

A ALTERAÇÃO DO SISTEMA DAS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO PELAS SÚMULAS VINCULANTES E PELOS PRINCÍPIOS NORMATIVOS

ADORNO JÚNIOR, Hélcio Luiz
Faculdade Santa Lúcia
ahelcioluiz@yahoo.com.br

SOARES, Marcele Carine dos Praseres
cecele.soares@yahoo.com.br

RESUMO

As súmulas vinculantes foram instituídas no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que introduziu a Reforma do Poder Judiciário, com os propósitos maiores de dar previsibilidade às decisões judiciais e de agilizar a entrega da prestação jurisdicional. É certo que uniformizam a aplicação do direito, mas têm o efeito colateral de engessá-lo, impedindo o surgimento de novas correntes de interpretação sobre determinada matéria jurídica. Por outro lado, os princípios gerais do direito, que antes eram pacificamente classificados como simples meios de integração do ordenamento jurídico, passaram a ter relevância maior entre as fontes do direito, atuando como verdadeiras normativas. A proposta do presente estudo é situar a súmula vinculante e os princípios normativos entre as fontes do direito e analisar seus efeitos sobre o atual cotidiano forense.

PALAVRAS-CHAVE: *Fontes do Direito; Súmulas Vinculantes; Jurisprudência; Princípios Normativos.*

INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, como é cediço, tem origem no sistema romano-germânico, também conhecido como insular. Diferentemente do sistema anglo-saxão, denominado peninsular, que se baseia em precedentes judiciais, o sistema continental tem a lei positivada como a mais importante de suas fontes do direito. Essa realidade, contudo, tem sofrido significativas modificações, de modo que o enquadramento do ordenamento jurídico brasileiro no sistema romano-germânico, do qual se originou, já não é imune a influências de outros sistemas, como foi no passado.

O quadro das fontes do direito vem experimentando alterações. Os princípios, que inicialmente tinham apenas função supletiva, passaram a ter força normativa, galgando posição de primazia entre as fontes do direito. Outros mecanismos próprios dos países que adotam o sistema anglo-saxão, como os prejudgados e as súmulas vinculantes, cresceram em importância no direito brasileiro na última década.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que foi batizada de ‘Reforma do Judiciário’, implantou no ordenamento jurídico nacional as súmulas vinculantes, inserindo o artigo 103-A na Constituição Federal de 1988¹. Alterou significativamente o enquadramento da jurisprudência dos tribunais superiores entre as fontes do direito nacional, aproximando o sistema jurídico brasileiro dos vigentes em países que adotam o modelo anglo-saxão, dos chamados precedentes judiciais. Refletir sobre esta realidade e analisar suas possíveis implicações para o direito brasileiro é a proposta deste artigo.

¹ Artigo 103-A da Constituição Federal de 1988: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

2. ORIGEM HISTÓRICA DOS SISTEMAS JURÍDICOS

O direito codificado tem a lei como sua principal fonte. Nasceu com o declínio da Idade Média, para restabelecer a universalidade do direito que havia sido prejudicada com a invasão dos bárbaros ao Império Romano, o que resultou no feudalismo.

A denominada Escola do Direito Natural buscou a sistematização racional das normas jurídicas, especialmente no século XVII (MARTINS FILHO, 2013). A positivação de regras jurídicas, a partir de então, ganhou corpo no mundo moderno, com a codificação dos direitos nacionais. Frutos de mencionado movimento foram as Ordenações Filipinas, em Portugal, e o Código Napoleônico, na França.

A raiz era a mesma do antigo direito romano: a lei figurava como base do sistema jurídico. Buscavam-se na lei as soluções para todos os possíveis litígios que nascessem na sociedade, reservando-se à jurisprudência a função supletiva de interpretação extensiva ou supletiva para as hipóteses não albergadas pelos preceitos legais positivados.

Enquanto na Europa Continental, sobretudo na França e na Alemanha, predominou o Direito Codificado, com conteúdo universal da codificação legal, na Inglaterra prevaleceram os costumes locais como fontes do direito. Isto decorreu da estabilidade social, porque a característica insular do território protegeu a Inglaterra de guerras e de conflitos internos. A aplicação destes costumes era feita pelas Cortes Reais, sem a necessidade de formalização das leis (MARTINS FILHO, 2013).

