

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

Otaviano Almeida Mesquita da Costa

**SEGURANÇA JURÍDICA E A APLICAÇÃO RETROATIVA DOS
ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS UNIFORMES DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO**

Porto Alegre

2014

OTAVIANO ALMEIDA MESQUITA DA COSTA

**SEGURANÇA JURÍDICA E A APLICAÇÃO RETROATIVA DOS
ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS UNIFORMES DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2014

OTAVIANO ALMEIDA MESQUITA DA COSTA

**SEGURANÇA JURÍDICA E A APLICAÇÃO RETROATIVA DOS
ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS UNIFORMES DO TRIBUNAL
SUPERIOR DO TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Aprovado em Porto Alegre, 18 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Leandro Amaral Dorneles de Dorneles

Orientador

Professora Doutora Luciane Cardoso Barzotto

Professor Doutor Alcídio Soares Junior

Aos pequenos *Santi* e *Lucas*, enquanto assim o são, pois quando, da vez deles, pequeno serei eu.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, de cuja convivência me foi exigido abdicar, ao menos nesse último semestre. Agradeço pela compreensão da ausência, que, ao mesmo tempo em que desanima, aumenta o ímpeto da conclusão e, conseqüentemente, do reconívio. Ao meu pai, pela cobrança constante e pela elevada expectativa, que desafiam. À minha mãe, pelo incessante enaltecimento e pelo inalterável afeto, que estimulam. A ambos, pelas influências.

Ao meu irmão Pedro, pelo exemplo, e aos demais, por tornarem lúdicos os momentos de descanso.

À minha amada Andressa, pela constante tentativa de afagar o fardo, sendo através de carinho, de atenção ou de assistência.

Aos colegas de trabalho, pelas experiências compartilhadas em mais de cinco anos, mesmo quando inexperientes, assim como eu. Aos colegas de faculdade, pelas amizades, que amenizam os sacrifícios e potencializam as alegrias.

Ao Professor Leandro, pela aplicação, pela paciência e pela regular solicitude, bem como pelas aulas ministradas, que fizeram crescer, ainda mais, o interesse justrabalista.

“Vivo sempre no presente. O futuro, não o conheço. O passado, já o não tenho. Pesa-me um como a possibilidade de tudo, o outro como a realidade de nada. Não tenho esperanças nem saudades. Conhecendo o que tem sido a minha vida até hoje — tantas vezes e em tanto o contrário do que eu a desejara —, que posso presumir da minha vida de amanhã senão que será o que não presumo, o que não quero, o que me acontece de fora, até através da minha vontade?”

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho possui o intuito de analisar as relações trabalhistas que, uma vez levadas a juízo, sejam solucionadas pela adoção de entendimentos jurisprudenciais unificados que foram criados ou revisados em momento posterior à ocorrência dos fatos alvo do litígio. Tal se justifica no momento em que se percebe uma possível quebra da confiança daquele jurisdicionado que, em um dado momento, não poderia prever a superveniência de um entendimento que, ao fim, prevaleceu no julgamento de seu processo. Dessa forma, faz-se relevante o estudo das fontes do Direito trabalhista, especialmente como forma de se buscar a importância que os entendimentos uniformizados possuem na aplicação prática do Direito e no comportamento dos cidadãos. Relevante é, também, uma análise desses entendimentos em face da segurança jurídica, quando aplicados de forma retroativa.

Palavras-chave: jurisprudência; fontes do direito do trabalho; segurança jurídica; entendimentos uniformes; súmulas; retroatividade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO E A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO PRÁTICA DO DIREITO.....	12
2.1 Fontes do Direito do Trabalho e suas Classificações.....	13
2.1.1 As Fontes Materiais.....	13
2.1.2 As Fontes Formais.....	14
2.2 A Jurisprudência como fonte de Direito do Trabalho.....	18
2.2.1 O Sistema Processual Brasileiro e sua Aproximação com o <i>Common Law</i>	22
2.2.2 Os entendimentos uniformizados e a sua Importância na Conduta Prática dos Sujeitos de Direito do Trabalho (Jurisdicionados).....	27
3 SEGURANÇA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO COM O PODER JUDICIÁRIO.....	32
3.1 O Estado de Direito e a Segurança Jurídica.....	32
3.2 Conceito de Segurança Jurídica e seus Elementos.....	35
3.2.1 Características Relevantes da Segurança Jurídica.....	37
3.2.2 As Dimensões do Conteúdo da Segurança Jurídica.....	40
3.2.2.1 Cognoscibilidade (Certeza do Direito).....	42
3.2.2.2 Confiabilidade e Proteção da Confiança.....	45
3.2.2.3 Calculabilidade (Previsibilidade).....	51
3.3 Segurança Jurídica pelo Poder Judiciário.....	53
4 OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS UNIFORMES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E AS DIFERENTES FORMAS DE IMPACTO SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA.....	55
4.1 As Diferentes Situações de Aplicação Retroativa dos Entendimentos Jurisprudenciais Uniformes do Tribunal Superior do Trabalho.....	56
4.1.1 Entendimentos contrários a si mesmos.....	57
4.1.2 Entendimentos que, sem interpretar, complementam a legislação.....	59
4.2 Os Entendimentos Jurisprudenciais Uniformes e suas Contribuições para a promoção da Segurança Jurídica.....	65
4.3 Segurança Jurídica e a aplicação retroativa dos entendimentos jurisprudenciais unificados do Tribunal Superior do Trabalho.....	69

4.3.1 Aplicações retroativas de entendimentos jurisprudenciais antagônicos e a segurança jurídica (proteção de confiança).....	70
4.3.2 Aplicações retroativas de entendimentos jurisprudenciais contrários à legislação e a segurança jurídica.....	75
4.4 Retroatividade do entendimento jurisprudencial (pequena compilação da doutrina e da jurisprudência).....	78
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	88

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem como escopo de análise as questões que, uma vez alvo de julgamento do judiciário trabalhista, sejam solucionadas pela adoção de entendimentos consubstanciados em entendimentos jurisprudenciais uniformes (súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos) editadas posteriormente aos fatos alvo da controvérsia. Buscar-se-á responder se os entendimentos unificados em súmulas ou orientações jurisprudenciais podem, na fase cognitiva do processo trabalhista, ser aplicadas, sem restrição, para fatos ocorridos em momentos anteriores à edição do entendimento. Ou seja, trataremos de analisar a possibilidade, ante a segurança jurídica, do entendimento jurisprudencial unificado ser aplicado a fatos geradores ocorridos em momento anterior à edição do entendimento. Veja-se que, para aqueles casos já solucionados, transitados em julgado, não se está a questionar a possibilidade de sua modificação.

Assim, no primeiro capítulo, far-se-á uma análise doutrinária sobre os efeitos da jurisprudência sobre as relações jurídicas trabalhistas, a fim de se obter um aferimento teórico acerca do efetivo impacto que a jurisprudência produz nessas relações. Para tanto, buscaremos os estudos mais relevantes acerca das fontes do Direito do Trabalho, dando especial enfoque em relação à jurisprudência, com o objetivo de aferirmos a real importância que ela possui nas ações dos jurisdicionados.

Essa análise é necessária para que se possa avaliar até que ponto a segurança jurídica dessas relações restaria abalada em razão do advento posterior de entendimentos unificados. Ocorre que, em sendo a segurança jurídica um dos princípios basilares, se não causa primeira do direito, poderíamos concluir se é possível a retroatividade desses entendimentos, justamente com base na violação da proteção de confiança (dimensão subjetiva da segurança jurídica).

Com isso, também se faz necessário um estudo mais detalhado acerca, justamente, da segurança jurídica, o que será feito no segundo capítulo. E tal será feito buscando-se, especialmente os conceitos e os elementos da segurança jurídica, a fim de se alcançar os requisitos necessários a atingi-la.

Veja-se que são inúmeras as circunstâncias que geram a unificação do entendimento jurisprudencial, sendo que cada uma delas possui um efeito próprio sobre a segurança jurídica

que havia sido formada sobre os fatos ocorridos anteriormente a essa unificação. Com isso, após o estudo sobre a segurança jurídica, iremos, no terceiro capítulo, avaliar que tipos de entendimentos jurisprudenciais que, aplicados de forma retroativa, possuem um potencial de quebra da proteção de confiança e, por via reflexiva, da segurança jurídica.

Para contextualizar esses tipos de entendimentos jurídicos recorreremos, especialmente, às súmulas jurisprudenciais do TST, vez que de uso mais corriqueiro, buscando as suas origens, principalmente legislativas, bem como o quadro jurisprudencial que antecedeu a sua edição. Finalmente, ainda no terceiro capítulo, trataremos de relacionar esses entendimentos uniformizados com os preceitos da segurança jurídica, a fim de se concluir se a aplicação retroativa deles, de fato, causa uma quebra na proteção de confiança e, conseqüentemente, uma insegurança. Por fim, pretendemos expor como essas situações vem sendo enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência.

O método utilizado no presente trabalho será o método hipotético-dedutivo. É o método mais adequado vez que nos permite preencher lacunas de conhecimento, o que se faz essencial para atingir os objetivos do presente trabalho. Não se pretende criar uma verdade absoluta, mas um ponto de vista, a partir de análises doutrinárias e jurisprudenciais já concretizadas.

Em uma visão mais ampla o presente trabalho, cronologicamente tratando, buscará i) analisar, a partir das fontes do direito do trabalho, se é válida a utilização da jurisprudência como forma de guiar a prática do Direito nas relações entre empregado e empregador e o impacto que essa jurisprudência possui na formação dessas relações jurídicas, ii) trazer noções gerais acerca da segurança jurídica e especialmente quanto à adoção retroativa da legislação, iii) buscar algum tipo de diferenciação dos entendimentos unificados com base no seu potencial ofensivo ante a segurança jurídica, iv) criar um laço entre a segurança jurídica e a adoção dos entendimentos unificados, a fim de se saber se a adoção retroativa de tais entendimento, de alguma forma, podem lesar essa segurança e v) de que forma a doutrina e a jurisprudência encaram essas questões.

