação à Justiça do Trabalho e conforme estatísticas amplamente divulgadas relativas ao período posterior à promulgação da Constituição de 1988, a cada ano o número de reclamações trabalhistas ajuizadas não cessou de crescer, tendo alcançado o número astronômico de quase 1.800.000 novas ações trabalhistas em 2002 (dados obtidos no *site* do STF na internet).

Isto, ironicamente, intensificou-se justamente depois da Reforma do Poder Judiciário empreendida pela Emenda Constitucional nº 45, de 09.12.04, promulgada com o declarado propósito de enfrentar o déficit de efetividade que, há mais de 10 anos, já se evidenciava, tendo inclusive consagrado expressamente no novo inciso LVIII do art. 5º da Constituição Democrática de 1988, como um dos direitos fundamentais assegurados a todos os cidadãos brasileiros, o direito à “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. No entanto, na década que sucedeu a tão generosa e importante mudança constitucional, a distância entre a esfera normativa e a prática judiciária brasileira não cessou de aumentar.

Com efeito, e como está registrado no Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2011, nesse ano, foram distribuídos, nas Varas do Trabalho brasileiras, 2.110.718 casos novos (6,2% a mais do que em 2010); no mesmo ano, tramitaram nas Varas 3.501.602 processos na fase de conhecimento, correspondentes à soma das novas ações ajuizadas aos resíduos dos anos anteriores⁷. Conforme o Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2012⁸, nesse ano, foram distribuídos 2.239.671 casos novos, 6,11% a mais que em 2011. Em 2013, foram distribuídos 2.239.843 casos novos, 4,70% a mais que no ano anterior⁹. Em 2012, o percentual de conciliações, em todo o país, foi 43,38%¹⁰. Em 2013, esse mesmo índice caiu para 40,9%¹¹.

6 Em pesquisa e estudo sociológicos levados a cabo no Estado de São Paulo junto a magistrados da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, já em 2006, quase 80% dos pesquisados afirmaram que a estrutura de que dispõe a instituição judiciária em que exercem suas atividades é inadequada para atender à demanda de atuação nas suas diversas áreas de competência (HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. A súmula vinculante sob a ótica de juízes de 1ª instância: um estudo exploratório. In: PESSÔA, Leonel Cesarino [Org.]. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007. p. 93-96).

7 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 13 maio 2013.

8 *Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho*, 2012, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2013, p. 26.

9 *Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2013*, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2014, p. 27.

10 *Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho*, 2012, *op. cit.*, p. 62.

11 *Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2013*, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2014, p. 76.

DOCTRINA

No mesmo período, o número de Varas do Trabalho e de juizes titulares e substitutos (e de integrantes dos Tribunais Regionais do Trabalho e do TST) nem de longe acompanhou a mesma proporção do aumento do número de processos distribuídos – ou seja, a carga de trabalho individual de cada magistrado trabalhista não tem parado de aumentar. Embora a produtividade anual dos órgãos da Justiça do Trabalho também tenha apresentado um crescimento constante, esse incremento deu-se em percentuais menores que os do aumento dos processos novos, acarretando um gradual mas consistente aumento do resíduo ou do acervo de processos em andamento, bem como do tempo médio de sua tramitação.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, os números são ainda mais dramáticos: numa perspectiva mais distante (cotejando os dados estatísticos de 1983 com os de 2013, como o fez em interessante quadro comparativo o seu atual Vice-Presidente, Ministro Ives Gandra Martins Filho)¹², é praticamente impossível qualquer termo de comparação, na medida em que, em 1983, foram recebidos 11.080 processos para serem julgados pelos seus 17 ministros de então (cabendo a cada um, portanto, 652 processos novos naquele ano), enquanto que, em 2013, foram recebidos 240.596 novos feitos para seus atuais 27 ministros (perfazendo a média anual, por ministro, de 8911 processos novos).

O crescimento mais expressivo, no entanto, tem ocorrido nos últimos anos: em 2012, foram recebidos no TST 183.303 casos novos (7,94% a mais que em 2011) e 258.637 processos foram distribuídos ao total de ministros (45,4% a mais que em 2011). Havendo cada ministro recebido, em média, 10.777 processos no ano e 1.078 por mês, com um aumento na carga de trabalho individual de 4,81% (correspondente a 16.620 processos para cada ministro, excluídos os ocupantes de cargos de Direção)¹³. Em 2013, foram recebidos no TST 239.644 casos novos (30,74% a mais que em 2012) e a carga de trabalho passou a ser de 19.906 processos para cada ministro (com um aumento, portanto, de 19,77% em relação ao ano anterior)¹⁴. Em 2014, por fim, chegaram ao TST 244.555 processos novos (ainda assim 2,5% a mais que em 2013, ano em que ocorreu um excepcional aumento no número de casos novos)¹⁵, tendo-se mantido praticamente a mesma carga de trabalho individual para cada ministro.

12 MARTINS FILHO, Ives Gandra. O recurso de revista e a Lei n. 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 197.

13 *Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho* – CESTP, 2012, *op. cit.*, p. 26, 46 e 48.

14 *Relatório Geral da Justiça do Trabalho* – 2013, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2014, p. 27 e 49.

15 *Movimentação Processual do Tribunal Superior do Trabalho* – ano de 2014, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 30.01.2015, p. 3.

DOCTRINA

Em 2012, 13,52% a mais de processos foram julgados no TST em relação a 2011, mas o resíduo de processos, apesar disso, aumentou em 9,17% em comparação com o ano anterior¹⁶. Em 2013, foram julgados no Tribunal Superior do Trabalho 7,91% a mais de processos que em 2012, mas, a despeito disso, houve um aumento de 27,24% no resíduo de processos em relação a 2012¹⁷. Em 2014, a produtividade no número de julgamentos no TST teve o expressivo aumento de 12,2% em comparação com o ano de 2013, mas, mesmo assim, houve um aumento de 11,9% no acervo de processos em tramitação¹⁸.

Do exame do conteúdo da matéria controvertida desse número sempre crescente de processos que chegam anualmente ao TST, no entanto, é possível constatar que eles, em sua grande maioria, inserem-se em dois grupos: o primeiro é aquele constituído por processos cujos recursos claramente foram interpostos sem grandes esperanças de sucesso, seja pelo flagrante desatendimento de seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, seja por tratarem de matérias a cujo respeito à jurisprudência dessa Corte Superior já se pacificou; o segundo é o grupo de dissídios individuais cujo objeto, no todo ou em parte, consiste das hoje denominadas questões de direito repetitivas, decorrentes de alegadas lesões de massa, e que, tendo sido objeto de decisões divergentes nas instâncias ordinárias, ainda não foram objeto de pacificação no âmbito nacional. É evidente que os recursos remanescentes, que não se inserem nos acima descritos, têm por objeto matérias de alta relevância ou repercussão social ainda não pacificadas ou questões de alta indagação jurídica cujo enfrentamento artesanal e ponderado constitui, precipuamente, a razão de ser e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho.

Com relação ao primeiro grupo de processos acima indicado, é fácil constatar que a grande maioria dos recursos de natureza especial e extraordinária interpostos para os Tribunais Superiores e para o Supremo Tribunal Federal mostram-se, *data venia*, flagrantemente desprovidos de fundamentos mais consistentes e compatíveis com os pressupostos legais para sua utilização, revelando, com muita clareza, a real – mas não declarada – intenção das partes de simplesmente fazer uso da *demora fisiológica do processo*¹⁹ para adiar o previsível desfecho da controvérsia.

16 *Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho*, 2012, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2013, p. 55 e 67.

17 *Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2013*, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília: TST, 2014, p. 63 e 80.

18 *Movimentação Processual do Tribunal Superior do Trabalho – ano de 2014*, *op. cit.*, p. 3.

19 Assim entendida a simples demora natural e inevitável do processo, que não decorre de nenhum ato abusivo ou procrastinatório de um dos litigantes (sua *demora fisiológica*) e que se diferencia da sua *demora patológica*, causada pela omissão do magistrado ou dos servidores ou por atos procrastinatórios ou de

DOCTRINA

De forma lúcida e persuasiva, o Juiz do Trabalho da 15ª Região Firmino Alves Lima, ao tratar especificamente da *ratio* que justifica a adoção do procedimento de julgamento dos recursos repetitivos, invocando o magistério de José Carlos Barbosa Moreira, bem descreve essa grave distorção do sistema recursal brasileiro nas suas instâncias de natureza extraordinária, vulnerável à sua utilização, pelos grandes litigantes, como mero obstáculo à concretização do direito fundamental à duração razoável do processo, hoje expressamente consagrado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição:

“Não é novidade brasileira a preocupação em racionalizar o uso dos recursos processuais, principalmente em matérias já decididas ou com jurisprudência já assentada, evitando-se, assim, a apreciação de demanda recursal inútil. Esta existe quando a providência jurisdicional pretendida não revela qualquer utilidade, eis que o resultado decorrente é perfeitamente previsível, porém, apenas congestiona a máquina judiciária. A demanda inútil consome muitos recursos humanos e financeiros dos órgãos judicantes sem qualquer resultado prático mais relevante, salvo o interesse daqueles que litigam, principalmente os devedores contumazes dotados de grande poderio econômico capaz de sustentar a movimentação de tantas causas. Os recursos especial, extraordinário e de revista são recursos de natureza *excepcional* e não se prestam ao amplo reexame da causa, porém acabam por se tornar, na prática, meios de novas apelações ou novos agravos.

(...)

O que acontece nos dias atuais, e que não parece fazer mais nenhum sentido, é um Tribunal cuja maior missão é a unificação do entendimento do direito laboral permanecer reapreciando continuamente questões idênticas, aos milhares, dia após dia, quando a imensa maioria das questões apreciadas já se encontram pacificadas. Ou seja, a jurisdição extraordinária do Tribunal Superior do Trabalho vem se transformando em mais uma instância ordinária além dos regionais. Quando se verifica a interposição de milhares de recursos de revista buscando revolver matéria fática, ou mesmo pretendendo rediscutir decisões que se encontram

litigância de má-fé de qualquer das partes. Veja-se ainda: GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada – controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 33-40, para uma exposição aprofundada, à luz do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e da garantia do direito de ação constitucionalmente consagrados, da contribuição doutrinária do processualista italiano Ítalo Andolina sobre o conceito de *dano marginal por indução processual* (o qual, em síntese, é aquele diretamente causado pela própria duração normal e inevitável do processo e que constitui o tipo especial de *periculum in mora* que a tutela cautelar – aí também incluídas as medidas antecipatórias – foi concebida para enfrentar).

DOCTRINA

consoantes com matéria sumulada, verifica-se que o instrumento recursal extraordinário passa a ser uma etapa corriqueira dentro de um processo, principalmente na mentalidade dos grandes litigantes. E pouca efetividade é obtida nos rigorosos exames de admissibilidade pelos regionais, quando quase toda a movimentação recursal reproduz-se na apreciação dos respectivos agravos.

Consome-se um precioso tempo e diversos recursos de toda ordem reexaminando causas cujo entendimento jurídico já se encontra firmado, ou mesmo incabíveis para aquela fase processual. Tais recursos poderiam ser melhor aproveitados no exame das causas mais recentes e controvertidas, e que muitas vezes dependem de exame extremamente mais aprofundado. Ou seja, esta cultura recursal, muitas vezes fundada na geração de demanda recursal inútil, visando o proveito de poucos, é totalmente inadequada à própria finalidade do Tribunal Superior do Trabalho, cujo profícuo trabalho deva ser melhor aproveitado em favor de todos os jurisdicionados de uma nação de dimensão continental.”²⁰

Vive-se hoje, portanto, uma situação paradoxal: de um lado, o sistema judiciário (composto, essencialmente, pela Justiça Comum Estadual, pela Justiça Federal e pela Justiça do Trabalho) mostra-se incapaz de absorver o crescente número de processos anualmente ajuizados, de modo a dar-lhes solução de mérito que assegure, à parte que tem razão, a tutela jurisdicional efetiva e célere que lhe é constitucionalmente prometida – nesse estado de coisas, a consequência é natural e inevitável: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é, necessariamente, uma Justiça lenta e de baixa qualidade; de outro lado, é também notória a existência de importantes *vazios de tutela*, em que as dificuldades de acesso aos serviços judiciais por setores desassistidos e carentes da população inibem a realização da plena cidadania²¹.

20 LIMA, Firmino Alves. A Lei n. 13.015/2014 como introdutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 131-132.

21 Como bem observa Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, “a ausência de conhecimento dos direitos e a crise de legitimidade vivida pelo Judiciário impedem que um grande percentual da população utilize a justiça estatal para a solução de conflitos vivenciados no cotidiano, procurando resolver os litígios por meio de mecanismos informais. Há, entretanto, setores que usufruem em excesso da justiça oficial, o que explica o aumento de demanda” (A súmula vinculante sob a ótica dos juizes de 1ª instância: um estudo exploratório. In: PESSÓA, Leonel Cesarino [Org.]. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007. p. 95).

Também na esfera trabalhista é bem conhecida a atuação dos denominados *litigantes habituais*²², que correspondem aos empregadores e tomadores de serviços que, de forma deliberada, sistemática e generalizada, adotam uma postura de não quitar os mais elementares direitos e obrigações trabalhistas em relação à totalidade ou à grande maioria dos trabalhadores que lhes prestam serviço (gerando as chamadas *lesões em massa*) e que, em consequência, figuram como reclamados na maior parte das ações trabalhistas ajuizadas nesta Justiça Especial.

Na mesma linha, o i. magistrado trabalhista Marcos Neves Fava aponta, dentre as diferentes espécies de direitos que são tradicionalmente objeto da atuação da Justiça do Trabalho brasileira através de dissídios individuais, o grupo dos direitos trabalhistas comuns, que denomina de *direitos-organismo*, e que, violados em massa por ato único do mesmo empregador, correspondem a um elevado número de trabalhadores interessados. Em razão dessa afronta generalizada, metódica e cotidiana ao ordenamento trabalhista, a proteção exclusivamente individual redonda ineficaz, como demonstra o crescente número de reclamações trabalhistas idênticas contra o mesmo reclamado, sem que isso provoque a correspondente inibição do descumprimento legal²³.

A ciência processual mais autorizada²⁴ tem ultimamente acentuado que este quadro de asoberbamento do Poder Judiciário é o resultado de três tipos de litigiosidade: (a) *individual ou “de varejo”*: envolvendo lesões e ameaças a

22 Para o conceito de *litigantes habituais*, consulte-se: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 25 e ss. e 132 e ss.; GALANTER. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal changes (Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias). *Law and Society Review*, v. 9, 1974, p. 95; e PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n. 02, 2001, p. 151-162; e In: *Trabalhos da Escola Judicial do TRT da Terceira Região*, 2001, Belo Horizonte. *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região*. Belo Horizonte: Escola Judicial do TRT da 3ª Região, 2001, p. 305-334.

23 Sobre esse terceiro grupo de direitos trabalhistas observa ele, de forma irresponsável, que “a pulverização da luta contra a violação sistêmica do ordenamento em reclamações individuais não resulta profícua, porque possibilita uma cruel matemática: do total de descumprimentos perpetrados, apenas uma parcela deságua em reclamação trabalhista, em regra dos já demitidos, e desta, grande parte dos trabalhadores acaba por aceitar acordo para recebimento parcial de seus créditos. O efeito da equação estimula a manutenção dos descumprimentos, alijando o quadro protetivo e banalizando a interferência jurisdicional” (FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 58-62).

24 THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, nov. 2010, p. 24.

direito isoladas, e para as quais tanto o estudo e a dogmática quanto os sistemas judiciários tradicionais foram construídos e desenvolvidos; (b) *a litigiosidade coletiva*: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (Ministério Público, associações representativas, entidades sindicais, etc.); e (c) *a litigiosidade em massa ou de alta intensidade*: que dá margem à propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base *pretensões isomórficas*, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.

Como é evidente, a grande causa da crescente explosão de demandas, nos últimos anos, em nosso país, não está ligada aos dois primeiros tipos de litígios acima citados, já que as controvérsias individuais de caráter meramente eventual nunca atingiram um número capaz de ameaçar a funcionalidade dos sistemas judiciários que, desde o apogeu do liberalismo, foram concebidos exatamente para solucioná-las. De outra parte, as ações que envolvem direitos coletivos e difusos (de natureza indivisível e não individualizável, por natureza) são, por definição, em pequeno número (embora de grande repercussão social). A verdadeira causa da explosão do número de processos verificada no Judiciário brasileiro, nas últimas décadas, está, sem sombra de dúvida, no desvio dos denominados *litígios em massa* para o inadequado canal das demandas e processos individuais, canal esse que é incapaz, por natureza, de dar uma resposta célere, efetiva e adequada para as lesões repetitivas aos denominados *direitos individuais homogêneos* que constituem o seu objeto²⁵ e que só o novo e alternativo canal processual das ações coletivas ou metaindividuais é capaz de proporcionar²⁶.

E qual é a razão fundamental de um número tão elevado de dissídios trabalhistas no Brasil, muito maior do que o verificado nos países mais desen-

25 E que, na concisa e acertada dicção do inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), são “os decorrentes de *origem comum*”.

26 Sobre as transformações estruturais das sociedades de massa contemporâneas, a coletivização de seus conflitos e a necessidade de superação do modelo individualista do processo civil liberal pela construção de um modelo processual alternativo destinado a concretizar o *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional* e a implantar um sistema de *processo justo e equo*, baseado em princípios e em técnicas procedimentais muito diferentes (dentre as quais assume papel central o denominado *microsistema de tutela jurisdicional coletiva ou metaindividual*), consulte-se o nosso trabalho “A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional”, publicado na obra coletiva *Tutela metaindividual trabalhista - a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; e FERNANDES, Nadia Soraggi (Coord.). São Paulo: LTr, 2009, p. 9-50. No mesmo sentido, consulte-se também: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Proteção coletiva aos direitos trabalhistas*. *Revista trabalhista - direito e processo - Anamatra*, São Paulo: LTr, v. 35, nov. 2010, p. 72-86.

volvidos e mesmo em países de estágio de desenvolvimento econômico, humano e social equivalentes ao nosso? Alguns ilustres autores e especialistas apontam como causas do problema a tendência cultural, que atribuem aos brasileiros, de recorrer sempre ao Estado-juiz para a solução de seus conflitos intersubjetivos de interesses (em contraposição à tendência hoje predominante em outros países desenvolvidos, especialmente nos países anglo-saxões, de resolver esses conflitos pelas vias da negociação coletiva, da conciliação extrajudicial e da arbitragem), bem como o que consideram uma exagerada intervenção do Estado nas relações laborais, consubstanciada em normas trabalhistas de origem estatal que, a seu ver, pecariam por ser excessivamente complexas, abrangentes e detalhadas (o que, por sua vez, aumentaria artificialmente o número de controvérsias e inibiria a solução desses conflitos pelas vias da transação individual e coletiva)²⁷. No entanto, não nos parecem ser essas as causas fundamentais do número excessivo de demandas trabalhistas hoje em curso entre nós.

Embora deva ser reconhecida a conveniência da implantação de mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas de intensidade e de complexidade menores (para cuja solução afigura-se mesmo desnecessária, *a priori*, a intervenção do Estado-juiz), bem como a utilidade de racionalizar e modernizar as normas legais trabalhistas para tornar clara e incontestável, para todos os interessados, a vontade concreta da lei no campo das relações laborais (eliminando controvérsias desnecessárias na interpretação das normas legais e coletivas que disciplinam essas relações), não nos parece que a solução desses problemas seria suficiente para diminuir, na proporção necessária, o enorme número de ações trabalhistas em nosso país. O verdadeiro problema, pura e simplesmente, é que o direito material trabalhista brasileiro tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos, muito menor do que qualquer ordenamento jurídico admite como tolerável²⁸.

