

COMPREENSÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NA JUSTIÇA DO TRABALHO

André Araújo Molina

1. Introdução

Os estudiosos sempre buscaram definir a natureza jurídica das decisões judiciais, a sua admissão como fontes do direito, a sua relevância para a interpretação e argumentação jurídicas, bem como as suas possibilidades eficaciais, conforme o direito positivo e a tradição jurídica dos mais diversos países e sistemas, esforço que foi potencializado entre nós nas duas últimas décadas, em razão de várias alterações legislativas, passando pela criação das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal, os procedimentos de julgamento de demandas repetitivas e os julgamentos com repercussão geral, culminando com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que representa uma nova etapa nessa linha evolutiva, uma vez que o referido diploma ampliou o universo das decisões judiciais que são obrigatórias, potencializando as suas eficácias e a sua relevância processual.

É por tudo isso que tornou-se um dos mais importantes capítulos da teoria geral do processo o da teoria dos precedentes, bastante desenvolvido nos países de tradição jurídica de *common law*, onde as decisões judiciais ocupam posição destacada, cujas experiências nos são bastante relevantes, nos aspectos comparativo e também conceitual, contudo, diante das peculiaridades do direito positivo brasileiro, que não encontra similar em outras latitudes, demanda construirmos uma teoria brasileira dos precedentes judiciais, inclusive inserindo a jurisdição trabalhista nessa nova realidade, uma vez que, além dos institutos do Código de Processo Civil serem aplicados ao processo do trabalho¹, exigindo a observância obrigatória de alguns precedentes como fontes do direito, a própria legislação trabalhista vem sendo

¹ O novo CPC prevê em seu artigo 15 que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” Para um completo estudo a respeito dos critérios de aplicabilidade das normas processuais do novo Código ao processo do trabalho v. MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.

paulatinamente reformada com vistas a também inserir o ramo especializado na realidade de valorização das decisões judiciais.

Um eloquente exemplo foi a inclusão na Consolidação das Leis do Trabalho das disposições para regular o julgamento dos recursos de revista repetitivos, dada pela Lei n. 13.015/2014, cujo mecanismo também adotou as premissas próprias da doutrina do *stare decisis*² de atribuir força vinculativa às decisões, exigindo dos magistrados trabalhistas uma mudança de mentalidade quando da abordagem da jurisprudência como fonte do direito.

Tradicionalmente, a metodologia para a compreensão e aplicação dos precedentes judiciais não é observada pela jurisprudência trabalhista, na medida em que ainda é comum o Tribunal Superior do Trabalho alterar, cancelar ou aprovar súmulas sem proferir julgamento de casos concretos que sustentariam a mudança de posição e, também, pela aplicação amiúde das súmulas e orientações jurisprudenciais, apenas a partir dos seus enunciados sintéticos e abstratos, como se textos legislativos fossem, sem recuperar as nuances fáticas dos casos que lhes deram origem.

Dentro desse contexto, o artigo pretende contribuir para a definição do conceito de precedente judicial, diferenciando-o de alguns conceitos correlatos; demonstrar que os fatos constantes dos casos concretos que lhes dão origem, integram-nos, sendo decisivo quando da sua delimitação e posterior incidência; avançaremos para falar sobre os métodos de aplicação, distinção e superação dos precedentes, utilizando como material de trabalho casos concretos atuais importantes e exemplos históricos jurisprudenciais.

2. Compreendendo os precedentes judiciais

Desde a EC n. 45/2004, que introduziu o instrumento das súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico (art. 103-A da CF/88), seguida das técnicas da repercussão geral e dos recursos repetitivos (Lei n. 11.418/2006), já tínhamos a necessidade de readequar a teoria da decisão no Brasil, para amoldá-la às novas fontes formais do direito, que são os precedentes obrigatórios. Contudo, acabou que foi apenas com a vigência do CPC de 2015 que o tema,

² A nomenclatura advém da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, em tradução livre: mantenha-se a decisão e não molestes o que foi decidido.

efetivamente, ganhou maior relevância entre os nossos autores, convocando todos, inclusive os da área trabalhista³, para melhor compreender, interpretar e aplicar súmulas, orientações e decisões, na essência, os precedentes judiciais.

O conceito fundamental que primeiro precisa ser delimitado é o de precedente judicial, que jamais deve ser confundido com os conceitos próximos de decisão, acórdão, súmula, orientação jurisprudencial, jurisprudência ou ementa. Os precedentes, a rigor, jamais serão dados pelos tribunais, mas serão construídos de forma compartilhada e discursiva pelos diversos atores jurídicos – doutrina, juízes, advogados, comunidade – que, com o estudo das decisões judiciais, contextualizam as nuances fáticas específicas do caso e a argumentação jurídica utilizada, e, a partir delas, extraem o essencial do quanto decidido, as suas razões de decidir (*ratio decidendi*), as quais, funcionando como o verdadeiro precedente, poderão ser replicadas nos casos futuros que apresentarem as mesmas razões, de fato e de direito.

O precedente, deveras, situa-se em uma segunda camada de linguagem, é uma (meta)linguagem que fala das decisões subjacentes que lhes serviram de objeto, interpretando-as. É por isso que não existe precedente judicial sem as antecedentes nuances fáticas, questões jurídicas e a decisão judicial concreta que as equacionou.

Cesar Zucatti Pritsch apresenta a sua definição de precedente, como a resposta a um questionamento jurídico fornecida em um processo anterior no contexto dos respectivos fatos tidos como necessários para amparar a decisão, e que pode servir de padrão decisório para a solução dos novos casos com suficientes e relevantes similaridades.⁴

Já Daniel Mitideiro acrescenta os seguintes argumentos: “Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial e colabora de forma contextual para a determinação do direito e para a sua previsibilidade.”⁵

³ Os operadores jurídicos da área trabalhista, tradicionalmente, sempre lidaram com a ideia de que as decisões judiciais cumpriam um relevante papel, na medida em que o art. 902 da CLT criou os prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho, que eram as orientações emanadas dos julgados da Corte, que inicialmente vinculavam as demais instâncias e orientavam a prática da advocacia (§ 1º), depois o Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que violava a separação dos poderes (STF – Rep. 946/DF – DJ 17.05.1977), decidiu que os prejulgados não eram obrigatórios, mas meramente orientativos, não obrigando os juízes, porém com forte carga persuasiva.

⁴ Manual de prática dos precedentes, p. 20.

⁵ Precedentes, p. 96.

A partir desse conceito inicial, compreendemos que a partir do estudo atento de qualquer decisão judicial, de todas as instâncias, pode-se construir precedentes, porém nem todos ostentarão as mesmas eficácias, na medida em que há aqueles que são argumentativos ou persuasivos, isto é, não são de observância obrigatória, nem sequer pelo próprio prolator, embora possam orientar as decisões que se seguirem sobre o mesmo tema.

Entretanto, atualmente, principalmente a partir do CPC, há um rol de precedentes que são, *ex lege*, obrigatórios, previstos, fundamentalmente, mas não só, no seu art. 927. Para esses, as principais condições de vinculatividade são a autoridade do órgão emissor (tribunais superiores, sendo maior a sua força obrigatória quando julgada pelos seus órgãos plenários ou especiais, com amplo debate e fundamentação exaustiva, como no incidente de resolução de demandas repetitivas, no incidente de recurso de revista repetitivo, no incidente de assunção de competência e em repercussão geral) e o trânsito em julgado da decisão⁶.

Um alerta faz-se indispensável: a parte do precedente judicial que vincula não é o dispositivo da decisão subjacente, mas os seus motivos determinantes ou, para a doutrina do *common law*, a *ratio decidendi* ou *holding*⁷. Bem por isso que o precedente judicial, como algo construído *a posteriori*, não se confunde com a decisão judicial em si, muito menos com a sua ementa, trechos escolhidos de forma aleatória em sua fundamentação, nem mesmo com as eventuais súmulas ou orientações jurisprudenciais que possam ter advindo de uma ou de várias decisões judiciais em algum tema específico submetido ao julgamento dos tribunais.

Decorre, logicamente, que não faz parte de um modelo adequado de precedentes a cultura já estabelecida em nossa praxe forense de citar nas petições, nas sentenças e acórdãos, apenas as ementas de alguns julgados aleatórios⁸, os textos das súmulas ou das orientações

⁶ O Supremo Tribunal Federal, nos autos da PET n. 7.755-MC, DJE 06.08.2018, firme nos arts. 982, § 5º e 987, § 1º, do CPC, decidiu no sentido de que a vinculatividade apenas terá eficácia após o trânsito em julgado do acórdão que lhe dá origem ao precedente. Contudo, em sentido oposto, há decisão isolada do Tribunal Superior do Trabalho em sentido contrário, dizendo que a eficácia obrigatória depende apenas da publicação do acórdão, independente de recurso e trânsito em julgado (TST – ED-RR-1807-06.2012.5.18.0003 – DEJT 17.08.2018).

⁷ Luiz Guilherme Marinoni explica que a *ratio decidendi* deve ser considerada como uma premissa para a solução não simplesmente dos casos, mas também das questões jurídicas que neles foram discutidas, através dos próprios *fundamentos ou motivos determinantes daquela decisão*. (...) No direito brasileiro será mediante a análise da fundamentação da decisão que constituiu o precedente que será possível analisar os *motivos determinantes* ou a *ratio decidendi* da mesma, os quais terão os efeitos vinculantes que o sistema processual lhes atribuir, com profundos e transformadores efeitos nos regimes da coisa julgada e da eficácia *erga omnes* dessas decisões paradigmáticas. (Precedentes obrigatórios, p. 253, *passim*).

⁸ Lucas Buril de Macêdo, com percuciência, observa que “um dos equívocos mais comuns na atuação dos juízes, advogados e demais profissionais brasileiros é a confusão entre precedente e ementa. Este problema gera graves efeitos prejudiciais ao desenvolvimento da aplicação dos precedentes no Brasil. Ressalte-se que essa confusão

jurisprudenciais – no mais das vezes recolhidos de forma intencional para justificar a decisão que já fora tomada (intuída) pelo julgador⁹ –, que, sem os casos concretos que lhes serviram de suporte, nada dizem sobre o verdadeiro precedente (se é que houve formação de precedente a partir daquele julgado recortado e citado aleatoriamente).