2 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO E A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA NA APLICAÇÃO PRÁTICA DO DIREITO

As fontes do Direito possuem uma relevância essencial no estudo da origem das normas e de como essas normas se revelam no campo do Direito em si. Assim, faz-se necessário trazer essa análise para o presente trabalho, essencialmente para que se investigue o grau de importância que a jurisprudência possui na formação e, conseqüentemente, na aplicação do Direito.

Todavia, não há uma uniformidade doutrinária quando o assunto é a conceituação das fontes do direito¹. A própria palavra fontes possui variedade de significados, possuindo tanto o sentido de nascente como, metaforicamente, a ideia de início, princípio, origem, causa². A teoria jurídica, porém, captou o sentido metafórico do termo, determinando que as fontes do Direito designam a origem das normas jurídicas³. Assim, para alguns, “as fontes seriam a pedra fundamental de todos os estudos jurídicos, ou seja, a própria origem do direito, o lugar onde ele se origina”⁴.

Mas não podemos nos ater apenas a tal sentido, que denota uma análise pretérita e longínqua. Isso porque, por fontes, temos também a própria exteriorização do direito, isto é, os modos pelos quais as normas jurídicas se manifestam⁵. Complementa essa ideia o conceito, advogado por alguns, de que as fontes do Direito constituem o fundamento para se considerar válida a norma jurídica⁶.

Em assim sendo, temos que o estudo das fontes do Direito representa tanto a busca das origens daquilo que hoje temos como Direito, quanto o estudo de como esse Direito atual se exterioriza e, uma vez exteriorizado, se a sua adoção no direito prático é eficaz para validar a conduta praticada. Ao aplicarmos o Direito, estamos, na verdade, adaptando situações de fato

¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 47.

² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 133.

³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 133.

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 47.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 81.

⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 47.

aos preceitos normativos⁷. E, quando fazemos tal adaptação, estamos buscando as fontes do direito que melhor se aplicam àquela situação fática, vez que elas representam o meio eficaz para tornar legítima a solução adotada.

Para melhor compreensão do assunto a doutrina tradicional estipulou uma classificação das fontes do Direito, conforme será tratado a seguir.

2.1 Fontes do Direito do Trabalho e suas Classificações

São várias as classificações das fontes, segundo sugere a doutrina do Direito do Trabalho⁸. Para simplificar, vamos expor a classificação vista de forma mais corriqueira nos Manuais, mas sem esquecer de outras classificações também relevantes, que serão abordadas de forma mais sucinta. E de fato, a classificação mais tradicional das fontes resta por dividi-la em fontes formais e em fontes materiais⁹. Coaduna desse entendimento a autora Alice Monteiro de Barros, nos seguintes termos: “Muito comum é a classificação das fontes, inclusive do Direito do Trabalho, em materiais e formais”¹⁰.

2.1.1 As Fontes Materiais

As fontes materiais representam as necessidades coletivas que servem de subsídio à criação da norma, por parte do legislador¹¹. Tratam-se de fontes potenciais¹², pois possuem o potencial de virem a se efetivar como norma. Ou seja, o legislador, ao criar uma norma, deve ater-se às fontes materiais, a fim de preencher essas necessidades coletivas da sociedade, positivando aquela fonte em potencial.

⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 109.

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 81.

⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 53.

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 82.

¹¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 53.

¹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 47.

Tais fontes, nas palavras de Alice Monteiro de Barros, são os “substratos facticos, que imprimem conteúdo à norma”¹³ e, nas palavras de Mozart Victor Russomano, “Elas criam a matéria que forma o comando da norma”¹⁴. Dessa forma, são elas que inspiram a criação, a interpretação e a integração de todas as fontes formais do Direito do Trabalho¹⁵. Todavia, por se tratarem de fontes culturais, elas estão inseridas mais no campo da sociologia jurídica e da filosofia do Direito do que no campo da ciência jurídica¹⁶.

De qualquer forma, tentaremos enumerar algumas dessas fontes materiais, embora, segundo Russomano, tais fontes não são possíveis de serem numeradas, mas apenas indicadas aquelas de maior relevância para o estudo do Direito¹⁷. Reportando-se a Krotoschin, Russomano segue afirmando que:

Seguindo as pegadas daquele autor, podemos fazer uma enumeração, essencialmente exemplificativa, das fontes materiais do Direito do Trabalho, ou seja, daquelas que, de modo mais específico, contribuem para a formação normativa de nossa disciplina e inclusive para sua formação científica ou doutrinária: a) necessidade de proteção tutelar; b) fato social da organização das profissões; c) fato social da colaboração.¹⁸

Assim, temos que as fontes materiais mais relevantes para o Direito do Trabalho são a necessidade de proteção tutelar, o fato social da organização das profissões e o fato social da colaboração. Para Süsskind, fontes materiais seriam os fatos histórico-sociais, as declarações formais e recomendações de organismos internacionais e os tratados não ratificados¹⁹. Nesse sentido, seguindo o raciocínio apresentado, temos que esses são os aspectos mais relevantes a serem observados pelo criador jurídico, quando da elaboração da norma.

2.1.2 As Fontes Formais

Por outro lado, são também parte da classificação as já citadas fontes formais, que nada mais são do que a própria revelação do Direito, isto é, as formas ou “roupagens” de que o Direito se utiliza para se impor, coercitivamente, à vida social²⁰. Em outras palavras, seria a

¹³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 82.

¹⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 53.

¹⁵ ARAÚJO, Francisco Rossal de. Equilíbrio instável das fontes formais do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, HS Editora, ano 27, n. 324, dezembro, 2010, p. 48.

¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 82.

¹⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 53.

¹⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 54.

¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 123.

²⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 53.

transformação dos fatos em regra jurídica que passa a obrigar de maneira geral²¹. É o direito positivado, pois, nas palavras de Bezerra Leite, as fontes formais são as que conferem o caráter de direito positivo²².

Com isso, é possível concluir que a fonte material, ao servir de subsídio de formação, resta por criar a fonte formal, que passa a integrar o Direito, aplicando-se *erga omnes*. Ou seja, em uma visão mais ampla, temos como regra que as fontes formais são motivadas ou inspiradas pelas fontes materiais²³, gerando “direitos e obrigações nas relações sobre as quais incidem”²⁴.

E justamente por serem a exteriorização do Direito é que o estudo das fontes formais se faz relevante para o presente trabalho. Isso porque, salvo melhor juízo, tal estudo se mostra eficaz para concluirmos se a utilização, pelos cidadãos, da jurisprudência unificada é ou não fonte válida de condução da relação entre as partes, à luz do Direito.

Há uma certa harmonia, na doutrina, acerca das fontes formais do Direito do Trabalho. No entanto, o principal ponto de dissonância recai, justamente, sobre a questão da jurisprudência, o que será explorado em tópico próprio.

Russomano, por exemplo, resta por criar uma subdivisão entre as fontes formais, afirmando que elas são tradicionalmente classificadas em fontes formais principais (diretas) e em fontes formais secundárias (indiretas). As fontes principais representam a forma pelo qual o Direito se revela e se impõe, ao passo que as secundárias restam por auxiliar a interpretação das fontes principais, ou, se for o caso, integrar eventuais lacunas existentes no direito positivo, nos casos não previstos pelo legislador²⁵.

Remotamente, as fontes principais eram consuetudinárias, isto é, baseadas apenas nos costumes²⁶. “Hoje, ao contrário, as fontes principais do Direito são as leis, no sentido amplo da expressão, isto é, as normas jurídicas escritas.”²⁷. As fontes secundárias, por sua vez, são mais numerosas e, embora não haja unanimidade quanto a elas, podem ser elencadas da

²¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 82.

²² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 48.

²³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 123.

²⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 123.

²⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 56.

²⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 56.

²⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 56.

seguinte forma, ainda segundo Russomano: costume, jurisprudência, doutrina, equidade, Direito Comparado, princípios gerais ao Direito e analogia²⁸.

A própria CLT, em seu art. 8º, restou por positivizar esse conceito de fontes formais secundárias, estabelecendo uma norma estritamente de Direito Hermenêutico, fixando critérios para a conduta do Juiz do Trabalho, quando diante de caso não previsto pela norma ou pelo contrato de trabalho, e critérios de interpretação, quando diante de textos expressos²⁹. Dada a relevância que tal artigo 8º possui para o presente trabalho, tal questão será melhor abordado em tópico próprio.

O autor Sússekind, por sua vez, enumera as seguintes fontes formais de Direito do Trabalho: Constituição, Normas Internacionais, Leis (complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos), Regulamentos e Portarias, Sentenças normativas, Convenções coletivas de trabalho, Regulamento de empresa, Costumes e fontes subsidiárias³⁰.

Quanto às demais classificações existentes, a própria autora Alice Monteiro de Barros adequadamente citando o mestre Orlando Gomes, expõe a divisão feita pelo autor em fontes primárias e em fontes imperativas (fontes de criação), sendo essa última a que depende da vontade das partes, apontando o contrato como única fonte de criação da relação de emprego. Já as fontes imperativas, o autor as subdivide em fonte de produção estatal (leis), fontes de produção profissional (convenções coletivas) e fontes de produção mista (sentença normativa). Essa última é tida como mista porque a iniciativa, no processo de dissídio coletivo, parte da entidade sindical, mas há também intervenção de autoridade pública, através da decisão proferida pelo Tribunal do Trabalho. Por fim, o citado autor Orlando Gomes, ainda nas palavras de Alice de Barros, arrola a fonte de produção internacional, que são os tratados e as convenções internacionais ratificados pelo Brasil³¹.

