



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Beatriz Medina Maia Novaes de Castro

Efeitos temporais da jurisprudência simulada dos tribunais superiores

Rio de Janeiro

2010

Beatriz Medina Maia Novaes de Castro

Efeitos temporais da jurisprudência simulada dos tribunais superiores

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Orientador: Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C355e Castro, Beatriz Maia Novaes de.

Efeitos temporais da jurisprudência simulada dos tribunais superiores /
Beatriz Maia Novaes de - 2010.
86 f.

Orientador: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Jurisprudência - Teses. 2. Súmula (Direito) - Teses. 3. Tribunais
supremos – Teses. I. Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. II. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Beatriz Medina Maia Novaes de Castro

Efeitos temporais da jurisprudência simulada dos tribunais superiores

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional.

Aprovado em: 23 de setembro de 2010

Banca examinadora:

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (Orientador)

Faculdade de Direito da Uerj

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Faculdade de Direito da Uerj

Prof.^a Dr.^a Leslie Shériida Ferraz

Faculdade de Direito da Uerj

Rio de Janeiro

2010

DEDICATÓRIA

Em ordem cronológica:

Aos meus pais, por tudo que sou e
principalmente pelo incentivo
eterno ao estudo

Ao meu irmão Diogo, responsável
maior pelo meu ingresso na vida
acadêmica

Ao meu marido Leonardo, pelo
apoio diário e incondicional.

RESUMO

CASTRO, Beatriz Medina Maia de *Efeitos temporais da jurisprudência sumulada dos tribunais superiores*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

O presente trabalho aborda a questão da irretroatividade da jurisprudência, com enfoque para aquela sumulada pelos tribunais superiores. A jurisprudência como fonte do direito é abordada primeiramente em comparativo dos sistemas da civil law e common law e, posteriormente de acordo com que se tem verificado no ordenamento jurídico brasileiro atual, com indicação para o poder criador da jurisprudência, através de exemplo de vários julgados. Firmada a jurisprudência como fonte de direito, porque criadora deste, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima são tratados com vistas a permitir a análise da viabilidade de se conferir efeitos prospectivos a determinadas súmulas. Os efeitos temporais da jurisprudência são tratados sempre de forma relacionada aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, de modo a demonstrar que não é justo nem razoável que se permita a irretroatividade somente da lei e, não, da jurisprudência, já que esta é a responsável por fazer chegar às pessoas o verdadeiro significado, conteúdo e alcance das leis.

Palavras-chave: Jurisprudência. Súmulas. Efeitos temporais. Irretroatividade.

ABSTRACT

CASTRO, Beatriz Medina Maia de. *Temporal Effects of the Higher Courts of Law*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

The aim of this paper is to address the issue of the lack of retroactivity in the jurisprudence that creates rights, focusing on the jurisprudence simulated by the Supreme Courts. First, the jurisprudence as a fountain of rights will be addressed to compare the Civil Law and Common Law systems. Subsequently, it will also be compared to the Brazilian current Legal System providing examples of many judgments which will show the jurisprudence power of creating rights. Secondly, Legal Stability and Legal Confidence Protection principles will be treated in order to analyze the prospective over rolling to the jurisprudence. The historical effects of jurisprudence will always be treated regarding those principles in order to clarify that it is neither fair nor reasonable to allow the lack of retroactivity only in law rather than in jurisprudence, since the latter is responsible for making the meaning, the content and the access to justice possible for people.

Key words: Jurisprudence. Abridgement of law. Historical effects. Lack of retroactivity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA	13
1.1. Conceito de jurisprudência	13
1.2. Evolução da jurisprudência. Breve histórico	14
1.2.1. <u>Roma</u>	14
1.2.2. <u>Idade Média</u>	17
1.2.3. <u>Direito Sumular</u>	18
1.3. A jurisprudência como fonte de direito	20
1.3.1. <u>O sistema jurídico anglo-saxão. A teoria do precedente na <i>common law</i></u>	21
1.3.2. <u>O sistema jurídico romano-germânico</u>	25
1.3.3. <u>A aproximação entre os sistemas</u>	27
1.3.4. <u>O Direito brasileiro atual</u>	30
1.3.5. <u>O poder criador da jurisprudência</u>	34
2. A JURISPRUDÊNCIA SUMULADA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	39
2.1. Uniformização de jurisprudência no direito brasileiro atual	39
2.2. As súmulas	40
2.2.1. <u>Análise das súmulas a partir de Hans Kelsen</u>	45
2.2.2. <u>As súmulas no direito brasileiro à luz da teoria do precedente de Michelle Taruffo</u> .	46
2.2.3. Distinção entre três tipos de súmulas: meramente interpretativas, com eficácia normativa e com eficácia quase normativa	51
2.2.3.1. Súmulas meramente interpretativas	52
2.2.3.2. Súmulas com eficácia quase normativa	53
2.2.3.3. Súmulas com eficácia normativa	55
2.3. Os efeitos da jurisprudência sumulada em relação aos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau	55
2.4. Os efeitos da jurisprudência sumulada em relação à sociedade	58
3. A SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA	

	DIANTE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	61
3.1.	A importância da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima no Estado de Direito	61
3.2.	Segurança jurídica: lei e jurisprudência	63
4.	EFICÁCIA TEMPORAL DA JURISPRUDÊNCIA SUMULADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	66
4.1.	Aplicação da jurisprudência no tempo. A irretroatividade da lei e da jurisprudência	66
4.2.	Edição e alteração da jurisprudência sumulada.....	68
5.	REFLEXÕES ACERCA DOS EFEITOS TEMPORAIS DA JURISPRUDÊNCIA SUMULADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM RAZÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA	76
6.	CONCLUSÕES.....	79
	REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

A jurisprudência sempre foi negada nos países de tradição romanística como fonte de direito, em razão da formação do sistema jurídico nesses países, já que a influência do direito romano codificado fez que a lei se tornasse a fonte primordial do direito.

O presente estudo aborda o tema da jurisprudência sumulada sob o enfoque de sua aplicação no tempo, para que, então, seja repensada sua retroatividade, de modo a permitir, em determinados casos, em prol da segurança jurídica e do princípio da confiança legítima, a modulação de efeitos temporais para o futuro.

Com efeito, já na faculdade de direito, nas primeiras aulas de Direito Civil aprendemos e conhecemos as fontes do direito. Em seguida, nas aulas de Processo Civil, estudamos a Teoria Geral do Processo e, também, conhecemos as fontes do direito processual civil. Desde então, nunca mais esquecemos que, no direito brasileiro, a lei é a fonte formal do direito. Lei essa *lato sensu*, ou seja, norma jurídica, estando a Constituição Federal no patamar mais alto da pirâmide da hierarquia de tais normas.

Nos textos legais, desde a Lei de Introdução ao Código Civil, são mencionados outros meios de integração, como os princípios gerais, a equidade, as regras de experiência comum, os costumes e a analogia, mas nunca a jurisprudência, à exceção do direito do trabalho, já que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 8º prevê expressamente que a jurisprudência é fonte subsidiária do direito.

Hoje, o papel da jurisprudência em nosso ordenamento jurídico vem ganhando relevo à medida que se constata a sua progressiva aproximação ao paradigma anglo-saxônico do *common law* nas últimas décadas, como se depreende dos seguintes fenômenos: o aprimoramento dos mecanismos de uniformização jurisprudencial; o prestígio das súmulas dos tribunais superiores, mormente daquelas oriundas do Supremo Tribunal Federal; a previsão legal da súmula impeditiva de recurso; e a positivação constitucional da súmula vinculante, sob a inspiração da doutrina conhecida como *stare decisis*.

As decisões dos Tribunais Superiores, portanto, notadamente aquelas já sumuladas, ainda que desprovidas de eficácia *erga omnes*, desempenham papel de extrema relevância, já que traduzem verdadeiras orientações para os demais tribunais e juízes, demonstrando, assim, sua capacidade de valer como modelo para a solução de novos casos.

Ademais, as condutas dos próprios jurisdicionados, cada vez mais, passam a ser pautadas de acordo com o entendimento emitido pelos tribunais superiores acerca de determinada matéria.

Ao passo em que se fortalece o papel da jurisprudência, surge a preocupação com os efeitos retroativos do entendimento sumulado, especialmente quando há alteração nos enunciados sumulares.

Com efeito, a eficácia da lei processual civil em relação aos processos em curso rege-se pela regra *tempus regit actum*, segundo a qual situações já consumadas no passado não se regem pela lei nova, na medida em que as leis dispõem para o futuro. Dessa forma, a lei processual civil tem aplicação imediata, não sendo retroativa, preservando situações jurídicas já consumadas sob a égide da lei revogada.

Em relação à jurisprudência, notadamente a sumulada dos tribunais superiores, sendo ela entendida como mera cristalização do entendimento reiteradamente pronunciado acerca de determinada matéria, ou seja, não criadora ou inovadora da ordem jurídica, sua aplicação é retroativa e alcança período anterior à sua edição.

No que diz respeito às sumulas vinculantes, o problema da retroatividade encontra solução na própria lei que a regulamenta, já que seu art. 4º prevê expressamente a possibilidade de modulação de efeitos temporais da eficácia de tais súmulas, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Em relação às demais súmulas, porém, essa solução não tem sido aplicada, sob o argumento de que elas não possuem efeito vinculante, não são normativas e, portanto, não inovam a ordem jurídica. Não se pode negar, contudo, a força persuasiva das súmulas dos tribunais superiores, já que é com base nelas que os indivíduos orientam sua conduta, planejam empreendimentos, cumprem obrigações, movem ações, interpõem recursos, os advogados aconselham seus clientes e os juízes fundamentam suas sentenças. De outro lado, embora não seja essa a regra, a jurisprudência com seu poder criador tem participação direta na configuração final da norma, podendo até, em alguns casos criá-la.

Assim, no direito brasileiro, ao identificarmos alguns enunciados sumulares com efeitos normativos ou quase normativos, a sua alteração ou mesmo a sua entrada em vigor com ampliação ou restrição dos limites fixados pela lei com efeitos retroativos causa insegurança jurídica, fere o princípio da confiança legítima e se mostra contrária à preservação do ato jurídico perfeito, constitucionalmente garantido.

Afastar a idéia do caráter necessariamente retroativo da jurisprudência é a reflexão que se pretende no presente trabalho, visto que não é razoável, tampouco lógico, de acordo com os princípios que regem o nosso Estado Democrático de Direito entender-se que somente a lei pode modificar o ordenamento jurídico e, por isso, a irretroatividade apenas ela alcançaria.

Com base nessas considerações, torna-se necessário o estudo acerca dos efeitos temporais da jurisprudência sumulada, de modo a verificar a possibilidade de se conferirem efeitos prospectivos em determinados casos, notadamente naqueles em que há alterações de jurisprudência sumulada, ou mesmo ampliação ou restrição de texto legal por meio de súmulas, tudo em prol da segurança jurídica.

Assim, aplicar a jurisprudência sumulada dos tribunais superiores de forma não retroativa será o destaque e tema central do presente trabalho.

O presente trabalho é dividido em sete capítulos, sendo o primeiro a presente introdução. No capítulo seguinte, será apresentado um breve histórico da jurisprudência, começando pelo direito romano até chegarmos ao direito sumular dos tempos atuais. Em seguida, a questão da jurisprudência como fonte do direito será apresentada por meio da análise das duas grandes famílias jurídicas: a *common law* e a *civil law*. A aproximação entre os sistemas e o panorama da jurisprudência no direito brasileiro atual também merecerão destaque.

Em razão do papel desempenhado, hoje, pela jurisprudência e levando-se em conta aqueles que defendem a jurisprudência como fonte do direito, trataremos, então, da sua função criadora, momento em que serão citados alguns exemplos com vistas a demonstrar a especial atenção que deve ser voltada para nossa jurisprudência, não só por sua autoridade moral e persuasiva para os casos subsequentes, mas também em razão de seu poder muitas vezes criador e participativo na configuração da norma.

O terceiro capítulo inicia-se, desta feita, com o estudo da jurisprudência sumulada nos tribunais superiores no ordenamento jurídico pátrio, com a análise do instituto da uniformização de jurisprudência e das súmulas que serão vistas à luz dos ensinamentos de Hans Kelsen e da Teoria do Precedente do professor italiano Michelle Taruffo.

Os efeitos da jurisprudência sumulada em relação aos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau e, também, em relação à sociedade serão, também, matéria de estudo, com vistas a demonstrar que a jurisprudência dos tribunais superiores traduz verdadeira orientação para os demais tribunais e juízes, sendo capaz de valer como modelo para a solução de novos

casos, além de servir de parâmetro para os cidadãos na prática de atos da vida cotidiana e também para aqueles que de alguma forma participam do processo judicial

Abrimos o quarto capítulo com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, revelando que a aplicação desses princípios também é dirigida à atividade jurisprudencial.

O quinto capítulo trata da aplicação da jurisprudência no tempo. Neste capítulo iremos abordar as regras de aplicação da jurisprudência no tempo, segundo nossa legislação e entendimento dos tribunais. A possibilidade de se conferirem efeitos não retroativos à jurisprudência será, então, abordada. Fechando o capítulo serão trazidos exemplos de edição e alteração de jurisprudência sumulada que podem comprometer a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.

Em seguida, após todo o exposto, serão feitas algumas reflexões acerca dos efeitos temporais da jurisprudência sumulada dos tribunais superiores diante dos princípios antes abordados, levando sempre em consideração a jurisprudência que participa da configuração final da norma legal, sendo abordado, por fim, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, no que toca ao estudo deste trabalho.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A JURISPRUDÊNCIA

1.1 Conceito de jurisprudência

Independente do ordenamento jurídico em que se esteja, inegável é a importância da jurisprudência, ante seu papel renovador e revelador do direito. Nos dizeres poéticos do mestre Washington de Barros Monteiro: “bem orientada, à luz dos princípios superiores do direito, ela é arauto e fanal, precursora e inspiradora, que alumia juristas e legisladores, o fio de Ariádne, que afasta a incerteza, conduzindo-nos, com mão segura, à trilha certa da verdade.”¹

Segundo nos revela De Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico, entende-se por jurisprudência “a sábia interpretação e aplicação das leis a todos os casos concretos que se submetam a julgamento da justiça. Ou seja, o *habito* de interpretar e aplicar as leis aos casos concretos, para que, assim, se decidam as causas.”²

Miguel Reale, por sua vez, apresenta a jurisprudência como “forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.”³

Conforme explica ROBERTO ROSAS: “A jurisprudência, assim considerada, é a reiteração de casos análogos, passados para o rol dos fatos consumados, que somente podem ser revistos em virtude de motivos relevantes ou alterações das duas origens ou fontes emanadoras: a lei, a doutrina, etc. Somente neste ponto vislumbramos o entendimento da jurisprudência, já consolidada e incorporada aos repertórios jurisprudenciais, qual um código norteador das decisões a seguir”.

Para um estudo mais profundo do conceito aqui tratado, não se pode deixar de citar o professor Rubens Limongi França, que, por seu turno, distingue cinco conceitos diversos de jurisprudência.⁴

O primeiro seria um conceito lato, englobando toda a ciência do direito; o segundo, ligado à etimologia do vocábulo, que vem do *juris + prudentia* e consistiria no conjunto de

¹ Da Jurisprudência. *Revista Forense*, n. 202. p. 374.

² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.27

³ *Lições Preliminares de Direito*, p. 167.

⁴ *Hermenêutica Jurídica*, p.120

manifestações dos jurisconsultos (prudentes) diante de questões jurídicas apresentadas a eles de forma concreta; o terceiro conceito estaria ligado à doutrina jurídica, ou seja, ao complexo de indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais levados a efeito pelos juristas de forma mais abstrata; o quarto, diz respeito à manifestação geral dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, por meio de uma técnica especializada e um rito próprio imposto por lei; o quinto e último conceito, relaciona-se ao conjunto de pronunciamentos, num mesmo sentido, por parte do mesmo Poder Judiciário, a respeito de certo objeto, de modo reiterado e pacífico.

Em Roma⁵, o conceito de jurisprudência, correspondia à noção apresentada por Ulpiano de *divinarum, atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia*⁶ (Digesto, I, 1, 10,2), repetida por Justiniano (Institutas, I,1,1).

Dos conceitos atuais, poéticos e remotos, ficamos com o quinto e último apresentado pelo professor Limongi França, ou seja, aquele que concebe a jurisprudência como conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, a respeito de certo objeto, de modo reiterado e pacífico, num mesmo sentido.

1.2 Evolução da jurisprudência. Breve histórico.

1.2.1. Roma

Segundo nos noticia Rubens Limongi França, numa antiguidade remota alguns textos dão indícios da existência de uma atividade que, de certo modo, corresponderia ao que hoje se compreende por jurisprudência. Entre os hindus, já no Código de Manu, no art. 41, do Livro VIII está dito: “Um rei virtuoso, depois de ter estudado as leis particulares das classes e das províncias, os regulamentos das companhias de mercadores e os costumes das famílias, deve dar-lhes força de lei, sempre que estas leis, regulamentos e costumes não contrariarem os preceitos dos Livros revelados.”⁷

É razoável, contudo, considerar que a história da jurisprudência teve início na época da Roma antiga, sendo que uma verdadeira base documental somente é encontrada a partir da

⁵ Em Roma, o que hoje conhecemos por jurisprudência, correspondia a duas categorias: o direito pretoriano e a jurisprudência, no sentido em que os romanos empregavam o vocábulo.

⁶ Notícia das coisas divinas e humanas, ciência do justo e injusto.

⁷ Ob.cit. p. 121

época da Lei das XII Tábuas (754-201 a.C.).⁸, porque foi com a criação das XII Tábuas que surgiu a necessidade de se comentar, interpretar e esclarecer as regras postas à sociedade.

A função de comentar e interpretar as XII Tábuas foi conferida inicialmente aos pontífices, que passaram a conservar o monopólio da jurisprudência. Os pontífices eram pessoas que exerciam um cargo público, tal qual os magistrados, não sendo raro os casos em que a mesma pessoa exercesse os dois ofícios. A cada ano, o colégio pontifical delegava a um de seus membros a tarefa de responder às consultas dos particulares.

Os pontífices conservaram o monopólio da jurisprudência durante aproximadamente um século depois da redação da Lei das XII Tábuas, quando teve lugar um processo de secularização e laicização da jurisprudência.

O processo foi gradual e, de início, os juristas laicos continuaram sendo provenientes da mesma classe que os pontífices, exercendo, contudo, a profissão de jurista sem ostentar a qualidade de membro de um colégio sacerdotal.

Receberam os juristas laicos o nome de *jurisconsultos* e suas atividades restringiam-se à emissão de pareceres, quando consultados por particulares a propósito de questões de direito privado. O direito sacro seguiu sendo monopólio dos sacerdotes.

Assim, durante a República, a atividade dos jurisconsultos consistia dentre outras atribuições como o *cauere* e o *agere*, em elaboração de pareceres como forma de resposta às consultas jurídicas formuladas pelas partes ou pelo magistrado, atividade denominada de *respondere*.

Posteriormente, sob o Principado, o papel da jurisprudência aumentou. Por determinação de Augusto, os juristas mais destacados passaram a elaborar pareceres jurídicos (*ius respondendi*), sendo que tais pareceres possuíam força vinculante para os juízes, porque emitidos *ex auctoritate principis*.

Verifica-se, pois, que, quanto aos jurisconsultos, mormente os que gozavam do *ius respondendi*, não há dúvida de que lhes assistia a faculdade de criar o Direito.⁹

De outro vértice, em relação aos magistrados, segundo o que encontramos no Digesto,¹⁰ Livros, XIX e XXII, diante de lacuna da lei, o magistrado não deveria eximir-se de

⁸ CANNATA, Carlos Augusto. *Historia de La Ciência Jurídica Europea*. p. 22-27.

⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a Lei e a Jurisprudência*. p. 152.

¹⁰ Compilação de vários fragmentos dos principais jurisconsultos clássicos contemplados com o *ius respondendi*. Os jurisconsultos destacados são: ULPIANUS, PAULUS, PAPINIANUS e IULIANUS

julgar, devendo suprir a falta, dizendo o direito aplicável. Assim, na omissão da lei, ao pretor incumbia criar o direito, através da edição dos *editos*.¹¹

Inicialmente, por tratar-se de simples ordem de um magistrado, os editos eram válidos pelo tempo correspondente ao período em que os pretores exerciam seu cargo, mas seus sucessores poderiam renová-los, acrescentando suas próprias disposições, de acordo com as transformações da sociedade romana da época, surgindo, assim, os editos sucessivos.¹²

A proclamação formal dos éditos ocorreu no período formulário e contribuiu para a evolução do direito pretoriano, pois conferiu certa estabilidade e publicidade às formulas que deveriam ser observadas, permitindo uma adaptação flexível do direito às necessidades da sociedade romana.

