

O SISTEMA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS E O MICROSSISTEMA DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA NO PROCESSO DO TRABALHO

José Roberto Freire Pimenta*

1 – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO E A LEI Nº 13.015/2014

É absolutamente consensual, entre os doutrinadores e demais operadores do direito de nosso país, que uma das mais profundas e significativas inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro (aprovado pela Lei nº 13.105, de 16.03.2015, alterado pela Lei nº 13.256, de 04.02.2016, e que entrou em vigor, depois de uma *vacatio legis* de um ano, em 18.03.2016) foi a adoção do *sistema de precedentes judiciais obrigatórios* e do denominado *microssistema de litigiosidade repetitiva* (composto pelos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e de julgamento dos recursos de natureza extraordinária repetitiva).

Tais inovações, na verdade, já haviam, em boa parte, sido antecipadas na esfera processual trabalhista pelas significativas alterações no sistema recursal disciplinado pelos arts. 893 a 901 da Consolidação das Leis do Trabalho

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; doutor em Direito Constitucional pela UFMG e professor adjunto III da Faculdade de Direito da PUC Minas, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho; integrante da Comissão de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho constituída pelo seu então Presidente, Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, com a finalidade de elaborar a proposta da Instrução Normativa nº 39 do TST, aprovada por sua Resolução nº 203, de 15.03.2016, que dispôs sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho de forma não exaustiva.*

promovidas pela Lei nº 13.015, de 21.07.2014¹, e por sua regulamentação no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho².

A questão que de imediato se colocou na data da vigência do novo CPC é se esses *sistemas* são ou não aplicáveis ao processo do trabalho e, em caso afirmativo, se de forma integral ou apenas parcial, na medida em que seu art. 15 (que não revogou os arts. 769 e 889 da CLT) reafirma que, na ausência de normas que regulem processos trabalhistas, suas disposições ser-lhes-ão aplicadas não só de forma subsidiária (como já ocorria, por força das referidas normas processuais trabalhistas), mas também de forma *supletiva*. Foi esse o problema fundamental que se procurou equacionar na Instrução Normativa nº 39/2016, aprovada pela Resolução nº 203, de 25.03.2016, do Órgão Especial do TST³.

Como ficou expresso em seus *considerandos* e em sua Exposição de Motivos, para atender à exigência de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e aos órgãos da Justiça do Trabalho e com o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento de desejável celeridade, nela pretendeu-se identificar apenas questões polêmicas e algumas das mais relevantes inovações do novo Código de Processo Civil. Para tanto, a referida norma busca expressar, *ainda que de forma não exaustiva*, o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho sobre os preceitos do referido Código considerados *não aplicáveis* (art. 2º da IN nº 39), *aplicáveis* (art. 3º) e *aplicáveis em termos*, isto é, com as necessárias adaptações (os demais referidos na IN a partir de seu art. 4º). Como não poderia deixar de ser, o fio condutor dessa

-
- 1 Sobre o tema, vejam-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. 204-263; PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei n. 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *A nova lei de recursos trabalhistas: Lei n. 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015. p. 25-70; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 95-162; PIMENTA, José Roberto Freire. A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015. p. 225-267.
 - 2 Vejam-se o Ato n. 401/SEGJUD.GP, de 23.09.2014, da presidência do TST e a Resolução n. 38/2015, aprovada pela Resolução n. 201 do Órgão Especial do TST, de 10.11.2015, publicada no DEJT de 17.11.2015.
 - 3 Essa norma teve origem no trabalho da Comissão de nove Ministros constituída pelo ainda então Ministro-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho Antônio José de Barros Levenhagen e integrada pelos Ministros João Oreste Dalazen (Coordenador), Ives Gandra da Silva Martins Filho, Aloysio Corrêa da Veiga, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Waldir Oliveira da Costa, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, Alexandre de Souza Agra Belmonte e Cláudio Mascarenhas Brandão, com o propósito de examinar os profundos impactos do novo CPC no processo do trabalho e desde logo definir o posicionamento do TST a respeito, na medida do possível e sem esgotar a matéria.

norma foi somente admitir a invocação subsidiária ou supletiva do novo CPC se houver, de forma cumulativa, omissão (total ou parcial) das normas processuais trabalhistas sobre a matéria, mas também se existir compatibilidade das normas processuais do novo CPC com as normas e princípios do direito processual do trabalho.

Especificamente com relação aos temas objeto deste trabalho (que serão examinados de forma detalhada a seguir), a Comissão buscou “transpor para o processo do trabalho as inovações relevantes que valorizam a jurisprudência consolidada dos tribunais” (Exposição de motivos, *in fine*), o que fez de maneira expressa ao proclamar *aplicáveis por inteiro* ao processo do trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do novo Código que regulam os temas da *fundamentação da sentença* (art. 489, com as adaptações previstas no art. 15 da referida IN), da *força da jurisprudência dos Tribunais* (arts. 926 a 928), do *incidente de assunção de competência* (art. 947 e parágrafos), da *reclamação* (arts. 988 a 993) e, com as necessárias adaptações e restrições desde logo explicitadas nos arts. 7º e 8º da IN nº 39, do *julgamento de improcedência liminar do pedido* (art. 332 do CPC, em parte) e do *incidente de resolução de demandas repetitivas* (arts. 976 a 986 do CPC, com as adaptações dos §§ 1º a 3º do referido art. 8º).

É ainda relevante observar que os próprios arts. 896-B e 896-C da CLT (introduzidos pela Lei nº 13.015/2014) já haviam disciplinado, na esfera recursal trabalhista, o *incidente de recursos de revista repetitivos*, com expressa determinação, no primeiro desses preceitos consolidados, de aplicação à esfera trabalhista, no que couber, das normas processuais civis relativas aos recursos extraordinário e especial repetitivos⁴.

2 – A CRISE DA JUSTIÇA E AS CAUSAS DA CRESCENTE INEFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL TRABALHISTA NO BRASIL

Para bem compreender a profundidade da mudança de paradigma promovida pelas recentes reformas do processo civil e do processo do trabalho

4 Embora o art. 896-B da CLT, como não poderia deixar de ser, tenha feito referência expressa às normas da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (o Código de Processo Civil em vigor na data da promulgação da Lei nº 13.015/2014 que o introduziu), o art. 1.046, § 4º, do novo CPC estabelece expressamente que “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”, o que equivale a dizer que, no caso do *incidente dos recursos de revista e embargos repetitivos* (regulamentado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, repita-se, pela sua Instrução Normativa nº 38/2015), ser-lhe-ão aplicáveis, no que couber, os arts. 1.036 a 1.041 do novo diploma processual comum.

brasileiros quanto à *força dos precedentes judiciais* em nosso país, é preciso, antes de mais nada, compreender o que levou os legisladores a essa verdadeira aposta no desconhecido.

Como já temos descrito de forma reiterada em trabalhos anteriores⁵ e embora isso também esteja ocorrendo nos outros ramos do Poder Judiciário brasileiro, a denominada *crise da justiça* tem assumido proporções dramáticas na esfera trabalhista nas últimas décadas. Com efeito, o simples exame dos dados estatísticos da Justiça do Trabalho, em geral, e dos seus Tribunais, em particular, tem revelado, ao longo dos últimos anos, uma verdadeira explosão de demandas, que não para de crescer a cada ano e que dá origem a um número muito maior de processos judiciais do que o que ocorre em outros países de igual expressão econômica e social. Em outras palavras, o número de processos judiciais em andamento no Brasil é hoje maior que a capacidade operacional dos órgãos do Poder Judiciário constitucionalmente competentes para sua adequada e tempestiva apreciação e julgamento, e, a cada ano, o número de processos novos aumenta de forma geométrica, em proporção maior que o aumento apenas eventual e meramente aritmético do número de juizes e servidores correspondentes (os quais, é de justiça reconhecer, têm-se esforçado, com competência, crescente produtividade e sacrifício de sua vida pessoal e familiar, para dar conta dessa demanda progressiva).

Se nas instâncias ordinárias trabalhistas as denominadas *taxas de congestionamento* não param de aumentar (tanto na fase de cognição quanto na decisiva fase da execução), na esfera recursal extraordinária as estatísticas são ainda mais alarmantes, comprometendo de forma gradativa a capacidade do Tribunal Superior do Trabalho de exercer, com a necessária celeridade, sua

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.; A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei n. 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *Op. cit.*, p. 27-30; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho, op. cit.*, p. 97-100; A força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philipp; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Op. cit.*, p. 225-227.

função constitucional de órgão uniformizador da jurisprudência trabalhista em todo o território nacional⁶.

Vive-se hoje, portanto, uma situação paradoxal: de um lado, o sistema judiciário mostra-se incapaz de absorver o crescente número de processos ajuizados por ano, 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, nos quais as dificuldades de acesso aos serviços judiciais por setores desassistidos e carentes da população inibem a realização da plena cidadania.

Esse é um fenômeno que tem causas múltiplas e inter-relacionadas, que se alimentam de forma recíproca e exponencial.

6 São oportunas e acertadas, a esse respeito, as lúcidas considerações do Juiz do Trabalho da 15ª Região Firmino Alves Lima (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), ao tratar especificamente da *ratio* que justifica a adoção do procedimento de julgamento dos recursos repetitivos:

“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 congestionaria 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 encontra pacificada, 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 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 ao 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.”

A ciência processual mais autorizada⁷ 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 direitos isoladas, e para as quais tanto o estudo e a dogmática quanto os sistemas judiciários tradicionais foram construídos e desenvolvidos; (b) *coletiva*: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, patrocinados por legitimados extraordinários (Ministério Público, associações representativas, entidades sindicais, etc.); e (c) *em massa ou de alta intensidade*: que dá margem à propositura de *ações repetitivas ou seriais*, as quais 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 citados, já que as controvérsias individuais de caráter apenas 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 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 de dar uma resposta célere, efetiva e adequada para as lesões repetitivas aos denominados *direitos individuais homogêneos* que constituem o seu objeto⁸ e que só o novo e alternativo canal processual das ações coletivas ou metaindividuais tem capacidade de proporcionar⁹.

7 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.

8 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*”.

9 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 (entre 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. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi (Coord.). *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. 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.

Na mesma linha, o i. magistrado trabalhista Marcos Neves Fava aponta, entre as diferentes espécies de direitos que são tradicionalmente objeto da atuação da Justiça do Trabalho brasileira por meio de dissídios individuais, o grupo dos direitos trabalhistas comuns, os quais 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 reiterada ao ordenamento trabalhista, a proteção apenas pelo canal processual 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 das leis¹⁰.

A outra face desse mesmo problema se manifesta na existência, também bem conhecida na esfera trabalhista (e não apenas nas Justiças Comum, Estadual e Federal, nas causas de interesse dos consumidores), dos denominados *litigantes habituais*¹¹, que, na Justiça do Trabalho, 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. O simples exame das estatísticas anuais indicadoras dos nomes dos reclamados e dos seus respectivos ramos de atividade permite identificar com facilidade esse tipo de litigante e perceber que são eles, em grande parte, os grandes responsáveis pelo assoberbamento que grassa na Justiça Trabalhista de nosso país.

10 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).

11 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, Mart. 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. 2, 2001, p. 151-162; e Trabalhos da Escola Judicial do TRT da 3ª Região. Belo Horizonte, 2001. *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte: Escola Judicial do TRT da 3ª Região, 2001. p. 305-334.

