

O FUNDAMENTO MÍSTICO DO SISTEMA DE PRECEDENTES

Ensaio sobre a fluidez da linguagem nos enunciados vinculantes

LIANA CHAIB

.....

Pós-doutora em Direitos Humanos, Saúde e Justiça, pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, em convênio com a Universidade do Piauí. Ocupa a cadeira de número 21 da Academia Piauiense de Letras Jurídicas. Professora de Direito Administrativo da Universidade Estadual do Piauí desde 1988. Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Currículo: <https://www.escavador.com/sobre/1273365/liana-chaib>. E-mail: liana.chaib@hotmail.com.

LARA PARREIRA BORGES M. DE OLIVEIRA

.....

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq). Chefe de Gabinete no Tribunal Superior do Trabalho. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4894157587501457>. E-mail: lara.parreirafb@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

No volume 3 de sua obra *Ensaio*, Michel Montaigne, um filósofo francês do século XVI, afirmou que:

Há maior dificuldade em elucidar as interpretações do que em interpretar as coisas, e mais livros a respeito de livros do que sobre qualquer outro

assunto; nada fazemos além de comentários uns sobre os outros. Comentários fervilham em todo lugar; de autores há grande escassez.¹

Em seguida, Montaigne afirma que

Nossas opiniões são enxertadas umas nas outras; a primeira serve de suporte para a segunda, a segunda para a terceira e assim sucessivamente; assim, passo a passo nós trepamos na escada; de onde frequentemente sucede que aquele colocado mais alto tem mais honra que merecimento, porque se elevou apenas uma polegada nos ombros do último, mas ainda assim o fez.²

Tal verdade é tão profunda que, em breve pesquisa para localizar a obra em que as citações acima foram inscritas, a inteligência artificial indica como primeiro resultado obras de Friedrich Nietzsche.

Ao estudioso atento da filosofia da linguagem, não passa despercebida a influência do humanismo de Montaigne na obra mais cética de Nietzsche, bem como na teoria da desconstrução de Jacques Derrida.

Porém, o original citado parágrafos acima foi dito por Montaigne e como o próprio francês renascentista afirmou “nossas opiniões são enxertadas umas nas outras”,³ ou seja, um cita o outro que cita este que é citado por aquele, mas “aquele colocado mais alto tem mais honra que merecimento, porque se elevou apenas uma polegada nos ombros do último”.⁴

A mesma reflexão se aplica hoje ao sistema de precedentes.

Na busca por oferecer a melhor interpretação das leis vigentes no ordenamento jurídico, os precedentes nada mais são que interpretações de texto redigidas em teses que serão novamente interpretadas pelo magistrado subsequente que deverá decidir se há similitude fática e jurídica entre seu caso e a *ratio decidendi* do precedente vinculante que se impõe.

Entretanto, é fundamental ter em mente o desafio de que é esse processo interpretativo que ganha nova roupagem a cada leitura. Isso ocorre porque cada processo hermenêutico é, em si, criativo.

1. MONTAIGNE, Michel. *Os ensaios: Livro III*. Tradução Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 428.

2. MONTAIGNE, Michel. *Os ensaios: Livro III*. Tradução Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.429.

3. *Ibidem*, p. 429.

4. *Ibidem*, p. 429.

Em seu texto “A estrutura, o signo e o jogo no discurso das ciências humanas”,⁵ o filósofo Jacques Derridá afirma que “a superabundância do significante, o seu caráter suplementar, resulta, portanto, de uma finitude, isto é, de uma falta que precisa ser suprida”.⁶

E é justamente o intérprete que irá atribuir ao significante sentido e significados por meio de um processo hermenêutico, na medida em que o poder de costurar palavras conferido ao escritor é limitado e somente é expandido e ganha vida mediante a interpretação.

Nesse sentido, não há texto que seja por si só completo e acabado. Essa é a crítica que Derridá faz ao pensador Lévi-Strauss, que propõe a existência de uma figura denominada engenheiro que teria utilizado os instrumentos como estão para realizar o que necessita, sem precisar fazer ajustes ou adaptações.⁷ Sobre essa figura mítica, Derridá afirma que “o engenheiro é um mito, um sujeito que fosse a origem absoluta de seu próprio discurso e o construísse ‘com todas as peças’ seria o criador do verbo, o próprio verbo”.⁸

Assim, não existe lei ou norma produzida pelo Poder Legislativo capaz de ser esse engenheiro de Lévi-Strauss, ou seja, apta a ser “a origem absoluta de seu próprio discurso”.⁹

Sempre será necessário um processo interpretativo do texto legal, incluindo o texto constitucional nesse conceito, e a forma de tentar vincular os demais aplicadores da lei, magistrados em geral, será por meio da fixação de um precedente com obrigatoriedade.