27 Esses críticos também apontam como uma consequência indesejável desse estado de coisas o que consideram o custo excessivo da utilização da Justiça do Trabalho para a solução dos litígios trabalhistas. No entanto, desconsideram eles, *data venia*, que a prestação de tutela jurisdicional trabalhista é *serviço público essencial*, e como tal expressão de direito e garantia fundamentais, constitucionalmente assegurados a todos os jurisdicionados que dele necessitem e que, por isso mesmo, não deve necessariamente, dar lucro, nem mesmo ser autossustentável financeiramente. Ademais, essa crítica ignora, indevidamente, a relevante circunstância de que, hoje, nem sequer se pode mais afirmar que a Justiça do Trabalho é, em si mesma, deficitária, em virtude da expressiva arrecadação resultante de sua competência para a execução *de ofício* das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças por ela proferidas (e das conciliações a elas legalmente equiparadas, nos termos do parágrafo único do art. 831 da CLT), atribuída pelo § 3º do art. 114 da Constituição da República.

28 Todo e qualquer sistema jurídico só será operacional e funcional se as normas jurídicas que o integrarem forem, em sua grande maioria, espontaneamente observadas por seus destinatários. O i. constitucionalista Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática*

Nessa perspectiva, é fácil concluir que chega a ser elementar a causa fundamental de tão elevado número de litígios trabalhistas (sendo relevante observar que sua grande maioria termina, na fase de cognição, com uma sentença de procedência integral ou parcial dos pedidos iniciais do reclamante): é que, no Brasil, as normas materiais trabalhistas deixam de ser cumpridas espontaneamente por seus destinatários em frequência muito maior do que seria razoável em qualquer sociedade capitalista do século XXI. Isso obriga os beneficiários dos direitos por elas instituídos a escolher entre conformar-se pura e simplesmente com essa lesão (o que, como é de conhecimento geral, costuma ocorrer em boa parte dos casos, caracterizando o fenômeno que os processualistas contemporâneos denominam de *litigiosidade contida*) ou recorrer ao Judiciário trabalhista, em busca da tutela jurisdicional a todos constitucionalmente prometida, como contrapartida da proibição estatal da autotutela. Deve-se concluir, portanto, que o número excessivo de reclamações trabalhistas é simples efeito, e não a verdadeira causa do problema.

As empresas razoavelmente organizadas sempre fazem uma análise global da relação custo-benefício, sabendo muito bem quando lhes convém, ou não, cumprir a lei trabalhista²⁹. Isso não ocorre apenas em nosso país: nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais, certamente, operam e atuam movidos por objetivos similares e a partir de considerações da mesma natureza. A diferença fundamental é que lá, em última análise, é mais vantajoso (ou melhor, menos desvantajoso) para os empregadores, como regra habitual de conduta, cumprir a legislação trabalhista do que descumpri-la. Essa é, a nosso ver, a questão essencial.

constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 239-240) nos adverte exatamente para isto:

“De regra, como já referido, um preceito legal é observado voluntariamente. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia ‘racional ou intelectual’, por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas essa é a exceção. Como bem intuiu André Hauriou, se não houvesse, em grande parte, uma obediência espontânea, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível.”

- 29 O que, embora insustentável do ponto de vista jurídico, é até compreensível na estrita ótica empresarial, movida essencialmente por considerações de natureza econômica e administrativa, com vistas à maximização da citada *relação custo-benefício*. A responsabilidade maior pela manutenção desse lamentável estado das coisas, evidentemente, é daqueles operadores do direito que, tendo ou devendo ter noção disso, nada fazem para inverter essa equação, de modo a tornar essa relação desvantajosa na prática, mediante a plena e efetiva aplicação das normas jurídicas materiais em vigor, com a rigorosa aplicação de todas as sanções materiais e processuais legalmente previstas para a hipótese de seu descumprimento.

Como já afirmamos reiteradamente em trabalhos anteriores³⁰, hoje, o verdadeiro problema do direito do trabalho no Brasil é a *falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista* (que torna extremamente vantajoso do ponto de vista econômico, para grande número de empregadores, descumprir, de forma deliberada e massiva, as mais elementares obrigações trabalhistas), criando, por uma decisão estratégica empresarial, uma verdadeira *cultura do inadimplemento*, em flagrante concorrência desleal com a parcela ainda significativa dos empregadores que cumprem rigorosamente suas obrigações trabalhistas, legais e convencionais³¹.

- 30 PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*, op. cit., p. 340-343; *Revista do TRT da 15ª Região*, São Paulo: LTr, n. 24, jun. 2004, p. 201-202 e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 6, ns. 11 e 12, 1 e 2 semestre de 2003, p. 102-104; A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*, op. cit., p. 25-26; e A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 22-24.

No mesmo sentido, veja-se ainda: PIMENTA, José Roberto Freire; PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais. In: ÁVILA, Ana; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). *Mundo do trabalho – atualidades, desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2014. p. 247-254.

- 31 Esse grave estado de coisas foi analisado pioneiramente na doutrina brasileira por Antônio Álvares da Silva, em seu trabalho “A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil” (In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 256-258), no qual disse, com lucidez e precisão, a respeito das normas materiais trabalhistas: “se estas normas não são cumpridas e se o Estado, que prometera a prestação jurisdicional, não as faz cumprir, há um colapso, embora parcial, da incidência do ordenamento jurídico”. E completava: “Se a incidência não se opera, mutilam-se a vigência e a eficácia. A lei se transforma num ente inoperante que, embora existente e reconhecido para reger o fato controvertido, nele não incide em virtude da omissão estatal”. O resultado da inefetividade da tutela jurisdicional é por ele bem apontado:

“Cria-se na sociedade a *síndrome da obrigação não cumprida*, revertendo-se a valoração das normas de conduta: quem se beneficia das leis é o que as descumpre, e não o titular do direito. Quem procura justiça sofre a injustiça, pois o *lapsus temporis* que se forma entre o direito e o seu exercício, entre o fato jurídico e a fruição de suas vantagens pelo titular, beneficia o sonegador da obrigação que, escudado na demora, não cumpre a obrigação jurídica.

A lesão é múltipla e afeta o próprio conceito de ordem jurídica eficaz, ou seja, a crença, por parte dos cidadãos, de que a vida social se rege efetivamente pelas regras vigentes, podendo tanto o Estado quanto os indivíduos programarem por elas suas condutas no relacionamento social.”

É preciso também reconhecer, por outro lado, como também temos frequentemente ressaltado em palestras e aulas proferidas, que essa situação de baixo índice de cumprimento das normas materiais, no Brasil, não é exclusiva da esfera trabalhista: é notório, no campo do direito penal, o baixo índice de solução dos crimes de homicídio ou o grande número de mandados de prisão não cumpridos; no campo do direito tributário, é também muito elevada a evasão fiscal, em suas múltiplas formas; no direito empresarial, o fenômeno do denominado “caixa dois” é recorrente, com suas variadas e ilícitas consequências; o cancro da corrupção, nas esferas pública e privada, é uma mazela que só agora começa a ser desvendada, em suas lamentáveis e multifacéticas manifestações. Ou seja, o fenômeno do descumprimento consciente e generalizado das normas constitucionais, legais e administrativas em

Quanto mais efetiva a máquina jurisdicional, menos ela vai ter que atuar concretamente, no futuro ou a médio prazo. Simetricamente, quanto mais os destinatários das normas jurídicas souberem que só lhes resta cumprir a lei, por absoluta falta de melhor alternativa, menos será necessário o acionamento da máquina jurisdicional e maiores eficácia e efetividade terão as normas jurídicas materiais. Essa é, portanto, a perspectiva final com a qual os operadores do direito em geral, mas especialmente os que exercem a função jurisdicional do Estado, têm que trabalhar.

Repita-se, à guisa de conclusão parcial: quanto mais eficaz for a jurisdição, menos ela terá que ser acionada. Enquanto o direito processual do trabalho e o Poder Judiciário trabalhista não forem capazes de tornar antieconômico o descumprimento rotineiro, massificado e reiterado das normas materiais trabalhistas, os Juízes do Trabalho de todos os graus de jurisdição continuarão sufocados e angustiados pela avalanche de processos individuais, repetitivos e inefetivos.

Se o excessivo número de reclamações trabalhistas é negativo na ótica do próprio Poder Judiciário trabalhista, como demonstrado, é ele ainda mais pernicioso na perspectiva dos jurisdicionados em geral e, especialmente, dos trabalhadores assalariados para os quais esse ramo especial da Justiça foi instituído. Na perspectiva desses *consumidores da tutela jurisdicional trabalhista*³², é ainda mais chocante o contraste entre o conteúdo dos arts. 6º a 11 da Constituição de 1988, que compõem o Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) de seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) e a dura realidade nacional por eles vivida e noticiada pelos meios de comunicação de massa.

Por outro lado, o próprio conteúdo dos dissídios individuais que tramitam na Justiça do Trabalho, nos dias de hoje, tem exigido particular cuidado por parte dos operadores do direito. De um lado, o papel central que assumem as normas-princípio em todos os sistemas jurídicos na atual fase pós-positivista e a implantação do Estado Democrático de Direito no Brasil, a partir do final da década de 80 do século passado, fizeram crescer a consciência de que, mesmo os

nosso país sem que, em consequência, se desencadeie a pronta e integral resposta sancionatória legal que o torne desvantajoso para quem o pratica tem raízes históricas, culturais, econômicas e jurídicas bem mais profundas e ainda clama por um enfrentamento mais intenso e efetivo do Estado Democrático de Direito que, a duras penas, ainda se tenta construir e concretizar nas últimas décadas.

32 A adoção preferencial da perspectiva dos *consumidores do serviço jurisdicional* é preconizada pelos mais autorizados processualistas do nosso tempo, a partir da ideia fundamental, expressivamente proclamada por Mauro Cappelletti, de que “o direito e o Estado devem ser vistos por aquilo que são – ou seja, vistos como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não o contrário” (conforme o seu artigo “Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1982, p. 243-245).

cada vez mais numerosos processos que versam sobre os direitos trabalhistas tradicionais, sistematicamente descumpridos no âmbito dos contratos individuais do trabalho, têm, como seu objeto, verdadeiros *direitos fundamentais sociais*³³, cujas aparentes natureza patrimonial e expressão meramente pecuniária ocultam, na maioria dos casos, *sua função essencialmente extrapatrimonial* de assegurar ao trabalhador e a seus familiares condições dignas de vida e de subsistência. Se esses direitos trabalhistas, rotineiramente objeto das numerosas e repetitivas reclamações trabalhistas individuais (descumpridos pelo mesmo empregador ou tomador de serviços e *decorrentes de origem comum*, configurando típico exemplo de *direitos individuais homogêneos*), possuem, na verdade, *estatura e função constitucionais*, devem, por isso mesmo, ser beneficiados por uma *tutela jurisdicional diferenciada pela via metaindividual* e, ao mesmo tempo, contar com a eficácia e a proteção especiais que são, a um só tempo, atributo e exigência das normas constitucionais em geral, mesmo nas relações entre particulares (configurando sua concretização plena, específica e em tempo oportuno, na esfera judicial, a um só tempo, exigência e decorrência direta da denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*)³⁴.

É nessa ótica que a atuação concreta da jurisdição trabalhista ganha um significado maior: o conteúdo e o resultado das conciliações e das sentenças

33 Sobre os direitos fundamentais em geral e especificamente sobre os direitos sociais como direitos fundamentais de segunda dimensão, consultem-se: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51-71, esp. p. 57-62; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 514-531, esp. p. 518-519 e 530-531; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43-68, esp. p. 56-58; MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 166-199; e MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e reforma trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2003. p. 37-55.

34 Sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (a denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*), vejam-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 398-406; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, *op. cit.*, p. 246-281; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 431-497; e Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 119-192; SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, *op. cit.*, p. 193-284; e MARI-NONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 169-175.

Sobre os direitos fundamentais especificamente na esfera trabalhista, consultem-se: SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 11, nov. 2005, p. 1.287-1.303; DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 06, jun. 2006, p. 657-667; e DELGADO, Gabriela Neves. A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. *Revista LTr*, v. 72, n. 05, maio 2008, p. 563-569.

da Justiça do Trabalho, bem como de suas respectivas execuções, exercem um profundo impacto na aplicação prática do direito material em vigor. Pode-se mesmo afirmar que, se significativa parcela dos destinatários da legislação trabalhista não a cumpre espontaneamente e a tanto não é obrigada pelo Estado-Juiz, o verdadeiro patamar mínimo dos direitos sociais praticados na sociedade brasileira não será aquele idealmente estabelecido na Constituição e nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), mas sim aquele que decorrer do resultado da atuação (ou da não atuação efetiva) do Poder Judiciário trabalhista³⁵. Pode-se assim concluir, desde logo, que a própria existência do direito material, entendida não como mera previsão abstrata de situações da vida, mas como proteção real e concreta dos interesses tutelados, depende da efetividade do direito processual e da atividade jurisdicional para proporcionar a satisfação específica dele³⁶.

35 Isto é, nada mais nada menos, a demonstração prática da constatação pacífica entre os mais atualizados processualistas contemporâneos, de que a própria existência do direito subjetivo material depende da existência de normas processuais e de um aparato jurisdicional capazes de assegurar sua plena, oportuna e específica fruição por seus titulares, mesmo e especialmente nos casos de não cumprimento espontâneo da norma que o instituiu pelo sujeito que essa mesma norma incumbiu de reconhecê-lo ou de prestá-lo. Isso, aliás, já é absolutamente pacífico nos sistemas processuais dos países filiados à família jurídica do *common law*. Neles, há muito se proclama, sem divergências, que não se pode, verdadeiramente, falar da existência de direitos materiais sem os remédios processuais capazes de assegurá-los contra lesões ou ameaças de lesão – ideia expressa no brocardo *no remedies, no rights*, corrente naqueles sistemas. A esse respeito, Cappelletti e Garth citam I. H. Jacob, que afirma que “são as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos” (*Access to justice in England*, seção VI A-D do volume original do Projeto de Florença *apud* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, *op. cit.*, p. 35 e 69, notas 69 e 140).

36 Já é pacífico, na doutrina mais autorizada, que a simples consagração dos direitos materiais no plano legislativo é insuficiente para assegurar resultados positivos reais a seus beneficiários. Cappelletti e Garth observam que “para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, tem sido muito difícil tornar os direitos efetivos”, citando, a seguir, esta incisiva observação do professor norte-americano Marc Galanter (In: *Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal changes* [Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias]. *Law and Society Review*, v. 9, 1974, p. 149 *apud* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, *op. cit.*, p. 68, texto e nota 138):

“O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens.”

Citam eles ainda a manifestação igualmente crítica de um dos principais centros da Inglaterra de representação judicial dos titulares dos direitos sociais e dos interesses difusos (o Brent Community Law Center de Londres), de que “o problema de (...) execução das leis que se destinam a proteger e beneficiar as camadas menos afortunadas da sociedade é geral”, concluindo, de forma crítica, que:

“Tão grande é o problema e tão fraca a resposta do Governo que é de se questionar se vale a pena continuar fazendo essas leis, uma vez que, como no presente, elas continuarão a ser desrespeitadas. Nessas circunstâncias somos levados a duvidar de que tais leis pretendam ser mais que elaborados exercícios de relações públicas.” (Brent Community Law Center, *First Annual Report*, London, 1975, p. 30 *apud* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, *op. cit.*, p. 69, texto e nota 139)

DOCTRINA

Reitere-se: na medida em que a própria aplicação do direito material pelos tribunais de determinada sociedade (por meio das sentenças ou das conciliações celebradas em juízo) coincidir o mais possível com o conteúdo pleno das normas constitucionais e legais correspondentes, tornar-se-á ela, além de mecanismo de justa pacificação daquele conflito específico que foi submetido à apreciação e ao julgamento do Estado-juiz, também um poderoso instrumento de indução do futuro cumprimento espontâneo das normas por seus destinatários, na perspectiva mais geral da sociedade em que eles estão inseridos. Infelizmente, não é isso que se verifica hoje no dia a dia das relações trabalhistas brasileiras.

As consequências negativas desse estado de coisas transcendem a esfera puramente trabalhista, para chegar ao campo do direito constitucional. Em uma perspectiva mais ampla, paralela e não excludente, enquanto o direito processual e o Poder Judiciário trabalhista não forem capazes de assegurar o cumprimento dos desígnios da Constituição democrática de 1988 (seja em seus princípios, seja em seus capítulos dos direitos sociais fundamentais e da ordem econômica e social) e do direito material do trabalho, os direitos fundamentais de natureza social (os *direitos humanos de segunda geração*, assim chamados desde os já distantes idos do início do século XX) continuarão não passando, na prática, de meras promessas feitas por legisladores (alguns bem intencionados e outros nem tanto) às grandes massas de despossuídos.

Essa situação, por sua vez, configurará a existência de duas *ofensas constitucionais* que se interpenetram: em primeiro lugar, no campo do direito material, uma grave e direta violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo flagrante desrespeito *a seus direitos sociais constitucionalmente assegurados*; em segundo lugar e ao mesmo tempo, na esfera do direito processual, uma não menos grave afronta ao *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, assegurado a todos os jurisdicionados em contrapartida à genérica proibição estatal da autotutela.

A respeito do direito fundamental dos litigantes à efetividade da jurisdição é lapidar o ensinamento de Teori Albino Zavascki, nos seguintes termos:

“Sob a denominação de *direito à efetividade da jurisdição*, queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão para propiciar ao litigante vitorioso a concretização *fática* da sua vitória. O Estado,

monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto seja possível – a ocorrência de vitórias de Pirro. Em outras palavras: *o dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar um castigo*. Pelo contrário: deve ter como contrapartida necessária o dever do Estado de garantir a utilidade da sentença, a aptidão dela para garantir, em caso de vitória, a efetiva e prática concretização da tutela.

E não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se que seja também expedita, pois que é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, ‘sem dilações indevidas’.

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.³⁷

Repita-se, com todas as letras: a incapacidade da Justiça do Trabalho de, por sua atuação concreta e, principalmente, pela simples possibilidade de sua atuação, induzir o cumprimento espontâneo das normas trabalhistas pelos empregadores em prol de seus empregados, além de contribuir para seu crescente congestionamento, tem um efeito mais amplo, mais profundo e, conseqüentemente, mais grave, configurando clássico *círculo vicioso*: os direitos humanos de segunda geração (ou os direitos sociais constitucionalmente assegurados), assim como os demais direitos abstratamente consagrados nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), são reduzidos à triste condição de meras promessas demagógicas feitas pelos legisladores às grandes massas, caracterizando aquilo que os constitucionalistas da atualidade, como por exemplo Luís Roberto Barroso³⁸, têm incisivamente denominado de *hipocrisia constitucional e legal*³⁹.

37 ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 146-147; e In: *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 64.

38 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 280.

39 Este fenômeno, que consiste na criação e na ampliação de direitos materiais apenas no campo legislativo, mas desacompanhadas da paralela e indispensável instituição de garantias e de mecanismos instrumentais capazes de assegurar aos seus titulares a fruição dos correspondentes bens da vida, nos casos de seu não cumprimento espontâneo, pelos destinatários dos comandos normativos, é também

Assim, e como já se referiu anteriormente, ao contrário dos Estados em que a ameaça do processo judicial implica uma ameaça real do autor contra o réu, isto aqui não acontece. Os processos demoram, e é certo que o aumento do tempo de tramitação processual somente favorece aquele que não tem razão.