Isso porque deriva do conceito de *ratio decidendi* que nem sempre as decisões proferidas nos colegiados vão originar precedentes, na medida em que pode ocorrer de uma solução ser tomada por maioria de votos, mas a partir de argumentos diversos, de modo que, embora ocorra uma solução jurídica para o caso concreto (conclusão da decisão), não houve consenso – sequer a formação de um pensamento majoritário médio – do qual se possa extrair uma razão de decidir para iluminar os julgados futuros. Tal constatação reforça a afirmação de que não se deve confundir a ementa do acórdão (resumo) ou o resultado do seu julgamento (dispositivo) com as razões que efetivamente vinculam os juízes para os casos seguintes (que são as razões de decidir e o verdadeiro precedente judicial).

Fixado o conceito de precedente judicial e a sua distinção dos conceitos próximos, cumpre-nos sublinhar que o principal argumento que milita a favor da adoção dos precedentes também nos sistemas de *civil law* é a exigência de universalização das soluções para os casos semelhantes, a sua pretensão de integridade a que alude Ronald Dworkin, como necessidade de segurança jurídica, isonomia, racionalidade e previsibilidade de todo o sistema jurídico.

Dworkin explica a ideia de integridade do direito a partir de uma analogia com a literatura, no que intitulou de romance em cadeia. Em tal projeto, um grupo de romancistas

não é conceitual, mas pragmática. É dizer, o juiz não utiliza a ementa pensando se tratar propriamente do precedente, ou que a ementa e precedente signifiquem a mesma coisa. O problema é mais profundo. Na verdade, há a utilização da ementa como se fosse o núcleo do precedente, evitando-se assim a análise cuidadosa dos fatos e da argumentação expendida. Trata-se de um atalho com graves efeitos prejudiciais à prática dos precedentes judiciais.” (Precedentes judiciais e o direito processual civil, p. 85).

⁹ Mauricio Ramirez, em contundente crítica ao modo de julgamento praticado no Brasil, a pretexto de aplicação de precedentes, observa que: “O âmago do problema da arbitrariedade judicial na invocação de precedentes, portanto, está na combinação destes dois fatores: a elevação do julgado ao *status* de lei geral e a existência de precedentes antagônicos, adaptáveis a todas as ‘necessidades’. (...) A aplicação desse ‘raciocínio distorcido’ amiúde se dá da seguinte forma: o juiz escolhe ‘livremente’ (leia-se *arbitrariamente*) uma das interpretações trazidas pelas partes, e a seguir ‘confirma’ com uma rápida e simples busca em algum dos vários repertórios eletrônicos de jurisprudência, selecionando julgados que convém à tese (e que passam a constar da decisão) e ignorando os que a infirmam (e que não são sequer mencionados). O resultado dessa operação é uma decisão não fundamentada e, portanto, nula do ponto de vista constitucional. (...) a pessoa interessada (pode ser o advogado da parte ou mesmo o próprio juiz) tem uma opinião preconcebida a respeito do caso e vai aos livros ou aos repositórios eletrônicos buscar excertos jurisprudenciais que confirmem a sua tese. As decisões passadas que são oportunas aos seus propósitos adrede estipulados são adotadas como fundamento de sua pretensão ou decisão; já aquilo que nega esses mesmos desígnios é simplesmente descartado.” (Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro, p. 45/46 e 123).

escreve uma obra única, de forma que cada escritor interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um dos autores deve escrever o seu capítulo individual de forma a criar, da melhor forma possível, o romance único em elaboração, e a complexidade da tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito com integridade. Na ideia do jurista, espera-se que os autores levem mais a sério as suas responsabilidades de continuidade: devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Devem criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor e não – como na verdade quase sempre ocorre, e não deveria – como produto de muitas mãos diferentes, caótica, individualista e desordenadamente.¹⁰

A adoção e obediência dos precedentes judiciais resgataria a ideia de integridade e de universalização do direito, já que os juízes não estão livres para interpretar o ordenamento e os fatos da causa para proferir a melhor solução, como se eles estivessem a escrever a sua obra individual, do início, mas deveriam ter a obrigação com a comunidade ao considerar as decisões anteriores em casos semelhantes para a continuidade da tarefa de produzirem a obra conjunta, dando previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica ao Direito.

E diante da complexidade do direito na pós-modernidade¹¹, com a admissão da pluralidade das fontes normativas, do pluralismo judiciário, do transconstitucionalismo, da necessidade de participação dialogada das partes, dos grupos e do Estado na tomada das decisões judiciais, principalmente na jurisdição constitucional, podemos reformular a teoria do romance em cadeia de Dworkin para acrescentar que o magistrado, ao escrever o capítulo seguinte do romance único, recebe não apenas as contribuições dos romancistas anteriores que o antecedeu (precedentes judiciais domésticos), mas também deve considerar outros fatores que reforçam a sua tarefa de seguir na produção da obra conjunta, como a jurisprudência internacional e estrangeira¹², a contribuição da doutrina e a opinião dos especialistas.

Da concepção de direito como integridade e da força normativa dos precedentes no sistema atual, parece-nos urgente a necessidade de revisão de um dos alicerces da teoria

¹⁰ O império do direito, p. 276.

¹¹ Consultar o nosso: MOLINA, André Araújo. **Os direitos fundamentais na pós-modernidade**. O futuro do Direito e do Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹² Consultar o nosso: MOLINA, André Araújo. A relevância da jurisprudência internacional e estrangeira para o Direito do Trabalho brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2 (2016), n. 5, p. 127-163.

geral do processo no Brasil, a de que os magistrados possuem livre convencimento motivado, estando autorizados a julgar da forma que melhor lhes aprouver, desde que explicitem as razões da decisão, para, então, migrarmos para o novo modelo de maior responsabilidade institucional dos juízes com a racionalidade e a universalidade do direito, respeitando-se todo o histórico anterior, tendo a consciência institucional de que, todos, falam em nome de um único Poder Judiciário, cujas soluções devem, necessariamente, ser idênticas para todos os jurisdicionados que se encontram em igual situação¹³.

José Roberto Freire Pimenta anota que, no ambiente pós-positivista, a vinculação estrita do juiz à letra da lei já não é possível nem desejável, porém a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação judicial traz um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas sejam interpretadas e aplicadas de modo muito diverso, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os cidadãos pautem as suas condutas com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor e pelos seus intérpretes. Para dar cabo ao inconveniente, a jurisprudência uniformizada é o principal mecanismo, pois é um agente estabilizador do conteúdo das normas, definindo em um precedente, para casos concretos substancialmente iguais ao que foi decidido no *leading case*, o sentido da norma jurídica que hoje é, na maioria das vezes, genérica, principiológica e que exige sua complementação por meio de uma interpretação concretizadora do Judiciário.¹⁴

A observância dos precedentes, embora hoje já encontre expressa determinação no sistema do CPC e da CLT, tem como seu antecedente remoto o princípio constitucional da igualdade, que condiciona que o tratamento jurídico deve ser idêntico para os cidadãos que se encontram em igual situação de fato, a exigir, por corolário, que a mesma decisão judicial seja repetida para os demais casos semelhantes, prestigiando, ao final, a previsibilidade, a justiça e a confiança dos jurisdicionados nos atos do Poder Judiciário, legitimando-os¹⁵.

¹³ Por todos: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

¹⁴ A reforma do sistema recursal trabalhista, p. 125/126.

¹⁵ William Pugliese diz, no particular, que: “Deve-se compreender que toda questão repetida levada ao Judiciário já foi, uma vez, examinada com maior cautela, e os benefícios desse julgamento merecem ser expandidos para todo o jurisdicionado. Essa prática não gera simples economia e rapidez, mas garante também a legitimidade da decisão. Ora, sabe-se que o Judiciário é o poder com maior déficit democrático, já que seus membros não são escolhidos pelo sufrágio, mas sim por concurso público. Sem a legitimidade conferida pela população, e não tendo mais os juízes a mera função de aplicar a lei, as decisões precisam ter um fundamento mais forte do que a simples opinião pessoal do magistrado. Este elemento mais forte é encontrado, justamente, no respeito aos precedentes, o que se traduz para a população na imagem de que o Direito é uno e aplicado igualmente para todos. Ao contribuir para a construção de um corpo de regras aplicadas de modo uniforme, cada magistrado é

Uma outra observação bastante importante é que as decisões judiciais, as súmulas ou orientações jurisprudenciais formadas no passado, a partir das quais podemos até construir precedentes, não foram automaticamente alçadas à categoria de vinculantes ou obrigatórias, a partir de março de 2016, com a vigência do novo CPC, mas mantém-se como argumentativas ou persuasivas, ainda que originadas das decisões dos tribunais superiores.

Para o art. 927 do Código, as súmulas dos tribunais passarão a ostentar a eficácia vinculante ou obrigatória, quando atenderem os requisitos próprios de legitimação, como a observação do contraditório substancial, o enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes litigantes, quando fomentarem a participação dos terceiros, de modo que, por não respeitarem esses requisitos, as súmulas e as orientações antigas (pré-CPC) continuam a ostentar eficácia apenas persuasiva, devendo ser consideradas quando da tomada de decisão, por dever de estabilidade, integridade e coerência do sistema (art. 926), mas sem a vinculatividade que as novas decisões passaram a ostentar, desde março de 2016. Para dizer em outras palavras, as antigas súmulas e orientações (editadas na vigência da lei processual revogada) não foram agora “promovidas” de persuasivas para obrigatórias, mas continuam com a antiga eficácia, reservando-se apenas para as novas decisões e súmulas – agora com procedimento rigoroso de aprovação – o atributo da vinculatividade.