Entretanto, no momento em que tal precedente for aplicado por outros magistrados e Cortes de hierarquia inferior ou da própria Corte que o firmou também haverá, para utilizar as palavras de Montaigne,¹⁰ a necessidade de interpretar as interpretações.

5. “A estrutura, o signo e o jogo no discurso das ciências humanas” foi uma palestra proferida por Jacques Derridá em uma conferência da Universidade Johns Hopkins em 1966, posteriormente publicada na obra: DERRIDA, Jacques. *A Escritura e a Diferença*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

6. *Ibidem*, p. 246.

7. DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. São Paulo: Perspectiva, 2002. p. 239.

8. *Ibidem*, p. 239.

9. *Ibidem*, p.239.

10. MONTAIGNE, Michel. *Os ensaios: Livro III*. Tradução Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 428.

Essa realidade decorre do fato de que a linguagem é dinâmica, o texto é uma costura de palavras que ganha sentido por meio da interpretação.

2. **CIVIL LAW E COMMON LAW – A REGRA DE RECONHECIMENTO DE CADA SISTEMA**

Como é de conhecimento notório, o Direito Processual brasileiro adota um regime híbrido, o qual combina o *civil law* (regime continental guiado pelas leis escritas, de cunho positivista) com o *common law* (regime inglês ou norte-americano fundado na força dos precedentes firmados pelo Poder Judiciário).

No caso de um sistema de *common law* puro, a regra de reconhecimento está nas teses vinculantes firmadas em precedentes pelas Cortes que compõem o Poder Judiciário. Por sua vez, no sistema de *civil law*, a regra de reconhecimento reside nos diplomas legislativos aprovados e promulgados pelo Poder Legislativo.

A compreensão dessa sistemática pode ser apreendida a partir de uma crítica ao ativismo judicial proposta pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York: Dr. Jeremy Waldron, em sua obra *A dignidade da legislação*.

O professor Waldron analisa que tanto no Poder Legislativo quanto no Poder Judiciário há disputas para a prevalência de determinado sentido a ser positivado ou em lei, ou em um precedente, não se podendo fazer um juízo de que um poder seria mais puro que outro.¹¹

Assim, não há como se afirmar de plano qual sistema seria melhor ou mais justo. Até porque a justiça é uma construção por vir, para fazer menção mais uma vez a Jacques Derridá, agora em sua obra *Força de lei*.¹²

É no momento de interpretação e reinteterpretação da lei em um processo decisório que nasce e floresce a justiça. Nesse sentido, explica Jacques Derridá:

Para ser justa, a decisão de um juiz, por exemplo, deve não apenas seguir uma regra de direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la,

11. Nesse sentido, conferir: WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, 1. ed.. p. 13-14.

12. DERRIDÁ, Jacques. *Força de Lei: o “fundamento místico da autoridade”*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 54.

confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso. Cada exercício da justiça como direito só pode ser justo se for um “julgamento novamente fresco”, por assim dizer, traduzindo assim livremente “fresh judgment” esta expressão inglesa que colho no artigo “Force’ de Stanley Fish, em Doing What Comes Naturally. O novo frescor, o caráter inicial desse julgamento inaugural pode repetir algo, ou melhor, deve ser conforme a uma lei preexistente, mas a interpretação re-instauradora, re-inventiva e livremente decisória do juiz responsável requer que sua “justiça” não consista apenas na conformidade, na atividade conservadora e reprodutora do julgamento. Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio. Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir¹³ (grifos acrescentados).

Assim é possível concluir que ambos os poderes produzem textos vinculantes: a diferença se dará em qual poder o produziu, uma vez que possuem igualmente legitimidade constitucional e legal para tanto. Nesse ponto, afasta-se da crítica ao ativismo judicial de Jeremy Waldron,¹⁴ que valoriza mais produção legislativa do que a prestação jurisdicional vinculante advinda do Poder Judiciário.

Nesse sentido, é importante lembrar que em um sistema de *civil law* puro prevalecem como regras de reconhecimento os diplomas legislativos, em especial, os dispositivos da Constituição. Ao passo que no sistema de *common law* os precedentes também encontram um lugar de vinculação, ainda que não na ordem de regra de reconhecimento, no sentido de norma (gênero das espécies regra e princípio), pois dependem de uma construção para sua validade amparada em uma norma de reconhecimento produzida pelo Poder Legislativo.