OS LITÍGIOS TRABALHISTAS EM MASSA E O NOVO PAPEL DO JUIZ NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS DE MASSAS CONTEMPORÂNEAS. A INCERTEZA DO VERDADEIRO SENTIDO DAS NORMAS MATERIAIS TRABALHISTAS CAUSADA PELA INSTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

Há, no entanto, um outro fator importantíssimo que, nos últimos anos, tem contribuído de forma decisiva para o fenômeno, que se acabou de descrever, de enfraquecimento da efetividade das normas materiais do trabalho em nosso país: a instabilidade da jurisprudência a respeito do real sentido dessas normas, que se reflete na enorme variação do conteúdo das milhares de decisões judiciais sobre casos essencialmente iguais, quanto às questões de direito que constituem o seu objeto.

É preciso, em primeiro lugar, reconhecer que, a continuar prevalecendo a concepção tradicional sobre o papel apenas persuasivo da jurisprudência (em que não se atribui nenhuma força vinculante aos precedentes judiciais dos Tribunais Superiores que versam sobre determinada matéria em discussão), não serão os magistrados prolocutores dessas múltiplas e diferentes decisões, em milhares de dissídios individuais repetitivos, os primeiros e verdadeiros responsáveis por esse verdadeiro estilhaçamento do conteúdo do direito material neles controvertido. Ao contrário, esse resultado é absolutamente natural e até mesmo inevitável, na medida em que cada um dos julgadores de cada uma dessas causas individuais se sente absolutamente livre para julgar as mesmas questões de direito neles controvertidas no sentido que lhes parecer o melhor, de acordo com o princípio que lhes assegura o exercício de seu livre-convencimento motivado (que a doutrina e a jurisprudência tradicionais sempre extraíram, até hoje, da dicção clássica do art. 131 do Código de Processo Civil de 1973⁴⁰).

conhecido na doutrina como a busca da *legitimação pela mera promessa*. Cappelletti e Garth citam manifestação do professor norte-americano Handler, de que “símbolos (tais como [...] novas leis) são utilizados pelos adversários para pacificar grupos dissidentes, dando-lhes a sensação de que cumpriram seus objetivos, quando, de fato, resultados mais tangíveis são retardados” (*Acesso à justiça, op. cit.*, p. 68, nota 138).

40 “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

DOCTRINA

Por outro lado, é necessário também repelir, por absolutamente incorreta e ultrapassada, a acusação de que essa excessiva variação de entendimentos dos magistrados em cada um desses processos repetitivos a respeito da mesma questão decorreria da manifestação abusiva de seu *ativismo judicial*, o qual os levaria a ultrapassar os limites estabelecidos pelas normas constitucionais e legais editadas pelo Poder Legislativo e a exercer, indevidamente, verdadeiro e arbitrário poder legiferante em suas decisões judiciais, com manifesta afronta aos princípios da separação de poderes e da legalidade constitucionalmente consagrados.

Cumprido perceber, antes de tudo, que o juiz dos dias atuais, mesmo nos países que, como o Brasil, filiam-se aos sistemas romano-germânicos de direito⁴¹, não é mais e nem pode ser o juiz do Estado Liberal de Direito, construído a partir das concepções e dos dogmas nascidos da Revolução Francesa. Ele é, hoje, um juiz *concretizador da Constituição* e do Estado Democrático de Direito, que tem que aplicar diretamente as normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais e que, ao aplicar as leis, tem que partir das normas constitucionais (em boa parte *normas-princípio*) dotadas de maior generalidade e abstração que as normas-regra do período liberal das codificações, tendo, cada vez mais, que preencher as *cláusulas gerais* e os *conceitos jurídicos indeterminados* presentes nas próprias normas infraconstitucionais, ao decidir cada caso concreto à luz das circunstâncias fáticas a ele peculiares. Em suma, o novo juiz passa a ocupar papel de especial relevância dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito e, ademais, a ele caberá a função de adequar a lei ao caso concreto, humanizando o seu preceito genérico e impessoal.

Como se sabe, e foi magistralmente exposto por Luiz Guilherme Marinoni⁴², os ordenamentos jurídicos implantados na Europa Continental do século XIX, após o triunfo das revoluções liberais, expressaram a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo e a colocação, no centro de sua dogmática, das leis escritas que, uma vez aprovadas pelos representantes do povo congregados em seu Poder Legislativo, representariam, com exclusividade, a vontade geral da nação. Isso, por sua vez, implicou o predomínio da Escola da Exegese no campo da interpretação das normas jurídicas e no movimento em prol da Codificação, com base na pretensão de, através da promulgação

41 Sobre a distinção entre os sistemas romano-germânicos de direito (ou sistemas de *civil law*) e os sistemas anglo-americanos de direito (ou sistemas de *common law*), vejam-se: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33-142 (para os primeiros) e p. 353-508 (para os últimos) e, como um todo, SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 30-58.

de Códigos abrangentes, regular todas as situações conflitivas em uma dada sociedade, contendo sistemas legislativos claros, coerentes e completos, que prescindiriam e até repeliriam o recurso a princípios que necessitassem de ulterior interpretação ou a conceitos flexíveis, de significado aberto e tidos como duvidosos.

Uma das mais importantes e inevitáveis consequências desse conjunto de concepções liberais foi conferir o poder de criar o direito exclusivamente ao Poder Legislativo e a limitar o Poder Judiciário ao exercício de uma atividade puramente intelectual e cognitiva ao julgar os conflitos intersubjetivos de interesses, que não poderia produzir, nem como necessário desdobramento da interpretação e da aplicação das leis indispensável para sua atividade judicante, quaisquer “direitos novos”. Para a clássica concepção de Montesquieu, o julgamento não poderia ser “mais do que um texto exato da lei”, concluindo, em palavras que até hoje são repetidas, que o juiz deveria ser apenas a *bouche de la loi* (isto é, a boca da lei), ou seja, um juiz passivo e sem qualquer poder criativo ou de *imperium*⁴³. Chegou-se ao extremo de, em alguns desses ordenamentos e em nome da segurança jurídica, tentar-se, por lei, proibir expressamente os juízes de interpretar as leis.

A própria história dos séculos XIX e XX, no entanto, especialmente a partir da crise do liberalismo desencadeada pela catástrofe que foi a Primeira Guerra Mundial, ensejou a gradual mas indiscutível superação definitiva desse conjunto de ideias. A expansão das ideias democráticas (com a adoção progressiva do sufrágio universal em detrimento do liberalismo elitista, excludente e censitário dos primórdios dos estados liberais) e a adoção do sistema de partidos políticos (muitas vezes representando programas e ideologias contrastantes, alguns com pretensões totalizantes e outros declaradamente setorizados e clasistas), o surgimento e o predomínio do *neoconstitucionalismo* principiológico e social (de conteúdo democrático e voltado para a concretização dos direitos fundamentais das várias dimensões, mediante a consagração do princípio da supremacia real das Constituições sobre os Códigos) e o abandono da ilusão codificadora em prol da adoção de cada vez mais numerosos *microssistemas propiciadores de tutela material e processual diferenciada* em áreas restritas, mas estratégicas⁴⁴, em busca do avanço econômico e social (de que são expressivos exemplos o próprio direito do trabalho, o direito ambiental e o direito

43 MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 158 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 54, nota 69.

44 Fenômeno que teve uma de suas primeiras manifestações, ao final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, na consolidação do direito do trabalho como ramo autônomo do direito, desgarrando-se do tronco do direito civil.

dos consumidores), fizeram surgir uma nova e dinâmica realidade normativa, correspondente ao progressivo surgimento das sociedades democráticas de massas pós-industriais e pós-modernas, que caracterizam, com a denominada revolução digital ainda em curso, esse início do século XXI.

Após o final da Segunda Guerra Mundial, assistiu-se ao gradativo predomínio do denominado *pós-positivismo*, depois da derrota da barbárie nazifascista que, a partir da década de 20 do século XX, havia tentado implantar, com a aparência de legalidade e diante da impotência positivista para enfrentá-la, um sistema político, ideológico e jurídico que, em nome de uma modernidade degenerada e de um *darwinismo social* exacerbado, renegava todas as conquistas da civilização a partir do Iluminismo. O pós-positivismo, como se sabe, essencialmente consistiu em, sem abandonar as conquistas técnicas e civilizatórias do *positivismo jurídico* que o antecedeu, mas com a declarada intenção de trazer de volta para o campo do direito a sua dimensão valorativa, passar a considerar os *princípios* (constitucionais e legais) como verdadeiras *normas jurídicas* positivadoras daqueles valores (aptos, portanto, a serem aplicados de forma direta e imediata, sem a necessidade da intermediação de outras normas jurídicas que sejam *regras*) e em colocá-los no centro do sistema (atribuindo-se-lhes primazia na pirâmide normativa, retirando-os dos clássicos papéis meramente subsidiários que o positivismo jurídico lhes atribuía, como integradores do ordenamento jurídico e de orientadores da interpretação das regras jurídicas), tornando, desse modo, todo o conteúdo da Constituição verdadeiras *normas jurídicas*⁴⁵.

Com isso, as novas Constituições pós-positivistas do segundo pós-guerra passaram a ocupar, verdadeiramente, o centro dogmático do sistema jurídico, com a consagração do princípio de hermenêutica constitucional da *supremacia da Constituição*: as leis só serão válidas se guardarem consonância com as regras e, principalmente, com os princípios constitucionais, cabendo ao juiz o dever de verificar, sempre, essa compatibilidade vertical⁴⁶.

45 Sobre a natureza de verdadeiras normas jurídicas e a primazia conferidas aos *princípios* pela moderna hermenêutica constitucional, vejam-se, entre outros: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional, op.cit.*, p. 236-240, 254, 263-265, 556-558; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 31-37 e 52; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21-43; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-72 e 113-125; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 165-180 e 183; BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio A. da; DEL NERO, Patrícia Aurélia (Edit.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: UFV, 2014 p. 27-61.

46 Note-se que os novos sistemas jurídicos pós-positivistas não pretendem ser compostos apenas por normas-princípio. É o que bem observa a respeito Humberto Ávila:

As normas constitucionais dessas novas Constituições passam a ser, ao mesmo tempo, extensas e até mesmo exaustivas em seu conteúdo (abrangendo de forma detalhada matérias que seriam estranhas à estatura e à finalidade constitucionais para a teoria constitucional do Estado Liberal de Direito), mas em boa parte principiológicas e abertas na tessitura e na estrutura de suas normas. Além disso, passam a ser Constituições que, no campo do direito material, consagram direitos fundamentais (que, além de operarem como verdadeiros direitos subjetivos daqueles seus titulares, também têm, simultaneamente, estrutura e função principiológicas, que se projetam por todo o sistema jurídico, por meio das denominadas *dimensão objetiva e eficácia vertical dos direitos fundamentais*⁴⁷) e, no campo do processo constitucional, instituem garantias instrumentais e procedimentais de sua efetivação. Tudo isto passa a exigir, evidentemente, uma nova hermenêutica constitucional (*concretizadora*) e um novo juiz.

O mesmo Luiz Guilherme Marinoni bem descreve esse fenômeno, de maneira exemplar:

“A noção de norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento, típica do direito da Revolução Francesa, não sobreviveu aos acontecimentos históricos. Entre outras coisas, vivenciou-se a experiência de que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça.

Assim, tornou-se necessário resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua conformação aos princípios da justiça. Esta ‘substância’ e estes ‘princípios’ foram infiltrados nas Constituições, que perderam os seus resquícios de flexibilidade para se tornarem ‘rígidas’, no sentido de não passíveis de modificação pela legislação ordinária. A Constituição é dotada de plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia, passando a se subordinar a ela.

“Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma.” (In: *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 147-148)

47 Sobre as dimensões objetiva e subjetiva e sobre a eficácia vertical dos direitos fundamentais, veja-se, por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 167-171.

DOCTRINA

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.”

Em outras palavras, o juiz que, por força da expressa dicção da própria Constituição⁴⁸, tem o dever de aplicar diretamente as normas constitucionais (como se sabe, de redação frequentemente muito mais genérica que a das leis ordinárias, positivadoras muitas vezes apenas de princípios, e não de regras, e que, embora diretamente aplicáveis, muitas vezes não têm seus comandos normativos incompletos colmatados pelas normas infraconstitucionais), vê-se em muitas ocasiões obrigado a completar o sentido das mesmas, de modo a lhes assegurar *o máximo rendimento possível*, em genuína atividade de *construção do direito*⁴⁹.

Paulo Bonavides, ao descrever esse método de concretização das normas constitucionais, e invocando o magistério de Konrad Hesse, ensina que o teor das normas constitucionais, de natureza hoje genérica, flexível e incompleta, só se completa no ato interpretativo do julgador. E esclarece que tal método possui três elementos básicos: a norma que se vai concretizar, a “compreensão prévia” do intérprete⁵⁰ e o problema concreto a resolver. Por isso mesmo, conclui que só no momento da aplicação da norma constitucional aberta e multidimensional é que o seu verdadeiro significado será *completado* pelo juiz, a partir dos valores por ela estabelecidos (na forma de *normas-princípio*) e diante das

48 No Brasil, o § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

49 Luís Roberto Barroso (In: *Interpretação e aplicação da Constituição...*, *op. cit.*, p. 103-104), depois de lembrar que a Constituição, por sua natureza, contém predominantemente normas de princípio ou esquema, com grande caráter de abstração, destinando-se a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto, apresenta a clássica distinção entre a mera *interpretação jurisdicional* das normas e a *sua construção*, formulada pelo consagrado constitucionalista norte-americano Cooley:

“Enquanto a interpretação (...) é arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma.”

50 Para o importantíssimo conceito da *pré-compreensão*, veja-se: COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. In: COELHO, Inocêncio Mártires et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 15-22; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, *op. cit.*, p. 543-544; e PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 76.

especificidades do problema a ser resolvido através de sua incidência e aplicação ao caso concreto⁵¹.

Canotilho, por sua vez, ao explicar o conceito de *concretização da Constituição*, esclarece que ele se traduz, fundamentalmente, no *processo de densificação de regras e princípios constitucionais*. Acrescenta que “densificar uma norma” significa *preencher, complementar e precisar* o espaço normativo de um preceito constitucional que seja demasiado genérico para ser diretamente aplicado, para que se torne possível a sua utilização para a solução de determinado problema concreto.

O ilustre constitucionalista português afirma que o processo de concretização das normas constitucionais é um trabalho técnico-jurídico diverso da simples interpretação do texto da norma: é, sim, *a construção de uma norma jurídica*. Por fim, observa que a *concretização* implica sempre a necessidade de “introduzir a realidade”, isto é, os elementos não normativos, a análise dos conflitos de interesses e dos resultados no procedimento concretizante⁵².

Esse primeiro fenômeno, portanto, já aumenta exponencialmente o campo de atuação e a correspondente responsabilidade do juiz nas sociedades contemporâneas: ao ter o dever de aplicar diretamente as normas constitucionais por si sós instituidoras e garantidoras de direitos fundamentais (sem a necessidade da intermediação do legislador infraconstitucional), mas de natureza predominantemente principiológica (portanto, muito mais genéricas, flexíveis e meramente indicativas, portanto incompletas, que as normas-regra), exige-se dele, cada vez mais, que passe a ser um verdadeiro “centro de produção normativa”, sendo essencial para a efetiva *concretização* da Constituição.

Ao mesmo tempo, uma significativa mudança na natureza, no conteúdo e na própria estrutura das leis promulgadas nessas sociedades de massas, democráticas, conflituosas, permanentemente submetidas a um intenso e veloz processo de crises e de transformações estruturais e tecnológicas, também torna a atividade judicante mais complexa.

Em primeiro lugar, a própria redação das leis, hoje, não mais corresponde à clareza, à coerência lógico-sistêmica e à completude das normas-regra contidas

51 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional, op. cit.*, p. 556-557. Esse mesmo autor também observa, com acerto e acuidade, que, nas Constituições pós-positivistas em que boa parte de seus dispositivos têm a natureza de normas-princípio (por natureza vazadas em fórmulas amplas, vagas e maleáveis), será inútil e insuficiente a simples *interpretação* dessas normas, com base na técnica da *subsunção*, típica da clássica Hermenêutica positivista.

52 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 201-204, texto e nota 2.

nos Códigos do período de apogeu dos Estados Liberais de Direito, editadas por Parlamentos muito diferentes das casas legislativas de agora, onde a disputa democrática entre vários partidos representativos de diferentes filiações ideológicas e de distintos grupos de interesse frequentemente tem levado à edição de normas legais muitas vezes fragmentárias, contraditórias com outros diplomas legais e com uma redação dificilmente clara e completa (que, se fosse mais explícita e menos ambígua, tornaria impossível a sua aprovação pelo consenso da maioria dos legisladores).

O resultado, como se sabe, ou é a pura e simples falta de edição de uma legislação abrangente sobre temas extremamente importantes e conflituosos da realidade nacional⁵³, ou, em outros casos, a promulgação de diplomas legais com redação deliberadamente genérica ou até mesmo ambígua (que terá sido, certamente, a única capaz de obter o número de votos necessários para a sua aprovação no Parlamento), que tem o evidente efeito de postergar o embate entre os vários grupos antagonísticos de interesses afetados pela nova legislação para o Poder Judiciário, que acabará tendo que escolher entre os vários sentidos possíveis daquele texto *polissêmico*, à luz da principiologia e da coerência do próprio sistema jurídico-normativo em que ele esteja inserido⁵⁴. Ao mesmo tempo, constata-se uma crescente judicialização de casos sobre matérias que, antes, não eram objeto de disputas judiciais. É a partir dessa nova realidade que surgem denúncias sobre os mal denominados fenômenos da *judicialização da política* ou da *politização da Justiça*, quando, na verdade, são os legisladores que, ao se omitirem de resolver por completo, eles próprios, os conflitos de interesses sobre os quais são instados a legislar, remetem a sua arbitragem final ao Poder Judiciário, postergando o inevitável desgaste político correspondente.

Paralelamente, há também uma outra razão – e esta muito mais legítima e justificável – que tem levado o Poder Legislativo a, alterando a maneira de

53 Como é o caso, em nosso país, da falta, até esta data, de uma lei geral trabalhista sobre as terceirizações, o que obrigou o Tribunal Superior do Trabalho, nas últimas décadas, a consolidar sua jurisprudência predominante sobre o tema nas suas sucessivas Súmulas ns. 256 e 331, conferindo certa estabilidade ao tratamento jurídico da questão.

54 Como também tem sido o caso das decisões da Justiça do Trabalho (e, mais especificamente, da Subseção I em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho – SbDI-1) que têm, em reiteradas decisões por maioria, interpretado o correto sentido e alcance da expressão “atividades inerentes” contida no § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 (Lei sobre Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos), e no art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 (Lei dos Serviços de Telecomunicações), concluindo que ela não pode ser interpretada como uma expressa autorização legislativa para a terceirização das atividades de *call center* desenvolvidas no âmbito das empresas concessionárias de telecomunicações, mesmo que elas sejam consideradas atividades-fim dessas empresas tomadoras de seus serviços, por ser possível outra interpretação dessa expressão mais restritiva e que não seja incompatível com os princípios e as regras do direito do trabalho brasileiro (mais especificamente os arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que definem as figuras do empregador e do empregado).

redigir as leis, ampliar o espaço de atuação do Poder Judiciário. O motivo, nesse caso, é que a própria complexidade das sociedades modernas de massas, com transformações tecnológicas, econômicas e sociais cada vez mais velozes, permanentes e imprevisíveis, torna praticamente impossível aos legisladores editarem, com a mesma velocidade, novas leis capazes de acompanhar por inteiro as transformações da realidade e o surgimento das correspondentes novas situações jurídicas que o ordenamento positivo ainda não foi capaz de prever e de disciplinar.