E por que isso ocorre em nosso país? 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 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 demasiado complexas, abrangentes e detalhadas (o que, por sua vez, aumentaria artificialmente o número de controvérsias e inibiria a sua solução pelas vias da transação individual e coletiva)¹². 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, em princípio, a intervenção do Estado-juiz), bem como a utilidade de racionalizar e modernizar as normas legais trabalhistas para tornar clara e inuidosa, 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 tolerável¹³.

Nessa perspectiva, é fácil concluir que chega a ser elementar a causa fundamental de tão elevado número de litígios trabalhistas (sendo relevante

12 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, assegurados pela Constituição a todos os jurisdicionados que dele necessitem e que, por isso mesmo, não deve necessariamente dar lucro, nem mesmo ser autossustentável do estrito ponto de vista financeiro. 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, excessivamente dispendiosa para o orçamento federal, diante 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.

13 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 e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da*

observar que sua grande maioria termina, na fase de cognição, com uma sentença de procedência integral ou parcial dos pedidos iniciais dos reclamantes): é que, no Brasil, as normas materiais trabalhistas deixam de ser espontaneamente cumpridas 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 é vantajoso, ou não, cumprir a lei trabalhista¹⁴. Isso não ocorre apenas no Brasil – nos países desenvolvidos, os agentes econômicos e institucionais com certeza também operam e atuam movidos por objetivos similares e com base em 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 descumprí-la. *Essa é, a nosso ver, a questão essencial.*

Constituição – fundamentos de uma dogmática 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.”

- 14 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 anteriores¹⁵, hoje, o verdadeiro problema do direito do trabalho em nosso país é *a falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista* (que torna muito vantajoso, do ponto de vista econômico e 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 com rigor suas obrigações trabalhistas, legais e convencionais¹⁶.

- 15 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*, op. cit., p. 201-202; e *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, op. cit., 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; 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.

- 16 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 aquele que as descumprir, 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

DOCTRINA

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, por absoluta falta de melhor alternativa, só lhes resta cumprir a lei, 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, em especial 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 Juizes do Trabalho de todos os graus de jurisdição continuarão sufocados e angustiados pela avalanche interminável de processos individuais, repetitivos e, em boa parte, incapazes de prestar a tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente prometida a todos os jurisdicionados.

Somam-se a essa causa fundamental outros fatores que, incidindo de forma acumulada, sem dúvida também contribuem para a multiplicação de demandas individuais trabalhistas no Brasil: a) o caráter cíclico e recorrente das crises econômicas que assolam o país; b) a fragilidade histórica e atual das entidades sindicais brasileiras (em especial no polo dos trabalhadores), a qual se reflete em sua estrutura e em seu funcionamento notoriamente deficientes e nos baixíssimos índices de sindicalização, comprometendo, por sua vez, a eficácia de sua atuação no campo das negociações coletivas e na assistência aos trabalhadores que integram as respectivas categorias profissionais nas demandas individuais de seu interesse; e c) a complexidade e a frequente ambiguidade da redação das normas materiais trabalhistas (heterônomas e autônomas), que também contribuem para o seu baixo índice de cumprimento espontâneo.

O efeito negativo desse estado de coisas, porém, não incide apenas no campo processual, com o comprometimento da eficiência da máquina judiciária. É que, no campo do direito material, as generosas promessas da Assembleia Nacional Constituinte relativas aos *direitos constitucionais sociais*, que se consubstanciaram na Constituição Democrática de 1988, acabam não se con-

do descumprimento consciente e generalizado das normas constitucionais, legais e administrativas em 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.

cretizando no dia a dia e no campo decisivo da realidade empírica de cada um dos cidadãos e jurisdicionados.

Se a Justiça do Trabalho mostra-se cada vez menos capaz de assegurar aos trabalhadores destinatários das normas constitucionais e legais trabalhistas, a tempo e a modo, o mesmo e específico resultado útil que lhes teria sido proporcionado caso essas normas houvessem sido cumpridas por inteiro por seus empregadores e destinatários no momento devido, tal situação, além de configurar o já denunciado incentivo ao descumprimento massivo e deliberado dessas normas, acarretará, na prática, um indevido rebaixamento do patamar mínimo desses direitos materiais e do próprio direito do trabalho em nosso país. Este, na esfera do *ser*, não corresponderá àquilo que está normativamente assegurado ao conjunto dos trabalhadores brasileiros, na esfera do *dever-ser*.

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*, também estabelecido em favor de todos os jurisdicionados, em contrapartida à genérica proibição estatal da autotutela.

A contrario sensu, quanto mais efetiva for a atuação da Justiça do Trabalho ao proferir suas decisões e em assegurar o seu cumprimento integral e em tempo oportuno, mais poderosa será sua atuação como instrumento indutor do futuro cumprimento, pleno e espontâneo, das normas trabalhistas por seus destinatários, com a previsível diminuição significativa do número excessivo de demandas judiciais (como já aconteceu nos outros países mais desenvolvidos), quebrando-se esse verdadeiro *círculo vicioso* que, nas últimas décadas, tem aprisionado tanto os trabalhadores quanto os operadores do direito do trabalho comprometidos com a sua efetividade¹⁷.

17 Esta situação em que os direitos humanos de segunda geração (ou os direitos sociais constitucionalmente assegurados), assim como os demais direitos em abstrato consagrados nas normas infraconstitucionais trabalhistas (legais e coletivas), são reduzidos à triste condição de meras promessas demagógicas feitas pelos legisladores às grandes massas caracteriza aquilo que os constitucionalistas da atualidade, como, por exemplo, Luís Roberto Barroso (*Interpretação e aplicação da Constituição* – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 280), têm, de forma incisiva, denominado de *hipocrisia constitucional e legal*.

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 conhecido na

3 – A INSTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O REAL SENTIDO DAS NORMAS DE DIREITO MATERIAL COMO OUTRO IMPORTANTE FATOR DE ENFRAQUECIMENTO DA SUA EFETIVIDADE E DA CORRESPONDENTE TUTELA JURISDICIONAL

Há, no entanto, um outro fator importantíssimo que, nos últimos anos, tem contribuído de forma decisiva para o fenômeno, que acabamos de descrever, de enfraquecimento da efetividade das normas materiais do trabalho em nosso país, por sua vez decorrente do já descrito fenômeno da *litigiosidade em massa ou de alta intensidade*, que tem inundado de forma crescente o Poder Judiciário com um verdadeiro dilúvio de processos repetitivos, que veiculam demandas individuais versando sobre controvérsias essencialmente iguais: a instabilidade da jurisprudência a respeito do real sentido dessas normas de direito material, a qual se reflete na enorme variação do conteúdo das milhares de decisões judiciais sobre casos iguais em sua substância, quanto às questões de direito que constituem o seu objeto.

Como já tivemos a oportunidade de observar em trabalhos anteriores¹⁸, uma possível e recomendável solução, já predisposta pelo legislador processual brasileiro desde as décadas de 80 e 90 do século passado, seria a utilização intensiva e prioritária do denominado *microssistema de tutela dos direitos ou interesses coletivos ou metaindividuais*. Como se sabe, foi ele instituído em princípio para a proteção específica, mediante ações coletivas, dos direitos ou interesses metaindividuais dos consumidores (mediante todo o Título III do Código de Defesa do Consumidor, constituído por seus arts. 81 a 104, e, especialmente, por meio de seu art. 83, que dispõe ser admissível toda e qualquer ação capaz de propiciar a adequada e efetiva defesa dos direitos e interesses protegidos por aquele Código, a título individual ou coletivo, mas com acerto

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*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. nota 138. p. 68).

18 PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de; FERNANDES, Nadia Soraggi (Coord.). *Tutela metaindividual trabalhista: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo*. São Paulo: LTr, 2009. p. 9-50; PIMENTA, José Roberto Freire. Tutela metaindividual trabalhista e efetividade da jurisdição. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; FERNANDES, Nadia Soraggi; CARVALHO, Ricardo Wagner Rodrigues de (Org.). *Tendências do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 178-213. 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.

generalizado a todos os casos de defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais pelos arts. 110 e 117 do mesmo CDC, que, respectivamente, deram nova redação ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e acrescentaram novo art. 21 a essa mesma Lei¹⁹).

Por seu intermédio, é mesmo possível, por meio de um autor que não seja o titular dos direitos ou dos interesses que se pretende defender em juízo, mas a quem o ordenamento jurídico atribui a *legitimidade ativa* para ajuizar a ação metaindividual correspondente, enfrentar as *lesões em massa* de forma unificada e sem necessidade de depender da iniciativa de cada um dos numerosos indivíduos atingidos pela conduta alegadamente ilícita do réu ou dos réus. Como é hoje consensual, esse canal processual alternativo e concorrente com as demandas iniciais de cada um dos interessados tem o potencial de obter uma solução mais rápida, preventiva e mais onerosa para aquele que tenha descumprido de forma coletiva o ordenamento jurídico, além de proporcionar uma solução única para todas as situações individuais litigiosas decorrentes daquela controvérsia, atendendo também, por seu intermédio, à exigência constitucional de isonomia. Essa alternativa processual coletiva, no entanto, apesar dos bons resultados que tem produzido de forma pontual ao longo das últimas décadas, em decorrência da iniciativa do Ministério Público e das associações e sindicatos aos quais a lei atribuiu a correspondente legitimidade ativa *ad causam*, não se mostrou, por muitas e complexas razões, capaz de substituir por inteiro as demandas individuais repetitivas e com idêntico objeto que são, na atualidade, o maior fator do comprometimento da efetividade do sistema judiciário nacional, na esfera comum e na esfera trabalhista, e que se passará a examinar em seguida.

É preciso, antes de mais nada, entender por que a multiplicação de demandas repetitivas, com idêntico objeto, gera uma intolerável instabilidade jurisprudencial.

Em primeiro lugar, é preciso afirmar, com todas as letras, que isso não é culpa dos magistrados que julgam essas ações, em um sistema em que a jurisprudência (e os enunciados de súmulas e orientações jurisprudenciais decorrentes de sua uniformização) tinha, até agora, valor apenas *persuasivo*.

É que a excessiva variação dos entendimentos dos magistrados e dos Tribunais do Trabalho para casos e processos iguais é uma consequência natural e quase inevitável do novo papel que os juízes, mesmo nos países filiados aos *sistemas jurídicos romano-germânicos* como o nosso (tradicionalmente baseados na prevalência e na centralidade das leis como fonte principal do direito

19 E que é expresso ao estabelecer que são aplicáveis, no que for cabível, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, os dispositivos do Título III do CDC, o qual, como já mencionado, disciplina exatamente a defesa individual e metaindividual do consumidor em juízo.

aplicável, pelos julgadores, para a solução dos litígios), foram levados a assumir, a partir da segunda metade do século passado, nas sociedades democráticas de massas e em um ambiente pós-positivista (ou neoconstitucionalista), não se tratando desse fenômeno, absolutamente, de manifestação de indevido *ativismo judicial*, com ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes e ao princípio da legalidade, por meio de exercício arbitrário e abusivo de verdadeiro poder legiferante em suas decisões judiciais.

Foi a combinação de dois fenômenos que transformou o juiz dos dias de hoje de mera *bouche de la loi* (a “boca da lei” preconizada por Montesquieu, pelo Estado Liberal de Direito e pelo positivismo jurídico) em um (a) *juiz concretizador* das normas constitucionais e dos direitos fundamentais num ambiente pós-positivista e em um (b) *legislador intersticial ou subsidiário*, que tem o dever de aplicar normas constitucionais ou legais que são *princípios* ou que, sendo *regras*, possuem redação *polissêmica ou ambígua* ou, então, que estão repletas de *conceitos vagos* e de *conceitos jurídicos indeterminados* cujo sentido final ele deverá completar em cada caso concreto, diante das suas circunstâncias e peculiaridades.

