

LIMITES CONSTITUCIONAIS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA JUSTRABALHISTA

Gabriela Neves Delgado*

Ricardo José Macedo de Britto Pereira**

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Código de Processo Civil brasileiro, aprovado pela Lei nº 13.105, de 16.03.2015, com alterações promovidas pela Lei nº 13.256, de 04.02.2016, representa um novo paradigma para a resolução dos conflitos no Brasil, produzindo impactos em todos os ramos do Direito Processual.

Entre as diversas alterações, merecem destaques pontos sobre o *acesso célere e efetivo à justiça*, no sentido formal e material, impulsionando o exame meritório, e atenção especial ao *contraditório*, na perspectiva atual de se assegurar às partes a efetiva participação no processo, com reais possibilidades de influenciar o conteúdo da prestação jurisdicional. As decisões judiciais devem ser precedidas da possibilidade de diálogo com as partes, vedando-se pronunciamentos sobre matéria a elas não submetida.

Por outro lado, o novo CPC implanta um sistema extremamente ambicioso de precedentes judiciais, visando alcançar segurança jurídica, com maior previsibilidade da jurisprudência, e sua aplicação isonômica. Foram inseridas

* Professora associada de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Brasília – UnB; vice-diretora da Faculdade de Direito da UnB; pesquisadora e líder do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” da UnB, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq; doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas; autora de diversos livros e artigos publicados em obras coletivas e revistas jurídicas especializadas do país; advogada.

** Subprocurador-geral do Trabalho; membro da Coordenadoria de Recursos Judiciais da Procuradoria-Geral do Trabalho; mestre pela Universidade de Brasília; doutor pela Universidade Complutense de Madri; pesquisador vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; colíder do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania”; professor titular do Mestrado em Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário UDF; autor de diversos livros e artigos publicados em obras coletivas e revistas jurídicas especializadas do país.

fórmulas do sistema *common law*, pelas quais se estabelece a vinculação de decisões dos Tribunais, especialmente mediante novos incidentes processuais, com procedimentos específicos para dotar suas decisões de autoridade em casos diversos do originário.

É este o tema do presente artigo: as possíveis leituras de um sistema que se dirige à estabilidade e coerência da interpretação do Direito do Trabalho pelos Tribunais, considerando sobretudo os *limites constitucionais*. Sem desprezar a importância de se estabelecer mecanismos para que a jurisprudência seja uniforme e previsível, será questionada a vinculação direta para a qual foi estabelecido, expressamente, o instrumento da reclamação em todos os Tribunais (arts. 988 e seguintes do CPC).

A análise será feita levando-se em conta os princípios constitucionais de proteção ao trabalho, para destacar a relevância dos aspectos fático-jurídicos na determinação da solução das controvérsias trabalhistas. A opção por tal abordagem deve-se à proposta de avaliar como a matéria pode ser tratada no âmbito do processo do trabalho.

Dessa forma, o texto será dividido em quatro partes. Inicia-se com os princípios constitucionais de proteção ao trabalho, com ênfase no princípio da primazia da realidade sobre a forma para a resolução dos conflitos trabalhistas, em seguida passa-se ao estudo do sistema de precedentes no Código de Processo Civil e os incidentes voltados para uniformizar as questões jurídicas. Segue-se, então, com a análise das dificuldades de distinção entre questões de fato e de direito. Por fim, será apresentada uma proposta de leitura mitigada do sistema de precedentes do Código de Processo Civil, com ênfase nas diretrizes do processo constitucional, especialmente o devido processo legal.

2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO: A IMPORTÂNCIA DA PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS

A Constituição de 1988, logo em seu artigo introdutório, consagra os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, IV, da CF). O trabalho socialmente protegido figura ao lado da liberdade reconhecida para os empreendedores, que é direcionada ao cumprimento de sua função social, assim como se verifica em relação ao direito de propriedade (art. 5º, XXII e XXIII, da CF).

Para realizar os valores fundamentais, a Constituição estabeleceu um modelo de relação de trabalho, por meio do qual cabe ao empregador dirigir e controlar a sua empresa, incluindo neste contexto o comando da atividade

prestada pelos empregados por ele contratados. Além dos direitos enumerados no art. 7º da Constituição, aplicam-se outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores. Esse modelo confere especial destaque aos fatos constitutivos dessas relações, que prevalecem em benefício dos empregados, quando comparados com condições de trabalho menos favoráveis (princípio da condição mais benéfica). De igual maneira, há toda uma importância em relação a esses fatos quando em desacordo com os registros e os documentos que as formalizam (princípio da primazia da realidade sobre a forma).