No sistema denominado insular, a principal fonte do direito passou a ser, assim, a jurisprudência. Na ausência de leis e na prevalência dos costumes locais das comunidades, os precedentes judiciais ganharam importância de tradição acumulada, com os chamados *leading cases*. Como bem destacam Pinho e Nascimento (2000, p. 50):

[...] Nos países anglo-saxões, a função criadora da jurisprudência é acentuada, por meio dos recursos aos precedentes. O juiz, ao decidir as questões, procurará saber se a Justiça já se defrontou alguma vez com uma questão semelhante e em que sentido foi proferida a solução. A solução dos pleitos submete-se, assim, ao modelo dos precedentes encontrado pelo juiz. [...]

Esta divisão entre os sistemas jurídicos mencionados, aos quais se soma um terceiro, chamado socialista, atualmente não é tão nítida quanto

foi no passado. Deixou de ser estanque, pois sistemas jurídicos que outrora eram facilmente classificados como romano-germânicos começaram a ser fortemente influenciados por institutos próprios do sistema anglo-saxão, que é o seguido pelos países da *common law*. É o que se verifica com clareza no atual sistema jurídico brasileiro, segundo Didier Júnior (2013, p. 40-44):

[...] Costuma-se afirmar que o Brasil é país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do *civil law*, próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa Continental. Não parece correta essa afirmação. O sistema jurídico brasileiro tem uma característica peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do *devido processo legal*) e um direito infraconstitucional, inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade *difuso* (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc. [...]), de óbvia inspiração no *common law*. Embora tenhamos um direito privado estruturado de acordo com o modelo do direito romano, de cunho individualista, temos um microsistema de tutela de direitos coletivos dos mais avançados e complexos no mundo; como se sabe a tutela coletiva de direitos é uma marca da tradição jurídica do *common law*. [...] (destaques do original)

A partir destas constatações, Didier Júnior (2013, p. 40-44) denomina o atual sistema jurídico brasileiro de miscigenado:

[...] O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se a inspiração nos mais variados métodos estrangeiros, indistintamente. Um exemplo disto é o sistema de tutela de direitos coletivos: não nos consta que haja em um país de tradição romano-germânica um sistema tão desenvolvido e que, depois de quarenta anos, tenha mostrado bons resultados concretos. A experiência jurídica brasileira parece ser única; é um paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado. O pensamento jurídico brasileiro opera (tem de operar) [...] com os marcos teóricos e metodológicos desses dois grandes modelos de sistema jurídico [*common law & civil law*]. [...] Temos uma tradição jurídica própria e bem peculiar, que, como disse um aluno

em sala de aula, poderia ser designada, sem ironia ou chiste, como o *brazilian law*. [...]

É importante que o sistema nacional “miscigenado” funcione como eficiente arcabouço jurídico para a entrega da prestação jurisdicional socialmente justa, em especial na seara trabalhista (grifos nossos).

3. CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO

Pela classificação tradicional, as fontes do direito brasileiro são enquadradas em dois grandes grupos: fontes materiais e fontes formais. As primeiras são “os fatores que conduzem à emergência e construção da regra de Direito”, enquanto a segunda expressão designa “os mecanismos exteriores e estilizados pelos quais essas regras se revelam para o mundo exterior” (DELGADO, 2007, p. 139). Para Martins (2003, p. 32), “as fontes formais são as formas de exteriorização do Direito”, ao passo que as fontes materiais “são o complexo de fatores que ocasionam o surgimento de normas, envolvendo fatos e valores”.

No sistema positivado brasileiro, as fontes do direito dividem-se, ainda, em fontes diretas (primárias), indiretas (secundárias) e de explicitação. Entre as primeiras, enquadram-se as leis e os costumes; entre as segundas, a doutrina e a jurisprudência; já na terceira categoria, aparecem a analogia, a equidade e os princípios gerais do direito (BEZERRA LEITE, 2007).

Estes últimos têm, assim, papel de fontes supletivas, como “princípios normativos subsidiários”, ou de “proposições ideais informadoras da compreensão dos fenômenos jurídicos”, quando são enquadrados como descritivos (DELGADO, 2007, p. 171). Identifica-se, porém, função de maior importância dos princípios no momento jurídico atual, qual seja a de servirem como fontes normativas concorrentes, pela qual ganham “natureza de norma jurídica” (DELGADO, 2007, p. 171). Mencionada função normativa dos princípios passou a ser visualizada pela doutrina moderna na segunda metade do século XX, como ensina Delgado (2007, p. 189):