E de fato, Orlando Gomes, em conjunta com Elson Gottschalk, elencou as seguintes fontes do Direito do Trabalho: a Constituição, a Consolidação das Leis do Trabalho, a legislação não consolidada (leis desgarradas da CLT, tal como a da Previdência Social), as portarias ministeriais, a convenção coletiva do trabalho, o regulamento da empresa, a sentença normativa (decisões que solucionam conflitos coletivos), a convenção lei (convenção coletiva

²⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 57.

²⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 57 e 58.

³⁰ SÚSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P, 124 a 135.

³¹ GOMES, Orlando, e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**, v. 1-2. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 44. BARROS, *apud* Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 81.

celebrada entre dois sindicatos de alta representação) e os convênios e recomendações internacionais (decisões tomadas pela Conferência Internacional do Trabalho, sendo que a primeira pode adquirir força obrigatória, ao passo que as segundas só se tornam obrigatórias quando ratificadas pelo Estado)³².

Outra classificação também citada na obra de Alice de Barros é a elaborada por Messias Pereira de Donato, que divide as fontes em: a) estatais, b) de origem profissional, c) internacionais, d) supletivas e e) subsidiárias. O autor considera que as fontes subsidiárias são o direito comum, o processual civil e o direito comercial, ao passo que as fontes supletivas (analogia, equidade, Direito comparado e jurisprudência) são recursos de interpretação e não fontes propriamente objetivas do Direito do Trabalho³³.

Por tudo exposto, percebemos que há uma certa harmonia entre os autores acerca das fontes do Direito do Trabalho. O mesmo não se pode dizer acerca do papel e a importância que cada uma delas desempenha nessa chamada exteriorização das normas jurídicas. Especificamente quanto à jurisprudência, vemos que a questão se mostra, até aqui, inconclusiva, pois alguns autores a colocam como fonte principal do Direito do Trabalho, outros como fontes secundárias e meramente auxiliares, ao passo que outros sequer a enumeram como fonte.

No entanto, independentemente de quais sejam as fontes, não temos dúvidas que elas possuem substancial importância na aplicação do Direito, conforme já destacado acima. Por ora, cabe um aprofundamento mais minucioso acerca da jurisprudência, a fim de se obter o real impacto que ela possui na aplicação do Direito, vez que, conforme visto na presente sessão (“2.1 Fontes do Direito do Trabalho e suas Classificações”), não há uma unanimidade acerca da sua classificação como fonte do direito.

³² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 39 a 60.

³³ DONATO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 7. *apud* BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 81 e 82.

2.2 A Jurisprudência como fonte de Direito do Trabalho

Chama-se de jurisprudência o conjunto de decisões dadas pelos tribunais ou as decisões constantes e uniformes sobre determinado ponto do Direito³⁴. No mesmo sentido, mas nas palavras de Emílio Gonçalves, em uma visão geral é o “conjunto dos pronunciamentos dos Tribunais sobre as lides e questões submetidas à sua autoridade”, e de forma mais restrita como “decisões constantes, reiteradas e uniformes sobre determinado ponto de Direito”³⁵. A jurisprudência sempre é um ponto muito debatido na questão das fontes do Direito³⁶, vez que a doutrina é bastante dividida quanto a esse tema.

Destaquemos, primeiramente, a perspectiva do Direito Comum sobre a matéria. Ferraz Júnior entende que a jurisprudência não chega a ser fonte do direito, mas possui inegável papel na constituição do Direito, sendo fonte interpretativa da lei³⁷. No Direito Tributário, Ricardo Torres entende que a jurisprudência não é fonte formal, já que não cria normas jurídicas com eficácia *erga omnes*, nem vincula o trabalho dos tribunais e juízes inferiores³⁸.

Orlando Gomes, em obra conjunta com Elson Gottschalk, sequer menciona a jurisprudência como fonte de Direito, quer de forma direta ou de forma indireta³⁹.

Já Süsskind leciona que a doutrina prevalente não classifica a jurisprudência como fonte de direito, mas aponta que ela possui uma força persuasiva, vez que orienta os intérpretes e os sistemas jurídicos, além de motivar a adoção de normas sobre hipóteses julgadas pelos tribunais de maneira uniforme e iterativa, dando a entender que, nesse caso, a jurisprudência atuaria como fonte material⁴⁰. Francisco Rossal coaduna do entendimento de que a jurisprudência serve apenas como fonte material do Direito, tal como a doutrina e os

³⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, 1925, p. 189. *apud* DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. **Direito, processo e justiça do trabalho: princípios e perspectivas**. 1 ed. - Barueri: Manole, 2002, p. 60.

³⁵ GONÇALVES, Emílio. **Direito sumular**. São Paulo: LTr, 1982, p. 11.

³⁶ ARAÚJO, Francisco Rossal de. Equilíbrio instável das fontes formais do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, HS Editora, ano 27, n. 324, dezembro, 2010, p. 67.

³⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 211.

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76/78.

³⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁴⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 134.

movimentos sociais, não possuindo a condição de fonte formal, “por lhes faltar impessoalidade, abstração e generalidade”⁴¹.

Dessa forma, para o entendimento dos referidos autores, a jurisprudência serve como uma fonte inspiradora para a criação de normas e até para a interpretação daquelas já existentes. Contudo, como a jurisprudência não possui o efeito de vinculação *erga omnes* e apenas entre as partes, lhe carece um dos requisitos essenciais para a sua classificação como fonte direta de Direito do Trabalho, na opinião dos autores.

Outrossim, conforme já tratado, Russomano entende que a jurisprudência é fonte secundária, e, por isso, auxilia na interpretação da lei e integra as eventuais lacunas do direito positivo, quando do julgamento de casos não previstos pelo legislador. O autor segue afirmando que, especificamente no Direito do Trabalho, é possível que essas fontes secundárias tenham maior importância prática⁴². Nesse mesmo sentido, conforme também já destacado, o autor Messias Pereira Donato trata a jurisprudência como fonte supletiva, atuando como mero recurso de interpretação.

Por seu turno, a autora Yone Frediani classifica a jurisprudência como fonte formal autônoma, entendendo-se por fonte autônoma aquela que decorre da relação dos grupos sociais envolvidos na relação⁴³. Octavio Bueno Magano, da mesma forma, advoga que “a jurisprudência constitui uma das mais importantes formas de exteriorização do Direito do Trabalho”⁴⁴. O referido autor ainda vai além, citando exemplos em que a jurisprudência se consolidou como fonte formal de direito do trabalho, como no caso de estabilidade provisória assegurada ao dirigente sindical, que era tido como norma, mesmo antes de sua transposição para a lei.

Como se vê, cada autor dá um grau de relevância específico para a jurisprudência, ante as fontes do Direito do Trabalho. No entanto, cabe explorar um pouco desse duplo efeito citado por Russomano, no sentido de que, além auxiliar na interpretação das leis, a jurisprudência também integra eventuais lacunas do direito positivo, conforme já abordado. Ocorre que o também já citado artigo 8º da CLT restou por abarcar praticamente todas as modalidades de fontes formais indiretas, incluindo a jurisprudência e a equidade. Ou seja, é a

⁴¹ ARAÚJO, Francisco Rossal de. Equilíbrio instável das fontes formais do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, HS Editora, ano 27, n. 324, dezembro, 2010, p. 68.

⁴² RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 57.

⁴³ FREDIANI, Yone. **Direito do trabalho**. Manole: São Paulo, 2011, p. 7.

⁴⁴ MAGANO, Octavio Bueno. **ABC do direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 13.

própria legislação trabalhista que indica que o juiz deve recorrer à jurisprudência e à equidade (dentre outras modalidades também citadas) sempre que se deparar diante de caso não previsto na legislação, pelo legislador, ou mesmo na convenção coletiva e no contrato de trabalho⁴⁵.

Por esse motivo é que Amauri Mascaro Nascimento, citando referido artigo 8º, afirma que “*Jurisprudência* é, sabidamente, fonte de direito. Assim, também quanto ao direito do trabalho (CLT, art. 8º).”⁴⁶. E o conceito de jurisprudência empregado pelo autor nessa denominação é “o conjunto de decisões proferidas por um tribunal reiteradamente e de forma a construir uma diretriz de solução para os casos futuros e iguais.”⁴⁷.

Da mesma forma, Godinho Delgado também expõe considerações acerca do sobredito artigo, ao abordar o tema da jurisprudência e da fonte de Direito do Trabalho, afirmando que a própria legislação trata a jurisprudência como fonte normativa, ainda que supletiva, destacando que o seu papel vai “além de simples fonte subsidiária do Direito”. De qualquer forma, fato é que, no Direito do Trabalho, houve um acolhimento expresso – ainda que parcial – da tese de que a jurisprudência é efetiva fonte de Direito⁴⁸.

Eduardo Gabriel Saad, por sua vez, ao tecer comentários acerca do já citado dispositivo, afirma que a jurisprudência pode ser invocada como *jus novum*, quando formada através de inúmeras decisões uniformes sobre algum assunto específico. “Diz-se que é a jurisprudência um *jus novum* porque a iteração das decisões dos tribunais se converte num direito costumeiro, num direito novo.”⁴⁹. O autor finaliza afirmando que nem sempre a jurisprudência é fonte de direito, mas pode vir a ser, quando a lei for lacunosa⁵⁰.

Nessa altura, cabe salientar questão peculiar, qual seja, as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Especificamente quanto às súmulas, iremos abordá-las mais adiante, todavia cabe aqui a exposição dessa nova medida jurisprudencial, vez que a doutrina a tem considerado como fonte expressa do Direito.

⁴⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 57.

⁴⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 95.

⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 95.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 165 e 166.

⁴⁹ SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho: comentada**. 44. ed. - São Paulo: LTr, 2011, p. 69.

⁵⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho: comentada**. 44. ed. - São Paulo: LTr, 2011, p. 69.