Lenio Streck e Dierle Nunes anotaram, na véspera da vigência do novo CPC, que as decisões do passado, sem a observância dos requisitos do novo Código, não vinculam para o futuro. Segundo esses autores:

Tal advertência se faz necessária neste momento para que se evite que a partir do 18 de março de 2016, decisões formadas no passado, sem o cumprimento dos pressupostos normativos de formação que o CPC-2015 impõe, adquiram — automaticamente — a força de precedentes hábeis à aplicação imediata e sirvam como fundamento de julgamento (artigo 489, §1º, V e VI) em: a) julgamentos liminares de improcedência (artigo 332); b) tutelas antecipadas da evidência (artigo 311, II); c) decisões monocráticas (artigo 932, IV e V); d) resolução de conflitos de competência (artigo 955, parágrafo único, I e II); e) obtenção de executividade imediata de sentenças (artigo 1.012, V); f) impedimento de reexame necessário (artigo 496, §4º, II), não se olvidando de potenciais funções rescindentes (artigos 525, §15 e 535, §§ 5º e 8º).

Seria como se quando do advento e regulamentação das súmulas vinculantes em nosso país o Supremo Tribunal Federal houvesse aplicado às súmulas persuasivas (argumentativas), produzidas desde 1963, o *status* de enunciados com força vinculante, gerando uma força retrospectiva a pronunciamentos do tribunal anteriores ao advento da norma do artigo 927, CPC-2015. Ora, assim como uma

responsável pelo aprimoramento do Judiciário como um poder que respeita a igualdade e que toma decisões justas e legítimas. Por consequência, será muito mais respeitado pela população e visto como órgão responsável pela administração da justiça.” (Precedentes e a *civil law* brasileira, p. 61).

súmula só é vinculante se passar pelo crivo da CF e da respectiva lei, assim também provimentos vinculantes do novo CPC só vinculam se obedecidos rigorosamente os pressupostos a partir do dia 18.¹⁶

E nesse mesmo sentido foi a posterior conclusão do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, de que as decisões e súmulas publicadas antes da vigência do CPC de 2015, continuam a ser persuasivas e não foram alçadas à condição de vinculantes, com isso não são elas de observância obrigatória, nem desafiam o remédio processual da reclamação para a garantia da sua autoridade.¹⁷

Os citados Lenio Streck e Dierle Nunes avançam para explicar que não é pela razão de as decisões e súmulas antigas continuarem com eficácia persuasivas que devam ser desconsideradas nos atuais julgamentos, autorizando os juízes a romper abruptamente com os entendimentos já consolidados, pois é evidente que a integridade e a coerência do sistema jurídico devem ser respeitadas. Mas também, por outro lado, concluem os autores:

Do mesmo modo, não é admissível a manutenção do uso de modelos decisórios com completa abstração do caso, promovendo uma aplicação mecânica de padrões decisórios mediante simples aproximação temática, seja pela vedação expressa do artigo 489, §1º, III, seja pela assunção da nova racionalidade do uso do direito jurisprudencial aqui comentada. Não é mais aceitável — se é que algum dia foi, desde a atual Constituição — que casos sejam julgados como temas, ou que se pretenda que a *ratio decidendi* de um precedente tenha algum sentido desprendendo-a do caso que lhe deu origem.¹⁸

As decisões e súmulas antigas, embora apenas persuasivas, integram a cadeia discursiva da evolução jurisprudencial, merecendo referência dos juízes para a abordagem dos novos problemas judiciais colocados sob a sua atual apreciação, conforme a tese de Ronald Dworkin sobre o direito como integridade e o romance em cadeia.

Como inicialmente apontamos, compreender, interpretar e aplicar corretamente os precedentes e as súmulas, passa bem longe de uma atividade singela de subsunção, como se as descrições generalizantes e sintéticas previstas em seus enunciados prescindissem de nova interpretação, contextualização e adequação fática, daí porque não procedem algumas críticas iniciais de que a incorporação do modelo de precedentes no Brasil retiraria a independência funcional dos juízes e, de outro lado, bloquearia a evolução jurisprudencial, que surgiria da rebeldia das instâncias judiciais inferiores.

¹⁶ CPC: conclamamos a que olhemos o novo com os olhos do novo!

¹⁷ TST – AgRg na Rcl 6852-59.2016.5.00.0000 – Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa – DEJT 10.06.2016.

¹⁸ Ibidem.

3. A importância dos fatos para a compreensão do precedente

Em texto seminal da década de 1930¹⁹, o professor Arthur Lehman Goodhart, da Universidade de Oxford, intentou contribuir de forma científica para a definição dos critérios que permitiriam a identificação da *ratio decidendi*, trazendo como grande novidade a ideia de que as razões de decidir não se encontram na proposição de Direito afirmada pelo juiz, pois ela pode ser muito abrangente ou restritiva demais. O sistema de precedentes operaria sempre a partir dos fatos levados em conta ao se proferir a decisão. Aquele que interpreta a decisão, para compreensão do precedente, deve estudar como o juiz observou os fatos e as provas para enunciar a decisão tomada. Ao final do seu ensaio, conclui o autor que a *ratio decidendi* seria a regra jurídica definida pelo julgador para decidir o caso concreto posto sob a sua apreciação, contextualizado com os dados da causa, da forma como o juiz observou os fatos materiais.

A sua contribuição foi tão contundente nos sistemas de *common law* que, hoje, a unanimidade dos autores e das cortes judiciais adotam a sua premissa de que um precedente apenas pode ser conhecido e delimitado, quando o jurista recupera e analisa os fatos descritos no relatório e na fundamentação das decisões, cuja ideia acabou, atualmente, por influenciar a nossa legislação nacional, tanto que o art. 926, § 2º, do CPC, deixa clara a indispensabilidade da adstrição fática para a formação dos precedentes, assim como o art. 896-C, § 16, da CLT, autoriza que os magistrados não sigam as decisões proferidas no regime do recurso de revista repetitivo quando houver distinção fática entre o precedente e o subsequente caso concreto.

Aqui entre nós, ainda nos idos de 1980, o Ministro Moreira Alves afirmou em voto no Supremo Tribunal Federal, ao negar a aplicação de uma súmula do Tribunal ao caso concreto sob apreciação da Corte, que “por se tratar de súmula, ela está vinculada ao âmbito dos julgados de que é síntese, não podendo – como poderia se se tratasse de preceito legal – extravasar dele por via de interpretação extensiva.”²⁰

A correta identificação (construção) do precedente pelo interprete “depende de um caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fático-jurídicos: os

¹⁹ Determining the ratio decidendi of a case, *passim*.

²⁰ STF – Pleno – RE 89.108/GO – Rel. Min. Cunha Peixoto – DJ 19.12.1980.

precedentes operam sobre fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram.”²¹. A certeza de que a decisão judicial que deu origem ao precedente judicial deva ser interpretada, compreendida, delimitada e aplicada a partir dos seus substratos fáticos-jurídicos, também não passou despercebida de Teresa Arruda Alvim Wambier:

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.²²

De forma ainda mais contundente, Daniel Mitidiero leciona que:

Tendo como matéria prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõe o caso examinado e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. Nessa perspectiva, operam inevitavelmente dentro da moldura dos casos dos quais decorrem, sendo por essa razão necessariamente contextuais.²³

Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira bem compreenderam que o art. 927 do CPC estabelece que os juízes e tribunais deverão observar os enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ e do TST em matéria infraconstitucional. Porém, esclarecem que “observar tais enunciados é observar a *ratio decidendi* dos precedentes que os originaram – fala-se em observância do enunciado apenas por uma opção pela brevidade e pela facilitação do discurso.”²⁴, posição adotada há muitas décadas pelos países em que a jurisprudência ostenta força normativa obrigatória e, também, agora, entre nós, na legislação processual, tanto civil quanto trabalhista, conforme os arts. 489, VI, e 926, § 2º, do CPC e art. 896-C, § 16, da CLT. Os mesmos autores citados acrescentam ao debate que:

O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente.

A súmula, como texto, terá de ser reinterpretada, daí a necessidade de ela ser escrita com termos precisos, tanto quanto isso seja possível. Mais do que isso, a redação do enunciado da súmula exige o retorno ao caso que lhe deu origem. Trata-se de exigência do art. 926, § 2º, CPC.

E do ponto de partida (texto legal) ao ponto de chegada (texto sumulado) estão os precedentes que compuseram a jurisprudência que veio a ser dominante; precedentes

²¹ Daniel Mitidiero, Precedentes, p. 106.

²² Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito, p. 133.

²³ Op. Cit., p. 97.

²⁴ Curso de Direito Processual Civil, p. 477/478.

esses que também são textos a serem interpretados, considerando as circunstâncias fáticas subjacentes, que serviram de base para sua construção.

A invocação de um precedente pressupõe e recomenda que sejam consideradas as circunstâncias de fato em que foi construído, para que só se o aplique a causas em que a base fática seja similar. O enunciado de súmula, em sua simplicidade, se distancia do manancial fático das decisões cuja difusão conduziu à sua edição.

Mas a aplicação dos enunciados de súmula não pode ignorar o imperativo de observância dos fatos subjacentes à causa e confrontá-los com os precedentes que geraram o enunciado sumular.²⁵

Diversos outros autores defendem que para a migração do modelo brasileiro atual para um adequado sistema de precedentes obrigatórios, supõe que tenhamos a preocupação científica de construir uma sólida teoria, compreendendo os seus pressupostos filosóficos, legislativos e o repertório procedimental próprio.

Sem a abordagem científica do novo sistema, corremos o risco de descambarmos para um “*common law* à brasileira”, na crítica de Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, para quem a referência às súmulas e aos processos anteriormente julgados ainda se dá de forma desconectada das questões, fatos, debates e teses que lhes deram origem. Assim, ao se invocar uma súmula, essa ainda ganha autonomia frente à discussão subjacente, diferentemente do que ocorre com os precedentes dos países de *common law*. “Nesses termos, percebe-se que nem em países nos quais é tradicional o uso de precedentes pode haver sua utilização mecânica sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem se discutir sua adaptabilidade.”²⁶

Essa posição crítica também é compartilhada por Luiz Guilherme Marinoni, que, além de tudo, é bastante pessimista quanto à possibilidade de um avanço metodológico em nossa comunidade jurídica brasileira:

As súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos em que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto.²⁷

Ainda nesse particular, Juraci Mourão Lopes Filho realizou um inventário dos maiores erros cometidos no Brasil em relação aos precedentes, destacando, primeiramente, a

²⁵ Op. cit., p. 501/503, *passim*.