O primeiro desses fenômenos (o impacto do *constitucionalismo pós-positivista* nos sistemas romano-germânicos da atualidade) é bem descrito por Luiz Guilherme Marinoni:

“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.

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

DOCTRINA

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.”²⁰

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 a 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 concretizante. Em tais casos, o juiz torna-se um verdadeiro *centro de produção normativa*²¹.

Esse primeiro fenômeno, portanto, já aumenta de modo exponencial 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 (e, assim, muito mais genéricas, flexíveis e meramente indicativas, por conseguinte 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.

Em segundo lugar, 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.

De início, a própria redação das leis, hoje, não mais corresponde à clareza, à coerência lógico-sistêmica e à completude das *normas-regra* contidas nos Códigos do período de apogeu dos Estados Liberais de Direito, editadas

20 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 67.

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

por Parlamentos muito diferentes das casas legislativas de agora, nas quais a disputa democrática entre vários partidos representativos de diferentes filiações ideológicas e de distintos grupos de interesse com frequência tem levado à edição de normas legais muitas vezes fragmentárias, contraditórias com outros diplomas legais e com uma redação pouco clara e incompleta (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 nacional²², ou, em outros casos, a promulgação de diplomas legais com redação deliberadamente genérica ou até mesmo ambígua (que terá sido, com toda certeza, a única capaz de obter o número de votos necessários para sua aprovação no Parlamento), que tem o evidente efeito de adiar o embate entre os vários grupos de interesse antagônicos afetados pela nova legislação por meio da transferência de sua decisão final 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 inserido²³. Ao mesmo tempo, constata-se uma crescente *judicialização* de casos sobre matérias que, antes, não eram objeto de disputas judiciais. É com base nessa 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

22 Como é o caso, no Brasil, 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.

23 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 (de forma mais específica 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 crescentemente 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 pôde prever e disciplinar.

Em tal quadro, o legislador, se 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 dia a dia, sendo impossível que o legislador anteveja todas essas necessidades. Dessa forma, o direito, para que 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, passa a adotar poros por meio dos quais a realidade social pode penetrar e que lhe 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 *microsistemas normativos*) para regular situações específicas que envolvem, como seus titulares, grupos e posições sociais determinados que exigem tutelas material e processual diferenciadas.

Mas isso não é o principal: em segundo lugar, a própria forma de legislar sobre essas situações teve que mudar profundamente para enfrentar o perigo, crescente 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 generalizado 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 convém, 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*.²⁴

Luís Roberto Barroso, por sua vez, é também 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.”²⁵

As *cláusulas gerais*, de sua parte, são um conceito mais amplo e complexo do 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 *normas-princípio*)²⁶. Elas criam uma ponte entre as palavras da lei e o sentido mais amplo de justiça que existe na comunidade²⁷.

24 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) *relevância do fundamento da demanda* do § 3 do art. 461 do CPC de 1973; d) *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* do art. 273, I, do mesmo CPC ou *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.

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

26 São exemplos de *cláusulas gerais* consagradas na legislação atual as expressões: a) *função social da propriedade*; b) *poder de direção empresarial*; e c) *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 (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.*, texto e nota 95. p. 153).

27 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.

A aplicação das leis contendo conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais aos casos concretos de litígios submetidos à apreciação e ao julgamento dos juízes dá aos mesmos, como é óbvio, 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 Direito²⁸. 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 correspondente seja regularmente submetido ao Poder Judiciário, se estas normas materiais não tiverem a natureza de *regra* suficiente para regular, por si só, o litígio, a completa e específica realização da vontade concreta da lei apenas ocorrerá depois da atuação *criativa*, em última análise, dos juízes de cada causa (ou seja, do Estado-juiz), ainda que só para *complementar* o sentido das normas constitucionais e legais aplicáveis.

Resumindo tudo o que até aqui se disse, 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*); em seguida, interpreta-se e aplica-se a lei respectiva, mas apenas como as primeiras normas de regulação dos fenômenos sociais; a seguir, quando isso não é suficiente (o que ocorre com frequência cada vez maior, pelos motivos aqui expostos), 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 – isto se fará de modo espontâneo pelas próprias partes interessadas (como ocorre na imensa maioria dos casos, na normalidade das relações sociais) ou, em substituição da vontade destas, pelo juiz (quando, nos casos de conflitos intersubjetivos de interesses, surgir a lide posta em juízo, que exigirá do Estado-juiz a prestação da tutela jurisdicional efetiva, constitucionalmente prometida)²⁹.

28 Na feliz e expressiva síntese de Marinoni (*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”.

29 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” (*Precedentes obrigatórios*, *op. cit.*, nota 130 p. 91.).

DOCTRINA

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”³⁰.

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*³¹ 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 concreto³².

Em outras palavras, somente nesses casos em que o ordenamento constitucional e legal se mostra insuficiente para regular determinada relação social 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, portanto, é a de um *legislador intersticial* que, na feliz colocação de Teresa Arruda Alvim Wambier³³, 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.

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

31 Sobre o princípio de interpretação constitucional da *supremacia da Constituição*, vejamos, 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.

32 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.” (*Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 160)

33 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. 137-139.

O que hoje se reconhece como legítimo e não só admissível, mas também exigido pela própria Constituição, 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 aplicáveis ao litígio editadas pelo poder constituinte ou pelo Poder Legislativo, *construindo* a norma que ao final de todo esse processo hermenêutico vai regular o caso concreto, à luz das suas circunstâncias fáticas peculiares.

Em tais situações, a decisão judicial que configura um *precedente* ou o conjunto de decisões judiciais em determinado sentido predominante, proferidas pelos Tribunais constitucionalmente competentes para firmar *a melhor interpretação* para determinada norma constitucional ou legal que se aplica a certa *questão de direito*, torna-se, sim, *fonte primária do direito*.

Repita-se: um sistema jurídico que, ao exigir do juiz que aplique normas constitucionais de natureza principiológica para concretizar direitos fundamentais e leis contendo *conceitos jurídicos indeterminados* e *cláusulas gerais ou abertas*, na verdade lhe confere e reconhece o poder e a responsabilidade de criar novas normas jurídicas para os casos concretos que completem as primeiras. Se assim é, isso não acarreta obrigatoriamente que, para casos iguais, haja uma multiplicidade de normas jurídicas individuais de diferentes sentidos, geradas apenas pela natural variação de entendimentos de numerosos e distintos julgadores.

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: a de ordenar e de regular as relações sociais.

Outro perigo correlato é a consagração do chamado *decisionismo judicial* que o pospositivismo 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 sequer cogitar da possibilidade de aplicar o 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 norma, como sempre foi o seu papel tradicional nos sistemas de direito romano-germânicos), mas, por meio 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 *sentido único de uma norma jurídica* que hoje é, na maioria das vezes, genérica, principiológica e que exige sua complementação mediante uma *interpretação concretizadora* do Poder Judiciário³⁴.

4 – OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES OU OBRIGATÓRIOS COMO REMÉDIO PARA A EXCESSIVA INSTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

Embora o modelo de súmulas e orientações jurisprudenciais meramente *persuasivas*, pioneiramente adotado, entre nós, pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em 1963, tenha trazido resultados positivos no sentido da aceleração e da racionalização da atividade de todos os Tribunais brasileiros, mostrou-se incapaz, nos últimos anos, de evitar essa instabilidade da jurisprudência em relação aos processos repetitivos, provocando o tratamento desigual a litigantes em situação jurídica essencialmente igual e atuando como mecanismo de retroalimentação e de perenização do ajuizamento de novas demandas com esse mesmo objeto.

É este o perigo principal que a adoção de todas essas técnicas hermenêuticas e legislativas destinadas a ampliar o espaço de atuação do julgador nos

34 Lucas Buril de Macêdo, depois de observar que os precedentes judiciais são importantíssimos para garantir razoabilidade ao direito, considera-os de modo expresso *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 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.*” (O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 237, nov. 2014, p. 373-374)

Estados Democráticos de Direito contemporâneos faz surgir: a possibilidade de uma mesma situação jurídica substancial regulada de modo apenas parcial pelas normas constitucionais e legais gerar, em uma enorme multiplicidade de casos concretos iguais, interpretações judiciais diversas, com resultados também diferentes para os litigantes de cada processo³⁵. A ofensa ao princípio constitucional da igualdade (ou da isonomia), aqui, é evidente e não é diminuída (sendo, na verdade, exacerbada) pela circunstância de que terá ocorrido justamente no âmbito do Poder Judiciário³⁶.

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

35 Discorrendo sobre a necessidade da previsão, na lei, de mecanismos que assegurem a *uniformização da jurisprudência* e que evitem o que, de forma pejorativa, se denomina de *loteria judiciária*, há muito já advertia José Carlos Barbosa Moreira que a simples existência de uma pluralidade de órgãos judicantes estatais que têm que enfrentar iguais questões de direito para enunciar teses jurídicas em idêntica matéria gera a possibilidade de que, num mesmo instante histórico, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, aplicando-se teses jurídicas divergentes ou até opostas a espécies semelhantes. Para ele, essa estabilização da jurisprudência, portanto, visa evitar que se comprometa a *unidade do direito* e que se semeiem, entre os membros da comunidade, o descrédito e o ceticismo quanto à efetividade da garantia constitucional do acesso à justiça, tratando-se de evitar, por seu intermédio e 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* (Comentários ao Código de Processo Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. p. 5).

36 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”.

DOCTRINA

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.”³⁷

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 aumentam, 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 iguais em sua substância estimula a persistência e a expansão da litigiosidade.

Especificamente na esfera juslaboral, é forçoso concluir que, se diferentes juízes e Tribunais trabalhistas interpretam de modo distinto as mesmas normas legais, os titulares do mesmo direito material delas objeto terão, na prática, resultados diversos, embora como resultado da 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. A mesma autora, mais recentemente, observou, de forma concisa, que “quanto mais flexíveis são os parâmetros que orientam as decisões do juiz, maior é a relevância de que se respeitem as decisões dos Tribunais Superiores”³⁸.

É preciso também que se perceba que os efeitos gravemente anti-isonômicos de decisões judiciais divergentes sobre a mesma questão de direito e, principalmente, sobre litígios repetitivos em sua essência iguais, também do ponto de vista fático, não afetam apenas os empregados que são partes em cada um desses processos. Também os empregadores serão por igual afetados: como esperar que um deles cumpra certas normas trabalhistas no sentido pretendido por seus próprios empregados (o que, certamente, lhe será mais oneroso) depois de ver que seus concorrentes as aplicam 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?

37 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de processo, op. cit.*, p. 144 e 146.

38 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 261.

DOCTRINA

Em uma economia de mercado de massas, de acirrada competição e que privilegia a livre-iniciativa, a instabilidade e a conseqüente imprevisibilidade do entendimento judicial sobre as normas trabalhistas em vigor naturalmente levam os empregadores delas destinatários a não cumprirem de forma espontânea (ou melhor, a cumprirem o menos possível) as obrigações trabalhistas sobre as quais ainda haja controvérsia razoável (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 adotem sempre a linha interpretativa menos favorável possível a seus empregados, aguardando que estes, se quiserem, 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.

Mesmo nos sistemas jurídicos que não adotaram o modelo de precedentes (ou súmulas) obrigatórios ou vinculantes, a necessidade de se obter uma única interpretação para as mesmas questões de direito subjacentes aos numerosos litígios de idêntico objeto (evitando a disfunção causada pela multiplicidade de decisões judiciais divergentes sobre a mesma controvérsia e o estilhaçamento do sentido das normas de direito material em vigor, em múltiplos e divergentes entendimentos a seu respeito) levou ao estabelecimento de uma estrutura hierarquizada de seu Poder Judiciário, com a criação dos denominados *Tribunais de Superposição*, acima dos órgãos jurisdicionais ordinários de primeiro e de segundo grau de jurisdição (que, no Brasil de hoje, são os Tribunais Superiores e, no ápice dessa estrutura piramidal, o Supremo Tribunal Federal).