“Com a edição da Emenda Constitucional n. 45, em dezembro de 2004, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro a chamada súmula vinculante”⁵¹. Assim, segundo o novo art. 103-A da Constituição:

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.⁵²

Assim, tais entendimento sumulados possuem um efeito vinculativo em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, que são obrigados a adotá-los. Com isso, diferentemente das súmulas anteriormente editadas, as súmulas vinculantes possuem força de lei, com efeito *erga omnes*⁵³. Vemos, assim, que tais institutos jurídicos restam por preencher os requisitos adotados pelos doutrinadores para classificação das fontes do Direito, quais sejam, impessoalidade, abstração e generalidade. Por esse motivo, está assentado na doutrina que as súmulas vinculantes são inequívocas fontes do Direito: “Portanto, as Súmulas Vinculantes em matéria processual são fontes do Direito Processual do Trabalho”⁵⁴.

Em resumo, temos que parte da doutrina considera que a jurisprudência é fonte direta e válida de aplicação do Direito, outros que ela serve como um suporte secundário, interpretativo daquilo que é tido como real fonte do Direito, outros que a classificam como um suporte motivacional para a atividade legislativa e outros que sequer a citam como qualquer fonte de Direito. Por fim, nos termos do art. 8º da CLT, vemos que a jurisprudência pode desempenhar uma função de integração, nos casos em que a lei se mostrar insuficiente, isto é, não abarcar o caso concreto. E nesse caso, para alguns autores, a jurisprudência pode se enquadrar como fonte de Direito, ao passo que a súmula vinculante é inequívoca fonte de Direito do Trabalho.

De qualquer forma, não há como negar a relevância prática da jurisprudência, que possui papel essencial para avaliar como o Direito e as suas fontes efetivamente se exteriorizam. Isso porque, não é simples o processo de adaptação das situações de fato aos preceitos normativos. Veja-se que a aplicação da norma não se dá de forma imediata e direta, pois é necessária toda uma análise acerca de como essa norma se aplica ou de qual norma é

⁵¹ PESSÔA, Leonel Cesarino. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 12.

⁵² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 12.11.2014

⁵³ PESSÔA, Leonel Cesarino. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 12.

⁵⁴ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 117.

aplicável a um caso concreto. Tanto é assim que Amauri Mascaro Nascimento afirma que “Aplicar a norma é decidir que a norma interpretada e, quando necessário, integrada está pronta para atuar na situação concreta.”⁵⁵. Nesse sentido é que a jurisprudência possui relevância prática, pois auxilia na visualização desse Direito exteriorizado pelas fontes.

2.2.1 O Sistema Processual Brasileiro e sua Aproximação com o *Common Law*

Embora sua relevância prática, vemos que há uma divergência considerável acerca do papel da jurisprudência no tema das fontes do Direito do Trabalho. Todavia, o próprio mestre Godinho restou por tecer afirmações elucidatórias acerca da questão, em passagem que merece transcrição:

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).⁵⁶

Seguindo essa mesma linha de raciocínio é também a passagem do autor Mascaro do Nascimento:

A função do poder Judiciário é a de aplicar e não elaborar o direito positivo. No entanto, não pode ser vista desse modo simplista a questão.
Para a teoria clássica, a jurisdição é ato de mera aplicação do direito, o juiz é o escravo da lei, dela não se podendo afastar.
[...] Dessa teoria resulta que o juiz não pode ser elevado a órgão ordenador da ordem social e a jurisprudência não pode ser identificada como fonte de direito.
[...] Para a teoria moderna a jurisdição é valorizada como fonte do direito, o juiz é dotado de um poder criativo, para alguns fundamentado na lei, sendo exemplo a equidade, na qual se encontra, sem dúvida, uma transferência do poder de legislar do Legislativo para o Judiciário.⁵⁷

Ou seja, nas palavras dos autores, há uma tendência moderna da doutrina elencar a jurisprudência como fonte de Direito. Tal fenômeno não é explicado por eles, mas é provável que decorra de um novo contexto jurídico, que vem levado o sistema romano germânico em que estamos inseridos a uma aproximação com o *common law*.

⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 496.

⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 164.

⁵⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 391 e 392.

No sistema de *common law* a jurisprudência possui papel de destaque na criação do Direito, baseado no princípio do *stare decisis* e na regra do precedente. O princípio do *stare decisis* revela que as decisões devem ser apoiadas, ao passo que os pontos pacíficos não podem ser perturbados. Assim, ao contrário do sistema românico-germânico adotado pelo nosso sistema brasileiro, a jurisprudência, na *common law*, constitui fonte básica de criação do Direito. Isso porque, no primeiro sistema, a criação majoritária do Direito se dá através da legislação, ao passo que no *common law*, se dá através da jurisprudência, isto é, dos precedentes jurisprudenciais⁵⁸.

Em assim sendo, nesse sistema, a fonte principal do Direito é a jurisprudência, através do precedente jurisprudencial. A partir dela é que o julgador deve solucionar a lide alvo de sua análise, devendo, a partir do princípio do *stare decisis*, buscar o precedente que melhor se amolda ao caso prático vivenciado nessa lide. Em não havendo precedente, o seu julgamento sobre a questão é que se tornará um precedente, vinculando as futuras decisões.

Ocorre que a professora Estefânia Maria de Queiroz Barboza restou por abordar a questão dos novos panoramas do direito brasileiro, de tradição romana, e a sua aproximação com o sistema de precedentes do *common law*. Afirma a professora:

[...] no direito brasileiro tem havido uma preocupação processual em trazer a experiência da doutrina do *stare decisis* presente no sistema de *common law* tendo em vista uma preocupação não só com a segurança jurídica e uniformidade das decisões judiciais, mas também, e especialmente, buscando a celeridade da prestação jurisdicional.⁵⁹

Ou seja, na opinião da professora, existe um novo panorama se desenvolvendo no direito brasileiro, no sentido de dar maior valoração aos precedentes jurisprudenciais, quando da aplicação do direito. Para elucidar tal valoração, a autora cita até mesmo construções legislativas mais recentes que apontam para tal contexto. Doutrinadores renomados também já fazem referência a esse fenômeno jurídico, tendo Miguel Reale afirmado que “os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística”⁶⁰.

Nesse sentido, temos a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 que ampliou o efeito *erga omnes* e vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal,

⁵⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de. Equilíbrio instável das fontes formais do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, HS Editora, ano 27, n. 324, dezembro, 2010, p. 67 e 68.

⁵⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 243 e 244.

⁶⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 142 e 143.

proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. Com isso, os demais órgãos do Poder Judiciário passaram a ficar vinculados a referidos precedentes. Além disso, a citada emenda criou a “possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta em todas as esferas do poder⁶¹”. O objetivo de uniformizar e vincular a jurisprudência é evitar a insegurança jurídica e evitar processos repetitivos acerca de questões idênticas.⁶²

Vemos com isso, um poder normativo concedido ao Supremo, que é capaz de proferir julgados e entendimentos sumulados capazes de vincular os demais órgãos judiciários, deixando nítida a já citada aproximação com o sistema de *common law*. Mas não é só, ainda segundo a professora, no próprio Código de Processo Civil é possível visualizar dispositivos que apontam para a aproximação processual à doutrina do *common law*⁶³. Nesse sentido, cita o art. 285-A da lei processual que estabelece que “quando a matéria controvertida foi unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. Vê-se, assim, uma inequívoca valoração do precedente, que poderá ser aplicado mesmo sem que haja o contraditório, através da manifestação da parte contrária.

Ainda, a autora cita o art. 557 do CPC⁶⁴, que estabelece a possibilidade do relator negar “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.”. Novamente, vê-se uma nítida valoração dos precedentes, pois os recursos interpostos aos Tribunais poderão deixar de ser conhecidos por simples contrariedade a entendimento dominante no respectivo Tribunal ou de Tribunal Superior, sem nem sequer levar a matéria aos demais membros do Colegiado.

⁶¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, Integridade e segurança jurídica*: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 245.

⁶² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, Integridade e segurança jurídica*: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 245.

⁶³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, Integridade e segurança jurídica*: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 245.

⁶⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, Integridade e segurança jurídica*: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 246.

Por fim, essa tendência de aproximação processual do sistema brasileiro ao sistema de *common law*, ainda nas palavras da professora, ficam ainda mais aparentes quando da leitura do anteprojeto do novo Código de Processo Civil:

Há uma grande preocupação com a celeridade processual, mas também com a segurança jurídica que deverá ser promovida evitando-se decisões conflitantes e buscando-se estabilidade na jurisprudência já consolidada, que só poderá ser alterada mediante uma adequada fundamentação.⁶⁵

Assim sendo, temos que uma das premissas adotadas pelo anteprojeto do novo Código de Processo Civil é a de, justamente, dar maior força aos precedentes já consolidados. A professora Clarrisa Braga Mendes também destaca essa harmonização com o *common law*:

O precedente judicial vem ganhando maior força no sistema jurídico brasileiro à medida que as alterações legislativas e constitucionais atribuem-lhe mais autoridade de persuasão e, em alguns casos, efeito vinculante. São exemplos disso: (1) a eficácia contra todos e efeito vinculante da decisão definitiva de mérito tomada em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade que, com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, tornou-se dispositivo constitucional; (2) a persuasão exercida pela súmula impeditiva de recurso; (3) a repercussão geral das questões constitucionais discutidas em recurso extraordinário e (4) a súmula vinculante.

O Brasil experimenta uma ideia cada vez mais fortalecida de mistura entre os sistemas do Direito Consuetudinário – *common law* – e Direito Codificado – *civil law*. Essa cultura se expressa pela atitude recorrente na prática forense de citar exaustivamente precedentes judiciais como argumento, por vezes único, na fundamentação dos requerimentos.⁶⁶

Vale dizer que todos os exemplos de aproximação citados não são específicos do Direito do Trabalho, mas a ele também se aplicam. De qualquer forma, com o advento da recente Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, que alterou a CLT no âmbito dos Recursos, especialmente para a Instância Superior, o cabimento do recurso para o TST ficou mais estanque, privilegiando os entendimentos unificados nacionalmente em detrimento das divergências jurisprudenciais existentes no âmbito dos Tribunais Regionais.

