

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FERNANDA OLIVEIRA PETERSEN

**AS MUDANÇAS DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL E SUA EFICÁCIA
NO TEMPO: um estudo a partir da aplicação de súmulas pelo TST**

Porto Alegre

2014

FERNANDA OLIVEIRA PETERSEN

**AS MUDANÇAS DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL E SUA EFICÁCIA
NO TEMPO:** um estudo a partir da aplicação de súmulas pelo TST

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação do Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Aprovada em Porto Alegre, em 2 de julho de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Prof. Dr. Francisco Rossal de Araújo

Prof. Dr. Glênio José Wasserstein Hekman

À *Professora Carmen Camino*, que despertou meu interesse para o Direito do Trabalho, pelos ensinamentos de vida e de direito que só os verdadeiros mestres podem dar.

À *minha mãe*, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, *Professor Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles*, por todo apoio, auxílio, dedicação e comprometimento.

Agradeço à *minha família*, em especial à *minha mãe*, ao *Sérgio* e aos *meus irmãos*, pelo companheirismo e compreensão de todas as horas, mesmo as longas horas de estudo. Agradeço também ao *Gabriel*, pela paciência e incentivo.

Agradeço aos *meus amigos*, em especial à *Morgana*, pelas opiniões, dicas, material e incentivo, mas, sobretudo, pela parceria e companheirismo.

Agradeço a *Deus*, por me proporcionar momentos e pessoas como essas.

“Ora bem, uma das mais entranhadas características do Homem é um anseio de “segurança”, a certeza possível em relação ao que o cerca. Esta procura de segurança é uma busca permanente do ser humano. Coincide com uma de suas mais profundas aspirações”.

Celso Antônio Bandeira de Mello, 2007.

RESUMO

O presente trabalho parte do estudo do princípio da segurança jurídica e de seus estados ideias de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, bem como de seu decorrente princípio da proteção da confiança. A seguir, avalia o papel e a relevância da jurisprudência e das súmulas no Direito em geral e no Direito do Trabalho em particular. Então, considera as questões relacionadas à retroatividade, para, posteriormente, aplicar os requisitos do princípio da proteção da confiança à situação de mudança jurisprudencial. Analisa, assim, a possibilidade, em face do princípio da proteção da confiança, de impedir a aplicação de eficácia retroativa à modificação de posicionamento jurisprudencial consubstanciado em súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Por fim, apresenta alguns julgados em que a questão relativa à concessão de efeitos retroativos em caso de alteração na redação de súmula foi discutida no referido Tribunal.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Proteção da confiança. Súmula. Tribunal Superior do Trabalho. Mudança jurisprudencial. Retroatividade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 SEGURANÇA JURÍDICA	10
2.1 Segurança jurídica em geral	10
2.1.1 Noções introdutórias	10
2.1.1.1 Fundamentos da segurança jurídica	10
2.1.1.2 Conceito de Direito	15
2.1.2 Conceito de segurança jurídica	19
2.1.2.1 Cognoscibilidade	21
2.1.2.2 Confiabilidade	23
2.1.2.3 Calculabilidade	25
2.2 Eficácia da norma no tempo	27
2.2.1 Noções introdutórias	27
2.2.2 Proteção da confiança	34
3 JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE JURÍDICA	38
3.1 Fontes do Direito em geral	38
3.2 Jurisprudência como fonte do Direito em geral	42
3.2.1 Súmulas no Direito em geral	51
3.3 Jurisprudência como fonte do Direito do Trabalho	58
3.3.1 Súmulas no Direito do Trabalho	61
4 O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E A APLICAÇÃO DE SÚMULAS REVISADAS	67
4.1 Noções introdutórias	67
4.2 O princípio da segurança jurídica em relação ao Poder Judiciário	68
4.3 Mudança jurisprudencial	71
4.4 Retroatividade	75
4.5 O Princípio da proteção da confiança aplicado às mudanças jurisprudenciais	79
4.5.1 Base da confiança	81
4.5.2 Confiança na base	86

4.5.3 Exercício da confiança	87
4.5.4 Frustração da confiança	88
4.6 Julgados do Tribunal Superior do Trabalho	88
4.6.1 Aceitação da retroatividade	88
4.6.2 Não aceitação da retroatividade	93
4.7 Razões contrárias à retroatividade	95
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103

1 INTRODUÇÃO

A segurança jurídica está prevista no ordenamento constitucional brasileiro, sendo princípio norteador deste. É composta pelos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, que impõem alguns critérios para que seja possível afirmar que há maior ou menor grau de segurança na ordem jurídica.

Em seu estado ideal de confiabilidade, a segurança jurídica representa uma proteção do passado no presente. Disso decorre o princípio da proteção da confiança, que é dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica. Contudo, para que a confiança seja considerada justificada e, dessa forma, seja tutelada, alguns requisitos devem ser verificados: base da confiança, confiança na base, exercício e frustração da confiança.

Tendo em conta esses conceitos, pode-se analisar a incidência ou não do princípio da proteção da confiança na situação específica de um indivíduo que, baseando-se em súmula do Tribunal Superior do Trabalho, adotou determinado comportamento e, posteriormente, viu sua conduta valorada segundo nova redação atribuída à súmula depois de sua ação. Para isso, percebe-se a necessidade de avaliar o papel e a importância da jurisprudência e, especialmente, das súmulas no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no campo juslaboral.

Diante da relevância do tema, impõe-se a seguinte questão: é possível impedir a concessão de eficácia retroativa, em razão do princípio da proteção da confiança, às mudanças de posicionamento jurisprudencial consubstanciado em súmula do Tribunal Superior do Trabalho?

O princípio da proteção da confiança, desde que cumpridos seus requisitos, é meio hábil para impor a aplicação de eficácia prospectiva às decisões que alteram entendimento jurisprudencial contido em súmula do Tribunal Superior do Trabalho cuja orientação serviu como base para o comportamento dos jurisdicionados. As súmulas, que fazem parte da jurisprudência, têm a capacidade de orientar as ações dos sujeitos, pois representam a posição majoritária do Tribunal Superior do Trabalho sobre determinada matéria. Sua autoridade, inclusive, revela-se pelas exigências rígidas para sua edição pelo Tribunal.

Sendo assim, aquele que age segundo orientação sumular que posteriormente é alterada não pode ser prejudicado pela aplicação retroativa de nova redação da súmula, haja vista que legitimamente confiou nas prescrições do Tribunal Superior do Trabalho no momento da sua ação. Caso contrário, seus direitos fundamentais, assim como sua dignidade, seriam violados, além de ocorrer sério ataque à segurança jurídica.

O objetivo geral do presente trabalho é examinar se há ou não a possibilidade de impedir a retroatividade relativamente às alterações jurisprudenciais representadas pela revisão de súmulas do Tribunal Superior do Trabalho com o objetivo de garantir a proteção à confiança legítima dos indivíduos que se basearam na orientação revogada para agir.

Determinar se é possível evitar a aplicação de efeitos retroativos em caso de modificação de súmula do Tribunal Superior do Trabalho quando o jurisdicionado se comportou confiando na redação anterior mostra-se tema de elevada importância, visto que diretamente relacionado aos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, os quais, se não respeitados, podem significar a violação de direitos fundamentais, bem como da dignidade da pessoa humana, causando graves consequências aos indivíduos e ao ordenamento jurídico como um todo.

O método utilizado no presente trabalho será o método hipotético-dedutivo. Esse método mostra-se o mais adequado para atingir os objetivos deste estudo, pois, a partir de problemas, serão estabelecidas conjecturas, as quais serão posteriormente testadas. Com isso, não se busca encontrar uma verdade ou um enunciado absolutos, visto que inevitavelmente recaí-se sempre em novos problemas. Dessa forma, serão fornecidas, ao final, apenas conjecturas temporárias.

Sendo assim, diante de uma lacuna no conhecimento, que é o questionamento se é possível impedir a eficácia retroativa às mudanças de posicionamento jurisprudencial representadas pela alteração de súmulas do Tribunal Superior do Trabalho em face do princípio da proteção da confiança, segue-se a hipótese de que a resposta a esse problema é afirmativa, o que não passa de mera conjectura, não sendo, portanto, uma afirmação absoluta. Posteriormente, a partir de pesquisa bibliográfica, serão realizados os testes de falseamento a fim de testar a conjectura, verificando e eliminando os erros. Busca-se, com isso, a corroboração da conjectura, o que pode, eventualmente, não mostrar-se possível.

Em decorrência disso, os objetivos específicos consistem em: i) fundamentar, conceituar e embasar o princípio da segurança jurídica, introduzindo a questão da eficácia da norma no tempo e apontando questões gerais sobre a proteção da confiança, o que será realizado no primeiro capítulo; ii) versar sobre a caracterização da jurisprudência e da súmula como fonte jurídica no Direito em geral e no Direito do Trabalho, questões abordadas no segundo capítulo e iii) tratar do princípio da proteção da confiança e de seus requisitos sob o prisma específico da retroatividade das mudanças jurisprudenciais no contexto do Tribunal Superior do Trabalho, tema a ser considerados no terceiro capítulo.

2 SEGURANÇA JURÍDICA

2.1 Segurança jurídica em geral

2.1.1 Noções introdutórias

2.1.1.1 Fundamentos da segurança jurídica

Em primeiro lugar, é necessário apontar os fundamentos da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro: a segurança jurídica é norma-princípio considerada fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual se refere direta e indiretamente à “segurança” em várias oportunidades, inclusive já no seu preâmbulo.¹

² No ordenamento pátrio, que disciplina diversos subelementos da segurança jurídica, esta apresenta relevância sistemática.³ Ela atua em todas as esferas orientadas pelo direito e está ligada a diversos direitos e garantias constitucionais.⁴

Por esse motivo, Ávila refere-se ao “sistema de segurança jurídica”, implementado pela própria Constituição⁵, e explica:

Em outras palavras, a segurança jurídica decorre do próprio sistema constitucional como um todo. Vale dizer: um dos seus fundamentos não está contido na Constituição; ele é a própria Constituição. A segurança jurídica, em outro dizer

¹ MELO, Lígia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 136. PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 39-40 e 202.

² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (grifo nosso) BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

³ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 448. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 134.

⁴ BORGES, José Souto Maior. **Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. Revista de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1994, v.63, p. 206-210, p. 206. MELO, Lígia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 134.

⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 203 e 206.

ainda, não decorre apenas do que a Constituição prevê, mas também do modo como ela o faz.⁶

Mais especificamente, é possível a identificação de fundamentos diretos e indiretos da segurança jurídica na Constituição Federal brasileira.⁷ Como fundamentos diretos, há, no art. 5º, *caput*, a tutela da “segurança”⁸, bem como a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada no art. 5º, XXXVI⁹ - estes últimos decorrentes da eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica, mais especificamente da sua exigência de confiabilidade do ordenamento jurídico.¹⁰ Destaca-se, entretanto, que Borges e Melo consideram que a segurança jurídica está presente em todo o art. 5º da Constituição, e não apenas nos dispositivos referidos.¹¹ Por sua vez, os fundamentos indiretos ou implícitos são princípios e regras dos quais os elementos estruturantes da segurança jurídica podem ser deduzidos ou induzidos, ou seja, descobertos no ordenamento jurídico em que estão latentes, como, por exemplo, o Estado de Direito, a proteção da liberdade, da propriedade e da igualdade, a prescrição e a decadência, a moralidade e a publicidade administrativas, a dignidade humana, a legalidade, a anterioridade tributária, a irretroatividade, a ampla defesa e o devido processo legal.¹²

⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 206.

⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 198.

⁸ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes [...]” (grifo nosso). BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

⁹ “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

¹⁰ MELO, Lúcia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 136. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 195, 198 e 211.

¹¹ BORGES, José Souto Maior. **Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. Revista de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1994, v.63, p. 206-210, p. 207. MELO, Lúcia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 136.

¹² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40-41. MELO, Lúcia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 136. PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39 e 44-45. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 197-200.

Em relação à dedução do princípio da segurança jurídica a partir do princípio do Estado de Direito, assevera Ávila: “O Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito”.¹³ Da mesma forma, Alvaro de Oliveira e Mitidiero aduzem essa implicação entre os dois princípios ao afirmar que a segurança não pode ser retirada da concepção de Estado de Direito.¹⁴ Sendo assim, a segurança jurídica é fundamento do Estado de Direito, mas também dele decorre.¹⁵ Hobbes justifica a criação do Estado pelos homens – e a aceitação de perder parte da sua liberdade com isso – em função da busca por segurança e conservação.¹⁶ Para que o sujeito exerça seus direitos fundamentais e sua autonomia, é necessário que, previamente, seja-lhe assegurada segurança jurídica.¹⁷ Em razão do princípio do Estado de Direito, considerado princípio constitucional fundamental pela Constituição em seu art. 1º¹⁸ 19, ser fundamento indireto da segurança jurídica, e também em função desta estar expressa no art. 5º, *caput*²⁰ da Constituição, a segurança jurídica é considerada norma fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os subprincípios e regras dela oriundos, possuindo hierarquia constitucional.²¹

¹³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 213.

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 62.

¹⁵ MELO, Lúgia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 133. PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 32.

¹⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 103.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 216.

¹⁸ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39.

¹⁹ “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

²⁰ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes [...]” (grifo nosso). BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

²¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 196 e 644.

A ordem jurídica também procurou garantir a segurança jurídica no Direito brasileiro ao estabelecer com bastante detalhamento e na própria Constituição normas como, por exemplo, regras de competência e relativas ao processo legislativo.²² Com isso, contribui-se para a concretização da segurança jurídica porque se permite que o administrado tenha conhecimento dos poderes e dos limites das autoridades estatais, assim como dos procedimentos por estas adotados frente a seus atos futuros, de forma a dar-lhe maior ciência e compreensão em relação às normas, permitindo, dessa forma, um planejamento mais autônomo de seus atos.²³ O mesmo raciocínio se aplica à atividade do Poder Judiciário, que, em tese, por estar regulada de maneira pormenorizada na Constituição, também permite ao jurisdicionado maior segurança jurídica.²⁴

Apesar de a segurança jurídica nortear integralmente a Constituição, como já referido, cabe destacar que somente com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, foi incluído, literal e expressamente, no texto da Constituição, o termo “(in)segurança jurídica”.²⁵ Trata-se do § 1º do art. 103-A.²⁶ Esse acréscimo feito ao texto constitucional, ainda que tardio - já que não era parte integrante da redação original -, demonstra que a segurança jurídica é elemento fundamental na ordem jurídica.²⁷

Como já referido, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana são fundamentos indiretos da segurança jurídica. A segurança jurídica é concretizada pelos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.²⁸ Sendo assim, ela está conectada aos direitos fundamentais.²⁹

²² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 204-205.

²³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 204-205.

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 205.

²⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 210.

²⁶ “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. § 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”. (grifo nosso) BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 181 e 211.

²⁸ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 44.

Entretanto, a relação desses princípios com a segurança jurídica não se restringe a isso, visto que esta também serve como meio de concretização daqueles valores, o que é mais um motivo para que se aponte sua importância crucial no ordenamento jurídico (valor instrumental da segurança jurídica).³⁰ Ao preconizar a necessidade de conhecimento das normas pelos indivíduos que devem respeitá-las, assim como a estabilidade normativa, a segurança jurídica proporciona maior oportunidade de compreensão do presente e de planejamento do futuro, o que permite afirmar que a segurança jurídica é pressuposto da liberdade.³¹ Ao propor a aplicação uniforme de normas gerais e abstratas, engendra um tratamento mais isonômico dos sujeitos, incentivando a igualdade.³² Ao apoiar a aplicação fundamentada de normas mais estáveis e acessíveis, respeitando a autonomia passada no presente ou a autonomia presente no futuro, considera a pessoa como apta a se autodefinir, estimulando a dignidade humana.³³ A dignidade pressupõe a segurança e a tranquilidade do regime, motivo pelo qual tem como fundamento o princípio da segurança jurídica.³⁴

Ainda tratando sobre a importância do princípio da segurança jurídica, Ávila afirma ser este o “princípio dos princípios, a norma das normas, a *norma normarum* no quadro das espécies normativas, aquela que não só *funda*, mas também *instrumentaliza* as demais”, sendo, por esse motivo, um “protoprincípio”.³⁵ A segurança jurídica seria, portanto, a condição estrutural das demais normas.³⁶

Após tratar sobre os fundamentos e sobre a importância do princípio da segurança jurídica, deve-se analisar sua conceituação. Porém, impõe-se, previamente, considerar o próprio conceito de Direito, do qual decorre a concepção de segurança jurídica.

²⁹ MELO, Lígia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 136.

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79, 95, 110, 674-675.

³¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 185-187 e 674-675.

³² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 185-186 e 674-675.

³³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 95, 185-186 e 674-675.

³⁴ MELO, Lígia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 141.

³⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 669.

³⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 676.

2.1.1.2 Conceito de Direito

Inicialmente, cabe ressaltar que a conceituação da expressão “segurança jurídica” está intimamente relacionada à própria concepção de Direito. Dessa forma, quem acredita ser o Direito um objeto apenas constatado, porque previamente existente (concepção objetivista de interpretação), tende a tratar a segurança jurídica de forma distinta daqueles crenes na afirmação de que o Direito é fruto de interpretação, argumentação e aplicação (concepção argumentativa de interpretação).³⁷

Sendo assim, em relação ao significado da palavra “Direito”, é possível citar duas ideias principais e conflitantes: a concepção objetivista de interpretação³⁸ e a concepção argumentativa de interpretação. Como já referido, isso irá influenciar também em vários aspectos concernentes à segurança jurídica, como, por exemplo, sua concepção e seu objeto, motivo pelo qual cabe tecer algumas considerações sobre o tema³⁹.

O entendimento adotado neste trabalho acredita na importância da interpretação, da argumentação e da aplicação no Direito, haja vista que o processo do qual fazem parte essas atividades e que é realizado pelo intérprete de forma dinâmica utilizando não somente o sentido mínimo, mas também estruturas argumentativas, é de suma importância para que o conteúdo normativo seja moldado.⁴⁰ A interpretação, dessa forma, é ato de vontade e de determinação, pois o intérprete decide pela interpretação que entender mais adequada, ou seja,

³⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 142-144, 157-158, 174 e 260.

³⁸ Essa corrente entende que no Direito existe um conteúdo pré-constituído, independentemente de qualquer interpretação ou aplicação, suscetível de descobrimento e de conhecimento, anterior ao intérprete e a sua interpretação. Por isso, apenas o legislador poderia alterar o significado da norma jurídica. Afirma Kelsen que, nessa corrente, a vontade do aplicador do Direito é irrelevante para a interpretação, que seria apenas um ato de conhecimento, e não um ato de vontade. Haveria apenas uma única interpretação verdadeira possível e correta, visto que anteriormente determinada (univocidade). Como decorrência desse pensamento, não há graus diversificados de segurança jurídica, pois ou ela existe em sua totalidade ou inexistente, sendo tratada como um dualismo “tudo ou nada”. Sendo assim, é vista como certeza, como a possibilidade de prever sempre todos os aspectos. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 15, 56 e 104. GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 29-30. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milão: Giuffrè, 2011, p. 409-410. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 140-144, 157-158, 173-174, 260 e 674. ÁVILA, Humberto. **Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo**. **Direito Tributário atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013, p. 185.

³⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 142-144, 157-158, 174 e 260.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 142-144, 158, 174.

ele escolhe o significado baseando-se em argumentos, métodos e doutrinas.⁴¹ Em função disso, o Direito pode ser atualizado por meio da interpretação para que possa se adequar a novas situações e contextos.⁴² A interpretação não é, portanto, descoberta de sentido, e sim construção de sentido. O Direito, então, é visto como uma prática argumentativa, decorrente da experiência e fruto da junção de elementos objetivos e subjetivos presentes quando da sua aplicação.⁴³ A norma é o texto interpretado, ou seja, o significado, que é construído pelo intérprete, recebendo influência da realidade.⁴⁴

Em função disso, o texto normativo, em regra, admite mais de uma significação (plurissignificação ou plurivocidade), sendo possível, portanto, várias interpretações distintas – e, portanto, várias normas distintas – para um mesmo texto normativo.⁴⁵ Cabe ressaltar que a possibilidade de alternativas interpretativas variadas para um mesmo conteúdo normativo é limitada pelas metanormas de interpretação, como a proporcionalidade e a razoabilidade, que são postulados hermenêuticos e aplicativos que têm como função restringir o campo de decisão, bem como pela doutrina e pela jurisprudência, as quais contribuem para a escolha dos sentidos entendidos como os mais de acordo com o ordenamento jurídico.⁴⁶ A interpretação, da qual se obterá a norma, consiste, então, em um processo intelectual que terá como resultado a definição dos sentidos possíveis a um conteúdo normativo por meio da linguagem presente no texto baseando-se em regras argumentativas e postulados.⁴⁷ Consoante Humberto Ávila:

A cada regra correspondem algumas alternativas interpretativas ou sentidos normativos ($R = A, B \text{ ou } C$), a serem determinadas por meio de estruturas

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 15. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milão: Giuffrè, 2011, p. 412. ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Direito Tributário atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013, p. 195.

⁴² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104.

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 142-144, 158, 174.

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17, 22 e 55.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24 e 30. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milão: Giuffrè, 2011, p. 413. ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Direito Tributário atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013, p. 187. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143, 175-176 e 278.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 177.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143.

argumentativas fornecidas por metanormas de interpretação, como os postulados de proporcionalidade, de coerência e de razoabilidade.⁴⁸

Essa concepção, chamada de argumentativa, encara o objeto da segurança jurídica não como sendo a norma, mas sim “um procedimento racional para a (re)construção de uma norma – o que é algo sutilmente diferente”.⁴⁹ Isso é assim porque as consequências jurídicas decorrem de um processo argumentativo, o qual terá como resultado a reconstrução do significado da norma.⁵⁰ A argumentação é, portanto, o ponto central a ser levado em consideração no que se refere à segurança jurídica.⁵¹

Importante é o raciocínio de MacCormick quando reconhece a necessidade de interpretação dos termos da lei e dos fatos do caso.⁵² O referido autor pondera, ainda, que a interpretação consiste em um dos possíveis problemas que podem surgir no Direito e que a argumentação deve ser utilizada para demonstrar qual é a interpretação preferível para o caso quando isso for relevante.⁵³ Consoante MacCormick, “aplicar o Direito envolve sempre interpretá-lo”.⁵⁴ Grau refere que a interpretação e a aplicação concretizam o Direito, pois permitem que este seja inserido na realidade, no caso particular, na vida das pessoas.⁵⁵

No presente trabalho, será seguida a linha de Ávila em relação à concepção de Direito e, conseqüentemente, de segurança jurídica, a qual se caracteriza por encarar o Direito como um “objeto-atividade” que compreende atividades tanto semânticas quanto argumentativas, já que o intérprete, ao aplicá-lo, reconstrói “significados normativos por meio de regras de argumentação”, sempre tendo em vista, contudo, os postulados hermenêuticos e aplicativos.⁵⁶ Afinal, o intérprete também se submete e está vinculado aos limites do texto normativo,

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 157.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 157.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 157.

⁵² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 56-57.

⁵³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 56-57.

⁵⁴ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 161.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93-94, 260.

àquela moldura determinada pela linguagem textual, já que os textos devem apresentar uma “abertura” suficiente, mas não absoluta, bem como à legalidade e à Constituição.⁵⁷

Essa linha de pensamento propõe, por conseguinte, um conceito de segurança jurídica que se baseia na controlabilidade semântico-argumentativa, isto é, fundado no controle argumentativo e aferível pela linguagem (critérios e estruturas hermenêuticas), em oposição à visão objetivista de segurança jurídica como certeza.⁵⁸ Com o controle semântico-argumentativo, busca-se avaliar a segurança jurídica a partir do que Ávila chama de “dever prévio de maior determinação semântica possível” (controle semântico), bem como por intermédio de “um controle de legitimidade e de argumentação dos processos de regulamentação e de aplicação normativas” (controle argumentativo).⁵⁹ Dessa forma, são combatidas a indeterminação excessiva das hipóteses de incidência e a arbitrariedade e discricionariedade estatais.⁶⁰ A segurança jurídica é vista, pois, como garantia de respeito e sua concretização depende de diversos fatores a serem aferidos de forma equilibrada e conjugada.⁶¹ Em função disso, a segurança jurídica é encarada de maneira diversa da concepção anteriormente vista, não sendo apenas um campo com os extremos “existência” ou “inexistência”, visto que também pode comportar estados intermediários (por exemplo, “muita ou pouca segurança jurídica”), sendo, por conseguinte, um conceito gradual e polivalente.⁶²

Após ter-se analisado a concepção de Direito e as diferentes correntes sobre o tema, bem como sua implicação no conceito de segurança jurídica, é relevante tratar mais especificamente sobre este último.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46 e 187.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 278.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 333.

⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 333.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 278.

⁶² GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 30. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93, 144, 177.