Essa atividade dos pretores ficou denominada de *ius honorarium*, como podemos observar pelo relato de Pomponio no Digesto:

1.2.2.10.No mesmo tempo também os magistrados atribuíam os direitos e , para que os cidadãos soubessem qual o direito que cada cidadão estaria para receber como ordem, relativo a cada um dos assuntos, e para que eles se precavesses, propunham os éditos. Estes éditos dos pretores constituíam o direito honorário: diz-se honorário porque vinha da honra dos pretores.¹³

Ainda conforme relata Papiniano, o *ius honorarium* tinha por função auxiliar, corrigir ou suprir o *ius civile*:

1.1.7.1. O direito pretoriano é o que os pretores indroduziram a fim de auxiliar, suprir ou corrigir o *ius civile*, por causa de uma utilidade pública. O qual também se diz honorário, assim denominado em razão da honra dos pretores.¹⁴

A atividade de dizer o direito, então, foi exercida em Roma tanto pelos editos dos pretores, como pelas respostas dadas pelos prudentes, e tanto um quanto o outro, segundo admite Limongi França, parecem estar na origem da atual jurisprudência dos tribunais, ressaltando-se que a relação mais estreita, porém, se verifica entre esta e os primeiros, uma

¹¹ Segundo nos noticia Michele Ducos, em sua obra *Roma e o Direito* usualmente se emprega a palavra édito, mas o mais correto seria edito, por derivar de *edicere*: dizer.

¹² DUCOS, Michele, op. cit. p. 40

¹³ Tradução: Hécio Maciel França Madeira, 2ª ed, p. 25

¹⁴ Ibidem, p.18

vez que, embora os *responsae* tendessem a ser obrigatórios para o juiz, os éditos estavam mais de perto relacionados com a função concreta de distribuir justiça.¹⁵

Por fim, ainda segundo Limongi França¹⁶, o que constitui jurisprudência, como conjunto de pronunciamentos dos tribunais num determinado sentido sobre casos concretos, correspondia, no direito romano, ao direito pretoriano e à jurisprudência, no sentido em que os romanos empregavam o vocábulo¹⁷.

1.2.2. Idade Média

A partir do século XI até o século XII, na Alta Idade Média, verificou-se a releitura das fontes romanas, com os chamados *glosadores*.

O trabalho dos glosadores advém da experiência de Irnério como professor da Escola de Bolonha, das disciplinas do *Trivium*, na utilização do método das *glosas* na receitação dos textos romanos. O método da glosa consistia na inserção de comentários aos textos legais romanos, para explicá-los. Num primeiro momento, a atividade dos juristas da Escola de Bolonha era desenvolvida mediante breves anotações acerca do *Corpus Iuris Civilis*.

Essas anotações ficaram conhecidas como *glosas*, e os juristas da Escola de Bolonha foram chamados de glosadores. Na Escola dos Glosadores, entre os expoentes mais importantes podem-se citar Azo e Acúrsio

O glosador Acúrsio, segundo nos relata o professor Cruz e Tucci, tinha a convicção de que uma série contínua de decisões acabava por formar um costume, sendo este considerado como um *consuetudo curiae* (precedente judicial), que se distinguia do costume da comunidade, o *consuetudo loci*, sendo certo que, para que se reconhecesse a eficácia do precedente, era necessário que fossem proferidas duas sentenças iguais em um prazo de dez anos, sem que houvesse qualquer mudança de orientação.¹⁸

Nos séculos XIV e XV, surge a escola dos Comentaristas, juristas italianos, que, segundo noticia Carlos Augusto Cannata¹⁹, foram os verdadeiros fundadores da

¹⁵ Idem. p. 152

¹⁶ Ibidem p. 122.

¹⁷ Notícia das coisas divinas e humanas, ciência do justo e injusto.

¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 113.

¹⁹ Op.cit p. 147

jurisprudência continental, aqui entendida como ciência do direito que tem como objeto as técnicas que permitem resolver os casos práticos.

Com esses trabalhos, os textos jurídicos romanos tornaram-se acessíveis ao estudo profissional do Direito. Glosadores e comentadores, por meio de uma postura casuística, analisavam a fonte romana à luz da realidade prática. Esse período caracteriza-se pela redescoberta dos antigos textos de Direito Romano e pela inserção do método dialético na jurisprudência.

1.2.3 Direito Sumular

Jurisprudência e direito sumular são produtos da função jurisdicional do estado, mas este último destaca-se por traduzir o resumo da jurisprudência sedimentada das Cortes Superiores do país. Nos dizeres de Rodolfo de Camargo Mancuso, “o Direito Sumular representaria a jurisprudência em seu ponto ótimo, superlativo, porque além de reportar-se a acórdãos selecionados por sua relevância jurídica e qualidade expositiva, apresenta-se em forma organizada e sistematizada, através de enunciados, Súmulas ou assentos.”²⁰

O direito sumular, ou seja, o direito que emana de súmula, sendo esta entendida como a jurisprudência de um tribunal, tem suas raízes primitivas nos *assentos* da Casa de Suplicação do velho direito português e nos *arrêts de règlement* do antigo direito francês. Ambos possuíam força vinculativa, sendo a dos *assentos* consagrada pela Ordenação do Reino, Livro I, Título V, parágrafo, 5º, positivamente declarada pelos Decretos de 4 de fevereiro de 1684 e de 20 de junho de 1705, bem como, posteriormente, confirmada pela Lei de 18 de agosto de 1769.²¹

Com origem na Casa de Suplicação do império português, os *assentos* eram enunciados do Supremo Tribunal de Justiça. Este instituto perdurou até 1995, até ser revogado em consequência da reforma processual naquele país.

No Brasil, os *assentos* da Casa de Suplicação tiveram vigência até a época da independência. O Decreto n.º 2684, de 23 de outubro de 1875 dispôs que os *assentos* teriam força de lei em todo o Império. Outrossim, o mesmo Decreto conferiu ao Supremo Tribunal de Justiça competência para utilizar os assentos quando e se no momento da aplicação das leis

²⁰ *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 46.

²¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Instituições de Direito Processual do Trabalho*. p.476-477.

civis, comerciais e criminais surgissem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e juízos de primeira instância.²²

No ano seguinte, o Decreto n.º 6142, de 10 de março de 1876, aprovou o regulamento para execução do Decreto 2684, esclarecendo no art. 11 que os assentos ficariam incorporados à coleção das leis de cada ano. Então, os assentos passaram a estar previstos na Consolidação das Leis do Processo Civil, elaborada pelo Conselheiro Antonio Joaquim Ribas.

Com a república, os assentos, no Brasil, perderam sua aplicação, passando a ser referência apenas histórica.

Posteriormente, em 1923, por meio do Decreto 16275, que reorganizou a Justiça do Distrito Federal, os assentos foram resgatados, sob nova denominação: *prejulgado*. O parágrafo 1º do art. 165 do referido Decreto dispunha que o prejulgado constituía “decisão obrigatória para o caso em apreço e norma aconselhável para os casos futuros”²³

No âmbito do processo do trabalho, a primeira notícia que se tem de tentativa de introdução do prejulgado surgiu com o Anteprojeto de Organização da Justiça do Trabalho, em 1937, cujo art. 2º, item “c”, estabelecia que competia à Justiça do Trabalho : “determinar, de maneira genérica e com força obrigatória, a interpretação das leis cuja aplicação deva caber.” O Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho, contudo, apesar de manter a competência da Justiça do Trabalho para interpretação das lei, retirou o caráter de obrigatoriedade.²⁴

Por fim, o Decreto-lei n.º 1237, de 2 de maio de 1939, que organizou a Justiça do Trabalho, não reproduziu o instituto, mesmo sem o caráter vinculativo e obrigatório.

Somente em 1943, com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, o instituto do prejulgado foi positivado no artigo 902, com as seguintes características: era ato privativo e facultativo do Tribunal Superior do Trabalho, com força vinculante para as instâncias inferiores, podendo ser revogado ou reformado, sempre que o TST pronunciasse em tese ou em concreto sobre a hipótese do julgamento, firmando nova interpretação.

O referido art. 902 foi revogado pela Lei n.º 7.033/82 que também alterou a redação do art. 702, f da CLT, para determinar que competiria ao Conselho Nacional do Trabalho, hoje Tribunal Superior do Trabalho, estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme, na forma prescrita no Regimento Interno e não mais prejulgados.

²² Ibidem. p. 477

²³ Ibidem. p. 478

²⁴ Ibidem. pp.479-480

Em seguida, a Lei n.º 7701/88, que dividiu o Tribunal Superior do Trabalho em turmas e seções especializadas, passou a estabelecer a competência do Tribunal Pleno para aprovar os enunciados da Súmula da jurisprudência predominante em dissídios individuais, julgar os incidentes de uniformização da jurisprudência em dissídios individuais e aprovar os precedentes da jurisprudência predominante em dissídios coletivos, dentre outras atribuições.

Até 1982, portanto, o TST cristalizava sua jurisprudência em julgados, com efeito vinculante para as instâncias inferiores. Hoje, a jurisprudência uniforme do TST é revelada pelas súmulas que, muito embora não possuam efeito vinculante e obrigatório às instâncias inferiores, possuem inegável importância e força²⁵, principalmente diante do que dispõem os artigos 896, §3º e 5º, 896, *a*, e 894, II, da CLT.

No âmbito do processo civil, por sua vez, o ingresso do direito sumular foi implementado pelo ministro Victor Nunes Leal, que, liderando a Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em 1963²⁶, promoveu a criação das súmulas, com o intuito de enunciar as matérias reiteradamente decididas, demonstrando assim a inclinação da Corte quanto a essas matérias. As súmulas do STF, no entanto, não possuíam força obrigatória para os juízes e tribunais inferiores, mas serviam para coibir a chamada “loteria judiciária”.

De lá para cá, as súmulas passaram a ser utilizadas como mecanismo de uniformização de jurisprudência, aumentando também o seu papel e importância, vide artigos 518, §1º e 557, ambos do CPC.

Por fim, e de inovação mais recente em nosso ordenamento jurídico, importante citar as súmulas vinculantes, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/04 (art. 103-A CF/88).

1.3 A jurisprudência como fonte de direito.

²⁵ Merece ser lembrado acórdão publicado em 19/09/1986, de relatoria do então Ministro do TST, Marco Aurélio cuja ementa é a seguinte: “Súmula – Atentos à celeridade e economia processuais os órgãos julgadores devem tanto quanto possível, observar os Enunciados que compõem a Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, ficando em plano secundário o entendimento pessoal do julgador. Sem motivos plausíveis, a prolação de decisões contrárias aos enunciados apenas retardam o desfecho das controvérsias trabalhistas, dando aos jurisdicionados esperanças impossíveis de frutificar.” (TST, 1ª Turma, Proc RR 8043/85)

²⁶ Note-se, entretanto, conforme observa Lenio Streck (Súmulas do Direito Brasileiro: eficácia poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 118), a idéia de criação de um processo de uniformização de jurisprudência em nosso Direito vem desde o Projeto de Constituição apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1946, com texto de autoria do jurista Haroldo Valadão, mas a ideia proposta não foi acolhida pelo Constituinte de 1946.

Fontes do direito são, segundo Miguel Reale²⁷, “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam como legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa.” Segue o autor, afirmando que o processo legislativo, os usos e costumes, a atividade jurisdicional e o ato negocial são estruturas normativas por meio das quais o direito se manifesta, sendo essas estruturas, pois, fontes de direito.

Ademais, ainda segundo o professor, não é possível separar o conceito de *fonte* da idéia de obrigatoriedade das normas por ela enunciadas²⁸, sendo esta também a visão do professor José Rogério Cruz e Tucci ao afirmar que fonte do direito é “expressão designativa dos meios pelos quais as regras jurídicas se positivam com força obrigatória.”²⁹

Inseparável também da fonte é o seu conteúdo, que seriam as regras jurídicas enunciadas pela fonte, para que sejam declaradas, permitidas ou proibidas determinadas formas de conduta, ou serem especificados âmbitos de competência, em dada conjuntura histórica³⁰.

Assim, a jurisprudência, sendo analisada no contexto das fontes de direito, desempenhará diferentes papéis, de acordo o ordenamento jurídico em que se esteja. Com efeito, a prevalência da jurisprudência como fonte de direito depende de circunstâncias sociais e históricas, já que não há uniformidade entre os diversos sistemas jurídicos em relação às formas de elaboração do direito. Nesse sentido, inicialmente passaremos a apontar as diferenças entre dois tipos de ordenamento jurídicos, o da tradição romanística, também conhecido como *civil law* e o de tradição anglo-saxônica, denominado *common law*.

1.3.1 O sistema jurídico anglo-saxão. A teoria do precedente na *common law*

Segundo nos noticia o professor José Rogério Cruz e Tucci, durante muitos séculos, após a sucumbência do império romano, não houve diferenças sensíveis no cenário jurídico europeu, inclusive na Inglaterra, onde sobrelevava um sistema de regras não escritas³¹.

²⁷ Op. cit. p. 140.

²⁸ *Fontes e Modelos do Direito*, p. 15.

²⁹ *Lições de História do Processo Civil Romano*, p. 2

³⁰ Op.cit.p.23

³¹ Op.cit.p.149.

A partir da evolução da sociedade européia em geral e do direito, notadamente entre os séculos XII e XIII, em decorrência do estudo do *Corpus Iuris Civilis*, a velha ordem jurídica foi superada. O direito romano foi propagado nos países da Europa, à exceção da Inglaterra que, por mero acaso, teve seu direito desenvolvido de forma autônoma, em período anterior. Com efeito, na Inglaterra, o direito germinado era essencialmente fundado na prática cotidiana e muito pouco influenciado pelo direito romano.³², mas foi no período entre 1066, após a conquista normanda, até 1485, início da dinastia Tudor, que se verificou a efetiva formação de um novo sistema jurídico frente aos costumes locais, a *common law*³³.

O desenvolvimento desse direito inglês foi marcado pela atuação das Cortes Reais de Justiça, posteriormente denominadas de Corte de Westminster. Para submeter uma questão às jurisdições reais era necessário requerer justiça ao rei, por meio do Chanceler, pedindo-lhe a concessão de um *writ*.

O processo era marcado pela forma como a demanda era conduzida, ou seja, como bem destaca René David, cada *writ* correspondia a um determinado processo, que determinava a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, a possibilidade de representação das partes, as condições de admissão das provas e os meios de execução da decisão.³⁴ Era, portanto, um direito formalista, apegado a regras processuais (*remédies preced rights*) que acabou por não se desenvolver a contento das necessidades da época. Verificou-se, ademais, que, em determinados casos, a solução justa procurada por aqueles que recorriam aos tribunais reais não era encontrada.

Em razão disso, desde o século XIV, os particulares, não podendo mais obter justiça pelos tribunais reais, dirigiram-se ao rei para lhe pedir que interviesse. Este pedido passava pela figura do Chanceler, que, no século seguinte, tornou-se um verdadeiro juiz autônomo, statuindo em nome do rei, que a ele delegou autoridade. Sua intervenção era cada vez mais solicitada, em virtude dos obstáculos e da rotina dos juízes da *common law*.

Assim, por volta de 1485, o direito inglês foi marcado pelo desenvolvimento, paralelo à *common law*, de um sistema que ficou conhecido como *equity*. Foi a superação do direito escrito, de forma a renovar o direito, que já não mais atendia aos anseios da sociedade,

³² Idem, p. 150.

³³ A história do direito inglês é dividida em quatro períodos principais: 1- o período anglo-saxônico, que vai de antes da conquista normanda até 1066; 2- a formação da *common law*, período compreendido entre 1066 a 1485; 3- a rivalidade com a *equity*, que surge entre 1485 a 1832; 4- o período moderno, iniciado a partir de 1832. Ver. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 11ª Ed, pp. 225-226.

³⁴ Op. cit. p.203.

necessitando completar-se com idéias de equidade, tal como ocorreu em Roma, quando do surgimento do *ius honorarium*.³⁵

A *equity* surgiu para equilibrar o formalismo da *common law*, aproximando-se de um ideal de justiça. Era um sistema jurídico paralelo que visava, pelo Tribunal da Chancelaria, o julgamento do caso com base no processo de Direito Canônico e na capacidade supletiva do Direito Romano.

A rivalidade entre os dois sistemas cessou por volta de 1616, por meio de um pacto selado entre os Tribunais da *common law* e a jurisdição do chanceler, de modo a possibilitar a coexistência das duas formas de solução de conflitos.

Por fim, os séculos XIX e XX representaram uma época de transformação fundamental do direito inglês, com o triunfo das idéias democráticas propagadas e da profunda modificação na organização judiciária entre 1873 e 1875 pelos *Judicature Acts*, momento em que toda a jurisdição dos tribunais anteriores, inclusive os da *equity* foi atribuída a então criada *Supreme Court of Judicature*.

Desde sua fase embrionária, a *common law* mostrou-se inclinada para ser um sistema de *case law*. Com efeito, em razão da inexistência, na Inglaterra, de um corpo de direito substancial, as normas jurídicas foram formuladas paulatinamente pelos Tribunais Reais, por intermédio de suas decisões. Assim, a jurisprudência foi, naturalmente, se tornando a principal fonte do direito na *common law*.

Naquela época, contudo, não havia regra jurídica que atribuísse efeito vinculante ao precedente³⁶, mas, por consequência lógica de um direito construído jurisprudencialmente, os juízes, de certa forma, acabavam por respeitar as normas estabelecidas nos precedentes judiciais. A idéia de vinculação do precedente surgiu nas primeiras décadas do século XIX, por ocasião da decisão do caso *Beamish v. Beamish*, na qual ficou estabelecida que a Câmara dos Lordes estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos. Posteriormente, a doutrina do precedente vinculante veio a ser definitivamente reconhecida no caso *London Tramways Company v. London County Council*, ocasião em que a Câmara dos Lordes reiterou a obrigatoriedade de nortear-se pelas suas próprias decisões anteriores, como ainda revelou a eficácia externa dessas decisões às cortes de grau inferior.³⁷

³⁵ BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como fonte do direito*. Tradução de Lenine Nequete, p. 102.

³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Op cit. p. 154.

³⁷ Ibidem. p.161.

Desse desenvolvimento natural do direito inglês com inclinação ao prestigiamento do precedente judicial nasceu, modernamente, o *stare decisis*, da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.)³⁸, teoria que exige que as cortes sigam os precedentes estabelecidos pelos tribunais que lhes são hierarquicamente superiores, tendo, portanto, o precedente força obrigatória para a decisão de um caso análogo futuro.³⁹

Com o passar dos tempos⁴⁰, a doutrina do precedente vinculante sofreu alterações em sua estrutura inicial, pois, em razão da resistência original do *common law* inglês no sentido de permitir a revogação de suas decisões, era preciso que os julgados possuíssem certo grau de indeterminação para conferir maior liberdade decisória às Cortes, quando se deparassem com entendimentos que eram vistos como errados ou obsoletos⁴¹.

A partir daí, métodos como *distinguishing*⁴² e *overruling*⁴³ passaram a ser utilizados, para que fosse possível distinguir e associar casos, com vistas a definir se a decisão antecedente seria ou não aplicável ao caso futuro ou mesmo se seria completamente abandonado. Outrossim, precedentes desgastados ou em desuso passaram a não ser utilizados, além das hipóteses de não utilização de um determinado precedente que pudesse conduzir a uma decisão injusta, permitindo, nessas hipóteses, uma atuação mais discricionária dos tribunais.

Ademais, o que efetivamente vincula os tribunais inferiores são as razões de decidir (*rationes decidendi*) do caso antecessor, ou seja, os critérios jurídicos que identificam os fatos relevantes da controvérsia e os fundamentos centrais da decisão, desprezando-se ou conferindo eficácia apenas persuasiva aos argumentos ou circunstâncias secundários, os denominados *obiter dicta*⁴⁴.

³⁸ Ibidem.p. 160.

