

SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO: “SUPER” LEIS OU ATIVISMO JUDICIAL?

PRECEDENTS AND GUIDANCE jurisprudential IN LABOR JUSTICE: "ON" LAW OR JUDICIAL ACTIVISM?

Ricardo Pereira de Freitas Guimarães¹

José Eduardo Trevisano Fontes²

Resumo: O presente artigo tem por objetivo examinar a legalidade na criação e aplicação das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, em face do artigo 64 da Constituição Federal. Objetiva também trazer à reflexão, a partir do cancelamento da Orientação Jurisprudencial 419 da SDI-1 do C. TST, o modo “vinculante” de aplicação das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais por disciplina judiciária e seus efeitos maléficos na regressão do entendimento sobre a aplicabilidade do direito, tendo como marco teórico a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller. E, ainda, pretende demonstrar os equívocos na aplicação da norma jurídica ao deixar de examinar o caso concreto dentro de um âmbito normativo em análise, em direção à concreção de um texto normativo. A partir deste prisma, também projetar contribuições para desmistificar o “princípio da celeridade processual” enquanto tão somente entrega da tutela jurisdicional de forma quantitativa, e não como efetividade qualitativa, como se tem buscado desde o giro linguístico, através da linguagem, para pré-compreensão dos casos concretos.

Palavras-chave: *Súmulas - Orientações Jurisprudenciais - Teoria Estruturante do Direito - discricionariedade*

Abstract: This article aims to examine the legality of the creation and implementation of Precedents and Jurisprudential Orientations in the face of Article 64 of the Federal Constitution. It also aims to bring the reflection from the cancellation of the Jurisprudence Guidance 419 SDI-1 C. TST, so the "binding" of implementing the Precedents and Jurisprudential Orientation by judicial discipline and its harmful effects on the understanding of regression on the

¹ Doutor e mestre em direito do trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor da pós-graduação “lato sensu” em direito do trabalho da PUC/SP. Advogado. E-mail: ricardo@freitasguimaraes.com.br .

² Especialista em direito do trabalho pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie, mestrando em direito na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Advogado. E-mail: joseeduardo@freitasguimaraes.com.br .

applicability of law, with the theoretical framework of the Structured Theory of Law by Friedrich Müller. And also want to demonstrate the mistakes in implementing the rule of law by failing to examine the case within a regulatory framework under consideration, towards the concretion of a normative text. From this perspective, also design contributions to demystify the "principle of procedural celerity" as it just delivery th judicial protection in a quantitative way and not as an effective qualitative way, as it has being aimed from the linguistic turn, through language, to a pre-understanding of specific cases.

Keywords: *Precedents - Jurisprudencial Orientation - Structured Theory of Law - Discretion.*

Sumário: Introdução. 1. A criação das orientações jurisprudenciais e súmulas no âmbito da justiça do trabalho. 2 Entendimentos judiciais pacificados: um modelo ultrapassado. A análise da teoria estruturante do direito como forma de superação. 2.1 Do ativismo judicial: inaplicável em nosso sistema jurídico. Apontamentos conclusivos. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em outubro de 2015 foi veiculada notícia, em página do sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho, informando que sua composição plenária havia decidido em sessão correspondente, por unanimidade, cancelar a Orientação Jurisprudencial 419 da SDI-1 do C. TST³. Tal Orientação Jurisprudencial foi publicada em 11/05/2012 e alterou sensivelmente o entendimento sobre a definição de trabalhador rural.

O impacto da publicação desta Orientação Jurisprudencial foi o de enquadrar todos que laboravam em empresa agroindustrial como trabalhadores rurais, inclusive todos os empregados de setores administrativos, financeiros, jurídicos etc.

³ Disponível em: http://www.tst.jus.br/mais-lidas/-/asset_publisher/P4mL/content/pleno-do-tst-altera-redacao-da-sumula-392-e-cancela-as-ojs-419-e-315-da-sbdi-1?redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fmais-lidas%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_P4mL%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnorma1%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3D_118_INSTANCE_rnS5_column-2%26p_p_col_count%3D1 (acessado em: 09/11/2015)

O fim prático desta criação foi uma enxurrada de demandas judiciais de empregados e ex-empregados de empresas agroindustriais requerendo o reconhecimento de benefícios pertinentes aos empregados enquadrados na lei nº 5.889/73, como, por exemplo, adicional noturno no percentual de 25%, dentre outros, já que não se aplica a irretroatividade em relação as Súmulas e Orientações Jurisprudenciais.