2.1.2 Conceito de segurança jurídica

Primeiramente, é preciso destacar que a segurança jurídica é uma espécie normativa que estabelece como finalidade um estado ideal de coisas que, para ser atingido, exige, como meio, a realização de condutas humanas que gerem efeitos incentivadores de sua promoção gradual.⁶³ Por esse motivo, a segurança jurídica é considerada um princípio jurídico.⁶⁴ Sua realização depende da perspectiva e das circunstâncias de cada caso, isto é, pode dar-se de distintas maneiras.⁶⁵ Dessa forma, para que se possa analisar se a segurança jurídica é concretizada, e em que medida isso ocorre (se mais ou menos intensamente), é necessário definir os meios e os fins desta.⁶⁶

Esse caminho a ser trilhado pode ser melhor explicado se orientado por etapas: como o princípio da segurança jurídica tem como fim a promoção de estados ideais – também chamados de aspectos, dimensões, formas de concreção, planos, ideias ou conteúdos⁶⁷ –, é imprescindível que haja condições de fato para que esses estados ideais sejam alcançados; por sua vez, a verificação das condições de fato depende da realização de condutas, que são efetivadas por meio de regras concretas ou abstratas.⁶⁸ São esses os elementos da estrutura do princípio da segurança jurídica.⁶⁹ Nos dizeres de Ávila:

Noutras palavras, segurança jurídica é uma *norma* que determina a realização de um *estado de fato* marcado, como já foi referido, pela capacidade do indivíduo de fazer dignamente um planejamento estratégico juridicamente informado e respeitado da sua ação.⁷⁰

Em função de a segurança jurídica ter como fim a busca da realização dos estados ideais, pode-se dizer que sua efetivação ocorre de modo gradual, no sentido de que são cabíveis vários graus de (in)segurança jurídica, em oposição à dualidade segurança *versus*

⁶³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 115, 119, 120, 126, 152, 187, 255-256 e 677.

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 115, 119, 120, 126, 152 e 187.

⁶⁵ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 179.

⁶⁷ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 49.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 187-188.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 188.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 188.

insegurança.⁷¹ Como a segurança jurídica é a soma dos estados ideais parciais, e estes podem ser avaliados sob óticas diferentes às vezes não coincidentes, pode ser que a realização de um estado ideal parcial restrinja a concretização do(s) outro(s), causando um conflito interno.⁷² Contudo, para saber qual o grau de segurança jurídica na situação, deve-se analisar seus elementos para constatar se houve maior restrição ou promoção destes.⁷³ Conforme Ávila: “Vale dizer, segurança jurídica ou é inteira, ou não é segurança”.⁷⁴ Portanto, os elementos da segurança jurídica podem ser restringidos, todavia, para que se possa dizer que há segurança jurídica, todos eles devem apresentar, individualmente, uma efetividade mínima e, conjuntamente, devem ser coordenados a fim de gerar sua maior promoção que restrição, ou seja, os estados ideais devem ser equilibrados.⁷⁵

Antes de avançar, cabe destacar que a segurança jurídica é um princípio complexo, com várias significações e implicações. Em função disso, os autores tratam-na de formas distintas, destacando mais um ou outro aspecto que compõe o princípio, conforme seu juízo de conveniência. Para os fins do presente trabalho, será utilizada predominantemente a concepção de Ávila sobre o tema. Entretanto, com isso, não se está negando ou diminuindo a posição de outros doutrinadores que contribuíram enormemente para a compreensão do princípio.

Dito isso, também é oportuno tratar, neste momento, sobre as dimensões de análise da segurança jurídica: estática e dinâmica. A dimensão estática, cujo estado ideal implicado é a cognoscibilidade (também denominada certeza do direito)⁷⁶, analisa o conteúdo do Direito, seu conhecimento e como ele, sendo conhecido, pode servir de instrumento de orientação dos indivíduos.⁷⁷ A dimensão dinâmica, a qual encerra os estados ideais de confiabilidade e de

⁷¹ GOMETZ, Gianmarco. **La certeza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 30. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 93, 144, 177, 275 e 675.

⁷² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 271, 675 e 702.

⁷³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 675.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 82.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 81, 127-128, 271 e 702.

⁷⁶ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 53.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 295-296, 299 e 690.

calculabilidade, por sua vez, examina a força do Direito, isto é, questiona o que é imprescindível para que o Direito seja forma de garantir direitos e expectativas.⁷⁸

Já foi referido que um estado ideal pode restringir, de forma limitada, os demais, entretanto, outro fenômeno relacional pode ser verificado entre eles: uma ligação de meio e fim.⁷⁹ Isto quer dizer que um depende do outro para ser concretizado. Existe uma relação de pressuposição, de reciprocidade e de interdependência entre as dimensões e seus elementos, já que, por exemplo, não se pode conceber a existência de confiabilidade e de calculabilidade sem que se verifique a cognoscibilidade.⁸⁰

Após a apreciação dessas ideias iniciais, convém expor o conceito de segurança jurídica utilizado neste trabalho. Nas palavras de Ávila:

Em face de todas as considerações anteriores, pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo *uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.*⁸¹

2.1.2.1 Cognoscibilidade

Integrante da dimensão estática da segurança jurídica, a cognoscibilidade tem uma perspectiva atemporal; trata da segurança jurídica hoje.⁸² Esse estado ideal, também chamado de certeza do direito⁸³ ou de compreensibilidade, exige que o indivíduo seja formal e materialmente apto a assimilar os significados possíveis da norma geral ou individual, material ou procedimental e minimamente efetiva a que deve obedecer, a qual deve ser inteligível, acessível, abrangente, clara, determinável e executável.⁸⁴ Ademais, para cumprir

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 295, 298-299 e 690.

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 299.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 299-300.

⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 274.

⁸² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 169.

⁸³ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 53.

⁸⁴ GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 278. PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à

os requisitos da cognoscibilidade, o próprio ordenamento jurídico deve ser coerente e integrado em suas diversas regras e princípios.⁸⁵ Kelsen, ao referir-se à exigência, posta à autoridade legisladora, de formular normas com o menor número possível de sentidos alternativos com vista à realização da segurança jurídica está, de certa forma, invocando a cognoscibilidade do Direito ao propor que este tenha clareza.⁸⁶ Também não pode ocorrer de a exceção virar a regra, causando confusão nos jurisdicionados, que não terão condições de saber qual norma respeitar.⁸⁷

O Direito depende da comunicação, que é feita pela linguagem, a qual compõe o texto normativo, mas como esta é indeterminada, ambígua e imprecisa^{88 89}, isso deve ser feito utilizando-se processos argumentativos para reconstruir os núcleos de sentido intersubjetivamente controláveis e fixados, em momento anterior, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, que não podem ser afastados pelo intérprete.⁹⁰ Para que isso ocorra é preciso que se conheça o conteúdo do texto normativo vigente proporcionando-se acesso material e intelectual a esse.⁹¹ Sendo assim, deve-se determinar o processo capaz de gerar normas jurídicas válidas, além de outras questões relacionadas com o controle, pelo próprio Direito, da criação de suas normas.⁹²

Os comportamentos que devem ser praticados para que a cognoscibilidade seja promovida consistem na publicação, na circulação e disponibilização dos diários oficiais, na

instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 55. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 17. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 129, 169, 274 e 691.

⁸⁵ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 17.

⁸⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 396-397. GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 278.

⁸⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 325.

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 194-195 e 197.

⁸⁹ A linguagem jurídica tem como características a ambiguidade e a imprecisão. A linguagem é ambígua porque uma mesma palavra pode ter vários significados e representar mais de um objeto, e ela é imprecisa porque as palavras não podem ter sua amplitude rigidamente delimitada. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 197-198.

⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 129 e 275.

⁹¹ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 53. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 256-257 e 308.

⁹² PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54.

intimação, na utilização de linguagem acessível e na pouca quantidade de consequências previstas.⁹³ Como requisitos para que haja cognoscibilidade, os sujeitos devem saber, ainda que minimamente, sobre a existência, a validade, a vigência e a eficácia das normas e, com isso, volta-se ao ponto inicial sobre a exigência de conhecimento, entendimento e compreensão da norma, de seu sentido, de sua abrangência, de seu valor e dos efeitos do seu não cumprimento.⁹⁴ Dessa maneira, pela exigência de cognoscibilidade, o princípio da segurança jurídica funciona como instrumento de orientação, impedindo o engano daquele que se utiliza do Direito para agir.⁹⁵ O Direito prevê resultados em razão de determinadas condutas; portanto, os destinatários devem ter elementos que proporcionem conhecimento prévio sobre esses efeitos.⁹⁶ Conhecendo a norma, o indivíduo pode, com tranquilidade, planejar e praticar sua ação ou inação conforme os efeitos jurídicos a elas previstos que pretende alcançar ou evitar.⁹⁷

2.1.2.2 Confiabilidade

A confiabilidade, estado ideal que compõe a dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica e que tem como objeto de proteção o passado e sua transição para o presente (perspectiva retrospectiva), determina que o indivíduo tenha ciência sobre quais modificações podem ou não ocorrer, e, dessa forma, possa impedir a frustração dos seus direitos e exercer sua liberdade.⁹⁸ Isso somente é possível se, no presente, forem resguardados os efeitos jurídicos garantidos pelo Direito e as pretensões dos jurisdicionados para posições jurídicas consolidadas e atos de disposição dos direitos fundamentais praticados no passado através da promoção da estabilidade desses efeitos por meio da “durabilidade do ordenamento jurídico”, da “intangibilidade de situações passadas” e da “irretroatividade das normas

⁹³ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54-55. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 180.

⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 343.

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 676.

⁹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 449.

⁹⁷ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 53. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 449.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 297, 347, 351 e 691.

presentes” (proteção do passado no presente).⁹⁹ Nos dizeres de Ávila: “Em outras palavras, o termo ‘confiabilidade’ é utilizado para denotar aquilo que, do passado, deve permanecer no presente do Direito [...]”.¹⁰⁰

É importante que assim seja porque o direito fundamental de liberdade, para ser atingido de forma plena, tem como premissa que se oportunize, ao ser humano, meios de, livremente, moldar sua vida, o que só pode ser concretizado com um mínimo de continuidade das normas válidas.¹⁰¹ Se o ordenamento é alterado reiteradamente, ou seja, se ele não apresenta estabilidade, durabilidade, continuidade e permanência suficientes, os indivíduos não poderão saber a qual norma devem obedecer para orientação de suas ações em curto, médio e longo prazos e, assim, evitarão praticar diversas atividades, trazendo prejuízos a toda a sociedade.¹⁰² Os indivíduos devem, por conseguinte, confiar no Direito.¹⁰³ É relevante, no entanto, relatar que a permanência aqui referida diz respeito ao ordenamento jurídico em geral (objetivamente) ser estável.¹⁰⁴

Não obstante, cabe destacar que as mudanças são possíveis e aceitas. A alteração em si não é encarada como algo negativo se realizada gradualmente. Ela, inclusive, é vista, muitas vezes, como algo positivo e desejável, pois serve para adequar o Direito às naturais mudanças sociais, históricas, econômicas, tecnológicas, morais e de conhecimento. A estabilidade requer mudanças, ainda que isso possa soar contraditório em um primeiro momento.¹⁰⁵ Ainda, segundo Ávila: “Em outras palavras: mudança ‘demais’ gera desconhecimento e desconfiança, porém mudança ‘de menos’ provoca inefetividade”.¹⁰⁶

Decorre do estado ideal de confiabilidade da segurança jurídica o princípio da proteção da confiança, que será tratado adiante.

⁹⁹ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 170, 274-275, 297-298, 676 e 691.

¹⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 347.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 257.

¹⁰² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 349.

¹⁰³ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 449.

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 351.

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 131.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 350.

2.1.2.3 Calculabilidade

A calculabilidade é um estado ideal do princípio da segurança jurídica relacionado a sua dimensão dinâmica e aborda o aspecto futuro do princípio em estudo (perspectiva prospectiva), mais especificamente a relação entre presente e futuro, ou seja, trata a ação que pertence ao presente mas precisa ter seus efeitos calculáveis no futuro (“segurança do futuro”).¹⁰⁷ Em razão disso, para que seja possível afirmar se há ou não segurança jurídica, é necessário perscrutar o grau de calculabilidade existente na situação sob análise. Para tanto, dois fatores devem ser investigados: a profundidade quantitativa ou a dimensão vertical da antecipação e a extensão ou a dimensão horizontal da antecipação¹⁰⁸. Ambas dizem respeito à aptidão, por parte dos sujeitos, de prever as consequências normativas futuras decorrentes de atos ou fatos.¹⁰⁹

A profundidade quantitativa, também chamada de dimensão vertical da antecipação, se refere nas palavras de Humberto Ávila, “à efetividade, à exatidão e à extensão no tempo da previsão”.¹¹⁰ Quanto menor o número e variedade de consequências futuras compreensíveis em certo período de tempo razoável, maior a calculabilidade.¹¹¹ Importa também se essas previsões foram verificadas de fato na realidade, isto é, o sucesso da previsão, bem como sua importância prática para fornecer informações específicas e úteis para programar ações e comportamentos.¹¹² Gometz, inclusive, propõe uma escala de 0 a 100 para calcular em que medida as previsões foram concretizadas.¹¹³ Além disso, quanto menor o período de tempo em que se pode prever a ocorrência da consequência jurídica, maior a calculabilidade.¹¹⁴ Por “tempo razoável” se entende aquele em que o sujeito é capaz de decidir por planejar-se tendo como base o Direito, de forma que este oriente sua ação.¹¹⁵

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 131, 298 e 347.

¹⁰⁸ GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 268-269. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178.

¹⁰⁹ GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 268.

¹¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178.

¹¹¹ GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 271. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178 e 258.

¹¹² GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 270-271.

¹¹³ GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 270.

¹¹⁴ GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 271.

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178 e 258. GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 596.

Por sua vez, a extensão ou a dimensão horizontal da antecipação considera o quanto a segurança está propagada entre o grupo que irá realizar a previsão.¹¹⁶ Quanto mais integrantes desse grupo tiverem capacidade de antecipar as consequências, maior a calculabilidade.¹¹⁷ Dessa forma, unindo as duas dimensões, pode-se dizer que temos pouca segurança jurídica quando a maioria dos participantes da classe considerada faz previsões não efetivas e inexatas (genéricas) referentes a um curto espaço de tempo, mesmo que, isoladamente, um ou poucos membros sejam capazes de prever de forma efetiva, exata e a longo prazo as consequências jurídicas decorrentes de atos ou fatos.¹¹⁸

Sendo assim, cabe ressaltar que a calculabilidade não pode ser definida como a capacidade de antecipar as situações, mas sim como a capacidade de antecipar razoavelmente, em relação à profundidade e à extensão, as consequências jurídicas alternativamente aplicáveis a atos ou a fatos, determinadas pelo ordenamento para cada situação, assim como o período de tempo no qual a consequência será realizada.¹¹⁹ Como bem colocado por Ávila:

Não se antecipa o futuro, mas o sentido normativo do presente no futuro ou, mais tecnicamente, o sentido normativo da ação ou da inação praticadas no presente por uma decisão a ser proferida no futuro.¹²⁰

A avaliação deste estado ideal recai sobre a mudança futura de algo presente, impedindo que as inovações no ordenamento jurídico sejam bruscas, drásticas¹²¹ ou desleais, como forma de proteção dos direitos fundamentais, porque, ainda que os indivíduos tenham consciência que a norma pode ser alterada, eles precisam saber quais os limites e em que medida isso pode ocorrer.¹²² Destarte, a calculabilidade exige anterioridade, continuidade e vinculatividade.¹²³ Além disso, requer um prazo de adaptação em relação à modificação normativa, que depende do quanto esta irá afetar os direitos fundamentais.¹²⁴

Dessa forma, mostra-se oportuno trazer a definição de calculabilidade segundo Ávila:

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178.

¹¹⁷ GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 275.

¹¹⁸ GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 277.

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178 e 272.

¹²⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178.

¹²¹ Brusca é a mudança não antecipável, que causa surpresa; drástica é a alteração de elevada intensidade em relação aos seus efeitos, ainda que antecipável. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 605.

¹²² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 258, 273, 347 e 597.

¹²³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 275, 298 e 597.

¹²⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 604.

Em razão dessas considerações é que se deve definir a calculabilidade como um estado de coisas em que o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de *antecipar* e de *medir* o espectro *reduzido* e *pouco variável* de consequências atribuíveis abstratamente a atos, próprios e alheios, ou a fatos, e o espectro *reduzido* de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada.¹²⁵

O reflexo da calculabilidade na Constituição da República Federativa do Brasil pode ser percebido no seu art. 5º, XXXVI¹²⁶ e LXXVIII¹²⁷, ao garantir a inviolabilidade da coisa julgada, assim como a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.¹²⁸ Dessa forma, o ordenamento constitucional estabelece tanto a razoabilidade em relação ao tempo quanto a definitividade relativamente à matéria.¹²⁹

Essas orientações não se referem apenas aos Poderes Executivo e Legislativo. Também o Poder Judiciário deve respeitar os ditames da calculabilidade:

E, finalmente, também a atividade judicial, quando exteriorizadora de mudança de orientação, deve, além de ter eficácia prospectiva nos casos em que a eficácia declaratória for comprometer a credibilidade institucional do Direito ou frustrar atos de disposição legitimamente praticados com base na orientação abandonada, conter prazos ou regras de transição, para evitar a brusquidão e a gravidade da mudança.¹³⁰

2.2 Eficácia da norma no tempo

2.2.1 Noções introdutórias

Após analisar o princípio da segurança jurídica como um todo em seus aspectos principais, a seguir, o exame deter-se-á mais especificamente na questão temporal do referido princípio. Já foi visto que a segurança jurídica apresenta profunda relação com o tempo, tendo, inclusive, uma dimensão dinâmica, que aborda aspectos relativos à ação no tempo e à

¹²⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 273 e 597.

¹²⁶ “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

¹²⁷ “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

¹²⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 630-631.

¹²⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 630.

¹³⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 606.

transição do Direito.¹³¹ Ademais, os estados ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade da segurança jurídica podem ser considerados relativos ao presente, ao passado e ao futuro, respectivamente.

Por meio do estado ideal da cognoscibilidade, a segurança jurídica assegura o momento presente a partir da exigência de conhecimento das normas jurídicas vigentes por parte dos seus destinatários, a fim de proporcionar uma “segurança de orientação” para os atos praticados no presente.¹³² Em razão disso, a ordem constitucional prevê regras de criação do Direito, funda deveres que dizem respeito à existência, à vigência e ao conteúdo das normas, por meio, por exemplo, dos requisitos de publicação, irretroatividade, clareza e determinabilidade dos textos normativos.¹³³

Com a confiabilidade, o princípio da segurança jurídica tutela o passado no presente, pois se considera que só há liberdade quando o indivíduo sabe as “regras do jogo” antes de praticar sua ação, para que esta possa ser orientada e tenha como consequências apenas aquilo que já era esperado antes do seu exercício, sem surpresas. O ato passado não pode ser atingido por regras a ele posteriores. Além disso, o indivíduo deve ter garantido o respeito hoje da sua liberdade exercida em função do Direito ontem.¹³⁴ Para proteger as situações passadas, a Constituição traz as garantias do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, além de reger as alterações no Direito.¹³⁵

Também o futuro é protegido pelo princípio da segurança jurídica, por intermédio do estado ideal de calculabilidade. Como decorrência da liberdade, os indivíduos, ao agir no presente, devem poder prever minimamente as consequências jurídicas que seus atos desencadearão no futuro. Isto é, devem ter a garantia de respeito, amanhã, da liberdade praticada hoje.¹³⁶ Essa “segurança de aplicação” está orientada pelo ordenamento

¹³¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 345.

¹³² PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 53. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 270, 345 e 688.

¹³³ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 270 e 688.

¹³⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 345 e 591.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 270 e 688.

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 345.

constitucional com base em normas sobre a vinculatividade do Direito e sobre a eficácia da instituição normativa.¹³⁷

A fundamentação do princípio da segurança jurídica sob o prisma dos direitos fundamentais estabelece que se verifique a intensidade da restrição desses direitos e se ela pode ser suficientemente justificada.¹³⁸ Os parâmetros de verificação da validade das alterações das normas devem basear-se nos direitos fundamentais e nos princípios que configuram a atuação do Estado, e não apenas no princípio do Estado de Direito.¹³⁹

Diversos são os direitos fundamentais que informam o princípio da segurança jurídica, entre eles a igualdade. Dela é extraído o dever de igualdade no tempo, também chamado de igualdade sistemática.¹⁴⁰ De um lado, a igualdade em geral determina que, se não há motivos para tratamento desigual, os indivíduos precisam ser isonomicamente considerados e, assim, os atos administrativos ou as decisões judiciais ou administrativas devem permanecer em caso de não haver alteração relevante nas condições que sustentaram a edição do ato ou da decisão.¹⁴¹ Além disso, somente haverá segurança jurídica se houver isonomia de aplicação.¹⁴² Por sua vez, a igualdade sistemática prestigia não só a confiabilidade, ao pressupor a estabilidade e a vinculatividade jurídicas pela exigência de fundamento em caso de não preservação do ato ou da decisão, mas também a calculabilidade, ao autorizar a pressuposição, por parte do sujeito, de que o ato e a decisão somente serão modificados se houver motivos justificados para tanto.¹⁴³

Essa proteção do passado, do presente e do futuro proporcionada pela segurança jurídica visa, em última análise, a efetivar a dignidade humana, sendo a face jurídica desta, já que “[...] ao exigir a visibilidade da respeitosa transição do passado ao presente, e do presente ao futuro, impede que o Direito se volte contra quem nele confiou e que com a sua contribuição agiu”.¹⁴⁴ Sem essas disposições temporais e aplicativas relativas ao

¹³⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 270 e 688.

¹³⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 227-228.

¹³⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 228.

¹⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 230.

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 230.

¹⁴² CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 456 e 459.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 230.

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 677.

funcionamento do Direito propugnadas pela segurança jurídica, como a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não se poderia falar em respeito à pessoa, pois esta seria tratada como mero objeto, visto que não poderia se autodeterminar e moldar seu presente e seu futuro de forma autônoma, livre e digna.¹⁴⁵ Dessa forma, a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade são requisitos para a realização do ser humano como tal.¹⁴⁶ A segurança jurídica é, por conseguinte, pressuposto jurídico da dignidade humana e esta é fundamento indireto daquela, então toda vez que a segurança jurídica é desconsiderada, também o é a dignidade humana.¹⁴⁷

Exemplificativamente, quando uma norma gera efeitos no passado, isto é, em momento anterior à sua edição e entrada em vigor, ou seja, quando ela é uma norma com eficácia retroativa, por atingir e valorar comportamentos passados, que não podem mais ser modificados e que não foram praticados com conhecimento do novo texto normativo pelo simples fato de que ele ainda não existia, os indivíduos têm sua dignidade diretamente ferida.¹⁴⁸ Só é livre e autônomo quem tem seus atos dirigidos pelas regras vigentes quando da sua ação; caso contrário, as regras não operam sobre a vontade, porque posteriores à exteriorização dessa.¹⁴⁹

Provavelmente o indivíduo teria agido diferente se soubesse das novas consequências de seus atos, pois agiu daquela forma específica justamente para obter as decorrências então previstas pela legislação.¹⁵⁰ Por isso, é clara a manipulação e o engano do sujeito que age sob a orientação de uma lei mas que sofre as consequências por meio de outra, inexistente no momento da ação.¹⁵¹ E a dignidade humana não permite manipulações ou enganosa. Consoante Ávila:

Pois bem, a restrição da dignidade humana está no fato de o destinatário *ser* atingido por uma consequência pela qual *não* esperava, e *não* ser alcançado pela consequência pela qual aguardava. O legislador, desse modo, brinca com o destinatário, como se fosse ele um objeto, especialmente por aniquilar a sua autonomia, na medida em que este, por já ter agido com base na norma então

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 219-220, 231 e 677.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 231.

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 231-232.

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 219-220.

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 232.

¹⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 232-233.

¹⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 232.

existente, não mais pode modificar o seu comportamento, levando em consideração a norma que somente depois passou a existir.¹⁵²

No caso da retroatividade também há ofensa ao princípio da igualdade, pois, se temos dois indivíduos com a mesma situação jurídica em dado instante (juridicamente iguais), porém um deles pratica uma ação e outro não, e as consequências desse ato vêm a ser posteriormente modificadas por uma norma com eficácia retroativa, um deles (aquele que não agiu) fica em uma situação melhor que aquele que agiu (situação de desigualdade), e isso ocorre por motivos alheios a ambos.¹⁵³ Sendo assim, aqueles sujeitos que, inicialmente estavam em igualdade, foram tratados desigualmente apenas em função do tempo.¹⁵⁴

Aplicando a proibição de retroatividade nos estados ideais da segurança jurídica anteriormente analisados, pode-se constatar que ela é orientada tanto pela confiabilidade quanto pela calculabilidade.¹⁵⁵ Pela confiabilidade, porque há uma obrigação de preservar no presente o que valia no passado (estabilidade); pela calculabilidade, porque há uma obrigação de preservar no futuro o que vale no presente (vinculatividade).¹⁵⁶ Segundo Ávila:

Poder-se-ia também dizer que a confiabilidade é a projeção retrospectiva da calculabilidade, e esta última a projeção futura da confiabilidade – são dois lados da mesma moeda.¹⁵⁷

Como, para os objetivos deste trabalho, interessa sobretudo a proteção do passado no presente, o estado ideal de confiabilidade e seus elementos serão analisados mais detalhadamente. Um dos reflexos da segurança jurídica no ordenamento constitucional brasileiro está no art. 5º, XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.^{158 159} Dessa

¹⁵² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 233.