Outro elemento integrante do modelo de relações de trabalho adotado na Constituição de 1988 é a consideração do trabalhador na sua subjetividade e intersubjetividade, ou seja, como sujeito de direitos, cuja identidade é moldada, sobretudo, em função do trabalho que realiza e das relações sociais e coletivas que em razão dele estabelece. A finalidade teleológica do Direito do Trabalho sempre foi a de que o empregado detivesse a condição de sujeito de direito, e não de objeto de direito, baliza já lançada em 1949 pela Declaração de Filadélfia, ao declarar que o trabalho não é uma mercadoria¹.

Como ressalta Mauricio Godinho Delgado, a relação de emprego

“resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal (...). Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.”²

Deve-se ressaltar que toda a gama de poder inerente à relação de emprego recai sobre a atividade, e não sobre a pessoa do trabalhador.

No aspecto normativo, a Constituição consagrou, no âmbito do princípio da proteção, o princípio da norma mais favorável.

O princípio de proteção trabalhista tem o seu *status* constitucional reconhecido em decisões do Supremo Tribunal Federal. Convém citar o seguinte trecho de decisão proferida em recurso extraordinário:

“8. O direito individual do trabalho tem na relação de trabalho, estabelecida entre o empregador e a pessoa física do empregado, o elemento

1 A respeito da Declaração de Filadélfia, consultar: SUPLOT, Alain. *El espíritu de Filadelfia*. La justicia social frente al mercado total. Barcelona: Península, 2011.

2 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 291.

básico a partir do qual constrói os institutos e regras de interpretação. Justamente porque se reconhece, no âmbito das relações individuais, a desigualdade econômica e de poder entre as partes, as normas que regem tais relações são voltadas à tutela do trabalhador. Entende-se que a situação de inferioridade do empregado compromete o livre-exercício da autonomia individual da vontade e que, nesse contexto, regras de origem heterônoma – produzidas pelo Estado – desempenham um papel primordial de defesa da parte hipossuficiente. Também por isso a aplicação do direito rege-se pelo princípio da proteção, optando-se pela norma mais favorável ao trabalhador na interpretação e na solução de antinomias.

9. Essa lógica protetiva está presente na Constituição, que consagrou um grande número de dispositivos à garantia de direitos trabalhistas no âmbito das relações individuais (...).³

Evidentemente todo esse aporte de direitos pressupõe instituições que zelem para que eles sejam efetivamente acessíveis aos trabalhadores. O Judiciário trabalhista experimentou significativa ampliação para o cumprimento de sua missão de reagir contra as violações ao ordenamento laboral. Com a Emenda Constitucional nº 45/04, o Constituinte derivado encarregou esse ramo do Judiciário de novas responsabilidades, exigindo prestação jurisdicional que eleve o trabalho ao pedestal que a Constituição lhe reservou.

Sendo assim, é missão de todo o Poder Judiciário trabalhista promover as transformações impostas pela Constituição para elevar o patamar de direitos sociais trabalhistas, de modo a lograr a melhoria da condição social dos trabalhadores.

É nesse contexto que os profissionais e acadêmicos do Direito do Trabalho e Processo do Trabalho se deparam com as novas mudanças operadas no Código de Processo Civil. Os fundamentos de fato e de direito dos pedidos formulados pelos reclamantes, assim como os deduzidos pelos reclamados, assumem especial importância na resolução dos conflitos trabalhistas. A apreensão mais autêntica dos litígios e das circunstâncias reais que envolvem cada caso é fundamental para a observância dos princípios do Direito do Trabalho. A atuação do Juízo de Primeiro Grau, bem como do Tribunal Regional, aos quais incumbe a análise da matéria e dos fundamentos em toda a sua dimensão, deve ser prestigiada, com reais possibilidades de esses órgãos influenciarem na definição e na modificação das teses jurídicas.