Competentes para julgar, precipuamente, os recursos *de natureza extraordinária*, desempenham eles três funções primordiais:

a) a *função nomofilática*, pela qual buscam assegurar, por suas decisões, que a lei seja interpretada e aplicada de uma só maneira, exata e uniforme, tal como proclamado por esses mesmos Tribunais (prestigiando-se, assim, a igualdade, a previsibilidade e a eficiência na prestação jurisdicional);

DOCTRINA

b) a *função uniformizadora da jurisprudência*, mediante a qual se busca controlar a interpretação e a aplicação da lei pelos vários julgadores das instâncias ordinárias, a fim de se evitar o caos na jurisprudência, assegurando, para os *mesmos* fatos relevantes das numerosas controvérsias judiciais, o *mesmo* significado da *mesma* lei; e

c) a *função paradigmática (persuasiva ou vinculante)*, por meio da qual as decisões desses *Tribunais de Superposição* (o STF e os Tribunais Superiores) servem de *precedentes* e, em alguns casos, *firmam jurisprudência* para orientar o julgamento dos casos futuros iguais ou análogos pelos demais magistrados e Tribunais (e também o julgamento desses mesmos Tribunais em casos futuros análogos – em decorrência da denominada *eficácia horizontal* dos precedentes).

Foi exatamente nessa terceira função que o novo Código de Processo Civil promoveu uma profunda alteração no modelo processual brasileiro, com base na constatação de que o anterior modelo de *súmulas meramente persuasivas* fracassou – a partir de agora, atribuiu-se, com muita clareza, efeito *obrigatório ou vinculante* para os *precedentes* e os *enunciados de súmula* a eles correspondentes, como se passará a demonstrar em seguida³⁹.

5 – O MODELO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS ADOTADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo CPC, de 08.06.2010, ficou expressa sua preocupação central com a tutela da segurança jurídica e com a uniformidade da jurisprudência. Ali se disse expressamente 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 suas atuações com fundamento na orientação dada pelos Tribunais. Conforme se observou, a insegurança nas decisões judiciais ‘gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade’.”

39 Hermes Zaneti Junior (Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de [Coord.]. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 410-411) é incisivo ao afirmar que

“o direito processual civil brasileiro acertou ao reconhecer formalmente, no texto legal, a força normativa dos precedentes. Com isto, tornou-os obrigatórios e vinculantes, induzindo a passagem do direito jurisprudencial – vinculado apenas à lei e ao livre-convencimento do juiz, na sua falta – para o direito de *precedentes*, no qual os juizes e os Tribunais são responsáveis por suas escolhas, escolhas que irão vincular a si e aos seus pares no futuro; portanto, não são mais ‘livres’, se é que um dia o foram.”

Depois de várias modificações do anteprojeto no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, a versão final do novo Código de Processo Civil acabou por inserir os dispositivos principais sobre o sistema de precedentes obrigatórios nas disposições gerais de seu Título I (*Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais*), do Livro III (*Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais*) da Parte Especial do Código.

O papel central dos precedentes obrigatórios para a consecução dos escopos centrais do novo sistema está consagrado nos arts. 926 a 928 do referido Código⁴⁰.

O primeiro deles⁴¹ 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 Buriel 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 da qual será inadmissível que qualquer Tribunal sustente mais de um entendimento simultaneamente, uniformizando o mais rapidamente possível suas eventuais decisões divergentes;

b) *estabilidade* – pela 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 da qual não se admitirá que os Tribunais assumam posicionamentos inconsistentes e conflitivos, devendo manter sua jurisprudência racional, por meio de precedentes que levem em conta o

40 Aplicáveis por inteiro ao processo do trabalho (art. 3, XXIII, da Instrução Normativa n. 39/2016 do TST). O primeiro desses preceitos consagra de modo expresso o dever dos Tribunais brasileiros de manter a uniformidade e a estabilidade de sua jurisprudência.

41 “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.”

que antes já foi por eles decidido a respeito e que sua modificação se faça de maneira justificada e sem contradições; e

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 todo, sem contradições e consistente, exigindo-se, em decorrência, que os desvios particulares ou as mudanças desses precedentes sejam específica e solidamente justificados.

Tratando do mesmo tema, Hermes Zaneti Junior define o dever de a jurisprudência observar sua *coerência/consistência em sentido estrito*, compreendida esta como a não contradição com as decisões anteriores do mesmo julgador, do mesmo Tribunal e do mesmo ordenamento jurídico, e o dever de manter a sua *integridade/coerência em sentido amplo* (ou *integridade*), compreendida como a conformidade da decisão com a unidade do ordenamento jurídico como um todo (art. 926, *caput*), e, ao mesmo tempo, o caráter normativo da norma precedente (arts. 927, § 1º, e 489, § 1º, VI)⁴².

A seguir, o § 1º do citado art. 926 estabelece que esses precedentes judiciais configuradores da jurisprudência dominante desses Tribunais deverão ensejar a edição, por esses órgãos judiciários, de *enunciados de súmula*, distanciando-se claramente do modelo de precedentes obrigatórios adotado pelos países do *common law*⁴³.

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 expressivos⁴⁴, o citado preceito se equivoca ao confundir as *súmulas* com os *precedentes*

42 ZANETI Jr., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes, *op. cit.*, p. 415.

43 Isso porque, 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.

44 Por todos: 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 (p. 386), 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; e ABOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 165, nov. 2008, p. 218-230.

*judiciais*⁴⁵. 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 em que foram gerados) como textos genéricos e abstratos que, por isso mesmo, 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*⁴⁶, teria um viés autoritário, que impediria a atuação do direito pelos demais órgãos jurisdicionais, dos quais se passaria a 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 editarem esses enunciados de súmulas, atenham-se às *circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*, tende a atenuar esse problema, por vincular os verbetes de jurisprudência consolidada aos fatos relevantes que serviram de suporte à adoção da *ratio decidendi* desses preceden-

45 Para Lucas Buril de Macêdo, a *jurisprudência* (termo de enorme maleabilidade semântica) não se confunde com o *precedente judicial*. Enquanto a teoria dos precedentes trabalha com base na importância de uma única decisão para a produção do direito, respeitados determinados requisitos, reconhecendo o importante papel do Judiciário para a criação de normas, a força normativa da jurisprudência, em sentido contrário, pressupõe a inexistência de relevância da decisão em sua unidade, mas a autoridade somente se apresentaria a partir de um grupo de precedentes e, mais ainda, da repetição de julgados no mesmo sentido.

Daniela Pereira Madeira cita quatro acepções do termo *jurisprudência*, pelos seus diferentes graus de eficácia: no sentido técnico-jurídico da expressão, é “a coleção ordenada de acórdãos, consonantes e harmônicos sobre determinada matéria, no âmbito de uma dada justiça ou de um dado Tribunal”; *jurisprudência dominante* (embora nem sempre expressa em um enunciado formalmente aprovado pelo Tribunal respectivo) é próxima, em seus efeitos processuais, do conceito de *súmula* (O novo enfoque dado à jurisprudência e à sociedade moderna. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT. v. II. p. 335-345).

As *súmulas* são, tradicionalmente, o “instrumento de revelação da jurisprudência dominante ou pacificada” de um determinado Tribunal, como estava previsto no CPC de 1973 no incidente de uniformização de jurisprudência; agora, para a teoria dos precedentes do novo CPC, elas são o extrato da *ratio decidendi* de seus *precedentes*, devendo estar necessariamente ligadas aos fundamentos determinantes de fato e de direito dos casos que lhes deram origem e ser, com eles, conjuntamente interpretadas.

46 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. 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, *op. cit.*, p. 24-25.

tes⁴⁷. 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. 927⁴⁸ 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 Superiores⁴⁹ (inciso III) quanto nos casos em que forem aplicáveis as súmulas do STF, em matéria constitucional, 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).

47 Ou seja, a súmula serve exatamente para explicitar, de forma densa e concisa, a *ratio decidendi* ou *holding* (para os norte-americanos) do(s) precedente(s) que deverá ser aplicada para os casos futuros substancialmente iguais, o que pode ser uma vantagem em relação ao sistema do *common law*, no qual são os julgadores dos casos subsequentes àquele em que se firmou o *precedente* que, em cada caso futuro, terão que extrair a *ratio decidendi* do *leading case*, o que pode também gerar resultados não uniformes na sua aplicação subsequente por julgadores diferentes.

48 “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*.”

49 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*”.

Esse efeito vinculante ou obrigatório dos precedentes é ainda mais reforçado no art. 311, II, do novo CPC⁵⁰, quando esse prevê, como uma das hipóteses de concessão da denominada *tutela de evidência*, a *existência de tese favorável ao requerente firmada pelos Tribunais Superiores em julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante*. No mesmo sentido, a improcedência liminar dos pedidos iniciais prevista no art. 332 do novo CPC⁵¹ é autorizada desde que, além de ser dispensável a fase instrutória, a pretensão do autor *contrarie enunciado de súmula do STF ou de STJ, acórdão proferido por esses Tribunais em julgamento de recursos repetitivos ou em incidente de resolução de demandas repetitivas, ou enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local*. Ademais, nos termos do § 4º do art. 496 do mesmo Código⁵², a remessa necessária não se efetivará se a sentença estiver fundada em súmulas ou acórdãos proferidos em sede de resolução de demandas repetitivas ou em julgamento de recursos repetitivos.

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”. Em tais casos de modificação ou de superação do

50 Aplicável por inteiro ao processo do trabalho (art. 3 , VI, da Instrução Normativa n 39/2016 do TST).

51 Aplicável ao processo do trabalho com as necessárias adaptações, nos termos do art. 7 da Instrução Normativa n 39/2016 do TST, *in verbis*:

“Art. 7 Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do art. 332 do CPC, com as necessárias adaptações à legislação processual trabalhista, cumprindo ao juiz do trabalho julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior do Trabalho (CPC, art. 927, inciso V);

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4);

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de Tribunal Regional do Trabalho sobre direito local, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que não exceda à jurisdição do respectivo Tribunal (CLT, art. 896, b, a *contrario sensu*).

Parágrafo único. O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência.”

52 Também aplicável por inteiro ao processo do trabalho (art. 3 , X, da Instrução Normativa n 39/2016 do TST).

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 CPC⁵³, de sua parte, 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 dispor 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”⁵⁴.

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 a existência de *distinção* no processo em julgamento (*distinguishing*) ou de *superação ou revisão 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*), ou seja, 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 – eis aqui, com todas as letras, o denominado *efeito obrigatório ou vinculante dos precedentes judiciais*.

Outro poderoso reforço da autoridade das decisões dos Tribunais Superiores que configurarem *precedentes obrigatórios*, também previsto no novo Código de Processo Civil (já com a nova redação dada pela Lei nº 13.256, de

53 Também aplicável por inteiro ao processo do trabalho (art. 3, IX, da Instrução Normativa n. 39/2016 do TST).

54 É relevante notar que o art. 1.013 do novo CPC estabelece em seu § 3, inciso IV, que, quando o Tribunal, ao julgar apelação, decretar a nulidade de sentença *por falta de fundamentação* (ou seja, em todas as hipóteses previstas nos incisos I a VI do § 1º do seu art. 489), deverá decidir desde logo o mérito, se o processo estiver em condições de imediato julgamento – ou seja, deverá o Tribunal, nesses casos, aplicar desde logo o enunciado de *súmula, jurisprudência ou precedente* invocado pela parte que não foi aplicado pelo julgador de primeiro grau sem invocar *distinção* para tanto.