A indignação em relação à criação da Orientação Jurisprudencial 419 da SDI-1 do C. TST por todos os operadores do direito se deu em face de seus precedentes, que tratam da prescrição da aposentadoria do trabalhador rural e não do enquadramento daqueles que exercem atividades em empresa Agroindustrial.

Assim, o presente artigo, diante deste caso concreto e atual, pretende examinar o impacto da criação das Orientações Jurisprudenciais e Súmulas, no âmbito da justiça do trabalho, seu tratamento como norma jurídica e sua equiparação no âmbito jurídico com dispositivo de lei federal, sob o enfoque de um ato de ativismo judicial.

1. A CRIAÇÃO DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E SÚMULAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A criação das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais (citadas nos artigos 159 a 174 do Regimento Interno do C. TST) nos revela um poder – absolutista - do judiciário impondo, sob a égide da vontade do povo, criações de "normas unilaterais" para guiar as decisões judiciais desde o juízo de piso.

Nos termos do Regimento Interno do C. TST, as Súmulas e Orientações Jurisprudenciais são expressão da jurisprudência do próprio Tribunal, em que se examina, inclusive, a constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público.⁴

⁴ Art. 161. Quando se tratar de exame de constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, a edição de Súmula independe da observância dos dispositivos

Outro ponto de absoluta indignação se encontra na singeleza dos pressupostos de edição da súmula, insculpido no artigo 165 do Regimento Interno do TST, em que o número de acórdãos dos Tribunais Regionais necessários para edição de uma súmula, em comparação ao número de acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, revela efetiva disparidade de tratamento, posto que daqueles exigidos em número muito superior a este.

E não poderíamos deixar de comparar a criação de uma Súmula e Orientação Jurisprudencial à criação de uma lei, em especial sob o enfoque constitucional dos artigos 64 e seguintes da CF.

O enfrentamento desta análise nos leva aos caminhos da criação de uma lei, na qual existe um controle normativo de seu projeto diante da análise de seu texto em diversas “casas” até a sua promulgação, diferentemente da criação das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais como já citamos.

Contudo, estas são equiparadas em sua aplicabilidade no Poder Judiciário, bastando analisarmos a alínea “a” do artigo 896 da CLT que trata dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista; isto porque caberá o aludido recurso quando *“derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal”*.

Não resta dúvida que as Súmulas e Orientações Jurisprudenciais são “super leis” criadas de um modo bem mais singelo que uma lei, mas que vinculam toda estrutura judiciária à sua aplicação, sob a denominação da chamada disciplina judiciária, em que todos devem se curvar ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

regimentais que regem a matéria, salvo quanto à exigência relativa à tomada de decisão por maioria absoluta.

À luz das premissas acima expostas, acreditamos que em um Estado Democrático de Direito não há necessidade de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais – em que pese existir as Súmulas Vinculantes, posto que, em verdade, todas elas são vinculantes por disciplina judiciária –, já que sequer há um controle de constitucionalidade feito por um Tribunal Constitucional desvinculado ao Poder Judiciário, como existem em alguns países.

2 ENTENDIMENTOS JUDICIAIS PACIFICADOS: UM MODELO ULTRAPASSADO. A ANÁLISE DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO COMO FORMA DE SUPERAÇÃO