[...] Tal *função normativa específica* aos princípios seria resultante de sua *dimensão fundamentadora* de toda ordem jurídica. Essa dimensão passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua *natureza de norma jurídica efetiva* e não simples enunciado programático vinculante. Isto significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos

princípios gerais do Direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma *natureza normativa*. [...] (destaques do original)

Delgado (2007, p. 191) não atribuiu autonomia à mencionada função normativa dos princípios, ao sustentar que atua juntamente com a função interpretativa, denominando essa simbiose de “função simultaneamente interpretativa/normativa”. Nesse mesmo sentido conclui Bezerra Leite (2007, p. 47-48):

[...] Com efeito, a norma ápice do ordenamento jurídico pátrio, logo no seu Título I, confere aos princípios o caráter de autênticas normas constitucionais. Vale dizer, já não há mais razão para a velha discussão sobre a posição dos princípios entre as fontes do direito, porquanto os princípios fundamentais inscritos na Constituição Federal passam a ser as fontes normativas primárias do nosso sistema. (...) É importante salientar que atualmente surge na academia uma nova compreensão do papel dos princípios constitucionais fundamentais em nosso ordenamento jurídico, o que passa, necessariamente, pela leitura das obras de *Ronald Dworkin* e *Robert Alexy*, pois ambas inspiram novos estudos sobre hermenêutica nas modernas democracias ocidentais. [...]

Pela sistemática atualmente vigente no Brasil, verifica-se que a função normativa dos princípios ganhou autonomia, desgarrando-se da tradicional função meramente interpretativa. Reverteu-se a mencionada ordem original das fontes do direito, pela qual o princípio enquadrava-se como simples fonte de explicitação ou apenas como meio de integração do ordenamento jurídico, mas não como fonte direta ou primária.

O mesmo se tem verificado em relação à jurisprudência. Classificada tradicionalmente como fonte secundária, a jurisprudência alcançou importância maior na hierarquia das fontes do direito brasileiro, especialmente depois da adoção das súmulas vinculantes, na busca da denominada ‘padronização decisória’, o que levou Bezerra Leite (2007, p. 40) a sustentar que “salta aos olhos que ela passa a ser fonte formal direta”.

4. ENQUADRAMENTO DAS SÚMULAS VINCULANTES ENTRE AS FONTES DO DIREITO

A jurisprudência, que é o conjunto de decisões judiciais, “traduz a reiterada interpretação conferida pelos tribunais às normas jurídicas, a partir

dos casos concretos colocados a seu exame jurisdicional”, segundo Delgado (2007, p. 169). O autor destaca seu papel relevante na tarefa de aplicação da lei, em especial no direito do trabalho brasileiro:

[...] No sistema jurídico romano-germânico (ao qual se filia o Brasil), percebem-se duas posições principais acerca da classificação da jurisprudência no quadro das fontes jurídicas: a primeira, tradicional e dominante, que tende a não acatar a jurisprudência como fonte de normas jurídicas; a segunda, mais moderna, ponderando que a jurisprudência tem um indissociável papel jurígeno (criador do Direito). Em certos ramos – como o Direito do Trabalho – esse papel seria até mesmo determinante à compreensão da própria estrutura e dinâmica do conjunto do ramo jurídico enfocado. [...]

Para a corrente de pensamento tradicional, a jurisprudência não tem valor de regra geral, estando restrita ao caso em análise e funcionando de maneira supletiva. Já para os doutrinadores modernos, conta com autoridade de ato-regra, diante da reiteração de comandos decisórios similares em determinadas situações jurídicas, tornando-se verdadeiros preceitos legais para a solução de casos futuros (DELGADO, 2007). Segundo a corrente doutrinária tradicional, esposada por Palaia (2005, p. 24):

[...] Nos Estados Unidos e na Inglaterra, o sistema jurídico de normas formado ou derivado de decisões judiciais chama-se sistema do “case law”. As decisões judiciais formam o *precedente* e com base nesse precedente outras decisões judiciais se apoiam e assim por diante, a fim de que o caso em questão tenha decisão semelhante. No Brasil, não se aplica o sistema da “case law”. As decisões judiciais se apóiam no Direito Positivo, ou seja, no sistema de normas jurídicas elaboradas pelos órgãos do Estado. A jurisprudência é o resultado de decisões reiteradas e uniformes decorrentes da aplicação da lei ao caso concreto. Aqui, mesmo no caso de lacuna da lei, o juiz deve se pronunciar recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, entendendo-se como, segundo Del Vecchio, os meios cujo emprego permite suprir as deficiências inevitáveis das prescrições positivas do Direito. [...]