04.02.2016), consistirá no uso generalizado do instituto da *reclamação*, disciplinado nos seus arts. 988 a 993⁵⁵.

Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público (art. 988, *caput*) para garantir a autoridade das decisões do Tribunal (inciso II) e a observância de *enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade* (inciso III) e de *acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência* (inciso IV), assim como, *a contrario sensu* do que estabelece o inciso II do § 5º desse mesmo artigo, também para assegurar a observância de *acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos*, desde que esgotadas as instâncias ordinárias. Esta reclamação pode 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 anteriormente 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 seu seguinte 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).

Diante de todos esses dispositivos do novo Código, todos eles subsidiária e supletivamente aplicáveis ao processo do trabalho (alguns com as necessárias adaptações, nos termos dos artigos já indicados da Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho), não pode restar nenhuma dúvida

55 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.

de que é inteiramente aplicável, na esfera trabalhista, o sistema de *precedentes obrigatórios ou vinculantes* aqui delineado⁵⁶.

6 – A OPERACIONALIZAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Estabelecida a plena aplicabilidade, à esfera trabalhista, do modelo de precedentes obrigatórios instituído pelo novo CPC, é preciso agora definir os critérios para sua boa aplicação.

Em outras palavras: a) em que consiste, exatamente, o precedente judicial? b) qual é a parte do precedente que realmente vincula? c) como se estabelece se determinado precedente é ou não aplicável a um caso futuro aparentemente igual ou semelhante? d) em que medida é possível distinguir entre *questões de fato* e *questões de direito*, para aplicar ou não um precedente a casos futuros?

Para começar, é preciso compreender qual é o conteúdo de uma decisão judicial, qualquer que seja. A esse respeito, a Juíza Federal e Mestre em Direito Processual pela UERJ 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.”⁵⁷

56 Apesar de alguns ilustres doutrinadores já terem afirmado que, a seu ver, é inconstitucional a atribuição, por lei ordinária, desse *efeito vinculante ou obrigatório* aos precedentes judiciais (e às súmulas a eles correspondentes, nos termos do § 2º do art. 926 do novo CPC), não foi essa a conclusão a que chegou a Comissão de Ministros que elaborou a proposta que resultou na Instrução Normativa nº 39/2016, devendo, evidentemente, a palavra final a respeito ser oportunamente proferida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no exercício da competência constitucional que para tanto lhe foi conferida. Para um exame dos fundamentos favoráveis à constitucionalidade das normas processuais civis, aqui já apontadas, que consagraram esse tão discutido efeito, veja-se, por todos: ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes* – teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 366 e ss.

57 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. p. 529-530.

Ninguém põe em dúvida que *like cases should be treated alike* (casos iguais ou parecidos devem ser tratados do mesmo modo). Porém, *o que torna os casos iguais?*

É indispensável, para bem responder a essa relevante questão, compreender qual é a parte ou o elemento da decisão que, constituindo um precedente para as decisões futuras de casos semelhantes, terá efeito *vinculante*: de pronto, é preciso salientar algo absolutamente incontroverso a esse respeito – não é toda a decisão que gerará o precedente que vinculará os futuros julgadores que decidirem casos iguais ou 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 a introdução do *sistema de precedentes obrigatórios*, não teve correspondente no direito processual brasileiro, mas a cujo respeito a doutrina processual dos países de *common law* já se aprofundou bastante, 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*, também 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, em princípio, pode-se afirmar 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 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.”⁵⁸

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*⁵⁹, 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, 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 Mello⁶⁰, os dois principais métodos adotados nos países de *common law* para definir e, assim, identificar e delimitar a *ratio decidendi* dos precedentes⁶¹:

58 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.*, texto e nota 32, p. 133.

59 *Stare decisis et non quieta movere* – respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido (Black).

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

61 É preciso salientar uma vez mais que esses métodos são mais necessários nos sistemas do *common law*, nos quais o Tribunal que emite a decisão que se tornará o *precedente com efeito obrigatório* para os casos futuros iguais ou similares não aprova um enunciado de súmula que servirá exatamente para sintetizar a sua *ratio decidendi* (ao contrário do que agora estabelecem os já citados §§ 1 e 2 do art. 926 do novo CPC brasileiro), obrigando os demais julgadores desses futuros casos a extrair ou a deduzir de todo o seu conteúdo aquela parte essencial (os seus *fundamentos determinantes*, na dicção do inciso V do § 1 do art. 489 do CPC) que realmente será aplicável e terá *efeito vinculante* para a decisão dos casos futuros semelhantes. No atual sistema brasileiro, a aprovação de um enunciado de súmula correspondente ao entendimento predominante fixado nos precedentes torna, em princípio, mais fácil e uniforme a sua aplicação aos casos subsequentes semelhantes (embora, por outro lado, suscite novos riscos e problemas, como se analisará mais adiante).

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 precedente⁶².

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 importantes⁶³.

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 fundamentação⁶⁴.

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 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*

62 Parece-nos, ao menos numa primeira análise, que esse *método fático-concreto* é mais restritivo, porque exige uma maior identidade fática entre o precedente e os casos subsequentes para que a *ratio decidendi* do primeiro lhes seja aplicável.

63 Ao contrário do que ocorre com o primeiro método aqui exposto, o *método abstrato-normativo* tende a produzir resultados mais ampliativos, por seu caráter dedutivo (pois extrai, dos fatos relevantes da primeira controvérsia, uma regra de direito que, por seu caráter abstrato, será mais facilmente aplicável a casos futuros cujos fatos controvertidos não sejam necessariamente os mesmos do caso que constituiu o precedente).

64 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.*, texto e nota 11. p. 529.

DOCTRINA

do precedente tem efeito vinculante ou obrigatório (o que ali se denomina como 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 forma⁶⁵, 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*; e

b) o método de *Goodhart*, que, dando maior ênfase aos fatos da causa⁶⁶, propõe que a sua *ratio decidendi* seja determinada mediante a verificação dos fatos tratados como fundamentais (ou *materiais*, na expressão usualmente utilizada no *common law* em tal contexto) pelo juiz, de modo 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, assegurando que, no futuro, fatos *relevantes* similares recebam o mesmo tratamento jurídico pelos julgadores⁶⁷.

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, por meio 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, possível analisar os seus *motivos determinantes* ou a sua *ratio decidendi*, os quais terão os efeitos vinculantes que o sistema processual lhes atribuir, com profundos e transformadores

65 Correspondendo, em certa medida, ao método *abstrato-normativo retro* descrito.

66 Desse modo identificando-se, em boa parte, com o método *fático-concreto* acima referido.

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

efeitos nos regimes da coisa julgada e da eficácia *erga omnes* dessas decisões paradigmáticas⁶⁸.

É de grande relevância notar que o novo Código de Processo Civil de 2015 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*”⁶⁹.

Exatamente nessa mesma linha também se posicionou a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, ao tratar do conceito de *precedente* para os efeitos do art. 489 do novo CPC, nos seguintes termos:

“Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:

I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se ‘precedente’ apenas:

a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1.046, § 4º);

b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

c) decisão do Supremo Tribunal do Trabalho em controle concentrado de constitucionalidade;

d) tese jurídica prevaiente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);

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

69 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.

e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho.

II – para os fins do art. 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*).”

Convém, por derradeiro, sofisticar um pouco mais a análise para evitar aplicações mecânicas e simplistas dos métodos acima expostos: em que medida é possível distinguir entre *questões de fato* e *questões de direito* para aplicar ou não um precedente a casos futuros?

Como bem observam Lenio Streck e Georges Abboud⁷⁰, “o mero juízo de identificação entre casos, tida como *semelhança entre fatos*, não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente”, pois não existe uma separação cirúrgica entre a *questão de fato* e a *questão de direito* imaginada pela dogmática tradicional. Salientam eles, em seguida, que o exame desses aspectos de fato e de direito possui um elemento circular e interdependente: assim como no *common law*, aqui também não pode haver um exame estanque desses aspectos, como se fossem “etapas” ou “fatias” argumentativas. Todos os elementos são atravessados pela hermenêutica, o que implica a *facticidade dos casos*. É impossível, portanto, tratar um precedente como se fosse “um conceito sem coisa”.

Quando se trata de aplicar um precedente, é fundamental entender que é absolutamente inadequado tratar a sua *ratio decidendi* como se fosse uma regra de direito abstrata, desligada por inteiro da controvérsia fática e jurídica que o gerou – ou seja, do *caso litigioso*. O perigo dessa prática equivocada é o denunciado por Maurício Ramires: o “uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe”⁷¹.

Como bem salientam esses autores, tanto nos sistemas do *common law* como, agora, no sistema de precedentes obrigatórios brasileiro, não pode existir

70 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 178.

71 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 149.

aplicação mecânica ou meramente subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar, por atacado e por mero efeito cascata, diversos casos futuros; mesmo quando se aplicar uma súmula vinculante, nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso concreto. Se há um texto, ele tem um significado semântico, que deve ser lido, interpretado e bem aplicado, ou seja, *não há clareza que dispense a interpretação*. Tal aspecto, agora, deverá ser examinado de forma mais aprofundada.

7 – A INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO SISTEMA BRASILEIRO RECÉM-INSTITUÍDO

Implantado em nosso país o sistema de *precedentes obrigatórios*, o momento decisivo para seu sucesso ou insucesso será o de sua aplicação, tanto na esfera processual comum quanto na trabalhista. Essa responsabilidade recai sobre todos os operadores do direito, mas, especialmente, sobre os advogados, aos quais caberão bem invocar os precedentes em cada caso concreto (e demonstrar ser ou não aplicável a técnica da *distinção* ou o momento de se postular a sua *revisão*), e sobre os magistrados, que deverão bem interpretar e aplicar esses precedentes. Daí a necessidade de aprofundar, nessa oportunidade, o exame dessas delicadas e difíceis questões: até que ponto é possível aplicar de forma ampliativa os precedentes obrigatórios? O que realmente permite concluir que um caso posterior é, em sua essência, igual ao caso (ou aos casos) que deu origem ao precedente ou ao conjunto de precedentes que deu origem à edição de uma súmula de jurisprudência predominante?

O primeiro perigo a evitar, nesse novo sistema, é dar ao precedente (e, principalmente, ao enunciado de súmula dele decorrente, nos termos do § 1º do art. 926 do novo Código) o mesmo valor que tem um texto normativo legal e interpretá-lo e aplicá-lo como se lei fosse.

Segundo o professor Thomas da Rosa de Bustamante, seria extremamente ingênuo se imaginar que em algum sistema de *civil law* os juristas não sigam precedentes. O que ocorre, na prática, é uma *forma diferente* de utilizar os precedentes na argumentação jurídica⁷².

72 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 288.

Adverte ele, ainda, que a principal crítica que os teóricos mais atentos fazem à forma de argumentação por precedentes nos sistemas de *civil law* é a de que nesses sistemas não ocorre o *método casuístico de interpretação de precedentes do common law*, o que gera uma desatenção às particularidades do caso e uma perigosa tendência à abstrativização exagerada, o que dificulta ainda mais a importante atividade de fundamentação de analogias entre casos.