¹⁵³ FRÄNDBERG, Ake. “Retroactivity, simulactivity, infraactivity”, in Jes Bjarup e Mogens Blegvad (orgs.), **Time, Law and Society, ARSP**, v. 64, Stuttgart, Franz Steiner, 1995, p. 70. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 230-231.

¹⁵⁴ JURATOWITCH, Ben. **Retroactivity and the Common Law**, Oxford, Hart, 2008, p. 212. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 231.

¹⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 346.

¹⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 346.

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 346.

¹⁵⁸ MELO, Lígia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 136. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 355.

forma, o constituinte garantiu a não flexibilização desses elementos da segurança jurídica.¹⁶⁰ Assim, promoveu a “garantia do passado”, relacionada à irretroatividade do Direito.¹⁶¹ Como ensina Ávila: “[...] havendo uma dessas hipóteses, afastados estão os efeitos retroativos, por obra da incidência da própria regra, sendo impertinentes outras razões, como aquelas atinentes ao interesse público, para efeito de tentar afastar, mediante ponderação, a sua aplicação”.¹⁶²

O conceito de ato jurídico perfeito está cunhado no §1º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.¹⁶³ ¹⁶⁴ O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, obsta que as condições de um ato jurídico já celebrado, que teve seus elementos necessários de existência preenchidos com suporte na norma anterior (vigente quando da sua realização), sejam modificadas por uma norma posterior.¹⁶⁵

Sobre o direito adquirido, pode-se referir que uma norma posterior não pode ser empregada para reger direitos decorrentes da realização de requisitos legais imprescindíveis à eficácia de atos ou fatos jurídicos prescritos por norma anterior (vigente quando da sua ocorrência).¹⁶⁶ A situação individual é intangível porque o efeito jurídico decorrente do ato ou fato já havia sido incorporado ao patrimônio da pessoa antes do surgimento da nova norma, mesmo que o direito não tivesse sido exercido.¹⁶⁷

O ordenamento também protege a coisa julgada, proibindo que os efeitos de atos ou fatos compreendidos em uma decisão judicial irrecorrível sejam atingidos por norma

¹⁵⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

¹⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 355.

¹⁶¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 449.

¹⁶² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 355.

¹⁶³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 357.

¹⁶⁴ BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-4657-4-setembro-1942-414605-normaatuizada-pe.html>>. Acesso em: 14 mai 2014.

¹⁶⁵ FRANÇA, Limongi. **Direito Intertemporal Brasileiro**, 2ª. ed., São Paulo, Ed. RT, 1968, pp. 426 e ss. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 357.

¹⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 357.

¹⁶⁷ MELO, Lígia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006, p. 136. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 358.

posterior.¹⁶⁸ Procura-se, assim, proteger quem confiou no benefício recebido pela decisão transitada em julgado, até mesmo porque no processo do qual ela originou-se foram oportunizados às partes o contraditório e a ampla defesa.¹⁶⁹

Entretanto, não é somente o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada que são protegidos pelo princípio da segurança jurídica. Esses são apenas os elementos do referido princípio que têm previsão expressa na Constituição. Logo, nada impede que outras situações que não o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada também sejam tuteladas pelo princípio da segurança jurídica. É o caso, por exemplo, de quando inexistente norma que sirva como base para a geração de efeitos jurídicos, mas, faticamente, a situação encontra-se consolidada pelo decurso do tempo ou pela falta de meios alternativos, o que torna inaceitável o alcance desses efeitos jurídicos por parte de uma norma posterior retroativa.¹⁷⁰ Nesses casos, é muito complexo tentar alterar o que está consolidado pelo tempo tanto em função da dificuldade de provar e recordar fatos tão remotos, quanto pela repercussão negativa despropositada que sua modificação traria ao indivíduo, motivo pelo qual se impõe sua estabilização, a fim de alcançar justiça e segurança.¹⁷¹ Nos termos dos julgados do Supremo Tribunal Federal, a “situação consolidada” pela “força normativa dos fatos” não pode ficar juridicamente desprotegida.¹⁷² Sendo assim, conclui Ávila: “O decisivo, em termos gerais, é que o transcurso do tempo pode consolidar uma situação, ainda que ela seja ilegal ou baseada em norma declarada inconstitucional”.¹⁷³ Essa é a justificativa para a existência dos institutos da prescrição e da decadência no Direito.¹⁷⁴

Além dessas, existem outras formas de tutela da confiabilidade, como o princípio da proteção da confiança. É o que será visto a seguir.

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 358.

¹⁶⁹ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 57. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 360.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 362.

¹⁷¹ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 58.

¹⁷² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 362.

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 364.

¹⁷⁴ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 58.

2.2.2 Proteção da confiança

Algumas vezes, o princípio da proteção da confiança é considerado apartado em relação ao princípio da segurança jurídica.¹⁷⁵ Entretanto, o presente trabalho filia-se à concepção de que aquele decorre deste.¹⁷⁶ Mais especificamente, o princípio da proteção da confiança constitui a dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, haja vista que se refere à liberdade de alguém.¹⁷⁷ É também, juntamente com os direitos de liberdade e de propriedade e com os princípios orientadores da atividade do Estado, uma eficácia reflexa da segurança jurídica.¹⁷⁸

Não obstante, a proteção da confiança não está prevista expressamente na Constituição, mas entende-se que isso não é motivo para não ser incluída entre os direitos e garantias constitucionais.¹⁷⁹ Porém, justamente por não estar expressa na ordem constitucional, a proteção da confiança, diferentemente do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, pode ser flexibilizada, sujeitando-se à realização tanto de uma ponderação com princípios colidentes quanto de uma análise em função dos direitos fundamentais.¹⁸⁰

É oportuno apontar a definição de Ávila sobre o princípio da proteção da confiança:

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou em menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração da sua invalidade.¹⁸¹

¹⁷⁵ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59.

¹⁷⁶ PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 62.

¹⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 351.

¹⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 368.

¹⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 368.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 368.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 366.

Sendo assim, a segurança jurídica, por meio do princípio da proteção da confiança que é seu instrumento, busca tutelar as ações praticadas pelos indivíduos que confiaram em um ato normativo.¹⁸² Entretanto, não é qualquer confiança que é protegida; exige-se o preenchimento de alguns requisitos para que se possa invocar o princípio da proteção da confiança.¹⁸³ São eles: base da confiança, confiança nessa base, exercício da confiança na base e frustração da confiança por ato posterior e contraditório do Poder Público.¹⁸⁴

A base da confiança são as normas causadoras da ação ou da inação.¹⁸⁵ A base deve ter capacidade para ser, de fato, razão para o exercício dos direitos fundamentais e para gerar expectativa.¹⁸⁶ “Essa base tanto pode ser geral e abstrata, como uma lei, quanto individual e concreta, como um ato administrativo ou uma decisão judicial”.¹⁸⁷ Então, o indivíduo que busca ter sua confiança protegida deve, primeiramente, conhecer a base da confiança.¹⁸⁸

Todavia, diferentes bases têm diferentes graus de confiabilidade e, por esse motivo, existem critérios de configuração que apontam quais bases são aptas a gerar mais ou menos confiança.¹⁸⁹ Para isso, devem ser considerados os efeitos que a base provocou nos direitos e nos princípios fundamentais.¹⁹⁰ Analisando-se os critérios de configuração, se houver mais motivos para tutelar a confiança que motivos para não fazê-lo, deve-se invocar o princípio da proteção da confiança.¹⁹¹

Assim, quanto mais vinculante for a base, mais se deve proteger a confiança nela fundada, haja vista que existem normas mais ou menos vinculantes que outras; algumas com força vinculante formal, como as leis e as súmulas vinculantes, outras com força material,

¹⁸² PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 366.

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 366.

¹⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 366.

¹⁸⁵ ALTMEYER, Sabine. **Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht**, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 43. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 373.

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 373-374.

¹⁸⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 373.

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 373.

¹⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 374.

¹⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 376.

¹⁹¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 378.

como as súmulas não vinculantes, e outras, ainda, sem força vinculativa definitiva (critério do grau de vinculação da base).¹⁹² As normas mais vinculantes obrigam mais o indivíduo, restringindo mais sua liberdade e, por isso, gerando mais confiança do sujeito que segue as orientações do Direito.¹⁹³ Quanto mais aparentemente legítima for a base, mais se deve proteger a confiança (critério do grau de aparência de legitimidade da base).¹⁹⁴ Quanto mais permanente for a base, mais se deve proteger a confiança (critério do grau de modificabilidade da base).¹⁹⁵ “Quanto mais duradoura no tempo for a eficácia temporal da base, maior proteção merece a confiança nela depositada” (critério do grau de eficácia no tempo da base).¹⁹⁶ Enfim, são vários os critérios: critério do grau de realização das finalidades da base, critério do grau de indução da base, critério do grau de individualidade da base e critério do grau de onerosidade da base.¹⁹⁷

Percebe-se que, para examinar a relevância da base, vários critérios precisam ser examinados conjuntamente.¹⁹⁸ Além disso, os critérios não apresentam uma dualidade (sim ou não), e sim uma gradualidade (mais ou menos); portanto, quanto maior a verificação do critério, maior a base de confiança.¹⁹⁹ A questão fica mais complexa ainda quando os critérios colidem uns com os outros, caso em que deve haver compensação: se um critério está presente em baixo grau, outro deve estar presente em alto grau, porque somente se protege a confiança se houver mais razões para fazê-lo que o contrário, e isso é verificado pela avaliação geral dos critérios.²⁰⁰

O segundo requisito é a confiança na base de confiança.²⁰¹ Por óbvio, se o indivíduo não confiou na base não há confiança a ser protegida. O terceiro requisito é o exercício da confiança, pois não há necessidade de proteger uma confiança que não foi exercida. O sujeito

¹⁹² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 380.

¹⁹³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 381.

¹⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 381.

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 387.

¹⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 389.

¹⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 392-399.

¹⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 399.

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 399.

²⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 400.

²⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 403.

deve ter praticado atos concretos em decorrência da confiança.²⁰² O quarto e último requisito é a frustração da confiança, já que, não tendo sido frustrada a confiança, esta não precisa ser protegida. Conforme Ávila: “O princípio da proteção da confiança só se justifica nos casos em que o cidadão tem a sua confiança, gerada por um ato estatal anterior, frustrada por uma nova manifestação estatal posterior contraditória”.²⁰³ Não é qualquer confiança frustrada que será objeto de proteção, mas somente aquelas que ferem significativamente os direitos fundamentais.²⁰⁴

Em momento anterior, abordou-se o tema da retroatividade pelo viés do direito fundamental de igualdade e da dignidade humana. Após analisar o princípio da proteção da confiança, cabe retornar à análise dos casos em que as normas possuem efeito retroativo. Como já visto, há uma proteção expressa, por meio da tutela do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, daqueles atos ou fatos que não só tiveram como base uma lei passada, mas que também foram consumados no passado. Contudo, quando sua consumação tiver começado no passado, mas ainda não tiver terminado, para evitar a retroatividade deve-se invocar o princípio da proteção da confiança caso seus requisitos e critérios assim o recomendem e se os direitos fundamentais forem restringidos.²⁰⁵ Deve-se verificar com qual objetivo os efeitos da norma foram programados para atingir atos passados e se isso é de fato imprescindível para a obtenção do fim buscado por esta.²⁰⁶ Apenas se ficar comprovado que a eficácia retroativa é mesmo importante, o princípio da segurança jurídica e o objetivo da norma devem ser ponderados, exigindo-se fundamentação para que esta prepondere sob a proteção da confiança; se não for assim, a alteração na norma poderá somente apresentar eficácia em relação ao futuro.²⁰⁷ Mesmo com a preponderância da finalidade da norma, o princípio da segurança jurídica não foi afastado, mas apenas restringido em uma de suas dimensões e de forma fundamentada.²⁰⁸

²⁰² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 405.

²⁰³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 408.

²⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 408.

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 412 e 414.

²⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 412.

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 412.

²⁰⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 414.

3 JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE JURÍDICA

3.1 Fontes do Direito em geral

O Direito é construído culturalmente pela sociedade; em razão disso, é importante que se analise quais são os meios pelos quais as normas são criadas e ingressam no sistema jurídico.²⁰⁹ A teoria das fontes busca identificar o que é direito²¹⁰ e, dessa forma, “[...] regular o aparecimento contínuo e plural de normas de comportamento sem perder de vista a segurança e a certeza das relações”.²¹¹ Isso é relevante porque permite que o sistema como um todo seja ordenado de forma coesa e que os atos criadores de normas sejam delimitados visando ao conhecimento de todos os indivíduos²¹², o que gera maior segurança para estes.

O termo “fonte” é uma alusão à nascente das águas, representando, no direito, aquilo que origina as normas jurídicas.²¹³ Segundo Ascensão, “[...] *se poderia dizer que verdadeira fonte do direito é sempre e só a ordem social*”²¹⁴, já que a juridicidade das regras desta decorre²¹⁵. Contudo, o referido autor não nega a existência das fontes como “elementos singulares”, ou seja, das fontes em seu sentido comum, que alteram a ordem jurídica e são o “ponto de partida na busca da norma”.²¹⁶ Além disso, pondera que elas devem estar integradas no conjunto da ordem jurídica para que tenham sentido.²¹⁷ Em razão disso, a doutrina diferencia dois tipos de fontes: as fontes materiais e as fontes formais. As fontes materiais são dados da realidade que, em momento pré-jurídico, têm ingerência no processo de formação da

²⁰⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 223.

²¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 226-228.

²¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 227.

²¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 227.

²¹³ PINTO, Fernando. **Jurisprudência, fonte formal do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 2. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 119-120. PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 49. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 128. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013, p. 81.

²¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 241.

²¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 241.

²¹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 242.

²¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 241-242.

matéria das normas pela integração de fatos e valores.²¹⁸ As fontes formais, que têm caráter abstrato, geral, impessoal e imperativo, são as maneiras de exteriorização final do direito, isto é, as formas de estabelecimento das normas jurídicas.²¹⁹

As fontes do direito são, conforme Ferraz Junior, os procedimentos específicos por meio dos quais as normas jurídicas são criadas e entram no sistema.²²⁰ Entretanto, cabe ressaltar que não há consenso doutrinário sobre várias questões envolvendo as fontes jurídicas.²²¹

Consoante Reale, pode-se considerar como fonte do direito “ [...] os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*”.²²² Importa que a norma jurídica atenda aos requisitos de elaboração referentes à estrutura de onde provém e ao processo de sua atualização contidos na Constituição e nas leis, como, por exemplo, ser originária da fonte do direito que esteja de acordo com sua finalidade e sua natureza.²²³ Apenas possuem vigência as normas que seguem os parâmetros impostos pela ordem jurídica para aquele tipo de fonte.²²⁴ Por esse motivo, há um número restrito de fontes do direito válidas possíveis no ordenamento.²²⁵

Na concepção de Reale, o direito é manifestado a partir de estruturas normativas, que seriam o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial.²²⁶ Essa estrutura normativa relacionada à fonte do direito pressupõe, dentre os meios normativos possíveis para a criação da regra jurídica, indispensavelmente um poder de

²¹⁸ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 50. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 128.

²¹⁹ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 50. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 130. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 50 e 52.

²²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 227.

²²¹ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 137. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, 195-208, jul./set. 2007, p. 196. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 121.

²²² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 140.

²²³ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13 e 16.

²²⁴ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

²²⁵ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.

²²⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 140.

decisão, emanado de um centro de poder, sobre uma solução normativa referente a sua matéria e seu objeto, o que torna seu cumprimento obrigatório para todos ou entre as partes.²²⁷

Dessa forma, o exame das fontes do direito implica também a análise das maneiras de produção de regras jurídicas vigentes e eficazes.²²⁸ Em função disso, Reale justifica o elenco das fontes do direito:

[...] sendo o *poder* um *elemento essencial e consubstancial* ao conceito de *fonte do direito*, esta se diversifica em tantas modalidades ou tipos quantas são as formas do *poder de decidir* na experiência social. A meu ver, quatro são as fontes do direito: a *legal*, resultante do *poder estatal* de legislar editando leis e seus corolários normativos; a *consuetudinária*, expressão do *poder social* inerente à vida coletiva e revelada através de sucessivas e constantes formas de comportamento; a *jurisdicional*, que se vincula ao Poder Judiciário, expressando-se através de sentenças de vários graus e extensão; e, finalmente, a *fonte negocial*, ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem.²²⁹

Sendo assim, Reale identifica quatro fontes de direito, decorrentes de quatro formas de poder: o processo legislativo, oriundo do Poder Legislativo; a jurisdição, advinda do Poder Judiciário; os usos e costumes jurídicos, emanados do poder do povo, que ele denomina “poder social”; e a fonte negocial, procedente da autonomia da vontade (“poder negocial”).²³⁰ Mais uma vez impõe-se referir que a doutrina não é pacífica em relação ao elenco das fontes de direito. Tanto é assim que a classificação da jurisprudência como fonte não é unanimidade entre os juristas.²³¹

Seguindo no entendimento de Reale, depois da análise da estrutura da qual as normas são advindas, cabe apontar o destaque conferido ao processo de produção das normas. O referido autor considera que o foco principal da teoria das fontes é determinar quais pressupostos precisam ser seguidos para que as normas jurídicas sejam produzidas validamente.²³² A sua obrigatoriedade depende da sua validade, e esta está vinculada aos requisitos de elaboração de cada fonte, que lhe conferem juridicidade, além de serem formas de garantia da segurança.²³³ Esses pressupostos de validade devem ser buscados na

²²⁷ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141.

²²⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141.

²²⁹ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 12.

²³⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141.

²³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 120.

²³² REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 12-13, 16 e 18.

²³³ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14 e 17-19.

Constituição Federal, bem como na produção doutrinária e jurisprudencial.²³⁴ Este é, portanto, um dos papéis principais da doutrina na teoria das fontes: fixar os requisitos de legitimidade destas, embora não seja, ela mesma, uma fonte.²³⁵

Outra questão levantada pelos autores diz respeito ao primado de uma ou algumas fontes em relação às demais. Essa questão remete aos dois sistemas jurídicos ocidentais preponderantes: *civil law* e *common law*. No sistema romano-germânico, o processo legislativo é considerado a principal fonte do direito²³⁶, relegando uma posição secundária às outras fontes jurídicas, sendo a jurisprudência meramente persuasiva, conforme parte da doutrina.²³⁷ Por outro lado, no *common law* os precedentes têm primazia e eficácia vinculante.²³⁸ Isso se deve não a fatores lógicos, mas apenas a questões histórico-culturais e sociais, como, por exemplo, a desconfiança nos juízes na época da Revolução Francesa.²³⁹ Tem-se observado, recentemente, uma aproximação e ingerência mútua entre esses campos distintos, com reflexos em ambos os lados, que acabaram por resultar em um aumento da expressividade do processo legislativo no *common law*, bem como da jurisprudência no sistema romanístico.²⁴⁰

Apesar disso, como já referido, a jurisprudência, muitas vezes, não é considerada fonte do direito. Isso demonstra que há controvérsia doutrinária no que tange ao arrolamento da

²³⁴ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 19.

²³⁵ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 19.

²³⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141-142. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12-13 e 275. LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 74.

²³⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141-142. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12-13 e 275.

²³⁸ ROSAS, Roberto. Aspectos da jurisprudência como fonte de direito. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, n. 111, 16-29, set. 1969, p. 19. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 142-143. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12.

²³⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 142. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 245.

²⁴⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 142-143. PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 49. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A súmula vinculante como fonte hermenêutica de Direito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, 163-186, mai/jun. 2011, p. 174. TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, 139-155, set. 2011, p. 140. LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 75-76.

jurisprudência enquanto fonte.²⁴¹ Em face disso, é necessário analisar esse ponto com maior detalhamento.

3.2 Jurisprudência como fonte do Direito em geral

De início, cabe destacar a observação de Reale de que, apesar da relevância do tema, há poucos estudos sobre a jurisdição como fonte do direito, ou seja, como reveladora de normas jurídicas.²⁴² A palavra “jurisdição” é aqui entendida como “um *poder constitucional de explicitar normas jurídicas, e, entre elas, modelos jurídicos*”.²⁴³

Jurisprudência em sentido estrito, por sua vez, pode ser compreendida como o meio pelo qual o direito é revelado a partir da atividade jurisdicional, como decorrência de uma sequência de decisões judiciais que estejam em harmonia.²⁴⁴ Para se afirmar que há jurisprudência sobre determinada questão jurídica, requer-se a reunião de uma pluralidade de julgados em que haja em comum a convergência para um entendimento coerente e contínuo sobre a interpretação e a aplicação das normas jurídicas que represente a prática reiterada dos tribunais, não sendo suficientes uma ou duas decisões judiciais no mesmo sentido (entendimentos isolados), as quais apenas podem integrar uma jurisprudência, que abrange maior quantidade de julgados.²⁴⁵ Por essa razão, Venosa afirma: “O substantivo *jurisprudência* é um coletivo”.²⁴⁶

A jurisprudência e a interpretação realizada pelos julgadores apresentam papel importante no direito, visto que os textos codificados da legislação não são suficientes em si

²⁴¹ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Jurisprudência – Fonte do direito? (E como se formará sob o império da Lei Orgânica da Magistratura?). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 270, 101-108, 1980, p. 102. JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 30.

²⁴² REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 69.

²⁴³ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 69.

²⁴⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 167. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139.

²⁴⁵ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 95. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 167-168. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 165-167. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 131 e 133. TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, 139-155, set. 2011, p. 142 e 144. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 69.

²⁴⁶ PINTO, Fernando. **Jurisprudência, fonte formal do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 36. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 131.

mesmos para discriminar, prever, apontar e resolver todas as inumeráveis possibilidades e particularidades que surgem do caso concreto, pois trazem normas genéricas e abstratas, além de sofrerem com a falta de atualização, tornando-se inadequados às novas necessidades sociais.²⁴⁷ A concepção de que a legislação seria perfeita e exauriente já foi há tempos superada. Sendo assim, a jurisprudência tem mais capacidade que a legislação para, em tese, dar uma solução mais célere às necessidades sociais: “Muitas vezes, quando o direito finalmente é convertido em lei, já estava há muito consagrado em sede jurisprudencial [...]”.²⁴⁸

Ademais, o juiz, que não pode deixar de julgar alegando lacuna ou obscuridade legal (indeclinabilidade),²⁴⁹ precisa, através da interpretação, utilizar seu poder criativo para resolver o caso concreto, complementando as normas jurídicas, moldando os princípios e regras à prática da sociedade e promovendo o aprimoramento do ordenamento.²⁵⁰ Segundo Teixeira: “A multifária atividade humana, a impedir a previsão exaustiva das mais variadas formas de conflitos, exige do magistrado uma atuação jurisdicional que o afasta da condição de mero aplicador da lei [...]”.²⁵¹

Como cada julgador possui seus valores e convicções próprios, bem como certo grau de liberdade, imprescindível para a sua decisão, isso poderia causar um problema de segurança jurídica, já que cada um poderia julgar de acordo com a sua concepção, gerando fundadas dúvidas nos jurisdicionados sobre sua situação jurídica.²⁵² Entretanto, entende-se que essa possível falta de uniformidade em relação a questões de fato e de direito idênticas ou

²⁴⁷ ROSAS, Roberto. Aspectos da jurisprudência como fonte de direito. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, n. 111, 16-29, set. 1969, p. 17 e 20. LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 352. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 169-170. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 137, 7-31, jul. 2006, p. 19 e 21. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. A revisão da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo do trabalho. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; SILVA, Otávio Pinto e (coords.); CRAVO, Silmara Cosme; FIORAVANTE, Tamira Maira (orgs.). **Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional**. São Paulo: LTr, 2006. 250-266, p. 250.

²⁴⁸ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. A revisão da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo do trabalho. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; SILVA, Otávio Pinto e (coords.); CRAVO, Silmara Cosme; FIORAVANTE, Tamira Maira (orgs.). **Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional**. São Paulo: LTr, 2006. 250-266, p. 250.

²⁴⁹ ROSAS, Roberto. Aspectos da jurisprudência como fonte de direito. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, n. 111, 16-29, set. 1969, p. 25. SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Jurisprudência – Fonte do direito? (E como se formará sob o império da Lei Orgânica da Magistratura?). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 270, 101-108, 1980, p. 101. JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 30.

²⁵⁰ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 170.

²⁵¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, 195-208, jul./set. 2007, p. 204.

²⁵² NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 169.

muito semelhantes não desmerecem a atuação jurisprudencial; ao contrário, demonstram o poder de criação do juiz quando interpreta e coordena as normas ou quando supre lacunas.²⁵³

Por essa razão, declara Reale:

A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si.²⁵⁴

Além disso, ao contrário, isso pode até mesmo favorecer a segurança jurídica, já que alegar precedentes corretamente pode aumentar a previsibilidade das decisões ao uniformizar a jurisprudência.²⁵⁵ A uniformização da jurisprudência contribui para o aumento da segurança jurídica, permitindo que os indivíduos tenham expectativas legítimas relativamente a certas questões já consolidadas no Poder Judiciário em função da maior previsibilidade que isso enseja.²⁵⁶

Contudo, como já referido, essa matéria é bastante controversa entre os doutrinadores. Sendo assim, Venosa afirma que a função dos magistrados não é criar direito, mas apenas dizê-lo (*juris dicere*), haja vista que seria essa concepção que estaria por trás do termo “jurisdição”.²⁵⁷ O juiz não pode tomar o papel do legislador e criar normas, devendo restringir-se à sua missão de intérprete.²⁵⁸ A lei deve ser o limite à atuação do Poder Judiciário.²⁵⁹ Para Cassar, a jurisprudência não é fonte do direito porque consiste na interpretação e aplicação dada pelos Tribunais à lei no caso concreto, não sendo, assim, abstrata, impessoal e genérica.²⁶⁰

Ademais, aponta-se que, diferentemente da hierarquia administrativa, a hierarquia judiciária diferencia julgadores de instâncias inferiores e superiores, porém não permite que estes deem ordens àqueles em razão do princípio da independência assegurado aos magistrados, que preconiza que a interpretação do direito deve ser realizada consoante a lei e

²⁵³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 168.