²⁶ Breves considerações sobre a politização do Judiciário, p. 9-52, *passim*.

²⁷ Precedentes Obrigatórios, p. 217-218

confusão que se faz ao tomar indistintamente precedentes, súmulas e jurisprudência como instrumentos similares. Mas, para ele, o principal equívoco é tomar a ementa ou a súmula por precedente e aplicá-las por meio de um silogismo. Muito ao contrário da aplicação de ementas e súmulas gerais, o correto uso dos precedentes deve considerar necessariamente as normas jurídicas enunciadas, os aspectos fáticos, a fundamentação e a argumentação desenvolvida, quando poderão as partes e o juiz contextualizarem pormenorizadamente, identificando a partir daí as similitudes e as divergências entre um caso e outro, culminando com a sua reutilização e reconstrução nas situações seguintes²⁸.

Dierle Nunes e Alexandre Bahia confirmam que na realidade brasileira é comum o uso irrefletido das ementas dos julgados e das súmulas apenas como âncoras facilitadoras dos julgamentos, com o único sentido de otimizar numericamente o volume de decisões. E, ao final, arrematam:

Faz-se uso de súmulas e “precedentes” sem a devida recuperação do(s) caso(s) paradigma(s), valendo-se apenas de ementas ou do pequeno texto das súmulas, como se uns e outros pudessem ter algum sentido sem aquilo (os casos) que lhes deram origem e se confundindo a *ratio decidendi* (fundamento determinante) com algum trecho da ementa ou do voto.²⁹

Lucas Buril de Macêdo, após distinguir adequadamente os conceitos de ementa, súmula e precedente, avança para expor a grave inconsistência que é a prática jurisprudencial brasileira de citar apenas os textos das súmulas ou a ementa dos julgados anteriores, como se fossem precedentes, sem recuperar as razões de fato que estão subjacentes. Diz o autor:

São muito comuns os casos em que os juízes limitam-se a citar ementas como se fossem os próprios precedentes. Esta atitude pode levar, e no mais das vezes levará, a graves equívocos advindos da má aplicação dos precedentes, ou pior, à própria desvirtuação do sistema de precedentes, transformando a decisão anterior, em contato direto com os fatos, em um conceito abstrato e geral, despindo-a de sua concretude. (...) O precedente judicial, como fonte do direito, não pode ser reduzido à ementa. Para a compreensão precisa e segura da norma gerada ou especificada em um precedente, é indispensável a leitura cuidadosa da decisão, tomando em conta os fatos da causa, a argumentação realizada no processo pelas partes e os fundamentos que levaram à tomada da decisão. Além disso, o juízo comparativo entre as causas é essencial, sobretudo quando os fatos substanciais sejam idênticos, podendo ser elencados em um mesmo grupo de casos.³⁰

Por tudo isso é que entendemos que torna-se premissa incontestável que o juiz trabalhista atual, inserido que está no paradigma em que as decisões judiciais foram alçadas à

²⁸ Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, p. 107.

²⁹ Processo e república: uma relação necessária, *passim*.

³⁰ Precedentes judiciais e o direito processual civil, p. 85-86.

categoria de fontes formais do direito, com a eficácia obrigatória de grande parte delas, que, além de compreender o conceito e os limites dos precedentes, também deva, principalmente, atualizar e refinar o seu método tradicional de julgamento.

4. Técnicas de aplicação dos precedentes judiciais

Nos tópicos anteriores cuidamos de delimitar o conceito de precedente judicial, diferenciando-o dos instrumentos que com ele são confundidos, assim como avançamos para sublinhar que é indispensável o acesso às razões de fato e argumentação jurídica dispendidas no acórdão que deu origem ao precedente, daí porque estamos em condições de avançar para expor qual é o método adequado para a aplicação dos precedentes judiciais, com as suas decorrentes técnicas de distinção e superação.

Se o precedente é formado pelas razões de fato que ilustram a causa, a disposição normativa indicada na motivação e a argumentação jurídica do tribunal em torno da questão, cujo conjunto dos elementos formam as razões de decidir (*ratio decidendi*), que, efetivamente, vinculam os julgamentos posteriores, é intuitivo que quando o magistrado estiver analisando um novo caso com similitudes substanciais em relação ao precedente, a mesma razão deve ser reproduzida, argumentando analiticamente (art. 489 do CPC).

A aplicação do precedente é uma atividade discursivo-argumentativa, daí porque não deve o juiz recortar e colar trechos do acórdão paradigma, coletar ementas de julgados ou transcrever a literalidade das súmulas, mas demonstrar, detalhadamente, quais foram as razões de fato e de direito do caso anterior, qual a linha argumentativa adotada pelo tribunal, com a respectiva solução tomada, para que, na sequência, passe, então, a demonstrar que o caso atual em julgamento enquadra-se naquelas mesmas premissas, exigindo o mesmo resultado. Muito diretamente: o julgamento por precedente prescinde da transcrição do julgado paradigma ou de quaisquer das suas partes (ementa, trechos da fundamentação ou o dispositivo), bastando ao julgador fazer referência ao número do processo e data da publicação do acórdão, com o seu respectivo trânsito em julgado, a proporcionar o controle intertemporal da sua eficácia. Definida a eficácia do precedente, passe-se à discussão analítica para a aplicação no caso.

Por outro lado, autoriza-se – a partir da adequada compreensão e delimitação do precedente – que o juiz realize a distinção (*distinguishing*), havendo alguma diferença fática, ocasião em que ele demonstrará a diferença entre as premissas, do precedente e do caso, para justificar a sua inaplicabilidade; e a sua superação total (*overruling*), quando em julgamentos futuros o próprio tribunal que pôs o precedente verificar que novas razões sociais, econômicas ou jurídicas, recomendam a alteração da sua antiga posição.

Dito de outro modo, o julgador deverá observar as mesmas razões de decidir do precedente, aplicando-o aos casos similares que se apresentarem, somente estando autorizado a deixar de fazê-lo quando distinguir o caso paradigma do caso em apreciação, demonstrando de forma analítica que a situação nova não é semelhante, ou quando justificar a superação do precedente, em face dos novos argumentos fáticos e jurídicos.

Apenas o tribunal que aprovou o precedente poderá afirmar a sua superação, pelas razões fáticas, econômicas, sociais etc., revisando o quanto decidido anteriormente, mas os demais juízes não poderão fazê-lo. Admitir que um juiz singular possa reavaliar o mérito de um precedente de tribunal superior é o mesmo que admitir que o modelo de obrigatoriedade poderá ser contornado, ruindo com todo o edifício teórico construído em torno do modelo. Nos casos em que os juízes diverjam das razões de mérito tomadas pelo tribunal superior em dado caso concreto, quando estiverem a julgar casos semelhantes, o único caminho será a sua aplicação, reservando-se o direito de registrar, fundamentadamente, ressalva de entendimento, a oportunizar que o próprio tribunal – se o caso, em via recursal – evolua a sua posição.

Contudo, há casos em que o precedente deixa de ter eficácia porque a legislação que o sustentava foi substituída ou revogada, hipótese especial que os juízes estão autorizados à superação, não precisando aguardar que o tribunal revogue ou altere o precedente ou a súmula. Simplesmente o juiz aponta e fundamenta a respeito do novo direito positivo e deixa de seguir o precedente antigo, superando-o, ainda que o verbete sumular esteja vigente, até porque, tratando-se de tema novo, ainda não houve tempo para que os recursos amparados na nova ordem normativa tenham chegado ao tribunal superior, a propiciar uma nova reflexão, com a superação da antiga posição e a revogação da súmula ou orientação, *v. g.*

Por fim, também há casos em que o magistrado verificará que houve superação parcial (*overriding*), que é uma delimitação do âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma norma jurídica, sem revogação do precedente. A superação

parcial é um instrumento teórico que se aproxima da técnica da distinção, não pelos aspectos fáticos do caso, mas jurídicos (inovação no ordenamento), estando autorizado qualquer juiz a exercê-lo, fundamentadamente, deixando de aplicar o precedente em dado caso concreto, sem negar a incidência do precedente para um grande grupo de casos.

Por isso, com razão, sustenta Alexandre Agra Belmonte que firmado o precedente, só duas situações distintas podem ocorrer diante das particularidades do caso: uma mudança da regra, quando o tribunal, em dado julgamento, percebe que a sua jurisprudência merece ser revista (*overruling*) ou quando percebe que o caso concreto apresenta particularidades que o diferenciam do conteúdo de uma norma de interpretação, refletida na jurisprudência então pacificada (*distinguishing*).

Na primeira hipótese de superação da jurisprudência, a necessidade de alteração dos precedentes ocorre em virtude de alguma mudança do ordenamento que o fundamentava ou de evolução fática histórica, em nível das alterações econômicas, sociais ou jurídicas. Contudo, em respeito à segurança jurídica, poderá o tribunal que anuncia a superação de um precedente próprio lançar mão da técnica do *prospective overruling*, ou seja, a mudança da jurisprudência de forma prospectiva, apenas para o futuro, também denominada de modulação dos efeitos, quando o tribunal, apesar de reconhecer a mudança de posição, deixa de aplicá-la ao caso concreto, mas sinaliza para a mudança da norma de interpretação em relação aos fatos futuros, sinalizando que as suas decisões futuras serão em outro sentido³¹.

Entretanto, não havendo elementos fáticos ou jurídicos de distinção nem alteração normativa posterior ao precedente que autorizem a sua superação, ficam os juízes obrigados a seguir a sua orientação. Inclusive os próprios ministros que compõe o tribunal superior ficam obrigados, quando em sua atuação nas turmas de julgamento, a seguir a posição fixada pela composição plenária (eficácia horizontal do precedente), mesmo que a sua compreensão seja diferente daquela do precedente – tendo ele ficado vencido quando do julgamento no plenário.