³⁹ COLE, Charles D. *Stare Decisis* na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do *Common Law*. **In:** *Revista de Processo*, ano 87, v.752

⁴⁰ A regra de que a *House of Lords* estaria estritamente vinculada aos às suas próprias decisões foi atenuada em 1966 em razão de uma declaração denominada de *Practice Statement*

⁴¹ MELO, Patricia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 117.

⁴² Identificar diferenças fáticas, procedimentais ou legais de um caso anterior (do precedente) para minimizar seus efeitos num caso posterior, ou mesmo, para verificar que aquele precedente não é aplicável naquele caso.

⁴³ Ignorar ou anular um precedente.

⁴⁴ GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. p.3.

Em conclusão: não obstante as atenuações da aplicação do precedente vinculante vistas exemplificadamente acima, este ainda é a base do direito no sistema da *common law*, mantendo a jurisprudência ainda uma posição de prestígio, como fonte principal do direito.

1.3.2 O sistema jurídico romano-germânico.

O sistema romano-germânico foi formado na Europa continental, pela propagação do direito romano, sendo aquele seu centro principal de referência até hoje, não obstante já ter se expandido por todo o mundo.

A criação da família de direito romano-germânico está ligada ao renascimento dos estudos de direito romano nas universidades, a partir do século XIII, na Europa ocidental, época em que a sociedade, após estado primitivo vivido na alta Idade Média, onde os “direitos” foram relegados a segundo plano, em detrimento às idéias de caridade e fraternidade, toma de novo a consciência de que somente o direito pode assegurar ordem e segurança necessárias ao progresso, abandonando-se de vez o ideal de uma sociedade cristã fundada sobre a caridade.

Filósofos e juristas passaram a exigir que a sociedade fosse baseada sobre o direito, idéia essa que se espalhou, favorecendo o seu renascimento, notadamente nas universidades, onde o direito era, então, considerado como um modelo de organização social, ou seja, o direito estabelece as regras às quais os homens justos devem obedecer no seu comportamento social.

Nesse ponto, destaca René David:

O renascimento dos estudos de direito romano teve por consequência, antes de mais nada, restabelecer na Europa o sentimento do direito, da sua dignidade, da sua importância para assegurar a ordem e permitir o progresso da sociedade. Este sentimento não existe necessariamente e havia-se perdido na Europa após a decadência do Império Romano.⁴⁵

A base do ensino do direito nas universidades da Europa era o direito romano, ensino este que sofreu uma evolução através de várias “escolas”, sendo a primeira delas a dos glosadores⁴⁶, que procuravam explicar o sentido das leis romanas. Posteriormente, a partir do século XIV, com a escola dos *pós-glosadores*, o direito romano é utilizado apenas para

⁴⁵ Op.cit.,pp. 39-40. No original: “La renaissance des études de droit romain a eu pour effet avant tout de restaurer en Europe le sentiment du droit, de sa dignité, de son importance pour assurer l’ordre et permettre le progrès dans la société. Ce sentiment ne va pas de soi et il avait été perdu en Europe depuis de la décadence de l’Empire romain.”

⁴⁶ Cf. Capítulo 2, item 2.2.2

introduzir e justificar as novas regras adaptadas à sociedade daquele tempo. Em seguida, no final do século XIV e século XV, sob concepções do direito canônico passa-se a ensinar um direito romano profundamente modificado.⁴⁷

Desde a época dos pós-glosadores, o direito ensinado nas universidades afastou-se cada vez mais do direito de Justiniano, para se tornar um direito sistemático, fundado sobre a razão e com inclinação para uma aplicação universal. Nasce, então, nas universidades, nos séculos XVII e XVIII, a escola de direito natural, que, abandonando o método escolástico, releva a sistematização do direito, exaltando os direitos naturais dos indivíduos, derivados da própria personalidade da pessoa.

Apesar do nome “escola de direito natural”, o direito por meio dela ensinado não compreendia um dado natural, mas, sim, uma razão, com pretensão de universalidade e imutabilidade. Foi essa escola a responsável em transformar em direito positivo o direito que se ensinava nas universidades, pela codificação, técnica que vai expor qual o direito que convém à sociedade moderna e que deve, via de consequência, ser seguido pelos tribunais.

Paulatinamente, o direito passou a ser visto apenas identificado à lei, originando-se assim um positivismo legislativo que, agravado pelas idéias nacionalistas, fragmentou o modelo romano. O direito passou a confundir-se com a ordem do soberano deixando de se confundir com a justiça.⁴⁸ De acordo com Montesquieu, citado por Marinoni⁴⁹, os juízes deveriam se ater a uma atividade puramente intelectual, não produtiva de novos direitos, de modo que o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar “um exato texto da lei”, ou seja, eram a *bouche de la loi* (“a boca da lei”).

Nesse contexto, a partir do século XIX, quando a maioria dos países filiados ao sistema romano-germânico editou seus códigos e promulgou suas constituições, a lei escrita passou a ser considerada fonte primordial do direito. A jurisprudência surge como elemento subordinado à lei, como uma fonte secundária do direito.

Esse modelo positivista que nega a existência de outro direito além do direito positivo foi o que predominou na França, a partir de 1804, com o *Code Civil* e refletiu-se no método

⁴⁷ DAVID, René. Op.cit.,p. 34

⁴⁸ Ibidem. p. 51.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A aproximação entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **In:** *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n.49, 2009, p. 29.*

de interpretação e aplicação da lei, preconizado pela Escola da Exegese, recebida em vários outros países, tendo, mais tarde, Kelsen como seu mais influente adepto.⁵⁰

No contexto do positivismo jurídico, a figura do magistrado aparece como mero aplicador da lei ao caso concreto, privado de qualquer vocação criativa e extremamente conservador.⁵¹

Não obstante a supremacia da lei, lacunas existentes no ordenamento jurídico passaram a exigir a atuação do intérprete de forma integrativa. Assim, no transcorrer do século XIX em reação ao positivismo clássico surge um movimento questionador da Escola da Exegese, voltado para uma nova metodologia de interpretação do direito, buscando estabelecer uma interligação ente sistema normativo e realidade social.

Na França, no início do século XX, sob influência da obra de François Geny, de 1899, que questionava o método do positivismo jurídico, procurando demonstrar a existência de fontes complementares do direito, a jurisprudência passou a ser reconhecida como fonte do direito, surgindo daí a figura de um juiz descobridor do direito.⁵²

Hoje, tal como afirmamos que na *common law* a doutrina do precedente vinculante não é tão rigidamente aplicada como outrora, na família de direito romano-germânico a supremacia da lei e a subordinação da jurisprudência têm sido atenuadas, com se verá adiante.

1.3.3 A aproximação entre os sistemas

Como visto, em razão da forma em que o direito foi construído, no sistema continental a lei é a sua fonte primordial, sendo ela, pois, quem traçará as diretrizes das condutas humanas e dos atos praticados pelo Poder Judiciário, ao passo que, no sistema da *common law*, esse papel é exercido pela jurisprudência, que se revela como fonte de direito através dos precedentes judiciais, que vinculam o caso futuro, em havendo situações jurídicas idênticas ou assemelhadas, ocorrendo, assim, um compromisso prévio de prestigiamento na decisão futura do caso antecedente.

Mauro Cappelletti resume em cinco as principais diferenças entre as famílias jurídicas. A primeira delas coloca-se no ponto de vista da estrutura e organização dos tribunais, já que as cortes superiores dos países da *civil law* não têm uma estrutura compacta e

⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 198.

⁵¹ É o juiz “júpiter” citado por François Ost (*Júpiter, Hércules y Hermes: três modelos de juez*. Doxa n.º14, pp. 174) como aquele vinculado ao modelo de direito codificado, e à lei única e exclusivamente.

⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e . Op.cit, pp. 204-205.

unitária como ocorre na *common Law*; pelo contrário, há uma dicotomia de cortes supremas, mutuamente autônomas, com uma desunida e diluída estrutura organizatória, que enfraquece a autoridade dos tribunais. Em segundo, identifica a disparidade em relação a quantidades de decisões que se apresentam nos dois sistemas, pois, ao passo que as cortes superiores da Europa continental se encontram apinhadas por grande número de recursos a decidir, interferindo, inevitavelmente, na qualidade, esmero e coerência dos pronunciamentos, a *House of Lords* depara-se com poucas dezenas de decisões. A terceira diferença é a referente ao tipo de juízes que compõem os tribunais, o que reflete diretamente no grau de criatividade existente em cada corte. Em quarto, encontra-se o fato de que, nos países da *civil Law*, não há algo semelhante à regra formal do *stare decisis*. Por fim, a quinta diferença diz respeito à própria concepção do direito, pois enquanto nos países da *civil law* tende-se a identificar o direito com a lei, nos países da *common law*, pelo contrário, o direito legislativo é visto como fonte excepcional do direito ⁵³.

Mas, ao passo que apresenta as diferenças entre os sistemas, o professor italiano aponta os pontos de convergência, tais como a atenuação do *stare decisis* no direito inglês depois da famosa e já citada declaração da *House of Lords* em 1966 e a criação de tribunais constitucionais na Europa, que, por serem órgãos de compacta estrutura e organização, com nomeação política dos juízes e com competência mais concentrada assemelham-se às cortes supremas dos países da *common law*, ainda mais quando presente o efeito *erga omnes* das decisões.⁵⁴

Ao final afirma: “para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, na origem das quais se encontra a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito.”⁵⁵

Nesse sentido, já salientava Brutau em 1977:

Enquanto o direito anglo-saxão cada dia recorre mais à promulgação de leis, como meio eficaz de direção social (*social control*), e apesar de que tais leis serão sempre interpretadas restritivamente face aos princípios gerais da *common law*, já no direito romanizado, ao revés, a própria existência de textos legais, como são os Códigos, cujo prestígio parece infundir no

⁵³ *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 1ª edição, Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1999, pp.116-123.

⁵⁴ *Ibidem*.pp.122-126.

⁵⁵ *Ibidem*. p133.

legislador certo temor de reformá-los, dá lugar a que no trato diário adquira cada vez maior importância o direito dos juízes.⁵⁶

Com efeito, a jurisprudência tem ampliado seu papel nos países da família romano-germânica, apresentando-se, em cada país, de forma mais ou menos forte. Certamente, a autoridade da jurisprudência é reforçada nos países que possuem codificação antiga, uma vez que as leis antigas se mostram, em muitos casos, insuficientes, pois passam a não mais refletir a realidade social da época, e as decisões reiteradas dos tribunais, a partir daí, ganham relevo, passando a ser o socorro imediato para a solução de determinado caso concreto.

No Brasil, por exemplo, disposições do Código Civil de 1916 foram transpostas com alteração para o Novo Código Civil de maneira a adequar a lei ao que já estava firmado na jurisprudência, que se manifestava refletindo as necessidades mais atuais da sociedade. É o caso do art. 1523 do antigo código que dispunha que a responsabilidade do empregador por atos de seus prepostos somente se daria provando-se que aquele concorreu para o dano com culpa ou negligência. Assim, com a modernização dos transportes, as vítimas de acidente de trânsito com frequência ficavam desamparadas, já que, muita das vezes, o condutor do veículo de transporte coletivo, sendo pobre, não dispunha de recursos para responder à ação indenizatória, e os empregadores, de outro lado, alegavam que não tinham concorrido para o acidente, de vez que o motorista era pessoa regularmente habilitada para a função. Diante deste cenário, os tribunais passaram a exigir que os empregadores fizessem prova da inexistência de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, mais tarde vindo a prevalecer uma responsabilidade ampla.⁵⁷

A jurisprudência nesta matéria, então, foi transposta para o novo Código Civil de 2002, para dispor, em seu artigo 933, que o empregador responde pelo ato de seus prepostos ainda que não haja culpa de sua parte.

Mais recentemente, com a adoção em nosso sistema das súmulas vinculantes⁵⁸ (art. 103-A da CRFB), a jurisprudência do STF galgou patamar não atingido por nenhuma corte

⁵⁶ Op.cit.p. 137.

⁵⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. O Papel da Jurisprudência no Brasil: a súmula e os precedentes jurisprudenciais: relatório ao congresso de Roma. **In:** *Doutrina do STJ: Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília:* Superior Tribunal de Justiça, pp.12-13.

⁵⁸ Sobre a aproximação dos sistemas, Rodolfo de Camargo Mancuso (A jurisprudência, dominante ou sumulada, e sua eficácia contemporânea, **In** NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.* São Paulo: RT, 1999, p. 521).chega a afirmar , tal como Aymoré Roque Pottes de Mello, por ele mesmo citado, que “o modelo de estado de direito brasileiro será *sui generis*, pois ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei ou de súmula vinculante”.

desde os prejulgados trabalhistas (art. 902 §4º da CLT, já revogado pela Lei n.º 7.033/82), com a ressalva de que estes, uma vez estabelecidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, vinculavam apenas os Tribunais Regionais do Trabalho e os juízes de primeiro grau investidos da jurisdição trabalhista.

Na França, Itália e Alemanha, a jurisprudência também passou a prestar socorro imediato à sociedade diante de textos legais ultrapassados.⁵⁹

A regra, contudo, ainda é que as decisões judiciais no sistema jurídico da família romano germânica partem de uma moldura previamente desenhada pela lei, o que já não ocorre na *common law*, que utiliza como socorro primeiro e imediato à solução dos litígios os precedentes judiciais, sendo forçoso afirmar, ao final, e para concluir que tal diferença não reflete, em verdade, uma oposição entre direito legislado e direito jurisprudencial, mas, sim, a diferença do tratamento que é dado para a lei e para a jurisprudência em cada uma das famílias, em outras palavras, tanto num como noutro sistema a concepção do direito está ligada à descoberta e à realização da justiça, havendo diferença substancial apenas no método de busca de tal realização.⁶⁰

1.3.4 O Direito brasileiro atual.

No Brasil, tal como os demais países filiados à família romano-germânica, a fonte primária e precípua do direito é a lei. Tanto que está no artigo 5º da nossa Carta Magna: “Todos são iguais perante a lei” e, em seguida, no inciso II do mesmo artigo: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”, garantia essa presente em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição do Império (art. 72).

De outro vértice, ainda que seja a lei a fonte primordial de nosso direito, em razão de expressas previsões legais, o juiz não pode deixar de sentenciar, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei (ar. 126 do Código de Processo Civil) e quando a lei for omissa, deverá decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Portanto, jamais se deixará de julgar em razão de omissão ou obscuridade do texto legal. O magistrado recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

⁵⁹ Cuz e Tucci, Op. Cit, p.220-230.

⁶⁰ Ibidem. p. 82.

Mas e a jurisprudência? O nosso Código Civil ou mesmo o Código de Processo Civil são silentes sobre o papel da jurisprudência como forma de expressão do Direito. Encontraremos exposto em texto legal o papel da jurisprudência apenas na Consolidação das Leis do Trabalho, que em seu art. 8º assim dispõe:

Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Não obstante o não reconhecimento da jurisprudência, pelo legislador, como fonte supletiva do direito, a par do que ocorre do direito do trabalho, certo é que nas últimas décadas as decisões dos tribunais têm merecido relevo.

Tanto é verdade que já adotamos em nosso sistema, para determinadas matérias constitucionais e, após aprovação do Supremo Tribunal Federal, as súmulas que possuem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, tal como disciplinado no art. 103-A da Constituição Federal, valendo destaque, também, o efeito *erga omnes* das decisões proferidas pelo STF em sede de ação declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único), bem como em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9882/99, art. 10, §3º).

Ademais, como destaca o professor Hermes Zaneti Júnior, em razão do que disciplina o art. 5º, XXXV, da CRFB – *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito* – nossos juízes sempre se sentiram mais ou menos à vontade para decidir conforme a justiça.⁶¹

Já destacava o professor Miguel Reale a importância da jurisdição criadora, com a finalidade de assegurar a justiça *in concreto*. Cita o professor exemplos de modelos jurisdicionais na história do Direito pátrio, como a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que concebeu a existência de uma sociedade de fato constituída no âmbito do casamento pelos estrangeiros que, pelo esforço comum, haviam construído um patrimônio, o qual seria destinado a desconhecidos parentes na Itália, em detrimento do cônjuge, caso fosse

⁶¹ *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 55.

aplicado o antigo preceito do Código Civil, que previa a aplicação de “lei pessoal” nos casos de sucessão.⁶²

Exemplo mais atual vemos na recente Lei n.º 11.968, de 13 de junho de 2008 que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Novo Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada, acompanhando, assim, a evolução da sociedade e os contornos jurídicos que já vinham sendo traçados pela jurisprudência, no sentido de que ambos os referenciais, materno e paterno, têm igual importância para o saudável desenvolvimento do menor, devendo ser priorizado sempre o melhor interesse do menor.⁶³

⁶² Op.cit.p. 70

⁶³ O Supremo Tribunal Federal (STF), em 1967, quando do julgamento do RE 60.265-RJ, de relatoria do Ministro Eloy da Rocha assim sublinhou: “O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular visitas, estabelecendo horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfaça a relação afetiva entre pai e filho, entre mãe e filho. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai e da mãe.” Alguns julgados antes do advento da lei : 1) Direito de Família. Divórcio consensual. Acordo sobre a guarda dos filhos, de forma compartilhada, rechaçada pelo Juízo a quo ao fundamento de que, se os menores residirão com a genitora, a guarda deverá ser expressamente atribuída à mesma. - 2) A família vem sofrendo profundas mudanças em todo o mundo, deixando de ser um simples núcleo econômico e de reprodução para transformar-se num espaço de amor e companheirismo. No momento em que ocorre a separação do casal, desde que haja harmonia, a guarda compartilhada é uma opção madura para uma saudável convivência entre filhos e pais separados, já que não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas também a outros atributos da autoridade parental. 3) Em caso de separação ou divórcio consensual, deve ser observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Inteligência do art. 1583, Cód. Civil. - 4) A intervenção estatal na questão só se justifica quando apurado que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos menores, o que não é o caso dos autos. - 5) O simples fato da fixação da residência dos menores com a mãe ou dos pais residirem em bairros distintos e distantes, por si só, não tem o condão de afastar a intenção dos agravantes de exercerem, conjuntamente, os poderes inerentes ao pátrio poder, de forma igualitária e com a mesma intensidade participando das grandes decisões relativas às crianças, consagrando o direito dos filhos de serem criados por seus dois pais. - 6) Provimento do agravo. Decisão unânime. (0005617-92.2007.8.19.0000 (2007.002.02406). AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa. DES. PAULO MAURICIO PEREIRA - Julgamento: 08/05/2007 - NONA CAMARA CIVEL). ; AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÃO PRÉ-EXISTENTE. GUARDA COMPARTILHADA ENTRE O REQUERENTE, PADRINHO DA MENOR E OS PAIS DA MESMA. A interpretação fria e literal da Lei pode, por vezes, não significar o interesse da criança. Na presente hipótese não é pleiteada, pelo requerente, ao Estado-juiz a concessão da guarda compartilhada. Tal pedido não foi exercitado porquanto não há necessidade. A efetiva guarda compartilhada é situação de fato já existente, por força da comunhão de vontades do requerente com os genitores da criança, como foi constatado no estudo social realizado. O pedido nada mais almeja que a regularização de uma situação pré-existente, que não trará prejuízos a quem quer que seja, bem como atenderá aos interesses da criança e de seus genitores, que terão maior auxílio material em benefício da filha. Destarte, ao contrário do entendimento a quo, o deferimento do pedido não implicará qualquer prejuízo, ainda que potencial em face da menor. Acresça-se que o respectivo termo deverá consignar que a guarda deferida ao requerente não exclui a prioritária guarda e demais direitos inerentes aos pais, caracterizando a guarda compartilhada. Recurso conhecido e provido. (0000431-63.2004.8.19.0010 (2005.001.00287) - APELACAO - 1ª Ementa. DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES - Julgamento: 15/06/2005 - DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL); GUARDA DE MENOR ALIMENTOS DIREITO DE VISITA A FILHO PROVIMENTO PARCIAL Guarda Compartilhada. Cuidados. Menor, nascido aos 23/12/98, nao mais necessita dos cuidados especiais, inerentes aos de poucos meses de vida. Visita. Imprescindível, nos primeiros anos de vida do filho, a presença do pai, por meio de visitas regulares, ensejando-lhe estabilidade e delineamento satisfatório da personalidade, nada justificando contato rápido que não possibilita mínimo de convivência. Agravo provido parcialmente. (0019524-81.2000.8.19.0000 (2000.002.06792) AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa. DES. ELY BARBOSA - Julgamento: 08/08/2000 - DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL.