²⁵⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 168.

²⁵⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 17 e 258.

²⁵⁶ LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 79.

²⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134.

²⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A súmula vinculante como fonte hermenêutica de Direito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, 163-186, mai/jun. 2011, p. 175.

²⁵⁹ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A súmula vinculante como fonte hermenêutica de Direito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, 163-186, mai/jun. 2011, p. 175.

²⁶⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 69.

a convicção do julgador.²⁶¹ Por isso, mesmo que um juiz ou um tribunal, ainda que superior, tome uma decisão em certo sentido, não estão os demais obrigados a seguir-lhe.²⁶² Nem sequer ele próprio se vincula à sua decisão anterior, sendo-lhe permitido alterar seu entendimento em novo caso idêntico a outro já julgado.²⁶³ Em suma, os julgados de outros processos não vinculam, podendo ser a jurisprudência discutida e afastada.²⁶⁴

Contudo, é inegável que, em razão da própria concepção da hierarquia judiciária, da qual resulta a divisão de graus de jurisdição, há decisões que apresentam maior força.²⁶⁵ Pode-se, portanto, observar uma tendência dos julgadores de graus inferiores, mesmo que não estejam obrigados a tanto, a ajustar suas decisões de forma que se enquadrem nos parâmetros dos julgados de graus superiores.²⁶⁶ Essa utilização do julgado anterior como critério para solucionar questão posterior também decorre do princípio da universalidade, que determina tratamento semelhante a casos iguais em seus pontos principais.²⁶⁷ Da mesma forma, a isonomia em relação às decisões judiciais determina que indivíduos envolvidos em casos idênticos não tenham seus processos julgados diferentemente.²⁶⁸ No *common law*, o caráter vinculativo dos precedentes apresenta grande relação com a isonomia, conforme Alvim:

A vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de *igualdade* e a *igualdade* é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado *semelhante* a outro, e decidido da *mesma forma*.²⁶⁹

²⁶¹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 171. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 299. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 245.

²⁶² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 170. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 171. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 299. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 245.

²⁶³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 299. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 245.

²⁶⁴ LIMA, Bruno de Mendonça. A jurisprudência como fonte de direito e a capacidade hereditária do filho natural. **Justiça**, Porto Alegre, v. IV, 208-211, 1934, p. 208. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 300.

²⁶⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 174.

²⁶⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 174.

²⁶⁷ ROSAS, Roberto. Aspectos da jurisprudência como fonte de direito. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, n. 111, 16-29, set. 1969, p. 29. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268.

²⁶⁸ LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 78.

²⁶⁹ ALVIM, Teresa Celina Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 172, 121-174, jun. 2009, p. 129.

Essa ausência de força obrigatória das decisões judiciais é utilizada por parte da doutrina para justificar a sua posição de negação da jurisprudência como fonte jurídica, pelo menos como fonte primária.²⁷⁰ Conforme Ascensão: “A jurisprudência seria quando muito uma fonte mediata do direito, no sentido de que vai formando o ambiente que permitirá, através das verdadeiras fontes do direito, a criação de regras jurídicas”.²⁷¹ A ela caberia apenas revelar o direito, interpretando-o e integrando-o para ser aplicado, não sendo sua competência, pela divisão dos poderes, a criação do direito, sob pena de arbitrariamente atingir as atribuições legislativas.²⁷² No máximo, reconhece-se a jurisprudência como fonte indireta, por ter ingerência doutrinária na criação das leis ou por virar costume predominante.²⁷³ O efeito da jurisprudência seria persuasivo, de convencimento do magistrado, indicando que aquela decisão parece ser razoável.²⁷⁴

Entretanto, os autores não deixam de admitir que o fato de existir uma série de julgados com a mesma orientação pode influenciar os magistrados a decidir segundo seus colegas, o que não lhes é defeso, desde que se mantenham fiéis aos preceitos da lei.²⁷⁵ Nas palavras de Ferraz Junior: “[...] não podemos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada *jurisprudência pacífica* dos tribunais, que não obriga, mas *de fato* acaba por prevalecer”.²⁷⁶

Também relatam esses juristas que, mesmo que as expressões dessa questão ainda permaneçam pouco analisadas, de forma crescente a jurisprudência tem criado direito, principalmente em função das deficiências da legislação e da inércia do Poder Legislativo.²⁷⁷ Apontam que a jurisprudência somente seria vista como fonte jurídica caso fosse possível

²⁷⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 245-246. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 132. PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 50. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 69.

²⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 301.

²⁷² NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 139 e 170.

²⁷³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 171. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 69.

²⁷⁴ LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 85.

²⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 132.

²⁷⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 245.

²⁷⁷ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 171. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 301.

declarar “ [...] com um mínimo de precisão, se há ou não um momento em que a orientação jurisprudencial fique consolidada, de maneira a poder afirmar-se que dela resultou uma regra para decisão de novos casos”.²⁷⁸

Contudo, a Constituição Federal prevê a vinculatividade, em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, dos julgados do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade.²⁷⁹ Conforme o § 2º do art. 102 da Constituição Federal:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.²⁸⁰

Por outro lado, é possível encontrar, por exemplo, na doutrina de Reale, a defesa da jurisprudência como fonte jurídica, para quem não há motivos para considerá-la apenas fonte acessória ou secundária.²⁸¹ Afirma o autor que, como a norma decorre do significado do texto, ou seja, de sua interpretação²⁸², e como a função do Poder Judiciário é justamente interpretar a legislação, dizendo o que é obrigatoriamente o direito no caso, a jurisprudência é fonte do direito²⁸³, pois, ao interpretar, a jurisprudência cria direito.²⁸⁴ O julgador tem poder para, interpretando a lei, formular sentença ou acórdão, que são normas particulares, com seu entendimento sobre o direito em relação àquele processo.²⁸⁵ A jurisprudência revela o direito mesmo quando há legislação aplicável ao caso.²⁸⁶

Por ser dinâmica, a jurisprudência permite ao magistrado atualizar a legislação, buscando seu sentido possível e alterando seu conteúdo, mas não seu texto, a fim de torná-la

²⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 302.

²⁷⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 270.

²⁸⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 27 mai. 2014.

²⁸¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 169.

²⁸² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 169. PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 52.

²⁸³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 169.

²⁸⁴ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Jurisprudência – Fonte do direito? (E como se formará sob o império da Lei Orgânica da Magistratura?). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 270, 101-108, 1980, p. 101.

²⁸⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 169.

²⁸⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 170.

mais condizente com a realidade.²⁸⁷ Nesse ponto encontra-se a principal importância da jurisprudência.²⁸⁸ Lourenço aponta: “O juiz não é escravo da lei”.²⁸⁹

Também é relevante o papel da jurisprudência quando esta, ainda que julgue de forma contrária ao conteúdo legal, busca refinar a lei que identifica injusta ou que atinja a dignidade humana.²⁹⁰ Não obstante, destaca Reale:

Essa alta visão do Poder Jurisdicional pressupõe, é claro, o superamento de uma concepção passiva da função dos magistrados, e, por conseguinte, da sentença como automática aplicação dos ditames da lei ao caso concreto, sem a participação criadora do juiz. Os estudos de Hermenêutica, uma das formas de conhecimento mais expressivas de nosso tempo, vieram demonstrar que o ato interpretativo implica sempre uma contribuição positiva por parte do exegeta [...].²⁹¹

Theodoro Junior também critica a posição dos doutrinadores que reconhecem aos juízes apenas a função de revelar o direito, por entender que essa concepção apresenta, como pano de fundo, um conceito rígido e formal de lei.²⁹² Para o autor, os tribunais formulam princípios inéditos nas leis e, além disso, a legislação tem sua eficácia determinada em função da maneira pela qual o juiz a aplica.²⁹³ Puig Brutau, que defende ser a jurisprudência fonte do direito com elevado alcance, nega a ideia de que apenas as fontes “oficiais”, ou seja, aquelas inequivocamente reconhecidas, seriam utilizadas na solução das controvérsias.²⁹⁴ Isso se daria em razão de que a legislação não é capaz de ajustar sempre a norma geral às particularidades do caso concreto, visto que todo o direito necessário para julgá-lo não está inserido total e completamente na lei, impondo aos juízes um função criadora; assim é a realidade.²⁹⁵ Nas palavras do autor: “O direito desborda da norma formal que o contém – posto que vive agitado pelas circunstâncias, sempre inquietas, do cotidiano”.²⁹⁶

²⁸⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 170-171. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 132.

²⁸⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 132.

²⁸⁹ LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 77.

²⁹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 132.

²⁹¹ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72.

²⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência como fonte do direito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 90/91, p. 408-410, 1978, p. 408.

²⁹³ PUIG BRUTAU, José. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: AJURIS, 1977, p. 7. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência como fonte do direito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 90/91, p. 408-410, 1978, p. 408.

²⁹⁴ PUIG BRUTAU, José. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: AJURIS, 1977, p. 7.

²⁹⁵ PUIG BRUTAU, José. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: AJURIS, 1977, p. 7-8.

²⁹⁶ PUIG BRUTAU, José. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: AJURIS, 1977, p. 10.

Também De La Cueva defende ser a jurisprudência fonte do direito. Consoante o jurista, é fato que esta cria direito, e, dessa forma, mesmo que seja invocada a teoria da separação dos poderes, “os fatos são mais fortes que as teorias”.²⁹⁷ Além disso, quando a jurisprudência é uniforme, não há como negar que o poder judicial está reconhecendo que existe uma regra geral.²⁹⁸

Também não prospera o argumento de que a jurisprudência não é fonte por ser mutável, haja vista que a própria lei, inegável fonte jurídica, também o é.²⁹⁹ Obviamente, não é recomendável que um tribunal responsável e comprometido com os ditames do direito altere sua jurisprudência constantemente - o que, em última análise, seria afirmar a incompetência de seus julgadores -, entretanto, nada impede aos magistrados que, transcorrido algum tempo e realizados estudos mais aprofundados, mudem seu entendimento.³⁰⁰

Sendo assim, para Theodoro Júnior, a lei seria somente um “ponto de partida”³⁰¹, já que teria que ser complementada pelo magistrado; caso contrário, não sendo dos julgadores a atribuição de aprimorar e tornar individual a legislação, os casos equívocos e controversos não poderiam ser resolvidos.³⁰² Os juízes realizam um trabalho de verdadeira adequação - e não apenas de interpretação da lei -, moldando as normas gerais às situações práticas dos casos concretos; portanto, quem determina o significado da lei, em última análise, é o Poder Judiciário.³⁰³ Afirma, ainda: “À toda evidência, a técnica jurídica dos julgadores é superior à capacidade legislativa do Estado e sob a aparência da interpretação o que as sentenças realizam, quotidianamente, é, sem dúvida, uma verdadeira atividade criadora do direito”.³⁰⁴

As construções jurisprudenciais, oriundas da força criadora da jurisprudência, em várias situações precedem a lei.³⁰⁵ Tucci exemplifica citando as variadas inovações em matéria de direito de família que foram trazidas pela jurisprudência e, somente em momento posterior, incluídas na legislação, além de elencar outros numerosos casos em que esse

²⁹⁷ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 359.

²⁹⁸ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 359.

²⁹⁹ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 359.

³⁰⁰ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 359.

³⁰¹ PUIG BRUTAU, José. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: AJURIS, 1977, p. 11. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência como fonte do direito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 90/91, p. 408-410, 1978, p. 409.

³⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência como fonte do direito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 90/91, p. 408-410, 1978, p. 409.

³⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência como fonte do direito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 90/91, p. 408-410, 1978, p. 410.

³⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência como fonte do direito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 90/91, p. 408-410, 1978, p. 409.

³⁰⁵ ROSAS, Roberto. Aspectos da jurisprudência como fonte de direito. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, n. 111, 16-29, set. 1969, p. 17.

fenômeno também ocorreu.^{306 307} Analisa: “Inúmeras inovações inseridas em nosso novo Código Civil nada mais representam do que a mera recepção, pela lei escrita, de orientação jurisprudencial sedimentada”.³⁰⁸

A jurisprudência consolidada também apresenta grande relevância na atuação dos indivíduos.³⁰⁹ Isto quer dizer que os indivíduos agem segundo a orientação jurisprudencial, a qual tem como um de seus objetivos trazer maior segurança jurídica aos cidadãos.³¹⁰ É importante notar que:

Os cidadãos baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos *precedentes* dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos. A uniformidade da jurisprudência integra o cálculo de natureza econômica, sendo a previsibilidade que daquela decorre um pressuposto inafastável para o seguro desenvolvimento do tráfico jurídico-comercial: uma mudança abrupta e não suficientemente justificada da orientação pretoriana solapa a estabilidade dos negócios;³¹¹

Como consequência, o poder discricionário dos juízes não pode ser alegado como forma de desprestigiar a confiança dos jurisdicionados nos precedentes quando da realização de alguma atividade.³¹² Em relação à falta de vinculatividade da jurisprudência, afirma Marinoni:

Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para darem origem a um sistema de precedentes vinculantes.³¹³

³⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 288-293.

³⁰⁷ Também pode ocorrer a situação contrária: casos em que um instituto estava previsto na lei e, paulatinamente, pela atividade judicial, caiu em desuso até perder totalmente sua imperatividade advinda da legislação, por não estar mais de acordo com as necessidades sociais. É o caso do crime de adultério e seu decorrente impedimento de casar no tocante ao cônjuge adúltero e seu corrêu. SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Jurisprudência – Fonte do direito? (E como se formará sob o império da Lei Orgânica da Magistratura?). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 270, 101-108, 1980, p. 102. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 293.

³⁰⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 288.

³⁰⁹ ORRÙ, Giovanni. **Richterrecht**. Il Problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea. Milano: Giuffrè Editore, 1988, p. 74-85. *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 296.

³¹⁰ ORRÙ, Giovanni. **Richterrecht**. Il Problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea. Milano: Giuffrè Editore, 1988, p. 74-85. *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 296.

³¹¹ ORRÙ, Giovanni. **Richterrecht**. Il Problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea. Milano: Giuffrè Editore, 1988, p. 74-85. *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 296.

³¹² GORLA, Gino. Precedente giudiziale. In: **Enciclopedia Giuridica**. Roma: Treccani, 1990, vol. XXIII, p. 11-12. *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 301.

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 398, 25-42, dez. 2010, p. 40.

Conforme já analisado, não é incomum a divergência jurisprudencial. Em uma tentativa de sanar essa questão, o ordenamento jurídico brasileiro, no art. 105, III, “c” da Constituição Federal³¹⁴, prevê a atuação do Superior Tribunal de Justiça para, por meio de recurso especial, julgar conflito entre decisões de dois ou mais tribunais de estados diferentes e unificar o entendimento sobre aquela questão controvertida.³¹⁵ Além dessa possibilidade, também representam formas de unificação da jurisprudência as súmulas dos tribunais, as quais serão analisadas mais detidamente na sequência.³¹⁶

3.2.1 Súmulas no Direito em geral

Conforme já tratado, os juízes têm independência em relação às suas decisões, sendo-lhes permitido julgar conforme a lei e sua consciência. Ainda que o magistrado deva ser imparcial, é sabido que ele jamais será neutro, visto que, como ser humano, sempre carregará uma carga de convicções passadas. Por esse motivo, pode ocorrer que os julgadores, em relação aos mesmos fatos e utilizando igual legislação, decidam diversamente.³¹⁷

Entretanto, o ordenamento deve oferecer segurança jurídica aos jurisdicionados, razão pela qual se impõe a necessidade de trazer alguma uniformidade na interpretação e na aplicação do direito à jurisprudência divergente, e isso se dá até mesmo pelos ditames do Estado de Direito.³¹⁸ É verdade que, ao longo do tempo, vão se estabelecendo alguns critérios de julgamento, nos quais os juízes passam a se basear para decidir.³¹⁹ Porém, isso pode levar

³¹⁴ “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 21 mai. 2014.

³¹⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 135.

³¹⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 135.

³¹⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 172.

³¹⁸ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 305. MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 398, 25-42, dez. 2010, p. 27.

³¹⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 172.

um período longo demais, prejudicando a sociedade como um todo.³²⁰ Ademais, buscou-se uma solução para retirar-se a necessidade de os tribunais, com carga de trabalho cada vez mais elevada, terem que julgar repetidas vezes casos similares³²¹.

Como resposta a essas questões, além do recurso especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, foram instituídas, no ordenamento jurídico brasileiro, as súmulas dos tribunais para promover a unificação da jurisprudência.³²² Elas são oriundas de sucessivas decisões de cada tribunal, servindo como referência para futuros julgados, e estão previstas no art. 479 do Código de Processo Civil, sendo, portanto, baseadas em procedimento previsto em lei.³²³ Segundo a redação desse artigo:

O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.³²⁴

As súmulas se originaram, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da iniciativa do Supremo Tribunal Federal, que buscou “[...] coordenar ou sistematizar a sua jurisprudência mediante *enunciados normativos* que resumem as teses consagradas em reiteradas decisões”.³²⁵ Consoante Reale, a importância dessas súmulas reside no fato de que elas representam “[...] não um simples repertório de ementas e acórdãos, mas sim um sistema de normas jurisprudenciais a que a Corte, em princípio, subordina os seus arestos”.³²⁶

Na verdade, o Código de Processo Civil aborda a uniformização da jurisprudência não apenas em seu art. 479, mas também nos arts. 476³²⁷, 477³²⁸ e 478³²⁹.³³⁰ Esses artigos

³²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 135.

³²¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 305.

³²² NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 305. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 135.

³²³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 173. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 305. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 246. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 133 e 135.

³²⁴ BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

³²⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 175.

³²⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 175.

³²⁷ “Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo”. BRASIL, Lei nº

disciplinam os requisitos para que os tribunais formulem súmulas, levando à pacificação daquela orientação.³³¹ É dever do magistrado realizar, nos casos previstos nos referidos artigos, a uniformização da jurisprudência.³³²

Nader resume bem o papel das súmulas em nosso ordenamento: “Sobre questões de Direito, em que se manifestam divergências de interpretação entre turmas ou câmaras, os tribunais fixam a sua *inteligência*, mediante ementas, que servem de orientação para advogados e juízes e favorecem a unificação jurisprudencial”.³³³ Sendo assim, as súmulas são enunciados que indicam qual a inclinação do tribunal no julgamento de questão já tratada de maneira contínua e reiterada pela corte, possuindo elevado poder de persuasão.³³⁴

Mesmo que as súmulas não apresentem obrigatoriedade, elas geralmente acabam por vincular os julgadores, porque têm autoridade.³³⁵ Entretanto, assim como ocorre com a jurisprudência em geral, essa suposta falta de vinculatividade das súmulas também é invocada como motivo para o seu não reconhecimento enquanto fonte de direito.³³⁶ Apesar da inegável importância das súmulas, principalmente por, na prática, terem trazido maior segurança jurídica ao ordenamento, a independência da magistratura não deve ser por elas atingida.³³⁷

5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

³²⁸ “Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão”. BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

³²⁹ “O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal”. BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Senado Federal.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

³³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito.** 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 305. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 246.

³³¹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 264.

³³² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 259.

³³³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172.

³³⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 259. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas.** 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 133.

³³⁵ JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 32. PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 53.

³³⁶ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 50.

³³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas.** 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 133. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 73.

Isto significa que as súmulas não são normas impositivas, ou seja, não vinculam, sendo amplamente permitido aos julgadores cancelá-las ou revisá-las sempre que assim entenderem conveniente.³³⁸

A jurisprudência contida nas súmulas vai sendo aperfeiçoada, até mesmo, através de contributos doutrinários, legais e das próprias partes, podendo ser revisada.³³⁹ É dever dos operadores do Direito, sobretudo dos advogados, em função de mudanças culturais, econômicas e legais, incentivar a revisão dos modelos jurisdicionais, a fim de não se tornarem obsoletos.³⁴⁰ A revisão contínua permite que julgados equivocados, ainda que tenham sido por várias vezes reiterados, sejam revistos, o que é importante para a boa aplicação do direito, já que “[...] um erro não se torna verdade pelo fato de ser por todos repetido”.³⁴¹

Diante disso, Ascensão nega o caráter de fonte jurídica às súmulas. O *caput* do art. 479 do Código de Processo Civil³⁴² aduz expressamente o termo “precedente”, que teria até mesmo mais força que a expressão “jurisprudência uniformizada”, pois o entendimento contido em um precedente é impositivo; entretanto, o autor citado, assim como Ferraz Junior, nega às súmulas a qualificação de fonte do direito, haja vista que não há vinculação em relação aos magistrados de graus de jurisdição inferiores e, mais ainda, nem sequer ao próprio tribunal que editou a súmula.³⁴³ Sendo assim, segundo Ascensão, nem por meio das súmulas a jurisprudência poderia ser considerada fonte jurídica, já que não vincula.³⁴⁴

Contudo, é notório que, com as súmulas, o sistema romano-germânico assistiu a um aumento da força especial de orientação interpretativa da jurisprudência.³⁴⁵ No entendimento

³³⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 175. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 133.

³³⁹ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 175.

³⁴⁰ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72.

³⁴¹ LIMA, Bruno de Mendonça. A jurisprudência como fonte de direito e a capacidade hereditária do filho natural. **Justiça**, Porto Alegre, v. IV, 208-211, 1934, p. 208.

³⁴² “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

³⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 306-307. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 246.

³⁴⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 307.

³⁴⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 246.

de Venosa: “Essas súmulas, mormente as dos tribunais federais superiores, convertem-se em verdadeiras fontes formais de Direito”.³⁴⁶

As súmulas também têm uma função prática: a alusão a uma súmula na fundamentação da decisão remete a um entendimento jurisprudencial, sem necessidade de citar outros julgados em que aquela orientação foi exposta.³⁴⁷ É exemplo disso o art. 124 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça³⁴⁸: “A citação da súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido”.³⁴⁹

Ainda, o *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil assim disciplina: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.³⁵⁰ Em função desse artigo, o relator pode, liminarmente, indeferir o recurso que contrarie súmula ou jurisprudência dominante.³⁵¹ Quando o recurso não é recebido porque uma súmula foi corretamente invocada na decisão atacada, conforme previsto no § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil³⁵², diz-se que há “efeito impeditivo ou obstativo da revisão das decisões”.³⁵³ Esses dispositivos têm como consequência a concessão de força normativa às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, já que impedem o seguimento de recursos a elas relacionados,

³⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 133.

³⁴⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 175. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 246. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A súmula vinculante como fonte hermenêutica de Direito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, 163-186, mai/jun. 2011, p. 173.

³⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 262.

³⁴⁹ BRASIL, Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/regimento/article/viewFile/1442/3545>>. Acesso em: 27 mai 2014.

³⁵⁰ BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584>>. Acesso em: 27 mai. 2014.

³⁵¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 260.

³⁵² “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584>>. Acesso em: 29 mai. 2014.

³⁵³ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 51. LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 85.

conferindo-lhes, conforme o entendimento de Jardim, a condição de fonte do direito.³⁵⁴ A situação contrária também é verdadeira, segundo o § 1º-A do art. 557: “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.³⁵⁵ Portanto, o juiz não está obrigado a seguir a súmula, porém, conforme Cassar: “Se julgar contra a súmula, caberá recurso, se julgar na forma da súmula, não caberá recurso”.³⁵⁶

Obviamente, ao afirmar que as súmulas não apresentam vinculatividade, os doutrinadores não se referem às súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, não obstante Jardim identifique o efeito vinculante das súmulas no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo da previsão das súmulas vinculantes.³⁵⁷ Esse tipo específico de súmula, que somente pode ser editada por esse tribunal e que, segundo o entendimento geral, é fonte do direito, foi concebida com a função de aliviar a alta quantidade de processos que chegavam ao Supremo Tribunal Federal relacionados a entendimentos sobre questões de direito já apreciadas de forma repetitiva em outras ações semelhantes, bem como de consolidar e garantir supremacia ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre questões constitucionais, impedindo que órgãos judiciais e administrativos não seguissem essa orientação.³⁵⁸ A súmula vinculante foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual acrescentou o art. 103-A à Constituição Federal.³⁵⁹

³⁵⁴ JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 34-35.

³⁵⁵ BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584>>. Acesso em: 27 mai. 2014.

³⁵⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 73.

³⁵⁷ JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 32.

³⁵⁸ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A súmula vinculante como fonte hermenêutica de Direito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, 163-186, mai/jun. 2011, p. 178. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 54 e 70.

³⁵⁹ “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. § 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. § 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. § 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”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**.