José Roberto Freire Pimenta, com precisão, anota: “Isso, evidentemente, permite concluir que, nesse novo sistema processual, nunca será possível aos julgadores deixarem de aplicar o precedente simplesmente por considerarem equivocada a sua *ratio decidendi*, quanto à questão de direito objeto da controvérsia.”³²

³¹ Breves comentários ao novo sistema recursal trabalhista, p. 25.

³² Op. cit., p. 140/141.

Em termos concretos, da técnica de aplicação acima resumida, indicamos a título exemplificativo, que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE n. 1.121.633, Relator Ministro Gilmar Mendes, reconheceu repercussão geral da questão (tema 1.046), cuja decisão (acórdão) permitirá a construção de um precedente obrigatório. O objeto específico dos autos do processo, que teve origem na Justiça do Trabalho, é, incidentalmente, dizer apenas se uma norma coletiva que restringe o direito às horas *in itinere* é válida.

Entretanto, a decisão que for tomada no âmbito da Suprema Corte não alcançará apenas as ações em que se discutem cláusulas das normas coletivas que disciplinam a questão específica das horas extras, mas a *ratio decidendi*, o verdadeiro precedente a ser construído a partir da publicação, vai muito além, fixando a interpretação (o raciocínio jurídico) que deverá ser seguida se, toda e qualquer norma coletiva, poderá reduzir direitos trabalhistas previstos no ordenamento jurídico, muito além do caso específico das cláusulas das horas itinerárias.

Mas, de outro lado, não se poderá perder de vista que o precedente é contextual, devendo sempre estar atrelado aos fatos e fundamentos dos casos que lhes deram origem, do que deriva que a resposta do Supremo não será, jamais, genérica e abstrata, no sentido de que as normas coletivas poderão, ou não, restringir direitos previstos no ordenamento. E sim, se poderá restringir direitos, debaixo daquelas premissas fáticas presentes no caso, como, por exemplo, a existência de outras cláusulas compensatórias (benéficas) no instrumento negocial.

Derivaria, do exemplo apontado, que a mesma *ratio decidendi* será aplicada aos casos em que houver restrição de direitos por norma coletiva, quaisquer que sejam eles (e não somente as horas *in itinere*), porém desde que apresente a mesma similitude fática, ou seja, que o instrumento negocial coletivo contenha cláusulas compensatórias da restrição, se assim decidir o Supremo Tribunal Federal, de outro lado, deixando de obrigar, com a demonstração analítica das diferenças, caso as premissas fáticas não estejam reproduzidas (*distinguishing*).

O Tribunal Superior do Trabalho compreendeu o alcance que ostentará o futuro precedente, tanto é que na Sessão de Julgamento da SDI-1, de 10.10.2019, nos autos do E-RR-819-71.2017.5.10.0022, relatoria do Ministro Alberto Bressiani, decidiu-se, por maioria, questão de ordem para suspender todas as ações que tratam da validade das normas coletivas

que limitem ou restrinjam direito trabalhista não assegurado pela Constituição Federal³³, não apenas nos casos específicos de supressão das horas *in itinere*.

5. A necessária reformulação do papel institucional dos Tribunais e dos magistrados

Os artigos 489, VI, e 926, § 2º, do CPC c/c art. 896-C, § 16, da CLT, deixam bastante claro que julgar em um modelo de precedentes está muito longe de apenas coletar aleatoriamente decisões em bancos de julgados, sem revisar as suas razões fáticas e jurídicas decisivas para a tomada da decisão (fundamentação), no mais das vezes citadas de forma caótica, apenas para confirmar o resultado outrora já intuído pelo juiz, mas cuja pesquisa mais acurada dos julgados citados revelaria que as referências não guardam relação estreita com os detalhes do caso concreto em julgamento, a autorizar a repetição da mesma conclusão.

Contudo, observamos que está enraizada na cultura judicial do Tribunal Superior do Trabalho a realização das “Semanas do TST”, quando a Corte promove a alteração, o cancelamento e a aprovação de diversas súmulas e orientações jurisprudenciais, na maioria das vezes sem o julgamento de nenhum caso concreto que sirva de suporte para validar, racionalmente, a mudança da orientação sumulada e, o que é pior, sem a indispensável contextualização fática e a fundamentação que poderia, posteriormente, permitir o livre acesso da comunidade jurídica para identificar a adequada delimitação (construção) dos precedentes, visando a aplicação nos casos futuros. Na última oportunidade em que o conclave ocorreu, por ocasião da aprovação do CPC de 2015, o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho

³³ “Decisão: por maioria, examinando questão de ordem, que a determinação de suspensão dos processos que tratam de matéria relativa ao Tema 1046 não se limita aos casos concretos subjacentes aos temas 357 e 762 (redução do intervalo intrajornada e majoração da jornada de trabalho, no regime de turnos ininterruptos de revezamento, por negociação coletiva; validade de norma coletiva que permite a supressão de horas “in itinere” mediante comprovação de compensação), mas alcança todos aqueles em que se discute a validade de norma coletiva de trabalho que limite ou restrinja direito trabalhista não assegurado constitucionalmente, e, em razão disso, suspender o julgamento do presente feito, devendo os autos permanecerem na Secretaria da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais até ulterior determinação do Supremo Tribunal Federal, vencidos os Exmos. Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, Walmir Oliveira da Costa, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Scheuermann, Lelio Bentes Corrêa e Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Observação: I - Juntará voto vencido quanto à questão de ordem o Exmo. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão; II - Juntará voto convergente quanto à questão de ordem o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva; III - O Exmo. Ministro Augusto César Leite de Carvalho registrou ressalva de entendimento quanto ao 3º item das ‘conclusões’ do voto do Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva ora adotado pelo Exmo. Ministro Relator; VI - O voto do Exmo. Ministro Relator, o voto vencido do Exmo. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão e o voto convergente do Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva serão anexados a esta Certidão.” (DEJT 29.10.2019).

alterou a redação de 10 (dez) enunciados em uma única sessão de julgamento, sem a apreciação de nenhum caso concreto respectivo que tenha servido de suporte às conclusões³⁴.

Talvez no afã e na boa intenção de dar uma sinalização rápida aos jurisdicionados e aos magistrados das instâncias inferiores, a Corte Superior avança, sem que nenhum caso concreto tenha tido tempo de chegar à sua apreciação, para alterar os enunciados das súmulas. Porém, como efeito reflexo indesejado e nocivo, acaba por aprovar as alterações, criações ou cancelamentos dos enunciados das súmulas e orientações jurisprudenciais, que depois serão reproduzidas abstratamente, mecanicamente, pelos juízes, as vezes distanciando, inclusive, da intenção e do espaço de aplicação que imaginavam os ministros quando das suas aprovações.

A mesma técnica de “sinalização” abstrata, descontextualizada, apressada e sem adstrição fática, é adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho por intermédio da aprovação de atos administrativos intitulados de Instruções Normativas e Recomendações da Corregedoria, que serviriam (em tese) para orientar sobre a – futura e incerta – interpretação do Tribunal, quando os temas lá chegarem para julgamento pelas vias ordinárias, mesmo que alguns deles, *de lege lata*, jamais chegarão, diante dos impedimentos do próprio sistema processual, como no caso dos recursos na fase de execução de sentença, que não comportam, em regra, trânsito ao Tribunal mediante recurso de revista (art. 896, § 2º, da CLT)³⁵.

E a crítica por nós renovada não é nova, já que Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, em artigo da década de 1970, já criticava a atividade do Tribunal Superior do Trabalho que editava prejudgados, a exemplo do de n. 57, sem nenhum caso concreto que lhe tenha servido de suporte, apenas a partir de uma norma administrativa genérica, inclusive em hipótese que, pelas vias ordinárias, jamais chegaria ao julgamento da corte (p. ex., jurisdição voluntária)³⁶.

O caminho correto, em um modelo de *stare decisis*, é aquele que, em face da nova legislação, os juízes de primeiro grau, e depois os tribunais, interpretem os novos textos e, verificando que houve a superação do entendimento cristalizado nas súmulas ou orientações antigas, deixem de aplicá-las, argumentando a sua superação (*overruling* ou *overriding*), em

³⁴ Tribunal Pleno – Sessão Ordinária de 18.09.2016 – DEJT de 21, 22 e 25.09.2016.

³⁵ Um exemplo eloquente recente é a Recomendação n. 3 de 2018, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, de 24 de julho de 2018, que recomenda qual o procedimento para o reconhecimento e pronúncia da prescrição intercorrente, diante da aprovação do art. 11-A da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, extrapolando as funções correicionais (meramente administrativas) e invadindo a esfera da atividade jurisdicional típica, inclusive em matéria que jamais chegará, mediante recurso próprio, à apreciação do Tribunal Superior do Trabalho.

³⁶ Os prejudgado, as súmulas e o TST, p. 91.

paulatina e saudável atividade construtiva, com apoio na doutrina contemporânea à vigência do novo texto legislativo, até que os casos concretos, pela via dos recursos próprios, cheguem para apreciação do Tribunal Superior do Trabalho, devidamente amadurecidos e delimitados faticamente, permitindo, então, que a Corte, em julgamentos colegiados e com fundamentação exauriente, em seu Plenário ou Órgão Especial, possa dizer a interpretação correta, que depois será obrigatória para eles próprios e demais instâncias (obrigatoriedade horizontal e vertical), inclusive com a adoção da modulação dos efeitos da virada interpretativa e jurisprudencial.

Esse saudável tramite processual, ao mesmo tempo em que garantiria a evolução do direito (com a superação dos precedentes), revisão das antigas razões sociais, econômicas, políticas ou jurídicas, pelos tribunais superiores, também fomentaria a segurança jurídica, a estabilidade, a integridade e a coerência do sistema, na medida em que as decisões posteriores da Corte, que concluíssem pela superação dos precedentes, seriam decididas com modulação dos seus efeitos para o futuro, respeitando-se as situações já consolidadas.

Mas para alcançar tal modelo, os juízes precisam ter consciência do seu papel em um sistema de precedentes obrigatórios, tanto para deixar de aplicar as súmulas superadas, tanto quanto para identificar adequadamente os limites dos novos precedentes, com adstrição fática e captura da fundamentação jurídica (*ratio decidendi*), a permitir que também façam a distinção (*distinguishing*), quando da aplicação aos novos casos que lhes forem submetidos, evitando-se o “pecado original” que é a aplicação automática das súmulas e orientações dos tribunais, sem recuperar o contexto fático dos precedentes que serviram de suporte.