Para explicar essa conclusão, valho-me de excerto do professor Ronald Dworkin ao definir uma norma/regra de reconhecimento:

13. DERRIDÁ, Jacques. *Força de Lei: o “fundamento místico da autoridade”*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.44.

14. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 20-29.

Sem dúvida, uma regra de reconhecimento não pode ser ela mesma válida, de vez que, por hipótese, ela é a última instância e não pode, portanto, satisfazer os testes estipulados por uma regra ainda mais fundamental. *A regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação*¹⁵ (grifos acrescidos).

No caso dos precedentes vinculantes, a regra de reconhecimento precisa ser a Constituição Federal em primeira e última instâncias. Porém, as Cortes de instâncias ordinárias e até mesmo os magistrados de primeiro grau possuem como referência para seus julgados, além das regras de reconhecimento advindas do Poder Legislativo, a interpretação oferecida aos textos legais por meio dos precedentes vinculantes firmados nas Cortes Superiores.

A grande dificuldade dessa vinculação reside justamente na abertura que todo texto possui para a construção de sentido pelo seu intérprete. Como muito bem ensina o filósofo franco-magrebino Jacques Derridá, o domínio de um texto por parte de seu redator só existe enquanto suas palavras estão sendo costuradas.¹⁶ Após concluído e divulgado, o texto não mais pertence ao seu autor, mas é livre para produzir sentidos a depender do olhar de seu intérprete. Sobre o sentido dinâmico do texto, Jacques Derridá faz a seguinte reflexão:

*O que trai a escritura mesma, no seu momento não fonético, é a vida. Ela ameaça de um único movimento o sopro, o espírito, a história como relação a si do espírito. Ela é o seu fim, a sua finidade, a sua paralisia. Cortando o sopro, esterilizando ou imobilizando a criação espiritual na repetição da letra, no comentário ou na exegese. Confinada num meio estreito, reservada a uma minoria, ela é o princípio de morte e de diferença no devir do ser*¹⁷ (grifos acrescidos).

Essa conclusão se aplica não somente ao texto legal, mas também aos textos construídos nos precedentes vinculantes. No caso da produção legislativa, o texto começa como domínio do grupo dos legisladores, influenciados pelo contexto social e político vigente, para sua construção. Já no caso da aplicação por meio de uma prestação jurisdicional, a exegese e subsunção do texto legal no momento da formação do precedente está circunscrito a magis-

15. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 34.

16. DERRIDÁ, Jacques. *Gramatologia*. Tradução Miriam Schnaiderman e Renato Janini Ribeiro. São Paulo: Perspectiva. Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 13-32.

17. *Ibidem*, p. 31-32

trados, que receberão influência por meio da atuação processual de procuradores e membros do Ministério Público.

Nesse contexto, a abertura do texto legal, ou para ser mais preciso do Texto Constitucional, é presente e reconhecida pela literatura jurídica. O mesmo ainda precisa ser constatado para a realidade dos precedentes.

Nesse sentido, invocam-se os ensinamentos do constitucionalista alemão Peter Häberle, em seu texto clássico “Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”, no qual defende que a própria interpretação do texto constitucional não deve ser restrita a um corpo de juristas que ocupam importantes funções estatais, como os magistrados, mas deve ser ampliada para abarcar outros agentes da sociedade, de modo a garantir uma interpretação mais democrática, uma vez que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou cointerpretá-la”.¹⁸

Mais adiante, Peter Häberle explica que todos os agentes que sofrem a incidência da norma constitucional acabam por se transformarem em seus intérpretes, ainda que seja em um processo de pré-interpretação que irá desaguar na interpretação final fornecida pela Corte Constitucional.¹⁹

E é nesse contexto que um texto constitucional ou até mesmo legal vai ganhando novos sentidos a serem absorvidos, inclusive, pelos intérpretes jurisdicionais, como os magistrados, produzindo sentido dinâmico ao texto originalmente produzido pelo Poder Legislativo ou Poder Constituinte Originário.

Por isso, é fundamental refletir que o texto cuidadosamente pensado e costurado para a produção de um precedente também possui amplitude que estará fora do domínio dos magistrados que o redigiram. De modo que não é possível garantir controle sobre sua aplicação nos mesmos moldes pensados pela Corte que firmou a tese ou mesmo a *ratio decidendi* daquele precedente.

Como muito bem explica o professor e magistrado Dr. Cesar Zucatti Pritsch, diversas teorias têm sido desenvolvidas para tentar explicar como se

18. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Mendes. In: Controle de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Sociais. DPU n. 60, nov.-dez. 2014 – Assunto Especial – Textos Clássicos. p. 25-50, p. 27.