Em tal quadro, se o legislador ainda assim quiser editar leis sobre uma realidade cada vez mais mutável e imprevisível, será obrigado a usar uma técnica de redação das leis bem diversa, que se explica pelo fato de que as necessidades do direito material assumem contornos variados conforme os casos concretos e se transformam diariamente, sendo impossível que o legislador antevêja todas essas necessidades. Dessa forma, para que o Direito possa absorver e resolver de forma adequada a crescente complexidade e a novidade dos casos concretos trazidos a juízo, causadas pelas mudanças das sociedades contemporâneas, ele passa a adotar poros por meio dos quais a realidade social pode penetrar e que lhes dão, também, maior longevidade. Abandonando em primeiro lugar a ilusão de completude que o dogma da codificação pressupunha, o legislador contemporâneo passou a editar leis especiais (frequentemente configurando verdadeiros *microssistemas normativos*), para regular situações específicas que envolvem, como seus titulares, grupos e posições sociais determinados que exigem uma tutela material e processual diferenciadas.

Mas isso não é o principal: a própria forma de legislar sobre essas situações teve que mudar profundamente para enfrentar o perigo, cada vez maior e mais frequente, de envelhecimento e de superação prematuros das disposições legislativas casuísticas, exaustivas e detalhadas de outrora, diante de uma realidade cada vez mais mutável.

Isso se fez, essencialmente, pelo emprego, cada vez mais generalizado e difundido, dos *conceitos jurídicos indeterminados* e das *cláusulas gerais* nos textos legais.

Os primeiros, nas autorizadas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, são:

“palavras ou expressões de sentido impreciso. Nem sempre convêm, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados ou exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o

legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de preencher claros, de cobrir os ‘espaços em branco’. A doutrina costuma falar, a propósito, em *conceitos juridicamente indeterminados*.⁵⁵

Luis Roberto Barroso, por sua vez, é igualmente lapidar ao discorrer sobre o tema:

“Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido destinadas a lidar com situações em que o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras. Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva.”⁵⁶

Já as *cláusulas gerais*, que são um conceito mais amplo e complexo que o *conceito vago*, são *expressões linguísticas em que há, nelas, conceitos vagos e que, além disso, incorporam, em si mesmas, princípios jurídicos*. São, por isso mesmo, um vetor interpretativo de outras normas (assemelhando-se a

55 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual* – segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 64. São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados contidos na legislação atual as expressões: a) *pessoas de baixa renda*; b) *meios de comunicação*; c) a *relevância do fundamento da demanda* do § 3º do art. 461 do CPC de 1973; d) o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* do art. 273, I, do mesmo CPC, ou o *abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu* no inciso II do mesmo dispositivo legal.

Para maior aprofundamento sobre a atuação do juiz quando aplica os *conceitos indeterminados* e as *regras abertas*, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 85-88.

56 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 312.

normas-princípio)⁵⁷. Elas criam uma ponte entre as palavras da lei e o sentido mais amplo de justiça, que existe na comunidade⁵⁸.

A aplicação das leis contendo conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais aos casos concretos de litígios submetidos à apreciação e ao julgamento dos juízes obviamente dá aos mesmos um espaço de atuação e, correspondentemente, um papel constitucional e um grau de responsabilidade bem maiores do que aquele tradicionalmente atribuído ao juiz que atuava no Estado Liberal de Direito⁵⁹. Nos casos em que não ocorra o cumprimento pleno e espontâneo das normas de direito material aplicáveis por seus destinatários e, em decorrência do princípio da demanda, o dissídio daí decorrente seja regularmente submetido ao Poder Judiciário e tais normas não tenham a natureza de *regra* suficiente para regular, por si sós, o litígio, a completa e específica realização da vontade concreta da lei apenas ocorrerá depois da atuação *criativa*, em última análise, dos juízes da causa (ou seja, do Estado-Juiz), ainda que só para *complementar* as normas constitucionais e legais aplicáveis.

Resumindo tudo o que até aqui se disse, nos dias de hoje, o ordenamento jurídico dos Estados Democráticos de Direito opera e é aplicado por seus destinatários em etapas escalonadas de normas jurídicas (de forma semelhante à operação da pirâmide normativa descrita por Kelsen): em primeiro lugar, parte-se da Constituição (que precisa ser interpretada e aplicada através do *método da concretização*, com técnicas específicas e mais refinadas de hermenêutica constitucional, e não mais por mera *subsunção*) e depois se interpreta e se aplica a lei respectiva, mas apenas como as primeiras normas de regulação dos fenômenos sociais; a seguir, passa-se ao momento de sua incidência aos casos específicos, quando as normas constitucionais e legais serão concretizadas e completadas apenas no momento de sua interpretação e de sua aplicação, ou espontaneamente pelas partes interessadas (como ocorre na imensa maioria dos casos, na normalidade das relações sociais) ou pelo juiz (quando, nos casos de

57 São exemplos de *cláusulas gerais* consagradas na legislação atual as expressões: a) a *função social da propriedade*; b) o *poder de direção empresarial*; c) o *bem-comum*.

Nicola Picardi observa com precisão que as *cláusulas gerais* são caracterizadas por vagueza ou imprecisão de conceitos, tendo o objetivo de permitir o tratamento de particularidades concretas e de novas situações inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da norma (PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 2004, p. 46 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 153, texto e nota 95).

58 Para maior aprofundamento da questão da crescente adoção, nos dias atuais, da técnica legislativa das cláusulas gerais ou abertas, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 151-160.

59 Na feliz e expressiva síntese de Marinoni (In: *Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, p. 88), “o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei”.

conflitos intersubjetivos de interesses, surgir a lide posta em juízo, que exigirá do Estado-Juiz a prestação da tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente prometida)⁶⁰.

Na feliz observação de Marinoni, e aplicando o que se acabou de acentuar, “se um juiz se vale da cláusula geral para chegar na regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral é norma legislativa incompleta e a decisão é a verdadeira norma jurídica do caso concreto”⁶¹.

Note-se que, em momento algum, o pós-positivismo proclama ou admite que o juiz da causa, ao exercer a sua função jurisdicional, pode ignorar ou contrariar aquilo que está claramente estabelecido *como normas-regra* nas normas constitucionais ou infraconstitucionais. Em tais casos, o princípio de hermenêutica constitucional da *supremacia da Constituição*⁶² ou os princípios da *separação de poderes* e da *legalidade*, igualmente consagrados na Norma Fundamental, incidirão com toda a sua força e plenitude de modo a impedir que o Poder Judiciário profira uma decisão aplicando, no caso concreto, uma *norma de decisão* exclusivamente por ele produzida mas frontalmente contrária aos ditames das *normas-regra* constitucionais e legais aplicáveis àquele caso concreto⁶³.

Em suma, somente nesses casos o Poder Judiciário pode atuar para *completar* o sentido final e concreto da norma constitucional ou infraconstitucional que o próprio Poder Legislativo decidiu deixar incompleta – sua atuação,

60 Como bem observa o mesmo Marinoni: “Para Kelsen, todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição e da execução de sentença, pois a primeira seria só criação e a segunda pura aplicação do direito. Por isso, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual. (...) A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 91, nota 130).

61 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 154.

62 Sobre o princípio de interpretação constitucional da *supremacia da Constituição*, vejam-se, por todos: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição* – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 156-167; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 229-230.

63 É o que também salienta de forma incisiva e com propriedade Humberto Ávila, ao relembrar que as regras não se submetem ao mesmo processo discursivo, argumentativo e justificativo para a sua aplicação que os princípios:

“Quando a Constituição contém um dispositivo que privilegia o caráter descritivo da conduta, ou a definição de um âmbito de poder, há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de uma regra que não pode ser simplesmente desprezada pelo legislador, ainda que haja internamente alguma margem de indeterminação para a definição de seu sentido. Assim, se a Constituição estabelece regras que proíbem a utilização de prova ilícita ou garantem a presunção de inocência, não cabe ao intérprete desconsiderar essa rigidez e flexibilizar o comando normativo como se ele fora um conselho descartável ou afastável diante de outros elementos.” (In: *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 160)

portanto, é a de um *legislador intersticial* que, na feliz colocação de Teresa Arruda Alvim Wambier⁶⁴, atua apenas nos *poros* por meio dos quais a realidade social pode penetrar e que mitigam o excessivo apego à letra da lei e permitem ao Poder Judiciário adaptar o direito a mudanças e também às particularidades do caso concreto.

Em outras palavras, o que hoje se reconhece como legítimo e constitucionalmente não só admissível, mas também exigido, é que esse julgador, nos casos em que não houver regra clara capaz de, por si só, solucionar o litígio e em que tenha que aplicar *normas-princípio* constitucionalmente consagradas ou *conceitos jurídicos indeterminados* ou *cláusulas gerais* de que se valeu o legislador, não se abstenha de *completar* o sentido das normas editadas pelo Poder Constituinte ou pelo Poder Legislativo, *construindo* a norma que vai regular o caso concreto, à luz das suas circunstâncias fáticas peculiares.

Se hoje a vinculação estrita dos juízes à letra da lei já não é possível nem desejável, a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação aos juízes traz, inevitavelmente, um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas jurídicas sejam interpretadas e aplicadas de modo diferente por juízes diversos, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os atores sociais pautem sua conduta e façam suas escolhas de vida com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor. Com isso, o direito como um todo deixa de ser capaz de desempenhar sua função precípua, de ordenar e de regular as relações sociais.

Outro perigo correlato é a consagração do chamado “decisionismo judicial” que o pós-positivismo abomina, proclamando, ao contrário, que, em qualquer conflito de interesses submetido à decisão judicial, só pode haver uma única solução justa à luz dos princípios constitucionais aplicáveis a este caso concreto, tais como compreendidos em determinado momento histórico. Como compatibilizar esse entendimento com a possibilidade de cada juiz de uma determinada causa poder livremente interpretar e aplicar as normas que regulam aquele litígio de acordo com o seu próprio e livre-entendimento pessoal acerca de seus significado e alcance, sem cogitar do entendimento jurisprudencial já consolidado acerca da questão?

É aqui que entra a jurisprudência, como um mecanismo a um só tempo flexibilizador da letra fria da lei (permitindo sua aplicação mais justa a um sem número de situações diversas que nenhum legislador pode prever ao editar uma

64 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 137-139.

norma, como sempre foi o seu papel tradicional nos sistemas de direito romano-germânicos), mas, através da utilização de mecanismos para sua uniformização e para a observância dos entendimentos jurisprudenciais daí resultantes, também estabilizador do conteúdo das normas jurídicas em vigor, definindo *em um precedente*, para casos concretos substancialmente iguais ao que foi decidido no *leading case*, o único sentido de uma norma jurídica que hoje é, na maioria das vezes, genérica, principiológica e que exige sua complementação através de uma interpretação concretizadora do Poder Judiciário⁶⁵.

A FUNÇÃO ESTABILIZADORA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A INFLUÊNCIA DA TEORIA DOS PRECEDENTES DOS SISTEMAS DO *COMMON LAW* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Discorrendo sobre a necessidade da previsão, na lei, de mecanismos que assegurem a uniformização da jurisprudência, há muito já dizia José Carlos Barbosa Moreira⁶⁶, para evitar aquilo que pejorativamente se denomina de “loteria judiciária”, que esta se liga

“ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e às espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos Tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia constitucional. Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformização da jurisprudência.

65 Lucas Buril de Macêdo, depois de observar que os precedentes judiciais são importantíssimos para garantir razoabilidade ao direito, considera-os expressamente uma forma de contenção ou de fechamento do processo criativo do juiz como seu aplicador, significativamente acrescido, na atualidade, pelo desenvolvimento dos princípios como normas, evitando o que denomina “uma produção irresponsável de direito jurisprudencial”. E acrescenta, de forma igualmente incisiva:

“Isso mesmo: os precedentes são uma forma de garantir limites à atividade criativa dos juízes, e não de reforçar a criatividade ou de dar mais poderes aos magistrados.” (MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 237, nov. 2014, p. 373-374)

66 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. p. 5.

Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma camisa de força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponde às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso.”

E aqui se chega ao perigo principal que a adoção de todas essas técnicas hermenêuticas e legislativas destinadas a ampliar o espaço de atuação do julgador nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos faz surgir: a possibilidade de uma mesma situação jurídica substancial regulada apenas parcialmente pelas normas constitucionais e legais gerar, em uma enorme multiplicidade de casos concretos essencialmente iguais, interpretações judiciais diversas, com resultados também diferentes para os litigantes de cada processo. A ofensa ao princípio constitucional da igualdade (ou da isonomia), em tais casos, é evidente e não é diminuída (sendo, na verdade, exacerbada) pela circunstância de que terá ocorrido justamente no âmbito do Poder Judiciário⁶⁷.

Como tem reiteradamente observado com acuidade Marinoni, a admissão da insuficiência da lei e a atribuição de poder ao juiz para ditar a norma capaz de regular o caso concreto não significam que foi gerado um sistema em que o magistrado é livre para criar o direito⁶⁸.

Um sistema jurídico que, ao exigir do juiz que aplique normas constitucionais de natureza principiológica para concretizar direitos fundamentais e

67 A esse respeito, é notório ser um dos principais corolários do sistema de *stare decisis*, consagrado nos países de *common law* para assegurar o respeito aos precedentes judiciais anteriores dos seus Tribunais Superiores tanto pelos juízes das demais instâncias a eles vinculados quanto por eles próprios (a não ser nos casos excepcionais de sua revisão ou superação pelo próprio órgão judicial que produziu o precedente – os denominados casos de *overruling*), o princípio consagrado na parêmia *treat like cases alike*, ou seja, em tradução livre, *casos similares devem ser decididos da mesma forma*.

Como se sabe, o nome *stare decisis* vem da parêmia latina *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser livremente traduzida por “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”.

68 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 155.

Este mesmo autor é igualmente lapidar ao observar que

“o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei. Por isto mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições do *civil law* e da *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 172, jun. 2009, p. 226-229)

leis contendo *conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais ou abertas*, na verdade lhe confere e reconhece o poder e a responsabilidade de criar as normas jurídicas para os casos concretos aos quais se apliquem tais normas, não acarreta necessariamente que, para casos iguais, haja uma multiplicidade de normas jurídicas individuais, geradas exclusivamente pelos entendimentos diversos de uma multiplicidade de julgadores.

Também a esse respeito se manifesta de forma incisiva Teresa Arruda Alvim Wambier. Depois de ressaltar que a obtenção da igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law* e de lembrar que, nos sistemas romano-germânicos como o brasileiro, a pauta de conduta dos jurisdicionados não está exclusivamente na letra da lei, mas sim “está na lei, enquanto *compreendida* pela doutrina e pelos tribunais”, completa ela com precisão e propriedade:

“Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção *acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados*. Tudo depende de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto.

Temos convicção de que o sistemático desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias ‘leis’ regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade. (...)

Ora, de que adianta ter-se uma só lei com diversas interpretações possíveis? Tantas pautas de conduta haverá, quantas forem estas interpretações. É como, repetimos, se houvesse *várias leis* disciplinando a mesma situação.”⁶⁹

Trazendo tudo o que até aqui se disse para a esfera trabalhista e para o cenário de crise crescente da Justiça do Trabalho brasileira, com sua explosão de demandas individuais repetitivas que a cada ano só aumenta, pode-se perceber que aí com certeza está um dos seus principais fatores determinantes: além da já descrita flagrante ofensa ao princípio constitucional da isonomia, a instabilidade da jurisprudência trabalhista a respeito de casos substancialmente iguais estimula a persistência e a expansão da litigiosidade.

Aplicando as citadas colocações de Teresa Wambier na esfera juslaboral, é forçoso concluir que, se diferentes juízes e tribunais trabalhistas interpretam de modo distinto as mesmas normas legais, diferentes titulares do direito material

69 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, jun. 2009, p. 144 e 146.

delas objeto terão, na prática, resultados diferentes pela incidência do mesmo dispositivo: será como se, na realidade, existissem diversas leis, de conteúdo diferente, regulando a mesma matéria e regendo exatamente os mesmos fatos.

É preciso também que se perceba que os efeitos gravemente anti-isomônicos de decisões judiciais divergentes sobre a mesma questão de direito e, principalmente, sobre litígios repetitivos essencialmente iguais, também do ponto de vista fático, não afetam apenas os empregados que são partes em cada um desses processos. Também os empregadores serão igualmente afetados: como esperar que um deles cumpra certas normas trabalhistas no sentido pretendido por seus próprios empregados (que, certamente, lhe será mais oneroso) depois de ver que seus concorrentes aplicam-nas em uma linha de interpretação que lhes é mais favorável (e menos onerosa), mas que ainda está sendo adotada como a mais correta pelo menos por parte da jurisprudência de todas as instâncias da Justiça do Trabalho?

Em uma economia de mercado de massas, de acirrada competição e que privilegia a livre-iniciativa, a instabilidade e a consequente imprevisibilidade do entendimento judicial sobre as normas trabalhistas em vigor levam, naturalmente, os empregadores delas destinatários a não cumprirem espontaneamente (ou melhor, a cumprirem o menos possível) as obrigações trabalhistas sobre as quais razoavelmente ainda haja controvérsia (ou melhor, sobre as quais ainda estejam sendo proferidas decisões judiciais de conteúdo variado sobre a questão jurídica em discussão).

Ou seja, sem uma clara, rápida e prévia definição do padrão de conduta esperado para cada um dos atores sociais, a norma de direito material sobre a qual ainda persistam dúvidas interpretativas necessariamente terá um baixo nível de cumprimento espontâneo, sendo também inevitável um crescimento diretamente proporcional dos litígios judiciais que tenham por objeto os seus reais significado e alcance, na medida em que os empregados interessados também terão, nas decisões que lhes sejam mais favoráveis, proferidas na mesma ocasião em outros processos, um forte estímulo para que também batam às portas do Judiciário para tentar obter as vantagens que pelo menos parte dos trabalhadores na mesma condição fática e jurídica já estarão obtendo, em seus próprios processos trabalhistas.

O sistema de uniformização de jurisprudência até recentemente adotado no Brasil sempre atribuiu eficácia apenas *persuasiva* aos precedentes jurisprudenciais dos Tribunais, até que se introduziu a súmula vinculante pela Emenda

Constitucional nº 45/04 exclusivamente para o Supremo Tribunal Federal, através do *caput* do novo art. 103-A então acrescentado à Constituição⁷⁰.

Partindo da premissa de que as duas funções primordiais dos pronunciamentos judiciais são, em primeiro lugar, decidir o conflito intersubjetivo de interesses submetido à apreciação e julgamento do juiz natural da causa, mas, também e de modo não menos importante, servir de parâmetro para os comportamentos futuros da sociedade e para as futuras decisões do próprio órgão julgador e dos demais órgãos judicantes⁷¹, esse sistema tradicional sempre reconheceu a necessidade de se tornar ainda mais explícito o posicionamento dos Tribunais acerca das questões de direito que decorrem de determinadas e específicas circunstâncias fáticas, completando o significado genérico e abstrato das leis, mediante a edição de Súmulas ou Enunciados de Súmula que sintetizassem aqueles reiterados entendimentos. A esses verbetes, no entanto, originalmente se atribuiu, no Brasil, eficácia meramente *persuasiva* em relação aos órgãos jurisdicionais vinculados aos Tribunais que os editavam⁷².

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

71 A juíza federal Daniela Pereira Madeira observa com propriedade que, “ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. Uma de caráter individual que constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise, e outra de caráter geral que é fruto de sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao direito positivo”, concluindo que “a regra (o cerne ou núcleo do precedente) é equivalente à *ratio decidendi*, sendo que essa regra pode ser delimitada pelo próprio juiz ao proferir a decisão ou pode ser delimitada pelo juiz posterior/sucessivo ao analisar a decisão anteriormente proferida”, em denso e informativo trabalho (A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz [Coord.]. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* [reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil]. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 529-530).