Ademais, tão forte tem sido o papel da jurisprudência que, na seara trabalhista, merece destaque a Súmula 368 do TST⁶⁴, que dispõe acerca da competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças condenatórias proferidas nesta especializada. Referida Súmula mantém hoje sua aplicação, com texto inalterado, mesmo após a edição da Lei 11.457/07, que alterou a redação do parágrafo único do art. 876 da CLT⁶⁵, para afirmar expressamente que a competência da Justiça do Trabalho nesta matéria abrangia as contribuições previdenciárias decorrentes dos salários pagos durante o período contratual reconhecido em juízo. A manutenção do posicionamento do TST está chancelada pelo STF que já se posicionou pela incompetência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças relativas ao reconhecimento de vínculo de emprego.⁶⁶ Nesta matéria, portanto, a jurisprudência ostenta força maior que a própria lei.

Com efeito, não há como negar a importância da jurisdição que, notadamente, como bem destaca Hermes Zaneti Junior⁶⁷, após a Constituição de 1988, não obstante as regras insculpidas no art. 5º, caput e inciso II, já citados, superou regras absolutamente codificadas centradas no juiz formalista, aplicador lógico do direito, fechado e distante do caso concreto, para dar lugar a um discurso democrático, onde autor, juiz e réu buscam a melhor forma de solução dos conflitos. Nas palavras do autor:

Com a Constituição de 1988, ocorreu uma alteração do paradigma das influências políticas. Passou-se de uma democracia centralista, fundada na prevalência do Poderes Executivo e Legislativo, para uma democracia pluralista, com a abertura participativa e o reconhecimento de diversas instâncias de decisão política. Também sofreu radical transformação o espírito do discurso jurídico e judicial, com especial implicação para o direito processual civil brasileiro. Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centrado no juiz, apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na

⁶⁴ 368 – Descontos Previdenciários e Fiscais. Competência. Responsabilidade pelo Pagamento. Forma de Cálculo (inciso I alterado) - res. 138/2005, dj 23, 24 e 25.11.2005 I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da carteira de trabalho e previdência social - CTPS, objeto de acordo homologado em juízo. (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998)

⁶⁵ Art. 876. Serão executadas *ex officio* as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

⁶⁶ RE 569.056/PA

⁶⁷ Op.cit p. 55-56.

participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica; em síntese, na garantia substancial do contraditório.

Nesse contexto atual, vê o autor a jurisprudência como fonte do direito e afirma:

... a constitucionalização no marco do Estado Democrático de Direito, os princípios e as cláusulas gerais passaram a constituir, por necessidade hermenêutica, a jurisprudência como uma das fontes primárias ao lado da lei. A jurisprudência atua hoje na consecução dos direitos subjetivos, individuais e coletivos.⁶⁸

Admitindo a jurisprudência também como fonte do direito, Limongi França, após apontar necessárias críticas a possível elevação indiscriminada dos julgados em norma geral obrigatória, por ser medida arriscada e perigosa a própria ordem reinante no País, assim conclui: “Não obstante, excepcionalmente, temos para nós que, *preenchidos uns tantos requisitos*, a jurisprudência (não os julgados, mas a repetição constante, racional e pacífica destes) pode adquirir verdadeiro caráter de preceito geral”⁶⁹

1.3.5 O poder criador da jurisprudência

A Constituição Federal de 1988, em seu art.2º, fixou a independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Manteve, assim, o modelo adotado pelas constituições republicanas, objetivando evitar a arbitrariedade e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, principalmente no que diz respeito ao princípio da igualdade.

Os três poderes exercem funções típicas, que são aquelas predominantes, e funções atípicas, que são também previstas na Constituição Federal. No que tange ao Poder Judiciário, sua função típica consiste em julgar, aplicando a lei ao caso concreto resultante de determinado conflito de interesse, em razão do sistema jurídico adotado aqui no Brasil. A função atípica pode ser de natureza administrativa e legislativa, sendo esta última concernente à elaboração de normas regimentais com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, conforme previsão do art. 96, I, a da CRFB.

De outro vértice, se de um lado, por previsão constitucional, a função do Poder Judiciário é julgar aplicando a lei ao caso concreto, de outro, como visto, a lei infraconstitucional, com base na garantia do pleno acesso à justiça (Art. 5º, XXXV, da

⁶⁸ Ibidem. p. 56.

⁶⁹ *Hermeneutica Juridica*.p. 128.

CRFB), permite ao juiz, na ausência de norma legal, fundamentar suas decisões na analogia, nos costumes ou nos princípios gerais de direito, tendo criado, portanto, parâmetros ao magistrado.

Ademais, como também já verificado, nessa missão de entregar a tutela jurisdicional, a jurisprudência acabou ganhando papel de relevo. Isso porque, diante da notória socialização do direito, com a presença das mais variadas formas de conflito, ao magistrado é impossível exigir uma atuação na condição de mero aplicador da lei, como outrora ocorria no positivismo jurídico, mesmo porque a lei não contém todo o direito. A interpretação que se espera dos juízes e tribunais, é aquela mais ampla, com inclinação para a realidade social, sem olvidar os aspectos teleológicos da norma e seu conteúdo valorativo; afinal, está dito lá Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais que a ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Os direitos sociais demandam, para sua execução, intervenção ativa do estado e a tarefa do magistrado ganha maior relevo quando o legislador se utiliza de termos, de cujo conteúdo será determinado pelo intérprete (Poder Judiciário) de acordo com interesses da sociedade em determinado momento. Dessa forma, a jurisprudência dos juízes e tribunais vivifica e rejuvenesce a lei⁷⁰, constituindo-se, nas palavras de Washington de Barros Monteiro, “verdadeira fonte de vida jurídica”⁷¹, já que, suprindo a inércia do legislador, vai paulatinamente renovando a interpretação das normas que se tornam incompatíveis com os tempos atuais.

Segundo Mauro Cappelletti, na interpretação que se dá ao Direito nos tribunais existe um certo grau de discricionariedade e, conseqüentemente, de criatividade, oriunda, logicamente, da necessidade de preencher lacunas e resolver ambigüidades e obscuridades dos textos legais. Em verdade, destaca o autor que certo grau de discricionariedade e criatividade mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no que diz respeito a outras áreas, como literatura, música etc. Isso porque as palavras representam símbolos convencionais, cujo significado se encontra sujeito a mudanças em razão de novo e diverso contexto de tempo e lugar. Sendo o intérprete convidado a dar vida nova a um texto, por exemplo, preenche lacunas, define nuances e esclarece ambigüidades.⁷²

⁷⁰ Rubens Limongi França, *Ibid*, p. 134-138, indica 5 funções da jurisprudência: 1) Interpretar a lei; 2) Vivificar a lei; 3) Humanizar a lei; 4) Suplementar a lei e 5) Rejuvenescer a lei.

⁷¹ *Curso de Direito Civil*. vol.1, 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

⁷² *Op.cit*, pp. 20-22

Com o texto legal não é diferente. Em algumas matérias, a jurisprudência, inclusive, antecipa-se ao texto legal, como no mencionado exemplo da guarda compartilhada. Outros casos concretos podem demonstrar tal fato, confirmando a importância da jurisprudência na formação do direito. Antigamente, de acordo com o Código Civil de 1916, os filhos de desquitados eram considerados adulterinos. A disposição legal até então vigente foi alterada após diversas decisões judiciais, que deram causa à edição do Decreto-lei n.º 4737/42 e da Lei n.º 883/49, que vieram a possibilitar o reconhecimento dos filhos após a dissolução da sociedade conjugal, chegando-se, ao fim, à Lei n.º 8560/92 que praticamente afastou qualquer óbice ao reconhecimento dos filhos, regra essa codificada no Código Civil de 1916.

A Súmula 227 do STJ – *a pessoa jurídica pode sofrer dano moral* – também se antecipou ao texto legislado. Atento à atual realidade de que a pessoa jurídica poderia sofrer dano moral por lesão à sua honra objetiva, ao seu nome, ou à sua imagem frente ao meio social, o Superior Tribunal de Justiça cristalizou sua jurisprudência por meio de súmula, que, posteriormente, veio a dar origem ao art. 52 do atual Código Civil que assim dispõe: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Muito conhecida, também, na justiça laboral, é a Súmula 331, IV do Tribunal Superior do Trabalho que, na falta de legislação específica acerca da terceirização, buscou normatizar a matéria em sede jurisprudencial, com vistas à proteção do trabalhador hipossuficiente, dispondo que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações. O entendimento, sumulado pelo TST, demonstra esse poder criador da jurisprudência e, não obstante, neste caso, haver certa inquietude por parte de empresas e da própria administração pública por possível violação ao inciso II do art. 5º da CRFB, o que é razoável diante da norma criada pelo tribunal, esse é o entendimento que prevalece em todas as cortes trabalhistas⁷³, mesmo porque qualquer tentativa das partes litigantes de arguição de inconstitucionalidade da referida súmula como matéria recursal nos processos, esbarraria no

⁷³ Após uma pesquisa jurisprudencial, encontramos apenas um acórdão desafiando o entendimento do TST. Eis a ementa: TOMADOR DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENUNCIADO 331-IV/TST. INCONSTITUCIONALIDADE. O Judiciário tem sua atuação restrita aos comandos da Lei, não podendo, sob pena de desvio da atividade que lhe é própria, criar obrigações não admitidas ou não previstas por Lei. O item IV do Enunciado 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, ao prever responsabilidade de caráter subsidiário das empresas tomadoras de serviço em relação aos trabalhadores das empresas intermediadoras de mão-de-obra que lhe hajam prestado serviço, além de contrariar o contido nos demais itens do próprio verbete, afrontou os artigos 5º, II, e 48 c/c 22, I, da Constituição Federal, invadindo seara própria do Congresso Nacional na estipulação de responsabilidade subsidiária à falta de Lei disciplinadora da questão. Acórdão Nº 00405/2008-007-07-00-0 - RECURSO ORDINÁRIO de Tribunal Regional do Trabalho - 7ª Região (Fortaleza), de 13 Outubro 2008, DJ 22/10/2008.

§5º, do art. 896 da CLT, que autoriza o Ministro Relator a negar seguimento ao recurso de revista quando a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado de súmula do TST.

Neste caso, verifica-se que o precedente editado pelo TST é genérico e aplica-se na solução de casos semelhantes, ou seja, será adotado em toda e qualquer terceirização de serviços, com vista a imputar responsabilidade subsidiária ao tomador dos serviços prestados pelo trabalhador.

Sobre a jurisprudência genérica, notadamente a sumulada, muito bem destacou o professor Mancuso: “quando a jurisprudência assente nos Tribunais vem a operar como precedente genérico para solução de casos assemelhados, não há como negar que ela passa a atuar, na prática, como *fonte criadora do direito...*”⁷⁴

Pode também a jurisprudência induzir ou limitar interpretações que o próprio legislador não previu, como, por exemplo, o que ocorre em relação ao art. 843, §1º da CLT. Diz o referido artigo que, em audiência, é facultado ao empregador fazer-se representar por gerente ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato. Restringindo a disposição legal o TST editou a Súmula 377 que assim dispõe: “Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado.”, tendo, portanto, revelado uma interpretação que o legislador não previu e, de certa forma, acabou por criar uma norma de extrema importância para o processo do trabalho, pois a empresa que se faz representar em audiência por preposto, que não é seu empregado, é considerada como revel, sendo-lhe aplicada a pena de confissão quanto à matéria fática discutida no processo.

A experiência, portanto, nos mostra que não é certo afirmar que a jurisprudência apenas torna claro e explícita o que o ordenamento jurídico já contém, não inovando ou criando norma, pois nem sempre isso ocorre. A jurisprudência tem seu poder criador e inovador da ordem jurídica, com a ressalva de que a criatividade jurisprudencial, mesmo a mais acentuada, não significa necessariamente uma criatividade livre, pois o juiz deve estar atento que na decisão sua argumentação deve se pautar na ordem jurídica vigente, tendo sempre em vista o bom senso que deve estar presente em suas condutas,⁷⁵ pois se é certo, por um lado, afirmar que a atividade do intérprete não consiste em simplesmente descrever o

⁷⁴ Op.cit.p.91.

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Op.cit.pp.25-26.

significado dos dispositivos, mas, sim, em construir esses significados⁷⁶, por outro lado, essa construção de significados encontra limites no próprio ordenamento jurídico que estabelece a realização de fins e a preservação de certos valores.

Tendo isso em vista, a jurisprudência de nossos tribunais merece especial atenção, pois, mesmo não possuindo em sua maioria caráter vinculante, possui autoridade moral e persuasiva, de modo que, também em razão de seu poder criativo, orienta condutas dos jurisdicionados que, muitas das vezes, estão mais atentos aos entendimentos dos tribunais do que ao que dispõe o texto legal.

Nas palavras do professor Rodolfo de Camargo Mancuso:

A interpretação que os Tribunais fazem do Direito Positivo resulta, na ordem prática, tão ou até mais importante do que a própria norma legal em si, porque, enquanto esta última se revela *geral, impessoal e abstrata*, e portanto suscetível de dúvida quanto ao seu real significado, carecendo ser interpretada, já a “jurisprudência” traz a um tempo o Direito e a sua interpretação, ou seja: Traz a norma, *mais* o resultado de sua intelecção e aplicação iterativa aos casos vertentes, assim potencializando a eficácia da norma, ao lhe aclarar o conteúdo e lhe conferir concreção.⁷⁷

É justamente essa possibilidade de a jurisprudência, notadamente a sumulada, participar da configuração final da norma que reforça, ao nosso ver, sua qualificação como fonte do direito em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual, ficamos com Lênio Luiz Streck:

a jurisprudência constitui-se em norma geral, como a lei, mas dela se distingue por sua maior flexibilidade. Atua, por conseguinte, como norma aplicável a todos os casos análogos. Pode-se dizer, então, que a jurisprudência é fonte por duas razões: uma, porque influencia na produção de normas individuais; outra, porque participa da produção do fenômeno normativo, apesar de sua maleabilidade.⁷⁸

⁷⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.32.

⁷⁷ Op.cit.pp.44-45

⁷⁸ Op.cit.pp.90-91

2 A JURISPRUDÊNCIA SUMULADA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO ORDEMENTO JURÍDICO PÁTRIO

2.1 Uniformização de jurisprudência no direito brasileiro atual

Nos países filiados à família romano-germânica o modelo de direito é oriundo de textos legais, sendo do judiciário o papel de aplicar aos casos concretos as regras de direito existentes no ordenamento jurídico. Para a realização dessa atribuição o Poder Judiciário interpreta a norma, revelando seu sentido e alcance, participando, portanto, de sua configuração final.

Tendo em vista a possibilidade de pluralidade de órgãos judicantes no seio do aparelho estatal, é comum que, num mesmo momento histórico, a mesma regra de direito seja por eles diferentemente interpretada, o que compromete a própria ordem jurídica.

Assim, com vistas a atingir maior segurança nas decisões e evitar o desperdício da atividade dos tribunais perante casos semelhantes ou repetitivos, vários países envidaram esforços para adoção de providências destinadas a uniformização de jurisprudência⁷⁹, e com o Brasil não foi diferente.

Com efeito, o instituto da uniformização de jurisprudência é um ideal de justiça, na medida em que é preciso alcançar a igualdade de resultados ante a igualdade de situações, pois os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes, mesmo porque, se todos são iguais perante a lei (Constituição, art. 5º), impossível é para o jurisdicionado conceber o fato de que sua vitória ou sucumbência se determine pela sorte, conforme a distribuição de seu processo se faça a esta ou aquela Câmara, ou Turma.

Talvez o maior mal que o processo pode vir a produzir não resida na injustiça da sentença ou na demora na prestação jurisdicional, mas na quebra do princípio da isonomia. O tratamento desigual é inaceitável.

Isso não significa que o incidente de uniformização de jurisprudência seja utilizado para impedir opiniões divergentes, o que seria mortal para o Direito. Em verdade, ele serve

⁷⁹ Segundo nos noticia Lênio Luiz Streck (Op.cit. pp. 104-106), no direito italiano a uniformização de jurisprudência consolidou-se através das máximas da Corte de Cassação, que são estabelecidas não a partir de um caso concreto, mas à luz da certeza de que, pela reiteração de julgados em determinado sentido, a interpretação adotada está em conformidade com a lei e com o sentido de justiça. Já na França, não há procedimento especial de uniformização de jurisprudência, que acaba por ocorrer pelo recurso de cassação.

para, diante de situações análogas, impedir decisões divergentes de órgãos fracionários do Tribunal, que, em verdade é um só.

Daí a importância da uniformização de jurisprudência, não só para o jurisdicionado, mas para o próprio Tribunal, que, perante a sociedade, terá maior credibilidade.

No direito atual, foi o Código de Processo Civil de 1973 que instituiu o incidente de uniformização de jurisprudência, regulamentado no Capítulo I, Título IX, Livro I, nos artigos 476 a 479 do Diploma legal.

A apreciação do requerimento de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência compete à turma, à câmara ou ao grupo de câmaras. O tribunal pleno, por sua vez, está encarregado da apreciação do incidente, mas não está vinculado ao juízo do órgão fracionário suscitante, ou seja, não obstante o requerimento de instauração do incidente de uniformização, o tribunal pleno pode reconhecê-lo ou não, consoante seu próprio entendimento. Se o tribunal não reconhecer a divergência, os autos retornam ao órgão suscitante. Mas se for reconhecida a divergência, o pleno dará a interpretação a ser observada, criando, como consequência, uma súmula de jurisprudência predominante, nos termos do art. 479, do CPC.

Por fim, importante destacar, também, que a preocupação em pacificar a jurisprudência no âmbito das Cortes Superiores, pode ser vista nos embargos de divergência previstos nos arts. 496 e 546 do CPC, que se prestam à uniformização de jurisprudência no âmbito do STJ e do STF, sendo cabíveis para resolver dissídios pretorianos surgidos entre os órgãos colegiados (turmas). No Tribunal Superior do Trabalho, com idêntica função, há o recurso de embargos, previsto no art. 894 da CLT.

2.2 As Súmulas

A palavra súmula, que tem significação de “sumário” ou “resumo” e origina-se do latim *summula*, refere-se ao teor reduzido ou abreviado de um julgado ou enunciado jurisprudencial que reflete entendimento pacífico de determinado tribunal. Assim, as súmulas buscam traduzir o resumo da jurisprudência sedimentada das Cortes Superiores do país e possuem uma dupla finalidade: tornar pública a jurisprudência para a sociedade bem como promover a uniformidade entre as decisões.

Muito embora a uniformização de jurisprudência tenha sido instituída pelo Código de Processo Civil de 1973, o instituto das súmulas já tinha sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal em seu Regimento Interno em 1963.

Com efeito, o grande idealizador das Súmulas em nosso direito foi o Ministro Victor Nunes Leal. Foi ele quem redigiu uma ementa regimental, publicada em agosto de 1963, onde havia a previsão da criação, no Supremo Tribunal Federal, da Comissão de Jurisprudência, estando ela incumbida de velar pela publicação e atualização da Súmula da jurisprudência dominante do STF. A primeira publicação de súmula ocorreu em janeiro de 1964, momento em que a comissão assim salientou: “A finalidade da Súmula não é somente proporcionar maior estabilidade à Jurisprudência, mas, também, facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes”⁸⁰

Como já visto em nosso ordenamento jurídico, as súmulas, como forma de consolidação da jurisprudência, advêm dos assentos do Direito Português: eram atos do Poder Judiciário com a finalidade de dar à lei uma interpretação autêntica. O Código de Processo Civil de 1973, contudo, optou por não seguir a linha dos assentos no que diz respeito ao caráter obrigatório das súmulas. Dessa forma, as súmulas apenas expressariam a interpretação da maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da Constituição de 1988 o Pretório Excelso deixou de possuir o papel unificador da interpretação do Direito federal, ficando apenas com o papel de guardião da Constituição. Foi criado o Superior Tribunal de Justiça a quem foi atribuída a função retirada do Supremo.