19. *Ibidem*, p. 27-28.

extrair a “*ratio decidendi*” de um precedente, sem que até o momento tenha se chegado a um consenso ou termo final.²⁰

Para ilustrar, Dr. Cesar Zucatti menciona o *teste da inversão* de Wambaugh,²¹ que sugere que o intérprete tome a fundamentação a partir das premissas fáticas e jurídicas que considera ser a razão de decidir e inverta seu sentido inserindo a palavra “não”. Se com essa inversão de sentido ainda for plausível a tese final firmada no precedente, então essas premissas e fundamentos não constituem a razão de decidir, mas são apenas construções acessórias sem maior relevância.²² Por outro lado, se não for possível chegar à mesma conclusão da tese final com a inversão das premissas e fundamentos selecionados pelo intérprete, então tais razões configuram a *ratio decidendi* do precedente.²³

Porém, esse teste da inversão de Wambaugh já foi contestado por outro importante pensador: Goodhart, como bem esclarece o professor Cesar Zucatti, ao argumento de que:

[...] na prática (antiga e contemporânea) o tratamento dado pelas cortes aos precedentes, diz que, em inúmeras decisões, a lógica argumentativa, a análise de precedentes ou a explicitação do contexto histórico podem estar incorretos, e ainda assim o caso se torna precedente, materializando um princípio definido e válido de direito que se torna tão vinculante quanto os casos em que a fundamentação estava correta. Adverte que, embora possa parecer estranho para aqueles não familiarizados com a teoria do common law, foram precisamente alguns dos casos decididos sob premissas ou razões incorretas que se tornaram os mais importantes precedentes, materializando novos princípios que talvez tenham passados mal compreendidos ou despercebidos por seu próprio prolator²⁴ (grifos acrescentados).

Nesse ponto, é fundamental uma reflexão da maior importância sobre o impacto do intérprete na produção de sentido para as letras postas lado a lado na formação de um texto. Como Jacques Derridá ensina, o texto não tem dono, é o intérprete que produz seu sentido.

20. PRITSCH, Cesar Zucatti. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho*. Leme-SP: Mizuno, 2023, 2. ed., p. 135.

21. *Ibidem*, p. 136.

22. *Ibidem*, p. 136.

23. PRITSCH, Cesar Zucatti. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho*. 2. ed. Leme-SP: Mizuno, 2023. p. 136.

24. *Ibidem*, p.138-139.

Em construção literária na mesma linha de raciocínio, o escritor português Fernando Pessoa, em sua obra *O livro do desassossego* afirma que:

Pensaste já, ó Outra, quão invisíveis somos uns para os outros? Meditaste já em quanto nos desconhecemos? Vemo-nos e não nos vemos. Ouvimo-nos e cada um escuta apenas uma voz que está dentro de si. As palavras dos outros são erros do nosso ouvir, naufrágios do nosso entender. Com que confiança cremos no nosso sentido das palavras dos outros. Sabem-nos a morte, volúpias que outros põem em palavras. Lemos volúpia e vida no que outros deixam cair dos lábios sem intenção de dar sentido profundo. A voz dos regatos que interpretas, pura explicadora, a voz das árvores onde pomos sentido no seu murmúrio – ah, meu amor ignoto, quanto tudo isso é nós e fantasias tudo de cinza que se escoia pelas grades da nossa cela!²⁵

Para parafrasear e aplicar as reflexões de Fernando Pessoa ao caso dos precedentes, pode-se dizer que aquele que interpreta e aplica um precedente ao seu caso concreto, em grande medida, estará escutando “apenas uma voz que está dentro de si”.²⁶ As palavras postas em uma tese vinculante ou no enunciado de um precedente podem ser compreendidas “erros do nosso ouvir, naufrágios do nosso entender”.²⁷ Assim, não há como a comunidade jurídica ou a sociedade em nenhuma medida garantir um único sentido para as palavras produzidas pelos outros. Ou para utilizar as palavras de Fernando Pessoa: “com que confiança cremos no nosso sentido das palavras dos outros?”²⁸ Não existem garantias no processo hermenêutico dos textos.

Nesse contexto de incertezas e volatilidade do sentido do texto na construção e aplicação jurídica dos precedentes, é imperativo observar importante advertência formulada pelo professor César Zucatti:

A limitação da autoridade vinculativa (*binding authority*) ao *ratio decidendi* é a chave para garantir o equilíbrio entre a estabilidade da jurisprudência e a preservação da independência funcional do juiz, uma das garantias máximas de nossa democracia, evitando que se permita que

25. PESSOA, Fernando. *O livro do desassossego*. 2. ed. Jandira-SP: Principis Editora, 2019. p. 197.

26. *Ibidem*, p. 197.