Em caso de descumprimento da súmula vinculante, cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal com vistas à cassação do ato administrativo ou da decisão judicial que violou o enunciado, não sendo preciso seguir o caminho ordinário de interposição de variados recursos a fim de fazer o processo ser submetido ao Supremo Tribunal Federal.³⁶⁰ Dessa forma, a súmula vinculante impede a prolação de decisão judicial contrária ao seu conteúdo, possuindo, então, efeito de lei para os graus inferiores de jurisdição³⁶¹, sendo, portanto, fonte do direito.³⁶² Por essa razão, as súmulas vinculantes foram bastante criticadas, já que se entendia que elas retirariam dos magistrados sua independência e liberdade de julgar de acordo com sua consciência, bem como afrontariam o duplo grau de jurisdição e a separação dos Poderes.³⁶³ Apesar disso, Mendonça demonstra a mudança de paradigmas que ocorreu principalmente na teoria das fontes após a Emenda Constitucional nº 45/2004 com a introdução da súmula vinculante no direito brasileiro.³⁶⁴

Lourenço aponta que uma das formas de que se reveste a atividade criativa do magistrado é a criação de norma geral do caso concreto, que se dá a partir da interpretação judicial da legislação para a situação particularmente analisada, incluída na fundamentação do julgado, chamada de precedente judicial.³⁶⁵ Claro que nem mesmo no *common law* se tem a pretensão de que os casos sejam exatamente iguais; é consenso que eles nunca são.³⁶⁶ O importante é perceber pontos e elementos em comum que têm relevância e aplicação para a

Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 23 mai. 2014.

³⁶⁰ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A súmula vinculante como fonte hermenêutica de Direito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, 163-186, mai./jun. 2011, p. 178.

³⁶¹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172. JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 32-33.

³⁶² JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 33.

³⁶³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172. JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 30.

³⁶⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A súmula vinculante como fonte hermenêutica de Direito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, 163-186, mai./jun. 2011, p. 176.

³⁶⁵ LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 77.

³⁶⁶ ALVIM, Teresa Celina Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 172, 121-174, jun. 2009, p. 129. ALEXYS, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268.

solução de outros casos e podem a eles ser estendidos de maneira prescritiva ou normativa.³⁶⁷ Tanto as súmulas vinculantes quanto as não vinculantes são normas gerais do caso concreto, as quais são estendidas a questões semelhantes àquela do caso da qual se originaram.³⁶⁸ Quando isso ocorre, por ser a atividade criativa judicial decorrente da interpretação da lei, não se pode afirmar que o Poder Judiciário estaria usurpando do Poder Legislativo a competência legiferante.³⁶⁹ Essa atuação dos julgadores, principalmente do Supremo Tribunal Federal, criando normas gerais é especialmente importante nos chamados *hard cases*, isto é, os casos difíceis em que o texto legal não é satisfatoriamente suficiente para, de forma clara e objetiva, solucionar o caso.³⁷⁰

Em suma, a questão da classificação das súmulas dos tribunais como fonte de direito é bastante controversa.³⁷¹ Jardim pondera que, após a inclusão no ordenamento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso, não há como negar às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a caracterização como fonte do direito.³⁷² Importa saber como essas questões relativas ao arrolamento da jurisprudência e, mais especificamente, das súmulas, como fonte são tratadas pelo direito do trabalho.

3.3 Jurisprudência como fonte do Direito do Trabalho

Assim como ocorre com o direito em geral, no direito do trabalho também há controvérsia em relação à caracterização da jurisprudência como fonte do direito. Os doutrinadores não negam que a jurisprudência exerce importante papel nesse ramo jurídico, mas divergem quanto a sua consideração como fonte.³⁷³ Delgado identifica:

³⁶⁷ ALVIM, Teresa Celina Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 172, 121-174, jun. 2009, p. 129. TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, 139-155, set. 2011, p. 141.

³⁶⁸ LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 77.

³⁶⁹ LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 77.

³⁷⁰ LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013, p. 78.

³⁷¹ JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 31.

³⁷² JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 31.

³⁷³ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 358. CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 95. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr,

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 indissimulável papel jurígeno (criador do Direito).³⁷⁴

A posição tradicional é mais expressiva principalmente no Direito Comum; não por outro motivo o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil)³⁷⁵ e o art. 126 do Código de Processo Civil³⁷⁶, que tratam das fontes jurídicas supletivas, não elencam a jurisprudência.³⁷⁷ A jurisprudência, segundo esse entendimento, não seria fonte jurídica, visto que apenas teria função de orientação e de interpretação, além de força persuasiva por não vincular indivíduos ou magistrados (com exceção das súmulas vinculantes), bem como por não criar direito.³⁷⁸ Conforme Cassar, “[...] a doutrina trabalhista dominante não vislumbra a jurisprudência como fonte de direito, nem mesmo as reiteradas, ou súmulas [...]”.³⁷⁹

Em oposição a essa posição tradicional, Delgado, utilizando-se, para a determinação das fontes do direito, do conceito de ato-regra de Léon Duguit, que se qualifica por ser “um ato jurídico criador de normas jurídicas gerais, impessoais, abstratas, dotadas de sanção”, reconhece a jurisprudência dos tribunais como fonte do direito, pois possuem identidade própria e influenciam casos futuros parecidos.³⁸⁰ Na verdade, ele diferencia os julgados de magistrados singulares, que não são impessoais, abstratos e genéricos e, por conseguinte, não constituem fonte do direito, dos entendimentos diversas vezes confirmados pelos tribunais que possuem “autoridade de atos-regra no âmbito da ordem jurídica, por se afirmarem, ao

2010, p. 133 e 157. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**: Parte I. 3. ed. rev. e atual. ao Código do Trabalho de 2009 com as alterações introduzidas em 2011 e 2012. Coimbra: Almedina, 2012, p. 236 e 239. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013, p. 122.

³⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 157-158.

³⁷⁵ “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

³⁷⁶ “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

³⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 159.

³⁷⁸ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 95. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 134.

³⁷⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 69.

³⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 133 e 158.

longo da dinâmica jurídica, como preceitos gerais, impessoais, abstratos, válidos *ad futuram* – fontes normativas típicas, portanto”.³⁸¹

Em geral, os autores filiados a esse pensamento consideram que a jurisprudência trabalhista cria direito.³⁸² Olea revela a condição especial dos magistrados, de sua jurisdição e do processo do trabalho para “criar novas fórmulas”.³⁸³ É curioso que Ferraz Junior, apesar de não considerar a jurisprudência como fonte jurídica, especificamente em relação a algumas situações ocorridas principalmente no campo juslaboral, ou seja, as decisões *contra legem*, reconhece-a como fonte:

Restariam, talvez, como exemplos de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões *contra legem* que existem, sobretudo na área do Direito do Trabalho; este, por sua natureza específica, voltada não tanto à regulação de conflitos, mas a uma verdadeira *proteção* ao trabalhador, permite a constituição de normas gerais com base na *equidade*.³⁸⁴

A essa classificação didática de Delgado poder-se-ia incluir um posicionamento intermediário, que reconhece a jurisprudência como fonte, porém contemplando e considerando suas limitações características, como, por exemplo, o fato de não obrigar jurisdicionados e magistrados (excetuando-se, é claro, as súmulas vinculantes).³⁸⁵ Exemplificativamente, Ramalho classifica a jurisprudência como fonte mediata dentro da categoria das fontes internas comuns.³⁸⁶ Para a autora, a jurisprudência é relevante principalmente para a compreensão e interpretação das normas, para a análise sobre a aplicação destas ao caso concreto, para o avanço do ordenamento, para a elucidação de conceitos indeterminados, para a integração de lacunas e para resolução de antinomias.³⁸⁷

Os autores também destacam o fato de que a Consolidação das Leis do Trabalho, no *caput* do art. 8º³⁸⁸, diferentemente dos já referidos art. 4º da Lei de Introdução às normas do

³⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 158.

³⁸² OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sulina, 1969, p. 190-191. DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 379. PINTO, Fernando. **Jurisprudência, fonte formal do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 69.

³⁸³ OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sulina, 1969, p. 191.

³⁸⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 246.

³⁸⁵ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 37-38.

³⁸⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho: Parte I**. 3. ed. rev. e atual. ao Código do Trabalho de 2009 com as alterações introduzidas em 2011 e 2012. Coimbra: Almedina, 2012, p. 156.

³⁸⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho: Parte I**. 3. ed. rev. e atual. ao Código do Trabalho de 2009 com as alterações introduzidas em 2011 e 2012. Coimbra: Almedina, 2012, p. 237-238.

³⁸⁸ “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”. BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, de 01 de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

Direito Brasileiro³⁸⁹ e art. 126 do Código de Processo Civil³⁹⁰, aborda a questão da jurisprudência no ramo juslaboral.³⁹¹ Isso demonstra que, no mínimo, com esse reconhecimento expresso, a legislação considera a jurisprudência como fonte supletiva ou subsidiária, ou seja, o próprio legislador adotou em parte a orientação da “corrente moderna”, conforme a classificação de Delgado.³⁹² Não obstante, há doutrinadores que aduzem que o referido artigo apenas refere-se à jurisprudência como método interpretativo ou integrativo.³⁹³

A seguir, será tratada a questão específica das súmulas no direito do trabalho e sua caracterização ou não como fonte jurídica.

3.3.1 Súmulas no Direito do Trabalho

Antes de ser revogado, o art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho trazia a questão do prejudgado trabalhista, que poderia ser estabelecido pelo Tribunal Superior do Trabalho, tinha caráter normativo e força vinculante em relação aos demais órgãos da Justiça do Trabalho e objetivava evitar a repetição de processos semelhantes e definir a ordem jurídica.³⁹⁴ Consistiam em uma “decisão prévia da questão controvertida de que dependia a solução do caso”.³⁹⁵ Alguns prejudgados foram transformados em súmulas.³⁹⁶

³⁸⁹ “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014.

³⁹⁰ “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Senado Federal**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75584>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

³⁹¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 82 e 94. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 159. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 132-133. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013, p. 123. OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 38.

³⁹² CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 82. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 159.

³⁹³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 54.

³⁹⁴ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 95. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 308. OLIVEIRA, Cíntia Machado de. A revisão da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo do trabalho. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; SILVA, Otávio Pinto e (coords.); CRAVO, Silmara Cosme; FIORAVANTE, Tamira Maira (orgs.). **Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional**. São Paulo: LTr, 2006. 250-266, p. 253. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 70.

³⁹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 308.

³⁹⁶ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. A revisão da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo do trabalho. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; SILVA, Otávio Pinto e (coords.); CRAVO, Silmara Cosme;

Atualmente, não há mais a previsão do prejulgado trabalhista, mas a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 702, I, “f”³⁹⁷ refere que compete ao Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme, de acordo com o Regulamento Interno do Tribunal.³⁹⁸ Da mesma forma, o art. 4º, “b” da Lei nº 7.701/88.³⁹⁹ O objetivo das súmulas é apontar a orientação majoritária do Tribunal Superior do Trabalho sobre determinada matéria.⁴⁰⁰ Ademais, a edição de uma súmula exige *quorum* de maioria absoluta dos membros efetivos do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho e procedimento específico, além de debates e discussões sobre determinada matéria, o que lhe empresta *status* e autoridade, tendo força imperativa relativa.⁴⁰¹

Além disso, o art. 896, “a”⁴⁰² da Consolidação das Leis do Trabalho prevê o cabimento de Recurso de Revista para o Tribunal Superior do Trabalho quando a decisão do Tribunal Regional do Trabalho apresentar interpretação contrária a Súmula de Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.⁴⁰³ Esse mesmo artigo, em seu § 6º assim define: “Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República”.⁴⁰⁴ Destaca-se que esse parágrafo foi incluído pela Lei nº 9.957/00, contribuindo para aumentar o prestígio da jurisprudência sumulada perante os operadores do direito, pois tem como consequência o fato de que, nos casos de rito

FIORAVANTE, Tamira Maira (orgs.). **Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional**. São Paulo: LTr, 2006. 250-266, p. 253. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 70.

³⁹⁷ “Ao Tribunal Pleno compete: I - em única instância: f) estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme, na forma prescrita no Regimento Interno”. BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, de 01 de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm >. Acesso em: 10 jun. 2014.

³⁹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 308 (nota de rodapé).

³⁹⁹ “É da competência do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho: b) aprovar os enunciados da Súmula de jurisprudência predominante em dissídios individuais”. BRASIL, Lei n.º 7.701, de 21 de dezembro de 1988. **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7701.htm >. Acesso em: 12 jun. 2014.

⁴⁰⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 71-72.

⁴⁰¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 71 e 74. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013, p. 124.

⁴⁰² “Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte”. BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, de 01 de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm >. Acesso em: 10 jun. 2014.

⁴⁰³ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 95. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 308 (nota de rodapé).

⁴⁰⁴ BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, de 01 de maio de 1943. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm >. Acesso em: 12 jun. 2014.

sumaríssimo, se houver decisão contrária a súmula o recurso de revista será admitido, porém não ocorrerá o mesmo se houver contrariedade a lei federal.⁴⁰⁵

Também o art. 9º da Lei n.º 5.584/70⁴⁰⁶ determina que o relator pode negar prosseguimento ao recurso cujo pedido contrariar súmula do Tribunal Superior do Trabalho, desde que indique a súmula correspondente.⁴⁰⁷ Para ilustrar essa questão, Cassar invoca o jargão “recorrer de decisão proferida em consonância com uma súmula é o mesmo que ministrar remédio vencido a doente: não faz efeito algum”.⁴⁰⁸

Desse modo, não considerando as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, Ascensão considera que as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho têm eficácia que “ultrapassa até a das súmulas do Supremo Tribunal Federal”.⁴⁰⁹ Catharino destaca a utilidade das súmulas, que tornam mais fácil a aplicação e popularização do direito do trabalho.⁴¹⁰ Segundo o autor: “Têm finalidade prática, servindo de antídoto à excessiva variação na aplicação do Direito, fruto do nosso individualismo latino – ‘cada cabeça, um mundo’ – e da constante movimentação dos juízes nos nossos tribunais”.⁴¹¹ Por sua vez, Barros admite que as súmulas têm papel relevante na construção do direito, principalmente em função de que impedem o recurso de revista se a decisão atacada estiver de acordo com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.⁴¹² A autora refere que, embora não vinculem, muitas vezes as súmulas são “consideradas, praticamente, o direito positivo aplicável”.⁴¹³

Da mesma forma que acontece com a jurisprudência, não há consenso sobre a classificação das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho como fonte jurídica, pois as opiniões sobre sua força vinculativa são opostas. Para Süsskind, as súmulas não são

⁴⁰⁵ OLIVEIRA, Cíntia Machado de. A revisão da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo do trabalho. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; SILVA, Otávio Pinto e (coords.); CRAVO, Silmara Cosme; FIORAVANTE, Tamira Maira (orgs.). **Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional**. São Paulo: LTr, 2006. 250-266, p. 251.

⁴⁰⁶ “No Tribunal Superior do Trabalho, quando o pedido do recorrente contrariar súmula de jurisprudência uniforme deste Tribunal já compendiada, poderá o Relator negar prosseguimento ao recurso, indicando a correspondente súmula”. BRASIL, Lei n.º 5.584, de 26 de junho de 1970. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5584.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

⁴⁰⁷ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 95. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 308 (nota de rodapé).

⁴⁰⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 69.

⁴⁰⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 308 (nota de rodapé).

⁴¹⁰ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 96.

⁴¹¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 99..

⁴¹² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013, p. 123.

⁴¹³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013, 124.

obrigatórias e, em razão disso, não podem ser consideradas fonte do direito do trabalho.⁴¹⁴ Para o jurista: “Sua finalidade consiste em propiciar que certas hipóteses sejam decididas de maneira indicada, reduzir o tempo de tramitação dos processos e evitar recursos protelatórios”.⁴¹⁵ Jardim cita como exemplo o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que afirma que as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho não são fonte formal ou material do direito, mas apenas orientação jurisprudencial.⁴¹⁶ No máximo, as súmulas são aceitas como fonte se relacionadas ao costume:

As súmulas, orientações jurisprudenciais e a jurisprudência, quando consagradas e observadas espontaneamente como comportamento do grupo, representam um costume dos tribunais trabalhistas. Como o costume é fonte de direito, é possível que aquelas, sob este ponto de vista, possam ser consideradas, de forma indireta, como fonte heterônoma de direito, pois o Estado participa de sua elaboração.⁴¹⁷

Em contrapartida, temos a posição antagônica, de que as súmulas são fonte do direito. Seguindo sua classificação das fontes jurídicas por meio do conceito de ato-regra, Delgado considera que: “No âmbito justrabalhista, o simples exame de certas súmulas de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho demonstra a clara qualidade de comando geral, impessoal e abstrato de que se revestem tais súmulas”⁴¹⁸, sendo elementos criadores de direito, considerando-as, portanto, como fonte do direito.⁴¹⁹ Ramalho, tratando da jurisprudência uniformizada em Portugal, afirma que esta não vincula e, portanto, somente pode ser considerada fonte mediata do direito.⁴²⁰ Pego busca comprovar que as súmulas, ao contrário do que dizem aqueles que defendem o seu não reconhecimento como fonte jurídica, contêm “normas gerais e abstratas com eficácia em relação a casos futuros”, como é o caso da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que, segundo o autor, é aplicável como se lei fosse.^{421 422} Nesse entendimento, em relação às regras que compõem os enunciados afirma

⁴¹⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 134.

⁴¹⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 134.

⁴¹⁶ JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007, p. 31.

⁴¹⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 67.

⁴¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 158.

⁴¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 159.

⁴²⁰ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho**: Parte I. 3. ed. rev. e atual. ao Código do Trabalho de 2009 com as alterações introduzidas em 2011 e 2012. Coimbra: Almedina, 2012, p. 237.

⁴²¹ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 52-53.

⁴²² “I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de

Taruffo: “Estas regras têm normalmente um conteúdo mais específico em comparação com o ditado textual da norma da qual constituem uma interpretação, mas são também sempre formuladas como *regras*, ou seja, como enunciações gerais e de conteúdo normativo”.⁴²³

Pego também identifica força vinculativa nas súmulas:

Em se tratando do Direito Processual do Trabalho e da Justiça do Trabalho, com mais razão ainda ousa-se afirmar que os entendimentos sumulados são vinculantes, embora do ponto de vista formal, ou terminológico, ainda não se possa falar em ‘súmulas vinculantes’. Isto porque é de fácil constatação a importância das súmulas dos Tribunais e a verdadeira imposição, aos operadores de Direito, em acatar as mesmas. As súmulas definem se é cabível ou não um recurso de revista, principalmente em se tratando de rito sumaríssimo; ainda, permitem o julgamento monocrático antecipado de um recurso pelo Relator (CPC, art. 557); dentre outras hipóteses.⁴²⁴

O autor, exemplificativamente, justifica suas afirmações a partir da Súmula nº 114 do Tribunal Superior do Trabalho: “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”.⁴²⁵ A Consolidação das Leis do Trabalho permite a arguição da prescrição da execução nos embargos do devedor, mas a Súmula nº 114 do Tribunal Superior do Trabalho mostra que a prescrição intercorrente não se aplica ao processo trabalhista, ou seja, nessa situação a súmula se sobrepõe ao que está expressamente na lei, que não é utilizado.⁴²⁶ Por isso, o autor ressalta o fato de que essa situação “torna no mínimo discutível qualquer afirmação no sentido de que as súmulas não vinculam”.⁴²⁷

emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 114. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-114>. Acesso em: 10 jun. 2014.

⁴²³ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, 139-155, set. 2011, p. 143.

⁴²⁴ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 51.

⁴²⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 114. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-114>. Acesso em: 10 jun. 2014.

⁴²⁶ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 53.

⁴²⁷ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 53.

Apesar das discussões sobre a caracterização ou não das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho como fonte jurídica, importa destacar sua relevância prática. Isso ocorre especialmente em relação à área trabalhista devido às particularidades próprias desta. Como já analisado, a legislação não é capaz de suficientemente resolver todas as questões ocorridas no mundo dos fatos. No campo do direito do trabalho essa constatação é ainda mais fortemente verificada devido à defasagem normativa e ao conseqüente grande número de lacunas legislativas dela decorrente. O problema é agravado também em função do tipo de relação tutelado por esse ramo jurídico: as relações laborais apresentam elevada dinamicidade, sendo o reflexo das constantes transformações sociais e econômicas, que, em geral, não conseguem ser atingidas tempestivamente pela legislação.

O ativismo judicial mostra-se, assim, uma ferramenta hábil por parte do Poder Judiciário para contornar esses entraves, e, nesse contexto, as súmulas ganham importância, pois são uma forma de uniformizar, publicizar e consolidar o entendimento do Tribunal sobre matéria não contemplada em lei, mas que precisa ser regulada de alguma forma, sob pena de, diante da insegurança gerada, prejudicar as relações trabalhistas. Exemplificativamente, a falta de normatização ou, mais especificamente, a ausência de regulamentação da Emenda Constitucional nº 72/2013, no tocante às relações laborais envolvendo empregadas domésticas causou sérios prejuízos a essa classe, já que muitas trabalhadoras foram despedidas de seus empregos tendo como base a justificativa de que os encargos para o empregador seriam excessivamente aumentados, quando, na verdade, nem havia regulamentação sobre a matéria, mas apenas grande insegurança sobre o assunto. Por isso, é inegável o papel relevante das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho na regulação das relações tuteladas pelo direito do trabalho.

4 O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E A APLICAÇÃO DE SÚMULAS REVISADAS

4.1 Noções introdutórias

Concluídas as análises sobre a segurança jurídica e seu decorrente princípio da proteção da confiança, bem como sobre a jurisprudência e, mais especificamente, as súmulas, impõe-se a junção dessas temáticas com o objetivo de analisar se as alterações jurisprudenciais representadas pela revisão de súmulas, principalmente em relação ao Tribunal Superior do Trabalho, podem ser objeto de tutela em face do princípio da proteção da confiança e, com isso, se é possível impedir sua retroatividade.

Os seres humanos, por questões naturais intrínsecas e também em razão da forma por meio da qual se organizam em conjunto, têm a necessidade de, para “determinar-se em um ou em outro sentido”, poder calcular e planejar, com certo grau de segurança, os eventos futuros.⁴²⁸ Sem essa exigência de, no mínimo, uma estabilidade relativa, não poderiam os sujeitos agir de outra forma que não a puramente aleatória, visto que essa calculabilidade é o que guia o comportamento dos indivíduos.⁴²⁹

Em contrapartida, por ser dinâmico, o ordenamento, não raro, enfrenta problemas relacionados ao decurso do tempo, que impõe a irreversibilidade dos fatos passados.⁴³⁰ Como tentativa de opor-se a isso, a cultura, dentro da qual está inserido o Direito, busca retomar e reinterpretar o passado, assim como orientar e antecipar o futuro.⁴³¹ O principal objetivo do Direito é constituir uma ordem, isto é, orientar a partir da fixação de comportamentos de acordo com o estabelecido socialmente como o que pode ou não ser feito, a fim de evitar a incerteza, a insegurança e o caos.⁴³² A ordem jurídica, assim, permite – ou deveria permitir – que os indivíduos orientem suas ações, já que, antecipadamente, têm conhecimento sobre as

⁴²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 329.

⁴²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 329.

⁴³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 125, 72-91, fev. 2006, p. 73.

⁴³¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 125, 72-91, fev. 2006, p. 73.

⁴³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 328.

consequências e os efeitos de seus atos.⁴³³ Segundo Bandeira de Mello: “Ordem e estabilidade formam um binômio indissociável. Uma não existe sem outra e ambas proporcionam a segurança nas relações humanas [...]”.⁴³⁴

O papel da segurança, nesse contexto, é impedir que uma situação pretérita, especificamente a edição de uma norma e, com isso, a normativização de um evento, perca totalmente sua importância e valor, bem como evitar que o futuro seja incerto, não permitindo eventuais surpresas.⁴³⁵ Caso contrário, haveria graves consequências para a sociedade: “[...] se o *sentido* de um evento passado pudesse ser alterado ou o *sentido* de um evento planejado pudesse ser modificado ao *arbitrio* de um ato presente, a validade dos atos humanos estaria sujeita a uma insegurança e uma incerteza insuportáveis”.⁴³⁶ Bandeira de Mello destaca:

A surpresa, o imprevisível, a instabilidade, são, precisamente, noções antitéticas ao Direito, que com elas não poderia conviver, nem seria exequível, tanto mais porque tem como função eliminá-las. Deveras, se os homens não tivessem perante si este paradigma balizador, que lhes outorga uma dada presumível *certeza* quanto ao que ocorrerá como fruto de sua atuação, não haveria como direcioná-los em sentido algum.⁴³⁷

Sendo assim, o princípio da segurança jurídica busca impedir surpresas oriundas de modificações tanto na legislação quanto na atuação estatal, a fim de não frustrar expectativas ou atacar interesses dos indivíduos.⁴³⁸

4.2 O princípio da segurança jurídica em relação ao Poder Judiciário

Devido a sua importância, o princípio da segurança jurídica não se aplica somente aos Poderes Legislativo e Executivo; ele recai igualmente sobre o Poder Judiciário, ainda que de forma distinta; portanto, deve ser utilizado na interpretação e na aplicação do direito e, dessa

⁴³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 329.

⁴³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 329.

⁴³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 125, 72-91, fev. 2006, p. 73. DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 380.

⁴³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 125, 72-91, fev. 2006, p. 73-74.