Como citado na introdução deste artigo, houve a criação de uma Orientação Jurisprudencial, sem qualquer controle de constitucionalidade, que resultou em um entendimento pacificado pelo Poder Judiciário. Ainda que verificáveis algumas vezes contrárias preocupadas em declinar seu descontentamento em decisões judiciais, a um só tempo ocupadas em manter o entendimento sumulado por disciplina judicial, perdurou-se por três anos e meio a compreensão de enquadramento sindical por atividade preponderante da empresa, até o reconhecimento do equívoco entendimento pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, o que, não obstante, não repara o prejuízo de toda sorte sofrido pelas empresas que tiveram que “pagar a conta” por um enquadramento profissional equivocado, mas sumulado. Em outras obras já defendemos que:

todos nós temos críticas a inúmeras situações encontradas no sistema jurídico, temos o direito de achar que essa ou aquela regra posta deveria ser diferente. Contudo, esse “achismo” não pode transmudar-se em decisão judicial. Aceitar isso é (1) negar o sistema; (2) rejeitar a própria separação dos poderes quanto à criação de regras; (3) gerar insegurança jurídica; (4) criar um sistema anacrônico em que cada julgador busca o mais justo em seus pensamentos e não no sistema, o que

noutra visão, seria negar o chamado estado democrático de direito.

Não resta dúvida de que este modelo vinculado encontra-se ultrapassado e cria uma insegurança jurídica, pois estabelece uma pseudo norma jurídica de aplicação imediata com o objetivo de pacificar-se um entendimento jurisprudencial sem qualquer possibilidade de análise do âmbito normativo. Ou seja: voltamos à prática jurisprudencial de valores do Tribunal Constitucional alemão, onde aplicamos uma norma pré-estabelecida.

Desde o fim da 2ª Guerra Mundial, pensou-se em uma nova forma de ver o direito, tendo sido neste ambiente desenvolvida, por Friedrich Müller, a Teoria Estruturante do Direito. Isto porque se entendia necessário um processo de renovação epistemológica que impedisse a continuidade do pensamento positivista – não o teórico, mas o da jurisprudência; em específico, da prática do Tribunal Constitucional Alemão –, sobretudo no que diz respeito à norma pré-estabelecida, como preponderante no período nazista.

O ponto nevrálgico de sua teoria foi revelar que a norma jurídica não se pré-estabelece como uma moldura para aplicação imediata do direito, devendo ser tratado como um texto normativo que adquire sua estrutura por meio de um processo analítico de experiências concretas.

Friedrich Müller aponta que *“a elaboração de detalhes de métodos deve ser efetuada pela ciência jurídica em esforço independente, sem com isso borrar as diferenças entre várias disciplinas jurídicas.”*⁵ Neste contexto, o Autor se refere a *ponderações metodológicas*, já que a origem subjetiva e critérios de valor subjetivo *não podem ser excluídos da ciência*.

Toda estrutura da pré-compreensão se dá no manuseio da linguagem como forma interpretativa da compreensão.

⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo. Saraiva,

a constituição de uma razão linguística como condição de possibilidade para o rompimento com a filosofia da consciência [...] parte da ideia de que não existe um mundo em si, que independa da linguagem; somente temos um mundo na linguagem. As coisas e as entidades se manifestam em seu ser precisamente na linguagem, posição que também o aproxima muito de Heidegger. A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação de conhecimento e passa ser a condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento.⁶

O próprio Friedrich Müller em entrevista dada aos professores Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Gilberto Bercovici (USP)⁷, deixa claro que toda estrutura se resume à forma linguística. Vejamos:

Finalmente, não podemos esquecer que a TED, em seus enunciados fundamentais, não distingue apenas “norma jurídica” e “texto de norma”, mas que ela supera também a antiga oposição entre “ser” e “dever-ser”. O novo paradigma os torna compatíveis entre si, os torna operacionais pela prática cotidiana dos operadores do direito. Noções como “âmbito material”, “programa da norma”, “âmbito da norma”, “dados lingüísticos”, “dados factuais primários ou secundários”, não são, pode-se dizer, mais do que a forma lingüística resumida.

⁶ SRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

⁷ Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15169/1>
HYPERLINK
["https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15169/13795"](https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15169/13795)3795 (acessado em: 09/11/2015)

No Brasil vários doutrinadores citam a Teoria Estruturante do Direito em suas obras, inclusive Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal, como o professor Eros Roberto Grau.⁸

Dessa forma, surge a seguinte indagação: se temos compreensão doutrinária sobre a forma evoluída de interpretarmos um texto normativo, porque ainda utilizamos sistemas vinculativos de determinadas matérias para todas as causas que “supostamente” envolvem a mesma matéria, sem qualquer possibilidade de análise em duplo grau de jurisdição?