27. *Ibidem*, p. 197.

28. *Ibidem*, p. 197.

decisões abstratas e desvinculadas dos casos concretos possam vincular a juízes como se lei fossem.²⁹

Aqui se faz presente mais uma vez as reflexões críticas do professor e jurista Jeremy Waldron, em sua obra *A dignidade da legislação*,³⁰ por questionar o papel do Poder Judiciário na criação de normas abstratas e desvinculadas de casos concretos, de forma a flertar com uma produção legislativa. Nesse ponto, é fundamental compreender que o enunciado ou tese firmado no bojo de um precedente precisa sempre ser interpretado à luz das razões de decidir, dos fundamentos jurídicos e premissas fáticas que deram origem à sua construção.

Assim, a formação de precedentes tem como propósito fazer cumprir o dever do Poder Judiciário de interpretar as leis e indicar os sentidos para sua aplicação aos casos concretos a partir da delimitação de um contexto.

Nesse sentido, é fundamental registrar o caráter vanguardista da Justiça do Trabalho, em especial do Tribunal Superior do Trabalho, na consolidação de precedentes.

3. O SISTEMA DE PRECEDENTES NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UMA BREVE ANÁLISE DESDE AS SÚMULAS PERSUASIVAS ATÉ OS PRECEDENTES VINCULANTES

Antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, já era possível identificar a vinculação a partir de um sistema de precedentes por meio das súmulas persuasivas emitidas pelo Eg. Tribunal Superior do Trabalho.

Essa compreensão é reforçada, como sempre de forma híbrida, pela própria redação do art. 896 da CLT, que desde 1988 (redação dada pela Lei n. 7.701/1988) já previa como hipótese de cabimento de Recurso de Revista, no rito ordinário e na fase de conhecimento, a contrariedade a Súmula persuasiva do Eg. Tribunal Superior do Trabalho.

Antes disso, era cabível o Recurso de Revista que contrariasse a jurisprudência uniforme do TST (redação do art. 896 da CLT dada pela Lei n. 7.033/1982).

29. PRITSCH, Cesar Zucatti. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho*. 2. ed. Leme-SP: Mizuno, 2023. p. 132.

30. Nesse sentido, conferir: WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Nesse ponto, é louvável o escólio do professor César Zucatti Pritsch, em seu livro *Diagnóstico da Justiça do Trabalho e o TST enquanto corte de controle ou corte de precedentes*, no qual afirma a existência de *três categorias de precedentes*:

1) os precedentes vinculantes em sentido estrito (súmulas vinculantes do STF, precedentes firmados em Incidente de Assunção de Competência (IAC), Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidente de Recursos de Revista Repetitivos (IRR) de Tribunais Superiores e do STF);

2) precedentes obrigatórios (Súmulas do STF, STJ e TST, Orientações do Plenário, do Órgão Especial e das Seções Especializadas, como as OJs, e decisões plenárias, como os incidentes de inconstitucionalidade); e, por fim,

3) os precedentes persuasivos (acórdãos de órgãos fracionários dos tribunais).³¹

Como se verifica da classificação do professor Cesar Zucatti, as Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST enquadram-se como precedentes obrigatórios.

Nesse quesito, é salutar esclarecer que para a compreensão de enunciados das Súmulas é aconselhável que o intérprete consulte os precedentes, ou seja, os julgados que informaram a construção da tese firmada na Súmula ou Orientação Jurisprudencial, uma vez que neles estarão contidos os fundamentos ou razões de decidir (ou em latim: a “*ratio decidendi*”). Essa compreensão é também esposada pelo professor Cesar Zucatti Pritsch:

Assim, por mais que a Constituição (quanto à súmula vinculante) e o CPC tenham conferido nas últimas décadas diversos efeito processuais as tais verbetes, isto não transmuta sua natureza – a de mero resumo de um ou mais precedentes, mas que nunca serão, eles próprios os precedentes.