⁴³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 329

⁴³⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004, p. 275-276.

forma, as decisões judiciais também podem afrontá-lo.⁴³⁹ No mesmo sentido, refere Bandeira de Mello que os princípios da lealdade, da boa-fé, da confiança legítima (ou princípio da proteção da confiança) e da segurança jurídica têm ingerência na totalidade dos ramos jurídicos e, mais ainda, podem ser invocados diante de atos estatais “em qualquer de suas esferas: legislativa, administrativa ou jurisdicional”.⁴⁴⁰

A ordem jurídica pública, em razão da qual atuam os sujeitos, é composta pela Constituição, pelas leis, pelos atos administrativos e pelas decisões judiciais.⁴⁴¹ Dessa forma, consoante Bandeira de Mello:

As pautas que fornecem aos cidadãos os parâmetros em função dos quais poderão decidir sobre suas condutas não advêm tão somente da lei, *mas de todos os atos jurídicos estatais que têm o condão de influir sobre suas ações futuras*. Assim também os atos administrativos e, mais que eles, *as decisões judiciais* – já que estas são justamente a última e definitivamente relevante inteligência sobre o sentido das normas – tem decisiva importância na fixação do quadro jurídico em cujo interior têm de se mover os cidadãos.⁴⁴²

É possível verificar a ingerência da segurança jurídica nas decisões judiciais pela imposição de intimação, publicação, pertinência, coerência das decisões e motivação suficiente e racional (exigidas pela cognoscibilidade); eficácia prospectiva quando a retroação puder afetar a credibilidade do Direito ou afetar injustificadamente situações subjetivas e confianças legítimas (exigidas pela confiabilidade); regras de transição, formas de moderação na modificação de precedentes, cláusulas de equidade e coerência na interpretação (exigidas pela calculabilidade).⁴⁴³ Sendo assim, uma decisão judicial que altere entendimento jurisprudencial consolidado pode atingir um grande contingente de pessoas, as quais confiaram no entendimento anterior, sendo capaz de afetar abstratamente a confiança e causar descrédito de parcela expressiva da população em relação ao Direito e até mesmo ao Poder Judiciário, sendo, por conseguinte, uma situação totalmente contrária às exigências de estabilidade e credibilidade propugnadas pela segurança jurídica.⁴⁴⁴ Às decisões judiciais, portanto, também deve ser aplicado o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando

⁴³⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 144, 164, 167 e 189. MENDES, Clarissa Braga. Segurança jurídica e correção das decisões. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 9-20, mar./abr. 2012, p. 10.

⁴⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 332.

⁴⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 330.

⁴⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 330.

⁴⁴³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 147, 166, 189 e 264.

⁴⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 145.

houver alteração de entendimento anterior em razão de nova interpretação, consideração de fatos novos ou de evolução sociocultural, que levam a modificações jurisprudenciais, naturais e até mesmo desejadas diante da natureza da atividade desempenhada pelos julgadores.⁴⁴⁵

É sabido que, diferentemente dos atos legislativos ou administrativos, em regra, as decisões judiciais tratam de fatos ocorridos no passado, ou seja, produzem efeitos desde o momento em que ocorreram as situações judicialmente controvertidas; contudo, isso não prejudica a compreensão de que a segurança jurídica, assim como os demais princípios citados por Bandeira de Mello, se aplicam também ao Poder Judiciário.⁴⁴⁶ É verdade que, em função dessa característica própria dos julgados, por todos conhecida e decorrente da sua natureza, normalmente não há afronta à segurança jurídica, à boa-fé, à lealdade ou à confiança legítima por parte desses, pois não há surpresa em relação aos jurisdicionados.⁴⁴⁷

Entretanto, ocasionalmente pode acontecer de uma alteração jurisprudencial causar surpresa e violar a confiança legítima e a boa-fé dos indivíduos, caso em que devem ser invocados os princípios jurídicos já referidos anteriormente, principalmente o princípio da segurança jurídica em sua dimensão subjetiva, que é o princípio da proteção da confiança.⁴⁴⁸ Quando essa situação for verificada na prática, impõe-se que “[...] dita mudança jurisdicional haverá de ter seus efeitos adaptados à peculiaridade da situação, de sorte a respeitar as situações passadas, limitando-se, então ao desencadeamento de efeitos prospectivos ou quando menos modulados”.⁴⁴⁹ Os preceitos propugnados pela ordem jurídica brasileira, principalmente os princípios da lealdade, da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança, não permitem que uma situação instituída segundo o entendimento jurisdicional firmado e diversas vezes confirmado pelos tribunais seja comprometida, posteriormente e sem justificação em fatos novos, por mudança de orientação do Poder Judiciário.⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 334.

⁴⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 334.

⁴⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 334.

⁴⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 335.

⁴⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 335.

⁴⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 335.

4.3 Mudança jurisprudencial

Sendo assim, é necessário, antes de prosseguir, definir o que se entende por mudança jurisprudencial. Utilizando o conceito de mudança jurisprudencial de Ávila, pode-se dizer que: “Esta pode ser definida como conflito direto entre duas decisões válidas, eficazes e definitivas, referentes ao mesmo objeto, razão pela qual não se pode confundir mudança jurisprudencial com a inovação ou com a divergência”.⁴⁵¹

Além disso, em função do princípio da igualdade no tempo (tratar igualmente casos iguais, ou seja, para razões iguais, decisões iguais), também chamado de princípio da universalidade⁴⁵², o Poder Judiciário está vinculado a seus posicionamentos anteriores (“exigência de respeito aos precedentes”)⁴⁵³; disso decorrem duas consequências: necessidade de rigorosa motivação e justificação em caso de alteração, indicando causas adequadas para tanto⁴⁵⁴ (“carga da argumentação”)⁴⁵⁵, e respeito às situações consolidadas quando do posicionamento anterior.⁴⁵⁶ De La Cueva afirma que a jurisprudência dos tribunais deve ser justificada, sob pena de causar impressão de injustiça e ilegalidade nos jurisdicionados.⁴⁵⁷ Conforme Alexy:

O uso de precedentes se mostra assim como procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais (princípio da universalidade/regra da carga da argumentação), sendo, nessa medida, racional. Seu uso pressupõe argumentos adicionais, especialmente, argumentos práticos de uso geral.⁴⁵⁸

Obviamente, cada situação tem suas particularidades, que devem ser respeitadas, mas isso não significa que a aplicação dos precedentes judiciais pelo Poder Judiciário não necessite de uniformidade, visto que, na presença, nos casos futuros, das mesmas condições relevantes verificadas nos casos passados, aqueles devem receber o mesmo tratamento

⁴⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 697.

⁴⁵² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268.

⁴⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268.

⁴⁵⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, 139-155, set. 2011, p. 147.

⁴⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268.

⁴⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 470 e 615.

⁴⁵⁷ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 380.

⁴⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 271.

destes.⁴⁵⁹ Essa exigência, procedente do princípio da segurança jurídica, se dá em função de que a jurisprudência é oriunda dos órgãos do Estado, representando, assim, uma “opinião autorizada”.⁴⁶⁰

A quebra dessa uniformidade só se justifica na existência de motivos suficientes e fundamentados.⁴⁶¹ De acordo com Ávila:

O importante para o tema ora versado é que a referida autovinculação aos próprios precedentes funciona como fator de calculabilidade do Direito pelo ganho em previsibilidade da atuação do Poder Judiciário. Ao restringir a atuação futura com base na ação passada, o princípio da igualdade reduz o espectro e a variabilidade das consequências atribuíveis a atos praticados pelo contribuinte.⁴⁶²

O Poder Judiciário também é limitado, na sua função jurisdicional, por sua hierarquia interna e pela vinculação formal de algumas de suas decisões.⁴⁶³ Como há alguns tribunais que, em relação a todo o país, têm competência para dar a última palavra sobre determinado assunto, o entendimento sobre o tema acaba sendo uniformizado⁴⁶⁴. Por outro lado, também podem ser encontradas no ordenamento jurídico brasileiro normas que conferem força vinculativa a certos julgados.⁴⁶⁵ Em ambos os casos há geração de unidade interpretativa, bem como de constrangimento relativamente ao surgimento de julgados em contrário, o que está de acordo com a calculabilidade exigida pela segurança jurídica.⁴⁶⁶

Entretanto, como as generalizações são perigosas, impõe-se afirmar que a mudança em geral, e a mudança jurisprudencial em particular, não são um problema em todos os casos. A mudança é, muitas vezes, até mesmo necessária, a fim de melhor atender aos interesses públicos.⁴⁶⁷ O Direito tem elevada carga de argumentação, e, dessa forma, é inerente ao ordenamento que suas concepções possam ser alteradas ao longo do tempo, e isso influencia diretamente a segurança jurídica. Então, consoante MacCormick:

⁴⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 627.

⁴⁶⁰ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 358.

⁴⁶¹ RIGGERT, Rainer. **Die Selbstbindung der Rechtsprechung dirch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG)**, Berlin, Duncker und Humblot, 1993, p. 124. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 627.

⁴⁶² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 627.

⁴⁶³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 627.

⁴⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 628.

⁴⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 628-629.

⁴⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 628-629.

⁴⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 330.

A certeza do Direito é, portanto, uma certeza excepcionável (*defeasible*), sujeita a mudanças. Essa natureza provisória e excepcionável da certeza acaba não sendo, afinal de contas, algo que contrasta com o Caráter Argumentativo do Direito, mas algo que comunga de um fundamento comum com esse caráter.⁴⁶⁸

Especificamente em relação ao Poder Judiciário, sua competência é justamente a de interpretar e aplicar as normas, perseguindo sempre a melhor interpretação, o que acaba por determinar a mudança de posicionamentos, a correção de equívocos de decisões anteriores ou a consideração de novos argumentos que alterem o resultado final de novas decisões.⁴⁶⁹ Isso quer dizer que ocorrem mudanças também na interpretação do Direito.⁴⁷⁰ Por isso, não há dúvidas de que a mudança é da natureza do Direito e sequer o princípio da segurança jurídica a repele totalmente.⁴⁷¹

Por esse motivo que se permite a alteração de orientações jurisprudenciais - caso contrário, o Direito ficaria estagnado e haveria grande chance de perpetuação de decisões equivocadas ou ultrapassadas -, entretanto, a alteração não pode ocorrer de qualquer jeito e a qualquer custo, pois se exige que ela seja suave e seriamente justificada.⁴⁷² Não são permitidas modificações que causem surpresa e instabilidade elevadas em relação aos jurisdicionados; sendo assim, as mudanças geradas pelo advento de nova lei ou de nova interpretação da lei devem gerar “o menor trauma possível, a menor comoção às relações jurídicas passadas ou que se perlongaram no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos quando da constituição delas”.⁴⁷³

Ademais, as alterações jurisprudenciais mostram-se um grave problema não apenas quando insuficientemente fundamentadas ou quando ferem a confiança justificada dos indivíduos, mas também quando se dão de forma muito frequente, arbitrária⁴⁷⁴, drástica e brusca. Mesmo que possa haver alterações e os jurisdicionados tenham ciência disso, eles devem ter conhecimento sobre os limites e requisitos para que isso aconteça, como forma de

⁴⁶⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 38.

⁴⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72.

⁴⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 330. TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, 139-155, set. 2011, p. 150.

⁴⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72 e 470.

⁴⁷² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 470 e 615.

⁴⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 330

⁴⁷⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, 139-155, set. 2011, p. 150.

proteção dos seus direitos fundamentais.⁴⁷⁵ Sendo assim, regras de transição devem ser instituídas⁴⁷⁶ para adaptação dos sujeitos de acordo com o grau de restrição aos direitos fundamentais, a fim de garantir a calculabilidade propugnada pelo princípio da segurança jurídica.⁴⁷⁷ O Poder Judiciário tem, então, limites relativamente a sua atividade, os quais restringem a abrangência e a intensidade das modificações admitidas, privilegiando a calculabilidade.⁴⁷⁸

Todavia, algumas modificações na jurisprudência não são mudanças de fato.⁴⁷⁹ Para saber quando uma alteração constitui uma mudança jurisprudencial é necessário analisar o conceito desta. Os fenômenos de correção, esclarecimento, especificação, desenvolvimento, complementação, divergência, concretização e inovação não são mudanças jurisprudenciais.⁴⁸⁰ A mudança jurisprudencial pressupõe que um julgado, de forma inédita, conflite com outro que trata sobre a mesma matéria (mesmo fundamento e mesma situação fática) e que tem eficácia.⁴⁸¹ Se os objetos das decisões forem diferentes elas não podem ser comparadas, isto é, não se pode dizer que houve mudança se o critério de comparação (matéria) é diverso em uma e em outra.⁴⁸² O julgado anterior alterado deve ter de alguma forma se firmado, seja, preferencialmente, pelo trânsito em julgado, seja pela produção de efeitos orientadores em relação ao sujeito que se considera lesado pela modificação, o que significa que importa a eficácia da decisão alterada, a qual não pode ser provisória.⁴⁸³

Por exemplo, há mudança jurisprudencial se um mesmo órgão de um Tribunal decide diversamente no tempo em relação ao conteúdo de um mesmo objeto que já havia sido tratado

⁴⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 258, 273, 347 e 597.

⁴⁷⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004, p. 277-278.

⁴⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 604 e 606.

⁴⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 615-616.

⁴⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 472-473.

⁴⁸⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 472 e 478.

⁴⁸¹ KÄHLER, Lorenz. **Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung**, Baden-Baden, Nomos, 2004, p. 25. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 473-474.

⁴⁸² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 473.

⁴⁸³ KÄHLER, Lorenz. **Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung**, Baden-Baden, Nomos, 2004, p. 25. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 475 e 478.

em decisão anterior transitada em julgado.⁴⁸⁴ Deve-se analisar qual é a força normativa da decisão e quais foram seus efeitos concretos, isto é, os efeitos que ela causou na prática, porque a confiança será protegida apenas quando o efeito foi a restrição de direitos fundamentais do indivíduo.⁴⁸⁵

Deve ser buscado, portanto, “[...] um contemperamento entre a exigência de segurança e a exigência de mutabilidade, estabelecendo uma forma de convívio entre estes dois valores [...]”.⁴⁸⁶ Isto é, devem ser evitadas as situações extremas, representadas, de um lado, pela imobilização do Estado e da ordem jurídica, e, de outro, pela surpresa gerada em relação àqueles que confiaram nos atos estatais, devendo-se buscar o equilíbrio entre esses dois polos antagônicos e igualmente importantes a fim de atender ao máximo aos ditames da justiça.⁴⁸⁷

4.4 Retroatividade

As relações jurídicas podem ser efêmeras, caso em que se originam em uma determinada data, geram efeitos imediatos e logo se extinguem.⁴⁸⁸ Nesses casos, por razões óbvias, a problemática relacionada ao decurso do tempo é exígua. Contudo, há relações jurídicas que têm maior duração e prolongam seus efeitos por algum período de tempo⁴⁸⁹, como acontece, por exemplo, na maior parte das relações tuteladas pelo Direito do Trabalho, as quais, em função do princípio da continuidade, pela presunção de durabilidade e permanência do contrato de trabalho, normalmente celebrado a prazo indeterminado, tendem e são criadas com o objetivo de perdurar por longos períodos. Durante o transcurso do tempo de duração dessas relações, várias alterações podem ocorrer e interferir diretamente nesta, motivo pelo qual surgem diversas questões sobre os efeitos temporais que essas mudanças operam nas relações duradouras, principalmente quando a consumação de um ato tiver se iniciado no passado e ainda não tiver sido concluída.⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 475.

⁴⁸⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 480-481.

⁴⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 330.

⁴⁸⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004, p. 276.

⁴⁸⁸ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 406.

⁴⁸⁹ DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970, p. 406.

⁴⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 412.

Ademais, foi visto que, devido ao princípio da igualdade em relação ao tempo, o Poder Judiciário está vinculado aos seus precedentes, a menos que justifique os motivos da mudança de orientação.⁴⁹¹ Não obstante, é preciso saber quais efeitos são permitidos em caso de alteração de posicionamento: retroativos, retrospectivos ou prospectivos.⁴⁹² Retroatividade é quando uma lei, um ato administrativo ou uma decisão judicial, por exemplo, gera efeitos no passado sobre atos ou fatos ocorridos no passado; retrospectividade é quando gera efeitos no futuro sobre atos ou fatos passados; prospectividade é quando gera efeitos no futuro sobre atos ou fatos ocorridos no futuro.⁴⁹³

Dessa forma, se a pessoa agiu no passado, dispondo de seus direitos fundamentais e confiando em uma orientação jurisprudencial, pode ser surpreendida negativamente no presente ou no futuro, sendo forma de restrição de seus direitos fundamentais, além de ser atentatória à confiabilidade e à calculabilidade e passível de causar descrédito no Direito e no Poder Judiciário.⁴⁹⁴ Segundo Ávila: “A falta de proteção da confiabilidade (passada) compromete a calculabilidade (futura) do Direito”.⁴⁹⁵

Já que a mudança é uma realidade no Direito da qual a sociedade não pode se afastar (e não deveria ser diferente), é necessário que haja determinados requisitos na sua aplicação.⁴⁹⁶ Nesse ponto questiona-se se a alteração pode ou não ter efeitos retroativos.⁴⁹⁷ Como já referido, em regra, o Judiciário age sobre o passado, visto que deve decidir sobre fatos ocorridos antes da decisão judicial.⁴⁹⁸ Sendo assim, impõe-se examinar dois tipos de eficácias que podem ser dadas a uma decisão judicial: eficácia declaratória e eficácia retroativa.⁴⁹⁹

⁴⁹¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 470-471 e 615.

⁴⁹² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 469.

⁴⁹³ JURATOWICH, Ben. **Retroactivity and the Common Law**, Oxford, Hart, 2008. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 416.

⁴⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 471.

⁴⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 471-472.

⁴⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 481.

⁴⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 481.

⁴⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 334. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 166, 481 e 626.

⁴⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 482.

A primeira ocorre quando as partes, sabendo da existência, da vigência e das alternativas reduzidas de significação de uma norma, questionam posteriormente, em última análise, sua interpretação, motivo pelo qual, ao final da lide, o julgador dirá qual sentido atribuído à norma é o melhor e, portanto, será a ela aplicado desde o momento de início do processo, pautando a interpretação de fatos ocorridos no passado relacionados à norma, não sendo, assim, verificadas questões que afrontem a cognoscibilidade ou a calculabilidade, porque não há surpresa para as partes.⁵⁰⁰ É claro que a decisão declaratória age sobre o passado, até mesmo em função da própria característica do Poder Judiciário de analisar questões pretéritas, anteriores à decisão, mas ela não é considerada retroativa.⁵⁰¹

A segunda, por outro lado, verifica-se quando uma decisão posterior com eficácia para terceiro ou para toda coletividade gera efeitos na atividade do indivíduo realizada em momento anterior à sua edição, em que havia outra decisão para ser razoavelmente aplicada à situação por ela atingida e pela qual o sujeito se baseou para agir, ou seja, a decisão posterior é aplicada para casos ocorridos quando ela sequer existia, o que significa que seria impossível, nesse momento, exigir que os indivíduos agissem conforme suas orientações (por desconhecimento do seu conteúdo) e soubessem das consequências por ela impostas, causando surpresa nos destinatários, deixando-os sem possibilidade de reação e contrariando os estados ideais de cognoscibilidade e de calculabilidade.⁵⁰² Dependendo do grau de vinculatividade da decisão, a situação pode se dar de duas formas: o indivíduo pode ser surpreendido seja porque a decisão anterior, que não foi aplicada, era aplicável à sua situação em função de sua eficácia geral (caso em que ele era obrigado a obedecê-la), seja porque ele acreditava (e tinha motivos para fazê-lo) que a decisão anterior, que não foi aplicada, seria aplicável à sua situação (caso em que ele, de forma razoável, poderia contar com sua aplicação).⁵⁰³ Na decisão judicial retroativa o indivíduo é prejudicado, pois, segundo Ávila: “O seu poder de configuração da realidade, dentro dos limites do Direito, é reconfigurado

⁵⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 482.

⁵⁰¹ WALDHOFF, Christian. **Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ**, Common Market Law Review 46, p. 5, 2009 (manuscrito). *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 482-483.

⁵⁰² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 483-487.

⁵⁰³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 484-485.

depois que a sua liberdade foi exercida”.⁵⁰⁴ É como “[...] mandar alguém hoje fazer alguma coisa ontem”.⁵⁰⁵

A mudança jurisprudencial retroativa, portanto, não está de acordo com a segurança jurídica, pois fere seus estados ideais, bem como os direitos fundamentais, principalmente a liberdade.⁵⁰⁶ Não há como conhecer uma decisão que ainda não existe; não conhecendo a decisão, não há como se orientar por ela nem calcular seus efeitos; não podendo se orientar pela decisão nem calcular seus efeitos, não há como decidir responsável e livremente sobre como, quando e se agir, pois as consequências dessa escolha são desconhecidas.⁵⁰⁷ Nessas condições, o Direito não orienta.⁵⁰⁸ Em relação à súmula, por exemplo, sua aplicação apenas deve se dar a partir da sua vigência, não sendo, por conseguinte, aceitável sua aplicação retroativa.⁵⁰⁹

Justamente pela função orientadora do Direito em relação ao comportamento dos indivíduos, não pode ele, por meio das alterações jurisprudenciais retroativas, tratar os jurisdicionados como objetos, ferindo sua autonomia e, conseqüentemente, em última análise, sua dignidade.⁵¹⁰ Caso contrário, como já analisado, estaria atingindo os estados ideais de confiabilidade e de calculabilidade da segurança jurídica.⁵¹¹ Para impedir que isso ocorra, deve-se invocar o princípio da proteção da confiança.⁵¹²

Deve-se considerar, entretanto, que o conhecimento e a calculabilidade são relevantes; então, se a mudança jurisprudencial não atua sobre esses elementos ela não é retroativa.⁵¹³ Da mesma forma, não é retroativa a alteração judicial se a atuação do sujeito não foi e nem poderia ser pautada por decisão judicial existente no momento da ação devido à

⁵⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 481.

⁵⁰⁵ FULLER, Lon. **The Morality of Law**, New Haven, Yale University Press, 1964, p. 59. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 483.

⁵⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 485.

⁵⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 485-486.

⁵⁰⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 486.

⁵⁰⁹ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 54.

⁵¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 233.

⁵¹¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 346.

⁵¹² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 412 e 414.

⁵¹³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 487.

impossibilidade de generalização desta.⁵¹⁴ Além disso, nem toda mudança jurisprudencial retroativa é amparada pelo princípio da proteção da confiança.⁵¹⁵ Por isso, é preciso analisar quais são os requisitos que ensejam a aplicação desse princípio.

4.5 O princípio da proteção da confiança aplicado às mudanças jurisprudenciais

É provável que, no direito brasileiro, esse princípio, que revela o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, não tenha recebido maior atenção como princípio constitucional porque o dispositivo constitucional que protege o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito (aspecto objetivo do princípio da segurança jurídica) é antigo em nossa tradição jurídica.⁵¹⁶ Entretanto, é inegável sua relevância, pois limita a liberdade estatal de modificar sua conduta, bem como seus atos, mesmo ilegais, que eventualmente tenham trazido benefícios aos indivíduos ou, no mínimo, faz com que essas mudanças tenha consequências econômicas para o Estado, o que se justifica pela “crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos”.⁵¹⁷

Diante dessas alterações dos atos estatais, Couto e Silva sugere que sejam fixados normativamente preceitos a fim de determinar “o que pode e o que não pode ser modificado, e como pode ser modificado, e quais, ainda, os limites a serem observados pelas alterações”.⁵¹⁸ Somado a isso, temos o fato de que os julgados integram a ordem jurídica, a qual, em geral, merece confiança por gerar expectativas.⁵¹⁹ Sendo assim:

⁵¹⁴ KEIL, Ulrich. **Die Systematik privatrechtlicher Rechtsprechungsänderungen**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 69. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 489.

⁵¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 282-283. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 489.

⁵¹⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004, p. 278.

⁵¹⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004, p. 274.

⁵¹⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004, p. 276.

⁵¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 269.

Portanto, como o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público.⁵²⁰

Para tutelar as ações do indivíduo que confiou nos atos estatais é possível invocar o princípio da proteção da confiança, o qual, juntamente com o princípio da segurança jurídica, “é indissociável da noção de dignidade da pessoa humana”.⁵²¹ Entretanto, como já visto, para que haja a incidência do princípio da proteção da confiança, é necessário que haja uma base de confiança, confiança nessa base, exercício da confiança e frustração da confiança. Quando esses quatro requisitos são preenchidos, a confiança deve ser protegida.⁵²² A aplicação dos critérios do princípio da segurança jurídica à análise dos casos concretos pode ser uma tentativa de realizar o que foi proposto por Couto e Silva para que seja atingida, nos maiores níveis possíveis, a justiça material.⁵²³

Contudo, é inegável que situações envolvendo a proteção da confiança são de difícil solução de forma padronizada, principalmente porque a relação causal entre o exercício do ato concreto de disposição individual e a decisão modificada deve ser comprovada caso a caso.⁵²⁴ Consoante Ávila: “Pois bem, precisamente em virtude das considerações precedentes é que não se pode admitir uma solução-padrão a fim de se proteger o exercício concreto da confiança vinculada a uma decisão judicial modificada”.⁵²⁵ Dessa forma, há instrumentos para proteger aquele que praticou atos de disposição em razão de ter confiado na decisão modificada, como, por exemplo, regras de transição.⁵²⁶

A seguir serão analisados os requisitos para a incidência do princípio da proteção da confiança em caso de alteração jurisprudencial.