E também, de sua parte, o Tribunal Superior do Trabalho deve ter consciência de que a melhor e adequada decisão em um modelo de *stare decisis*, mesmo as tomadas no bojo dos microssistemas de formação de precedentes (incidente de recurso de revista repetitivo ou incidente de assunção de competência, p. ex.), deverão permanecer sempre atreladas aos fatos da causa-piloto (art. 926, § 2º, do CPC c/c art. 896-C, § 16, da CLT), sendo a mais específica possível, para que a sua concretude ínsita dê segurança para a sua reprodução futura.

De outro lado, a tentativa de expandir os limites da decisão, abstraindo da causa-piloto afetada, com o objetivo de dar uma orientação mais ampliada às instâncias inferiores, resolvendo uma maior quantidade numérica de processos, poderá resultar na imprestabilidade

em si do precedente³⁷, justamente quando ele ultrapassar o limite da concretude, invadindo o espaço da abstração.

Tudo isso resulta na conclusão que o sistema atual de formação das súmulas e dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais deverá sofrer uma verdadeira revolução. Atualmente, a formação das súmulas não observa os fatos da causa, mas apenas as suas razões jurídicas, com pretensão de generalização, de modo que é bastante comum a redação final do verbete não guardar relação direta com os julgados que lhes deram causa (se é que deram). E ao aplicá-las aos casos futuros, os julgadores não investigam e não se atentam à identificação dos fatos subjacentes, satisfazendo-se em citar “ementas” de outros casos parecidos ou o texto sintético das súmulas, para materializar um modo de julgamento *sui generis*, como se o fosse o do modelo de precedentes, mas que está muito longe de sê-lo.

Ilustrativa é uma decisão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que, ao enfrentar o tema do conflito entre os princípios jurídicos da propriedade do empregador e da intimidade do trabalhador, na realização de revistas em bolsas e sacolas, satisfez-se em apenas enunciar genericamente que a jurisprudência da Corte admitiria as revistas, sem identificar as circunstâncias fáticas dos precedentes e muito menos as particularidades do caso em análise. Acabou, apenas, por citar caoticamente variadas ementas, cujas razões eram absolutamente diversas em suas fundamentações. A argumentação de mérito em si do acórdão, subtraindo as ementas citadas, consiste em apenas dois parágrafos de fundamentação genérica, sem apontar sequer o ramo de atividade do empregador, a função do trabalhador, os objetos integrantes do patrimônio que se visava proteger, os meios à disposição para realizar a sua proteção, dados fáticos indispensáveis e sem os quais é impossível a realização do juízo de proporcionalidade que pudesse levar ao correto julgamento por precedentes.³⁸

Um outro eloquente exemplo ocorreu no âmbito do TRT da 23ª Região que, já na vigência do CPC de 2015 (TRT23 – IUJ n. 0000065-09.2015.5.23.0000 – DEJT 26.01.2017,

³⁷ A lição de Cesar Zucatti Pritsch é bastante apropriada no particular: “Caso se permita que cortes superiores, a pretexto de julgar um caso concreto, exarem entendimentos vinculantes amplos que de longe excedam os fatos postos sob seu julgamento, na prática se lhes estaria outorgando o poder de legislar, usurpando a função de outro poder e amordaçando os juízes da respectiva jurisdição. Tal desvio impediria os diversos juízes de desenvolver o direito de forma independente, quanto a novos conjuntos de fatos, diversos daqueles já apreciados nos precedentes. (...) poderão surgir hipóteses em que, e. g., a literalidade de uma súmula ou tese firmada em um IRDR tenha por demais excedido e distado dos fatos concretos do caso que lhe deu base, portanto incorrendo em *obiter dictum*, situação que deve ser argumentada e demonstrada quando se pretende afastar tal parte de um precedente.” (Manual de prática dos precedentes, p. 174 e 178).

³⁸ TST – 8ª Turma – RR 3695400-90.2007.5.09.0010 – Relª. Minª. Dora Maria da Costa – DEJT 08.04.2011.

revisada na Sessão de 18.05.2017 – DEJT 22.05.2017), mesmo já estando constrangido pela obrigação de atentar-se aos fatos da causa quando da uniformização da sua jurisprudência (art. 926, § 2º, do CPC), aprovou e publicou súmula de observância local obrigatória (art. 927, V, do CPC), com redação abstrata e genérica, sem nenhuma adstrição às circunstâncias fáticas e sua contextualização, no seguinte sentido: “Súmula n. 20. INSTALAÇÃO DE CÂMERA EM VESTIÁRIO. DANO MORAL. O monitoramento por câmera em vestiário/banheiro configura abuso do poder diretivo se violar a intimidade do trabalhador.”

O verbete pouco auxilia na solução dos casos concretos, na medida em que não distingue os diversos ramos de atividade, bem como as situações em que as câmeras foram solicitadas pelos próprios trabalhadores, com aprovação em deliberação coletiva, com reserva dos chuveiros, sanitários e áreas destinadas às trocas de roupa, com avisos ostensivos de monitoramento para que todos tenham ciência, com acesso restrito às imagens, das situações em que as câmeras são instaladas de forma unilateral e clandestina pelo empregador, sem nenhum tipo de reserva quanto aos locais de captura e acesso às imagens, sendo acessadas e armazenadas pelo empregador ou seus prepostos, cujas soluções judiciais, pela diversidade dos pressupostos fáticos, devem ser, naturalmente, muito diferentes.

A aprovação de súmulas generalizantes, com abstração similar à da legislação, pasteuriza os fatos da causa, recolhendo situações totalmente diferentes dentro do mesmo invólucro, uniformizando os resultados, o que acaba ofendendo, diretamente, a igualdade em sentido material, e, remotamente, a integridade, a previsibilidade e a coerência do sistema.

A rigor, o modelo de súmulas é incompatível com o novo sistema de precedentes obrigatórios. O ideal, cientificamente falando, é que todas as antigas súmulas e orientações jurisprudenciais fossem agora revogadas, obrigando os atores processuais a acessarem, necessariamente, as decisões judiciais em sua plenitude, para, a partir do seu estudo profundo e contextualizado, fossem compreendidos (construídos) os precedentes judiciais. Não custa recordar que nos países em que o sistema de precedentes é adotado historicamente, estando já a comunidade amadurecida nesse modelo, não encontramos metodologia similar de aprovação e publicação de súmulas ou orientações jurisprudenciais sintéticas e abstratas.

Não é coincidência o fato de que o Supremo Tribunal Federal não aprovou mais nenhuma súmula desde o ano de 2003³⁹, satisfazendo-se em julgar dezenas de novos casos sob

³⁹ Com exceção das específicas súmulas vinculantes, por imposição constitucional.

o procedimento de repercussão geral, cujos acórdãos é que darão origem aos precedentes, contextualizados com as suas nuances fático-jurídicas, independentemente da conversão dos julgamentos em novas súmulas, para tentar resumir o quanto decidido. Já o Tribunal Superior do Trabalho segue aprovando e alterando súmulas, sendo que a súmula n. 463 foi publicada no DEJT de 28, 29 e 30.06.2017, inclusive a corte trabalhista segue insistindo na necessidade de alterar e aprovar novos verbetes, tanto é que encontra-se pendente de apreciação no Pleno do TST a ArgInc n. 696-25.2012.5.05.0463, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, que teve o julgamento adiado na Sessão de 20.03.2019, no qual se discute a inconstitucionalidade de disposição da CLT, recentemente alterada, que dificulta a aprovação de novas súmulas.

Pela desnecessidade (imprestabilidade) das súmulas no modelo de precedentes é que causa-nos bastante perplexidade a revolta contundente da quase unanimidade da doutrina especializada trabalhista em face da alteração do art. 702 da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, intitulada de “reforma trabalhista”, que colocou requisitos mais rigorosos para a aprovação e a alteração das súmulas e orientações do Tribunal Superior do Trabalho. Não que aplaudamos o mérito das alterações legislativas levadas a efeito, mas que, para nós, são elas absolutamente irrelevantes, na medida em que os precedentes são construídos a partir das decisões judiciais, independente da edição de súmulas.

A relevante função uniformizadora do TST não foi atingida em nenhuma medida pela mudança, pois continuará a Corte Superior saneando as divergências e as suas decisões em casos concretos, oriundas do Tribunal Pleno, Órgão Especial e Subseções Especializadas, bem como as tomadas no bojo dos microssistemas de formação de precedentes obrigatórios (incidente de assunção de competência, recurso de revista repetitivo⁴⁰ etc.), continuarão tendo eficácia obrigatória, mesmo que nenhuma súmula ou orientação jurisprudencial seja aprovada na sequência ou delas decorram.

Resulta desse raciocínio que discordamos completamente da posição de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, para quem:

A Lei da Reforma Trabalhista restringiu, acentuadamente, o papel uniformizador da jurisprudência trabalhista na República e na Federação cumprido pelo Tribunal

⁴⁰ Cláudio Brandão analisou o novo incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos para concluir que o principal objetivo da nova legislação foi induzir a unidade sistêmica da jurisprudência trabalhista, a partir da necessidade de fixação de tese jurídica prevalecente, incumbindo ao Tribunal Superior do Trabalho eliminar a diversidade de interpretações possíveis em torno da questão jurídica posta ao seu exame e, ao final, fixar uma única posição, a qual se imporá, de modo obrigatório, nos planos horizontal (internamente ao tribunal) e vertical (instâncias inferiores). (Incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos, p. 613).