O art. 96, I da Constituição Federal atribui competência aos tribunais para “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes”, de modo que, a partir de então, a fonte de validade de qualquer Súmula passou a ser o Código de Processo Civil.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, desde 1979, por meio de seu regimento interno, dispõe sobre a uniformização de sua jurisprudência. A jurisprudência predominante do TST é consubstanciada em Súmula, havendo também as orientações jurisprudenciais e os precedentes normativos, todos servindo como barreira ao alcance da mais alta corte trabalhista em razão do disposto nos §4º e §5º do art. 896 da CLT⁸¹ e Súmula 333 do TST⁸².

⁸⁰ MÓSCA, Hugo. *O Supremo Tribunal, ontem e Hoje*. Brasília: Editora Gráfica Guarany, 2001, pp.134-135.

⁸¹ Art. 896 (...) §4º A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. §5º. Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do

Daí em diante, a ampliação do uso dos verbetes sumulares manteve crescente constante. O ordenamento pátrio passou a incorporar uma série de normas no que diz respeito aos julgamentos cuja fundamentação fosse baseada em súmula. São exemplos dessa tendência: 1) a possibilidade de o relator não receber os recursos de apelação que estiverem em descompasso com as súmulas dos Tribunais Superiores – art. 557 do CPC; 2) o art. 518, §1º do CPC que permite ao juiz não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal; 3) art. 544, §3º, que permite ao relator conhecer do agravo de instrumento para dar provimento ao recurso especial quando o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; 4) art. 475 o §3º, que exclui da sujeição ao duplo grau de jurisdição a sentença contrária à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município e às respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim a sentença que der procedência, ainda que parcial, aos embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, qualquer que seja o valor em discussão, estiverem fundamentados na "jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente"; 5) art. 896, §5º da CLT, que antes mesmo da redação atual do art. 557 do CPC, já autorizava o relator negar a seguimento ao recurso de revista, se a decisão recorrida estivesse em consonância com enunciado da súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Ademais, muitas vezes, não se menciona, na fundamentação das decisões judiciais, qualquer dispositivo de lei, citando-se apenas a súmula do tribunal relativa ao tema (art. 102, §4º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e art. 124 do Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça).

Mais recentemente, a comunidade jurídica deu início a novas discussões em prol da celeridade processual, desta vez levantando a bandeira da chamada “súmula vinculante”. A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, inseriu em nosso sistema jurídico, pelo art. 103-A, as súmulas com efeitos vinculantes. Tais súmulas são aquelas assim editadas e classificadas pelo STF como vinculantes e seu alcance se estende não só aos órgãos do Poder Judiciário, mas, também, à Administração Pública direta e indireta em todas as esferas.

Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento.

⁸² Súmula 333. Não ensejam recurso de revista decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Desta feita, coexistem em nosso sistema as súmulas persuasivas (que já existiam desde 1963) e as súmulas com efeito vinculante (referidas pelo art. 103 - A da CF/88).

Por fim, não há como deixar de registrar aqui uma crítica em relação à edição das súmulas, notadamente as que possuem efeito vinculante, já que em relação a estas não há dúvidas acerca da obrigatoriedade de sua adoção em casos análogos, cabendo, inclusive, reclamação ao STF, em caso de sua não observância, nos termos do §3º do art. 103-A da Constituição.

De acordo com sua disciplina, as súmulas vinculantes, por um lado, só poderão surgir após reiteradas decisões sobre normas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre estes e a Administração, desde que essa situação acarrete grave insegurança jurídica e concomitantemente implique multiplicação de processo idênticos (quanto à matéria), causando um aumento desnecessário do número de processos judiciais.

De outro lado, as demais súmulas, que aqui serão chamadas de simples ou persuasivas, correspondem a uma síntese de determinada tese jurídica, consolidada pelo Tribunal ao longo de diversos julgados, de modo que se espera congruência entre as súmulas e os acórdãos que lhes serviram de paradigma.

O professor Leonardo Greco, em análise sobre a questão⁸³, examinou as súmulas 622, 625 e 626 do Supremo Tribunal Federal, e nos expôs um lamentável cenário.

No que diz respeito à súmula 622, indica o professor, a existência de uma falha remissiva, pois dos paradigmas indicados não há um único acórdão proferido há menos de 4 anos, circunstância que levaria a crer que alguns dos Ministros mais novos não se teriam pronunciado sobre a questão.

Em relação à súmula 325, foi salientado que sua origem é identificada em quatro julgados, dos quais três foram proferidos há mais de doze anos, sendo que, no menos antigo, o ponto que é objeto da súmula sequer chegou a ser apreciado; no terceiro julgado apontado como paradigma, a doutrina adotada pela súmula não é a *ratio decidendi*, mas um simples *obiter dictum*; nos dois primeiros acórdãos citados o voto mais significativo não aduziu qualquer argumentação de nível constitucional, tendo, por fim, concluído o professor: “a súmula diz mais do que deveria dizer, do ponto de vista estritamente jurídico, mas nada do que tenha dito qualquer dos acórdãos referidos”.⁸⁴

⁸³ GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15 de julho de 2009.

⁸⁴ Idem. p.9

Por fim, quanto à súmula 626, Greco constatou que dos seis acórdãos paradigmas, dois são imprestáveis para sustentar o verbete aprovado, pois dois se referem à suspensão de execução de sentença em mandado de segurança, enquanto o enunciado da súmula se refere à suspensão de liminar, e um terceiro trata da questão apenas como *obter dictum*.

No Tribunal Superior do Trabalho, a situação não é diferente. Como pequeno exemplo, citamos a recentíssima súmula nº 425, que assim dispõe: “O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”. Dos seis julgados em que se fundou o verbete, três foram proferidos em sede de recurso ordinário em mandado de segurança e dois em ação rescisória, temas constantes do enunciado da súmula, mas apenas um, cujo acórdão ainda não foi publicado no diário oficial, trata da questão do *jus postulandi* nos recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho, parte da súmula de maior impacto jurídico, já que traduz real limitação à disciplina legal contida no art. 791 da CLT, tendo em vista que, em relação à ação rescisória e ao mandado de segurança, a matéria já se encontra disciplinada no CPC⁸⁵ e nos artigos 6º e 19 da própria Lei do Mandado de Segurança.

Em relação às súmulas vinculantes, segundo nos noticia Patrícia Perrone⁸⁶, a de nº 3, baseou-se em quatro precedentes, sendo que apenas o primeiro, proferido nos autos do MS 24.268, versava sobre a matéria tratada no enunciado sumular. Os três últimos julgados fazem referência à parte da tese consagrada na súmula vinculante nº 3, apenas como mero *obter dictum*.

Assim, a par do papel de destaque que os enunciados sumulares vem ocupando nos últimos tempos, necessário se faz, também, voltar os olhos para a forma de edição das súmulas, de modo a demonstrar a necessidade de seu aperfeiçoamento, sob pena de se sepultar na mesma vala comum matérias absolutamente diversas. Nos dizeres de Dumoulin, *apud*, Carlos Maximiliano: *modifica facti differentia magman inducit diversitatem* – “pequena diferença de fato induz a grande diversidade de direito”.⁸⁷

⁸⁵ A ação rescisória é ação civil admitida no processo do trabalho. Assim a representação em juízo seguirá os ditames do art. 36 do CPC.

⁸⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit, pp. 170-172

⁸⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.149.

2.2.1 Análise das súmulas a partir de Hans Kelsen

Para Kelsen, o Direito Positivo é uma ordem que regula a conduta humana de uma maneira específica, pelas disposições que estabelecem como os homens devem comportar-se. Essas disposições são denominadas de normas.⁸⁸ Nem todas as normas são jurídicas, pois existem aquelas de ordem moral e de costumes, mas o que interessa para o presente trabalho são as normas jurídicas.

Em uma rápida síntese, as normas jurídicas podem ser normas coercitivas (dever jurídico), que prescrevem determinada conduta e, de outro lado, prevêm uma pena ou uma execução no caso de condutas inapropriadas. Estas normas possuem, portanto, uma parte ordenadora e uma parte sancionadora. Mas também podem as normas jurídicas ser normas de autorização, que são regras que não autorizam a criação de direitos, mas, sim sua execução.⁸⁹

Ao lado das normas jurídicas encontramos também as proposições jurídicas. Kelsen define os referidos institutos como:

[...] As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como *proposições* jurídicas, ser distinguidas das *normas* jurídicas que são produzidos pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. *Proposições* jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As *normas* jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência [...] ⁹⁰

As normas jurídicas coercitivas têm, portanto, caráter prescritivo (dever-ser), ou seja, cominam sanção no caso do seu descumprimento. Elas são, por conseguinte, permissões ou atribuições e nunca instruções (ensinamentos). Partem de simples ato de vontade de autoridade competente, por força de atribuição emanada de outra norma hierarquicamente superior, já que para Kelsen a validade de uma norma jurídica depende de ter sido emanada de outra norma, e assim até que se chegue à norma fundamental, pressuposto lógico do sistema normativo.

⁸⁸ *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 6ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pp 37-49.

⁸⁹ *Idem*. pp. 108-112.

⁹⁰ *Teoria Pura do Direito* Tradução de João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Marinst Fontes, 2009. pp. 80-81

Já as proposições jurídicas têm caráter descritivo (não obrigatório) e buscam uma possível lógica do ordenamento jurídico.

Em última análise: para Teoria Pura do Direito, enquanto a norma é prescritiva, um imperativo, a proposição jurídica é descritiva. Uma se origina, como ato de vontade, dos órgãos competentes, enquanto a outra advém do intelecto dos cientistas jurídicos. Uma tem conteúdo imperativo e a outra tem caráter epistemológico.

Assim, na concepção kelseniana, o dever ser da norma jurídica funciona como prescrição, ao passo que o dever ser da proposição funciona como indicação.

Visto isso, podemos afirmar que as súmulas do Supremo Tribunal Federal, à exceção daquelas editadas com base no art. 103-A da Constituição Federal, assim como as do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho equivaleriam às proposições jurídicas de Kelsen, já que desprovidas de efeitos vinculantes, não prescrevem conduta a ser seguida pelos órgãos individuais e colegiados do Poder Judiciário.

Já as súmulas vinculantes, em razão de ostentarem caráter de norma geral e vinculante (enunciado prescritivo), seriam normas jurídicas.

Não se pode ignorar, contudo, que as súmulas dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal, que não as vinculantes, exerçam grande poder de persuasão em relação aos juízes e tribunais inferiores, assim como em relação à sociedade, o que será visto detalhadamente mais adiante.

2.2.2 As súmulas no direito brasileiro à luz da teoria do precedente de Michelle Taruffo

No sistema do *common law*, como já visto, o Direito é declarado pelo juiz, sendo o precedente judicial (*case law*) a fonte principal do direito, desempenhando a lei papel meramente secundário. O precedente é o fato, ocorrência ou fenômeno acontecido, servindo de exemplo, norma ou justificação para casos semelhantes. Assim, enquanto as súmulas dizem respeito ao resumo da jurisprudência reiterada e já sedimentada dos Tribunais Superiores, o precedente diz respeito a uma decisão anterior e a forma como determinada norma foi interpretada e aplicada naquele caso específico.

O precedente judiciário é um fenômeno difuso e presente nos ordenamentos tanto da *common law* como da *civil law*, entretanto, com características peculiares em cada um dos sistemas, mas sem que possamos afastar similitudes, como, por exemplo, o seu uso persuasivo do precedente na *common law*, típico dos precedentes da *civil law*, e o âmbito de discricionariedade do juiz da *common law* em relação ao emprego do precedente.

Segundo o professor Taruffo⁹¹ o problema central da teoria do precedente diz respeito à eficácia que a decisão de um caso pode manifestar sobre a decisão de um caso sucessivo idêntico ou análogo. Em geral, a solução apontada para a questão é no sentido de que, na *common law*, o precedente tem eficácia vinculante – obrigando o juiz do caso sucessivo a utilizar a mesma *ratio decidendi* do caso precedente – e de que nos, ordenamentos da *civil law*, ele tem eficácia meramente persuasiva, sendo usado como base, argumentação ou justificação da decisão, excluída a obrigatoriedade do juiz de seguir a *ratio* do caso precedente. Mas tal formula não é suficiente, já que o próprio sistema da *common law* estabelece exceções à vinculatividade dos precedentes, havendo, como já mencionado, certa discricionariedade do juiz.

Diante dessa constatação, Taruffo formulou uma Teoria Geral do Precedente capaz de definir as características mais importantes do precedente e espelhar a sua posição em dado ordenamento pela combinação de quatro dimensões, a saber: dimensão institucional; dimensão objetiva; dimensão estrutural e dimensão da eficácia.

A primeira dimensão, a institucional, analisa o precedente à luz da organização judiciária do ordenamento jurídico, bem como em relação à subordinação hierárquica entre os tribunais. Nesse contexto, podem ocorrer três espécies de precedentes: vertical, horizontal e o autoprecedente.

Na medida em que exista uma estrutura burocrática de sobreposição de tribunais, é natural que o precedente de um tribunal superior exerça um grau de influência maior no âmbito dos juízos inferiores. Então, estaremos diante de um precedente vertical. De outro vértice, haverá precedentes horizontais quando provenientes de órgãos integrantes de mesmo patamar hierárquico. Já o autoprecedente ocorre quando um juiz segue os seus próprios precedentes, o que acontece como medida de coerência e da segurança jurídica que deve ser preservada pelos tribunais.

Em relação às duas primeiras espécies de precedentes, existem problemas práticos relacionados à utilização, na medida em que, no primeiro caso, havendo mais de uma corte suprema, pode haver uma pluralidade de precedentes verticais, pois cada jurisdição segue os precedentes de sua corte superior. Na segunda espécie, o problema reside no fato de que, em razão da inexistência de hierarquia entre os órgãos, há naturalmente uma exclusão de qualquer vínculo para seguir o precedente.

⁹¹ TARUFFO, Michele. Dimensioni Del Precedente Giudiziario In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, 1994.

No que tange ao autopercedente, a dificuldade é encontrada no fato de que, ainda que possa parecer contraditório ou incoerente, nenhuma corte está completamente vinculada aos seus próprios precedentes, nem mesmo no sistema da *common law*.

A segunda dimensão, proposta por Taruffo, é a dimensão objetiva, que trata da capacidade de influência da decisão nos casos futuros, utilizando-se a mesma *ratio decidendi* na decisão sucessiva.

Nesta dimensão é de extrema importância a distinção da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, visto que a capacidade de influência do precedente na decisão sucessiva será analisada exclusivamente com base nos fundamentos jurídicos que sustentaram a decisão que está sendo utilizada no caso sucessivo. O que o julgador utilizou como argumento acessório, tem função meramente persuasiva.

É de se notar, contudo, que, em alguns ordenamentos jurídicos, e aqui citamos o Brasil como um grande exemplo, muitos repertórios de jurisprudência, com vistas a chamar a atenção para determinado assunto, constroem a ementa dos arestos, afastando-se do verdadeiro fundamento jurídico da decisão. Outrossim, vemos em nosso ordenamento jurídico muitas súmulas com enunciados genéricos e abstratos, o que dificulta a comparação com os casos que estão sendo confrontados.⁹²

A dimensão estrutural, por sua vez, diz respeito aos precedentes usados como referência para uma decisão sucessiva. No âmbito da *common law*, como já visto, uma única decisão pode perfeitamente produzir eficácia de precedente, o que já não ocorre no direito codificado, onde se exige, via de regra, um número considerável de decisões similares, para que se possa chegar ao que se chama de jurisprudência consolidada.

Na análise dessa dimensão podem ocorrer quatro principais situações: 1) quando há somente um precedente referível; 2) quando há mais de um precedente referível, sendo todos no mesmo sentido ou com a mesma orientação; 3) quando existem dois precedentes referíveis ou duas correntes de precedentes, e estes têm orientações conflitantes ou opostas; 4) quando existem vários precedentes referíveis com várias orientações diferentes.

⁹² Nesse sentido, o professor Leonardo Greco alerta que, para evitar esse risco, a súmula deve ser sempre acompanhada da referência aos julgados dos quais se originou e com esses julgados é que deve haver a comparação dos casos futuros. Destaca que a súmula cujo enunciado não corresponder rigorosamente às *rationes decidendi* dos precedentes de que decorreu a sua formulação, constitui um verdadeiro abuso de poder do Tribunal que a edita e não pode ser imposta como critério de uniformização de jurisprudência, sob pena de dar força normativa a uma simples decisão administrativa de um tribunal superior. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança, **In: Estudos de Direito Processual**, ed Faculdade de Direito de Campos, 2005, p

Pois bem, na primeira situação, ou seja, quando há um só precedente idôneo para ser utilizado, a questão resolve-se facilmente, pois a orientação é num único sentido. Sua ocorrência é muito mais comum ou corriqueira nos sistemas da *common law*, porque nessas cortes supremas e de apelação julgam menos, já que decidem apenas os casos nos quais possivelmente será estabelecido um precedente.

A situação caracterizada pela existência de mais de um precedente com a mesma solução para a questão, ou seja, por uma jurisprudência “constante” ou “uniforme”, comporta a ocorrência de duas modalidades distintas que se subdividem em duas hipóteses cada. Na primeira delas, várias decisões seriam proferidas num mesmo sentido (decisões uniformes), num curto período de tempo, representando: (a) o início de uma nova orientação ou, ao contrário disso, (b) uma orientação efêmera, restrita àquele período. Pode ocorrer, e esta seria a segunda modalidade, que se profiram muitas decisões uniformes ao longo do tempo, significando, conforme a circunstância fática, que (a) esta é uma orientação consolidada ou, ao invés disso, (b) que é uma orientação velha, em desacordo com o restante do ordenamento jurídico e destinada a ser abandonada.

A terceira situação diz respeito à existência de dois precedentes referíveis, de mesmo órgão ou órgãos diversos, em conflito. Às vezes não está claro quando uma orientação jurisprudencial é majoritária, além disso, a orientação minoritária pode exprimir ou uma tendência já superada ou o início de uma nova tendência. Nesse caso, o juiz do caso sucessivo tem de fazer uma opção entre tomar uma decisão diferente ou seguir um dos precedentes existentes, atraindo para si o ônus de motivação e justificação de sua escolha.

A quarta e última hipótese é a do chamado “caos jurisprudencial”, situação onde há pulverização ou contradição plural entre decisões, ocorrendo quando, sobre o mesmo caso, existem orientações diferentes e incoerentes, podendo ocorrer tal situação entre jurisprudências do mesmo órgão ou de órgãos diversos.

Por fim, a quarta dimensão da teoria do precedente do professor Taruffo é a da eficácia, que está relacionada ao grau de influência que o precedente exerce sobre o caso sucessivo análogo, ou seja, a intensidade da influência do precedente sobre o caso sucessivo. Para ilustrar essa dimensão, Taruffo formulou uma escala de vários graus da eficácia do precedente.

No grau máximo estariam os precedentes cuja observância para os casos sucessivos seria obrigatória. A eficácia neste caso seria vinculante.

Abaixo do grau máximo estariam 3 graus intermediários: o *binding*, quando o precedente deve ser seguido, salvo as exceções previstas de forma expressa; o *defeasibly binding*, grau este no qual o precedente deverá ser seguido a menos que existam boas razões para não fazê-lo; e o *weakly binding*, que representa apenas uma expectativa genérica de que o precedente venha a ser seguido.

Abaixo do *weakly binding* encontra-se o poder de discricionariedade do juiz em relação ao uso do precedente, como ocorre nos casos de utilização dos mecanismos do *distinguishing* e *overruling*, bem como nos casos em que precedentes desgastados ou em desuso não são utilizados, além das hipóteses de não utilização de um determinado precedente que possa conduzir a uma decisão injusta.

O *overruling* é técnica utilizada para substituir um precedente, quando uma Corte abandona o precedente no julgamento de um caso sucessivo, tendo sido este o Tribunal que havia anteriormente firmado aquele precedente. Os precedentes *overruled*, na *common law*, são excluídos de forma expressa e perdem imediatamente a eficácia.

Outra técnica que abrange a discricionariedade do juiz, é o *distinguishing*, que diz respeito ao não uso de determinado precedente, exigindo-se que se faça uma análise criteriosa do precedente e do caso a ser decidido, comparando-os para comprovar que são realmente distintos, o que então justifica a sua não aplicabilidade.