72 A mesma Daniela Pereira Madeira observa que esse modelo de *súmulas persuasivas* teve início no Brasil em 1963, com a criação da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, com o declarado propósito de atenuar o problema da sua sobrecarga de trabalho, mas sem que esse instituto dispusesse de preceito legal que se lhes conferisse efeito vinculante. Acrescenta ela que esse efeito também não foi previsto no Código de Processo Civil de 1973 quando este criou o instituto da uniformização de jurisprudência com a finalidade de evitar que uma mesma regra de direito seja interpretada de maneira diferente por órgãos de um mesmo tribunal e que previu, como seu desfecho, quando o entendimento de um tribunal fosse revelado pela maioria absoluta de seus membros, a elaboração de uma súmula que teria força de precedente (sem, contudo, haver esclarecido que força seria essa).

Observa a referida autora que essas súmulas adotaram formalmente o mesmo modelo dos assentos portugueses, ou seja, enunciados curtos e de grande abstração, diferentes, portanto, do modelo dos precedentes do *common law*, que prescindem desses verbetes ou enunciados e são constituídos pelo inteiro teor dos julgados, nos quais terá restado consagrada a sua *ratio decidendi* (A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz [Coord.]. *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* [reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil], *op. cit.*, p. 553-555).

DOCTRINA

Independentemente da natureza meramente persuasiva ou vinculante dessas súmulas, sempre foi consensual, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, que esses enunciados curtos e de grande abstração, que adotaram, formalmente, o mesmo modelo dos assentos portugueses (e que naquele país tinham força de lei até 1985, quando foram julgados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal⁷³) tinham, como exclusiva função, tornar ainda mais explícito o posicionamento dos Tribunais que haviam firmado esses precedentes acerca das questões de direito que decorrem de determinadas e específicas circunstâncias fáticas, completando o significado genérico e abstrato das leis neles aplicadas. Em outras palavras, elas pretendem sintetizar, em seus enunciados, a explícita *ratio decidendi* (e não os argumentos *obiter dicta*) dos reiterados e sucessivos precedentes sobre a mesma questão controvertida, sistematizando o entendimento consagrado nos julgamentos reiterados sobre a mesma questão, com o declarado propósito de evitar a desigualdade ou a produção de soluções distintas para casos concretos semelhantes.

Nesse modelo, sempre se reconheceu que, enquanto a jurisprudência, nas instâncias ordinárias, tem um papel importante, mas ainda relativamente restrito, pois o exame e o julgamento das questões de fato muito frequentemente são decisivos para determinar a variação no resultado dos numerosos dissídios aparentemente iguais por eles decididos, nas instâncias extraordinárias (ou seja, nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal) o seu papel uniformizador cresce exponencialmente, na medida em que nesses Tribunais, que têm a função precípua de preservar a integridade, a unidade e a coerência da ordem jurídica nacional (constitucional e infraconstitucional), o que se julga, essencialmente, é a tese jurídica (ou a questão de direito) adotada pelas instâncias ordinárias a partir do quadro fático não mais sujeito a redefinição, resultante de sua soberana valoração do conjunto probatório delineado nos autos.

Os recursos de natureza extraordinária, como se sabe, têm três diferentes funções:

a) *a função nomofilática*, por meio da qual o recurso extraordinário tem o papel de buscar a interpretação exata, única e verdadeira da lei (ou melhor, do direito como um todo), a fim de garantir a certeza e a estabilidade jurídica; deve-se buscar, entre as várias interpretações possíveis, a que melhor resolva a lide, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis aos fatos daquele dissídio;

73 MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil), *op. cit.*, p. 555-556.

DOCTRINA

b) a *função uniformizadora da jurisprudência*, para controlar a interpretação e a aplicação da lei pelos vários julgadores das instâncias ordinárias, de modo a assegurar o respeito ao princípio constitucional da igualdade: para os mesmos fatos relevantes, o mesmo significado da mesma lei; e

c) a *função paradigmática ou persuasiva*, através da qual os precedentes dos Tribunais Superiores e do STF servem de orientação para o exercício da livre-convicção dos demais julgadores, em prol da estabilidade do sistema judiciário, da celeridade processual e, para os jurisdicionados, em prol da previsibilidade e da igualdade de tratamento.

A profunda mudança que agora se propõe no modelo jurisprudencial brasileiro, causada pela identificação do fracasso das súmulas meramente persuasivas para evitar ou prevenir a explosão de demandas repetitivas a respeito das mesmas questões de direito que devem ser pacificadas pelas decisões dos Tribunais Superiores, restringe-se, como é fácil de perceber, apenas ao terceiro aspecto acima indicado: a função paradigmática dos precedentes jurisprudenciais deixará de ser apenas *persuasiva* para também tornar-se *vinculante* ou *obrigatória* para os demais julgadores vinculados aos Tribunais que os houverem aprovado.

Para melhor compreender essa alteração, é indispensável, porém, compreender qual é a parte ou o elemento da decisão que, constituindo um precedente para as decisões futuras de casos semelhantes, terá efeito *vinculante* ou *meramente persuasivo* (conforme o sistema de precedentes que se adote): de pronto é preciso salientar algo absolutamente incontroverso a esse respeito – não é toda a decisão que gerará o precedente que vinculará ou, ao menos, será elemento de persuasão para os futuros julgadores que decidirem casos similares.

A parte efetivamente *vinculante* ou *persuasiva* da decisão que constituirá o precedente jurisprudencial é o que a doutrina denomina de *ratio decidendi*, conceito que até o momento não teve correspondente no direito processual brasileiro, mas a cujo respeito a doutrina processual dos países de *Common Law* já se aprofundou intensamente, suscitando intensas e complexas discussões a respeito, cujas linhas gerais é preciso expor a seguir.

Teresa Arruda Alvim Wambier, advertindo que isto consiste em drástica simplificação, começa por noticiar que os ingleses chamam de *ratio decidendi a parte efetivamente vinculante da decisão*, esclarecendo que ela é *a proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão*, acrescentando a seguir que a *ratio decidendi* pode ser considerada *o núcleo do precedente*, cujas proposições jurídicas devem ser necessariamente seguidas,

num sistema de precedentes vinculantes. Conclui que a regra produzida pela decisão paradigmática (a *rule* – o cerne ou o núcleo do precedente) é equivalente à *ratio decidendi*.

Adverte ela, ainda, que nem todos os fundamentos das decisões judiciais que constituirão um precedente integrarão a sua *ratio decidendi*: por exclusão, tudo o que é dito numa decisão e não integra a *ratio decidendi* é *obiter dicta* ou *gratis dicta* (que, literalmente, significa o que é dito para morrer ou o que é dito gratuitamente, ou seja, o que é dito por nada, inutilmente).

Embora as decisões judiciais nos sistemas de *common law* sejam fundamentadas, e essa fundamentação seja necessariamente constituída por um resumo das provas, das considerações a respeito dos fatos da causa e dos argumentos deduzidos pelas partes, a i. processualista de São Paulo esclarece que “um precedente é um pronunciamento do juiz *sobre o direito* e que as questões de fato não integram o precedente”.

Mas dizer que os precedentes só versam sobre *questões de direito*, evidentemente, não pode e nem quer dizer que os fatos da causa em que foi gerado o precedente judicial são irrelevantes ou indiferentes para determinar o sentido e a aplicabilidade deste aos casos futuros – muito ao contrário. Nesse sentido, Teresa Wambier é lapidar:

“Mas é extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos. Isso nos faz pensar poder-se afirmar que, em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*. Quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito, devendo ser seguido o precedente.”⁷⁴

Daniela Pereira Madeira, por sua vez, começa por definir a *ratio decidendi* (ou, para os norte-americanos, a *holding*), que é a única parte do precedente que, nos países que adotam o *stare decisis*, adquire força vinculante para os casos futuros semelhantes, como o ponto comum de todos os precedentes de uma súmula ou orientação jurisprudencial como tese jurídica, acolhida pelo órgão julgador em cada um dos casos concretos que lhe serviram de precedentes, sendo, em síntese, a regra jurisprudencial que se incorpora ao direito e que deve, a esse título, ser seguida no futuro em casos similares. Acrescenta que é nela que se encontram *os motivos determinantes da decisão judicial* (isto é,

74 Acrescenta ela, em nota, que “os fatos não precisam ser absolutamente idênticos, mas devem permitir o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão (= o precedente)” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 133, texto e nota 32).

DOCTRINA

os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão) ou, em outras palavras, *a regra de direito necessária à decisão* (ou seja, a opção hermenêutica adotada na decisão, sem a qual essa não teria sido proferida como foi).

Expõe ela, a seguir, com base no que ensina a respeito Patrícia Perrone Campos Mello⁷⁵, os dois principais métodos adotados nos países de *common law* para definir e, assim, identificar e delimitar a *ratio decidendi* dos precedentes:

1) *para o método fático-concreto*, ela corresponde à regra extraída de um conjunto de fatos (em qualquer situação em que estejam presentes os fatos relevantes A e B, e presente ou não o fato irrelevante C, o resultado sempre deverá ser X); mais importante do que disse o tribunal é o que ele decidiu acerca de certos fatos; a ênfase maior, aqui, é para a realidade fática; os fatos não precisam ser absolutamente idênticos, mas devem permitir o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada nas decisões anteriores que servem de precedente;

2) *para o método abstrato-normativo*, os tribunais, quando decidem o caso concreto, solucionam a lide de um modo mais amplo, enunciando, explícita ou implicitamente, uma regra capaz de solucionar não só a própria demanda em exame mas também outros casos a ela assemelhados que possam surgir no futuro; portanto, ao decidir determinado caso, o julgador deve decidir com base no que é mais adequado para todos os casos que se encontrem dentro de uma apropriada categoria – ou faixa – de similitude, razão pela qual, ao contrário do que considera o primeiro método, os *fundamentos justificantes* (as razões oferecidas pelo tribunal) são mais importantes do que a parte dispositiva dessa decisão individual, tanto para a enunciação da regra vinculante quanto para a determinação de sua generalidade; aqui, ao revés do que ocorre no primeiro método em relação aos fatos relevantes da causa, os fundamentos adotados pelo julgador para a sua decisão são mais importantes.

Acrescenta essa autora que, de qualquer forma, deverá haver *igualdade nos aspectos relevantes do caso a ser julgado e dos precedentes*, situando-se não somente na parte dispositiva da decisão, mas também, e principalmente, na sua fundamentação⁷⁶.

Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, começa por salientar que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo da decisão que constituiu o precedente, acrescentando que, no *common law*, ela é extraída

75 CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127-130.

76 MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil, *op. cit.*, p. 529, texto e nota 11.

ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Como no sistema do *stare decisis* só a *ratio decidendi* do precedente tem o efeito vinculante ou obrigatório (o que ali se denomina o seu *binding effect*), também relata ele que nos países do *common law* foram desenvolvidos vários métodos ou testes para permitir aos julgadores dos casos futuros identificar os limites e o alcance da *ratio decidendi* do caso anterior que gerou o precedente, aos quais deverá ela ser aplicada *por analogia*.

Relata ele, também, que os dois métodos mais consagrados para tal delimitação no sistema de precedentes norte-americano são:

“a) o teste de *Wambaugh*, para quem a *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma, acrescentando que, se a inversão hipotética do sentido da proposição de direito que se examina não for capaz de determinar igual inversão do sentido da decisão proferida, permitindo que seja proferida igual decisão à anterior, a proposição objeto desse teste será mero *obiter dictum*;

b) o método de *Goodhart* que, dando maior ênfase aos fatos da causa, propõe que a sua *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais (ou *materiais*, na expressão usualmente usada no *common law* em tal contexto) pelo juiz, de modo a que ela seja identificada como a parte da decisão que foi proferida a respeito daqueles fatos considerados *materiais* (ou fundamentais) para o delineamento da *questão de direito* decidida, de modo a assegurar que, no futuro, fatos *relevantes* similares recebam o mesmo tratamento jurídico pelos julgadores.”⁷⁷

Buscando trazer e adaptar esse conceito ao direito brasileiro à vista de suas particularidades, o i. processualista paranaense sustenta que, em nosso país, a *ratio decidendi* deve ser considerada como uma premissa para a solução não simplesmente dos casos, mas também das questões jurídicas que neles foram discutidas, através dos próprios *fundamentos ou motivos determinantes daquela decisão*, adotando-se aqui um conceito claramente mais amplo do que aquele adotado pelos sistemas de *common law*.

Conclui ele que, no direito brasileiro, será mediante a análise da fundamentação da decisão que constitui o precedente que será possível analisar os *motivos determinantes* ou a *ratio decidendi* da mesma, os quais terão os efeitos vinculantes que o sistema processual lhes atribuir, com profundos e transfor-

77 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 221-253.

madores efeitos nos regimes da coisa julgada e da eficácia *erga omnes* dessas decisões paradigmáticas⁷⁸.

É de grande relevância notar que o novo Código de Processo Civil de 2015, hoje já sancionado pela Presidência da República e que entrará em vigor em março de 2016, depois de sua *vacatio legis* de um ano a contar de sua publicação oficial⁷⁹, claramente adota essa concepção de *ratio decidendi* no § 1º, *caput* e seu inciso V, do art. 489, ao estabelecer que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial (...) 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*”⁸⁰.

Esse novo diploma processual civil brasileiro, aliás, representou, sem dúvida, a vitória dos defensores da adoção da teoria dos precedentes obrigatórios em nosso país, ao inaugurar, no ordenamento jurídico nacional, uma regulação específica dos precedentes judiciais, tendo assim o potencial de, uma vez em vigor, promover uma das mais profundas e radicais revoluções conceituais e práticas de toda a história do sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, já na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, proclamou-se que não se pode tolerar diversos posicionamentos jurisdicionais acerca de uma mesma situação jurídica substancial, em detrimento dos jurisdicionados, seja em relação aos que estão em situações idênticas e recebem um tratamento menos favorável ou àqueles que planejaram sua atuações com fundamento na orientação dada pelos tribunais. Concluiu-se, ali, que a insegurança nas decisões judiciais “gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”⁸¹.

78 MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 253-325.

79 Art. 1.045 do Código de Processo Civil de 2015.

80 Para maior aprofundamento da questão da identificação da *ratio decidendi* e de sua distinção dos fundamentos que constituem *obiter dictum*, nos países de *common law* e também no Brasil, veja-se: MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 234, ago. 2014, p. 303-327. No mesmo sentido e com densa abordagem doutrinária, veja-se também: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259-282.

Para uma clara e erudita exposição do atual significado constitucional dos precedentes judiciais nos Estados Unidos da América e de sua autoridade normativa, veja-se: GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

81 *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. p. 17.

De forma coerente com essa tomada de posição, a questão foi disciplinada de forma explícita pelos arts. 926 a 928 do novo Código⁸².

O primeiro deles⁸³ é o mais relevante, por consagrar o *dever geral de tutelar a segurança jurídica nas decisões judiciais, especialmente nas proferidas pelos Tribunais Superiores*. Comentando a redação muito semelhante que se dava ao art. 520 da versão do projeto aprovada na Câmara Federal, Lucas Buril de Macêdo afirma que esse é o dispositivo mais importante sobre a teoria dos precedentes judiciais do novo CPC, por fornecer material suficiente para a construção do *stare decisis* brasileiro e para a institucionalização, no Brasil, dos *precedentes obrigatórios*.

Identifica ele, nesse preceito, a consagração dos seguintes deveres:

“a) *uniformização* – em virtude do qual será inadmissível que qualquer tribunal sustente mais de um entendimento simultaneamente, uniformizando o mais rapidamente possível suas eventuais decisões divergentes;

b) *estabilidade* – pelo qual será necessário respeitar a *ratio decidendi* dos precedentes pelo próprio tribunal que os tiver adotado, evitando-se a sua superação de forma instável ou irracional e exigindo-se, para tanto, uma justificação adequada;

c) *integridade* – em decorrência do qual não se admitirá que os tribunais assumam posicionamentos inconsistentes e conflitivos, devendo manter sua jurisprudência racional, através de precedentes que levem em conta o que antes já foi por eles decidido a respeito e que sua modificação se faça de forma justificada e sem contradições; e

82 Como se sabe, essa numeração dos artigos em exame corresponde à que constou da versão final do Código que foi finalmente aprovada no Senado Federal e sancionada pela Presidência da República em 16.03.2015, e que passaram a constituir o Capítulo I (“Disposições Gerais”) do Título I (“Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”) de seu Livro III (“Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”) de sua Parte Especial. Sua redação corresponde, com algumas alterações, aos arts. 520 a 522 da versão anterior do projeto, aprovada na Câmara dos Deputados e que foi submetida à apreciação final do Senado, com a diferença estrutural de que naquela primeira versão eles constituíam o Capítulo XV (“Do Precedente Judicial”) do Título I (“Do Procedimento Comum”) do Livro I (“Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”) de sua Parte Especial.

83 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
§ 1 Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
§ 2 Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

d) *coerência* – no sentido de que as orientações oferecidas aos jurisdicionados pelos precedentes judiciais devem ser vistas como um produto do Poder Judiciário como um só, coerente e consistente, exigindo-se, em decorrência, que os desvios particulares ou as mudanças desses precedentes sejam substancialmente justificadas.”

A seguir, o § 1º desse dispositivo estabelece que esses precedentes judiciais configuradores da jurisprudência dominante desses Tribunais deverão ensinar a edição, por esses órgãos judiciários, de *enunciados de súmula*, distanciando-se claramente do modelo de precedentes obrigatórios adotado pelos países do *common law*⁸⁴.

Isso, de um lado, corresponde exatamente à concepção peculiar e *expansiva* dos precedentes obrigatórios que equipara a sua *ratio decidendi* aos *motivos ou fundamentos determinantes* da decisão e que, no entender *retro* citado de Luiz Guilherme Marinoni, deverá ser dada ao *stare decisis* no Brasil.

No entanto, por outro lado e para doutrinadores igualmente expressivos⁸⁵, o citado preceito confunde equivocadamente as *súmulas* com os *precedentes judiciais*. Com isso, para esses autores, isso fará surgir o risco de tratar os precedentes (que necessariamente têm uma fortíssima ligação com os fatos relevantes das causas nas quais foram gerados) como textos genéricos e abstratos que, exatamente por isso, sempre exigirão interpretação e que tenderão a ganhar excessiva autonomia em relação às circunstâncias peculiares do processo que ensejou a fixação de sua correspondente *ratio decidendi* e que, reproduzindo os defeitos das *súmulas vinculantes*⁸⁶, teriam um viés autoritário, que impediria a atuação do direito pelos demais órgãos jurisdicionais, dos quais se passaria a

84 Pois, nos países filiados ao *common law*, os precedentes judiciais nascidos do julgamento dos casos específicos são aplicados diretamente aos casos futuros similares, sem necessidade de se consagrar previamente a sua *ratio decidendi* em um enunciado verbal que a sintetize, à semelhança de um texto de lei.

85 MACÊDO, Lucas Buriel de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, *op. cit.*, p. 383-386. Esse autor chega a concluir, incisivamente, nesse artigo que “é natural que a caminhada à direção à fortificação dos precedentes obrigatórios no Brasil passe pelo esquecimento e supressão das súmulas, vinculantes ou não, instituto que só tem razão de ser em um sistema que desconsidera o precedente judicial”.

No mesmo sentido de distinguir súmulas e precedentes judiciais, vejam-se ainda: LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo à súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 234, ago. 2014, p. 275-301; ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 165, nov. 2008, p. 218-230.