A mesma crítica é feita por Dierle Nunes e André Frederico Horta, que advertem que “o modo como as súmulas são aplicadas no Brasil, além de não se aproximar do método de *common law* de aplicação de precedentes, em certa medida dialoga com uma variante do positivismo jurídico alemão, qual seja a *jurisprudência dos conceitos*, que sustentava a capacidade de os Tribunais criarem conceitos universais em ‘um sistema fechado que parte do geral para o singular e que chega a *esse* geral com a negligência às singularidades’”.

E pior: ao se recorrer ao uso dos enunciados sumulares como se leis fossem (o que constitui outro equívoco), o entendimento neles consubstanciado é utilizado de forma desvinculada dos julgados que lhes deram origem, isto é, sem a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas que justificaram a sua edição. Embora hoje se tenha amplo acesso aos julgados dos quais os enunciados foram extraídos, os Tribunais costumam aplicá-los descontextualizados da moldura jurídica e fática que os embasam, como se o enunciado constituísse um texto normativo independente. Isto é agravado quando os Tribunais, ao “fundamentarem” as suas decisões, apenas indicam a existência de determinado enunciado que, em tese, constituiria fundamentação idônea e suficiente para a decisão proferida⁷³⁻⁷⁴.

Lembrando que o limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação ou de justificação do que foi dito, Lenio Streck e Georges Abboud afirmam, incisivamente, que o juiz não pode considerar que é a súmula que resolve o litígio – até porque as palavras não refletem as essências das coisas, assim como as palavras não são as coisas, mas,

73 NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. nota 7. p. 304.

74 No novo CPC isto é vedado, por força do § 1º, inciso V, do art. 489, que, é importante relembrar, considera não 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”. A nova lei passa a tornar obrigatória a perquirição dos casos e do contexto em que o enunciado foi elaborado, a fim de que seja conferida a vinculação da motivação de sua adequação ao caso concreto em exame. O novo comando atende ao que a melhor doutrina sempre reclamou.

sim, que é ele mesmo juiz, o intérprete, que faz uma *fusão de horizontes* para dirimir o conflito. Também para esses autores a aplicação de um precedente é um ato hermenêutico e não mecânico: nenhum provimento vinculante elencado no art. 927 do novo CPC e no art. 15, I, da IN nº 39/2016 do TST dispensa a atividade interpretativa para sua aplicação, sendo indispensável a superação da ideia simplista e incorreta de que isso seria possível por meio da aplicação de um mero silogismo. Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os casos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta do novo caso a ser julgado à *ratio decidendi* do primeiro.

Citam eles, por fim, Maurício Ramires, que diz que a pedra de toque para o bom funcionamento desse sistema está na *applicatio* do precedente:

“É preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta; o comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se estivesse descolado da situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em uma abstração etérea.”⁷⁵

Isso não significa, por outro lado, que a aplicação do precedente deva ser feita sempre de forma extremamente restritiva. Em trabalho mais recente⁷⁶, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina que há técnicas de uniformização decisória que têm como pressuposto a identidade integral das situações: os fatos e a questão jurídica, *stricto sensu* , são absolutamente iguais. Não necessariamente o quadro fático subjacente considerado por inteiro, mas, dentre os fatos, aqueles tidos como relevantes pelo direito para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute. Seriam, então, idênticos os traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese de incidência da consequência.

Salienta ela, entretanto, que há maneiras de uniformizar o entendimento dos Tribunais muito mais refinadas, nas quais o que há de comum nos casos nada mais é do que *um núcleo pequeno, mas fortemente significativo* , em torno dos quais podem estar *fatos completamente diferentes* . Dá ela um exemplo extremo, mas muito significativo: poderíamos considerar contraditórias decisões em que se tivesse concedido indenização de 10 mil reais pela perda de uma perna e de 50 mil reais por um dedo decepado.

75 STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedents – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes* . Salvador: Juspodivm, 2015. p. 177 e ss.

76 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes, op. cit.* , p. 263-300.

DOUTRINA

Para essa autora, o único modo de uniformizar a jurisprudência em casos mais complexos, que ocorrem no que ela denomina de *ambientes decisoriais frouxos* ou *flácidos* (em que o juiz pode e deve levar em conta peculiaridades do caso concreto e nuances da situação ou alterações sociais recentemente ocorridas ao decidir), os quais não se mostram passíveis de serem tratados de forma coletiva por não serem idênticos, é que sejam adotadas técnicas mais refinadas de interpretação das decisões, de modo a que lhes seja extraído o *core* (a sua *essência jurídica*), exatamente como se procede em situações semelhantes no *common law*.

Em casos como esses, adota-se, para a vinculação a precedentes, o método da *identidade essencial* (e não da *identidade absoluta*). Esse método (que, ela reitera, é o método usado nos países de *common law* quando se interpreta um precedente) é o mais adequado quando os Tribunais decidem casos envolvendo padrões flexíveis de decidibilidade (como conceitos vagos, princípios jurídicos ou cláusulas gerais). Em tais situações, as decisões uniformizadoras reconhecem haver *identidade essencial* entre os casos, embora os fatos não sejam os mesmos. Neles, *a controvérsia jurídica é substancialmente a mesma, embora haja fatos diferentes subjacentes a cada uma delas* – só que se reconhece que tais diferenças são irrelevantes para a solução da mesma controvérsia.

Em outras palavras e em síntese, quando se trata de decisões proferidas em ambientes *frouxos*, os casos quase nunca são idênticos, em sua conformação fática. Há, todavia, formas de identificar a essência de casos cujos fatos são diferentes, mas que reclamam a mesma solução jurídica para a *questão de direito* controvertida que lhes é comum, permitindo a aplicação, a todos eles, da *ratio decidendi* do precedente.

De tudo o que até aqui se expôs, é possível concluir que o magistrado que se defrontar com a questão de aplicar ou não determinado precedente ao caso posterior submetido a seu julgamento estará entre dois polos opostos: de um lado, não poderá ele jamais ignorar o âmbito mais limitado e concreto do precedente em comparação com as leis, devendo sempre aplicá-lo sem o grau maior de abstração que o texto legal necessariamente tem, ou seja, com os olhos sempre voltados para as circunstâncias fático-jurídicas essenciais e relevantes dos casos que o geraram; do outro lado, não poderá ele também desconsiderar a possibilidade de aplicar a *ratio decidendi* do precedente a casos que, embora não possuam todos os elementos fático-jurídicos dos *leading cases*, também têm a eles subjacente a mesma *questão de direito* solucionada pelo precedente ou enunciado de súmula em questão, sendo portanto admissível e até mesmo recomendável a aplicação analógica daqueles seus *fundamentos determinantes*.

DOCTRINA

É exatamente aqui que se torna imprescindível examinar e bem compreender outro elemento fundamental do sistema de precedentes obrigatórios, que tem o escopo de lhe conferir, a um só tempo, maior flexibilidade e evitar que esses precedentes sejam aplicados a casos futuros para os quais eles absolutamente não foram editados: é a denominada *técnica das distinções* (ou *distinguishing*, como é denominada nos sistemas do *common law*).

A própria Lei nº 13.015/2014, que reformou o sistema de recursos trabalhistas, já havia consagrado expressamente essa *técnica de diferenciação* para o incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos disciplinado pelos arts. 896-B e 896-C da CLT, por ela introduzidos.

Com efeito, assim dispõe o § 16 do art. 896-C da CLT, *in verbis*:

“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.”

Da mesma forma, desta vez incidindo em todos os casos em que se pretenda aplicar determinado precedente ou correspondente enunciado de súmula a um caso subsequente, o § 1º, inciso VI, do art. 489 do novo Código de Processo Civil também define com clareza essa técnica essencial à boa aplicação do sistema de precedentes obrigatórios, *in verbis*:

“Art. 489. (...)

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, *sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento* ou a superação do entendimento.”

Segundo os autores mineiros Dierle Nunes e André Frederico Horta, a distinção (*distinguishing*) é uma técnica essencial no sistema de precedentes,

“que possibilita à parte demonstrar que seu caso se diferencia dos precedentes ou dos padrões decisórios que gravitam em torno da matéria nele tratada”⁷⁷.

Daniela Pereira Madeira, por sua vez, observa que o *distinguishing* permite que a regra jurisprudencial sobreviva, embora seu sentido se torne menos abrangente. Em outros termos, há uma referência ao precedente, contudo, por causa de uma peculiaridade, a regra deve ser reformulada para se adaptar a esta nova circunstância, em virtude de uma peculiaridade existente no primeiro caso que não existia no segundo.

Em tais ocasiões, chega-se à conclusão de que a situação fático-jurídica é distinta da anteriormente decidida. Em tais circunstâncias, a regra do precedente não é propriamente abandonada, mas formula-se, para tais circunstâncias substancialmente diferentes, uma nova *regra de decisão*, a qual, por sua vez, poderá constituir um novo e distinto *precedente* que solucionará, a partir de então, todos os outros casos futuros essencialmente iguais, levando em consideração características substancialmente distintas e relevantes do caso específico em que se fez a *distinção*⁷⁸.

O magistrado, notando que realmente existem diferenças fático-jurídicas entre o caso que originou o precedente e o processo que agora deve julgar, pode seguir dois caminhos:

a) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva. Neste caso, o magistrado, entendendo que peculiaridades do caso concreto, por serem relevantes, impedem a aplicação, a ele, da mesma tese jurídica firmada no *precedente*, julgará o seu processo livremente, isto é, sem vinculação ao precedente (é o caso da *restrictive distinguishing*, ou seja, da distinção para restringir a incidência do precedente);

b) alternativamente, ele poderá estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores que constituíram o precedente, por entender que, a despeito da existência de peculiaridade concretas distintas no caso a ser julgado, elas não são relevantes para impedir a aplicação, a ele, da tese jurídica firmada naquele *precedente* (é o caso do *ampliative distinguishing*, ou seja, da aplicação ampliativa do precedente).

É relevante notar, uma vez mais, que dificilmente haverá uma identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no julgamento e no caso

77 NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 301.

78 MADEIRA, Daniela Pereira. O novo enfoque dado à jurisprudência e à sociedade moderna. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. v. II. p. 323.

que deu origem ao precedente. Neste caso, se o caso concreto revelar alguma peculiaridade que o diferencie do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* extraída do precedente lhe seja aplicada. Há, portanto, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais obrigatórios, que não podem ser operacionalizados como verdadeiras camisas de força – razão pela qual, por seu intermédio, os juízes não se tornam verdadeiros autômatos (ou computadores), sem nenhuma outra opção senão a de aplicar ao seu processo a solução dada pelo outro órgão judicial que produziu o *precedente vinculante*.

Para concluir, é preciso também observar que jamais o precedente será anunciado de forma completa e única, formando aquilo que a doutrina mais recente e autorizada dos sistemas do *common law* denomina de *linha* ou *cadeia de precedentes* (mediante a qual será ele confirmado e especificado, conferindo-se-lhe estabilidade ou, ao invés, pode ele ser pouco a pouco modificado em relação à *ratio decidendi* do primeiro elo de precedentes, na medida em que ela é aplicada aos casos subsequentes de forma ampliativa e analógica, por um lado, ou restritiva, por outro).

É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais), à luz das novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente. Será da acumulação gradativa dessas pequenas modificações no sentido e no alcance da *ratio decidendi* do precedente original ao longo do tempo, aliás, que poderá resultar, ao final desse processo, a *revisão* total ou parcial desse precedente ou enunciado de súmula, configurando aquilo que os sistemas de *common law* denominaram, respectivamente, de *overruling* ou *overriding*.