Theodoro Júnior (2013, p. 31), como expoente do pensamento moderno, destaca a nova realidade da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar das fontes do direito processual comum:

[...] As fontes do Direito Processual Civil são as mesmas

do direito em geral, isto é, a lei e os costumes, como fontes imediatas, e a doutrina e jurisprudência, como fontes mediatas. Em razão do caráter público do direito processual, é a lei, sem dúvida, sua principal fonte. Não obstante, não raros são os problemas que surgem no curso dos processos que não encontram solução direta na lei, mas que o juiz tem de resolver. Daí o recurso obrigatório aos costumes judiciais, à doutrina e à jurisprudência. Mesmo diante de textos legais expressos, não é pequena a contribuição da jurisprudência para a fixação dos conceitos básicos do direito processual. A incoerência do legislador, a obscuridade dos textos normativos, a imprecisão terminológica, com falhas naturais de toda criação humana, são frequentemente superadas pelo trabalho criativo e aperfeiçoador da doutrina e da jurisprudência. Diante, principalmente, do prestígio que o direito moderno vem dispensando à força normativa das decisões judiciais, por meio das súmulas vinculantes e do encargo conferido aos tribunais de preencher *in concreto* os conceitos vagos (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais), cada vez mais utilizados pelo legislador, impossível recusar à jurisprudência a qualidade de fonte do direito. [...]

No processo do trabalho, diante do conteúdo fortemente social dos interesses em conflito, a adoção do entendimento da corrente doutrinária mais moderna no tema das fontes do direito encontra forte ressonância. Segundo Nascimento (1992, p. 138):

[...] Para a teoria moderna, a jurisprudência é valorizada como fonte do Direito, o juiz é dotado de um poder criativo, para alguns fundamentado na lei, sendo exemplo a equidade, na qual se encontra, sem dúvida, uma transferência do poder de legislar do Legislativo para o Judiciário. [...]

O quadro tradicional das fontes do direito tende a sofrer significativas alterações, como de fato já vem ocorrendo desde a edição de precedentes vinculantes ou obrigatórios e os persuasivos e, agora, com as súmulas vinculantes, no ordenamento jurídico brasileiro, o que bem observa Theodoro Júnior, inclusive à luz do Novo Código de Processo Civil (2013, p. 32):

[...] Com efeito, se a Constituição já admitia que o Supremo Tribunal Federal extraísse de seus julgados súmulas com força normativa capaz de vincular todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (CF, art. 103-A) e, ainda, que o Código de Processo Civil de 1973, permitia tanto ao Supremo Tribunal Federal como ao Superior Tribunal de Justiça, diante de causas repetitivas, decidir sobre o mesmo

tema (CPC/1973, art. 543-C, § 7º), tornou-se evidente que nosso direito positivo reconhecia aos precedentes judiciais uma força criativa, que lhes atribuía, em boa proporção, o papel de 'importante força do direito', sem embargo de nossas tradições romanísticas ligadas à *civil law*. Registre-se que, além desses casos de precedentes *vinculantes* ou *obrigatórios*, havia outros em que a jurisprudência atuava com *força obstativa* de recursos, permitindo fosse negado seguimento às impugnações manifestadas em contrariedade aos precedentes, sobretudo àqueles emanados dos Tribunais Superiores (CPC/1973, arts. 475, § 3º, 518, § 1º; 544, §§ 3º 4º; e 557). Havia, finalmente, os *precedentes persuasivos*, que, sem obrigar cogentemente os juízes a adotá-los em suas sentenças, atuavam, porém, como expressão de 'solução racional e socialmente adequada' prestigiada pela elevada autoridade do órgão de que promanavam. O Novo Código de Processo Civil vai muito além e encaminha-se para uma aproximação maior com a *common law*, estendendo o dever submissão ao precedente, principalmente àquele dos tribunais superiores, como regra geral, sem limitar-se às súmulas qualificadas como vinculantes (art. 926). [...] (destaques do original)

O crescimento do sistema de padronização das decisões judiciais, em especial com a força das súmulas vinculantes, contudo, não pode ter o condão de eliminar a força criativa das decisões judiciais da primeira instância, as quais precisam ter em vista a força normativa dos princípios constitucionais.