⁵²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 398, 25-42, dez. 2010, p. 39.

⁵²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 66-67.

⁵²² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 499.

⁵²³ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004, p. 276.

⁵²⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 500-502.

⁵²⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 502.

⁵²⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 503.

4.5.1 Base da confiança

Consoante Marinoni, “[...] nem todo precedente gera confiança capaz de legitimar a conduta praticada”.⁵²⁷ Então, exige-se que a base da confiança possa legitimamente criar expectativas e ser invocada como motivo para o exercício dos direitos fundamentais.⁵²⁸ Em relação às situações analisadas neste estudo, a base da confiança é a decisão anterior, que legítima e razoavelmente guiou o comportamento do sujeito, que foi valorado segundo a decisão posterior.⁵²⁹ Deve-se questionar, de acordo com Ávila, “[...] a aptidão da decisão ‘modificada’ para gerar confiança”.⁵³⁰ Para isso, é necessário avaliar sua relevância pela utilização conjunta de vários critérios.⁵³¹ Apenas as decisões eficazes são passíveis de mudança jurisprudencial, então, entre elas, deve-se verificar a vinculatividade, a “pretensão de permanência”, a “finalidade orientadora”, bem como a “inserção em uma cadeia de entendimento uniforme” e a “capacidade de generalização”, que são elementos que devem estar presentes em sua maioria, mas não necessariamente em sua totalidade para haver proteção da confiança.⁵³²

A base receberá maior tutela do princípio da proteção da confiança quanto maior for sua a vinculatividade.⁵³³ A vinculatividade e a pretensão de permanência resultam da força normativa material ou formal das decisões.⁵³⁴

Algumas decisões têm força normativa formal porque as normas determinam sua força vinculativa.⁵³⁵ Por exemplo, a Constituição, em seu art. 102, § 2º.⁵³⁶ ⁵³⁷ Ademais, a vinculatividade também está prevista no art. 103-A, *caput* da Constituição.⁵³⁸

⁵²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 282-283.

⁵²⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 373-374.

⁵²⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 489.

⁵³⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 489-490.

⁵³¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 399.

⁵³² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 490.

⁵³³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 380.

⁵³⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 490.

⁵³⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 490.

⁵³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 278.

Por sua vez, a força normativa material se dá em função do órgão prolator da decisão ou do conteúdo desta, por ter pretensão de permanência e de definitividade, já que dificilmente será alterada futuramente.⁵³⁹ Para afirmar-se que a confiança na decisão modificada é justificada, é preciso analisar se a força ou autoridade da decisão era suficiente para que os jurisdicionados nela se baseassem no momento da sua conduta.⁵⁴⁰ Exemplificativamente:

Decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas pelo seu Órgão Plenário, do Superior Tribunal de Justiça, prolatadas pelo seu Órgão Especial ou pela Seção competente sobre a matéria, ou objeto de súmula manifestam elevado grau de pretensão terminativa, na medida em que permitem a ilação de que dificilmente serão modificadas, bem como uma *presunção formal de correção*, em virtude da composição do órgão prolator, que cria uma espécie de ‘base qualificada de confiança’.⁵⁴¹

Se houver recurso que tenha por objeto uma matéria já definida em alguma dessas decisões, o relator pode monocraticamente indeferir a medida recursal, o que leva à conclusão de que, mais cedo ou mais tarde, e mesmo que as instâncias inferiores não acolham a decisão (já que ela não é vinculante formalmente), o recurso muito provavelmente terá o mesmo resultado que esta, pois também passará pela instância superior que julgou a decisão anterior.⁵⁴² Da mesma forma, mesmo que um juiz de 1º grau entenda ser inaplicável ou injusta a utilização de uma súmula, por exemplo, para decidir determinado caso, ou, até mesmo, para todos os casos, sua opinião praticamente não terá expressividade, visto que, em última análise,

⁵³⁷ “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

⁵³⁸ “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”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 16 abr. 2014.

⁵³⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 490.

⁵⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 269.

⁵⁴¹ HEY, Johanna. **Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem**, Köln, Otto Schmidt, 2002, p. 627. Heike Pohl, **Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung**, Berlin, Duncker und Humblot, 2005, p. 90. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 490-491.

⁵⁴² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 491.

quem decidirá será o Tribunal que editou a súmula, porque, pelos meios recursais, a decisão sempre poderá a ele ser remetida.

Também é possível afirmar que a decisão tem força normativa material se, em relação ao seu conteúdo, há consenso doutrinário, o que incrementa essa vinculatividade.⁵⁴³ Decisões com maior vinculatividade e pretensão de permanência recebem maior tutela do princípio da proteção da confiança.⁵⁴⁴

Especificamente em relação às súmulas dos Tribunais, incluídas as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, que não são formalmente vinculantes, ou seja, não estão previstas no ordenamento como “súmulas vinculantes”, como ocorre em relação ao Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que possuem força vinculante material.⁵⁴⁵ Essa vinculatividade material decorre do fato de essas súmulas possibilitarem ao indivíduo

[...] prever as consequências jurídicas dos seus atos e condutas, tendo o efeito de permitir confiança nas decisões já tomadas – então vistas como critérios para definir o seu comportamento – e nas decisões que podem vir a ser proferidas – compreendidas como decisões que podem atingir as suas esferas jurídicas.⁵⁴⁶

Quanto mais vinculantes as normas, mais elas obrigam o indivíduo, isto é, mais restringem sua liberdade e, por isso, são aptas a gerar mais confiança do sujeito que segue as orientações propostas pela jurisdição.⁵⁴⁷

A finalidade orientadora, por sua vez, pode originar-se de duas situações distintas. Em primeiro lugar, ela pode nascer a partir da própria função da decisão, que objetiva justamente nortear os Tribunais inferiores e os indivíduos (expedientes de uniformização), da qual são exemplo as decisões que criam súmulas.⁵⁴⁸ As decisões dos Tribunais Superiores possuem a capacidade de criar confiança justificada principalmente quando seu objetivo é uniformizar a interpretação de uma lei ou unificar o direito federal.⁵⁴⁹ Segundo Ávila, em relação às súmulas: “O seu caráter orientador é, literalmente, ‘superior’”.⁵⁵⁰

⁵⁴³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 492.

⁵⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 490.

⁵⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 380.

⁵⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 398, 25-42, dez. 2010, p. 41.

⁵⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 398, 25-42, dez. 2010, p. 41. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 381.

⁵⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 493.

⁵⁴⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2009, p. 498 e ss. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência

A finalidade orientadora também pode advir de decisões com força normativa, pois estas são o reflexo da compreensão do Poder Judiciário sobre aquela matéria, o que “permite” que os sujeitos ajam baseados nela.⁵⁵¹ Em razão disso, decisões com maior finalidade orientadora recebem maior tutela do princípio da proteção da confiança.⁵⁵²

As súmulas, especificamente, por sua força normativa, apresentam um elemento objetivo, que consiste em um dever de obediência relativamente ao seu conteúdo por parte dos operadores do direito.⁵⁵³ Isso significa que, conforme Pego: “Atualmente no Brasil, o trabalho de um jurista passa pela consideração, em abstrato, dos entendimentos sumulares, enquanto elementos objetivos consagrados no ordenamento”.⁵⁵⁴ Tanto é assim que, atualmente, na prática jurídica, as decisões judiciais são pesquisadas e utilizadas pelos operadores do direito, sendo verdadeiro “instrumento profissional”.⁵⁵⁵ Esse fenômeno ocorre também em relação aos cidadãos em geral, que também devem seguir as orientações das súmulas.⁵⁵⁶ No campo do direito do trabalho, conforme Cassar: “O empregador que tem conhecimento do posicionamento majoritário do TST acerca de determinada matéria, comporta-se da forma por ele recomendada, para evitar um passivo trabalhista”.⁵⁵⁷ Pode-se também presumir que a mesma confiança depositada pelo empregador nas orientações do Tribunal Superior do Trabalho também é verificada no caso dos empregados, ainda mais se for caso de súmula, que, por seus requisitos de edição, possui maior autoridade. Por isso, a aplicação retroativa de uma súmula iria contra esse elemento objetivo e traria, como consequência, o descrédito nas súmulas e na sua força em relação aos profissionais que lidam com o direito, o que atingiria o cerne da sistemática da uniformização.⁵⁵⁸

consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 274-275.

⁵⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 493.

⁵⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 493.

⁵⁵² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 493.

⁵⁵³ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 54.

⁵⁵⁴ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 54.

⁵⁵⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, 139-155, set. 2011, p. 141.

⁵⁵⁶ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 54.

⁵⁵⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 75.

⁵⁵⁸ PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008, p. 54.

Ainda, se o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça decide da mesma forma diversas vezes, mesmo que por meio de suas Turmas, essas decisões uniformes demonstram aos indivíduos que aquela orientação nelas contida é o entendimento do Tribunal e, portanto, pode servir como base para o comportamento dos sujeitos.⁵⁵⁹ Sendo assim, decisões com maior inserção em uma cadeia de decisões uniformes devem ser mais protegidas pelo princípio da proteção da confiança.⁵⁶⁰

Mesmo assim, não quer dizer que a elevada quantidade de decisões não vinculantes possa ser considerada mais relevante em termos de orientação que apenas uma decisão com qualidade de vinculante.⁵⁶¹ Isso mostra que esses elementos devem ser ponderados no seu conjunto. Além disso, a caracterização desses fatores pode alterar-se no tempo, ou seja, uma decisão que no passado tinha alto grau de vinculatividade pode, no presente, não apresentar força normativa elevada em função de diversos fatores, caso em que se deve analisar quando o sujeito exerceu a confiança e baseou-se na decisão: se no passado ou no presente, o que modifica substancialmente a quantidade de proteção que seu exercício de confiança receberá.⁵⁶²

Também é relevante analisar a aparência de legitimidade das decisões. Consoante Couto e Silva:

[...] os atos do Poder Público gozam da aparência e da presunção de legitimidade, fatores que, no arco da história, em diferentes situações, têm justificado sua conservação no mundo jurídico, mesmo quando aqueles atos se apresentem eivados de graves vícios.⁵⁶³

Como último elemento da base da confiança temos a capacidade de generalização da decisão. Decisões com maior capacidade de generalização devem ser mais tuteladas pelo princípio da proteção da confiança.⁵⁶⁴ Quanto a isso, afirma Ávila: “Nesse sentido, as

⁵⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 493.

⁵⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 493.

⁵⁶¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 494.

⁵⁶² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 494.

⁵⁶³ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004, p. 275.

⁵⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 495.

decisões dos Tribunais Superiores, especialmente as do Supremo Tribunal Federal, possuem maior capacidade de universalização, em razão do teor abstrato dos seus julgados”.⁵⁶⁵

Dessa forma, só haverá proteção da confiança se esses elementos estiverem conjugadamente presentes, ainda que não seja necessário que todos eles sejam verificados no caso ou que sejam fortemente verificados.⁵⁶⁶ Em suma, esses elementos não podem ser considerados necessários nem suficientes, pois eles apenas indicam uma situação de maior ou menor confiabilidade.⁵⁶⁷

4.5.2 Confiança na base

Em relação à confiança na base da confiança, que é o segundo requisito para a incidência do princípio da proteção da confiança, pode-se dizer que o indivíduo deve ter confiado na decisão em que baseou sua ação, ou seja, ele agiu em função da decisão na qual confiou.⁵⁶⁸ Essa confiança na decisão que é a base da confiança deve ser concreta e efetiva, de forma a legitimar o vínculo de causalidade entre esta e a ação do indivíduo.⁵⁶⁹

Desse requisito é possível extrair a exigência de que a pessoa que praticou o ato tenha agido de boa-fé, pois somente é legítimo defender a confiança daqueles que a exerceram de boa-fé. Obviamente, a exigência de boa-fé aplica-se não somente ao Estado quando realiza alguma alteração jurisprudencial, mas também aos indivíduos que invocam o princípio da proteção da confiança nessas situações. Fazendo um paralelo com a posição de Couto e Silva em relação ao ato administrativo ilegal e aplicando-a também à mudança jurisprudencial, já que em ambos os casos há a incidência do princípio da proteção da confiança, é possível afirmar que não faria sentido proteger a confiança de quem agiu dolosamente através de coação, suborno ou qualquer outra forma desleal.⁵⁷⁰ Até mesmo porque sequer seria possível dizer que houve confiança nesses casos.

⁵⁶⁵ HEY, Johanna. **Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem**, Köln, Otto Schmidt, 2002, p. 627. *apud* ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 495.

⁵⁶⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 495.

⁵⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 496.

⁵⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 496 e 500.

⁵⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 497.

⁵⁷⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial

Inclusive, quanto a isso, há um julgado do Supremo Tribunal Federal⁵⁷¹, referido por Couto e Silva.⁵⁷² Em suma, por alguns anos, o Supremo Tribunal Federal não havia firmado entendimento sobre a possibilidade de contratação de empregados de sociedades de economia mista e empresas públicas sem concurso público, o que apenas foi pacificado em decisão de 23 de abril de 1993, quando se afirmou que o certame era requisito de admissão. Entretanto, no caso estavam em pauta as contratações anteriores a essa data realizadas pela INFRAERO, em relação às quais não foi decretada nulidade, mantendo-se os empregados no cargo. Um dos fundamentos apontados pelo Relator para motivar sua decisão foi a boa-fé das pessoas contratadas e, por isso, a imposição de protegê-las por meio do princípio da segurança jurídica.

4.5.3 Exercício da confiança

O terceiro requisito é o exercício da confiança; isso significa que a confiança na base deve ter sido praticada por meio de ações concretas em que houve a disposição de direitos fundamentais, as quais devem ser comprovadas pela via processual.⁵⁷³ Quanto maior a restrição desses direitos pela dificuldade de reversão dos efeitos gerados, mais proteção da confiança deve haver.⁵⁷⁴ Ainda, a tutela será apenas em relação aos atos de disposição que foram praticados em função da decisão modificada, sendo necessário que haja uma correlação causal entre a decisão modificada e o ato de disposição individual.⁵⁷⁵ Conforme Marinoni: “[...] há que se verificar se o ato ou a conduta realmente deriva da confiança que se depositou no precedente”.⁵⁷⁶

do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004, p. 305.

⁵⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 22357/DF. Impetrante: Ivete do Socorro Abreu de Souza e outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 mai 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85726>>. Acesso: 05 jun 2014.

⁵⁷² COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004, p. 285-287.

⁵⁷³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 497 e 502.

⁵⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 497.

⁵⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 500-501.

⁵⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 282-283.

4.5.4 Frustração da confiança

Por fim, a frustração da confiança é o quarto pressuposto para que o princípio da proteção da confiança possa ser avocado.⁵⁷⁷ Isso significa que o indivíduo que confiou deve ter tido restrições que o prejudicaram com a alteração de posicionamento da jurisprudência, causando-lhe considerável surpresa injustificada.⁵⁷⁸ Uma das formas possíveis de frustração da confiança é a alteração de orientação jurisprudencial consolidada, que “pode causar surpresa injusta a todos aqueles que nela pautaram suas condutas”.⁵⁷⁹ Conforme Bandeira de Mello:

Consequentemente, seria injusto e inaceitável, sobreposse em um autonominado Estado Democrático de Direito, que este, no exercício da função jurisdicional, ao detectar um ‘erro’, uma ‘interpretação incorreta’ da ordem jurídica, dantes por ele mesmo efetuada, permitisse que esta sua proclamada falha deflagrasse um prejuízo patrimonial para quem não falhou e agiu sob o pálio do que precedentemente ele próprio Judiciário proclamara ser o Direito vigorante naquela matéria.⁵⁸⁰

4.6 Julgados do Tribunal Superior do Trabalho

Após a análise do conceito de mudança jurisprudencial, da ponderação acerca dos efeitos retroativos e do princípio da proteção da confiança, cabe aplicar essas questões no contexto que têm sido desenvolvidas no Tribunal Superior do Trabalho. Em relação aos julgados desse Tribunal, é possível identificar dois distintos entendimentos em relação à possibilidade ou não de retroação dos efeitos das decisões que alteram orientação jurisprudencial consolidada presente em súmula.

4.6.1 Aceitação da retroatividade

Alguns julgadores do Tribunal Superior do Trabalho entendem que deve ser conferido efeito retroativo às mudanças jurisprudenciais representadas pela revisão das súmulas do

⁵⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 497.

⁵⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 497 e 545.

⁵⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 256.

⁵⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 331.

Tribunal. Eles se orientam principalmente por uma antiga decisão do Supremo Tribunal Federal.⁵⁸¹

No caso, a agravante alega que a Súmula 266⁵⁸² do Tribunal Superior do Trabalho, que trata sobre a admissibilidade do recurso de revista, editada após a interposição de seu recurso, não poderia a ele ser aplicada, sob pena de sua retroatividade afetar o disposto no art. 5º, XXXVI⁵⁸³ da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não acatou esse argumento, afirmando que

[...] a súmula de jurisprudência dos Tribunais não têm autoridade de lei e nem ostenta, quanto aos magistrados que não os integram, qualquer eficácia subordinante de seus futuros pronunciamentos jurisdicionais. O conteúdo material das formulações sumulares assume valor meramente paradigmático, eis que exprime o sentido e a orientação da jurisprudência de um determinado tribunal. Daí a afirmação de que a súmula nada mais é do que a cristalização da própria jurisprudência. Pressuposto da formulação sumular é, portanto, a existência de orientação jurisprudencial predominante sobre determinado tema, no âmbito das Cortes judiciárias. Por isso mesmo, as súmulas dos tribunais não se submetem às regras de vigência impostas às leis. Nada impede que os magistrados e Tribunais dirimam controvérsia com fundamento em orientação sumular fixada após a instauração do litígio.⁵⁸⁴

Entretanto, é curioso notar que, apesar de negar a autoridade das súmulas, que seriam “meras” orientações jurisprudenciais segundo o Supremo Tribunal Federal, o próprio Tribunal, contraditoriamente, utiliza como argumento para sustentar sua posição o fato de que antes da edição da súmula já havia entendimento jurisprudencial consolidado em relação à questão suscitada pela agravante relativamente à admissibilidade do recurso. Contudo, para os fins deste trabalho, importa perceber que no referido julgado o Supremo Tribunal Federal autoriza a aplicação retroativa das súmulas.

Esse entendimento refletiu-se nos julgados do Tribunal Superior do Trabalho. Pode-se citar o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-148000-

⁵⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 137.619/DF. Agravante: SBT – Sistema Brasileiro de Televisão S/C Ltda. Agravado: Oswaldo Barreto. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 ago 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=274766>>. Acesso: 05 jun 2014.

⁵⁸² “A admissibilidade do recurso de revista contra acórdão proferido em agravo de petição, na liquidação de sentença ou em processo incidente na execução, inclusive os embargos de terceiro, depende de demonstração inequívoca de violência direta à Constituição Federal”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 226. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html>. Acesso em: 17 jun. 2014.

⁵⁸³ “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_11.02.2014/CON1988.shtm>. Acesso em: 17 jun. 2014.

⁵⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 137.619/DF. Agravante: SBT – Sistema Brasileiro de Televisão S/C Ltda. Agravado: Oswaldo Barreto. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 ago 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=274766>>. Acesso: 05 jun 2014.

05.2012.5.17.0007⁵⁸⁵, em que se questionou a aplicação retroativa de nova redação do item III da Súmula nº 244⁵⁸⁶ do Tribunal Superior do Trabalho. Antes da alteração de entendimento jurisprudencial, a referida súmula apresentava a seguinte redação em seu item III: “Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa”.⁵⁸⁷ Sendo assim, conclui-se que a empregada gestante admitida por contrato de experiência não fazia jus à estabilidade provisória. Não obstante, com a alteração do item III da Súmula nº 244, passou-se a reconhecer-lhes esse direito.

O caso em questão refere-se a empregada gestante cujo contrato de experiência teve seu término alguns dias antes da divulgação da nova redação do item III da Súmula nº 244. As instâncias inferiores reconheceram o direito da empregada à estabilidade provisória alegando, entre outras razões, a nova redação do item III da referida súmula:

Impende destacar que, na interpretação jurisprudencial, diversamente do que ocorre com a legislação, não vige o princípio 'o tempo rege o ato' (*tempus regit actum*). Ou seja, é possível julgar fatos passados, como os deste caso, com base no recente posicionamento do TST sobre a questão em debate. Ademais, a jurisprudência não se submete à restrição do princípio '*tempus regit actum*'. Por isso, as orientações jurisprudenciais e a súmula do TST se aplicam até aos casos antecedentes às suas publicações.⁵⁸⁸

Por esse motivo, a empresa empregadora insurgiu-se contra a decisão no Tribunal Regional do Trabalho, afirmando a impossibilidade de aplicação retroativa da nova redação da súmula, pois considerou que “sua conduta, 'ao tempo da ocorrência dos fatos, foi

⁵⁸⁵ BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 148000-05.2012.5.17.0007. Agravante: Adcos Indústria e Comércio Ltda. Agravada: Geisiane Rodrigues de Carvalho. Relator: Min. Emmanoel Pereira. Brasília, 21 mai 2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/portalmovel.juris/pages/inteiroTeor.seam?codigo=148000&digProc=5&anoProc=2012&strTipo=Ac%F3rd%E3os&cid=7098>>. Acesso: 05 jun 2014.

⁵⁸⁶ “I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT). II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho”. Súmula n. 244. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁵⁸⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 244 (Histórico). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁵⁸⁸ BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 148000-05.2012.5.17.0007. Agravante: Adcos Indústria e Comércio Ltda. Agravada: Geisiane Rodrigues de Carvalho. Relator: Min. Emmanoel Pereira. Brasília, 21 mai 2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/portalmovel.juris/pages/inteiroTeor.seam?codigo=148000&digProc=5&anoProc=2012&strTipo=Ac%F3rd%E3os&cid=7098>>. Acesso: 05 jun 2014.

rigorosamente adequada ao que orientava a corte Superior (Súmula 244), que não conferia à gestante nos contratos a termo, estabilidade provisória”⁵⁸⁹. Alegou violação ao princípio da segurança jurídica, já que agiu conforme o entendimento sumulado à época, referindo que a aplicação da nova redação da súmula deve ser prospectiva.

O relator, ao analisar a questão da modulação dos efeitos da nova redação sumular, invoca o sistema norte-americano, tratado por Marinoni. Diante disso, cabe uma pequena explicação sobre o tema: no *common law*, em geral, a revogação de um precedente, denominada *overruling* naquele sistema, tem eficácia retroativa, exceto quando “[...] a retroatividade de uma decisão que substituiu precedente que, por certo período de tempo, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados é tão injusta quanto à (*sic*) perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto”⁵⁹⁰. Entretanto, a irretroatividade ou eficácia prospectiva (*prospective overruling*), seguindo as prescrições do princípio da proteção da confiança, para que a nova regra não abranja questões geradas em função do precedente anterior, somente é aceita nos casos em que a “credibilidade do precedente não tenha sido abalada”, ou seja, quando não fosse possível aos cidadãos prever que o precedente seria revogado; então, se os tribunais ou a doutrina já houvessem alertado sobre algum erro no precedente ou sobre o cabimento da sua revogação, não há como legitimamente justificar a confiança de quem nele se baseou para praticar suas condutas e, portanto, a retroatividade é aplicada.⁵⁹¹ Diante disso, o relator aponta que a confiança da empresa empregadora não se mostrou qualificada, visto que, no momento em que foi praticado o ato já era possível verificar, nos julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região sob a relatoria do Desembargador relator, a alegação de erro no entendimento sumular em questão.

Da mesma forma, no Brasil, a irretroatividade é utilizada para promover a proteção da previsibilidade e da confiança justificada.⁵⁹² Ou, pelo menos, assim deveria ser. Observa-se que o Desembargador relator do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região esperava que a empregadora atribuísse maior relevância a seus julgados que a uma súmula do Tribunal Superior do Trabalho, no que foi acompanhado por este Tribunal. A confiança da

⁵⁸⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 148000-05.2012.5.17.0007. Agravante: Adcos Indústria e Comércio Ltda. Agravada: Geisiane Rodrigues de Carvalho. Relator: Min. Emmanoel Pereira. Brasília, 21 mai 2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/portalmovel.juris/pages/inteiroTeor.seam?codigo=148000&digProc=5&anoProc=2012&strTipo=Ac%F3rd%E3os&cid=7098>>. Acesso: 05 jun 2014.

⁵⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 257.

⁵⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 257-258, 261-262, 268 e 272.

⁵⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 274.

empregadora na súmula do Tribunal Superior do Trabalho deveria ter sido protegida e, como consequência, não se deveria ter aplicado a eficácia retroativa à nova redação sumular, já que a súmula é uma base de confiança com grau de vinculatividade maior, diferentemente das decisões contrárias à súmula alegadas pelo julgador.

Além disso, suas alegações trazem a exigência de que todo empregador fique atento à totalidade dos julgados do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, a fim de prontamente identificar tendência jurisprudencial que revele erro ou conveniência em alterar súmula. Nesse ponto, respeitosamente discorda-se também de Marinoni, pois essas considerações trazidas pelo relator não podem ser simplesmente importadas para o sistema brasileiro, dadas todas as diferenças identificadas pelo processualista entre este e o sistema norte-americano.⁵⁹³ Entende-se que essa possibilidade apenas seria possível em casos realmente evidentes de abandono das orientações anteriores sem, contudo, ter havido cancelamento ou revisão de súmula, os quais, em tese, não deveriam ocorrer, pois, como já analisado, as súmulas podem ser revisadas ou canceladas a qualquer momento.