3 Recurso Extraordinário 590.415, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015.

3 – O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS INCIDENTES VOLTADOS PARA UNIFORMIZAR AS QUESTÕES JURÍDICAS

O Código de Processo Civil estabelece a observância das decisões e jurisprudência sumulada pelos juízes e Tribunais nos termos de seu art. 927:

“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.”

Para garantir a vinculação das decisões, foi estendida para todos os Tribunais a figura da *reclamação* pelo Código de Processo Civil, que antes detinha previsão constitucional exclusivamente para o Supremo Tribunal Federal (arts. 102, I, *l*, e 103-A, § 3º) e para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *f*):

“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I – preservar a competência do tribunal;

II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.”

A Emenda Constitucional nº 92/2016, que alterou os arts. 92 e 111-A da Constituição para reconhecer o Tribunal Superior do Trabalho como órgão do Poder Judiciário, também assegurou à Corte Superior Trabalhista processar e

DOCTRINA

julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, nos termos do § 3º do art. 111-A da Constituição.

Além de se estabelecer a vinculação direta das decisões mencionadas, o Código de Processo Civil reforçou a autoridade dos precedentes ao ampliar a margem decisória dos relatores nos Tribunais, para observância das decisões e da jurisprudência:

“Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV – negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

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

V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

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

Da mesma forma, abriu-se a possibilidade de improcedência liminar do pedido pelo juiz de primeiro grau, como forma de preservar as decisões e a jurisprudência sumulada:

“Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

DOCTRINA

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

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

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

No tocante à análise das questões de fato e de direito, o Código de Processo Civil estabelece novos parâmetros para que a decisão seja considerada fundamentada, destacando-se a necessidade de identificação dos fundamentos determinantes para enquadrar o caso sob julgamento a um precedente existente:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

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

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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

DOCTRINA

Embora o Código de Processo Civil tenha reforçado a necessidade de se explicitar tanto as questões fáticas como as questões jurídicas, os incidentes se ocupam basicamente das questões jurídicas.

No incidente de demandas repetitivas, a multiplicidade dos feitos decorre justamente da multiplicidade da questão jurídica comum:

“Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

Em dispositivo anterior, o Código de Processo Civil esclarece que os casos repetitivos têm por objeto questão de direito material e processual:

“Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

A assunção de competência também faz alusão à questão de direito:

“Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.”

Assim como os recursos extraordinários e especiais repetitivos:

“Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.”

Apesar desse destaque às questões de direito, os novos incidentes, por apresentarem amplo campo de incidência, acabam tendo que reconhecer outras questões de fato, além das já consignadas na decisão que os originaram. Por tal razão, esses incidentes conferem a oportunidade de participação de outros

atores, e não apenas as partes dos processos afetados, para que subsidiem de fundamentos fáticos e jurídicos a futura decisão vinculante.

A Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, instituiu o *incidente de recursos repetitivos* e o *incidente de assunção de competência* no âmbito do Processo do Trabalho. Quanto ao primeiro, a lei prevê multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, conforme redação a seguir:

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

A assunção de competência foi prevista no art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Com redação pouco clara, assim dispõe o § 13 do citado artigo:

“Dada a relevância da matéria, por iniciativa de um dos membros da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, aprovada pela maioria dos integrantes da Seção, o julgamento a que se refere o § 3º poderá ser afeto ao Tribunal Pleno.”

Tal previsão não constou do anteprojeto encaminhado pelo Tribunal Superior do Trabalho ao Ministério da Justiça (Resolução Administrativa nº 1.451, de 24 de maio de 2011) e que serviu de base ao projeto de lei convertido na Lei nº 13.015/2014. Foi introduzido durante a tramitação do Projeto de Lei nº 2.214/2011 na Câmara dos Deputados, por emenda da relatora na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Constou do parecer sobre o tema a seguinte passagem:

“Destaco que a Emenda de nº 3 também tem por finalidade permitir que a matéria levada a julgamento no processamento de recursos repetitivos, a depender de sua relevância, poderá ser apreciada pelo Tribunal Pleno do TST, a requerimento de um dos membros da Seção de Dissídios Individuais.”

De qualquer forma, a referência ao § 3º trouxe várias dificuldades, pois o dispositivo não se referia a julgamento no Tribunal Superior do Trabalho, mas, sim, nos Tribunais Regionais do Trabalho, acerca da obrigatoriedade de proceder à uniformização de sua jurisprudência.