Superior do Trabalho. Trata-se de uma diretriz manifesta e inequívoca da Lei, ainda que de difícil harmonização à Constituição da República e à própria lógica estrutural do sistema jurídico e judiciário federal brasileiro.⁴¹

Daniel Mitidiero, criticando o modelo misto do art. 927 do CPC, que manteve a técnica da aprovação das súmulas dos tribunais ao lado dos verdadeiros precedentes, que são aqueles emanados das decisões plenárias dos tribunais superiores, adverte, ao menos, para que a comunidade jurídica não faça confusão entre ambos os institutos quando da sua aplicação:

Em terceiro lugar, escapa ao legislador que precedentes e súmulas estão em níveis distintos. É um equívoco, portanto, tratá-los como se estivessem no mesmo plano, como o faz o art. 927 do CPC. Súmulas são enunciados que visam retratar de modo simples e direto precedentes. Em uma palavra: são extratos. Súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível do precedente. Por essa razão é que obviamente devem se ater às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes (art. 926, § 2º, do CPC). Isso quer dizer que o legislador deveria ter dito que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigam juízes e tribunais. Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes.⁴²

O grande problema surge porque, a pretexto de facilitar o acesso dos magistrados das demais instâncias, das partes, dos advogados e dos cidadãos à forma como o Judiciário tem interpretado determinada legislação, as súmulas e orientações são aprovadas e divulgadas, trazendo o efeito nocivo e reflexo de encurtar o trajeto, incentivando que os atores citados não consultem os julgados que lhes deram origem e o seu respectivo contexto, mas apenas citem o texto sintético dos verbetes, acabando por romper com as razões que as inspiraram.

6. Um exemplo jurisprudencial histórico

Um ótimo exemplo a respeito das incompreensões da jurisprudência e da doutrina trabalhista de outrora sobre o conceito de precedente e, especificamente, da forma como ele deveria ter sido compreendido e aplicado, foi no tema da prescrição intercorrente na execução trabalhista, antes da aprovação do art. 11-A da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, na medida em que há contradição textual entre duas súmulas vigentes, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, com as seguintes redações:

⁴¹ A reforma trabalhista no Brasil, p. 316.

⁴² Precedentes, p. 109.

Súmula n. 327 do STF. O Direito Trabalhista admite a prescrição intercorrente.

Súmula n. 114 do TST. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

Para que possamos demonstrar que na verdade não há incompatibilidade entre os precedentes que deram origem às súmulas – embora a leitura apenas dos seus extratos possa indicar a contradição –, será necessário contextualizar, fática e juridicamente, o tema.

O processo do trabalho nunca possuiu um processo autônomo de execução para os títulos executivos judiciais, mas as fases de liquidação e execução que seguem ao processo de conhecimento. Nesse contexto processual, a questão principal nunca foi a preocupação com a prescrição da pretensão executiva, mas a definição do fato jurídico que define a retomada da contagem do prazo da prescrição outrora interrompida com o ajuizamento da ação, uma nova prescrição interna, que voltava a correr (com o prazo renovado) durante o trâmite da ação, no que se convencionou chamar de prescrição intercorrente ou superveniente⁴³⁴⁴.

A prescrição intercorrente reclamava a interpretação do art. 202, parágrafo único, do Código Civil, art. 884, § 1º, in fine, da CLT, art. 40, § 4º, da Lei 6.830 de 1980 e do art. 924, V, do CPC de 2015, os últimos aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho, por determinação do art. 889 da Consolidação, com preferência pela lei de executivos fiscais em sobreposição ao processo civil comum.

A despeito da literalidade dos textos legais indicados, no sentido da aplicação da prescrição intercorrente ao processo do trabalho, inclusive porque é dedução lógica que a prescrição condenatória trabalhista interrompida com o ajuizamento da ação precisa voltar a correr em algum momento do trâmite processual, a verdade é que sempre houve divergência entre os autores e a jurisprudência, mormente em torno da disputa de qual orientação deveria prevalecer, se a da súmula n. 327 do STF ou a da súmula n. 114 do TST.

A aparente contradição entre as súmulas citadas começa a ser dissipada com a reconstrução da evolução histórica e a contextualização fática dos acórdãos que deram origem

⁴³ Para Flaviana Rampazzo Soares a prescrição intercorrente “atua no processo instaurado, e representa o reconhecimento da impossibilidade de dar andamento ao processo, se o credor permaneceu durante determinado lapso temporal (por tempo igual ou superior ao prazo de prescrição prevista no plano do direito material), inerte na necessária prática de atos aptos ao alcance do objetivo de obter a concretização da condenação ou mesmo da própria execução.” (Dos requisitos ao reconhecimento da prescrição intercorrente no novo CPC, p. 403).

⁴⁴ Enunciado n. 194 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A prescrição intercorrente pode ser reconhecida no procedimento de cumprimento de sentença.”

à formação dos verbetes. A investigação dos julgados auxiliará a reposicionar a questão em seu devido lugar e demonstrar a compatibilidade das súmulas entre si.

A redação originária da CLT previa em seu art. 11 que: “Não havendo disposição especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido.”, cuja interpretação literal parecia apenas tratar da prescrição da fase de conhecimento (pretensão condenatória), não tratando da pretensão executiva ou mesmo da prescrição intercorrente.

Dilapidando a extensão do artigo, o Supremo Tribunal Federal aprovou em 1963 as súmulas n. 150 e 327, época em que a Suprema Corte ainda possuía competência para dar a última palavra quanto à interpretação não só da Constituição, mas também da legislação ordinária federal, na forma do art. 101, III, a, da Constituição de 1946.

Ao se investigar os julgados que deram origem às súmulas do Supremo, observa-se claramente que a Corte, ao analisar o art. 11 da CLT, justificou que o prazo era aplicável tanto na fase de conhecimento (pretensão condenatória), quanto na de execução (pretensão executiva), bem como que o fato de a execução trabalhista poder ser movimentada *ex officio*, não isentava o exequente de tomar as medidas jurídicas para instigar o juízo à satisfação do seu crédito, motivos pelos quais a paralisação da ação na fase de execução, por prazo superior a dois anos, importava em prescrição intercorrente⁴⁵. Do corpo do citado julgado colegiado de 1963 extrai-se a seguinte passagem:

Em matéria de prescrição, não há distinguir entre ação e execução, pois esta é uma fase daquela. Ficando o feito sem andamento pelo prazo prescricional, seja na ação, seja na execução, a prescrição se tem como consumada. Não exclui a aplicação desse princípio no pretório trabalhista o fato de se facultar ali a execução ex-officio. Excluiria, se o procedimento ex-officio, ao invés de uma faculdade, fosse um dever do juiz.

Em plena vigência das súmulas do STF e da competência deste para dar a última palavra quanto à interpretação da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho realizou uma nova (meta)interpretação da jurisprudência – no que atualmente conhecemos como *distinguishing* e *overriding* – para dizer que, nos casos em que a ação ficasse parada, *exclusivamente por omissão judicial ou em razão de atos da defesa*, não haveria prescrição intercorrente a ser

⁴⁵ “A prescrição da ação é a mesma da execução começando a correr da data em que deveria tomar a iniciativa do ato. Art. 11 consolidado. Recurso extraordinário improvido.” (STF – 2ª Turma – RE 53.881/SP – Rel. Min. Ribeiro da Costa – DJ 18.09.1963).

reconhecida, já que não havia omissão a ser imputada ao autor, um dos requisitos necessários à pronúncia de quaisquer das modalidades de prescrição.

A adequação realizada pelo TST não desrespeitou as súmulas do STF, mas apenas realizou a sua correta interpretação e aplicação aos casos concretos, na medida em que os fatos submetidos ao tribunal trabalhista eram contextualmente diversos dos que ilustraram a aprovação das súmulas n. 150 e 327 da Suprema Corte, no julgamento do RE n. 53.881/SP.

A propósito, uma revisão dos precedentes trabalhistas que deram origem à súmula n. 114 do TST deixa isso bem claro. O julgado mais antigo é aquele do RR n. 4648/1970 (Ac. 3ª T 407/1971 – DJ 06.10.1971), no qual o TST decidiu, por maioria, que não houve violação do art. 11 da CLT, visto que não se pode imputar ao autor qualquer negligência processual no caso, pois a demora no andamento do processo se deu por conduta omissiva da reclamada, bem como, em argumento alternativo, que a citação válida interrompe a prescrição na fase de conhecimento, não voltando a correr ainda nessa mesma fase do processo. Observamos que o precedente tratava da alegação da prescrição na fase de conhecimento, com a paralisação da marcha processual por conduta procrastinatória da defesa, particularidades decisivas para a distinção em relação aos fatos que deram origem à súmula n. 327 do Supremo Tribunal.

Também no julgamento do processo E-RR n. 719/1972 (Ac. TP 896/1973 – DJ 13.08.1973), o Tribunal Superior enfrentou a situação fática da ação em fase de conhecimento que ficou parada sem movimentação pelo prazo superior a dois anos, após a devolução da carta precatória, tendo o juiz condutor do feito ficado inerte ao não incluir o processo na pauta de audiências para prosseguimento. Nada obstante a 1ª Turma do TST tenha acolhido as alegações defensivas e aplicado a prescrição intercorrente, o Tribunal Pleno, em decisão por maioria, reformou a decisão turmária para afastar a prescrição, ao argumento que no processo do trabalho deve o juiz e não as partes movimentar o processo até decisão final, de modo que a inércia do magistrado não pode prejudicar o autor da ação, na fase de conhecimento.

Alguns anos depois, o Tribunal Pleno do TST, ao apreciar o recurso de embargos E-RR n. 1831/1974 (Ac. TP 1028/1976 – DJ 07.10.1976), analisou o caso fático em que a execução ficou paralisada em razão de conduta omissiva do juiz, na medida em que os autos permaneceram mais de dois anos conclusos para decisão e o juiz, quando julgou, ao invés de invadir o mérito dos embargos, decretou a prescrição intercorrente. A Corte reafirmou a tese de que não se pode responsabilizar o titular de um direito por uma inércia quanto à prática de

ato que não lhe competia, já que os atos de execução devem ser praticados pelo juiz, de ofício, razões pelas quais o Plenário não conheceu dos embargos no particular, mantendo o curso do processo na fase de execução.

Contextualizadas as circunstâncias fático-jurídicas que deram origem à súmula n. 114 do TST, no ano de 1980 (RA 116/1980 – DJ 03.11.1980), verifica-se claramente que os precedentes revisados não desconsideraram (?) ou revogaram (!) – até por falta de atribuição funcional – as súmulas n. 150 e 327 do Supremo Tribunal, as quais estavam vigentes e assim continuam até os dias atuais, mas apenas interpretou os julgados que lhes deram origem.