5. AS SÚMULAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a implantação das súmulas vinculantes no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, sacramentou-se a relevância da jurisprudência no quadro das fontes do direito brasileiro. Atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal o poder de editar, a partir de decisões reiteradas sobre determinado assunto, súmulas com força vinculante, cujos comandos os demais juízes não podem deixar de observar em seus julgamentos. As decisões, nas matérias tratadas pelas súmulas vinculantes, passaram a ser padronizadas. Segundo Didier Júnior (2013, p. 40-44):

[...] No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa (característica do *civil law*), o destaque atribuído à jurisprudência (marca do *common law*) é notável, e de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF. [...]

Nos tribunais trabalhistas, a jurisprudência sempre teve forte influência na solução dos litígios. O Tribunal Superior do Trabalho edita precedentes normativos, orientações jurisprudenciais e súmulas de jurisprudência. Estas últimas eram chamadas “enunciados”, nome que foi alterado em seguida ao advento das súmulas vinculantes (grifos nossos). Pela sistemática recursal vigente, esses institutos servem inclusive como mecanismos para impulsionar ou mesmo travar o processamento de recursos, conforme as teses neles debatidas estejam ou não em consonância com os entendimentos pacificados pela jurisprudência dos tribunais.

Como visto, o sistema normativo brasileiro, inspirado no sistema romano-germânico, tradicionalmente tem por base primordial a legislação. A jurisprudência, como fonte imprópria ou indireta, atuava em segundo plano, normalmente como método de interpretação, e não em substituição à lei, fonte do direito por excelência. A brusca inversão da hierarquia dessas fontes ou a peremptória classificação de ambas em igual patamar pode afetar um dos princípios constitucionais fundamentais, que é o da separação dos poderes². Segundo Pimenta (2012, p. 468):

[...] atribuir aos Tribunais Superiores o poder de editar súmulas contendo preceitos gerais e abstratos que consagrem interpretações obrigatórias para os demais juízes equivale, na prática, a lhes conceder poder legiferante (...), o qual será exercido pelos integrantes do Tribunal sem a observância do processo legislativo e sem os debates prévios e públicos que antecedem a edição das leis pelo Congresso Nacional. [...]

Nos países que adotam a *common law*, a força dos precedentes, no quadro das fontes do direito, não pode ser comparada direta e friamente à das súmulas. Os primeiros são utilizados como paradigmas quando os fatos dos casos em julgamento são similares. Isto significa promover princípios outros, como o da segurança jurídica e o do tratamento igualitário, para situações jurídicas controvertidas que se encontram sob o mesmo suporte de fato.

Situação diversa é a que se verifica com as súmulas de jurisprudência, as quais, assim como as leis, são dotadas de abstração e de generalidade. Também são objeto de interpretação e, como tal, não inibem o indesejado efeito protelatório, já que nem mesmo o texto normativo que se encontra

² Artigo 2º da Constituição Federal de 1988: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, que é a Constituição Federal, consegue ser indiscutível. Segundo Carreira (2011, p. 221):

[...] Portanto, é importante ter em mente que a súmula vinculante, assim como a lei, é texto, ou seja, suporte fático, razão pela qual se deve buscar a sua norma jurídica, que é o resultado/produto da interpretação. Nesse sentido, não há como enxergar a súmula vinculante como uma norma pronta, pois sua aplicação depende da interpretação do jurista, que, no caso concreto, é que irá extrair, ou melhor, construir a norma jurídica, sempre atento às especificidades de cada caso concreto. Assim, qualquer que seja a situação, a sua aplicação dependerá de um processo interpretativo, de verificação do caso concreto, de análise das especificidades, pois do contrário a súmula deixa de ter qualquer utilidade no nosso sistema, já que tornaria o juiz um mero carimbador. [...]

Não se pode esquecer que o Poder Judiciário tem o dever de julgar causas que envolvem verdadeiros conflitos de interesses dos jurisdicionados, e não simples teses jurídicas. Espera-se das decisões judiciais a racionalidade na solução dos litígios, para a justa pacificação dos conflitos, e não o mero resultado simétrico que adviria de uma ciência exata. Nesse sentido, como sustenta Bahia (2012, p. 376-377):

[...] Quando se aprova uma súmula, aprova-se mais texto, o que apenas torna a questão mais complexa e não o contrário. O que resta, ao fim e ao cabo, mantida ao longo de todos esses anos, desde a exegese, é a “discricionariedade do julgador”. E isto porque a discricionariedade (decisionismo) será a marca para o uso da Súmula Vinculante: o julgador para aplicá-la deverá se abstrair das particularidades do caso (das provas e das discussões do caso) e, ao tratá-lo como tema, aplicá-la. Não se julga, então, um caso, mas um tema, uma tese, o que, entendemos, viola aqueles citados princípios constitucionais e está aquém de uma compreensão constitucionalmente adequada do Estado Democrático de Direito e das exigências da atual sociedade. Não é possível pretender-se que uma súmula resolva – no sentido de evitar – o *problema* da interpretação judicial da lei. As súmulas podem ser uma boa ferramenta na resolução de litígios, mas jamais conseguirão evitar a necessidade de interpretação e, logo, de variabilidade hermenêutica. [...]