DOUTRINA

Por outro lado, a justificativa constante do parecer perdia sentido, pois, ao dispor sobre os recursos de revista repetitivos, a lei já previu sua afetação para a Seção Especializada em Dissídios Individuais ou para o Tribunal Pleno, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os membros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.

O Ato nº 491, de 23 de setembro de 2014, do Tribunal Superior do Trabalho, em seu art. 7º, assim procurou dirimir as dúvidas existentes sobre o citado dispositivo:

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

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

O Ato nº 491/2014 foi revogado, em parte, pela Instrução Normativa nº 38 (Resolução nº 201, de 10.11.2015), que passou a tratar a matéria da seguinte forma:

“Art. 20. Quando o julgamento dos embargos à SbDI-1 envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos mas a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre as turmas ou os demais órgãos fracionários do Tribunal Superior do Trabalho, poderá a SbDI-1, por iniciativa de um de seus membros e após a aprovação da maioria de seus integrantes, afetar o seu julgamento ao Tribunal Pleno.

Parágrafo único. Aplica-se a este incidente, no que couber, o que esta Instrução Normativa dispõe sobre o incidente de julgamento de recursos repetitivos.

Art. 21. O Tribunal Superior do Trabalho deverá manter e dar publicidade às questões de direito objeto dos recursos repetitivos já julgados, pendentes de julgamento ou já reputadas sem relevância, bem como daquelas objeto das decisões proferidas por sua composição plenária, nos termos do § 13 do art. 896 da CLT e do art. 20 desta Instrução Normativa.

Parágrafo único. As decisões, organizadas por questão jurídica julgada, serão divulgadas, preferencialmente, na rede mundial de computadores e constarão do Banco Nacional de Jurisprudência Uniformi-

zadora – BANJUR, instituído pelo art. 7º da Instrução Normativa nº 37/2015, aprovada pela Resolução nº 195, de 02.03.2015, do Tribunal Superior do Trabalho.”

Percebe-se que o incidente de assunção de competência foi pensado para o recurso de revista não repetitivo, ao ser incluído no art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, mas o Tribunal Superior do Trabalho acabou definindo sua aplicação para os processos em tramitação na Seção de Dissídios Individuais. Posteriormente ele foi previsto para o recurso de embargos.

É necessário ressaltar que não houve, por parte da mencionada Lei que alterou a sistemática recursal trabalhista e dos atos editados pelo Tribunal Superior do Trabalho, qualquer proposta no sentido de uma vinculação geral dessas decisões proferidas mediante o deslocamento da competência para o seu julgamento, pelo uso de reclamação. A autoridade do julgado se verificava apenas em relação aos recursos sobrestados, conforme §§ 11 e 12 do art. 896 da CLT:

“§ 11. Publicado o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem:

I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho; ou

II – serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.

§ 12. Na hipótese prevista no inciso II do § 11 deste artigo, mantida a decisão divergente pelo Tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso de revista.”

O Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio da Instrução Normativa nº 39 (Resolução nº 203, de 15.03.2016), previu a aplicação no processo do trabalho tanto do incidente de assunção de competência (art. 3º, XXV) quanto do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 8º) e da reclamação (art. 3º, XXVIII).

No art. 40 da Instrução Normativa nº 40 (Resolução nº 205, de 15.03.2016), o Tribunal Superior do Trabalho adotou o entendimento de persistir o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos §§ 3º a 6º do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação dada pela Lei nº 13.015/2014. O incidente de uniformização de jurisprudência desapareceu no Código de Processo Civil atual.

Desse apanhado normativo, nota-se que a legislação processual trabalhista instituiu mecanismos para melhor gerenciar os feitos repetitivos, ao passo que o Código de Processo Civil estabelece um sistema vinculante de precedentes judiciais. Esses precedentes serão definidos pelos Tribunais e os órgãos inferiores possuem a alternativa de neles enquadrar os feitos julgados ou fazer as distinções para não aplicar os precedentes. Por essa sistemática, aos juízes de primeiro grau seria retirada a possibilidade de influenciar na superação dos precedentes, uma vez que apenas os Tribunais autores dos precedentes poderiam fazê-lo.