Diante dessa teoria do precedente do professor Taruffo, numa primeira análise comparativa com as súmulas em nosso ordenamento jurídico, poderíamos dizer que nossas súmulas estariam enquadradas na dimensão da eficácia, no *weakly binding*, já que, se em nosso ordenamento jurídico a jurisprudência não for considerada como fonte do direito, mas apenas como reveladora do direito pela interpretação dada pelos tribunais, e, portanto, sem qualquer efeito vinculante aos juízes e tribunais inferiores, a expectativa que temos é que a súmula venha a ser seguida, sem que isso possa ser afirmado como regra. Seria, então, a proposição jurídica de Kelsen.⁹³

Verificando-se, contudo, o papel atual da jurisprudência, podemos perceber que há uma progressiva aproximação ao paradigma anglo-saxônico do *common law* nas últimas décadas, no sentido de se conferir maior importância ao entendimento consolidado e uniforme dos tribunais.

As súmulas vinculantes, introduzidas recentemente em nosso ordenamento jurídico por meio da EC 45/2004, demonstram claramente a aproximação das duas famílias jurídicas e,

⁹³ v. item 3.2.1 *supra*

em relação a essas súmulas, em razão de seu efeito vinculante conferido pelo art. 103-A da Constituição Federal, podemos enquadrá-las como um precedente vertical e no grau máximo da dimensão da eficácia, em razão da obrigação absoluta de seguir súmula desta natureza.

Em relação às demais súmulas, a princípio elas permaneceriam enquadradas na dimensão da eficácia, no *weakly binding*. É utilizada a expressão “a princípio”, porque em alguns casos as súmulas, ainda que não vinculantes, ultrapassam a dimensão da eficácia do *weakly binding* e, como exemplo citamos a Justiça do Trabalho.

Com efeito, no processo do trabalho, de um lado, as súmulas sempre se apresentaram com destaque bastante acentuado, já que um julgamento contrário à Súmula do TST, há muito tempo é uma possibilidade recursal de se chegar a mais alta Corte Trabalhista. De outro lado, desde 1988, com o advento da Lei n.º 7.701, no processo do trabalho, o Relator pode negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos ou ao Agravo de Instrumento quando a decisão recorrida estiver em consonância com Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.⁹⁴

De outro lado, várias são as súmulas do TST que ostentam verdadeiro poder normativo, como a de número 331, IV, já citada⁹⁵, que instituiu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços em caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador.

O TST, a mais alta corte em matéria juslaboral, portanto, por meio de suas súmulas, exerce tamanha influência nos juízes e tribunais inferiores que é possível dizer que não existe uma mera expectativa de que determinada súmula venha a ser seguida. Em verdade, a súmula deve ser seguida, a menos que existam boas razões para não fazê-lo (*defeasibly binding*).

Tal influência também já pode ser vista no âmbito do processo civil, notadamente após as novas redações dos artigos 518, §1º e 557 do CPC.

Nesse contexto, podemos afirmar que nossas súmulas, que não aquelas previstas no art. 103-A da CRFB, possuem caráter persuasivo, e o grau de influência pode variar entre os três primeiros graus intermediários da dimensão da eficácia da teoria do professor Taruffo.

2.2.3 Distinção entre três tipos de súmulas: meramente interpretativas, com eficácia normativa e com eficácia quase normativa

⁹⁴ O Código de Processo Civil também caminha no sentido de valorização das súmulas, tal como podemos observar do teor dos artigos 557 e 518, §1º

⁹⁵ v. item 2.3.5 *supra*

Levando-se em conta que em nosso ordenamento jurídico as súmulas podem ser, em razão de sua eficácia, absolutamente normativas, quase normativas (participativas da configuração final da norma) ou meramente interpretativas e, sem que seja possível esgotar o tema, pois esse não é o objetivo central do presente trabalho, necessário se faz distinguir essas três espécies de súmulas, pois tal distinção será de grande valia no momento do estudo dos efeitos retroativos e prospectivos da jurisprudência sumulada.

Com efeito, como bem destacado por Maximiliano, quando fala de norma jurídica, não há nada mais difícil do que distinguir a mera interpretação da verdadeira inovação no campo do Direito⁹⁶, o que vale, também, para a jurisprudência. Contudo, tentaremos traçar essa distinção por meio de algumas premissas.

Começemos pelas súmulas que, não sendo inovadoras da ordem jurídica, apenas interpretam texto legal, revelando seu sentido apropriado para a vida real.

2.2.3.1. Súmulas meramente interpretativas

Interpretar é segundo Carlos Maximiliano: “explicar, esclarecer, dar significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma tudo o que na mesma contém.”⁹⁷ Então, a interpretação textual é a arte de explicar, de dar significado a um texto. A interpretação exige diferentes abordagens dependendo da natureza dos textos e possui técnica para se chegar aos fins colimados. Em se tratando de textos jurídicos, falamos em hermenêutica.

A hermenêutica jurídica tem por escopo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. A hermenêutica é a “teoria científica da arte de interpretar”⁹⁸

As leis são formuladas em termos genéricos, gerais e, não obstante sua linguagem exata, necessitam ser interpretadas, em razão de sua amplitude. Assim, incumbe ao intérprete verificar a relação existente entre a norma jurídica e o fato social, através de descoberta e

⁹⁶ *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense: 2010. p. 75.

⁹⁷ Op. cit. p.7

⁹⁸ Idem. p. 1.

fixação do sentido da regra positiva, inclusive no que diz respeito ao seu alcance, ou seja, o intérprete determina o sentido e o alcance das expressões do Direito.⁹⁹

As súmulas meramente interpretativas são aquelas em que o judiciário fixa o sentido da regra positiva, ou determina o seu alcance, sem, contudo, alterar o significado final da norma.

Como exemplo, podemos citar a Súmula 416 do TST¹⁰⁰ que interpreta o art. 897§1º da CLT. Diz o referido artigo que para que o agravo de petição seja recebido é necessário que o agravante delimite justificadamente as matérias e os valores impugnados. A súmula 416, interpretando o dispositivo legal, afirma que é possível o prosseguimento da execução quanto aos tópicos e valores não especificados no agravo.

A interpretação, portanto, não alterou o que dispunha a lei, não inovou a ordem jurídica. Contudo, pode ser que a determinação do alcance da norma, se traduza em verdade, na sua configuração final, pois a determinação do intérprete em relação ao alcance e extensão da norma acaba por gerar a verdadeira norma. São especialmente os casos em que mesmo a lei não distinguindo o intérprete acaba por fazê-lo e, aí, estaremos diante de súmulas participativas da configuração final da norma, ou quase normativas.

2.2.3.2. Súmulas com eficácia quase normativa

Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza, na experiência prática e concreta do Direito a súmula adquire valor equivalente à norma legal, pois a jurisprudência tem caráter finalista, indicando como deve ser interpretada uma norma e, por isso, é também imperativa¹⁰¹.

Essa característica de ser equivalente à norma legal ganha contornos mais precisos toda vez que o judiciário edita súmula que restringe ou amplia texto legal, gerando, ao final, a verdadeira norma, ou seja, criação do direito a partir de um vínculo meramente formal com a lei. Neste casos, estaremos diante de súmulas participativas da configuração final da norma ou com efeitos quase normativos¹⁰².

⁹⁹ Ibidem. p. 1.

¹⁰⁰ “416 – MANDADO DE SEGURANÇA – EXECUÇÃO – LEI N. 8.432/92, ART. 897,§1º, DA CLT – CABIMENTO (Conversão da Orientação Jurisprudencial n. 55 da SBDI-II – Res 137/05 – DJ 22.8.05). Devendo o agravo de petição delimitar justificadamente a matéria e os valores objeto de discordância, não fere direito líquido e certo o prosseguimento da execução quanto aos tópicos e valores não especificados no agravo.”

¹⁰¹ *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico e jurídico*. São Paulo: LTr, 1996, p. 176.

¹⁰² Segundo Moura Rocha, apud, STRECK, Lenio Luiz. Ob.cit.pp 143-144, “... a súmula não é uma jurisprudência predominante sob o aspecto meramente formal; vemos nela sentido dogmático (quase normativo).

Diz-se quase normativos pois tais súmulas não ostentam caráter de obrigatoriedade ou mesmo sanção pelo seu descumprimento, mas a partir do momento em que participam da configuração final da norma, sua influência será tal que juízes, tribunais e a própria sociedade estarão mais atentos ao teor da súmula do que ao próprio texto legal que a originou.

É o que ocorre com a súmula 377 do TST que mesmo a lei não distinguindo, o judiciário (intérprete), acabou por fazê-lo, pois, ao restringir o disposto no. 843, §1º da CLT ao determinar que o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado, exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, inovou na ordem jurídica, pois, não obstante o texto legal afirmar que “em audiência é facultado ao empregador fazer-se representar por gerente ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato”, a empresa que se faz representar em audiência por preposto que não é seu empregado é considerada, segundo o entendimento do TST, como revel, sendo-lhe aplicada a pena de confissão quanto à matéria fática discutida no processo.

Aqui o órgão jurisdicional não está apenas interpretando a legislação, buscando o aperfeiçoamento da norma aos nossos tempos. Como já visto, interpretar uma lei corresponde à tarefa de investigar o seu exato sentido, ou seja, qual o pensamento ou a vontade da lei. Da análise gramatical do art. 843, § 1º da CLT¹⁰³, é possível concluir, claramente, que o objetivo do legislador foi apenas o de facilitar a representação judicial do empregador, de forma a não exigir que os sócios ou diretores abandonassem o empreendimento econômico para comparecerem em juízo. A única restrição quanto a representação processual é a de que o representante deva ter conhecimento dos fatos, visto que suas declarações obrigam o proponente em juízo.

Neste caso, com relação às regras de hermenêutica, cabe lembrar o preceito de que "a lei não contém palavras inúteis", sendo que, ao se exigir a representação por empregado, inócua ficaria a locução "qualquer outro preposto que tenha conhecimento dos fatos".

Igualmente, a súmula 425 do TST também, ao interpretar o art. 791 da CLT, participou da configuração final da norma, tendo restringido seu alcance, de modo a gerar a verdadeira norma. O art. 791 da CLT diz que: “os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o

A súmula não é, simplesmente, a jurisprudência dominante ou predominante. É a jurisprudência possuidora de caráter, repetindo, quase-normativo.”

¹⁰³ "é facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente."

final”. Não obstante a capacidade postulatória conferida aos empregados e empregadores pelo legislador, abranger a expressão “até o final” o TST editou súmula, restringindo o alcance da norma legal, afirmando que o *jus postulandi* está restrito às “Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do TST”¹⁰⁴.

Também podem ser enquadradas como súmulas quase normativas aquelas que são criadas para regulamentar situação ainda não prevista em lei, como é o caso clássico da súmula 331, IV do TST que, na falta de legislação específica acerca da terceirização, buscou normatizar a matéria em sede jurisprudencial, com vistas à proteção do trabalhador hipossuficiente, dispondo que o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações. O precedente editado pelo TST é genérico e aplica-se na solução de casos semelhantes.

Isso não significa dizer que não existirão decisões contrárias às súmulas, mesmo porque, como já dito, não há nelas eficácia normativa, com pena de sanção pelo seu não cumprimento, como ocorre com as súmulas vinculantes.

2.2.3.3. Súmulas com eficácia normativa

Súmulas com eficácia normativa são aquelas que fixam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida, sob pena de sanção pelo seu descumprimento. São, outrossim, genéricas, abstratas e aplicam-se a todos os casos análogos.

No nosso ordenamento jurídico apenas ostentam essas características as súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da Constituição Federal e regulamentadas pela Lei 11.417/2006.

2.3 Os efeitos da jurisprudência sumulada em relação aos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau.

¹⁰⁴ 425 JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE - Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010 . O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio dominante é o da decisão segundo o livre convencimento do magistrado, atendidos os ditames da lei e, na sua omissão, dos preceitos oriundos de outras formas de expressão do direito, mas também previstos na lei.

Não obstante, a autoridade moral dos tribunais superiores em relação aos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau é inegável e pode ser justificada, primeiramente, em razão da existência de um sistema de diversidade de instâncias.¹⁰⁵ Os tribunais superiores, ao editarem suas súmulas, não apenas esperam que elas sejam seguidas como também contam com respaldo legal para que isso aconteça em razão, por exemplo, do contido nos artigos 518, §1º e 557 do CPC, assim como art. 896, §§4º e 5º da CLT.

Em regra, no direito brasileiro, os precedentes têm autoridade estritamente persuasiva, servindo tão-somente de orientação para a livre convicção do juiz (CPC, art. 131), que pode ou não se filiar ao entendimento manifestado pelo tribunal. Somente nas situações excepcionais, previstas pelo próprio texto constitucional, como é o caso das súmulas vinculantes, é que formalmente os precedentes transbordam da eficácia *inter partes* que lhes é peculiar, para alcançar efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Mas essa eficácia persuasiva não pode ser vista somente como mera orientação aos tribunais e juízes inferiores. Em acórdão de relatoria do então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira temos a demonstração disso:

Respeitadas as ressalvas legais, mesmo reiteradas e diuturnas, a Jurisprudência não tem força de vincular os pronunciamentos jurisdicionais. Não se justifica, no entanto, que os órgãos julgadores se mantenham renitentes à Jurisprudência sumulada, cujos escopo, dentro do sistema jurídico, é alcançar exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos.¹⁰⁶

A jurisprudência apresenta-se, em verdade, como um exercício de influência, no seu sentido mais amplo, de que um agente induz outros agentes a agirem de determinada forma, podendo-se afirmar que as súmulas se manifestam desde a livre persuasão do juiz até a vinculação máxima (súmulas vinculantes), passando por graus intermediários de vinculação interna (do mesmo Tribunal) ou vinculação externa (entre Tribunais de diferentes níveis).¹⁰⁷

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. Op.cit.pp.94-95

¹⁰⁶ STJ, 4ª Turma, REsp. 14.945-0-MG, DJU 13.04.92.

¹⁰⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Op.cit, p.177.

A criação da súmula impeditiva de recurso, bem como da autoridade do relator em negar seguimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais (art. 518 §1º e 557 do CPC e art. 896, §5º da CLT), representam mais um passo dado pelo legislador brasileiro para a valorização da jurisprudência sumulada dos Tribunais Superiores, indicando inegável vinculação interna e externa, o que demonstra que não há uma mera influencia ou orientação de que a jurisprudência sumulada seja seguida pelos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau.

Sob outro enfoque, a jurisprudência, notadamente a convertida em súmula, condiciona o comportamento dos juízes e tribunais inferiores, pois, ainda que tenham eles entendimento particular diverso do indicado na súmula, tenderão a aplicá-la ao caso concreto, pois, de outra forma estarão postergando inutilmente o desfecho da causa, já que é previsível que o tribunal *ad quem*, emissor da súmula, naturalmente a prestigiará, reformando a decisão então proferida.

A jurisprudência sumulada gera, pois, relevantes efeitos processuais reconhecidos pela própria legislação ordinária e pela existência de um sistema de diversidade de instâncias, considerados o prestígio e a posição dos Tribunais Superiores e do STF no topo do Judiciário brasileiro, sem outros órgãos que possam reformar suas decisões, não se admitindo, outrossim, que juízes inferiores ignorem sua jurisprudência pacificada

Há de se registrar, no entanto, que a implementação desses efeitos das súmulas e da jurisprudência dominante não constitui tarefa tão simples como aparenta a dicção legal. Os Tribunais Superiores ainda precisam cuidar da uniformização dos julgados ditados por seus órgãos (turmas e seções), clamando, inclusive, pela observância doméstica, como ilustra o seguinte aresto da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em

acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.¹⁰⁸ .

2.4. Os efeitos da jurisprudência sumulada em relação à sociedade.

Como já visto, as decisões judiciais sozinhas não fazem jurisprudência, sendo relevante apenas para as partes envolvidas no processo. Contudo, quando os casos se repetem e os tribunais se manifestam reiteradamente acerca de determinada matéria, fala-se em jurisprudência que em sendo assente ou sumulada, passa a influenciar a conduta daquelas pessoas que jamais foram alcançadas pelas decisões nos processos individuais, pois o entendimento já sumulado, advindo de um tribunal superior é o sinal de que, em casos análogos, aquele entendimento será repetido, criando-se assim uma expectativa legítima na sociedade.

É o que adverte Karl Larenz:

... existe uma grande probabilidade no plano dos fatos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, da empresas e das associações contam com isto e nisto confiam.¹⁰⁹

É possível dizer, então, que a jurisprudência sumulada aponta para uma certa previsibilidade das decisões judiciais, garantindo, assim, a estabilidade das relações sociais constituídas sob sua égide e, ainda, cria expectativas legítimas à sociedade que, confiante no princípio da igualdade de todos perante a lei¹¹⁰, espera que casos análogos sejam decididos da mesma forma.

A influência das súmulas é grande e alcança, inclusive, a União, quando é parte no processo, por força de lei. Diz o art. 131 da Lei 8.213/91: “O Ministro da Previdência e Assistência Social poderá autorizar o INSS a formalizar a desistência ou abster-se de propor ações e recursos em processos judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, súmula

¹⁰⁸ Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 228.432/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 18/3/2002,

¹⁰⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª ed. tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p.611.

¹¹⁰ Rodolfo de Carmago Mancuso destaca, com respaldo em doutrina italiana, que o imperativo de isonomia de todos perante a lei deve ser efetivo tanto em face da *norma legislada* (=produto final do Legislativo) como em face da *norma julgada* (=resultado da subsunção judicial do texto de regência aos casos concretos). Op.cit, p.78.

ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores.” A própria lei, portanto, reconhecendo a força da jurisprudência consolidada ou sumulada, autoriza a União a desistir ou abster-se de propor recursos que versem sobre matéria contrária a entendimento já cristalizado pelos tribunais superiores.

É de se destacar, outrossim, que estamos diante da moderna sociedade da informação. Os canais de comunicação, notadamente a internet, com seus *sites* de busca, são muitos e estão ao alcance de todos, de forma democrática, levando informações aos lares das pessoas, sem qualquer distinção de ricos e pobres.

Os meios de comunicação não transmitem diariamente ou frequentemente o conteúdo de todas as regras positivadas. Não há dúvidas, entretanto, de que a mídia acompanha de perto o que decidem os juízes e tribunais e, com justificada ênfase, as decisões dos tribunais superiores.

O homem do povo passa a conhecer os seus direitos, não por declarações solenes de direitos ou por frias leis, jamais lidas, emanadas dos órgãos legiferantes, mas por meio dos julgados, da jurisprudência dos tribunais.

Ademais, por a matéria já se encontrar sumulada por um tribunal superior, partes e advogados também são influenciados a deixar de ajuizar uma ação ou interpor um recurso que verse sobre questão contrária à sumula do tribunal, com base no entendimento jurisprudencial já assente. Nesse sentido, Mancuso destaca:

A jurisprudência assente, ou sumulada, a par de preencher suas precípuas finalidades judiciárias, também projeta efeitos outros, reflexos ou indiretos atuando como elemento regulador do afluxo de processos na justiça, seja desestimulando o ajuizamento de ações cuja pretensão é contrária à tese já firmada, seja coartando a interposição de recursos de natureza excepcional contra acórdão cujo entendimento se mostra consonante à jurisprudência assente ou sumulada do tribunal *ad quem*.

Exemplo disso é a súmula 293 do STJ que foi editada com vistas a dirimir a controvérsia até então existente sobre a possibilidade de inserção, nos contratos de arrendamento mercantil ou *leasing*, de cláusulas prevendo o chamado *valor residual garantido* (VRG). A súmula diz: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”. Isso significa que não só os casos análogos estão parametrizados pela referida súmulas, mas também que foi, criada uma

expectativa legítima para aqueles que decidiram, a partir de então, inserir tal cláusula em seus contratos dessa natureza.¹¹¹

Quem hoje se arriscaria a ajuizar ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei (art. 485, V do CPC) quando a decisão rescindenda estivesse calcada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais? A par de nada dispor a lei, o STF já pacificou seu entendimento, por meio da súmula 343, no sentido de que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se estiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”, o que, dessa forma, serve de base para que os próprios advogados orientem seus clientes acerca da possibilidade e dos riscos de se valerem de tal ação.

Dessa forma, é inegável que a jurisprudência dos tribunais superiores, notadamente, a sumulada, influencia as relações jurídicas, orientando principalmente partes e advogados, já que a orientação jurisprudencial se apresenta como avaliação para que o jurisdicionado decida se vale ou não recorrer ao Judiciário na busca do reconhecimento de um determinado Direito, bem como serve de baliza aos advogados na orientação aos seus clientes acerca de quais decisões tomar no cotidiano, com vista a prever eventual risco de demandas.