A resposta que temos do Poder Judiciário é a grande demanda de ações e as metas a ser cumprida para objetivar o princípio da celeridade processual, enquanto que a resposta da sociedade seria o ativismo judicial, com o único intuito de resolver os problemas do próprio judiciário, de modo a entregar a tutela jurisdicional de “qualquer forma” ou a “qualquer custo”, sem se preocupar com a segurança jurídica ou a usurpação de Poder.

Segundo Lenio Streck, a doutrina brasileira operou três recepções equivocadas: 1) dos postulados da jurisprudência dos valores; 2) da ponderação alexyana; 3) do ativismo judicial norte-americano.

Seguindo esse trilha, o professor Georges Abboud, em sua obra *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*⁹ afirma que:

a função jurisdicional ganha força e legitimidade, não com o aumento inconsequente de suas decisões dotadas de efeito vinculante, como tem acontecido no Brasil, mas, sim, por meio de fundamentação constitucional rigorosa de suas decisões. Essa é a verdadeira fonte de legitimidade das decisões do Judiciário, que não podem mais se basear em meras convicções pessoais de seus

⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pag. 73.

⁹ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pag. 445.

juizadores, mas em critérios racionais imputáveis e contidos no próprio texto constitucional.

Não resta dúvida de que a criação de Súmulas ou Orientações Jurisprudenciais pela pacificação de suposto entendimento jurisprudencial se mostra inadequada ao sistema democrático de direito, sendo o artigo 64 da Constituição Federal o responsável a legitimar o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, a iniciativa em apresentar projetos de leis, ao invés de criar leis acobertadas pela nomenclatura de Súmulas ou Orientações Jurisprudenciais.

2.1 DO ATIVISMO JUDICIAL: INAPLICÁVEL EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO

Aqui não iremos nos preocupar em discorrer sobre a terminologia e história do ativismo judicial, já que o intuito deste artigo é demonstrar sua relação com a criação de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais. Como conceito básico, trata-se o ativismo judicial de atuação judicial indevida, com invasão tanto na esfera legislativa como na administração pública.

Segundo Georges Abboud, o malefício do ativismo judicial no sistema brasileiro é um problema sem precedentes.

o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciarse entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo escrito ou subsunção do fato ao texto normativo [...] Em suma, ativismo, em termos brasileiros, deve ser considerado o pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente

*pelas convicções. Daí nossa crítica à discricionariedade judicial, uma vez que é por meio dela que, atualmente, legitima-se a utilização das convicções pessoais do julgador em vez das fontes normativas.*¹⁰

Luís Roberto Barroso, por outro lado, em contraponto, cita a positividade do ativismo judicial:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. Um exemplo de como a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário: as audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias, pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram muito mais visibilidade

¹⁰ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pag. 421.

e debate público do que o processo legislativo que resultou na elaboração da lei.¹¹

Todavia, analisando o texto do Ministro Barroso, extraímos que o atendimento a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento não tem limite; portanto, poderíamos, em nome do clamor social, ferir a segurança jurídica em qualquer caso, nos legitimando, enquanto integrantes da estrutura judicial como um todo, em nome do povo.

Outro interessante ponto para avaliarmos é um exemplo citado pelo Professor Georges Abboud em aula ministra no curso de mestrado na Faculdade Autônoma de Direito – FADISP no dia 16/10/2015, em que, discorrendo sobre a matéria, disse que da mesma forma como o Poder Judiciário pode invadir o Poder Legislativo, o Poder Legislativo poderia invadir as atribuições do Poder Judiciário e um Senador poderia desengavetar um processo que estivesse há anos aguardando julgamento e julgá-lo em nome da efetividade na entrega da tutela jurisdicional. Aliás, este exemplo simples referente à letargia que assola a estrutura judiciária, enquanto maior agonia daqueles que buscam a entrega da tutela jurisdicional, evidencia que nenhum outro Poder, mesmo tendo legitimidade pelo voto popular, buscou, em nome do clamor popular, invadir a esfera judicial e “em mutirão” julgar todas as demandas “paradas” há mais de ano – lembramos, ainda, que temos diversos representantes do povo na Câmara e no Senado qualificados profissionalmente e capazes de julgar demandas judiciais.