Adotando-se uma leitura em consonância com o devido processo legal, defende-se, neste artigo, que a distinção dos casos não se restringe aos fundamentos de fato, podendo ocorrer quando haja distinção de fundamento jurídico. É possível que haja resistência a essa possibilidade, uma vez que a definição da questão jurídica pelos incidentes mencionados não comportaria novas discussões a respeito. No entanto, como será visto no tópico seguinte, a zona de fronteira entre questão de fato e questão de direito é tênue e a vinculação ou não dos precedentes não pode em absoluto prescindir da contribuição dos juízes no primeiro grau de jurisdição.

4 – DIFICULDADES NA DISTINÇÃO ENTRE FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Numa abordagem genérica, é possível afirmar que os fatos são evidenciados mediante um processo de descrição de sua ocorrência, ao passo que o direito contém prescrições, ou seja, algo que deve ser observado em razão de sua previsão no ordenamento jurídico. É a tradicional distinção entre o plano do *ser* e do *dever ser*. Ocorre que se pode evidenciar, por meio de um processo descritivo, o direito existente numa comunidade, da mesma forma que é possível descrever um fato a partir de compreensões particularizadas, desde uma perspectiva não exatamente de como ocorreram, mas de como deveriam ocorrer⁴.

Os fatos envolvidos numa demanda judicial não são transportados automaticamente para os autos. Existe uma mediação da qual originam variadas versões, que são apreendidas pelo juiz de uma determinada maneira e podem não coincidir com a percepção do Tribunal Regional do Trabalho. Esta variação na apreensão dos fatos também pode se refletir no Tribunal Superior do Trabalho.

Ricardo Guastini, ao fazer considerações sobre a linguagem jurídica, esclarece que a distinção entre linguagem descritiva e linguagem prescritiva

4 PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST*. Recurso de revista e embargos por divergência. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 194 e ss.

não é sintática nem semântica, mas pragmática, considerando que um mesmo enunciado pode ser utilizado descritiva ou prescritivamente. Segundo o jurista:

“E eis, portanto, que um mesmo enunciado – por exemplo: ‘o homicídio é punido com reclusão’ – pode ser usado indiferentemente seja para consumir um ato linguístico de descrição, seja para consumir um ato linguístico de prescrição (e talvez consumir muitos outros atos linguísticos ainda). A sua sintaxe e a sua referência não mudam: o uso – e com isso o contexto do discurso – decide sobre o caráter prescritivo ou descritivo de um enunciado.”⁵

Guastini comenta que os juristas costumam anunciar a “existência de um enigmático ‘reino do direito’, distinto do comum ‘mundo dos fatos’ e que se opõe a este”. Trata-se de uma ideia presente na linguagem comum, mas que gera perplexidade, uma vez que “as relações entre direito e fatos são bem mais complexas do que leva a pensar o modo comum de exprimir-se”⁶.

Suas considerações sobre o silogismo, como modo bastante difundido do discurso judicial, também merecem destaque. A aplicação de uma norma jurídica costuma ser representada pela associação de duas operações diversas: “(a) a verificação de um fato (um caso particular concreto), e (b) o estabelecimento da consequência jurídica prevista para aquela classe de fatos” obedecem a premissas que constituem a “justificação (justificação interna) da decisão”. A escolha das premissas, por sua vez, “exige justificação (justificação externa)”. Sendo assim, são tomadas decisões para a “escolha da premissa maior (interpretação das fontes do direito)”, como também variadas decisões necessárias para o estabelecimento da premissa menor, “relacionadas com a avaliação das provas, que por sua vez são disciplinadas por normas jurídicas”. Essa suposta separação entre “decisões que dizem respeito a questões de direito” e decisões alusivas a questões de fato não possui uma “linha demarcatória” precisa, mas “flutuante”⁷.

Para evidenciar ainda mais o grau de dificuldade dessa distinção entre matéria de fato e direito, Guastini observa:

“os fatos que o juiz verifica diretamente são somente as provas (por exemplo, os testemunhos), não os fatos provados. Uma prova é precisamente um fato que induz a considerar o ocorrido um outro fato. Este último não é verificado diretamente pelo juiz, mas inferido pelas

5 GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 54-55.

6 *Ibidem*, p. 57.

7 *Ibidem*, p. 69.