86 Para nossas críticas às *súmulas vinculantes* exatamente nesse sentido, vejam-se: PIMENTA, José Roberto Freire. Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica. In: BARROS, Alice Monteiro de. *Compêndio de direito processual do trabalho* – obra em memória de Celso Agrícola Barbi. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 470-472; e *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 54, jul.

exigir tão somente o uso renascido e exacerbado dos métodos e dos postulados da Escola da Exegese do século XIX.

É bem verdade que o § 2º desse mesmo dispositivo, ao exigir que os tribunais, ao editar esses enunciados de súmulas, atenham-se às *circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*, tende a atenuar esse problema, por vincular esses verbetes de jurisprudência consolidada aos fatos relevantes que serviram de suporte à adoção da *ratio decidendi* desses precedentes. Porém, persistirá o risco de que isso não ocorra na prática, fazendo nascer, em certos casos, verbetes sumulares desconectados das circunstâncias fáticas que terão sido decisivas para determinar o sentido das decisões paradigmáticas, como infelizmente já ocorreu na experiência passada dos Tribunais brasileiros.

Regulando a forma de cumprimento específico do art. 926 do novo CPC, o *caput* de seu art. 927⁸⁷ cria uma verdadeira hierarquia entre os precedentes judiciais e os institutos processuais destinados a assegurar a sua autoridade e efetividade. Ele também deixa muito claro que, tanto nos casos das decisões paradigmáticas proferidas pelos Tribunais em geral, nos incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e no julgamento dos recursos de natureza extraordinária pelos Tribunais Superiores⁸⁸ (inciso III), quanto nos casos em que forem aplicáveis as Súmulas do STF, em matéria cons-

1994/jun. 1995, p. 245-248; e PIMENTA, José Roberto Freire. *Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica*, *op. cit.*, p. 467-475.

Nesse mesmo sentido crítico, vejam-se, ainda: THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 189, nov. 2010, p. 24-25.

87 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os *acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

88 Somos do entendimento de que não pode haver qualquer dúvida razoável quanto à aplicabilidade integral desses arts. 926 a 928 do novo CPC à esfera processual trabalhista. Em primeiro lugar, isto se dá pela aplicação direta do disposto no art. 769 da CLT, que continua em vigor, e que determina a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho, nos casos omissos (como aqui ocorre) e exceto naquilo em que for incompatível com as normas processuais trabalhistas (o que, evidentemente, não é o caso). Ademais, agora também incide nesse caso a disposição harmônica e convergente do art. 15 do novo diploma processual civil, a qual é também expressa ao dispor que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições desse Código lhes serão aplicadas *supletiva e subsidiariamente*”.

titucional, e dos Tribunais Superiores, em matéria infraconstitucional (inciso IV), os demais juízes deverão observar as suas *rationes decidendi*. Mas o que é tão ou mais importante é que o mesmo efeito obrigatório alcançará também a *orientação* (isto é, a *ratio decidendi*) das decisões que configurarem precedentes do plenário ou do órgão especial, que terão o mesmo efeito obrigatório em relação aos demais juízes que lhes estiverem vinculados (inciso V).

Os §§ 2º a 4º desse mesmo art. 927, por sua vez, tratam da hipótese de alteração da tese jurídica adotada em súmula, em julgamento de casos repetitivos ou de jurisprudência dominante ou pacificada do STF e dos Tribunais Superiores (o denominado *overruling*), que só poderá ser feita pelo próprio tribunal que prolatou a decisão anterior ou por outro que esteja em posição hierárquica superior e que, em alguns casos, poderá ter seus efeitos modulados apenas para o futuro ou a partir de uma data específica, “no interesse social ou no da segurança jurídica”. Nesses casos de modificação ou de superação do precedente, será necessária *fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia* (§ 4º do art. 927).

Como se não bastasse a clareza dessas disposições, elas são ainda mais reforçadas pelo que estabelece o § 1º do mesmo art. 927 em análise, que determina que “os juízes e os tribunais observarão o disposto (...) no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”.

Esse art. 489 do novo CPC, por sua vez, depois de estabelecer em seu *caput* (e sem maiores novidades) quais são os elementos essenciais da sentença, reforça visivelmente a eficácia *vinculante* não só das súmulas, mas também dos precedentes judiciais no inciso VI de seu § 1º, ao estabelecer que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Isso, evidentemente, significa que, se os julgadores do novo caso não seguirem enunciado de súmula ou precedente invocados pela parte, só lhes será permitido deixar de aplicá-los em sua decisão, sob pena de ela ser considerada desfundamentada (e, portanto, *nula*), se ali se demonstrar ser o caso de existência de distinção no processo em julgamento (*distinguishing*) ou de superação do entendimento (pelo próprio Tribunal que produziu o precedente em decisão anterior, ou seja, no caso de *overruling*, ou por legislação superveniente, configurando caso de *overriding*). Isso, evidentemente, permite concluir que, nesse novo sistema processual, nunca será possível aos julgadores deixarem

de aplicar o precedente simplesmente por considerarem equivocada a sua *ratio decidendi*, quanto à questão de direito objeto da controvérsia.

Outro poderoso reforço da autoridade das decisões dos Tribunais Superiores que configurarem *precedentes obrigatórios*, também previsto no novo Código de Processo Civil, consistirá no uso generalizado do instituto da *reclamação*, disciplinado nos seus arts. 988 a 993⁸⁹.

Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público (art. 988, *caput*) para garantir a autoridade das decisões do tribunal (inciso II) e para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante *e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência* (inciso IV), podendo a reclamação ser proposta perante qualquer tribunal, competindo o seu julgamento ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir (§ 1º). A hipótese do inciso IV acima referido compreenderá tanto *a aplicação indevida da tese jurídica* quanto *a sua não aplicação aos casos que a ela correspondam* (§ 4º do mesmo art. 988).

Nos termos do citado art. 989, o relator da reclamação, ao despachá-la, requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, a serem prestadas em 10 dias e, se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável, além de determinar a citação do beneficiário da decisão impugnada para apresentar a sua contestação, no prazo de 15 dias.

Se a reclamação for julgada procedente, o tribunal *cassará a decisão exorbitante de seu julgado* ou *determinará medida adequada à solução da controvérsia* (art. 992), cabendo ao presidente do tribunal determinar o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente (art. 993).

OS NOVOS INSTITUTOS INTRODUZIDOS NO SISTEMA RECURSAL TRABALHISTA PELA LEI Nº 13.015/2014 PARA A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA E PARA A SOLUÇÃO DOS PROCESSOS REPETITIVOS E SUA EFICÁCIA VINCULANTE PARA OS DEMAIS JUÍZES E TRIBUNAIS TRABALHISTAS

Como já dito anteriormente, a Lei nº 13.015/2014 promoveu importantíssimas alterações no procedimento dos recursos trabalhistas de natureza

89 E, a nosso ver, também perfeitamente aplicáveis por inteiro ao direito processual do trabalho, nos precisos e convergentes termos dos arts. 769 da CLT e 15 do novo CPC.

extraordinária, mas, principalmente, absorveu e procurou consagrar normativamente, de forma muito clara, tudo o que até aqui se expôs acerca da denominada *teoria dos precedentes*. Ela não apenas estabeleceu expressamente, no novo art. 896-B da CLT, serem aplicáveis ao recurso de revista, no que couber, as normas do Código de Processo Civil de 1973 que, a partir das Leis ns. 11.418/06 e 11.672/08, acrescentando-lhe os arts. 543-B e 543-C, instituíram e disciplinaram, respectivamente, o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, mas, no novo art. 896-C (o qual, cumpre lembrar, foi acrescentado ao projeto original do TST por emenda do próprio Congresso Nacional), adotou toda essa principiologia sobre a força vinculante dos precedentes consagrada pelo projeto do novo CPC que lá já estava tramitando (e que, por ironia, somente acabou por entrar em vigor meses depois)⁹⁰.

Procurando enfrentar o visível e crescente aumento do número de processos repetitivos na esfera trabalhista, por sua vez causador da já descrita cada vez maior fragmentação e diversificação dos entendimentos dos juízos laborais de primeiro e de segundo grau acerca do direito material do trabalho, a referida lei promoveu três grandes alterações na sistemática recursal trabalhista:

a) reforçou a obrigatoriedade, antes já estabelecida pela anterior redação do § 3º do art. 896 da CLT, de os Tribunais Regionais do Trabalho procederem à uniformização de sua jurisprudência, aplicando, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no CPC de 1973 ainda em vigor, mediante as providências previstas na nova redação dada aos §§ 4º, 5º e 6º do mesmo artigo Consolidado;

b) instituiu, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e por meio do novo § 13 do art. 896 da CLT, o que o novo CPC de 2015 denomina de *incidente de assunção de competência*⁹¹, mediante o qual, por iniciativa de um dos membros da sua Seção Especializada em Dissídios Individuais, aprovada pela maioria dos integrantes da mesma, o julgamento de processo cuja matéria seja reputada relevante será afeto a seu Tribunal Pleno;

c) além de estabelecer, no novo art. 896-B da CLT (como já foi referido), a aplicabilidade, no que couber, das normas do CPC de 1973 ainda hoje em vigor que disciplinam o julgamento dos recursos extraordinário e especial

90 Sustentando que a Lei n. 13.015/2014 e sua subsequente regulamentação pelo TST são mais um importante componente para a construção do sistema de precedentes obrigatórios brasileiro e discorrendo sobre seus principais institutos e inovações, vejam-se: DIDIER Jr., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n. 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 143-195.

91 Veja-se o art. 947 do CPC de 2015, a seguir analisado.

repetitivos, o novo art. 896-C dessa Consolidação desde logo regulamentou detalhadamente o procedimento a ser adotado para o julgamento de recursos de revista repetitivos, definidos como aqueles *fundados em idêntica questão de direito*, mediante a sua afetação para a Seção Especializada em Dissídios Individuais ou para o Tribunal Pleno do TST, por decisão da maioria simples de seus membros e mediante o 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*⁹².

Essas normas legais foram complementadas pelo Ato nº 491/SEGJUD. GP, de 23.09.2014, da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho⁹³, editado a partir da proposta elaborada pela Comissão de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho constituída pelo seu Ato nº 401, de 06.08.2014, visando fixar parâmetros procedimentais mínimos para dar efetividade à referida Lei e, mais recentemente, pela Instrução Normativa nº 37, aprovada pela Resolução nº 195 do Órgão Especial do TST, de 02.03.2015, que regulamentou os procedimentos em caso de Incidente de Uniformização de Jurisprudência no âmbito dos TRTs, suscitado na forma do art. 896, § 4º, da CLT.

A análise do conjunto dessas normas revela claramente a opção por incorporar, no âmbito dos recursos trabalhistas e em total harmonia com o novo CPC recém-sancionado, a *teoria dos precedentes* já descrita neste trabalho e por consagrar, com absoluta clareza, o efeito *vinculante e obrigatório* das decisões uniformizadoras de jurisprudência tomadas pelos Tribunais em decorrência dos novos institutos, incidentes e procedimentos por elas introduzidos e aperfeiçoados, como se passa a demonstrar a seguir, com relação a cada um deles.

92 Conforme bem observa o Ministro Alexandre Agra Belmonte (In: O novo sistema recursal trabalhista [Lei n.º 13.015/2014]: influências do projeto do novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 29-30):

“O recurso repetitivo é mais um instrumento destinado a racionalizar a utilização do Judiciário. Por meio do exame de recursos representativos de igual controvérsia de massa, é apreciada uma tese destinada a servir de precedente para questões idênticas, por meio da técnica de processamento e julgamento por amostragem, para dar uniformidade aos julgamentos, concentrando a discussão num só órgão e contribuindo para a solução e diminuição do fluxo de casos que são encaminhados aos Tribunais Superiores.

Desta forma, em vez do recebimento descontrolado de recursos veiculando uma mesma tese capaz de ensejar soluções distintas, são selecionados um ou alguns recursos representativos de uma mesma controvérsia, destacando-os para julgamento e firmando a tese a ser seguida nos casos idênticos, o que importa em concentração da discussão e contribui para o descongestionamento. O julgamento do recurso repetitivo objetiva firmar um precedente para servir de paradigma aos demais casos.”

93 A versão definitiva desse Ato foi republicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 14.11.2014, em razão de erros materiais omissivos.

Em primeiro lugar, o Incidente de Uniformização de Jurisprudência no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho é hoje disciplinado de forma conjunta pelos §§ 3º, 4º e 5º do art. 896 da CLT, pelos arts. 3º a 6º do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST e por todos os artigos (1º a 8º) da Instrução Normativa nº 37/2015 do TST.

Como se sabe, esses dispositivos deixam claro que o Tribunal Superior do Trabalho não procederá ao julgamento imediato de nenhum recurso de revista interposto contra decisão regional publicada a partir de 23.09.2014, data da vigência da Lei nº 13.015, quando se constatar a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema dele objeto⁹⁴, devendo o relator de cada um desses processos determinar sua devolução à Corte de origem, ainda que suscitado IUJ sobre a mesma matéria e no mesmo Tribunal em outro processo, decisão que será comunicada por ofício do Ministro Presidente do TST aos demais Ministros da Corte, para que também suspendam o andamento dos outros processos com recursos de revista de sua relatoria (inclusive aqueles oriundos dos agravos de instrumento providos) que versem sobre idêntica questão jurídica (desde que tempestivos)⁹⁵.

Nos termos do art. 5º da Instrução Normativa nº 37/2015, “o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho”, ao ser cientificado dessas providências do TST, “antes de emitir juízo de admissibilidade em recurso de revista, deverá suscitar Incidente de Uniformização de Jurisprudência em todos os outros processos que tratam da mesma matéria, enquanto não uniformizada a jurisprudência interna, e sobrestar a remessa ao TST dos respectivos autos *até o julgamento do IUJ referente ao caso concreto e a reapreciação da questão no órgão fracionário prolator do acórdão originário recorrido*” (grifo nosso).

Da mesma forma, o art. 3º do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 também já havia sido expresso no sentido de que, “persistindo decisão conflitante com a

94 O art. 1º da Instrução Normativa nº 37/2015 considera *dissenso jurisprudencial sobre idêntica questão jurídica no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho tanto a discrepância subsistente de julgados entre órgãos fracionários da Corte, ainda que não uniformizada a matéria* (inciso I) quanto a *divergência subsistente de julgados entre órgão fracionário e o Tribunal Pleno ou o Órgão Especial em decisão uniformizadora, sumulada ou não, ainda que anterior à Lei nº 13.015/2014* (inciso II).

Para esta última hipótese, no entanto, o art. 3º do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST, em sua parte final, abriu uma exceção, ao dispor que os autos não deverão retornar à instância de origem para sua adequação ao precedente regional se este for conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho – caso em que, evidentemente, esse recurso de revista que houver sido interposto contra decisão regional que, apesar de conflitante com o precedente regional, na verdade estiver em consonância com o verbete jurisprudencial do próprio TST, simplesmente não será desde logo conhecido, por decisão monocrática do relator ou por decisão colegiada da Turma desta Corte Superior.

95 Art. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Instrução Normativa nº 37/2015.

jurisprudência já uniformizada do Tribunal Regional do Trabalho de origem, deverão os autos retornar à instância *a quo para sua adequação à súmula regional ou à tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho*”.

Ou seja, ficou claro que, nessa nova sistemática, todas as decisões regionais objeto de recurso de revista que não estejam em consonância com a decisão do respectivo Tribunal Regional do Trabalho proferida no Incidente de Uniformização Regional ou em decisão uniformizadora regional, sumulada ou não, ainda que anterior à Lei nº 13.015/2014⁹⁶, além de não poderem mais servir de paradigma para viabilizar o conhecimento de outros recursos de revista interpostos contra decisões proferidas por TRTs de outras Regiões, por divergência⁹⁷, deverão ser objeto de *retratação* pelo órgão fracionário que prolatou o acórdão originário recorrido.

Essa incisiva opção normativa, no sentido de emprestar os efeitos mais fortes e amplos possíveis ao efeito vinculante da decisão uniformizadora regional, não deve causar estranheza.

Além de a retratação corresponder à ideia central desse incidente, que é a de só se admitir, de agora em diante, que cada Tribunal Regional do Trabalho adote uma única posição acerca da *ratio decidendi* de uma idêntica questão jurídica (tomada pela maioria de seu órgão regimentalmente competente para a uniformização de sua jurisprudência), isso também corresponde com precisão à lógica da nova sistemática procedimental instituída pelo novo § 4º do art. 896 da CLT. Com efeito, esse estabelece que o relator de cada recurso de revista que tenha por objeto a questão jurídica idêntica sobre a qual subsista dissenso jurisprudencial regional ou decisão regional discrepante da decisão uniformizadora regional respectiva determine, em cada caso, o seu retorno (e não que este se limite a suspender o andamento de cada um dos demais processos que versem sobre o mesmo objeto, até que o primeiro IUJ seja julgado no TRT). É de se perguntar: se não fosse para que a decisão originária recorrida fosse reapreciada ou adequada à decisão uniformizadora local, qual seria o sentido de a lei determinar o retorno à origem de cada um desses processos?

Ademais, é preciso lembrar que todo este novo procedimento só se tornou necessário diante da enorme relutância dos Tribunais Regionais do Trabalho,

96 A não ser aquelas, repita-se, porventura em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do próprio Tribunal Superior do Trabalho, nos exatos termos da parte final do art. 3º do Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST, caso em que não será necessário que o relator do recurso de revista determine o retorno dos autos à origem, bastando que este não seja conhecido, em decisão monocrática ou colegiada.

97 É o que expressamente estabelece o novo § 6º do art. 896 da CLT.

antes da nova lei, de cumprirem o que já era expressamente previsto como seu dever pela antiga redação do § 3º do art. 896 da CLT, já existente desde a promulgação da Lei nº 9.756/98, ao estabelecer de forma expressa que deveriam eles proceder à uniformização de sua jurisprudência conflitante nos termos previstos no Código de Processo Civil de 1973, ainda nesta data em vigor, o que agora foi expressamente reiterado pelo novo art. 896-B da CLT.

Pois bem: o simples exame dos arts. 476 a 479 do CPC de 1973⁹⁸, que hoje ainda disciplinam a uniformização da jurisprudência nos Tribunais⁹⁹, permite concluir que, se os Tribunais Regionais houvessem observado a sistemática procedimental ali estabelecida, simplesmente não existiriam várias decisões regionais ainda divergentes sobre a questão jurídica objeto dos vários recursos de revista admitidos, já que o incidente, na sistemática do CPC, é sempre suscitado previamente à decisão do órgão (turma, câmara ou grupo de câmaras) para o qual o processo foi distribuído.

De qualquer forma, uma vez reconhecida a divergência e proferida a decisão uniformizadora pela maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, esta será objeto de súmula e constituirá *precedente* na uniformização de jurisprudência (CPC, art. 479, *caput*) e *dará a interpretação a ser observada* (CPC, art. 478) – ou seja, não se prevê (e nem seria logicamente possível prever) a possibilidade de o órgão fracionário que suscitou o incidente proferir decisão, no caso concreto, contrária ao que foi decidido pela maioria do tribunal (mesmo que, circunstancialmente, a maioria dos seus integrantes forme maioria contrária à formada no Tribunal como um todo). Como, portanto, seria possível suscitar todo esse procedimento em cada um dos processos trabalhistas, reconhecer-se e proclamar-se que só é possível se admitir a adoção de uma única *ratio decidendi* para determinada questão de direito controvertida, em cada Tribunal Regional do Trabalho (exatamente aquela adotada pela maioria de seus integrantes, em IUJ) e não se determinar a sua principal consequência lógica e jurídica, que seria a substituição da decisão fracionária dissonante, antes porventura proferida em cada processo?