Mesmo existindo meios constitucionalmente assegurados ao Poder Judiciário de buscar, junto ao Poder Legislativo, a edição de lei a partir de iniciativa aquela outorgada, procura o Órgão de Cúpula Trabalhista Brasileiro, ele mesmo, criar suas próprias leis através das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, impondo uma disciplina judiciária positivista.

¹¹

Disponível

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>

em: 09/11/2015)

em:
(acessado

Em 23/jul/2004 foi veiculada notícia com o título “TST defende disciplina judiciária dos juízes”¹², relatando-se recurso julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho em que o Ministro Relator Ives Gandra Martins Filho advertiu a falta de disciplina judiciária dos Tribunais Inferiores:

Decidir contrariamente à jurisprudência adotada pelas cortes superiores em súmulas, quando não está em pauta o desrespeito a direito humano fundamental, gera "falsa expectativa ao jurisdicionado, comprometendo a celeridade processual e a segurança jurídica", advertiu o relator do recurso, ministro Ives Gandra Martins Filho. Além disso, afirmou, "onera desnecessariamente, quer a parte vencida, que terá de recorrer para fazer valer o entendimento sumulado, quer os órgãos jurisdicionais superiores, abarrotando-os com recursos sobre matérias já pacificadas". O relator ressaltou que o direito em discussão nesse recurso não corresponde a normas primárias, diretamente ligadas à vida e à liberdade, mas a normas secundárias.

Não resta dúvida de que da compilação de entendimentos jurisprudenciais não pode se fazer lei em nosso sistema jurídico e ao Poder Judiciário somente é permitida a não aplicação da lei se esta for inconstitucional.

Portanto, não há como desvincular a criação das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do ativismo judicial à brasileira.

A primeira pergunta que fazemos é: qual decisão deverá ser considerada um precedente? Aqui nos lembramos da introdução deste artigo, em que atentamos ao fato de que a maioria dos precedentes que embasaram a criação da Orientação Jurisprudencial 419 da SDI-1 do C. TST em nada se relacionaram com o texto dela, fato confirmado pelo próprio Ministro do

¹² Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/7040/TST-defende-disciplina-judiciaria-dos-juizes> (acessado em: 09/11/2015)

Tribunal Superior do Trabalho, enquanto manifestação pontual da dificuldade de se estabelecer casos paradigmas para cristalização de entendimentos.

A segunda pergunta é: a criação de uma Súmula ou Orientação Jurisprudencial não deveria se dar por unanimidade de entendimento dos Ministros? Sobre este fato, trazemos à baila a criação da Súmula 277 do C. TST, onde no julgamento foi validada a Súmula por votação apertada em 14 votos a favor da criação contra 13 votos pugnando pela não criação. Ainda mais: como podemos entender que as Súmulas e Orientações Jurisprudenciais são expressão da jurisprudência majoritária do TST se os próprios Ministros divergem em sua criação?

Não resta dúvida de que toda uniformização de entendimento consubstancia-se em um esgotamento de ideias, que pressupõe um fim de um diálogo – processualmente pautado, pois –, algo temeroso quando se trata de discussão de texto normativo, em que nenhum caso é igual ao outro.

O cidadão não pode deixar nas mãos do Poder Judiciário o poder decidir qual ação será apreciada em instância superior e qual será tida como “questão sumulada”, já que os casos são únicos e o direito não é uma ciência exata (ou pior, com código binário).

APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

Com esse artigo pretendemos chamar a atenção para o elemento hermenêutico intrínseco em toda análise jurídica que não pode ser sepultado por um “conceito primordial-fundante”, como referenciado por Lenio Streck e Georges Abboud, passível de uso para todos os casos que o Magistrado entenda ser assemelhado.

A linguagem tratada na concretização do “dever-ser” (sem exclusão do ser), para a conciliação na aplicação do direito, reside na pré-compreensão – na esteira da Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller – do fato concreto, que deve ser feito de um modo que não se caia na armadilha da discricionariedade. Assim, não existe análise jurídica sem interpretação prévia,

mas desta se parte, conquanto não se resume, enquanto meio de asseguramento maior do sistema jurídico.