DOCTRINA

provas. Uma prova autoriza o juiz a considerar verdadeira uma certa proposição acerca do passado. Esta inferência não tem caráter dedutivo: entre as duas proposições não há um nexo de implicação lógica, mas antes um nexo mais débil de ‘congruência narrativa’ (como é chamada). (...)

Vale a pena enfatizar que os termos empregados na formulação de uma norma são fatalmente vagos, ou providos de uma ‘trama aberta’, de modo que, para cada termo, há um conjunto de fatos aos quais é dúbio se o termo se aplica ou não; em outras palavras, para cada norma existem alguns casos particulares aos quais a norma certamente se aplica (‘casos fáceis’), como também outros casos particulares com respeito aos quais a aplicação da norma é controversa (‘casos dúbios’ ou ‘difíceis’).⁸

Karl Larenz também enfatizou a dificuldade da distinção entre matéria de fato e de direito, destacando que o juiz diante de uma situação de fato que lhe é apresentada não presenciou ele próprio esses fatos, mas é deles informados de acordo com relatos e percepções alheias. Prossegue o autor:

“É, com certeza, possível que ele próprio venha posteriormente a inspecionar determinados objetos pertinentes à situação de facto como, por exemplo, um instrumento da ocorrência, o documento sobre cuja interpretação as partes discutem, o lugar do acidente, resquícios sobre cuja interpretação as partes discutem, resquícios de uma coisa destruída. Mas os eventos pretéritos – e é deles que em regra se trata – já não são perceptíveis agora.”⁹

Em seguida, o autor comenta equívoco bastante comum em Tribunais, na distinção entre matéria de fato e de direito:

“A norma jurídica não foi correctamente aplicada se o Tribunal incorreu em erro na apreciação jurídica da situação de fato previamente constatada, ou seja, na resposta à questão de direito. No entanto, esta distinção não é levada a cabo pela jurisprudência de modo consequente. Assim, por exemplo, considera como questão de direito, susceptível de exame pelo Tribunal de revista, o julgamento de uma determinada conduta como ‘negligente’; em contrapartida, a questão de se a negligência foi ‘leve’ ou ‘grosseira’, considera-a ‘questão de facto’, não susceptível de

8 *Ibidem*, p. 70-72.

9 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 367.

DOCTRINA

revista. Isto é inadmissível: trata-se em ambos os casos de uma questão de valoração, ou seja, de uma questão de direito.”¹⁰

Diante da complexidade na distinção entre questões de fato e de direito, dificilmente os precedentes terão a capacidade de absorver todo o universo temático que se põe na Justiça do Trabalho.

5 – PROPOSTA DE LEITURA MITIGADA DA INCIDÊNCIA DO SISTEMA DE PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO DO TRABALHO, COM ÊNFASE NO PROCESSO CONSTITUCIONAL

No Estado Constitucional, a lei preserva sua importância, desde que observados os limites constitucionais, tanto em termos de procedimento quanto de conteúdo.

Diante do princípio da legalidade previsto na Constituição de 1988, cabe analisar os limites constitucionais dos atos praticados pelo Poder Judiciário, para se obter uma aplicação geral, com caráter vinculante e com possibilidades de inovação da ordem jurídica.

A sentença é ato que, a rigor, não produz norma de caráter geral e abstrato, mas a norma do caso concreto submetido a juízo. Igual entendimento se aplica aos acórdãos dos Tribunais.

Na esfera trabalhista, o ato judicial que possui normatividade similar à da lei é a *sentença normativa*, resultante dos dissídios coletivos de natureza econômica suscitados nos Tribunais trabalhistas¹¹.

Já em relação às *sentenças individuais*, falta o caráter vinculativo no plano geral para determinar o conteúdo de outras decisões judiciais proferidas em casos semelhantes. Não há dúvida de que a sentença constitui direitos, porém limitada aos contornos do caso julgado.

As *súmulas* dos Tribunais Superiores, à exceção das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal (introduzidas pela EC nº 45/2004 no art. 103-A da CF), em princípio não vinculam obrigatoriamente as instâncias inferiores a decidirem de acordo com seu enunciado¹².

10 *Ibidem*, p. 373.

11 Houve severas restrições ao poder normativo da Justiça do Trabalho com a Emenda Constitucional n.º 45/04 (art. 114, § 2.º).