Essa parcela da jurisprudência que tem *status* de vinculante, com a crescente padronização das decisões judiciais, deixa de ser utilizada como fonte supletiva de interpretação ou como fonte integrativa, ao lado da

analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito (artigo 4º, da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro – LINDB) e direito comparado (artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho). Passa a ser fonte primária de direitos e deveres, inclusive a partir de iniciativa do próprio Supremo Tribunal Federal, que pode editá-la de ofício, mediante decisão de dois terços de seus membros. Segundo Martinez (2010, p. 57):

[...] Os enunciados de súmulas vinculantes são extratos de posicionamento jurisprudencial reiterado do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional, editados de ofício ou por provocação, que, *a partir de sua publicação na imprensa oficial*, vinculam, *como se leis fossem*, os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O efeito vinculante, entretanto, somente acontecerá se a decisão for tomada por 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária. A revisão e o cancelamento dependem do mesmo *quorum* e das mesmas formalidades. [...] (destaques do original)

É desnecessário, inclusive, que haja processos em andamento, sejam ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, para a edição da súmula vinculante, como dispõe o artigo 103-A, da Constituição Federal de 1988. Como bem lembram Borges e Cury (2011, p. 247):

[...] Não se pode olvidar que a Corte Suprema é composta por indicação política, enquanto os juízes de primeira instância passam por rigoroso processo seletivo. Assim, a imposição do entendimento daqueles pode resultar em perigoso processo de exacerbação política do ordenamento jurídico. [...]

Além da ampla discussão cabível quanto à legitimidade do Supremo Tribunal Federal para aprovar súmulas vinculantes, eis que exerceria funções propriamente legiferantes, há outras críticas de caráter mais pragmático. Trata-se do argumento de que envolve a hierarquia dos textos legal e sumular quando ainda são passíveis de interpretação. É a situação em que o texto da súmula, ao invés de impedir interpretações dissonantes, é o próprio alvo da discordância, ficando, assim, passível de impugnação. Portanto, no lugar de pacificar determinada questão, atravancaria o andamento dos processos e comprometeria a celeridade das decisões. Este é o pensamento de Gomes (2012, p. 31):

[...] Além disso, como vimos, o efeito vinculante imprimido às súmulas do STF não tem, por si só, o condão de eliminar a defesa de teses opostas no Judiciário, nem de retirar a obrigação do magistrado e das partes de argumentativamente reconstruírem o fato, encontrarem a norma adequada ao caso e de juntos formularem o provimento final, a menos que se desrespeitem direitos e garantias fundamentais e o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito. [...]

Autores como Bahia (2012, p. 364 e 369-370) visualizam o indesejado renascimento da Escola da Exegese, no sentido de reacender a ideia de que o Direito é passível de um “único sentido correto”.

A expectativa de que o Poder Judiciário profira decisões céleres e similares para casos idênticos, objetivo maior da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, é socialmente justa e merece o empenho de todos os órgãos que o compõem. Propicia maior segurança jurídica aos jurisdicionados, com a previsibilidade das decisões judiciais. No entanto, a padronização das decisões, que decorre dessa realidade, não pode engessar o pensamento (atividade intelectual) dos juízes. Os julgadores são autênticos criadores de comandos jurídicos, ao interpretar as normas sob os anseios da sociedade e à luz da problemática de seu tempo. Segundo Borges e Cury (2011, p. 244):

[...] Sem embargo, a avaliação do caso concreto admite perquirições, por parte do juiz, sobre a constitucionalidade da norma em realce, não por um simples privilégio, mas como necessidade nascente do caráter mutável das relações sociais, bem como das particularidades observáveis caso a caso. Ao tempo que não é possível haver revisões constitucionais e legais na mesma velocidade em que se observa a evolução social, tal descompasso é corrigido pelas releituras normativas à disposição do juiz. O juiz de primeira instância representa o órgão judicante que mais proximidade tem com este cenário suscetível de modificação, e por isto, tem primordial importância no estabelecimento da discussão sobre a aderência da norma ao sistema, ou seja, se o positivado está coerente com a realidade social. Contudo, ao dever obediência à súmula, o juiz fica tolhido em sua importante missão de estabelecer esse diálogo com o jurisdicionado. [...]