¹¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op.cit. p.97.

3 A SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DIANTE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

3.1 A importância da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima no Estado de Direito

Consagrada no art.2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1798, como um direito natural e imprescritível, a segurança encontra-se positivada na Constituição brasileira de 1988.

Está no preâmbulo de nossa Carta Magna: “Nós, representantes do povo brasileiro, (...) para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos (...)”.

Em seguida, o *caput* do artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei (...) garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (...)”

A segurança é uma das finalidades mais relevantes de qualquer sistema jurídico, pois de nada vale a garantia de relações equilibradas entre as pessoas, se não se puder oferecer também alguma segurança. Já dizia Radbruch:

A existência de uma ordem jurídica é muito mais importante que a sua justiça e utilidade; estas são as tarefas secundárias do Direito, e a primeira, consentida por todos igualmente, é a segurança jurídica, quer dizer, a ordem e a paz.¹¹²

A segurança é, pois, um direito fundamental contemplado por nossa Lei Maior, não sendo ela, nas palavras do Professor Leonardo Greco, “apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.”¹¹³

E conclui o professor: “a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de

¹¹² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.109.

¹¹³ Ainda a Coisa Julgada Inconstitucional. In: *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.

convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.”¹¹⁴

Com efeito, para conduzir e planejar sua vida, o homem necessita de segurança. Por isso, o princípio da segurança jurídica é um dos elementos constitutivos do Estado de Direito, estando ao lado dele o princípio da proteção da confiança legítima.¹¹⁵ São princípios que andam estreitamente associados.

J. J. Gomes Canotilho leciona que o princípio da segurança jurídica está relacionado a elementos objetivos da ordem jurídica, como a garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito, ao passo que a proteção da confiança legítima se relaciona a componentes subjetivos da segurança, como a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos do poder público.¹¹⁶ Assim, temos agregados ao conceito de segurança jurídica a exigibilidade e a certeza de que o direito seja estável e previsível.

Ainda, segundo o autor português, o que os princípios revelam de mais importante são: (1) a proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a estabilidade dos casos decididos por meio de atos administrativos constitutivos de direito.

Para o presente trabalho, destaque especial merecerá a irretroatividade da jurisprudência, pois se a segurança jurídica, um dos pilares do nosso Direito exige que as leis não sejam retroativas, tal irretroatividade deve valer também para a jurisprudência criadora.

Com efeito, se não é dado ao Direito frustrar os que confiaram em determinada lei, comportamento igual deverá ser observado quando estivermos diante de uma jurisprudência que, determinando o sentido e alcance da lei, cria uma nova norma.

Mas qual expectativa legítima merece proteção jurídica? Luis Roberto Barroso, em parecer sobre os efeitos temporais de eventual mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacou que a doutrina tem construído alguns parâmetros para tanto, tendo revelado três deles¹¹⁷. Primeiramente, a expectativa não deve ser mera esperança inconsequente sem vínculo com elementos reais e objetivos da atuação estatal, devendo, portanto, estar atrelada a um comportamento objetivo do Poder Público. Em segundo lugar,

¹¹⁴ Idem. p.

¹¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.257.

¹¹⁶ Idem. p.257

¹¹⁷ Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança Jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **In:** *Revista de Direito do Estado*. Ano 1 n.º 2 abr/jun 2006, pp.278-279.

temos o elemento temporal para averiguação da conduta estatal, que gerou a expectativa, perdurou razoavelmente no tempo, transmitindo idéia de certa estabilidade. Por fim, é relevante saber se o particular podia ou não prever o risco de futura modificação do ato do Poder Público.

3.2 Segurança jurídica: lei e jurisprudência

De acordo com o positivismo jurídico, predominante nos países filiados à família romano-germânica, desde a codificação de Napoleão, o juiz deveria sempre decidir conforme a lei, admitindo-se outras formas de decidir apenas excepcionalmente. A segurança jurídica estaria, portanto, no direito positivo, na legislação já conhecida. Mas será isso verdade? Acreditamos que não, por alguns simples motivos.

Segundo conceitua Limongi França, a lei é “um preceito jurídico escrito, emanado do poder estatal competente, com caráter de generalidade e obrigatoriedade”¹¹⁸. Dizia Papiniano: “a lei é um preceito comum, o ditame dos homens prudentes, a repreensão dos delitos que se cometem voluntariamente ou por ignorância, o compromisso comum de toda a *res publica*.”¹¹⁹.

Essa característica de preceito comum, de generalidade permite-nos afirmar que a lei é responsável pelo conteúdo da norma, amplo, genérico, aplicável a todos, cabendo ao Judiciário, em sua função interpretativa da lei, determinar o sentido e alcance, de modo a emoldurar aquele conteúdo, apresentando, assim, a versão final da “obra”.

Carlos Aurélio Mota de Souza afirma que a segurança advinda de uma lei é hipotética, porque ela cria, *a priori*, apenas uma obra genérica e abstrata, trazendo a jurisprudência a certeza maior do direito.¹²⁰

Portanto, embora caiba à lei inovar na ordem jurídica para criar direitos e obrigações, juízes e tribunais é que vão dizer, ao final, de modo definitivo, o sentido e o alcance da lei, razão pela qual o princípio da segurança jurídica também é dirigido à atividade jurisdicional, de modo a preservar as posições jurídicas dos particulares que tiveram como base uma orientação jurisprudencial já sedimentada.

¹¹⁸ *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*, op. cit. p. 74

¹¹⁹ PAPINIANO, D.1.3.1, op. cit. p.43.

¹²⁰ Op.cit, pp161-164.

Nesse sentido, Dinamarco, após discursar sobre a segurança jurídica, conclui que a efetiva paz não é obtida apenas com a positivação das normas, mas com a palavra do judiciário, afirmando:

...cada um pode prever desde logo as conseqüências da própria conduta, com a certeza do que acontecerá a partir das omissões ou comissões que a lei prevê. Mas essa certeza inexistente e facilmente se compreende que não passa de razoável previsibilidade. Certeza, propriamente, tem-se quando o poder vem positivado em atos concretos, como a sentença: aí, sim, é que se pode ter certeza quanto à existência ou inexistência dos direitos e obrigações afirmados ou negados (...) A certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a segurança jurídica, que é fator de paz social e constitui importante escopo processual.¹²¹

É bem verdade que a sentença singular, embora importante para o Direito e para as partes envolvidas, não faz jurisprudência, e, portanto, a certeza proporcionada por ela refere-se apenas àqueles que por ela foram atingidos. Quando estamos diante do exercício de jurisdição consubstanciado em jurisprudência, podemos nos deparar com enunciados sumulares tão genéricos quanto a lei; e que ultrapassam a própria lei ao lhe conferir determinado sentido ou alcance, possuindo, assim, efeitos normativos ou quase normativos¹²², de modo que a certeza do direito nascerá através do que restar firmado pelos tribunais.

A moderna sociedade da informação está mais atenta ao que dizem os tribunais do que à letra fria da lei, não se podendo negar a proteção da confiança legítima àqueles que confiaram no entendimento de um tribunal para a prática de um ato da vida privada ou mesmo para a prática de um ato processual. Fazê-lo fere de morte os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, como, de um lado, compromete a própria autoridade dos tribunais e a credibilidade das respectivas decisões.

Então, de outro lado, se o princípio da segurança jurídica também é dirigido à jurisprudência, esta, que dirá a sumulada, jamais poderá atingir atos praticados antes de sua edição. É dizer, se atos foram praticados com base no que o legislador expressava em uma lei, não pode a interpretação advinda de uma súmula atingir aqueles atos. Ou se os atos foram praticados de acordo com o que até então entendiam os tribunais acerca da matéria, uma nova interpretação jurisprudencial não pode alcançar atos anteriormente praticados.

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª Ed, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp.289-290.

¹²² v. item 3.2.3, *supra*.

Levando-se em consideração o quanto exposto, bem como que as normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos¹²³, é possível afirmar que, quando a Constituição nos garante que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, é preciso entender que essa “lei”, em verdade também é a norma, assim podendo ser entendida como a jurisprudência criadora de direitos, criadora de nova norma, que, do mesmo modo rege as relações jurídicas e orienta a conduta das pessoas.

¹²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Op.cit*, p.30.

4 EFICÁCIA TEMPORAL DA JURISPRUDÊNCIA SUMULADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

4.1 Aplicação da jurisprudência no tempo. A irretroatividade da lei e da jurisprudência.

O princípio da irretroatividade, insculpido no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, não se dirige de imediato e expressamente ao Poder Judiciário, mas tão somente ao Legislativo. O Poder Judiciário, a princípio, deve apenas cumprir sua função constitucional de respeitar as leis e cumpri-las estritamente; porém as leis às quais se vincula o Judiciário não retroagem, e, portanto, não pode esse Poder retroagir. Essa é a lógica de nosso sistema.¹²⁴

Mas as decisões judiciais voltam-se precipuamente para o passado. O tempo jurídico não coincide com o tempo dos fatos ocorridos na realidade social. O sistema jurídico tem seu próprio tempo, medido e contado por critérios próprios.

Então, se é verdade que a função precípua do Judiciário é naturalmente retroativa, em razão das leis que lhe são prévias e do momento em que os fatos chegam a julgamento, também o será que, se as leis que fundam a atividade jurisdicional não são alteradas, as modificações introduzidas por interpretação do Judiciário também não o podem ser.

Desta feita, se a segurança jurídica, um dos pilares do nosso Direito exige que as leis não sejam retroativas, tal irretroatividade deve valer também para a jurisprudência, principalmente aquela que se traduz em súmulas que, ao participarem da configuração final da norma (súmulas quase normativas), inovam a ordem jurídica, sendo, portanto, uma jurisprudência criativa que pode surpreender a todos quando de sua edição.

Mauro Cappelletti falando das “enfermidades” da criação judiciária do direito destacou o problema de se atribuir eficácia retroativa às decisões judiciais, mesmo quando criativas e assim concluiu: “A criatividade jurisprudencial tendo, portanto, efeito retroativo, fica em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade; e enquanto tal, é também ‘iníqua’, pois ‘colhe a parte de surpresa’”¹²⁵

É certo que o princípio da irretroatividade da lei, em nosso ordenamento jurídico, em razão da forma objetiva como é tratado pela Lei Maior, dispensa a análise da existência de confiança legítima daqueles que pautaram suas condutas com base na lei antiga. Mas, de qualquer forma, a confiança está pressuposta, pois todos confiam e acreditam nos comandos

¹²⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p.453

¹²⁵ Op. cit, p.85

do legislador e também dos tribunais superiores, de modo que o princípio da irretroatividade das leis deve reger também a atividade jurisprudencial.¹²⁶

Roque Antonio Carrazza sustenta, nesse sentido, que, quando se diz que as normas jurídicas devem ser irretroativas, não significa simplesmente que as leis não podem retroagir, mas que não o devem também os atos administrativos e a jurisprudência e afirma: “é mais importante a irretroatividade da jurisprudência que da própria lei”.¹²⁷

Isso porque, como aqui já sustentado, é a jurisprudência que faz chegar às pessoas o verdadeiro significado, conteúdo e alcance das leis, fato que ganha maior relevo quando estamos diante de jurisprudência sumulada com efeitos normativos ou quase normativos.

E Carrazza conclui:

13. Para que não reste comprometido o princípio da segurança jurídica, com seus corolários de proteção à confiança e à boa-fé das pessoas, a alteração jurisprudencial, após longo período de prevaecimento, deve produzir apenas efeitos prospectivos e, em alguns casos, até diferidos, permitindo a sobrevivência da interpretação a final invalidada

...

15. Não apenas o Supremo Tribunal Federal, mas também os demais Tribunais Superiores (STJ, TST, STM e TSE) podem à míngua de uma lei formal expressa, manter os efeitos da antiga e arraigada jurisprudência, quer em relação à causa agora julgada em sentido oposto, quer às demais, que ainda transitavam, quer, finalmente, a todas as pessoas que estavam a pautar sua conduta de acordo com aquilo que, sem nenhuma hesitação, o próprio Poder Judiciário considerava correto e adequado.¹²⁸

Então, o que aqui se pondera em termos de irretroatividade está no campo das súmulas que representam verdadeiras alterações jurisprudenciais e também das que não apenas e simplesmente interpretam a lei, mas lhe conferem significado final outro que não aquele já previsto pelo legislador, sendo, portanto, criativas.

Os entendimentos jurisprudenciais apropriam-se do passado, mas apresentam-se no futuro. As súmulas não alteram fatos já sucedidos, mas atinge-lhes as consequências jurídicas. Seria, de acordo com os ensinamentos de Canotilho, uma *retroatividade autêntica*, em que uma lei, pretendendo vigorar para o futuro, acaba por alcançar situações, direitos e relações

¹²⁶ Idem, p.567.

¹²⁷ CARRAZZA, Roque Antonio, et al. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais. **In: Efeito ex tunc e as Decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008, pp 63-64.

¹²⁸ Op.cit, p. 72.

jurídicas desenvolvidos no passado relativamente aos quais os cidadãos tinham a legítima expectativa de não serem perturbados por novos preceitos jurídicos.¹²⁹

Então, não é que o entendimento consubstanciado nas súmulas tenha efeitos *ex tunc*, para alcançar fatos ocorridos no passado, como ocorre com as ações declaratórias de inconstitucionalidade ou com as ações declaratórias de constitucionalidade, em que os efeitos das decisões, nesses casos, são a invalidade ou validade da norma. Em verdade, o termo inicial para a produção de efeitos da súmula é a data de sua publicação. Ainda que seja esse o momento a partir do qual as súmulas passarão a ser invocadas nas decisões judiciais, os processos que já estavam em curso serão atingidos pelo novo entendimento, havendo, então, um descompasso de tempo entre o momento da ocorrência dos fatos no mundo e o momento da decisão judicial, relativamente aos mesmos fatos, daí porque dizer que as súmulas atingem as consequências jurídicas dos fatos.

Por isso, a extensão da irretroatividade da lei à jurisprudência é de suma importância, pois da mesma forma que uma lei nova não pode retroagir para alcançar os atos jurídicos perfeitos já concluídos segundo a lei que vigorava ao tempo em que se consumou (art. 6º, §1º da Lei de Introdução ao Código Civil), a súmula, e aqui tratamos da súmula com efeitos normativos ou quase normativos, que aponta o entendimento de um tribunal superior acerca de determinada lei, criando nova norma, quando entra em vigor, não pode retroagir, para alcançar os atos praticados antes de consubstanciado aquele entendimento.

De igual forma, novos entendimentos jurisprudenciais não podem atingir aqueles que confiaram no entendimento de um tribunal, já cristalizado em súmula, para a prática de um ato da vida privada ou mesmo para a prática de um ato processual.

O que não pode ser desconstituído pela lei nova, portanto, muito menos o pode pela jurisprudência sumulada que inova a ordem jurídica, ou que altera entendimento jurisprudencial anterior, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e da confiança legítima.

4.2 Edição e alteração da jurisprudência sumulada

Estabilizada a interpretação dos tribunais acerca de determinadas matéria cria-se uma norma judicial¹³⁰, que, assim consolidada, gera expectativas de comportamento para todos,

¹²⁹ Op. cit, p. 262.

¹³⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. Op.cit, p.203.

mesmo para aqueles que não são parte no processo. Cabe indagar se mesmo inexistindo alteração da lei em que se fundou a norma judicial anterior, houver nova interpretação judicial distinta da anterior, ou se a interpretação primeira da lei revelar-lhe conteúdo final distinto daquilo que o legislador originariamente previu, indicando a criatividade jurisprudência, deverá essa segunda norma judicial retroagir para alcançar fatos anteriores praticados sob a égide daquele primeiro entendimento? E a súmula que criou nova norma, também retroagirá para alcançar fatos consumados com base no comando legal, até então não interpretado de forma estabilizada pelos tribunais?

Três exemplos serão aqui utilizados para responder às indagações. São eles: as súmulas 261, 377 e 425 do TST.

Começemos pela súmula 261 que traduz alteração jurisprudencial. Do seu texto original¹³¹ verificava-se que o empregado que pedia demissão com menos de um ano de tempo de serviço não fazia jus às férias proporcionais. Isso porque, dizem os artigos 130 e 147 da CLT:

Art. 130. Após cada período de 12 (doze meses) de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias ...

Art. 147 O empregado que for despedido sem justa causa, ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias...

Assim, pela dicção dos artigos supra, bem como em razão de jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho, empregadores, partes, advogados e jurisdicionados de um modo geral tinham a convicção de que, quem pedia demissão com menos de 12 meses de tempo de serviço, não fazia jus às férias proporcionais. Pois bem, em novo entendimento, sem que tenha havido alteração do texto legal, chegou-se a um resultado exatamente oposto. A Súmula 261, por meio da Resolução Administrativa n.º 121 do TST, de 28/10/2003, passou a ter a seguinte redação: “O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.”

Com efeito, a alteração do entendimento sumular teve origem na Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho que, em seus artigos 4º e 5º, assegura que toda pessoa (leia-se empregado) que tenha completado o período mínimo de serviço fixado em lei, o

¹³¹ “O empregado que, espontaneamente, pede demissão, antes de completar doze meses de serviço, não tem direito a férias proporcionais.”

direito a férias proporcionais ou a uma indenização compensatória, sendo que esse período não poderá ser superior a seis meses.

O TST, de um lado, já vinha se posicionando no sentido de deferir o pagamento de férias proporcionais aos empregados que se demitem com menos de um ano de tempo de serviço. Até 28/10/2003, contudo, a súmula que dispunha justamente o contrário estava em pleno vigor, não havia sido cancelada ou mesmo alterada, o que significa que ainda gerava expectativas legítimas.

De outro lado, interessante é que a referida Súmula, em sua nova redação, extrapolou a Convenção n. 132 da OIT que diz que o empregado tem de ter no mínimo 6 (seis) meses de labor. É uma mudança total de rota com a redação anterior do mesma Súmula que não concedia as férias proporcionais ao empregado que tivesse menos de um ano de serviço.

Outrossim, mais interessante ainda é que a nova redação da Súmula 171, também do TST, que excluiu o direito a férias proporcionais do empregado que tiver menos do que 12 meses de labor e for dispensado com justa causa, num descompasso absurdo com os fundamentos que originaram a alteração da Súmula 261.

Daí emerge uma questão: aqueles empregadores que antes da nova redação da súmula 261, não pagaram férias proporcionais aos empregados que pediram demissão com menos de 12 meses de tempo de serviço, poderão, em processo judicial, sofrer sanção?

Pelo quanto já foi exposto, no sentido de que o princípio da irretroatividade da lei aplica-se também à jurisprudência, a resposta é certamente negativa. A aplicação retroativa de nova interpretação jurisprudencial compromete, tanto quanto a aplicação retroativa da lei, a estabilidade das relações jurídicas, indo de encontro ao ideal de segurança. De mais a mais, se o Poder Judiciário muda seu entendimento, sem que tenha havido alteração do texto legal, cria nova norma o que equivale a uma nova lei, em razão da interpretação diversa agora adotada.

Com base no entendimento já consolidado pelo tribunal, foi criada uma expectativa legítima, no sentido de que a conduta então tomada estava de acordo com o entendimento de uma corte superior. Não é possível, pois, frustrar essa expectativa, o que fere de morte os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, como compromete a própria autoridade dos tribunais e a credibilidade das respectivas decisões.

Mas, mais grave ainda que a alteração de jurisprudência sumulada é a entrada em vigor de súmula que, inovando a ordem jurídica, cria norma por meio da distinção na interpretação da qual o legislador não se valeu .

É exatamente o caso das Súmulas 377 e 425 do TST, que, indicando, supostamente, o real alcance da lei, criaram nova norma, diferente daquela expedida de forma já clara pelo legislador.

O art. 843, § 1º da CLT estabelece, com redação jamais alterada, que "é facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente."

O preposto age em nome do proponente e possui papel de grande importância, uma vez que representa o empregador na apresentação da defesa e no depoimento pessoal, podendo determinar toda sorte do litígio, em especial porque suas declarações vinculam àquele que o elegeu, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis.

Anos se passaram e a lei sempre foi aplicada desta forma: os empregadores podiam se fazer representar em audiência por gerente ou qualquer outro preposto que tivesse conhecimento do fato.