12 O Supremo Tribunal Federal profere outras decisões com caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, como na ação direta de inconstitucionalidade e na declaratória de constitucionalidade (art. 102, § 2.º).

DOCTRINA

Em sentido contrário, apresenta-se a orientação predominante do Código de Processo Civil de 2015 direcionada a aproximar o sistema processual brasileiro do *common law*, no qual precedentes judiciais são dotados de força vinculante.

Como visto, o Código de Processo Civil amplia o rol constitucional, dotando de caráter vinculante vários outros atos do Poder Judiciário praticados em incidentes cujos procedimentos se encontram ali regulados. Dos novos incidentes em que se atribuiu esse caráter destacam-se o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 do CPC) e o de assunção de competência (art. 947 do CPC).

É importante diferenciar o caráter vinculante das decisões dos Tribunais em incidentes regulados pelo Código de Processo Civil dos mecanismos para administrar a multiplicidade de demandas e recursos que apresentem questões jurídicas comuns. Na primeira hipótese, a decisão vinculante se aplica a casos futuros e pode ser exigida diretamente, como, por exemplo, por via do instituto da reclamação (art. 988 do CPC). Já os mecanismos para administrar a multiplicidade de feitos nos Tribunais adotam sistemática distinta, pois se aplicam aos recursos sobrestados e não vinculam diretamente as decisões dos órgãos inferiores. Como mecanismos com tais características podem ser citados os incidentes de recursos repetitivos extraordinário e especial no Código de Processo Civil de 1973, bem como o incidente de recursos de revistas repetitivos implantado pela Lei nº 13.015/2014.

A adoção do caráter vinculante direto prevista pelo Código de Processo Civil atual é questionável.

Em relação ao incidente de demandas repetitivas, de duvidosa constitucionalidade, a decisão nele proferida vincula os juízes de primeiro grau antes mesmo de que haja número significativo de decisões a respeito. Basta o risco de ofensa à isonomia ou à segurança jurídica pela repetição de processos com a mesma questão jurídica que será cabível tal incidente. Trata-se de uma antecipação, ou mesmo advocatória pelo Tribunal, que afeta radicalmente a função jurisdicional e esvazia a relevante atuação do juiz em primeiro grau de jurisdição. A possibilidade de o Tribunal se antecipar e proferir tese vinculativa a órgãos jurisdicionais distintos não observa o parâmetro processual constitucional do devido processo legal. Não há na Constituição previsão nesse sentido, de que decisões dos Tribunais em geral possam ser aplicadas com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Como visto, algumas decisões do Supremo possuem, de fato, essas características, porém justamente em razão de sua competência expressamente prevista no Texto Constitucional.

DOCTRINA

Além disso, os chamados precedentes que resultam da uniformização da jurisprudência dos Tribunais aproximam súmulas vinculantes a súmulas não vinculantes ou mesmo a decisões dos órgãos plenários.

A determinação de sentido dos marcos normativos, de cima para baixo, tende a afrontar o princípio democrático, pois elimina o dissenso na base. Este procedimento tende também a enrijecer e a mecanizar toda a prerrogativa assegurada constitucionalmente aos juízes do trabalho, em primeiro grau, no exercício da função jurisdicional.

Difícilmente a figura dos precedentes judiciais permitirá que o Juiz do Trabalho de primeiro grau possa se valer de uma hermenêutica mais sofisticada na apreciação de todos os aspectos que envolvem os conflitos trabalhistas – circunstância que por si só esvazia o potencial da função social inerente à magistratura trabalhista.

Essa sistemática de vinculação própria dos precedentes pode vir a provocar o engessamento da jurisprudência, além de dificultar o arejamento de teses oriundas da prática judicial. Enfim, o compromisso com a isonomia e a segurança jurídica – argumento reiteradamente adotado para justificar os precedentes – apenas pode ser cumprido, na seara trabalhista, se observado o princípio da proteção em toda a sua dimensão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: UnB, 1994.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Recursos de natureza extraordinária no TST*. Recurso de revista e embargos por divergência. Salvador: Juspodivm, 2015.
- REGLA, Josep Aguiló. *Teoria de las fuentes del derecho*. Barcelona: Ariel, 2000.
- SUPIOT, Alain. *El espíritu de Filadelfia*. La justicia social frente al mercado total. Barcelona: Península, 2011.