Por mais que isto devesse parecer evidente, na prática todos nós sabemos que não é. As súmulas acabam sendo frequentemente tomadas por seu texto literal, esquecendo-se o operador do direito de sua natureza de mero

31. PRITSCH, Cesar Zucatti. *O TST enquanto corte de precedentes: paradigmas de Cortes Supremas e o Tribunal Superior do Trabalho*. Leme-SP: Mizuno, 2023. p. 269-270. Conferir também material disponibilizado em PDF pelo professor Zucatti, proferido em setembro de 2023 com idêntico título. Verificar igualmente: PRITSCH, Cesar Zucatti. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho*. 2. ed. Leme-SP: Mizuno, 2023. p. 308-310.

resumo ou indexador da verdadeira jurisprudência, a qual se torna necessária examinar sempre que a questão jurídica a ser resolvida não for óbvia, e o cotejo do entendimento representado na súmula com o caso concreto a ser julgado gerar qualquer dúvida. *A súmula é um mero instrumento administrativo dos tribunais, para facilitar o seu trabalho, e o trabalho dos advogados, não pode ser vista como autonomamente normativa, sob pena de se tornar uma “súmula-lei”. Nem mesmo uma súmula vinculante prevista na Constituição vincula por sua literalidade, mas sim pelo precedente que a mesma representa*, já que interpretação contrária da EC n. 45 seria inconstitucional, por violar cláusula pétrea da separação dos poderes. Em síntese, a análise dos regimentos dos tribunais superiores corrobora e ilustra a seguinte compreensão acerca da natureza das súmulas, tão frequentemente olvidada: súmula não é lei, não se interpreta uma súmula. *Em caso de mínima dúvida, deve(m) ser consultado(s) o(s) precedente(s) que a súmula representa(m)*³² (grifos acrescidos).

Um exemplo interessante, para ilustrar, é o caso das horas gastas no percurso entre a portaria e o efetivo posto de trabalho. Há uma discussão sobre a consideração desse período como tempo à disposição do empregador, após a Reforma Trabalhista de 2017 ter suprimido o pagamento das horas *in itinere*.

Da leitura dos precedentes que informaram a edição da Súmula n. 90 do TST, é possível extrair que os casos concretos que deram origem ao entendimento das horas *in itinere* tratavam especificamente e majoritariamente de trabalho rural, em que a fazenda ou a propriedade rural se encontrava distante de centros urbanos onde residiam os empregados.

Os precedentes do TST, dos idos dos anos 1977 e 1978, reconhecem a dificuldade desses trabalhadores em acessarem o estabelecimento do empregador, diante da ausência de transporte público regular que servisse a região. De igual modo, os julgados que consolidaram o entendimento da Súmula n. 90 do TST identificam que o tempo gasto nesse transporte da residência dos trabalhadores até o estabelecimento do empregador de difícil acesso é interesse exclusivo deste empregador, razão pela qual deve ser remunerado como tempo à disposição.

Por outro lado, o tempo de deslocamento da portaria até o local de efetivo serviço é regulado atualmente tanto pelo art. 4º da CLT quanto pela Súmula n. 429 do TST.

32. PRITSCH, Cesar Zucatti. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho*. 2. ed. Leme-SP: Mizuno, 2023. p. 310.

Como se observa da redação estrita do art. 4º da CLT, a Reforma Trabalhista de 2017 excluiu do cômputo do tempo à disposição os períodos em que o trabalhador permanecer nas dependências do empregador por escolha própria e para realizar atividades de cunho particular.

De toda forma, restou mantida a remuneração do tempo em que o empregado estiver à disposição do empregador, ainda que aguardando ordens.

Outro ponto que talvez cause celeuma consiste na forma como foi posta a questão na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em especial por meio da redação da Orientação Jurisprudencial Transitória n. 36 da SBDI-1, que depois foi absorvida pela Súmula n. 429 do TST.

Na fundamentação dos próprios precedentes que informaram a edição da Orientação Jurisprudencial Transitória n. 36 da SBDI-1 do TST é possível constatar a diferenciação entre as horas *in itinere* da Súmula n. 90 do TST e o tempo de deslocamento da portaria até o posto efetivo de trabalho, como apresentada no acórdão da relatoria do Exmo. Ministro Nelson Antônio Daiha, proferido na SBDI-1 no ano de 1997.

No julgamento do ERR-RR-138266-90.1994.5.03.5555, houve inclusive debate entre os Ministros sobre os termos utilizados para o cômputo e o pagamento do tempo despendido entre a portaria e o efetivo local de trabalho, uma vez que o Exmo. Ministro Francisco Fausto entendia que não se enquadrava estritamente no conceito de “horas *in itinere*” previsto na Súmula n. 90 do TST, mas ainda compreendia que era devida sua remuneração e seu cômputo na jornada, então iria adotar o enunciado ainda que não concordasse com sua redação em termos mais estritos.

Porém, essas conclusões só podem ser extraídas a partir da leitura dos precedentes que deram origem tanto à redação da Súmula n. 90, quanto da Súmula n. 429, ambas do TST.