A polêmica ganha maior repercussão quando se verifica que há efetiva mobilização de tribunais superiores no sentido de estender a cultura da vinculação dos julgados aos juízes de primeira e de segunda instâncias. Tornou-se habitual a edição de novas súmulas, algumas delas até mesmo conflitantes com entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal,

caso das súmulas 114 do Tribunal Superior do Trabalho e 327 da Corte Suprema. A edição de súmulas pelos tribunais superiores busca alcançar a uniformização das decisões e acelerar os pronunciamentos judiciais, incrementando a produtividade dos julgadores e reduzindo o quantitativo de recursos.

Podem ser mencionados, também, os precedentes persuasivos, oriundos da jurisprudência dos tribunais regionais, os quais têm sido utilizados com mais frequência que as próprias súmulas.

Com entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, a obrigatoriedade da observância da jurisprudência dos Tribunais Regionais e dos Tribunais de Justiça ficou expressa no artigo 927, especialmente em seus incisos III e V³. Ampliou-se o rol de decisões vinculantes para juízes e desembargadores, que deverão observar a jurisprudência resultante de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e a orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais aos quais estiverem vinculados.

A nova regra ampliativa da relação de fontes jurisprudenciais vinculantes colide com o artigo 22 da Constituição Federal de 1988, ao atribuir competência normativa aos tribunais por lei ordinária. O mesmo artigo 927 conflita com o artigo 1º do Novo Código de Processo Civil, ao prescrever que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. O artigo 22 trata da competência privativa da União para legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Já o artigo 103-A da Constituição Federal de 1988 classifica como vinculantes tão somente as súmulas de jurisprudência que forem aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, em consonância com o regime republicano vigente no país. De acordo com Lenza (2015, s/p):

[...] Em nosso entender, essas regras de vinculação não poderiam ter sido introduzidas por legislação infraconstitucional.

³ Art. 927 do Novo Código de Processo Civil: Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; **III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos**; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; **V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados** (destaques nossos).

cional, mas, necessariamente, por emenda constitucional a prever outras hipóteses de decisões com efeito vinculante, além daquelas já previstas na Constituição. Como se sabe, na CF/88, o efeito vinculante (no caso, premissa para se falar nessa hipótese de cabimento da reclamação), somente se observa em razão das decisões em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º), ou em razão de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 103-A), regra essa, aliás, na linha do que sustentamos, introduzida pela EC 45/2004. [...]

O artigo 985, § 1º, e o artigo 988, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil, ainda dispõem que caberá reclamação, em caso de falta de observância das regras dos incisos III e V do artigo 927 do mesmo diploma legal.

O Tribunal Superior do Trabalho publicou a Instrução Normativa 39/2016, para regular a aplicação das regras do novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho. Em seu artigo 15, dispõe sobre os precedentes, para fins de vinculação de juízes e tribunais:

[...] Artigo 15: O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte: I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se “precedente” apenas:

- a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1046, § 4º);
- b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);
- e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho.

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

III - não ofende o art. 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.
IV - o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula.

V - decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada.

VI - é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula. [...]

É interessante observar que, no inciso VI da Instrução Normativa 39/2006, o Tribunal Superior do Trabalho atribuiu à parte o ônus de apontar os fundamentos determinantes ou dissonantes do precedente suscitado.

As recentes inovações na legislação processual brasileira ensejarão muitos debates, sendo imprescindível o aprofundamento do estudo de suas prováveis implicações na atividade judicante. É visível, de qualquer modo, a tendência uniformizadora que delas decorre, na busca da convergência de diferentes entendimentos jurisprudenciais.

Contudo, o efeito colateral deste expediente é o de mitigar a atividade intelectual dos juízes, na medida em que reduz a esfera de interpretação da legislação vigente na solução dos conflitos postos a sua apreciação, tarefa em que os princípios normativos têm profunda importância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tradicionalmente, no tema das fontes do direito brasileiro, de inspiração romano-germânica, a jurisprudência não contava com papel primordial. Era classificada como fonte secundária, uma vez que prevalecia a lei como principal fonte formal para a solução dos conflitos pelos juízes. Sempre foi diferente a sistemática dos países que adotam o sistema dos precedentes, os da chamada *common law*, nos quais os casos julgados são fontes importantes para a atuação dos juízes.