O mesmo raciocínio foi adotado e também evidentemente se aplica, *mutatis mutandis*, para as decisões uniformizadoras proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho nos incidentes de assunção de competência pelo seu Tribunal Pleno (disciplinado pelo § 13 do art. 896 da CLT e pelo art. 7º do Ato nº

98 Os quais, repita-se, continuarão em vigor até o término da *vacatio legis* de um ano a contar de sua publicação oficial, do novo Código de Processo Civil de 2015, prevista em seu art. 1.045.

99 E que, a partir da vigência do novo CPC de 2015, será substituído pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, disciplinado em seus arts. 976 a 986.

491/SEGJUD.GP/2014 do TST)¹⁰⁰ e para as decisões proferidas pela Subseção de Dissídios Individuais I ou pelo Tribunal Pleno do TST no procedimento de julgamento de recursos de revista repetitivos (disciplinado pelos arts. 896-C da CLT e 8º a 21 do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST).

Uma vez proferidas as decisões uniformizadoras pelo Tribunal Pleno ou pela SbDI-1 do TST, tanto no julgamento dos recursos objeto do incidente de assunção de competência quanto daqueles recursos de revista repetitivos, essas *decisões paradigmas* necessariamente deverão ser observadas, em sua *ratio decidendi*, em todos os demais recursos e processos versando sobre idêntica controvérsia – tanto nos ainda pendentes de decisão quanto naqueles em que as decisões originárias objeto dos recursos de revista ou de embargos estejam em dissonância com o precedente firmado. É o que já hoje proclama expressamente o § 7º do art. 543-C do CPC de 1973 (claramente aplicável na esfera processual trabalhista pelo que estabelece o já citado art. 896-B da CLT)¹⁰¹, bem como reafirmaram expressamente os arts. 20 (sobre a decisão dos recursos sobrestados ainda não julgados)¹⁰² e 21 (sobre os processos suspensos em que já exista decisão recorrida objeto do recurso de revista relevante ou repetitivo)¹⁰³ do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST.

100 “Art. 7 Para os efeitos do § 13 do art. 896 da CLT, a afetação de julgamento ao Tribunal Pleno, em face da relevância da matéria, somente poderá ocorrer em processos em tramitação na Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho.

Parágrafo único. A afetação a que se refere o *caput* deste artigo não pressupõe, necessariamente, a existência de diversos processos em que a questão relevante seja debatida.”

101 “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (...)”

§ 7 Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:
I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça;

II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.” (destaque nosso)

102 “Art. 20. Decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos jurisdicionais respectivos declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese.”

103 “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;

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 grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior. (...)”

§ 3 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.”

É relevante ainda notar que este último artigo do referido ato regulamentador da Lei nº 13.015/2014, em seus §§ 1º e 2º, reiterando o que já estabelece o § 16 do art. 896-C da CLT, admite a possibilidade de o órgão que proferiu o acórdão recorrido em aparente dissonância com o entendimento adotado pela decisão paradigma manter o seu entendimento original, *mas somente se demonstrar ser o caso da existência de distinção* (o *distinguishing* da teoria dos precedentes do *common law*)¹⁰⁴ – o que obviamente quer dizer, *a contrario sensu*, que tal possibilidade lhe será vedada em qualquer outro caso.

Também o novo CPC traz disposições expressas que, quando entrarem em vigor, reforçarão sobremaneira esse efeito *vinculante* das decisões proferidas nos incidentes de julgamento de demandas repetitivas (em substituição, repita-se, ao atual incidente de uniformização de jurisprudência previsto no CPC de 1973)¹⁰⁵,

104 “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.”

“Art. 21 do Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST: (...)”

§ 1 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.”

105 “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 dos respectivos 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.

§ 1 Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. (...)”

Como se pode observar, a aplicação desse *incidente de resolução de demandas repetitivas* do novo CPC à esfera trabalhista também estenderá o efeito vinculante às decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho neles proferidas (o que mostra a importância da uniformização de seu entendimento, no âmbito de sua competência territorial). A única limitação, como não poderia deixar de ser, está no § 4 do seu art. 976, que estabelece ser incabível esse incidente “quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição da tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

Por outro lado, o efeito vinculante originalmente aplicável só na instância regional pela decisão do Tribunal local poderá espalhar-se por todo o território nacional por força do previsto no art. 987 do novo Código que, depois de estabelecer que da decisão proferida no julgamento de mérito desse incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, também dispõe expressamente, em seu § 2, que, se apreciado o mérito do recurso, “a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada em todo o território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.” Esse efeito, como é óbvio, também se aplicará à esfera processual do trabalho com relação às decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho ao julgar os recursos de revista interpostos contra as decisões dos TRTs nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, nos precisos termos do art. 769 da CLT e, a partir de então, também do art. 15 do novo diploma processual comum.

de assunção de competência¹⁰⁶ e de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos¹⁰⁷, para não falar dos próprios enunciados de súmula e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰⁸.

Também Fredie Didier Junior e Lucas Buril de Macêdo são incisivos ao só admitir que as demais instâncias não apliquem os precedentes produzidos pelas decisões uniformizadoras de jurisprudência dos Tribunais Superiores se for o caso de *distinção* ou de sua *superação* pelo próprio Tribunal que o consagrou anteriormente:

“Muito embora haja a previsão de manutenção da decisão do TRT em sentido contrário, nada obstante a prolação do julgamento de recursos repetitivos, é evidente que *não* é possível que tribunal intermediário mantenha sua decisão em contrário ao posicionamento do tribunal superior *sic et simpliciter*. Não. A desobediência acrítica pura e simples é vedada e não faz qualquer sentido à luz do devido processo legal, da estruturação do sistema recursal e da duração razoável do processo.

106 “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. (...)”

§ 3 *O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. (...)”*

107 Embora o art. 1.040 do novo CPC, ao prever em seu inciso II e em seu § 1 o reexame do processo de competência originária ou do recurso anteriormente julgado nos casos em que o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior e a possibilidade de manutenção do acórdão divergente pelo tribunal de origem não tenha sido suficientemente claro ao definir se isso será ou não sempre possível (ou seja, quando não for o caso de *distinguishing*), o já citado art. 988 do mesmo diploma processual é expresso, em seu inciso IV, ao prever que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para “garantir a observância (...) de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”, acrescentando ainda, em seu § 4, que as hipóteses previstas nesse inciso IV “compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondem”. Como efeito natural da procedência da reclamação, os arts. 992 e 993 do novo Código estabelecem, respectivamente, que “o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia”, devendo o presidente do tribunal determinar “o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente”.

108 Confirmam-se, a esse respeito, no novo CPC, os já citados arts. 489, inciso VI, e 927, *caput* e seu inciso IV. O primeiro deles, cumpre lembrar, considera desfundamentada a decisão judicial que “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”. Já o segundo dispõe que “os juízes e tribunais observarão (...) os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”, sendo fácil de concluir que, pela força combinada do art. 769 da CLT e do art. 15 do novo CPC, esse mesmo efeito beneficiará as súmulas (e orientações jurisprudenciais, por identidade de razões) do Tribunal Superior do Trabalho.

DOCTRINA

É indispensável que exista alguma circunstância autorizadora da resistência em alterar o *decisum*.¹⁰⁹

Para evitar que essas decisões de tão drásticos e importantes efeitos metaprocessuais sejam proferidas de modo apressado e sem um contraditório amplo e cuidadoso que abranja todas as questões de direito e de fato relevantes para a produção da *ratio decidendi* mais justa e abrangente possível, o novo sistema processual andou bem em prever vários mecanismos:

a) em primeiro lugar, esses incidentes não se limitarão unicamente ao julgamento do processo que deu origem ao requerimento de um dos julgadores competentes para propor a sua instauração; para permitir que sejam examinados outros processos que tragam novos elementos úteis para a prolação da decisão uniformizadora, está prevista a possibilidade de afetação de um ou mais recursos representativos da controvérsia para o seu julgamento conjunto, seja dentre aqueles já em tramitação no próprio Tribunal Superior, seja dentre os que ainda estejam tramitando no Tribunal de origem – ou seja, visa-se muito mais o julgamento da questão de direito que exige a uniformização do que o de cada processo individualmente considerado¹¹⁰;

b) para permitir o exame mais amplo e aprofundado possível de questões cuja relevância transcenda a pessoa dos litigantes de cada processo afetado ou que tenham conteúdo técnico-especializado mais intrincado, a discussão da matéria poderá ser ampliada por iniciativa do relator do Incidente, solicitando, aos Tribunais Regionais do Trabalho, informações a respeito da controvérsia¹¹¹, admitindo-se a manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples¹¹², ou ouvindo-se, em audiência pública, depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria¹¹³;

c) para assegurar que o precedente judicial produzido no incidente de uniformização tenha efeitos vinculantes os mais amplos possíveis e não permitir que frequentemente sejam proferidas futuras decisões sobre a mesma questão que não apliquem sua *ratio decidendi* apenas porque baseadas em fundamentos

109 DIDIER Jr., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n. 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, *op. cit.*, p. 158.

110 Vejam-se, nesse sentido, os §§ 1, 2 e 4 do art. 896-C da CLT e os arts. 8, segunda parte, e 11, inciso III, do Ato n. 401/2014 do TST.

111 Art. 896-C, § 7, da CLT.

112 Art. 896-C, § 8, da CLT.

113 Art. 16 do Ato n. 401/2014 do TST. Estas mesmas possibilidades também se encontram previstas no novo CPC de 2015, no seu art. 927, § 2, para a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos.

distintos daqueles examinados de forma fundamentada na decisão uniformizadora nele proferida, o conteúdo do acórdão paradigma deverá abranger a análise de todos os fundamentos suscitados à tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários¹¹⁴.

Como válvula de segurança contra o excessivo engessamento da jurisprudência provocado pelo efeito vinculante indubitavelmente conferido aos precedentes constituídos pelas decisões paradigmas dos Tribunais Superiores, foi prevista a possibilidade do uso, pelos julgadores dos casos futuros que tenham por objeto a mesma questão de direito objeto de uniformização, da técnica das distinções (como já se disse, o *distinguishing* do direito anglo-saxão) tanto pela Lei nº 13.015/2014, no âmbito trabalhista, quanto pelo novo CPC de 2015, no processo comum em geral¹¹⁵.

Previu-se, ainda, a possibilidade de revisão da decisão uniformizadora pelo próprio Tribunal que a tenha proferido (o denominado *overruling*, dos sistemas de *common law*), “quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica” (§ 17, primeira parte, do art. 896-C da CLT), sendo que o novo CPC também prevê que, nos casos de *revisão de tese* ou de *superação do entendimento* pelo próprio Tribunal que o adotou, os órgãos julgadores não ficarão obrigados a seguir a anterior decisão uniformizadora (arts. 489, inciso VI, 947, § 3º, 985, II, parte final, e 986 do CPC de 2015)¹¹⁶.

Merece, por fim, ser destacada, por sua extrema relevância, a possibilidade expressa de que a decisão de revisão da súmula ou do precedente judicial

114 Art. 17 do Ato n 401/2014 do TST, que antecipou o que também dispuseram, no mesmo sentido, o art. 983, § 2, com relação ao conteúdo do acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, e o art. 1.038, § 3, do novo CPC, com relação ao acórdão proferido no incidente de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

115 Vejam-se os já citados § 16 do art. 896 da CLT (o qual permite a não aplicação da decisão paradigma aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo em que aquela foi proferida) e o § 1 do art. 21 do Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST (que prevê a possibilidade de o julgador de outro processo não aplicar o precedente jurisprudencial “por se tratar de caso particularizado por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa”) e o inciso VI do art. 489 do novo CPC (que admite a possibilidade de não aplicação de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte desde que o julgador, em seus fundamentos, demonstre a existência de distinção no caso em julgamento).

Outra possibilidade de distinção (esta prévia ao julgamento de um processo afetado ao incidente de julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos) está prevista nos §§ 9 a 13 do art. 1.037 do novo CPC, o que também se previu, para idêntica situação no incidente de julgamento dos recursos de revista repetitivos, no art. 19 do Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST.

116 Para um aprofundado e empírico estudo das razões que levaram à alteração dos precedentes da Corte Suprema norte-americana na segunda metade do século XX por *overruling*, veja-se: BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare decisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

anterior pelo próprio Tribunal que os tenha produzido respeite “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” (§ 17 do art. 896-C da CLT), estando também previsto no novo CPC de 2015, em seu art. 927, § 3º, que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de recursos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”¹¹⁷⁻¹¹⁸.

Para que todos os precedentes judiciais possam ser validamente vinculantes, é, sem dúvida, indispensável a sua mais ampla divulgação possível, devendo os tribunais dar publicidade a eles, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores¹¹⁹.

VIRTUDES, RISCOS E PERSPECTIVAS DESSA PROFUNDA MUDANÇA DE PARADIGMA, NA ESFERA TRABALHISTA

De tudo o que até aqui se expôs, é possível concluir que uma nova e complexa fase se inaugura no direito processual brasileiro, tanto na esfera civil quanto na trabalhista, com a edição do novo Código de Processo Civil de 2015 e da Lei nº 13.015/2014, que veio alterar significativamente o tratamento dado pela CLT aos recursos trabalhistas. Na esfera do processo do trabalho, a intensificação dos filtros processuais para a admissibilidade dos recursos de natureza extraordinária e a introdução dos postulados e das técnicas próprias da

117 A mesma preocupação também se manifesta a seguir no § 4º do mesmo art. 927 do novo CPC, ao dispor que “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”.

118 Veja-se ainda: BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei n 13.015/2014, op. cit.*, p. 25 e 173-184, para maior aprofundamento sobre os efeitos vinculantes das decisões paradigmas proferidas no incidente de julgamento (por ele denominados “um verdadeiro efeito cascata”), a técnica de distinção (*distinguishing*) e a revisão ou superação, total ou parcial, dos precedentes vinculantes (*overruling* e *overriding*).

Também sobre as técnicas do *distinguishing*, do *overruling* e do *overriding* no direito norte-americano e no Supremo Tribunal Federal brasileiro, consultem-se ainda: DIDIER Jr., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho, op. cit.*, p. 146-152 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios, op. cit.*, p. 326-445.

Especificamente sobre o *overruling* ou a ab-rogação do precedente judicial em uma perspectiva eminentemente doutrinária, consulte-se: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, op. cit.*, p. 387-465.

119 Nesse sentido, vejam-se os arts. 6º e 22 do Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST e os arts. 3º e 7º da Instrução Normativa n 37/2015 do TST, bem como o art. 927, § 5º, do novo CPC de 2015.

denominada *teoria dos precedentes* constituem inegáveis virtudes, mas também suscitam riscos e desafios que não podem ser ignorados.

Do lado positivo, não se pode deixar de reconhecer que o novo sistema recursal trará um significativo reforço da autoridade das decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, em virtude do efeito vinculante conferido às suas decisões uniformizadoras de jurisprudência, pondo fim às excessivas fragmentação e oscilação dos entendimentos jurisprudenciais sobre as mesmas questões de direito, aumentando, na mesma proporção, a previsibilidade, a segurança jurídica e a efetividade na decisiva esfera do direito material do trabalho. Com isso, é de se esperar que sejam especialmente beneficiados os trabalhadores, ou seja, a parte hipossuficiente para a qual, afinal de contas, é editada a legislação trabalhista¹²⁰, na medida em que cada vez menos serão obrigados a recorrer à Justiça do Trabalho para obter o cumprimento de direitos constitucionais e infraconstitucionais que ainda hoje dependem de interpretações jurisprudenciais controvertidas e que, a partir de agora, contarão com a concretização assegurada pelos *precedentes vinculantes* instituídos pelo novo sistema processual.

Outra nota positiva desse novo sistema é, sem dúvida, a concretização do princípio constitucional da isonomia no campo das relações materiais trabalhistas e das decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho, na medida em que a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência dos tribunais sem dúvida assegurarão que, em última análise, casos substancialmente iguais realmente sejam tratados de forma igual, na aplicação das normas legais e constitucionais aplicáveis aos empregados e aos empregadores a elas submetidos.

Uma outra previsível consequência prática da uniformização e da estabilização da jurisprudência trabalhista em nosso país muito provavelmente será a substancial diminuição do número hoje excessivo de processos trabalhistas individuais desnecessários e repetitivos que inundam a Justiça do Trabalho, complementando e potencializando o efeito preventivo já produzido pelo *microssistema de tutela metaindividual* previsto no processo comum (Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor)¹²¹ e de indubitável e

120 Na medida em que os empregadores, que contam com a *autotutela* que lhes é assegurada pelo princípio constitucional que assegura a *livre-iniciativa* e, legalmente, pelo denominado *poder de direção empresarial*, via de regra prescindem da intervenção judicial para exercerem seus direitos, no dia a dia das relações empresariais e laborais.

121 Como se sabe, logo depois da promulgação da Constituição de 1988 foi editado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) que, além de disciplinar a tutela dos direitos e interesses dos consumidores tanto no plano individual quanto no plano metaindividual, estabeleceu um verdadeiro *microssistema de tutela dos direitos ou interesses coletivos*, ao dar, através de seu art. 110, nova redação ao art. 1.º da Lei da Ação Civil Pública (compatibilizando esse preceito com o princípio da

frequente aplicação subsidiária na esfera processual trabalhista. A nosso ver e ao contrário do que já se tem dito após a promulgação do novo CPC, no qual se introduziram os institutos de resolução das demandas e recursos repetitivos, esse *microsistema* subsiste integralmente, não havendo qualquer razão lógica ou jurídica para não se admitir a sua aplicação aos processos cíveis e trabalhistas em geral, devendo ser usado em combinação com esses novos e promissores instrumentos processuais.

Em outras palavras, os dois sistemas têm a mesma finalidade: permitir o tratamento molecular e isonômico, em um único processo ou em um único incidente processual, da questão de direito controvertida que o sistema processual tradicional só era capaz de enfrentar de forma atomizada em demandas individuais repetitivas, produzindo resultados frequentemente caóticos, incoerentes e imprevisíveis, incapazes de atender às necessidades de previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e justiça que a tutela jurisdicional de um verdadeiro Estado Democrático de Direito deve atender. A única e relevante diferença, evidentemente, é que o sistema de tutela metaindividual atua *preventivamente*, através de uma ou de poucas ações coletivas que, mediante substituição processual, enfeixarão nelas a defesa dos direitos de uma universalidade definida ou indefinida de substituídos, evitando ou tornando desnecessária a utilização, por estes, dos processos individuais, enquanto que os vários incidentes agora instituídos atuarão *curativamente*, após a inundação do Judiciário por essas numerosas, idênticas e repetitivas demandas individuais com idêntico objeto, concentrando num único procedimento a solução também unificada e isonômica da mesma questão de direito comum a todos esses processos. Os resultados dessas duas vias processuais, como é evidente, não se contradizem e nem atrapalham uma à outra, podendo, ao contrário, se combinadas, estancar e esterilizar essa avalanche de lides potenciais ou reais acerca da mesma questão de direito.

É de se observar ainda que o próprio incidente de assunção de competência previsto no novo CPC no seu art. 947 e, na esfera trabalhista, no novo § 13 do art. 896 da CLT c/c o art. 7º do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST,

não taxatividade da ação civil pública que já decorria do art. 129, III, da Constituição e ampliando consideravelmente o campo de abrangência dos direitos e interesses metaindividuais tuteláveis pela ação civil pública) e ao também acrescentar, por seu art. 117, novo art. 21 à mesma Lei n. 7.347/85 (estabelecendo que são aplicáveis, no que for cabível, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, os dispositivos do Título III do CDC, que disciplina exatamente a defesa individual e metaindividual do consumidor em Juízo).