Sem os fundamentos ou a *ratio decidendi* que levaram à consolidação de tais enunciados, a compreensão das teses fixadas nas Súmulas fica prejudicada ou pode levar o intérprete a cometer injustiças ou a aplicar uma conclusão totalmente dissociada dos motivos determinantes, o que quebraria todo o sistema de precedentes.

Com o aperfeiçoamento das ferramentas processuais, a gênese ou semente do sistema de precedentes (ou seja, as Súmulas e OJs do TST) ganhou novos institutos processuais com mais força vinculante, como o Incidente de Assunção

de Competência (IAC), o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Recursos de Revista Repetitivos (IRR).

Ocorre que, mais uma vez, como os filósofos da linguagem há tempos já advertem: todo texto é vivo e ganha novos sentidos a cada contexto em que se apresenta e a partir do olhar de cada intérprete, mesmo quando podemos nos valer de um sistema de precedentes vinculantes com maior força de obrigatoriedade.

Para citar um exemplo da ordem do dia, cita-se o precedente vinculante julgado no dia 25 de novembro de 2024, pelo Tribunal Pleno do TST: o Tema 23 da Tabela de Recursos de Revista Repetitivos.

A questão posta tratava de definir a melhor aplicação do direito intertemporal no que se refere a verbas pagas durante o contrato por força de lei e, posteriormente, revogadas ou alteradas e direitos vigentes e revogados em virtude da edição da Lei n. 13.467/2017.

O relator, Exmo. Ministro Aloysio Correa da Veiga, em erudito e acadêmico voto, defendeu que “leis que alteram ou suprimem direitos trabalhistas se aplicam de imediato nos contratos em curso, quanto aos fatos posteriores à sua entrada em vigor”. Utilizou como fundamentos o argumento de que não há direito adquirido a regime jurídico, bem como ressaltou que o contrato de trabalho, por ser regido majoritariamente por regras estatais heterônomas, possui a natureza de um estatuto, o que atrai a incidência imediata de lei nova. Por fim, firmou como tese para o Tema 23 o seguinte enunciado:

A Lei n. 13.467/2017 possui aplicação imediata aos contratos de trabalho em curso, passando a regular os direitos decorrentes de lei cujos fatos geradores tenham se efetivado a partir de sua vigência.

Por sua vez, o Exmo. Ministro Vieira de Mello Filho apresentou voto na condição de revisor que, aos olhos de alguns Ministros, teria uma fundamentação diversa da esposada pelo Relator, porém chegando à mesma tese final.

Nas razões de decidir do voto do Ministro Vieira de Mello Filho, havia uma ressalva quanto às mudanças legislativas que alteram a natureza da parcela paga ao trabalhador. O Ministro entendeu que, nessas hipóteses, não poderia haver aplicação imediata da nova legislação a contratos firmados antes de sua vigência, uma vez que deveria ser mantida a natureza salarial das parcelas reconhecidas por lei à época em que os contratos de trabalho foram celebrados. Porém, apesar deste detalhe em suas razões de decidir, chegou à mesma tese

final firmada pelo Relator, Min. Aloysio, no sentido de que a Lei n. 13.467/2017 deve ser aplicada imediatamente aos contratos de trabalho em curso.

Por fim, a tese do Min. Aloysio, acompanhada pelo revisor Min. Vieira de Mello Filho, foi a vencedora com 15 votos no Tribunal Pleno do TST.

Ocorre que, juntamente com a tese a ser firmada no Tema n. 23, foram afetados 4 casos concretos como representativos da controvérsia. Porém, cada um tratava de um direito material alterado pela Reforma Trabalhista de 2017.

Um dos processos versava sobre o cômputo na jornada das horas *in itinere*, que tiveram seu pagamento suprimido pela Reforma Trabalhista de 2017, o segundo sobre o intervalo previsto no art. 384 da CLT, que foi revogado, o terceiro sobre a natureza indenizatória do pagamento do intervalo intrajornada parcialmente concedido e o quarto sobre a manutenção ou não do caráter salarial da parcela “prêmio produtividade”.

Os dois primeiros casos foram facilmente solucionados pela aplicação direta da tese firmada por maioria no Tema 23, uma vez que tratavam apenas da extinção de parcelas, mas não sobre a alteração de sua natureza.

Porém, os dois últimos casos encontraram maior celeuma, que se expressou na divergência ao se aplicar a tese recém fixada pelo próprio Tribunal Pleno aos referidos processos.

Isso ocorreu porque a tese do Tema 23 precisa ser lida à luz das razões de decidir que prevaleceram no colegiado. A partir dessa leitura contextualizada da tese com as razões de decidir, a subsunção do enunciado do precedente vinculante ao caso concreto ganha contornos completamente diferentes.