É ilustrativa dessa realidade a notícia veiculada no portal *online* do TST, com esclarecimentos feitos pelo próprio Ministro Barros Levenhagen, Presidente daquela Corte, valendo destacar o seguinte trecho:

⁶⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, Integridade e segurança jurídica*: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de Common Law e Civil Law na sociedade contemporânea. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 247.

⁶⁶ MENDES, Clarrisa Braga. *Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional*. 130 f. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense em Direito Público - IDP, Brasília, 2010, p. 90 e 91.

Levenhagen assinala que, para o TST, era "extremamente trabalhoso" admitir recursos de revista por divergência entre turmas de tribunais distintos, e a nova sistemática restringirá as possibilidades de recorrer à Corte superior. Ele lembra que as súmulas do TST não têm efeito vinculante, como as do Supremo Tribunal Federal (STF), ou seja, não obrigam as instâncias inferiores a seguir o mesmo entendimento. "Havia turmas de tribunais que insistiam em firmar seu posicionamento, mesmo contrário à tese predominante", explica. "Os próprios Regionais já podiam consolidar sua jurisprudência, mas não o faziam. Dessa forma, é fácil entender o elevado número de processos que sobe ao TST, tendo em vista que são 24 TRTs onde cada turma julga de forma diversa".⁶⁷

E a intenção legislativa parece ter surtido o efeito pretendido, vez que os Desembargadores Regionais estão, de fato, declinando dos seus entendimentos para fazer valer aqueles predominantes na esfera nacional. É o que se percebe na seguinte decisão, proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, proferida pelo Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda, nos autos do processo 0000453-15.2013.5.04.0030 e publicada no Diário Oficial no dia 26/09/2014:

Em relação às Súmulas nºs 219 e 329 e Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1, todas do TST, que traduzem o entendimento predominante naquela Corte sobre a matéria, entendia o Relator que poderiam ser ou não adotadas, na medida em que não têm efeito vinculante. Tal posição se coadunava com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que passou a analisar matérias que, ainda que vinculadas à relação do trabalho, não tem natureza trabalhista.

Assim, considera o Relator que o reclamante tem direito aos honorários assistenciais, tendo em vista a declaração de miserabilidade jurídica juntada, por força do artigo 11 da Lei nº 1.060/1950.

No entanto, com o advento da Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, não nos parece razoável manter a posição anteriormente referida, pois apenas atrasaria a solução do processo, acarretando a interposição de recurso de revista (artigo 896, alínea "a", e seus parágrafos 3º e 4º, da CLT) que causaria a volta do processo a este Tribunal para que fosse procedida a uniformização de jurisprudência, que necessariamente aplicaria a Súmula nº 219 do TST.

Por estas razões, reconsidera-se a posição anteriormente adotada, entendendo-se incabível os honorários de assistência judiciária ou advocatícios com base apenas na Lei nº 1.060/1950.

Assim se considera, mesmo antes da vigência da Lei nº 13.015/2014, por economia e celeridade processuais, evitando-se a interposição de recursos de revista inócuos, que só atrasariam a solução do processo.⁶⁸

Assim, em discussão acerca do pagamento de honorários assistenciais à parte vencedora na causa, o Desembargador Relator declinou do seu entendimento pessoal quanto à matéria para fazer prevalecer o entendimento uniformizado pelo Tribunal Superior do

⁶⁷ Notícia publicada no dia 24/07/2014, no Portal do Tribunal Superior do Trabalho, no seguinte link: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/presidente-do-tst-explica-alteracoes-recurais-na-jt

⁶⁸ Rio Grande do Sul. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 0000453-15.2013.5.04.0030. Recorrente: PINO SOLUÇÕES EM PVD LTDA e Recorrido: JONAS PRATES DA SILVA. Relator Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda. 26/09/2014. Disponível em http://trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view

Trabalho. Com isso, mais uma vez percebemos o êxito obtido na própria legislação de se criar uma força vinculativa do precedente uniformizado, o que novamente nos remonta à aproximação do sistema do *common law*, conforme já abordado.

Pelo exposto, é possível concluir que o sistema processual brasileiro vem, cada vez mais, valorando os precedentes jurisprudenciais uniformizados como forma de solucionar os casos levados ao Judiciário. E essa maior efetividade e eficácia dos precedentes é ainda mais latente quando passamos ao estudo do impacto que os entendimentos uniformizados (súmulas e orientações jurisprudenciais, no caso da Justiça do Trabalho) vem produzindo nas relações dos jurisdicionados, pois cada vez mais elas vêm se pautando justamente nesses precedentes uniformizados.

2.2.2 Os entendimentos uniformizados e a sua Importância na Conduta Prática dos Sujeitos de Direito do Trabalho (Jurisdicionados)

Conforme o que já foi exposto até aqui, é possível perceber que a doutrina clássica expõe resistência na adoção da jurisprudência como fonte de Direito do Trabalho, tratando-a, no máximo, como mera fonte secundária e interpretativa das fontes principais. O que faltaria para a jurisprudência atuar como fonte autêntica seria o fato de ela ser pessoal, concreta e específica, pois as decisões proferidas pelos Tribunais restam por analisar o direito entre as partes, a partir dos aspectos fáticos ocorridos nessa relação.

Nesse contexto é que se faz necessária a exposição acerca dos entendimentos jurisprudenciais uniformizados em súmulas e orientações. “Em havendo discrepância jurisprudencial entre os vários Tribunais do Trabalho, é missão do Tribunal Superior do Trabalho, por meio de Súmulas, uniformizar esses decisórios”⁶⁹. É da Comissão de Jurisprudência do TST, integrada por três Ministros, a função de atualizar e publicar a “Súmula, os *Precedentes Normativos* e, também, as *Orientações Jurisprudenciais da SDI - Seção de Dissídios Individuais* e da *SDC - Seção de Dissídios Coletivos*, três formas de

⁶⁹ SAAD, Eduardo Gabriel, SAAD, José Eduardo, BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 71.

sistematização da jurisprudência para facilitar o seu conhecimento”⁷⁰. Todas elas são emanções da jurisprudência⁷¹.

Assim, cabe ao Tribunal Superior do Trabalho identificar as questões que são controvertidas entre os Tribunais Regionais do Trabalho, a fim de sistematizar e unificar essas decisões divergentes. A partir disso, em Comissão específica, o Tribunal Superior passa a emitir Súmulas, Precedentes Normativos e Orientações Jurisprudenciais, que servem para sistematizar os entendimentos uniformizados pelo Tribunal.

“No *Direito do Trabalho* dos países de sistemas romanos, a uniformização da jurisprudência, com os mais diferentes nomes, como súmulas, assentos, enunciados e outros, pode ou não ser obrigatória para o juiz.”⁷² No Direito brasileiro, por óbvio, os juízes podem decidir diferentemente a mesma questão, pois não há obrigação em se seguir a jurisprudência, ainda que se trate de jurisprudência uniforme⁷³. É tranquilo na doutrina o fato de que os entendimentos uniformes não obrigam nem os magistrados nem os jurisdicionados. Süsskind, por exemplo, afirma que “Mesmo as súmulas de jurisprudência, formalmente adotadas pelos tribunais, não criam essa obrigação”⁷⁴.

Seguindo, o autor afirma que a finalidade do entendimento unificado é o de propiciar que as questões alvo de tal entendimento sejam decididas pela maneira ali indicada, reduzindo o tempo de tramitação dos processos e evitando recursos protelatórios⁷⁵, ao passo que, em sendo a decisão contrária ao entendimento jurisprudencial dominante, cabe ao jurisdicionado recorrer daquela decisão. “Se não o fizer, ficará mantida a decisão que contraria a jurisprudência”⁷⁶.

Assim, temos que as Súmulas e as Orientações Jurisprudenciais são formas de uniformização da jurisprudência que, apesar de não possuírem força obrigatória ante os julgadores, tendem a prevalecer na solução dos litígios trabalhistas. Amauri Mascaro Nascimento defende que o ideal seria que os próprios julgadores se convencessem, diante da segurança jurídica, que é mais conveniente a adoção da jurisprudência dominante, a não ser que haja uma tese nova a confrontar esse entendimento uniforme. “A simples discordância do

⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. - São Paulo: LTr, 2011, p. 96

⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. - São Paulo: LTr, 2011, p. 96

⁷² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. - São Paulo: LTr, 2011, p. 98.

⁷³ ARAÚJO, Francisco Rossal de. Equilíbrio instável das fontes formais do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, HS Editora, ano 27, n. 324, dezembro, 2010, p. 68.

⁷⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 134.

⁷⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 135.

⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 98

juiz com a jurisprudência, porque não aceita as razões em que se fundamenta, em nada contribui para que o Direito cumpra os seus fins”, vez que os seus argumentos já foram alvo de controvérsia e as diretrizes estabelecidas pelos Tribunais já consideram esses parâmetros⁷⁷. Com isso, nessa situação, “a decisão do juiz tem mais de protesto e menos de decisão, o que seria válido se não prejudicasse os jurisdicionados”⁷⁸.

No entanto, conforme defendido por Mônica Sifuentes, as súmulas jurisprudenciais, embora não obriguem os juízes, é certo que vinculam as partes⁷⁹. Isso porque, coadunando dessa afirmação, o autor Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena, após afirmar que as súmulas têm efeito normativo, explica que “Se (as súmulas) carecem de força obrigatória e formal, intrinsecamente elas obrigam, pois a sua inobservância importa em sanção específica que é a reformulação do julgado que não as atendeu”⁸⁰. Ou seja, caso o jurisdicionado não observe o preceito disposto no entendimento sumulado, regra é que a questão, uma vez levada ao Judiciário, seja solucionado pela observância de tal entendimento.