No entanto, o quadro das fontes do direito brasileiro tem sofrido

significativas alterações, seja quanto ao papel dos princípios constitucionais, seja quanto à influência dos precedentes judiciais, em especial com o advento das súmulas vinculantes, implantadas com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Criou-se situação híbrida, na qual um ordenamento jurídico de inspiração romano-germânica passou a ser fortemente influenciado por instituto típico do direito insular, que é o da vinculação dos julgamentos por precedentes.

É louvável a intenção do legislador, tanto da “Reforma do Judiciário” como do Novo Código de Processo Civil, de dar maior segurança aos jurisdicionados com a previsibilidade dos julgados (grifos nossos). Não se pode tolher, no entanto, a atividade de criação do direito, que decorre da interpretação das leis pelos juízes que estão mais próximos das partes envolvidas nos conflitos de interesses. Impedi-los de exercer livremente a função de interpretar a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional irá transformá-los em meros autômatos, replicadores de súmulas e de precedentes. Ao seu tempo e buscando as aspirações sociais, os juízes têm o poder-dever de aplicar a lei da forma mais socialmente justa para solucionar os conflitos que são trazidos a sua apreciação.

A súmula ou jurisprudência vinculante, isoladamente, não tem o condão de evitar o efeito procrastinatório que poderia decorrer da aplicação livre da lei posta. Também gera discussões, o que leva o jurisdicionado a interpor recursos até mesmo para discutir se a decisão proferida atende à melhor interpretação que dela decorre.

Neste particular, destaca-se a nova e relevante função dos princípios gerais do direito, como normativos. Ao intérprete da lei, cabe buscar a melhor aplicação da legislação vigente, à luz dos princípios constitucionais, sem deixar de exercer sua função criadora na tarefa de pacificação dos conflitos.

REFERÊNCIAS

BAHIA, A. G. M. F. As Súmulas Vinculantes e a nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 37, nº 206, abr. 2012, p. 359-379.

BORGES, M. H. de L.; CURY, I. E.. A objetivação do controle difuso de constitucionalidade: análise da súmula vinculante. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, a. 19, nº 77, out./dez. 2011, p. 231-251.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://www.congresso.gov.br>>. Acesso em 14.11.2015.

BEZERRA LEITE, C. H.. **Curso de direito processual do trabalho**. 5ª edição, São Paulo: LTr, 2007, 1216 p.

CARREIRA, G. S.. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedente judicial. **Revista de Processo**. São Paulo, a. 36, nº 199, set. 2011, p. 213-245.

DELGADO, M. G.. **Curso de direito do trabalho**. 6ª edição, São Paulo: LTr, 2007, 1478 p.

DIDIER JR., F.. **Curso de direito processual civil**. vol. I, 15ª edição, Salvador: Juspodivm, 2013, 1705 p.

GOMES, F. B.. Será a súmula vinculante solução para os problemas do Poder Judiciário? Uma análise pragmática do instituto. **Juris Plenum: Doutrina - Jurisprudência - Legislação**. Caxias do Sul, a. 8, nº 44, mar. 2012, p. 21-32.

LENZA, P.. **Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>. Acesso em março de 2016.

MARTINEZ, L.. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**, São Paulo: Saraiva, 2010, 712 p.

MARTINS FILHO, I. G. da S.. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 21ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, 568 p.

MARTINS, S. P.. **Direito do trabalho**. 21ª edição, São Paulo: Atlas, 2005, 895 p.

_____. **Instituições de direito público e privado**. 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2003, 391 p.

NASCIMENTO, A. M.. **Curso de direito do trabalho**. 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 1992, 700 p.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho**. 33ª edição, São Paulo: LTr, 2007, 592 p.

PALAIÁ, N.. **Noções essenciais de direito**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005, 297 p.

PIMENTA, J. R. F.. Súmulas vinculantes: uma reapreciação crítica. In: VIANA, M. T. (coord.). **O que há de novo em direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2012, p. 459-478

PINHO, R. R.; NASCIMENTO, A. M.. **Instituições de direito público e privado**. 22ª edição, São Paulo: Atlas, 2000, 422 p.

THEODORO JÚNIOR, H.. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, 56ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013, 1226 p.