Para aqueles que entenderam que as razões de decidir que prevaleceram foram as apresentadas pelo Min. Aloysio, não havia dúvidas de que incidiria a Lei n. 13.467/2017 de forma imediata, inclusive no ponto em que altera a natureza de parcelas pagas a título de salário para terem caráter indenizatório.

Por outro lado, para o intérprete que concluiu que a *ratio decidendi* prevalecente foi aquela definida pelo Ministro Vieira de Mello Filho, os dois casos remanescentes não podem sofrer a incidência da tese firmada no Tema n. 23, por se enquadrarem na exceção posta no fundamento de que não se aplica a nova legislação quando suas disposições alteram a natureza salarial da parcela paga anteriormente para indenizatória.

A questão continuará em aberto ainda sob a égide da tese firmada em precedente vinculante, uma vez que os casos concretos demandarão novas interpretações.

4. CONCLUSÃO

O fato de a jurisprudência poder criar precedentes vinculantes, os quais serão aplicados a casos concretos e, inclusive, com a possibilidade de serem revistos, superados ou reinterpretados, é reflexo direto da natureza dinâmica que o texto e sua interpretação proporcionam.

Faz parte da construção da “Ordem do Discurso” esse processo dinâmico de produção de sentidos que o texto permite ao seu receptor, para utilizar título da aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970 pelo filósofo francês Michel Foucault.³³ Em seu magistério, Foucault explica o poder do discurso para moldar a realidade em um contexto em que as instituições comunicam normas. Afirmar que:

[...] o discurso está na ordem das leis, que há muito tempo se cuida de sua aparição; que lhe foi preparado um lugar que o honra mas o desarma; e que, se lhe ocorre ter algum poder, é de nós, só de nós, que ele lhe advém.³⁴

Em seguida, Michel Foucault explica que:

[...] em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.³⁵

Como analisado *supra*, os Tribunais Superiores e, em especial, o Tribunal Superior do Trabalho têm uma dinâmica de produção de discurso por meio de precedentes, que é vinculada ao texto constitucional e legal, mas também amparada nas construções jurisprudenciais, por meio de uma série de procedimentos previstos na legislação processual e no regimento interno.

33. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

34. *Ibidem*, p. 7.

35. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 8-9.

Os discursos envolvendo novas interpretações sobre o direito constitucional e o direito do trabalho, por serem ramos vivos em construção, estão em constante disputa, uma vez que envolvem tanto relações institucionais, quanto relações de poder.

Assim, as decisões judiciais não se revelam reproduções estanques de teses e precedentes, pois com mudanças nas cadeiras dos integrantes que compõem a Corte e, conseqüentemente seus órgãos judicantes, há uma oxigenação nos discursos, debates e interpretações, em permanente diálogo também com as transformações sociais que ocorrem nas mais variadas relações de trabalho, bem como nos ritos processuais.

A partir da lei, são firmados julgados que passam à categoria de precedentes ou até precedentes vinculantes, os quais podem dar origem a súmulas ou enunciados na forma de teses e temas. Em todas essas hipóteses, é requerido do magistrado um processo hermenêutico, seja para interpretar a lei, seja para interpretar a tese vinculante firmada no bojo de uma prestação jurisdicional.

Ainda no século XXI, permanece viva e verdadeira a sábia afirmação de Montaigne feita no século XVI: “existe maior dificuldade em interpretar as interpretações do que em interpretar as coisas”.³⁶

REFERÊNCIAS

DERRIDA, J. *A escritura e a diferença*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

DERRIDÁ, Jacques. *Força de lei: o “fundamento místico da autoridade”*. 2. ed. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DERRIDÁ, Jacques. *Gramatologia*. Tradução Miriam Schnaiderman e Renato Janini Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.

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

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da*

36. MONTAIGNE, Michel. *Os ensaios: Livro III*. Tradução Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 428.

Constituição. Tradução Gilmar Mendes. *In: Controle de políticas públicas e efetivação de direitos sociais. DPU n. 60, nov-dez/2014 – Assunto Especial – Textos Clássicos.*

MONTAIGNE, Michel. *Os ensaios: Livro III.* Tradução Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

PESSOA, Fernando. *O livro do desassossego.* 2. ed. Jandira-SP: Principis, 2019.

PRITSCH, Cesar Zucatti. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho.* 2. ed. Leme-SP: Mizuno, 2023.

PRITSCH, Cesar Zucatti. *O TST enquanto corte de precedentes: paradigmas de Cortes Supremas e o Tribunal Superior do Trabalho.* Leme-SP: Mizuno, 2023.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação.* Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.