Tem especial importância, nesse contexto, o disposto no art. 83 do CDC, que estabelece ser admissível toda e qualquer ação capaz de propiciar a adequada e efetiva defesa dos direitos e interesses protegidos por esse Código, individuais ou metaindividuais, o que agora obviamente se aplica a todos os direitos que contam com a via metaindividual para sua proteção.

além de seu efeito precípua e mais evidente de produzir um *precedente vinculante* (nos termos do inciso III de seu art. 927¹²² e do § 3º de seu art. 947¹²³) a respeito da questão de direito relevante objeto do recurso afetado, terá também, por sua própria natureza, *um efeito essencialmente preventivo*, na medida em que tal incidente é admissível quando o julgamento do recurso ou do processo de competência originária envolver relevante questão de direito com grande repercussão social, *mas sem repetição em múltiplos processos* (art. 947, *caput*, do novo CPC), o que equivale a dizer que ele será utilizado antes que se torne realidade a multiplicação e o afluxo, ao Judiciário, das numerosas demandas repetitivas acerca da relevante questão de direito que serão, em última análise, a justificativa de sua instauração.

O § 4º desse mesmo dispositivo é ainda mais claro ao salientar que esse instituto deverá ser usado para prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, quando ocorrer relevante questão de direito. Na esfera trabalhista e na mesma linha, o art. 7º do Ato nº 491/SEGJUD.GP/2014 do TST, ao tratar da afetação do julgamento ao Tribunal Pleno, em face da relevância da matéria, dos processos em tramitação na Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, também prevê a utilização desse mesmo instituto de forma preventiva, ao dispor, em seu parágrafo único, que “a afetação a que se refere o *caput* deste artigo não pressupõe, necessariamente, a existência de diversos processos em que a questão relevante seja debatida”.

Ao lado dessas inegáveis virtudes, o novo sistema recursal trabalhista enfrentará sérios riscos que, caso se tornem realidade, poderão produzir uma imensa frustração e graves distorções na prestação da tutela jurisdicional trabalhista a todos constitucionalmente prometida.

O primeiro e mais imediato perigo é, evidentemente, não se admitir e nem se aplicar, com a firmeza e a coerência necessárias, o *efeito vinculante* inerente às decisões uniformizadoras dos Tribunais Superiores, o qual é a base e a razão de ser do novo sistema de precedentes e sem o que todo o imenso esforço de racionalização do sistema recursal e de produção de decisões paradigmas redundará em nada, convertendo-se em um imenso desperdício de tempo e

122 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

III – *os acórdãos em incidente de assunção de competência* ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;”

123 “Art. 947. (...)”

§ 3 *O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.*”

de energia de todos os operadores do direito que dele participarem e de causa de uma enorme frustração de todos os jurisdicionados que tiverem tido seus processos suspensos pelo período de tempo necessário para a produção dos precedentes judiciais que tenham por objeto, no todo ou em parte, as matérias naqueles feitos discutidas.

Outro grave perigo que ameaça esse conjunto de inovações reside na falta de julgamento, no prazo para tanto fixado¹²⁴, dos incidentes de resolução de demandas e de julgamento de recursos repetitivos (na maior parte das vezes afetando vários outros pedidos iniciais cumulados que nada têm a ver com o pedido inicial objeto da decisão uniformizadora), tornando inútil a suspensão e determinando a retomada, como demandas individuais, dos processos afetados e de todos os outros numerosos processos trabalhistas que versem sobre as mesmas questões objeto dos incidentes de resolução de demandas e de julgamento de recursos repetitivos (na maior parte das vezes afetando vários outros pedidos iniciais cumulados que nada têm a ver com o pedido inicial a ser objeto da decisão uniformizadora). Além do já apontado desperdício de tempo e de energia de todos os interessados, com grave ofensa ao princípio constitucional que assegura a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), poderá também provocar a progressiva paralisia do sistema judiciário trabalhista, com resultados desastrosos não só para o direito fundamental de acesso à justiça como também para a própria efetividade dos direitos materiais trabalhistas.

Como também já se advertiu anteriormente, se as decisões uniformizadoras forem proferidas sem a adequada instrução do incidente respectivo, isto é, sem a seleção de um acervo suficientemente significativo e variado de casos idênticos capazes de abarcar a totalidade dos argumentos relevantes para a solução da questão controvertida e para o correspondente julgamento do litígio, correrá ela o risco de ser, por um lado, injusta e mal ajustada às peculiaridades fáticas e jurídicas da questão de direito a ser decidida e, por outro, inútil para

124 O Ato n 491/SEGJUD.GP/2014 do TST assim dispõe, a respeito do incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos disciplinado pelos arts. 896-B e 896-C da CLT:

“Art. 14. Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de um ano e terão preferência sobre os demais feitos.

§ 1 Não se dando o julgamento no prazo de um ano, cessam automaticamente a afetação e a suspensão dos processos.

(...)”

No novo CPC de 2015, o seu art. 980, quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas, e os §§ 4 e 5 do art. 1.037, quanto ao incidente de julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos também trazem disposições semelhantes (fixando o mesmo prazo de um ano para o julgamento dos incidentes, sob pena da automática cessação da afetação e da suspensão dos processos deles objeto).

sua finalidade precípua de tornar mais certo e previsível o conteúdo do direito material aplicável, em decorrência do correspondente e indevido aumento das possibilidades de *distinção* nas decisões proferidas em futuros casos idênticos com base em questões de fato ou de direito que não tiverem sido consideradas pela *decisão paradigma*, possibilitando que, nesses casos futuros, não seja aplicada a sua *ratio decidendi*.

Em sentido contrário, a utilização de enunciados demasiado genéricos e abstratos para sintetizar em súmula a *ratio decidendi* de cada precedente uniformizador (o qual, como se sabe, deve ser necessariamente ligado às circunstâncias fáticas peculiares e relevantes dos litígios que levaram à sua prolação)¹²⁵ acarretará o perigo oposto ao acima indicado, qual seja a uma indevida extensão da aplicação desses precedentes a casos que tenham por objeto fatos e litígios substancialmente diversos daqueles que serviram de base à sua edição, com as inevitáveis distorções e injustiças decorrentes, daí, evidentemente, a importância de que o enunciado da súmula seja fiel e bem ajustado à *ratio decidendi* dos precedentes (ou do precedente) que tiverem levado à sua edição e que seja sempre observada, para efeito de futura aplicação dessa súmula, a existência de identidade dos fatos relevantes que ensejaram o surgimento de controvérsia sobre a mesma questão de direito.

Por outro lado, uma aplicação demasiado literal, servil e automática dos enunciados dessas novas súmulas pelas demais instâncias judiciais, correspondente a uma ressurgida Escola da Exegese (agora baseada não nos textos da lei, mas sim nos textos dos enunciados da jurisprudência consolidada), também poderá empobrecer demasiadamente a atividade jurisdicional e impedir o surgimento e a aplicação de novas visões e entendimentos sobre as questões de direito já objeto desses precedentes, tornando, na prática, quase impossível que qualquer novo olhar sobre essas mesmas questões chegue ao exame e ao julgamento dos Tribunais Superiores, para que esses procedam, eventualmente, à *revisão ou à superação* desses entendimentos.

Resta, por fim, enfrentar uma última e não menos crucial questão suscitada pela adoção, no sistema recursal brasileiro (comum e processual do trabalho), da teoria dos precedentes e seu inevitável corolário, *o efeito vinculante* das decisões uniformizadoras da jurisprudência: os seus efeitos mais gerais necessariamente terão, em última análise, um sentido conservador, impedindo a livre-discussão das questões de direito e a futura adoção, pelos demais julga-

125 Exatamente por isso, aliás, o § 2º do art. 926 do novo CPC de 2015 corretamente estabelece que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

dores brasileiros, de posições mais avançadas e progressistas, com o objetivo de serem mais consentâneas com a evolução da sociedade?

Parece-nos que não necessariamente. Afinal, não é automático, nem absolutamente inevitável, que as decisões judiciais de primeiro e de segundo grau sejam mais avançadas que as proferidas pelos Tribunais Superiores e pelo Supremo Tribunal Federal, nem no Brasil e nem, muito menos, nos demais países de *civil* e de *common law*.

A experiência constitucional dos Estados Unidos da América pode servir de suporte a essa afirmação. Com efeito, embora em vários momentos de sua história a Corte Suprema norte-americana tenha proferido decisões marcadamente conservadoras¹²⁶, em outros, mais recentes, ela assumiu um papel até

126 Os mais marcantes exemplos do papel excessivamente conservador das decisões da Corte Suprema norte-americana, segundo sua doutrina mais autorizada, foram as decisões proferidas nos casos:

a) *Dred Scott*, de 1857, da lavra do Presidente da Corte Suprema *Roger B. Taney*, no qual a maioria sulista da Corte, não reconhecendo que *Dred Scott*, como ex-escravo foragido para um território da União onde a escravidão era proibida, mesmo assim não tinha perdido essa condição e, portanto, como não era um cidadão, não tinha direito de ação para pleitear o reconhecimento judicial de que tinha adquirido sua liberdade, proclamou inconstitucional uma lei do Congresso norte-americano que proibia a escravidão em todos os territórios federais situados ao norte do paralelo que formava a fronteira sul do Estado do Missouri, proclamando que o Poder Legislativo federal não tinha competência legislativa para tanto, concedida pela Constituição Federal; essa decisão, que indignou a opinião pública dos Estados do Norte, contribuiu significativamente para a polarização que acabou resultando, três anos depois, na eclosão da Guerra Civil entre os estados do Norte e do Sul norte-americanos;

b) *Lochner v. New York*, de 1905, no qual, por cinco votos contra quatro, em voto redigido pelo *Justice Rufus Peckham*, considerou-se inconstitucional uma lei do Estado de New York que estabelecia que, em certos tipos de atividades, incluindo panificadoras, nenhum empregador poderia exigir de seus empregados mais do que 60 horas de trabalho por semana, ao fundamento de que esta lei inconstitucionalmente interferia com a liberdade do empregador e do empregado de contratarem as condições que resolvessem livremente ajustar, liberdade que lhes seria garantida pela Cláusula do Devido Processo Legal substantivo da Décima Quarta Emenda à Constituição Federal norte-americana; nessa decisão, o voto da maioria descreveu leis como esta, “limitando o número de horas pelas quais homens adultos e inteligentes podem trabalhar para ganhar a vida”, como “meras interferências indevidas nos direitos do indivíduo”;

c) Uma sucessão de decisões, também por maioria de cinco votos a quatro, proferidas em 1935, da lavra do então Presidente da Corte Suprema *Charles Evans Hughes* (ex-candidato republicano à Presidência da República em 1916, derrotado pelo democrata Woodrow Wilson), que consideraram inconstitucionais várias leis propostas pelo Presidente Franklin Roosevelt (inclusive a lei que instituiu o *National Industrial Recovery Act* que, dentre outras medidas, limitava a competição econômica abusiva entre as empresas, proibia a elevação artificial dos preços dos seus produtos pela limitação deliberada de sua produção e assegurava aos trabalhadores norte-americanos a limitação da duração semanal de seu trabalho e um salário mínimo nacional) e aprovadas por ampla maioria pelo Congresso norte-americano como peças fundamentais do programa presidencial denominado *New Deal* que visava retirar o país da crise da Grande Depressão; o fundamento central dessas decisões foi de que elas significavam uma indevida interferência do Governo Federal nas atividades econômicas, o que estaria vedado pela cláusula da Constituição que assegura “a liberdade de comércio”.

Para uma detalhada descrição desses casos e de seu contexto histórico, político e jurídico, consulte-se a obra do Presidente da Corte Suprema norte-americana no período de 1986 a 2005 (após nela ter atuado como *Associate Justice* de 1972 a 1986): REHNQUIST, William H. *The Supreme Court, revised and updated*. New York: Vintage Books, 2002. p. 53-64, 107-108 e 116-119.

mesmo contramajoritário, mas acentuadamente transformador e progressista, julgando inconstitucionais várias leis estaduais e reformando várias decisões das demais instâncias da Justiça norte-americana que tinham um conteúdo fortemente conservador¹²⁷.

Em suma, estamos em nosso país, a partir de agora, ingressando em um terreno novo e desconhecido, mas não devemos simplesmente ignorar a profunda revolução conceitual e procedimental promovida pela nova sistemática dada aos recursos trabalhistas pela Lei nº 13.015/2014 e pela consagração da teoria dos precedentes, tanto por ela quanto pelo novo CPC de 2015.

O sucesso ou o fracasso dessa nova sistemática processual dependerá, principalmente, do uso ponderado, mas decidido, que os operadores do direito (advogados, membros do Ministério Público e magistrados) lhe derem, no dia a dia das lides forenses. Como já disse Anatole France, mais vale uma lei sofrível

127 Embora ao final da década de 30 do século passado a natural mudança na composição da Corte Suprema, com o passar do tempo, já tenha alterado substancialmente o sentido e o conteúdo de suas decisões, foi na década de 1950 que ela, sob a Presidência do *Chief Justice* Earl Warren (nomeado em 1953 pelo presidente republicano Dwight Eisenhower), assumiu um papel de claro *ativismo judicial* no combate às leis sulistas de segregação racial, bem como na defesa das liberdades civis, especialmente na decisão dos seguintes casos:

a) *Brown vs. The Board of Education*, de 1954, que representou a revisão (o *overruling*), por unanimidade, do precedente anterior de 1896 do caso *Plessy v. Ferguson* (no qual então se entendeu que as leis dos Estados do Sul, aprovadas após a sua derrota na Guerra Civil, determinando a segregação entre brancos e negros nos prédios e demais instalações públicas [como escolas ou restaurantes] não era inconstitucional por violar a Cláusula da Igual Proteção da Décima Quarta Emenda também aprovada ao final da Guerra Civil, desde que fossem iguais as condições e as instalações oferecidas a cada raça – a doutrina que ficou conhecida como *separados mas iguais*), em decisão redigida por *Earl Warren* sustentando que a segregação legalmente determinada em escolas públicas por si só e sempre violava a referida Cláusula da Igual Proteção, sendo, pois, inconstitucionais as leis dos Estados do sul que assim estabeleciam;

b) *Gideon vs. Wainwright*, de 1963, no qual precedente anterior também foi revisado (*overruled*) por unanimidade, para se proclamar que um acusado de crime em Cortes estaduais também tem direito a um advogado indicado pelo próprio julgador e pago pelos cofres públicos, assegurado pela Sexta Emenda à Constituição Federal a todos os acusados em Cortes federais que não tenham recursos financeiros para contratar um advogado;

c) *Heart of Atlanta Motel vs. United States*, de 1964, no qual, também por unanimidade, considerou-se constitucional a norma contida no *Civil Rights Act* (a importantíssima lei federal sobre direitos civis proposta por John Kennedy e sancionada por seu sucessor Lyndon Johnson que proibiu discriminação com base em raça, cor ou sexo em locais públicos e hotéis ou similares, bem como na contratação, promoção ou dispensa de empregados) que proibia a discriminação em locais públicos, hotéis e similares, considerando-a autorizada pela norma constitucional que autoriza o Congresso norte-americano a regular o comércio interestadual.

Também para uma descrição mais detalhada desses casos e de seu contexto histórico, político e jurídico, consulte-se a já citada obra do Presidente da Corte Suprema norte-americana: REHNQUIST, William H. *The Supreme Court, revised and updated*, *op. cit.*, p. 194-197 e 203-204; bem como RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969) – revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

DOCTRINA

aplicada por bons juízes do que o contrário. Acrescentava ele, ademais, que os juízes têm uma grande vantagem sobre as leis: estas são mortas; eles, vivos.

Em vez de simplesmente criticar as inovações aqui expostas, cumpre a todos os interessados em assegurar e em incrementar a efetividade das normas materiais trabalhistas e da tutela jurisdicional prestada pela Justiça do Trabalho brasileira se empenharem em fazer funcionar esse novo sistema da melhor forma possível, de modo a minimizar os riscos já apontados e a concretizar os seus generosos propósitos de proporcionar a todos os jurisdicionados a isonomia, a celeridade, a previsibilidade e a coerência nas decisões judiciais, notas características e essenciais do Estado Democrático de Direito a todos prometido pela Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 165, nov. 2008, p. 218-230.

Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual – segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio A. da; DEL NERO, Patrícia Aurélio (Edit.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: UFV, 2014.

BELMONTE, Alexandre Agra. O novo sistema recursal trabalhista (Lei nº 13,015/2014): influências do projeto do novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 17-40.

BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei nº 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare decisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DOCTRINA

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra, Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1982, p. 233-245.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. In: COELHO, Inocêncio Mártires et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho, 2012, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília, 2013.

DALAZEN, João Oreste. Apontamentos sobre a Lei nº 13.015/2014 e impactos no sistema recursal trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 204-263.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, Gabriela Neves. A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. *Revista LTr*, v. 72, n. 05, maio 2008, p. 563-569.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 06, jun. 2006, p. 657-667.

DIDIER Jr., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei nº 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 143-195.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista: teoria geral*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

GALANTER. Why the “Haves” come out ahead: speculations on the limits of legal changes (Por que só os que têm são beneficiados? Especulações sobre os limites das reformas judiciárias). *Law and Society Review*, v. 9, 1974.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada – controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. A súmula vinculante sob a ótica de juizes de 1ª instância: um estudo exploratório. In: PESSÔA, Leonel Cesarino (Org.). *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: LTr, 2007.

DOCTRINA

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. O precedente judicial em paralelo à súmula vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico. *Revista de Processo*, v. 234, ago. 2014, São Paulo: RT, p. 275-301.

LIMA, Firmino Alves. A Lei nº 13.015/2014 como introdutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 112-142.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, v. 234, ago. 2014, São Paulo: RT, p. 303-327.

_____. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 237, nov. 2014, p. 369-401.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições do *civil law* e da *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, n. 172, jun. 2009, São Paulo: RT, p. 175-232.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. O recurso de revista e a Lei nº 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 106-203.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003.

MENEZES, Mauro de Azevedo. *Constituição e reforma trabalhista no Brasil: interpretação na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Proteção coletiva aos direitos trabalhistas. *Revista trabalhista: direito e processo – Anamatra*, São Paulo: LTr, v. 35, nov. 2010, p. 72-86.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n. 02, 2001, p. 151-162; e In: *Trabalhos da Escola Judicial do TRT da Terceira Região*, 2001, Belo Horizonte. *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região*. Belo Horizonte: Escola Judicial do TRT da 3ª Região, 2001, p. 305-334.

DOUTRINA

_____. A conciliação na esfera trabalhista – função, riscos e limites. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014.

_____. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi. *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica. In: BARROS, Alice Monteiro de. *Compêndio de direito processual do trabalho – obra em memória de Celso Agrícola Barbi*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002; *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 54, jul. 1994/jun. 1995, p. 245-248.

_____. Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; FATTINI, Fernanda Carolina; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Costa (Coord.). *O que há de novo em direito do trabalho – homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas do CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Mauricio Godinho; BORJA, Cristina Pessoa Pereira (Coord.). *Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004; *Revista do TRT da 15ª Região*, São Paulo: LTr, n. 24, jun. 2004, p. 199-255 e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 6, ns. 11 e 12, 1º e 2º semestre de 2003, p. 100-153.

_____; PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Uma execução trabalhista efetiva como meio de se assegurar a fruição dos direitos fundamentais sociais. In: ÁVILA, Ana; RODRIGUES, Douglas Alencar; PEREIRA, José Luciano de Castilho (Org.). *Mundo do trabalho – atualidades, desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2014.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court, revised and updated*. New York: Vintage Books, 2002.

Relatório Geral da Justiça do Trabalho – 2013, Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST – CESTP, Brasília, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969) – revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

DOCTRINA

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 11, nov. 2005, p. 1.287-1.303.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, nov. 2010, p. 9-52.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, jun. 2009, p. 121-174.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.