Sendo assim, a medida do cancelamento ou revisão das súmulas seria a melhor atitude dos Tribunais nesses casos, porque estariam promovendo a segurança jurídica em nosso ordenamento. Ademais, as consequências do argumento do relator do Tribunal Regional do Trabalho seriam totalmente contrárias ao caráter orientador do Direito, trazendo enorme descrédito ao Poder Judiciário em relação aos indivíduos, que não saberiam em qual orientação se basear diante de entendimentos contrários dos Tribunais, causando elevada insegurança jurídica e, possivelmente, inação por parte dos empregadores, impedindo contratações.

Também é possível referir os Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-ED-RR-1.046/2004-052-03-00.0⁵⁹⁴. Entre outros temas, discutiu-se nesse julgado a aplicação retroativa da nova redação da Súmula nº 191 do Tribunal Superior do Trabalho. Sua redação

⁵⁹³ Uma das diversas diferenças entre os sistemas brasileiro e norte-americano é, em função de os precedentes serem um aspecto dos mais relevantes no *common law*, a possibilidade de identificação de requisitos mais claros para sua vinculação ou não vinculação, além da existência de técnicas de operacionalização dos precedentes, como o *overruling* (revogação do precedente) e o *distinguishing* (não utilização do precedente).

⁵⁹⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº 1.046/2004-052-03-00.0. Embargantes: Sindicato dos trabalhadores na indústria de energia elétrica de Cataguases e Energisa Minas Gerais – Distribuidora de energia S.A. e outra. Embargados: os mesmos. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 06 ago. 2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20104600-68.2004.5.03.0052&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAoHCAAI&dataPublicacao=12/09/2008&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso: 18 jun 2014.

antiga assim determinava: “O adicional de periculosidade incide, apenas, sobre o salário básico, e não sobre este acrescido de outros adicionais”.⁵⁹⁵ Contudo, a referida súmula foi revisada somente para adicionar a seu texto uma ressalva referente aos eletricitários: “Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial”.⁵⁹⁶ As empregadoras alegaram ofensa ao princípio da segurança jurídica diante dos efeitos retroativos conferidos à súmula, ao que o Tribunal declarou:

Ademais, resulta irrelevante o fato de ter havido ou não alteração da jurisprudência desta Corte quanto à matéria. Isso porque as súmulas não se equiparam a lei, e a mudança no entendimento jurisprudencial acarreta a aplicação imediata do novo posicionamento, sem submissão às regras de direito intertemporal.⁵⁹⁷

4.6.2 Não aceitação da retroatividade

Em contrapartida, é possível encontrar julgados do Tribunal Superior do Trabalho em que se identifica a preocupação dos magistrados relativamente ao princípio da segurança jurídica e sua decorrente vedação de eficácia retroativa quando presentes os requisitos que ensejam a aplicação do princípio da proteção da confiança. Exemplo disso é o Recurso de Revista nº TST-RR-37500-76.2005.5.15.0004⁵⁹⁸. Importa destacar que, no caso, discutia-se a pretensão do empregado, ferroviário, relativamente às horas de janelas, conferidas a este em razão de previsão no regulamento da empresa, o qual foi derogado por acordo coletivo em maio de 2000. Posteriormente, em setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho

⁵⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 191 (Histórico). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-191>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁵⁹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 191. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-191>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁵⁹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº 1.046/2004-052-03-00.0. Embargantes: Sindicato dos trabalhadores na indústria de energia elétrica de Cataguases e Energisa Minas Gerais – Distribuidora de energia S.A. e outra. Embargados: os mesmos. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 06 ago. 2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20104600-68.2004.5.03.0052&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAoHCAAI&dataPublicacao=12/09/2008&localPublicacao=DJ&query=>>>. Acesso: 18 jun 2014.

⁵⁹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 37500-76.2005.5.15.0004. Recorrente: Paulo Silas Machado. Recorridas: Ferrovia Centro-Atlântica S.A., Ferrobán – Ferrovias Bandeirantes S.A. e VALEC (sucessora da extinta RFFSA). Relator: Min. Vieira de Mello Filho. Brasília, 28 nov. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2037500-76.2005.5.15.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKy0AAH&dataPublicacao=07/12/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso: 18 jun 2014.

modificou a Súmula nº 277, cuja redação anterior⁵⁹⁹ consagrava a não ultratividade das normas coletivas, passando esta a ter o seguinte texto: “As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.⁶⁰⁰

Segundo o relator, diante dessa questão, surge o problema quanto à análise dos eventos que aconteceram em momento anterior à alteração sumular, bem como quanto às questões que estão sendo discutidas em processos judiciais na Justiça do Trabalho. Para o magistrado, que utiliza os ensinamentos de Ávila e Marinoni sobre o princípio da segurança jurídica, bem como do Min. Herman Benjamin em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a busca de equilíbrio e harmonia entre “o princípio da segurança jurídica e a evolução das posições jurisprudenciais consolidadas”.⁶⁰¹ Sendo assim, conclui:

Com esses pressupostos, a alteração no entendimento consubstanciado na Súmula nº 277 do TST, quanto à ultratividade das normas coletivas, deve ter seus efeitos aplicados às situações ocorridas a partir de sua publicação, e não, retroativamente, às situações em que se adotava e esperava outro posicionamento da jurisprudência consolidada da Justiça do Trabalho.⁶⁰²

Com igual entendimento, o Recurso de Revista nº TST-RR-2005-05.2012.5.12.0005⁶⁰³:

⁵⁹⁹ “I – As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho. II – Ressalva-se da regra enunciado (*sic*) no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 277 (Histórico). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁶⁰⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 277. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁶⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 37500-76.2005.5.15.0004. Recorrente: Paulo Silas Machado. Recorridas: Ferrovia Centro-Atlântica S.A., Ferrobán – Ferrovias Bandeirantes S.A. e VALEC (sucessora da extinta RFFSA). Relator: Min. Vieira de Mello Filho. Brasília, 28 nov. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2037500-76.2005.5.15.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKy0AAH&dataPublicacao=07/12/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso: 18 jun 2014.

⁶⁰² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 37500-76.2005.5.15.0004. Recorrente: Paulo Silas Machado. Recorridas: Ferrovia Centro-Atlântica S.A., Ferrobán – Ferrovias Bandeirantes S.A. e VALEC (sucessora da extinta RFFSA). Relator: Min. Vieira de Mello Filho. Brasília, 28 nov. 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2037500-76.2005.5.15.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKy0AAH&dataPublicacao=07/12/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso: 18 jun 2014.

⁶⁰³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 2005-05.2012.5.12.0005. Recorrente: Laélcio Dorval Airoso Junior. Recorrida: Estaleiro TWB Limitada. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília, 14 mai. 2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202005->>

Em que pese a alteração da Súmula nº 277 do TST, esta Corte tem firmado entendimento no sentido de que, por força do princípio da segurança jurídica, a nova redação da súmula não pode ser aplicada de forma retroativa. Não pode, portanto, alcançar as normas coletivas cujo prazo de vigência haja exaurido até 25/9/2012, data em que foi publicada sua nova redação.⁶⁰⁴

4.7 Razões contrárias à retroatividade

Diante de tudo o que foi referido, percebe-se que aplicar retroativamente uma súmula revisada, isto é, utilizar, para casos pretéritos em que se agiu confiando na orientação revogada, novo entendimento sumular, posterior à ocorrência do evento em questão é uma afronta ao princípio da proteção da confiança e, conseqüentemente, ao princípio da segurança jurídica. Nas palavras de Marinoni, tratando sobre o Superior Tribunal de Justiça:

Não é possível retroagir entendimento novo para o efeito de prejudicar quem quer que tenha praticado ato em confiança em precedente ou em jurisprudência pacífica. [...] a revogação de um precedente – ou de um entendimento jurisprudencial – tem significado muito mais amplo ao de uma simples decisão judicial. A revogação de precedente, ao alterar o entendimento da Corte a respeito da interpretação da lei federal, tem grande impacto sobre as situações levadas a efeito sob o império do precedente revogado.^{605 606}

O jurista traz como exemplo o voto do Min. Herman Benjamin nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689-PR⁶⁰⁷, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se discutia não a confiança gerada por uma súmula, mas, menos que isso, a

05.2012.5.12.0005&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANbtAAB&dataPublicacao=30/05/2014&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso: 18 jun 2014.

⁶⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 2005-05.2012.5.12.0005. Recorrente: Laélcio Dorval Airoso Junior. Recorrida: Estaleiro TWB Limitada. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Brasília, 14 mai. 2014. Disponível em:

<[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202005-](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202005-05.2012.5.12.0005&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANbtAAB&dataPublicacao=30/05/2014&localPublicacao=DEJT&query=>)

05.2012.5.12.0005&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANbtAAB&dataPublicacao=30/05/2014&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso: 18 jun 2014.

⁶⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 282.

⁶⁰⁶ Aqui cabe uma breve ressalva. Marinoni utiliza o termo “precedente” no sentido atribuído pelo direito norte-americano. O autor nega às súmulas a caracterização de precedentes, por considerar que essas não atendem aos requisitos destes – ainda, que, é verdade, afirme que as técnicas de operacionalização do uso de precedentes podem ser utilizadas nas súmulas. Entretanto, entende-se que isso não possa ser alegado para não proteger a confiança daqueles que basearam seu comportamento em súmula e, com isso, ficaram sujeitos a restrição de seus direitos fundamentais em função de concessão de eficácia retroativa em caso de revogação ou alteração desta, até mesmo porque as súmulas inegavelmente possuem um papel orientador. Apesar de seus problemas, muitos deles apontados por Marinoni, as súmulas apresentam elevada importância, sobretudo no direito do trabalho, conforme já analisado na p. 67 do presente trabalho. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 216-218 e 359.

⁶⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689-PR. Embargante: Dalmaci Curtume Ltda. Embargado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 27 jun. 2007. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=651631&sReg=200600432413&sData=20071022&formato=HTML>. Acesso: 19 jun 2014.

criada a partir de jurisprudência reiterada, a qual foi alterada.⁶⁰⁸ O Ministro defendeu em seu voto que à modificação da orientação deveriam ser conferidos efeitos apenas prospectivos, a fim de garantir a segurança jurídica.

O magistrado diferencia a jurisprudência dos Tribunais Superiores daquela oriunda dos outros órgãos jurisdicionais, pois, em função da estrutura do Poder Judiciário, aquela gera “irresistivelmente uma compreensível expectativa, por parte dos jurisdicionados, de que as decisões [...] não sofrerão mudanças sazonais, tão comuns nos sistemas de múltiplas instâncias de julgamento”.⁶⁰⁹ O jurisdicionado tem a tendência de acreditar que aquela interpretação contida na jurisprudência consolidada de um Tribunal cuja competência para fazer a última análise sobre a matéria é conferida pela Constituição Federal é a melhor interpretação e, a partir dela, guia seu agir.⁶¹⁰ Igualmente, Bandeira de Mello considera que a orientação jurisprudencial consolidada tem “força máxima” na determinação da atuação dos indivíduos.⁶¹¹ Refere o Min. Herman Benjamin: “[...] os precedentes judiciais, estejamos no *common law* ou *civil law*, são uma forma de produção de normas jurídicas, ou se assim não for, pelo menos de compreensões normativas que moldam os comportamentos jurídicos das pessoas”.⁶¹² Dessa forma, o julgador afirma que seria uma injustiça prejudicar quem acreditou nas orientações jurisprudenciais.

Além disso, pondera que a lei declarada inconstitucional é encarada como se nunca houvesse existido no ordenamento, então sua declaração de inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*. Entretanto, o art. 27 da Lei nº 9.868/99⁶¹³ e o art. 11 da Lei nº 9.882/99⁶¹⁴ permitem a

⁶⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 275-276.

⁶⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689-PR. Embargante: Dalmaci Curtume Ltda. Embargado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 27 jun. 2007. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=651631&sReg=200600432413&sData=20071022&formato=HTML>. Acesso: 19 jun 2014.

⁶¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689-PR. Embargante: Dalmaci Curtume Ltda. Embargado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 27 jun. 2007. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=651631&sReg=200600432413&sData=20071022&formato=HTML>. Acesso: 19 jun 2014.

⁶¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 331.

⁶¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689-PR. Embargante: Dalmaci Curtume Ltda. Embargado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 27 jun. 2007. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=651631&sReg=200600432413&sData=20071022&formato=HTML>. Acesso: 19 jun 2014.

⁶¹³ “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou

modulação dos efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade ou em arguição de descumprimento de preceito fundamental, a elas podendo ser concedidos efeitos prospectivos (*ex nunc*) quando a eficácia *ex tunc* mostrar-se muito gravosa⁶¹⁵. Contudo, seria possível fazer a modulação dos efeitos mesmo que não houvesse previsão legal, invocando-se a segurança jurídica e a proteção da confiança, haja vista que, se isso pode ser feito para a declaração de inconstitucionalidade de lei, não há motivo para não ser permitido também a mudanças jurisprudenciais (revogação e alteração de súmulas, por exemplo), que também se submetem ao princípio da proteção da confiança. Entende-se, portanto, que a segurança jurídica, como já visto, está prevista constitucionalmente, não sendo necessário, dessa forma, norma que autorize a modulação dos efeitos nela baseada. O próprio Supremo Tribunal Federal, invocando os valores que regem as Leis nº 9.868 e 9.882, fez uso desse procedimento para decisões de inconstitucionalidade em controle difuso, as quais não são abrangidas pelas leis em comento, extravasando, portanto, as hipóteses previstas na legislação, demonstrando que “em sendo necessário, construiria suas balizas perante situações que demandassem igual tratamento [...]”⁶¹⁶.

O Min. Herman Benjamin invoca os referidos artigos para utilizar seu fundamento, que é a segurança jurídica, prevista constitucionalmente, também para conferir eficácia prospectiva às decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos demais Tribunais Superiores. Dessa forma:

Inegável que os valores que levaram o legislador federal a produzir as Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, vão além do produto legislativo, influenciando necessariamente na aplicação do Direito por **todos** os Tribunais Superiores. Tenho para mim que, também no âmbito do STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. [...] Da mesma forma, a inexistência de norma ordinária expressa que regule o assunto não tem o condão de impedir os Tribunais Superiores de adequarem sua atividade, ou o produto da ação jurisdicional, aos ditames da segurança jurídica.⁶¹⁷

de outro momento que venha a ser fixado”. BRASIL, Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

⁶¹⁴ “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. BRASIL, Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

⁶¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 336.

⁶¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007, p. 336-337.

⁶¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689-PR. Embargante: Dalmaci Curtume Ltda. Embargado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 27 jun. 2007. Disponível em:

Não obstante sua argumentação, o Tribunal entendeu por não conferir a eficácia prospectiva pretendida pelo Min. Herman Benjamin, ficando registrado na ementa do julgado o seguinte:

Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ da (*sic*) suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidos como revogados.⁶¹⁸

Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que apenas no caso de inconstitucionalidade de norma, e não de revogação de jurisprudência, seria possível modular os efeitos da decisão. Para Marinoni, o Tribunal teria decidido mais acertadamente se tivesse utilizado a técnica proposta pelo Min. Herman Benjamin, já que consiste em medida garantidora da confiança justificada em jurisprudência, a qual deve ser protegida independentemente do tipo de decisão (se de inconstitucionalidade ou de revogação) em função do princípio da segurança jurídica.⁶¹⁹ Justifica:

Os atos, alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico – e, assim, irradiadores de confiança justificada -, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga o precedente, sob pena de violação à segurança jurídica e à confiança nos atos do Poder Público.⁶²⁰

Por conseguinte, conferir efeitos retroativos à revogação de um precedente pode afetar a confiança nele depositada, sendo passível de gerar tratamento altamente desigual para indivíduos em situações semelhantes.⁶²¹ Impõe-se, portanto, nessas situações, em função da proteção da confiança, a eficácia prospectiva.⁶²²

Destaca-se que, para limitar a eficácia retroativa da decisão sempre é necessário analisar os requisitos relativos ao princípio da proteção da confiança, diferenciando os atos que lhes atendem daqueles que não lhes atendem. Quando verificado que a confiança deve ser

<http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=651631&sReg=200600432413&sData=20071022&formato=HTML>. Acesso: 19 jun 2014.

⁶¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 738.689-PR. Embargante: Dalmaci Curtume Ltda. Embargado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 27 jun. 2007. Disponível em:

<http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=651631&sReg=200600432413&sData=20071022&formato=HTML>. Acesso: 19 jun 2014.

⁶¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 279.

⁶²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 279.

⁶²¹ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 397-398. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 420, nota de rodapé.

⁶²² EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 131. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 420, nota de rodapé.

protegida, é dever dos Tribunais Superiores fazê-lo, os quais sequer poderiam decidir livremente se aplicam ou não a modulação de efeitos, pois se trata de uma imposição.⁶²³ As decisões judiciais são atos de poder, e, como tal, quem as proferiu deve por elas responsabilizar-se, não podendo desconsiderá-las discricionariamente.⁶²⁴

Apesar disso, é possível verificar nos julgados do Tribunal Superior do Trabalho, bem como em decisões de outros tribunais, que essas questões não são tão consideradas quanto deveriam, dada sua relevância. Marinoni explica essa “ausência de respeito aos precedentes” verificada no Direito brasileiro sob o ponto de vista histórico, pelos valores a partir dos quais o *civil law* foi cunhado.⁶²⁵ Segundo o jurista, diferentemente do *common law*, o sistema romano-germânico associou a segurança jurídica apenas à estrita aplicação da lei pelo juiz, que seria suficiente para garanti-la.⁶²⁶ O *common law*, por outro lado, ao admitir que a interpretação da lei pode atribuir-lhe diversos resultados, encarou a eficácia vinculante dos precedentes (*stare decisis*) como o verdadeiro instrumento de promoção da segurança jurídica.⁶²⁷ Assim, no *civil law*, “deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes”.⁶²⁸ Afinal, “[...] nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes [...]”.⁶²⁹ Não obstante, Marinoni identifica que não há qualquer oposição a isso na doutrina e na praxe brasileiras, por não perceberem o problema ou, ainda, por não considerarem que algo possa ser feito para solucioná-lo.⁶³⁰

Sendo assim, pode-se fazer uma crítica no que tange à utilização das súmulas no Direito brasileiro. Marinoni identifica:

As súmulas, no direito brasileiro – se não foram idealizadas – foram compreendidas como mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis

⁶²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 445. MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011, p. 283.

⁶²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 130.

⁶²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19 e 100.

⁶²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19, 63 e 100.

⁶²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 17, 19 e 63-64.

⁶²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

⁶²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

⁶³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

que se repetem. Certamente não tiveram preocupação em garantir a coerência da ordem jurídica ou a igualdade e a previsibilidade. [...] Lembre-se que, para justificar as súmulas, aludiu-se à necessidade de “desafogar o Judiciário”, mas nunca se disse – ao menos antes da “súmula vinculante” – que era preciso afirmar a coerência da ordem jurídica, garantir a segurança jurídica e impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo desigual.⁶³¹

Portanto, os operadores do Direito brasileiro não encaram as súmulas como instrumentos para garantir a segurança jurídica ou a igualdade. Esse é um dos motivos pelos quais pouco se fala sobre a proibição de retroatividade para proteger a confiança de quem agiu baseando-se em súmula. O ordenamento jurídico como um todo, e, principalmente, os jurisdicionados, teriam muito a ganhar caso essa consciência fosse criada e disseminada no país. Sendo assim, ainda que inegável sua importância atual para o direito, sobretudo para o direito do trabalho, as súmulas ainda têm muito espaço para conquistar na ordem jurídica brasileira a fim de efetivamente serem mecanismos de promoção dos princípios constitucionais.

⁶³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 480.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o princípio da segurança jurídica, decorrente da noção de Estado de Direito e presente ao longo de todo o sistema constitucional brasileiro, é possível perceber sua importância fundamental para que o ordenamento jurídico seja meio apto à garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Por meio de seus estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, o princípio da segurança jurídica impõe exigências para que seus fins sejam alcançados ao máximo.

Além disso, percebe-se a relevância prática da jurisprudência e das súmulas dos Tribunais Superiores, sobretudo do Tribunal Superior do Trabalho, em razão de particularidades específicas verificadas no ramo juslaboral, como forma de orientação dos indivíduos. Isso significa que os jurisdicionados utilizam-nas em alta medida para programarem sua atuação.

Obviamente, pelas características intrínsecas do Direito, da interpretação e da argumentação jurídicas, a mudança de posicionamento jurisprudencial é inevitável e, muitas vezes, necessária. Entretanto, deve respeitar e proteger as expectativas legítimas daqueles que de alguma forma recebem a ingerência dessas modificações, até mesmo porque o princípio da proteção da confiança, dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, assim o exige.

Entre as imposições oriundas do princípio da segurança jurídica, a confiabilidade, por meio do princípio da proteção da confiança, requer a concessão de eficácia prospectiva às alterações jurisprudenciais que possam causar prejuízo àqueles que justificadamente confiaram na orientação anterior e com base nela pautaram seu comportamento. Isto é, caso o indivíduo tenha agido seguindo as prescrições de uma súmula de Tribunal Superior, principalmente do Tribunal Superior do Trabalho, que, posteriormente, recebe nova redação, os atos passados consubstanciados em entendimento sumular revogado devem ser tutelados pelo princípio da proteção da confiança, que impede a concessão de eficácia retroativa a estes.

Entretanto, muitas vezes, isso não é respeitado no Brasil. Por razões históricas, o sistema romano-germânico não atribui suficiente relevância à jurisprudência como instrumento garantidor da segurança jurídica, já que, para esse escopo, apenas considera importante a estrita aplicação da lei pelos magistrados. Dessa forma, é possível apontar julgados em que foi conferida eficácia retroativa a mudanças jurisprudenciais, contrariamente ao propugnado pelo princípio da segurança jurídica.

Baseando-se em antiga decisão do Supremo Tribunal Federal, que expressamente permite a aplicação retroativa de súmulas, alguns magistrados do Tribunal Superior do

Trabalho ignoram os ditames da segurança jurídica e recusam-se a conferir eficácia prospectiva às novas redações sumulares. Por outro lado, é possível encontrar decisões em que essas questões foram levadas em consideração e, portanto, os efeitos retroativos foram afastados.

Dessa forma, impõe-se uma reflexão, por parte dos operadores do Direito, sobre a efetiva realização do princípio da segurança jurídica por meio do respeito à confiança legitimamente exercida pelos sujeitos em situações de modificação de entendimento jurisprudencial. Somente dessa forma será possível promover maior proteção aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVIM, Teresa Celina Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 172, 121-174, jun. 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Direito Tributário atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Segurança jurídica e mudança de jurisprudência. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 2, n. 6, 327-338, abr./jun. 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013.

BORGES, José Souto Maior. **Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1994, v.63, p. 206-210.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Método, 2012.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, 271-315, jul./set. 2004.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 12. ed. México: Porrúa, 1970.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 125, 72-91, fev. 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMETZ, Gianmarco. **La certezza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milão: Giuffrè, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

JARDIM, Renato César. As súmulas dos tribunais como fonte formal do direito. Uma abordagem após o advento das súmulas vinculante e impeditiva de recurso. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 58, n. 181, 30-36, abr. 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Bruno de Mendonça. A jurisprudência como fonte de direito e a capacidade hereditária do filho natural. **Justiça**, Porto Alegre, v. IV, 208-211, 1934.

LOURENÇO, Haroldo de Araújo. Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 417, 73-95, jan./jun. 2013.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. 1. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 398, 25-42, dez. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, v. 906, 255-283, abr. 2011.

MELO, Lígia Maria Silva de. **Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional: A&C, Belo Horizonte, v.6, n.25, p. 133-144, jul./set. 2006.

MENDES, Clarissa Braga. Segurança jurídica e correção das decisões. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 9-20, mar./abr. 2012.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A súmula vinculante como fonte hermenêutica de Direito. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, 163-186, mai/jun. 2011.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Sulina, 1969.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 137, 7-31, jul. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de. A revisão da jurisprudência do TST em matéria de direito coletivo do trabalho. In: SANTOS, Enoque Ribeiro dos; SILVA, Otávio Pinto e (coords.); CRAVO, Silmara Cosme; FIORAVANTE, Tamira Maira (orgs.). **Temas controvertidos do direito coletivo do trabalho no cenário nacional e internacional**. São Paulo: LTr, 2006. 250-266.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PEGO, Rafael Foresti. A súmula enquanto fonte formal do direito. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, 49-56, fev. 2008.

PINTO, Fernando. **Jurisprudência, fonte formal do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

PUIG BRUTAU, José. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: AJURIS, 1977.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho: Parte I**. 3. ed. rev. e atual. ao Código do Trabalho de 2009 com as alterações introduzidas em 2011 e 2012. Coimbra: Almedina, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

ROSAS, Roberto. Aspectos da jurisprudência como fonte de direito. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, n. 111, 16-29, set. 1969.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Jurisprudência – Fonte do direito? (E como se formará sob o império da Lei Orgânica da Magistratura?). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 270, 101-108, 1980.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, 139-155, set. 2011.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, 195-208, jul./set. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência como fonte do direito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 90/91, p. 408-410, 1978.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 1. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.