Essa nova figura, também essencial para o bom funcionamento do sistema de precedentes obrigatórios, na medida em que evita o engessamento da jurisprudência ao longo do tempo e permite a sua adaptação às naturais e gradativas alterações da realidade sobre a qual atuam os Tribunais, foi também prevista expressamente no novo art. 896-C, § 17, da CLT (introduzido pela Lei nº 13.015/2014), especificamente para os casos de julgamento de recursos repetitivos trabalhistas⁷⁹, e, além da parte final do já citado inciso VI do § 1º do art. 489 do novo CPC (que prevê a não aplicação do precedente ou do enunciado

79 “Art. 896-C. (...)

(...)”

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

de súmula nos casos de *superação de seu entendimento*), nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 927 do mesmo diploma processual comum⁸⁰.

Discorrendo sobre a utilização dos precedentes vinculantes no sistema do *common law*, Daniela Pereira Madeira observa que ela não prejudica a evolução do direito vigente, visto que, em cada julgado, buscar-se-á apreciar todas as situações fáticas nele existentes e, em havendo diversidade, nova decisão (não vinculada ao precedente anterior) será formulada, estabelecendo, por sua vez, novo precedente.

Salienta ela que o *overruling* consiste no mecanismo utilizado para que se reconheça a existência de fundamento para o abandono do precedente anteriormente consagrado, por terem sido alteradas as razões que autorizaram a sua edição. Apenas o próprio Tribunal que firmou o precedente é que pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. É o afastamento do precedente por nova decisão sobre caso idêntico ao que levou à edição do primeiro e à declaração de que este foi superado.

Assim, quando ocorre o *overruling*, uma nova regra jurisprudencial é criada para o julgamento dos processos subsequentes substancialmente iguais aos que foram objeto do primeiro precedente e do segundo que o substituiu. Em consequência, o *overruling* exige como pressuposto uma carga maior de motivação, sendo necessário que se tragam argumentos até então não suscitados, com a justificação complementar da necessidade da superação do precedente.

Citando Teresa Arruda Alvim Wambier, esclarece Daniela Madeira que o *overruling* ocorre quando se detecta a necessidade de mudança por dois motivos: ou porque (a) se considera no momento a norma errada, ou porque (b) se considera no momento a norma errada, embora ela não estivesse errada quando foi criada. Esta substituição pode ser expressa ou tácita⁸¹.

80 “Art. 927. (...)

(...)

§ 2 A alteração da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3 Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4 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.”

81 MADEIRA, Daniela Pereira. O novo enfoque dado à jurisprudência e à sociedade moderna. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. v. II. p. 321.

Há casos em que o mesmo Tribunal que editou o *precedente* anterior apenas limita o seu âmbito de incidência, em função da superveniência de uma regra ou princípio geral – ocorre, então, não o seu *overruling* (ou superação), ma, sim, o seu *overriding*. Neste há apenas a superação parcial do precedente, e não a sua superação total (é, portanto, uma espécie de revogação parcial do precedente). No regime do novo CPC e da CLT, ambos os conceitos estão abrangidos nas hipóteses do art. 927, §§ 2º e 4º, do primeiro e do § 17 do art. 896-C da segunda.

Merece especial atenção a expressa possibilidade de modulação dos efeitos da revisão do precedente, para assegurar o respeito aos princípios constitucionais de proteção à segurança jurídica, à boa-fé objetiva e à confiança legítima, o que deve ser feito pelo mesmo Tribunal que promove a *revisão* ou a *superação* do precedente no mesmo momento em que é proferida a decisão revisora⁸²⁻⁸³.

82 O entendimento de que a modulação poderá ser feita posteriormente, ainda que pelo mesmo órgão judicial competente para proferir a decisão revisora (e que, obviamente, só pode ser o mesmo órgão que editou o precedente anterior agora superado ou modificado), não se mostra compatível nem com a literalidade dos dispositivos legais que autorizam nem com a teleologia do instituto da modulação. Mais equivocado ainda, *data maxima venia* dos entendimentos em contrário, é o entendimento de que essa modulação possa ser feita posteriormente pelos órgãos judiciais fracionários encarregados de aplicar o novo precedente ou enunciado de súmula produto da *revisão* (*overruling*): em primeiro lugar, porque essa modulação, pelos profundos e graves efeitos que produz, não pode ser simplesmente deduzida ou extraída do novo precedente ou enunciado de súmula que não o tenha expressamente previsto. Ademais, porque admitir que cada órgão julgador fracionário possa promover ou não a modulação dos efeitos do precedente revisado (e definir, cada qual a sua amplitude) poderá provocar resultados divergentes entre si (na exata medida da variação das decisões posteriores, que poderão aplicar ou não a modulação em tela e, nos casos de sua aplicação, em extensões variáveis), comprometendo gravemente a segurança jurídica e a uniformidade jurisprudencial que se pretendeu alcançar.

83 Sobre os institutos da *distinção* (*distinguishing*) e da *revisão ou superação* (*overruling*) dos precedentes, consultem-se: NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*, *op. cit.*, p. 301-333; PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 248, out. 2015, p. 331-355; PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 537-563; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Efeito prospectivo na alteração de súmulas pelos Tribunais Superiores: uma abordagem à luz do embate entre os anseios fundamentais de justiça e segurança jurídica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, out./dez. 2012, p. 96-111; PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 591-605; PORTES, Máira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 183-208.

8 – O MICROSSISTEMA DE LITIGIOSIDADE REPETITIVA E SUA REPERCUSSÃO NA ESFERA TRABALHISTA. INCIDENTES DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA, DE JULGAMENTO DE DEMANDAS REPETITIVAS E DE JULGAMENTO DE RECURSOS DE REVISTA E DE EMBARGOS REPETITIVOS: UMA VISÃO PANORÂMICA

Neste trabalho que já se afigura extenso, buscar-se-á apenas proceder a uma análise panorâmica do tema em questão, sem o exame minucioso e aprofundado de procedimentos tão complexos.

Como já se acentuou logo ao seu início, uma das principais finalidades da introdução do sistema de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro foi eliminar, por seu intermédio, o estilhaçamento das normas materiais pela variação frequente e excessiva dos entendimentos jurisprudenciais a seu respeito, a um só tempo potencializada e causadora, em um verdadeiro círculo vicioso, de uma explosão de processos individuais repetitivos que, nos últimos anos, vêm inundando o sistema judiciário nacional, comprometendo a sua efetividade e, ao mesmo tempo, dando tratamento não isonômico a milhares de litigantes em situações jurídicas substanciais essencialmente idênticas e colocando em dúvida o próprio conteúdo das normas jurídicas objeto dessas demandas judiciais.

Paralelamente ao *microsistema de litigiosidade coletiva ou metaindividual* que continua indubitavelmente em vigor, o legislador processual brasileiro, em reforço ao novo regime de precedentes, também instituiu o novo *microsistema de litigiosidade repetitiva*, que, fundamentalmente, visa gerar um *precedente obrigatório* capaz de decidir, de modo uniforme, todos os processos repetitivos dele objeto, mediante a utilização de uma *causa piloto* e de um *processo teste* (ampliados por um acervo de *processos repetitivos* que amplie o exame da controvérsia).

Para Dierle Nunes, esse novo *microsistema*, que foi introduzido de forma incipiente pela EC nº 45/04 e regulamentado pelos arts. 543-B e 543-C do CPC de 1973, visa à solução de *demandas seriais*, de alta intensidade ou de massa. Ele engloba demandas motivadas por *pretensões isomórficas*. Busca-se, por seu intermédio, uma *padronização decisória viabilizada pela técnica recursal extraordinária*, após uma análise panorâmica da temática comum objeto de numerosos processos repetitivos. A partir de então, os recursos não se contentam tão somente com a elevada função de impugnação de decisões que geram gravame, passando eles também a ser um dos principais instrumentos de formação dos *precedentes*, especialmente quando gerados estes no âmbito dos Tribunais

Superiores. Salienta ele que o objetivo evidente deste *microsistema* é otimizar o funcionamento dos Tribunais reduzindo sua carga numérica de trabalho e induzindo que esses analisem em menor número de vezes casos idênticos.

Esclarece esse autor que, no CPC de 1973, no entanto, a técnica era ainda primitiva e deficiente, não sendo incomum que os argumentos superficiais de um único recurso servissem de subsídio para um *julgado* (erroneamente denominado de *precedente*, diante da ausência de fundamento determinante – *ratio decidendi* – definido) que, apesar disso, passava a ser aplicado a milhares de casos idênticos. Faltava, além disso, a predisposição legal de técnicas de distinção (*distinguishing*) hábeis a resolver problemas de aplicação. Além disso, os dispositivos do CPC/73 trouxeram inúmeros problemas de aplicação e de qualidade, além de não estabelecer, com a desejável clareza, a sistemática da suspensão e do rejuízo dos recursos especiais repetitivos perante os Tribunais Superiores, ficando, assim, atribuída a cada um dos Tribunais a competência para a regulamentação dessa regra através dos dispositivos dos seus Regimentos Internos.

Foi esta, portanto, para ele, a finalidade geral das inovações e dos aprimoramentos que o CPC/2015 trouxe a respeito: produzir uma melhoria do dimensionamento dogmático da litigiosidade repetitiva, mediante a padronização e o refinamento dessa técnica recursal, e melhorar a aplicação das garantias fundamentais do processo⁸⁴.

Pode-se aqui, desde logo, indicar seus objetivos comuns:

a) assegurar a isonomia de tratamento dos jurisdicionados em situação fático-jurídica substancialmente igual objeto dos numerosos processos individuais já ajuizados ou futuros, pela uniformização das decisões finais neles proferidas, mediante a aplicação do precedente editado ao final desse procedimento;

b) racionalizar a atuação dos órgãos jurisdicionais inundados desses processos iguais (no todo ou em parte), mediante economia de escala e concentração da decisão final da questão de fato ou de direito controvertida, *per saltum*, nos Tribunais constitucional e legalmente competentes para proferi-la, gerando um *precedente obrigatório*;

c) concretizar também, nesses casos, o direito fundamental à duração razoável desses processos (CF, art. 5º, LVIII);

84 NUNES, Dierle. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016. p. 2.320.

d) democratizar o amplo debate e o efetivo e dinâmico contraditório acerca das questões relevantes desses processos repetitivos; e

e) produzir um *precedente vinculante*, a ser aplicado nos *processos paradigmáticos ou representativos*, nos processos com o mesmo objeto já suspensos ou em andamento em todo o Poder Judiciário e também nos processos futuros com esse mesmo objeto, com os efeitos de uniformização das decisões dos processos pendentes e futuros e de prevenção dos futuros litígios judiciais sobre a questão.

São estes, em linhas gerais, os institutos do *microsistema de litigiosidade repetitiva*:

a) *incidente de assunção de competência* – cabível quando for identificada a existência, em determinado processo (em julgamento de recurso ou de remessa necessária ou em julgamento de feito de competência originária), de *relevante questão de direito com grande repercussão social*, identificada por seu relator, *mas sem repetição em múltiplos processos*; sua atual disciplina normativa se dá pela aplicação combinada do art. 947 do novo CPC, do art. 896, § 13, da CLT (acrescentado pela Lei nº 13.015/2014) e do art. 20 da Instrução Normativa nº 38, de 10.11.2015, do TST⁸⁵;

b) *incidente de resolução de demandas repetitivas* – seu objetivo primordial é a *tutela isonômica e efetiva dos direitos individuais homogêneos*; trata-se de *incidente processual* (não dando origem, portanto, a uma nova relação processual nem significando a avocação da competência para julgar todas as demais demandas repetitivas) que tem o escopo de, mediante julgamento único e vinculante, assegurar *interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas* que busquem tutela jurisdicional a *direitos individuais homogêneos*; sua atual disciplina normativa está nos arts. 976 a 987 do novo Código de Processo Civil⁸⁶;

85 Procura-se, com a assunção, otimizar a prestação jurisdicional ao se evitar que *relevante questão de direito com repercussão social* seja julgada por órgãos fracionários, com possibilidade de divergência (através do pronto e imediato pronunciamento, por um colegiado superior no âmbito do Tribunal, sobre *questão relevante de direito com repercussão social*, definindo a tese aplicável com efeito vinculante no âmbito daquele Tribunal respectivo).