Importante lembrar as palavras de Godinho Delgado, já transcritas no presente trabalho, no sentido de que a doutrina moderna tem apontado a jurisprudência como fonte de Direito do Trabalho. Ocorre que essa afirmação é complementada pela seguinte passagem:

A vertente moderna constrói sua concepção menos sobre uma abstração estritamente teórica em torno da natureza jurídica da jurisprudência do que sobre um exame sistemático da dinâmica jurídica concreta. A pesquisa científica dessa dinâmica conduziria, inevitavelmente, à percepção de que as interpretações dos tribunais acerca da ordem jurídica ganham iniludível identidade própria, emergindo como nítidos atos-regra incidentes sobre as situações futuras semelhantes. Nessa linha, as decisões singulares não seriam, de fato, fontes do Direito, por lhes faltar impessoalidade, abstração e generalidade. Contudo, as posições judiciais adotadas similares reiteradamente pelos tribunais ganhariam autoridade de atos-regra no âmbito da ordem jurídica, por se afirmarem, ao longo da dinâmica jurídica, como preceitos gerais, impessoais, abstratos, válidos *ad futurum* – fontes normativas típicas, portanto.

No âmbito justralhista, 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.⁸¹

Ou seja, também para o autor, as súmulas trabalhistas adquirem uma condição de fonte normativa típica, justamente por preencher aqueles requisitos essenciais: generalidade,

⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.99

⁷⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.99

⁷⁹ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 252.

⁸⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Revista de informação legislativa**, v.14, nº 55, p. 83-100, jul./set. de 1977, p. 100.

⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 165.

impessoalidade e abstração. Essa é a teoria moderna, mais arraigada na questão prática do que técnica e filosófica. Carlos Aurélio Mota de Souza chega a afirmar que “a norma produzida pela jurisprudência é tão genérica quanto as leis”⁸².

Tudo porque, efetivamente, na prática, os entendimentos jurisprudenciais unificados passaram a ganhar a eficácia de norma, tanto que adotados de forma reiterada pelos Tribunais, passando, por consequência, a, cada vez mais, pautar também a relação dos jurisdicionados.

É extremamente ilustrativa dessa realidade a abordagem feita pela autora Gisele Mascarelli Salgado, no sentido de que a teoria das fontes, baseada no conceito de que um dos requisitos para ser fonte é que se tenha obrigatoriedade, está sendo confrontada pela prática, que insiste em se utilizar da jurisprudência, e não da legislação, como efetiva fonte do Direito. Com isso, “O direito do trabalho passa a se dividir em dois grandes tipos de normatividade, um que vem das leis e outro da jurisprudência consolidada dos tribunais”⁸³.

Outrossim, importante lembrar que, conforme já visto anteriormente, as súmulas vinculantes do STF são imperativas e coercitivas, aplicáveis de maneira geral. E quanto a elas há inequívoca sintonia, na doutrina, quanto a sua inegável caracterização como fonte formal de Direito. Essa é a diferenciação existente entre os entendimentos unificados e os entendimentos unificados vinculantes (súmulas vinculantes), pois os primeiros não são, em tese, obrigatórios. No entanto, conforme visto no presente tópico, as súmulas do TST vêm adquirindo também uma espécie de efeito “vinculante”, ainda que não expresso, sendo forçoso concluir que também tais súmulas vêm ganhando a condição de fontes, ou, pelo menos, vem se aproximando dessa condição.

De qualquer forma, temos a certeza de que os entendimentos unificados (especialmente os sumulados) possuem uma forte influência na condução dos procedimentos adotados pelos sujeitos do direito trabalhista, não sendo exagero afirmar que elas se equiparam às fontes normativas, dada a relevância que desempenham nas relações dos jurisdicionados. Como se viu, há uma tendência na doutrina moderna de classificar a jurisprudência como fonte do Direito do Trabalho, o que não ocorria na opinião dos

⁸² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 35.

⁸³ SALGADO, Gisele Mascarelli. A jurisprudência no Direito do Trabalho: uma discussão sobre o crescimento da importância da jurisprudência consolidada como fonte de direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 86, março 2011. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9177&revista_caderno=25.

jurisconsultos clássicos. E essa tendência decorre, justamente, de uma maior valoração dos precedentes uniformizados, que passam a atuar, praticamente, como normas, vez que são corriqueiramente utilizados como forma de validar um direito, ou, pelo menos, como forma de se buscar a validade desse direito.

3 SEGURANÇA JURÍDICA E SUA RELAÇÃO COM O PODER JUDICIÁRIO

Vimos, no capítulo anterior, que os entendimentos jurisprudenciais unificados possuem um alto grau de juricidade, atuando de forma ímpar nas relações dos cidadãos, que passam a pautar os seus procedimentos justamente com base nesses entendimentos. A importância de abordar o tema relativo à segurança jurídica, no presente trabalho, se dá em razão de se tratar de um princípio que parece garantir uma impossibilidade de eficácia retroativa às quebras de paradigmas praticadas pelo Poder Público. De qualquer forma, a fim de se concretizar, ou não, essa primeira impressão, passaremos a analisar de que forma a segurança jurídica atua no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de que forma essa atuação se dá ante o Poder Judiciário.

3.1 O Estado de Direito e a Segurança Jurídica

Inicialmente, o Estado de direito surgiu por inspiração liberal que visava garantir o indivíduo contra a opressão do governante⁸⁴. Isso porque, a economia capitalista necessita de segurança, que não estava garantida no Estado Absoluto, em razão das frequentes intervenções estatais concentradas no poder monárquico, que possuía total controle legislativo⁸⁵. “O princípio era a expressão da idéia de que a economia de mercado não deveria ser atingida por intervenções imprevisíveis do Estado absoluto”⁸⁶.

Surgia, assim, a necessidade de uma soberania estatal submissa à lei⁸⁷ (princípio da legalidade). A intenção era que houvesse uma limitação do Estado ao ordenamento jurídico, expressado “não só pela necessidade de que as limitações à liberdade e aos direitos fossem

⁸⁴ MOTTA, Artur Alves da. **Segurança jurídica: da crise ao resgate**. 150 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 23 e 24.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 109.

⁸⁶ MOTTA, Artur Alves da. **Segurança jurídica: da crise ao resgate**. 150 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 24.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 86.

determinadas por lei como também pela necessidade de conformação dos atos estatais à lei aprovada pelo parlamento”⁸⁸.

Tratava-se de uma maneira visível de limitação do poder estatal que intentava obter, através da instituição do Estado de Direito liberal, a concretização de inúmeros valores que, na prática, resultavam no respeito ao indivíduo⁸⁹. Atualmente a noção de Estado de direito está evoluindo e nesse processo abriu-se para acolher os valores mais relevantes socialmente: liberdade, igualdade, justiça, segurança e desenvolvimento⁹⁰.

A ilustrar essa ideia cabe a transcrição do professor Cezar Saldanha, no sentido de que “O Constitucionalismo dos últimos cinquenta anos enriqueceu a idéia da supremacia do direito ao abrir-se a uma constelação de valores, a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança e o desenvolvimento, em relações recíprocas de concordância prática”⁹¹. Esses são os valores considerados como supremos pelo direito, denotando as grandes aspirações éticas da sociedade, tendo adquirido um impulso renovado em razão do desenvolvimento de uma consciência moral em âmbito universal⁹².

Uma análise mais aprofundada acerca da segurança jurídica nos permite visualizar, porém, que ela assume características que vão além de um mero “valor” a ser buscado pelo ordenamento jurídico, o que será melhor especificado a seguir. Fato é que, atualmente, a segurança jurídica é tida como um dos principais princípios a servir como alicerce ao nosso sistema, sendo, nas palavras de Carlos Aurélio Mota de Souza, “um valor imanente a qualquer sistema de Direito positivo”⁹³ e, ao lado da liberdade e da igualdade, a segurança é reiterada como fundamento principal da Carta Constitucional⁹⁴.

Vemos, assim, que a segurança jurídica está inserida nesses “valores” supremos do direito. E o princípio da segurança jurídica, conforme afirmado por Humberto Ávila, é

⁸⁸ MOTTA, Artur Alves da. **Segurança jurídica: da crise ao resgate**. 150 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 24.

⁸⁹ MOTTA, Artur Alves da. **Segurança jurídica: da crise ao resgate**. 150 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 24 e 25.

⁹⁰ MOTTA, Artur Alves da. **Segurança jurídica: da crise ao resgate**. 150 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 25.

⁹¹ SOUZA JUNIOR, CEZAR SALDANHA. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. 1. ed. Porto Alegre: [S. N.], 2002, p. 60.

⁹² SOUZA JUNIOR, CEZAR SALDANHA. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. 1. ed. Porto Alegre: [S. N.], 2002, p. 60.

⁹³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 80.

⁹⁴ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 17.

normalmente deduzido do próprio princípio do Estado de Direito⁹⁵. Da mesma forma, Hans Kelsen, ao tratar da criação de normas pelos tribunais, também faz essa relação entre Estado de Direito e segurança jurídica, afirmando o seguinte:

Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que não de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo conseqüente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica.⁹⁶

Vemos, assim, que a efetivação plena do Estado de Direito depende da eficácia da segurança jurídica, vez que essa busca “preservar e efetivar os valores consignados no princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, entremostrando-se como instrumento de garantia da efetividade dos direitos fundamentais”⁹⁷. Humberto Ávila, por sua vez, ao tratar dessa relação existente entre o princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito, resta por expor fundamentos que merecem transcrição:

“Esse princípio não apenas é associado com a universalidade e com a não-arbitrariedade do Direito, mas também com a exigência de que a atuação estatal seja governada por regras gerais, claras, conhecidas, relativamente constantes no tempo, prospectivas e não-contraditórias. Um Estado de Direito caracteriza-se igualmente pelo ideal de protetividade de direitos e de responsabilidade estatal, somente atingido por meio de um ordenamento inteligível, confiável e previsível: a atividade estatal não é fundada e limitada pelo Direito se os poderes e se os procedimentos não são previstos, estáveis e controláveis (segurança do Direito); ainda, os direitos fundamentais não são minimamente efetivos se o cidadão não sabe previamente dentro de que limites pode exercer plenamente a sua liberdade (segurança de direitos) e se não há instrumentos que possam assegurar as suas expectativas (segurança pelo Direito) e atribuir-lhes eficácia no caso de restrições injustificadas (segurança frente ao Direito). Se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função. O Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito. Como bem assevera Raz⁹⁸: “A observância do Estado de Direito é

⁹⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 208.

⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 279.

⁹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 738.

⁹⁸ RAZ, Joseph, “The rule of law and its virtue (1977)” *In* The authority of law Essays on law and morality, Oxford, Oxford, 1979, p. 221 *apud* ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 207 e 208.

necessária caso o Direito queira respeitar a dignidade humana. Respeitar a dignidade humana envolve tratar os homens como pessoas capazes de planejar e definir o seu futuro. Assim, respeitar a dignidade das pessoas inclui respeitar a sua autonomia, seu direito de controlar o seu futuro". Essas considerações explicam a correção da afirmação de Major Borges⁹⁹ a respeito da segurança jurídica, "sem a qual o Brasil não poderia sequer se definir como Estado Democrático de Direito".¹⁰⁰

Nesse aspecto, Humberto Ávila resta por trazer fundamentos relativos à segurança jurídica, extraíndo-os através de um método dedutivo que abrange a análise do próprio princípio do Estado de Direito. Aproveitando esse "gancho", passemos a analisar o conceito e as características da segurança jurídica no ordenamento brasileiro.

3.2 Conceito de Segurança Jurídica e seus Elementos

Antes de iniciar o estudo específico sobre o princípio da segurança jurídica, cabe destacar que se trata de um princípio abrangente, com diferentes definições e significados, havendo uma grande divergência acerca de sua conceituação. Tal decorre, principalmente, do fato de o tema abranger uma noção extremamente ampla e até mesmo complexa, com diferentes conotações e encadeamentos, ao passo que são raros os autores que a abordam como um tema específico, sendo mais corriqueiro o seu tratamento em um plano secundário, como forma de validação de uma ideia principal, por exemplo, tal como ocorre no presente trabalho.

Por esse motivo, ao tratarem sobre o assunto, os autores tendem a analisar pontos específicos desse princípio, de acordo com o que melhor aproveita o objetivo final das suas obras. Esses diferentes conceitos restam, na verdade, por serem complementares uns aos outros. Diferente desse padrão é a obra de Humberto Ávila, que restou por abordar esse tema de forma específica e, dado esse contexto, tomaremos a sua obra como norte, mas sem esquecer, obviamente, dos demais autores que também contribuíram de forma significativa para a questão.

⁹⁹ BORGES, José Souto Major. Segurança jurídica: sobre a distinção entre competências fiscais para orientar e autuar o contribuinte. São Paulo: *JWT* 100, s.d., p. 100. *Apud* ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 207 e 208.

¹⁰⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 207 e 208.

Para a segurança jurídica ser atingida, devemos preencher algumas condições que restam por produzir efeitos que contribuem para a sua promoção¹⁰¹. Um dos objetivos do presente capítulo é de, justamente, desvelar de que forma é possível promover a segurança jurídica e em que situações ela não foi observada plenamente. A obra de Humberto Ávila busca criar um método capaz de progressivamente reduzir a indeterminação da segurança jurídica, atribuindo-lhe uma operacionalidade prática e indicando os comportamentos que contribuem para o preenchimento de suas condições¹⁰². Vemos, então, que a segurança jurídica é uma norma-princípio¹⁰³, vez que “os princípios jurídicos são aquelas normas que estabelecem um estado ideal de coisas para cuja realização é necessária a adoção de comportamentos que provocam efeitos que contribuem para a sua promoção”¹⁰⁴. Assim, buscando pontos específicos dessa obra e agregando-a com as de outros autores, buscaremos expressar essa engrenagem operacional que nos indica a existência da segurança jurídica para casos concretos.

No presente trabalho, adotaremos como conceito de segurança jurídica como sendo uma “norma jurídica da espécie "princípio", isto é, como prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”¹⁰⁵. Acreditamos que o uso desse conceito, citado por Ávila, apesar de não especificar todas as características adotadas na obra, é suficiente para atingirmos os objetivos do presente trabalho.

No entanto, apenas para não passar despercebido, cabe transcrever o conceito global utilizado por Ávila:

“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,

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 109.

¹⁰² ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 70.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 115.

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 113.

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 113.

frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.”¹⁰⁶

Observamos, assim, que se trata de um conceito que resta por abranger o estudo de inúmeras características que, para o presente trabalho, não são essenciais para a assimilação de um dos problemas a ser resolvido, qual seja, se a segurança jurídica de uma relação trabalhista pode ser abalada pela aplicação retroativa de entendimentos jurisprudenciais unificados (súmulas e orientações). Assim, trataremos de abordar características específicas da segurança jurídica e especialmente dos conceitos e características de confiabilidade, de calculabilidade e de cognoscibilidade.

3.2.1 Características Relevantes da Segurança Jurídica

Para uma melhor compreensão do princípio da segurança jurídica é necessário expor algumas de suas características para, após, tratarmos dos comportamentos necessários a sua promoção. Quanto a sua extensão, a segurança jurídica pode tanto servir ao interesse coletivo ou geral de manutenção da ordem (dimensão objetiva e impessoal), quanto vincular-se a interesses individuais (dimensão estritamente pessoal). “No primeiro caso, tem-se o princípio da segurança jurídica; no segundo, o denominado princípio da proteção da confiança legítima”¹⁰⁷.

Assim, a segurança jurídica protege a estabilidade do Direito para todos, ao passo que a proteção de confiança protege a confiança de alguém específico na estabilidade de uma manifestação do Direito, em vista de alguma atividade posta em prática pelo cidadão¹⁰⁸. É bastante sutil a diferença¹⁰⁹. De qualquer forma, sempre que houver afronta à proteção da confiança haverá, também, à segurança jurídica, vez que a aplicação daquela se dá de forma

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 268.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 261.

¹⁰⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 262.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 262.

reflexiva a essa, conforme se depreende do artigo elaborado por Couto e Silva¹¹⁰. Tal questão será melhor abordada posteriormente.

Com isso, já temos definidos, também, parte dos sujeitos da segurança jurídica (segurança jurídica para quem?), podendo referir-se tanto a um cidadão específico quanto para os cidadãos, assumindo uma dimensão coletiva¹¹¹. Todavia, mais do que isso, é importante apontar outro sujeito desse princípio, qual seja, o Poder Judiciário, que se enquadra na perspectiva de quem garante a segurança jurídica (segurança jurídica por quem?)¹¹².

Quanto ao seu aspecto quantitativo, Ávila afirma que a segurança jurídica ou é inteira ou não é segurança jurídica¹¹³. Contudo, tal afirmação não implica dizer que para a sua promoção devam ser preenchidas de forma plena as suas condições. Na verdade, a segurança jurídica, para se concretizar, depende da união dos estados ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito¹¹⁴, cujos conceitos também serão melhor explorados a seguir. Ocorre que esses estados ideais nem sempre fluem para a mesma direção, podendo ocorrer de surgirem situações em que um dos elementos concretizadores da segurança jurídica seja incompatível com a unidade dos estados ideais¹¹⁵. Com isso, fica claro que o estado ideal de um dos elementos vai depender do caso concreto que estamos analisando, sendo possível que um desses estados ideais seja diminuído, com o que a segurança total só estaria garantida com a maior promoção dos demais, a fim de se obter um equilíbrio entre os estados ideais¹¹⁶.

Nesse caso, por se tratar de um sobreprincípio, a segurança jurídica deverá equilibrar os seus elementos, a fim de que o bloqueio (reconfiguração) de um deles (cognoscibilidade, por exemplo) resulte na realização em maior medida dos outros (confiabilidade e

¹¹⁰ 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 Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, ano 1, n. 2, abril/junho 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>, p. 3 e 4.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 153 e 154.

¹¹² ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 160.

¹¹³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 265.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 647.

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 634.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 694.

calculabilidade)¹¹⁷. O importante para a configuração da segurança total é que a segurança jurídica seja mais promovida do que restringida¹¹⁸.

Em outras palavras, a segurança jurídica, para se configurar, deve ser total. No entanto, é possível que duas situações diferentes estejam abarcadas pela segurança jurídica, ainda que uma apresente mais segurança do que a outra. Tudo porque é o caso concreto que irá delimitar os estados ideais de cada elemento para que ocorra a segurança jurídica. Assim, não é necessário que todos os elementos estejam presentes em um estado pleno de garantia para que a segurança jurídica se realize, pois tal concepção talvez só seja possível em uma situação utópica.

Veja-se que esses estados ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade representam os meios necessários à promoção da segurança jurídica, ao passo que, para que eles sejam realizados, é necessária a existência de condições de fato, que dependem da adoção de comportamentos (publicar uma lei ou proferir uma decisão, por exemplo)¹¹⁹. “Esses elementos (comportamentos → condições de fato → estado de coisas → segurança jurídica) compõe o princípio da segurança jurídica¹²⁰”.

Por outro lado, conforme já salientado, o Poder Judiciário é um dos sujeitos necessário a garantir a segurança jurídica. Dessa forma, existe uma gama de comportamentos que esse poder deve adotar para que contribua para a promoção dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade. Nesse sentido Ávila afirma que “o Poder Judiciário deverá fundamentar suficiente e racionalmente suas decisões judiciais, afastar as mudanças jurisprudenciais retroativas, utilizar mecanismos de temperança ou moderação na modificação de precedentes – e assim por diante”¹²¹.

Por fim, quanto a previsão da segurança jurídica na Constituição Brasileira de 1988, tal, já em seu preâmbulo, instituiu “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

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 635.