O que o Tribunal Superior do Trabalho fez, adequadamente, foi limitar o âmbito de incidência das súmulas para as situações fáticas ainda não abordadas pelo Supremo, sendo fácil observar que o argumento decisivo foi a impossibilidade de penalizar o exequente nos casos em que a demora no andamento do processo dependa da *atuação judicial* ou quando a paralisação se deu por *inércia da própria defesa*, principalmente *na fase de conhecimento*, já que a prescrição havia sido interrompida com o ajuizamento, não voltando a correr na mesma fase de cognição.

Aroldo Plínio Gonçalves, contemporâneo da época em que construída a súmula alhures referida, resumiu que “com a Súmula 114, quis o Excelso Pretório Trabalhista dizer que, uma vez proposta uma Reclamação, não se pode decretar prescrição, se os autos ficarem paralisados em Juízo, em Cartório ou na Secretaria, por período superior a 2 (dois) anos.”⁴⁶

O Tribunal trabalhista não negou que a prescrição bienal do artigo 11 da CLT seria aplicável tanto na fase de conhecimento, quanto na de execução (âmbito de incidência da súmula n. 150 do STF), bem como não negou que seria aplicável no processo do trabalho a prescrição intercorrente (âmbito de incidência da súmula n. 327 do STF), mas apenas que seria inaplicável nos exatos e específicos casos em que a paralisação processual ocorrera por mora na atuação judicial – mantendo os autos conclusos além do prazo legal – ou quando o atraso ocorrera por uma conduta procrastinatória ou omissiva da própria defesa.

Os acórdãos citados do TST não enfrentaram a situação fática específica em que o exequente, intimado para indicar as diretrizes para impulsionar a execução, após o magistrado ter esgotados todos os atos possíveis de realização oficial – atualmente instrumentalizados e potencializados com as ferramentas tecnológicas e convênios celebrados pelo próprio TST –,

⁴⁶ A prescrição no processo do trabalho, p. 62.

quedou-se inerte pelo prazo prescricional. A rigor, ao contrário do que a leitura apenas do enunciado abstrato e isolado da súmula n. 114 do TST possa refletir, no fundo o Tribunal Superior do Trabalho nunca enfrentou o tema por essa perspectiva, por evidente não servindo a invocação da súmula para essas situações especiais, já que o seu âmbito de incidência (adstrição fático-jurídica) é absolutamente diverso.

Além do mais, sequer o Tribunal Superior do Trabalho teria competência para dar a última palavra em matéria de execução trabalhista, na medida em que não cabe recurso de revista na fase de execução, para tratar da interpretação da lei ordinária, ainda que haja divergência entre os Tribunais Regionais (art. 896, § 2º, da CLT)⁴⁷, fato que reforça a justificativa de que, quando pronunciou-se na década de 1970, o Tribunal o fez no contexto da discussão da prescrição intercorrente na fase de conhecimento, devido à paralisação dos autos por omissão judicial ou conduta procrastinatória da própria defesa, tentando responder quando a prescrição então interrompida com o ajuizamento da ação voltaria a correr. E nesse caso específico, andou muito bem o Tribunal ao rechaçar a incidência da prescrição intercorrente na fase de conhecimento do processo, pois nessa fase a omissão da parte autora (abandono da causa) resultaria na extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, III, do CPC de 1973) e não na pronúncia da prescrição intercorrente.

Hipótese totalmente diversa seria afirmar que não incide a prescrição intercorrente na fase de execução de sentença, quando o juiz do trabalho já tomou todos os atos possíveis de ofício e, mesmo tendo intimado o exequente para indicar meios para a satisfação do seu crédito, tenha esse permanecido inerte pelo prazo da prescrição, que voltou a correr com o arquivamento provisório dos autos.

Investigando a aparente divergência entre as súmulas do STF e do TST, a partir do estudo detalhado dos acórdãos que lhes deram origem, com contextualização fática e não apenas a leitura do texto sintético de seus enunciados, concluímos que elas são, na verdade, complementares e não antagônicas, como a quase unanimidade dos autores sempre entendeu.

⁴⁷ Nos últimos anos, em decisão da SBDI1, o Tribunal Superior do Trabalho não admitiu recurso de embargos quanto ao tema de prescrição intercorrente, justamente porque fundamentou expressamente que a Corte não tem competência, na fase de execução, para julgar o mérito dos recursos que tratam da interpretação da legislação ordinária (p. ex., TST – SBDI1 – ERR 0693039-80.2000.5.10.0004 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJE 08.05.2009). No mesmo sentido, também o Supremo Tribunal Federal já negou a tentativa de se elevar o tema para seu julgamento, reforçando que se trata de contenda tipicamente infraconstitucional (p. ex., STF – 2ª Turma - AI-AgR 260902/BA – Rel. Min. Marco Aurélio - DJ 18.05.2001 e STF – 2ª Turma - AI-AgR 374263/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes - DJ 13.09.2002).

A súmula n. 114 do TST foi consolidada ao argumento de que a execução deve prosseguir de ofício pelo juiz, fato que não poderia gerar a imputação de mora ao exequente, por isso que há compatibilidade entre as súmulas dos Tribunais Superiores, se se entender que o Juiz do Trabalho deva praticar de ofício todos os atos possíveis de execução. Entretanto, se nenhum bem for encontrado e o exequente permanecer inerte, mesmo intimado para indicar outros meios à satisfação de seu crédito, haverá suspensão do feito e arquivamento provisório dos autos, com a retomada da contagem do prazo de prescrição. Assim, haverá prestígio da diretriz do TST, de que a execução processar-se-á de ofício, e da diretriz do STF, de que a prescrição intercorrente é cabível na execução trabalhista, desde que a paralisação na marcha processual não tenha se dado por omissão judicial ou por conduta resistente da defesa.

O verdadeiro precedente, que encontra-se em uma outra camada de linguagem das citadas súmulas, e que deveria ter norteado a questão ao longo de todos esses anos de grande cizânia interpretativa, era para ter sido compreendido nos seguintes termos: A prescrição intercorrente é compatível com o processo do trabalho, incidindo apenas na fase de execução, desde que o magistrado já tenha praticado todas as medidas executivas de ofício e não tenha encontrado bens para a satisfação da obrigação, bem como o exequente tenha permanecido silente, deixando o prazo prescricional escoar com os autos em arquivo provisório⁴⁸.

Acreditamos que a anunciada conclusão interpretativa (precedente) afluaria sem muita dificuldade, se ambas as súmulas não existissem e a comunidade jurídica trabalhista, possuindo o repertório teórico do modelo de *stare decisis*, tivesse sido obrigada a revisitar as razões fático-jurídicas dos acórdãos subjacentes, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Tribunal Superior do Trabalho, que deram origem aos verbetes, acima revisados.

Daí porque reiteramos o quanto já afirmado no tópico anterior, de que as súmulas são incompatíveis com um verdadeiro sistema de precedentes, para o qual, fazemos votos, que o nosso modelo brasileiro, comum e trabalhista, evolua.

⁴⁸ O TRT da 24ª Região compreendeu essa questão, tendo aprovado, mais recentemente, a súmula regional de n. 12 em sentido próximo da nossa compreensão: “PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXECUÇÃO. SÚMULA Nº 114 DO TST. A prescrição intercorrente pode ser excepcionalmente aplicável ao processo trabalhista, sem contrariedade à Súmula TST n. 114, se presentes os seguintes requisitos cumulativos: a) esgotamento de todas as medidas executivas que poderiam ser realizadas de ofício (art. 878, CLT); b) arquivamento provisório, com ciência ao exequente, inclusive da aplicação da prescrição intercorrente após o decurso *in albis* do prazo de dois anos (art. 889, CLT; Lei nº 6.830/80, 40, § 4º); c) o credor não impulsionar a execução nem oferecer meios alternativos para satisfação do crédito exequendo.” (DEJT 15.12.2015).

Referências bibliográficas

BELMONTE, Alexandre Agra. Breves comentários ao novo sistema recursal trabalhista (Lei 13.015/2014). **Revista LTr**, São Paulo, vol. 79, p. 17/26, janeiro de 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão. (Coord.). **Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 605/643.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **A prescrição no processo do trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 1987.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, n. 2, p. 161/183, Dec. 1930.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016.

MOLINA, André Araújo. **Os direitos fundamentais na pós-modernidade**. O futuro do Direito e do Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. **Teoria dos Princípios Trabalhistas.** A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microssistema processual trabalhista individual. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.

_____. A relevância da jurisprudência internacional e estrangeira para o Direito do Trabalho brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2 (2016), n. 5, p. 127-163.

_____. A prescrição das ações de responsabilidade civil na Justiça do Trabalho. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, ano XVIII, n. 217, p. 79/110, julho 2007.

_____. A prescrição intercorrente na execução trabalhista. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 3 (2017), n. 2, p. 109-147.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e república: uma relação necessária. **Justificando**, publicado em 09.10.2014, disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria>>, acesso em 06.02.2017.

PIMENTA, José Roberto Freire. 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. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 81, n. 3, p. 95/164, jul./set. 2015.

PRITSCH, Cesar Zucatti. **Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho.** São Paulo: LTr, 2018.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira.** Interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2016.

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

SOARES, Flaviana Rampazzo. Dos requisitos ao reconhecimento da prescrição intercorrente no novo CPC – Comentários ao recurso especial nº 1.589.753/PR. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 399/417, junho 2016.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. CPC: conclamamos a que olhemos o novo com os olhos do novo! **Revista Consultor Jurídico**, publicado em 17.03.2016, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/senso-incomum-cpc-conclamamos-olhemos-olhos>>. Acesso em: 06.02.2017.

THEODORO JÚNIOR, 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 de padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, vol. 189, p. 9/52, nov. 2010.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Os prejudgados, as súmulas e o TST. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 14, n. 55, p. 83/100, jul./set. 1977.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, junho de 2009, p. 133.