Como citado por Lenio Streck e Georges Abboud na obra *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*¹³, a vinculação será sempre interpretativa, e não normativa:

A vinculação normativa - no modo como estamos falando é a maneira pela qual a comunidade jurídica brasileira quer "assegurar" o sistema - é aquela que se pretende fazer a partir da superfície que acaba por desconsiderar a *indepassabilidade* da linguagem e a radicalidade do elemento hermenêutico que perpassa a experiência jurídica.

Não há dúvida alguma que inexistente aplicação do direito em um sistema fechado, sem qualquer possibilidade de análise do fato concreto.

Este fato se dá de forma simplificada se entendermos que tanto as Súmulas quanto as Orientações Jurisprudenciais não são precedentes normativos (não negamos ser um texto, mas um texto que foge da interpretação hermenêutica), pois os precedentes normativos somente existem porque precedem de um texto normativo, ou seja, não existe um texto normativo pronto a ser aplicado e quem pensa dessa forma, com todo respeito, esta retroagindo o direito a Jurisprudência de Valores aplicada pelo Tribunal Constitucional alemão.

Toda doutrina, tanto na esfera sociológica, filosófica e jurídica, busca (pré)compreender "o caso" a partir da linguagem.

¹³ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pag. 104.

Para tanto, citamos dois autores de distintas linhas de pensamento e pesquisa, mas que convergem na interpretação "do caso" para solução de problemas ou soluções.

Niklas Luhmann, em sua obra *Introdução à Teoria dos Sistemas*, descreve de forma resignada que:

Na diferença entre as duas perguntas (do que se trata o caso; e o que se esconde por trás?), reside a razão de a sociologia ter estancado seu desenvolvimento, e não ter podido refletir sobre sua própria unidade. Mas, cabe indagar com que êxitos e com que custos essas duas perguntas foram, até o momento, trabalhadas, sem que se tenha podido reduzi-las a uma única (nisto consistindo, precisamente, o paradoxo). O fato de que, trabalhando-se com a referida diferença, tenham sido encontradas múltiplas soluções, indica a fertilidade de forma do desenvolvimento do paradoxo; embora isso não garanta que, algum dia, ou, provavelmente agora, as possibilidades possam esgotar-se.¹⁴

O professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., em sua obra *Teoria da Norma Jurídica*¹⁵, ao abordar a ordem normativa como sistema, descreve que:

"Normas são entendidas como discursos, portanto, interações em que alguém dá a entender a outrem algum coisa, fixando-se, concomitantemente, a

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2010. Coleção Sociologia, pag. 345.

¹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, pag. 140.

relação entre quem fala e quem ouve. Do ângulo da pragmática, é importante esta concepção do discurso como relação entre orador e ouvinte, enquanto mediados por mensagens. Os discursos normativos constituem um sistema interacional no sentido de que comunicadores normativos estão, ao falar, num processo constante de definição das suas relações, que determinam as suas falas como *quaestiones*"

Os autores citados, como exemplo, mesmo em áreas distintas, comungam do acesso hermenêutico para a análise singular de cada caso, o que também comunga com a maçante parte dos operadores do direito.

Em outros termos, devemos entender o direito não a luz legalista positivista, mas sob a égide da legalidade constitucional, pensado na tripartição de poderes e no manto de responsabilidade atribuído a cada um deles e, a partir desta compreensão, acreditarmos que não é possível o Poder Judiciário julgar "institutos originários exclusivamente do Judiciário", como citado por Lenio Streck e Georges Abboud, pois desta forma esvaziaríamos as atribuições daqueles que escolhemos para nos representar e de quem temos o direito e dever de cobrar a atuação, já que o Poder Judiciário mantém-se imune às cobranças da sociedade, "deitado eternamente em berço esplêndido".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ENTREVISTA COM FRIEDRICH MÜLLER. *In* Revista Sequência, nº 51, p. 9-30, dez. 2005 (acessado em 05.11.2014; endereço eletrônico: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15169/13795>)

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Manual de direito individual do trabalho.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª Edição, Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2010. Coleção Sociologia.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** São Paulo: Saraiva.

_____. **Teoria estruturante do direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.