Embora pareça ter função semelhante, esse incidente não pode ser aplicado quando já houver repetição em múltiplos processos, problema que deverá ser enfrentado através dos instrumentos próprios, do CPC, sobre demandas e recursos repetitivos.

Não se trata de uma simples seleção de processos – trata-se, sim, de tratar questões relevantes com grande repercussão na sociedade de uma forma mais prudente e diferenciada das questões corriqueiras e ordinárias.

86 Em termos práticos, ele funciona como *fracionamento na cognição e no julgamento da causa*; a fixação da tese pelo órgão julgador competente para o IRDR contém não apenas cognição da *questão de direito*, mas também decisão da mesma (mas não de todo o processo).

DOCTRINA

c) *incidente de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos* – sua atual disciplina normativa está nos arts. 1.036 a 1.041 do novo Código de Processo Civil, aplicáveis, no que couber, ao julgamento dos recursos de revista e embargos repetitivos na esfera trabalhista, por força do art. 896-B da CLT c/c o art. 1.046, § 3º, do novo CPC; e

d) *incidente de julgamento dos recursos de revista (e embargos) repetitivos* – visa, fundamentalmente, produzir um *precedente* (e, se for o caso, um *enunciado de súmula* novo ou que reafirme a jurisprudência predominante anterior) que solucione, de maneira global e uniforme, uma *questão de direito* objeto de um número expressivo de recursos de natureza extraordinária (recursos de revista ou embargos) repetitivos; sua atual disciplina normativa está nos arts. 896-B e 896-C (acrescentados pela Lei nº 13.015/2014) e, no que couber, nos arts. 1.036 a 1.041 do novo Código de Processo Civil, bem como na Instrução Normativa nº 38, de 10.11.2014 (que revogou os arts. 7º a 22 do Ato nº 491/SEGJUD.GP, de 23.09.2014).

Pode-se, por fim, apontar as seguintes características peculiares e comuns desses procedimentos:

a) objetivação da demanda, ou seja, o interesse geral de se produzir um *precedente* capaz de prevenir ou de solucionar a massa de processos repetitivos ganha prioridade em relação aos interesses individuais dos litigantes de cada um deles, especialmente em relação às partes dos processos tidos como *representativos da controvérsia*;

b) com exceção do que ocorre no *incidente de assunção de competência* (em que ainda não existe, senão em potencial, a multiplicação de processos repetitivos com idêntica questão de direito controvertida, ainda assim considerada relevante), pluralidade de processos tipo ou *paradigmas* – isto é, *representativos da controvérsia*;

c) em complemento, ampliação e democratização do debate das questões neles controvertidas, mediante a intensa utilização de audiências públicas e do instituto do *amicus curiae*;

d) exigência de uma fundamentação ampla, específica e mais qualificada, tendo em vista a necessidade de assegurar essas mesmas qualidades para os precedentes neles produzidos, de forma a restringir a possibilidade de não aplicação deles em casos futuros, pela técnica das *distinções*;

e) produção de um precedente obrigatório, a ser necessariamente aplicado pelos julgadores dos futuros processos semelhantes, nos termos dos disposi-

tivos legais antes já indicados, se não for caso de *distinção* ou de *superação* do mesmo; e

f) possibilidade de utilização do remédio excepcional da *reclamação* prevista nos arts. 988 a 993 do novo CPC para assegurar, após o esgotamento das instâncias ordinárias, a observância do *precedente* gerado nesses incidentes.

9 – OS RISCOS E AS VANTAGENS DA IMPLANTAÇÃO DESSES NOVOS SISTEMAS: UMA VISÃO PROSPECTIVA

Toda vez que profundas alterações são introduzidas em um sistema jurídico, material ou processual, surgem sérias dúvidas acerca dos resultados que serão por elas produzidos. Em primeiro lugar, não há certeza de que os operadores do direito compreenderão perfeitamente, em toda a sua extensão e profundidade, a finalidade e o alcance das modificações empreendidas.

Ademais, há que se contar com a natural e humana resistência de todos aqueles que se formaram sob a égide do paradigma anterior e que, consciente ou inconscientemente, terão a tendência de ler as novas normas com os olhos que utilizavam para aplicar e interpretar as antigas que por elas foram substituídas – com o resultado de limitarem e mitigarem os efeitos pretendidos pelas alterações promovidas pelo legislador, configurando aquilo que José Carlos Barbosa Moreira e Luís Roberto Barroso há muito já denominaram de *interpretação retrospectiva*.

Finalmente, mesmo aqueles que se dispuserem, de boa-fé e em toda a medida de sua capacidade, a aplicar por inteiro este novo sistema de precedentes obrigatórios correrão o risco de cometer os seguintes equívocos:

a) sua não aplicação, nos casos em que cabível – aqui ocorrerá o que a doutrina⁸⁷ chama de *desintegração do direito*, gerada pela especificação exagerada do caso, cujas distinções com outro caso não justificariam o tratamento diferenciado, justamente porque as partes (os dois casos) estão conectadas a uma totalidade; e

b) sua má aplicação (restritiva ou ampliativa), com um retorno ao positivismo primitivo (exegético), que, no caso, ensejará uma aplicação literal e mecânica dos precedentes e de seus correspondentes enunciados de súmula; em outras palavras, ocorrerá, neste caso, *um retrocesso incabível à exegese ou*

87 NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes, op. cit.*, 2015. texto e nota 9. p. 305.

ao metodologismo, como se súmulas fossem leis (ampliando seus preceitos a casos para os quais não foram editados).

Nos casos de aplicação das súmulas a casos para os quais elas não foram editadas (em que se dará tratamento igualitário a casos substancialmente distintos, como se fossem – mas não são – objetos subsumíveis à mesma regra geral), fora, portanto, do *paradigma constitucional*, ocorrerá o que a mesma doutrina chama de *hiperintegração do direito* (a virtude, aqui, estaria no meio-termo: *a integridade do direito*, preconizada por Ronald Dworkin).

Convém aqui reiterar a já antes mencionada crítica feita por alguns doutrinadores ao § 1º do art. 926 do novo CPC, o qual, ao determinar que, ao ser produzido um precedente por um Tribunal, deverá ser por ele editado o correspondente enunciado de súmula, confunde equivocadamente as *súmulas* com os *precedentes judiciais*. Com isso, para esses autores, surgirá o risco de se tratar os precedentes (que necessariamente têm uma fortíssima ligação com os fatos relevantes das causas em que foram gerados) como se fossem textos genéricos e abstratos que, por isso mesmo, 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*. Isso, por sua vez, reproduziria os defeitos das *súmulas vinculantes*, tendo, pois, um viés autoritário, o qual impediria a atuação necessariamente criativa e flexível do direito pelos demais órgãos jurisdicionais, dos quais se passaria a 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 editarem tais enunciados de súmulas, atenham-se *às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*, tende a atenuar o 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 decisivas para determinar o sentido das decisões paradigmáticas, como infelizmente já ocorreu na experiência passada dos Tribunais brasileiros.

Os incidentes processuais aqui analisados, agora instituídos pelo legislador para a solução unificada e racional dos milhares de processos repetitivos que cada vez mais são ajuizados em nosso país através da geração de precedentes obrigatórios pelos Tribunais Regionais e Superiores, afiguram-se promissores, mas o seu sucesso dependerá da qualidade de sua instrução (por meio de criteriosa e ampla seleção dos processos representativos da controvérsia e da

amplitude do contraditório que se assegurar às partes e aos terceiros interessados, de modo que abranja todas as questões relevantes desses litígios, assim assegurando que o precedente deles decorrente mostre-se realmente capaz de resolver, com justiça e amplitude, a *questão de direito* comum a todos eles e de ser aplicado a todos os futuros casos essencialmente iguais). Por outro lado, o julgamento desses incidentes deverá observar necessariamente o prazo máximo de um ano para tanto fixado, para limitar os efeitos inevitavelmente negativos causados pela necessária suspensão, em todo o território nacional, de todos os processos com idêntico objeto⁸⁸. Por fim, a formulação equivocada das questões controvertidas deles objeto ou a sua instrução e julgamento insuficientes ou incompletos poderão resultar na formulação de enunciados de súmula ou de tese jurídica predominante imprecisos, obscuros ou simplesmente inadequados para a justa solução desses numerosos processos.

Em síntese, os precedentes obrigatórios e os novos procedimentos para o julgamento dos processos e recursos repetitivos que hoje inundam o sistema judiciário brasileiro não serão uma panaceia universal e milagrosa, que contenham, em si mesmos, a norma pronta para resolver todos os diversos casos futuros semelhantes e de estancarem a inundação de demandas individuais em número superior à capacidade de os Tribunais brasileiros prestarem, com a necessária qualidade e rapidez, a tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente prometida – mas talvez estes possam contribuir para dar um pouco mais de coerência, respeito à isonomia, integridade e previsibilidade às decisões da Justiça do Trabalho e, por extensão, às normas trabalhistas materiais delas objeto e que são, em última análise, a razão de ser desse ramo especial do Poder Judiciário brasileiro.

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.

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

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

88 Problema sem dúvida potencializado pela peculiaridade, presente na imensa maioria das demandas trabalhistas em curso no Brasil, de serem elas o resultado da cumulação de numerosas pretensões iniciais independentes, o que na prática significará que a suspensão da maior parte dos processos, em decorrência da instauração dos incidentes de julgamento das demandas ou recursos repetitivos, se dará em função de apenas um ou de poucos dos vários pedidos iniciais neles formulados, paralisando, no entanto, a prestação da tutela jurisdicional em relação à totalidade de seu objeto.

DOCTRINA

_____. *Temas de direito processual* – segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

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

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *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. Coimbra: Almedina, 1993.

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

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.

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

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

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.

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*, São Paulo: RT, v. 234, ago. 2014, 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.

_____. O novo enfoque dado à jurisprudência e à sociedade moderna. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, v. II.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

NUNES, Dierle. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.

DOCTRINA

_____.; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 248, out. 2015, p. 331-355.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Efeito prospectivo na alteração de súmulas pelos Tribunais Superiores: uma abordagem à luz do debate entre os anseios fundamentais de justiça e segurança jurídica. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, out./dez. 2012, p. 96-111.

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. 2, 2001, p. 151-162; e In: *Trabalhos da Escola Judicial do TRT da 3ª Região*. Belo Horizonte, 2001. *Anais dos Trabalhos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte: Escola Judicial do TRT da 3ª Região, 2001.

_____. 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 força dos precedentes judiciais, o novo sistema recursal trabalhista e a função constitucional do Tribunal Superior do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; VIEIRA DE MELLO FILHO, Luiz Philippe; LOPES, Othon de Azevedo (Org.). *Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. 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. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). *A nova lei de recursos trabalhistas: Lei nº 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 80, n. 4, out./dez. 2014, p. 95-162.

_____. 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; e *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.

DOCTRINA

_____. Tutela metaindividual trabalhista e efetividade da jurisdição. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; FERNANDES, Nadia Soraggi; CARVALHO, Ricardo Wagner Rodrigues de (Org.). *Tendências do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

_____. 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 semestres 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.

PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

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.

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.

_____. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm.

ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes – teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.