Em 1997, o Tribunal Superior do Trabalho aprovou a Orientação Jurisprudencial n.º 99, da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais ¹³² com o seguinte teor: "Preposto. Exigência de condição de empregado. Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, o preposto deve ser necessariamente empregado. Inteligência do art. 842, §1º da CLT"

Em abril de 2005, tal Orientação foi convertida em súmula que hoje, após nova redação conferida pela Resolução n. 146 de 24.04.08, do TST, possui a seguinte redação: "Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, §1º da CLT e do art. 54 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006"

Da análise gramatical do art. 843, § 1º da CLT, é possível concluir, claramente, que o objetivo do legislador foi apenas o de facilitar a representação judicial do empregador, de forma a não exigir que os sócios ou diretores abandonassem o empreendimento econômico para comparecerem em juízo. A única restrição quanto à representação processual é a de que o representante deva ter conhecimento dos fatos, visto que suas declarações obrigam o proponente.

O entendimento do TST, portanto, consubstanciado na súmula 377, inova a ordem jurídica e cria norma nova, de modo que permitir que tal súmula atinja situações que foram

¹³² Orientações Jurisprudenciais correspondem a um posicionamento convergente entre os órgãos julgadores do TST, contudo, não possuem o caráter de definição, comum às Súmulas, que espelham uma consolidação mais ampla da posição do TST sobre determinado tema, não servindo, outrossim, para autorizar o relator a negar seguimento ao recurso de revista, nos termos do §5º, do art. 896 da CLT.

regularmente consumadas sob a égide da lei ainda não interpretada, fere de morte o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

Ainda no campo das criações jurisprudenciais, a mais recente delas, no âmbito do processo do trabalho, é a Súmula 425 do TST, que determina o alcance do art. 791 da CLT, que trata do *jus postulandi* no processo do trabalho.

O art.791 da CLT assim dispõe: “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”.

Não havia dúvidas de que, até o término das reclamações trabalhistas, as partes (empregados e empregadores) podiam se valer do *jus postulandi*. Trechos de alguns julgados indicam o que vinha sendo declarado e decidido a respeito:

“(…)Na Justiça do Trabalho houve a recepção do art. 791 da CLT pelo atual texto constitucional, e o fato de assegurar o empregado a possibilidade de estar em juízo postulando a sua pretensão não desnatura a essencialidade do advogado na administração da justiça” (TST , 6ª Turma, RR 13/1994-002-22-0.0, DJ 13.06.2009);

“(…) na Justiça do Trabalho continua em pleno vigor o *jus postulandi* das partes” (TST, 7ª Turma, RR 681/2005-137-15-00.1, DJU 13.06.2008”

(…) a representação por advogado no Processo do Trabalho é facultativa, a teor do disposto no artigo 791 da CLT, que confere às partes o *jus postulandi*. Nesse contexto, pode ser lembrada a decisão liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 1.127-8/DF, suspendendo a eficácia do inciso I do artigo 1º da Lei nº 8.906/94, a qual declara ser privativa de advogado a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário. Dessarte, encontra-se em plena vigência a norma consolidada que atribui capacidade postulatória às partes.” (TST, 1ª Turma AIRR e RR - 656642-67.2000.5.17.5555, DJU 27/10/2006)

O *jus postulandi* era sempre defendido e enaltecido pelo TST, com vistas a rejeitar o pedido de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, já que às partes fora conferida capacidade postulatória pela lei.

Em 2005, por ocasião do julgamento de AIRR e RR-85.581/2003-900-02-00.5, a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, conheceu de Agravo de Instrumento interposto pelo reclamante, mas, no mérito, negou provimento ao apelo. O reclamante interpôs Recurso de Embargos àquele Tribunal. Após pedido de vista regimental, formulado pelo Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, em razão de alguns outros ministros terem se manifestado no sentido de não conhecer do recurso de embargos do reclamante, por

unanimidade, acolhendo proposta do Exmo. Ministro Vantuil Abdala e de conformidade com o disposto no artigo 76, inciso IV, do RITST, suspendeu-se a proclamação do resultado do julgamento do processo, a fim de submeter a matéria "Reclamante - 'Jus Postulandi' em Instância Extraordinária" à apreciação e deliberação do Tribunal Pleno, em razão da relevância da matéria.

Em outubro de 2009, a matéria foi posta à apreciação e, por maioria, o Pleno do TST entendeu por não admitir o "jus postulandi" das partes em recursos interpostos no TST ou dirigidos a essa Corte Superior, exceto "habeas corpus".

Infelizmente, ficaram vencidos, parcialmente, os Exmos. Srs. Ministros Pedro Paulo Manus e Caputo Bastos, que não admitiam o "jus postulandi" na instância extraordinária, mas entendiam que a decisão deveria ser observada no futuro, não se aplicando aos processos em curso.

Tal decisão deu origem, então, à Súmula 425 que, aprovada pela Resolução 165/2010, e publicada em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010, possui a seguinte redação:

JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE - Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010 O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Por conta dessa nova interpretação jurisprudencial, consolidada em súmula, as partes não podem mais acompanhar o processo até o final, exercendo o *jus postulandi* tal como previsto em lei.

A nova súmula do TST alcança recursos interpostos antes de sua adoção, pois restaram vencidos os ministros que propuseram a aplicação da nova regra jurisprudencial de forma prospectiva, o que é lamentável, pois o novo entendimento rompeu com o que já vinha garantido expressamente pela lei e decidido pelos tribunais, o que implica abalo ao princípio da segurança jurídica e à proteção da confiança legítima.

Por sua vez, por força do princípio processual *tempus regit actum*, todos os requisitos de admissibilidade do recurso devem ter sido satisfeitos na data de sua interposição, o que vai de encontro à retroatividade do novo entendimento jurisprudencial, tal como vem sendo aplicada pela Corte Trabalhista, de vez que para os processos em curso antes da edição da súmula 425 em que as partes, valendo-se do *jus postulandi*, já haviam apresentado seus

recursos no ou para o TST, a nova regra vem sendo aplicada, sem que, ao menos se conceda às partes a possibilidade de antes do julgamento constituir advogado com vistas a ratificar os atos já praticados, notadamente o recurso já interposto.

A quebra da expectativa legítima do jurisdicionado neste caso é latente, e o prejuízo a ser suportado por ele é absurdo. Não sendo a referida Súmula aplicada prospectivamente e em não sendo permitido à parte, antes do julgamento no TST, constituir advogado com vistas a ratificar o recurso já interposto, a *via crucis* perseguida terá sido em vão. Isso porque, dependendo do tempo que o processo levou para chegar ao TST, seu direito provavelmente já estará prescrito, sem contar que, tendo em vista o não conhecimento do recurso, formar-se-á coisa julgada, o que, de outro lado, inviabilizaria a repetição da pretensão em juízo.

Uma outra experiência vivida na seara trabalhista, semelhante à ocorrida com as Súmula 425, ainda que não seja oriunda de súmula, merece destaque, pois trata-se de uma Orientação Jurisprudencial da Subseção 1 de Dissídios Individuais do TST. Preceitua a OJ n.º 320:

O sistema de protocolo integrado, criado pelos tribunais regionais do trabalho, que autoriza as varas localizadas no interior do Estado a receberem e a protocolarem documentos de natureza judiciária ou administrativa, destinados a outras varas ou ao TRT local, tem aplicação restrita ao âmbito de competência do tribunal que o editou, não podendo ser considerado válido em relação a recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho

Editada a referida Orientação Jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho passou a admitir sua incidência não apenas prospectiva, como também retroativa, para reger a admissibilidade de recursos interpostos muito tempo antes, sem que às partes fosse dada a oportunidade de ratificação dos atos praticados. É o que se verifica, por exemplo, do seguinte aresto:

PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA - NÃO APLICAÇÃO À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 320 DO TST. O princípio da irretroatividade destina-se apenas a leis e, por essa razão, não há que se pretender a sua aplicação à Orientação Jurisprudencial nº 320 da SDI do TST, cuja natureza jurídica não se identifica como lei, uma vez que a sua finalidade é sedimentar a jurisprudência que já vinha sendo, sistematicamente, aplicada por esta Corte.(TST, 4ª Turma, RR- 816187-59.2001.5.02.5555, DJU 14.09.2004.)

Da mesma forma como vem acontecendo em relação à Súmula 345, a aplicação do referido verbete passou a ser retroativa, alcançando a admissibilidade dos recursos já interpostos, gerando graves prejuízos às partes.

Os problemas vivenciados com a aplicação retroativa da nova orientação jurisprudencial levou ao seu cancelamento, ocorrido em 02/09/2004, nos autos do RR 615930-91.1999.5.09.5555, o que aponta a necessidade de sempre se repensar a aplicação retroativa da jurisprudência.

5 REFLEXÕES ACERCA DOS EFEITOS TEMPORAIS DA JURISPRUDÊNCIA SUMULADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM RAZÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA

Afastar a idéia do caráter necessariamente retroativo da jurisprudência é a reflexão que se pretende após tudo o quando foi exposto. Não é razoável, tampouco lógico, de acordo com os princípios que regem o nosso Estado Democrático de Direito entender-se que somente a lei pode modificar o ordenamento jurídico e, por isso, a irretroatividade apenas ela alcançaria.

A jurisprudência pode ser fonte criadora de direitos, como já demonstrado, e, por isso, atribuir-lhe efeitos necessariamente retroativos, sob o argumento de que a jurisprudência apenas interpreta o sentido e alcance da lei, gera transtornos, produz instabilidade e frustra expectativas legítimas criadas.

O estabelecimento de limites temporais à jurisprudência criativa é uma exigência da segurança jurídica e da proteção da confiança, postulados básicos do Estado de Direito.

Aliás o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 indica que o interesse público já impõe, de modo inafastável, restrições aos efeitos temporais das decisões judiciais. E, embora o novel instituto fosse destinado a ser aplicado apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade, acabou sendo adotado no controle *incidenter tantum* ou difuso de constitucionalidade. Obviamente, se o controle é difuso, a modulação acaba podendo ser feita até por tribunais inferiores.

Com esteio no supracitado artigo, a Lei que regulamenta as Súmulas Vinculantes, em seu art. 4º prevê expressamente a possibilidade de modulação de efeitos temporais da eficácia de tais súmulas, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Muito embora o presente trabalho tenha dado enfoque às súmulas dos tribunais superiores, tudo o quanto foi exposto acerca dos efeitos temporais e da irretroatividade é válido para a jurisprudência dos tribunais superiores de uma forma geral, dado que a matéria envolve questões de preservação do princípio da segurança jurídica e de proteção da confiança legítima.

Mesmo porque os tribunais, ainda que não seja em forma de súmula, interpretam a lei, e essa atividade interpretativa pode ser, como já demonstrado, criativa e, portanto, inovadora da ordem jurídica.

Com efeito, a lei geral e abstrata continua vigente, o que leva o juiz a transitar discricionariamente de lado a lado, dentro daquele espaço no qual a lei se encontra, sem nenhuma responsabilidade em relação aos jurisdicionados que confiam em suas decisões e acreditam na estabilidade das relações sociais calcadas com base nelas. E confiança não significa mera esperança, mas, sim, expectativa confiável que interfere diretamente na decisão tomada pela pessoa que confia.¹³³

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, nessa linha, demonstra a preocupação com a jurisprudência, revelando a necessidade de sua estabilização, pois a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais acerca de determinada matéria. Por isso, levanta-se agora a bandeira de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.¹³⁴

Assim consta da exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil:

De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos *ex tunc*. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso.

Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: *“A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”*

...

E, ainda, com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica, formulou-se o seguinte princípio: *“Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores, ou oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”*

Com efeito, a jurisprudência consolidada deve ser continua e estável em razão da segurança jurídica. Não há, porém, como impedir as mudanças decorrentes de nova interpretação da lei oriunda do decurso do tempo. Assim como o legislador edita novas leis que modificam as anteriores, os juízes também produzem novas jurisprudências.

¹³³ LUHMANN, Niklas, *apud*, DERZI, Misabel Abreu Machado. Op. cit, p.337.

¹³⁴ <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, p. 18.

Em razão disso, muito bem caminha o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, ao prestigiar o princípio da segurança jurídica, de modo a proteger os jurisdicionados das surpresas advindas de alterações jurisprudenciais, o que nos dá a certeza e o conforto de que todo o estudo feito, para defender as posições postas neste trabalho, não se transformará em mera divagação acadêmica.

6 CONCLUSÕES

1. A jurisprudência sempre foi negada nos países de tradição romanística como fonte de direito, em razão da formação do sistema jurídico nesses países, já que a influência do direito romano codificado fez que a lei se tornasse a fonte primordial do direito;

2. A progressiva aproximação da *civil law* ao paradigma anglo-saxônico do *common law* nas últimas décadas, fez que a atividade judicial, ganhasse maior destaque, e a jurisprudência começou a ser vista como possível fonte do direito;

3. Os direitos sociais demandam, para sua execução, intervenção ativa do estado e a tarefa do magistrado ganha maior relevo quando o legislador se utiliza de termos, de cujo conteúdo será determinado pelo intérprete (Poder Judiciário), de acordo com interesses da sociedade em determinado momento;

4. O nosso Código Civil ou mesmo o Código de Processo Civil são silentes sobre o papel da jurisprudência como forma de expressão do Direito. Encontraremos expresso em texto legal o papel da jurisprudência apenas nas Consolidações das Leis do Trabalho, em seu art. 8º;

5. Não obstante, nas últimas décadas, as decisões dos tribunais apontam para uma jurisprudência criadora de direitos, de modo que forçoso é defendê-la como fonte de direito;

6. A autoridade da jurisprudência é reforçada, quando se verifica que os cidadãos de um modo geral e os próprios juízes e tribunais passam a valer-se dela como socorro imediato, quer para prática de atos e concretização de relações jurídicas, quer para a solução de determinado caso concreto;

7. A jurisprudência dos tribunais superiores traduz verdadeira orientação para os demais tribunais e juízes, demonstrando, assim, sua capacidade de valer como modelo para a solução de novos casos, além de servir de parâmetro para os cidadãos para a prática de atos da vida civil e também para aqueles que, de alguma forma, participam do processo judicial;

8. Juízes, advogados e jurisdicionados de uma maneira geral olham para as súmulas, buscando informações, como olham para as leis. Criam-se, pois, expectativas legítimas com base naquilo que tem se decidido constantemente pelas mais altas Cortes do país;

9. Para conduzir e planejar sua vida, o homem necessita de segurança. A segurança é uma das finalidades mais relevantes de qualquer sistema jurídico, pois de nada vale a garantia de relações equilibradas entre as pessoas, se não se puder oferecer também alguma segurança;

10. A segurança jurídica é um dos pilares do nosso Direito, estando ao seu lado o princípio da proteção da confiança legítima, que exige que as leis não sejam retroativas.

11. Mas é a jurisprudência a responsável por fazer chegar às pessoas o verdadeiro significado, conteúdo e alcance das leis;

12. Então, a jurisprudência ao ostentar efeito retroativo, coloca-se em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade;

13. Assim é necessário que se preservem as situações jurídicas constituídas com base em entendimento jurisprudencial, pois o princípio da irretroatividade das leis também deve alcançar a jurisprudência, porque a ela está vinculada e porque, igualmente cria expectativas legítimas;

14. Tal necessidade ganha maior relevo quando estamos diante de jurisprudência criadora, notadamente a sumulada ou assente de tribunais superiores;

15. Para que não restem, portanto, comprometidos os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, as súmulas que criam nova norma, bem como aquelas que sofrem alteração após uma virada jurisprudencial, devem produzir efeitos prospectivos, permitindo a sobrevivência da interpretação invalidada ou do que antes da interpretação sumulada era praticado e aceito;

16. Por fim e por tudo o quanto foi exposto, é de se enaltecer o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil que, com vistas a prestigiar o princípio da segurança jurídica, veio atender a uma necessidade há muito revelada pela doutrina, no sentido de se protegerem os jurisdicionados das surpresas advindas de alterações jurisprudenciais;

17. O futuro, então, é promissor, mas somente o tempo nos dirá como nossos tribunais irão se comportar diante da nova regra que esperamos, em breve, estar em vigor em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA DINIZ, Antonio Carlos de. Um estudo sobre a recepção do efeito vinculante pelo direito brasileiro. *Revista de Direito, Estado e Sociedade*, vol.9, n.18, Rio de Janeiro, PUC-RJ, jan-jun. 2001.

ALVES DA SILVA, Carla Mendonça Dias. Efeitos vinculantes das decisões dos Tribunais Superiores: uma realidade. *RePro*, n. 115, maio-jun. 2004.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Modulação de efeitos temporais pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. *Direito Processual Constitucional. Aspectos Contemporâneos*. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. **In:** ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. (org). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____ Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais. **In:** *Revista de Direito do Estado*, v.2, abr/jun 2006, pp. 261-288.

BATALHA, Wilson de Souza Compôs. *Instituições de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Max Limonad, 1951.

BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Tradução Lenine Nequete. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977.

CANNATA, Carlos Augusto. *Historia de La Ciência Jurídica Europea*. Madrid: Tecnos, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 1ª edição, Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O Papel da Jurisprudência no Brasil: a súmula e os precedentes jurisprudenciais: relatório ao congresso de Roma. **In:** *Doutrina do STJ: Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília:* Superior Tribunal de Justiça, p. 327-346, 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio, et al. Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais. **In:** *Efeito ex tunc e as Decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.

COLE, Charles D. *Stare Decisis* na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do *Common Law*. **In:** *Revista de Processo*, ano 87, v.752, jun.98, p. 11-21, ed. RT-SP.

_____ Precedente Judicial – a experiência americana. **In:** *Revista de Processo*, ano 23, n.92, out/dez98, ed. RT-SP.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 11ª ed. Paris: Daloz, 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª Ed, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DUCOS, Michele. *Roma e do direito*; tradução Silvia Sarzana, Mário Pugliesi Netto. São Paulo: Madras, 2007.

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

FERRO, Marcelo Roberto. A Jurisprudência como forma de expressão do Direito **In:** *Revista de Direito Civil*, n.º 51, pp. 89-103.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed.
_____. *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15 de julho de 2009.

_____. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15 de julho de 2009.

_____. *Ainda a coisa julgada inconstitucional*. In: *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs. 557/582

GONÇALVES, Emílio. *O Processo do Trabalho nas Súmulas do TST*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

JUSTINIANO. *O Digesto de Justiniano, livro I*. Tradução: Hécio Maciel França Madeira, 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 6ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6ª ed. tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LIEBMAN, Enrico Túlio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto de lei. *RePro*, vol. 11, n.º 43.

MALLET, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente?. **In:** *LTR*, vol. 70, n.º 3, mar, 2006

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Súmula Vinculante e a EC45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (coord.) *Reforma do Judiciário*. São Paulo: RT, 2005.

_____. A jurisprudência, dominante ou sumulada, e sua eficácia contemporânea, **In** NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. A aproximação entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **In**: *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n.49, 2009, pp. 11/58*.

MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e Aplicação do Direito* 19ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2007

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. vol.1, 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Da Jurisprudência In: *Revista Forense*, n.202.

MÓSCA, Hugo. *O Supremo Tribunal, Ontem e Hoje*. Brasília: Editora Gráfica Guarany, 2001.

OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: três modelos de juez*. Doxa n.º14, pp. 169-194, 1993. Disponível: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf?portal=0. Acesso em 15 de janeiro de 2010.

PORTO. Sérgio. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*: tradução Marlene Holzhausen, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Introdução à Filosofia do Direito*: tradução Prof. Jacy De Souza Mendonça. Disponível em <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>. acesso em 15 de janeiro de 2009.

RE. Edward D. *Stare Decisis*. **In**: *Revista de Processo*, v. 19, n. 73, p. 47-54, ed. RT-SP.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 13ª ed., rev e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Do Assento e do Prejulgado à Súmula do STF, **In**: *RT 404/19*.

SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões de Controle de Constitucionalidade, **In**: *O Controle de constitucionalidade e a lei n. 9.868/99*. Org. de Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas do Direito Brasileiro: eficácia poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 12ª ed. São Paulo: LTr, 1991.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni Del Precedente Giudiziario*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 28, p.107-120, ago. 1981.

_____. Da Jurisprudência Predominante, da Uniformização da Jurisprudência e da Jurisprudência Uniforme. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, n. 21, ano VI, p. 141-184, p. 15- 24, jan. e fev. 1984.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a Súmula 343. *In Revista de Processo*, n.86, p. 148-157.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.