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 681.

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 181 e 182.

¹²⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 182.

¹²¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 183.

[...]”¹²². Outrossim, ao introduzir o longo capítulo sobre direitos e deveres individuais e coletivos, “o artigo 5º reconhece como invioláveis e garante a todos os cidadãos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, que são, fundamentalmente, direitos naturais inerentes à existência da pessoa humana em sociedade”¹²³.

O sentido da palavra segurança trazido nas passagens acima são o de segurança jurídica, e não de segurança física¹²⁴. Primeiro porque, no preâmbulo, ao tratar da segurança como valor (“valores supremos de uma sociedade”), vê-se uma conotação que vai além daquela segurança física e moral¹²⁵. Outrossim, o art. 5º resta por proteger a segurança em sentido paralelo à garantia do direito à liberdade, à igualdade e à propriedade, o que novamente atesta uma abordagem no sentido de valor jurídico.

Apontados esses aspectos básicos para um maior entendimento desse complexo princípio, é importante discorrer, agora, acerca desses já reiteradamente citados estados ideais necessários ao atingimento da segurança jurídica: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Necessário destacar, primeiramente, que Ávila trata esses elementos como sendo os conteúdos da segurança jurídica, essenciais para responder à pergunta: o que exige o princípio da segurança jurídica? Assim, elenca duas dimensões referentes a tal conteúdo, a dimensão estática e a dimensão dinâmica, sendo a primeira representada pela cognoscibilidade e a segunda pela confiabilidade e pela calculabilidade¹²⁶. Assim, passemos à análise dessas dimensões.

3.2.2 As Dimensões do Conteúdo da Segurança Jurídica

Conforme salientado, o estudo das dimensões do conteúdo do princípio da segurança jurídica é que nos permite buscar a análise acerca da concretização dos estados ideais necessários ao desencadeamento dessa segurança jurídica. A dimensão estática refere-se ao

¹²² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12.11.2014.

¹²³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 17.

¹²⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 249.

¹²⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 249.

¹²⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 290 e 291.

problema do conhecimento do Direito, isto é, de que forma ele deve se apresentar (qualidades) para ser considerado seguro, podendo servir como instrumento de orientação ao cidadão¹²⁷. “Nesse aspecto, o Direito deve ser compreensível e efetivo”¹²⁸.

O Direito existe para ser obedecido, e a única forma de os cidadãos o obedecerem é se ele se fizer compreensível, isto é, se eles souberem o seu significado, podendo agir com base nele¹²⁹. Trata-se da cognoscibilidade do direito, utilizado, por muitos autores, como sendo a certeza do Direito¹³⁰.

A dimensão dinâmica, por sua vez, determina “os ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa “assegurar” direitos ao cidadão e, com isso, possa servir-lhe de instrumento de proteção”¹³¹. Nesse aspecto, o Direito deve ser confiável e calculável.

O Direito é confiável quando permite que o cidadão possa saber quais são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando que os seus direitos sejam frustrados¹³². “Essa confiabilidade só existe se o cidadão puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos pelo Direito ontem”¹³³.

Por sua vez, o Direito é calculável quando permite que o cidadão possa saber como as mudanças podem ser feitas e quando elas serão realizadas, impedindo que ele seja surpreendido¹³⁴. “Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã”¹³⁵.

Há uma questão relevante destacada por Ávila, no sentido de que as dimensões estática e dinâmica não exercem, entre si, uma correlação a situá-las em um mesmo plano

¹²⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 290.

¹²⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 290.

¹²⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 290 e 291.

¹³⁰ 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.

¹³¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 291.

¹³² ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 291.

¹³³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 291.

¹³⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 293.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 293.

horizontal e paralelo¹³⁶. Antes disso, elas guardam uma relação de meio e fim, vez que o ideal de cognoscibilidade configura um pressuposto para a concretização dos ideais de confiabilidade e de calculabilidade, pois só se é possível assegurar, no presente, o Direito passado e controlar, no presente, o Direito futuro se for possível, ao cidadão, conhecer o Direito e os instrumentos de sua realização¹³⁷.

Nesse sentido cabe retomar o conceito de segurança jurídica adotado no presente trabalho: “norma jurídica da espécie "princípio", isto é, como prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”. Como se vê, a cognoscibilidade é a base da confiabilidade e da calculabilidade. Não estamos a dizer, contudo, que ela exerce um maior grau de importância quando da promoção da segurança jurídica, mas sim que não se pode alcançar os estados ideais de confiabilidade e de calculabilidade sem que tenhamos um estado ideal mínimo de cognoscibilidade.

Postas essas considerações iniciais, vamos analisar, por ora, de forma mais minuciosa, como esses estados ideais se realizam.

3.2.2.1 Cognoscibilidade (Certeza do Direito)

A cognoscibilidade do Direito pressupõe que se haja um conhecimento mínimo a respeito da existência, da validade, da vigência e da eficácia das normas pelos seus destinatários¹³⁸. É “a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito”¹³⁹. Um Direito sem problema de cognoscibilidade (comunicação e de conhecimento) é um direito em que o cidadão pode “sem engano, livre e autonomamente, plasmar com dignidade o seu presente”¹⁴⁰. Trata-se da análise presente do estado de

¹³⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 293.

¹³⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 293.

¹³⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 337.

¹³⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 765.

¹⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 299.

segurança¹⁴¹. Busca-se a acessibilidade e a abrangência normativas, e a clareza e a determinabilidade normativas.

É a certeza do Direito, conforme previsto por outros autores. Tércio Sampaio, por exemplo, afirma que "Por certeza entende-se a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência de suas próprias ações"¹⁴². Deve-se então, conforme já foi colocado, buscar os comportamentos necessário à formação do estado ideal.

Primeiramente, para se ter conhecimento, é preciso se ter acesso e para se ter acesso é preciso que haja publicação¹⁴³. Por outro lado, o cidadão deve ser intimado, isto é, informado a respeito dos atos praticados, do contrário tal cidadão interessado seria surpreendido com decisões ou atos que restringem o seu direito¹⁴⁴.

Outrossim, a cognoscibilidade exige que o cidadão não pode ser guiado por um Direito retroativo, visto que tal Direito não existia no momento de sua ação¹⁴⁵. Por isso que, além de conhecer a norma que deve cumprir, ele deve ter conhecimento de sua vigência¹⁴⁶.

Outro meio de incrementar a cognoscibilidade é a codificação das normas, vez que o agrupamento em um só documento favorece a acessibilidade, dando ao cidadão maiores condições de saber onde procurar o dispositivo legal aplicável, dando, também, maior clareza ao conteúdo das normas¹⁴⁷.

Em outros casos, pode se haver certeza acerca da norma a ser seguida, mas não se tem certeza acerca de sua validade, como quando há posições judiciais antagônicas em um mesmo Tribunal, ou quando em um dado momento a decisão era num sentido e, após, se inverteu¹⁴⁸. Diante dessas situações, o destinatário, “embora saiba a qual norma deve obedecer, não sabe

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 163.

¹⁴² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Segurança jurídica e normas gerais tributárias**. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 5, n. 17/18, p. 51/56, jul. 1981, p. 51.

¹⁴³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 300 e 301.

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 303.

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 304.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 304.

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 305.

¹⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 314.

se ela é juridicamente merecedora de obediência, pela controvérsia existente a respeito de sua validade”¹⁴⁹.

Conforme já colocado, a questão da cognoscibilidade é tratada, muitas vezes, como a certeza do Direito. Com efeito, ter-se o total conhecimento do Direito é ter-se a certeza a seu respeito. Assim, para uma melhor compreensão acerca dessa questão, cabe trazer os ensinamentos de Carlos Aurélio Mota de Souza que, através de uma visão filosófica, resta por abordar as diferenças entre a segurança jurídica e a certeza do direito. Afirma o autor que há, nas doutrinas, uma mescla nos significados de Segurança Jurídica e de Certeza do Direito¹⁵⁰. Assim, faz-se necessário expor a diferença entre esses dois conceitos, apontando os seus sentidos, conforme o entendimento do autor.

Segurança é fato, é o direito como fato visível e concreto; é como se fosse uma pista em que transitamos, e que dá firmeza ao caminhante, “para que não se perca nem saia dos limites traçados pela Autoridade competente”¹⁵¹. Certeza, por outro lado, é valor, “o que vale no Direito, aquilo em que se pode confiar, porque tem validade”¹⁵². Quando conhece o caminho, e sendo ele visível, o caminhante possui a certeza, pois pode prever o que está por vir. No Direito, o caminho é o Costume e a Lei. E o autor segue afirmando, em sua metáfora:

Por isso, a estrada “legalmente” sinalizada representa uma segurança jurídica, como fato material concreto; portanto, a primeira conclusão é que a segurança é algo objetivo. O condutor humano, valorando subjetivamente os sinais, conhecendo a via que percorre, elaborando roteiros razoáveis de previsibilidade, pode eticamente se conduzir com a certeza de agir direito, sem perigo de errar. Assim, a segurança é um *a priori* jurídico para os cidadãos; e a certeza é a confiança do cidadão nas leis, que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis, de que seu agir é “direito” e não “torto”, de que suas atuações em sociedade não poderão sofrer sanções, pois as rodovias (leis) não mudam seu traçado (princípio da legalidade), para não surpreender aos cidadãos¹⁵³

Ou seja, a segurança está presente, é a estrada. A sinalização torna a estrada conhecida, gerando confiança ao cidadão e prevendo aquilo que está por vir. Nesse sentido, a segurança jurídica (estrada) atinge o seu objetivo, pois, através da cognoscibilidade (certeza

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 314.

¹⁵⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 25.

¹⁵¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 25.

¹⁵² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 25.

¹⁵³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 26.

do direito/sinalização), gerou confiança e calculabilidade ao cidadão. Vemos assim, que a legislação possui uma atuação notável no atingimento desse estado ideal de cognoscibilidade.

Em razão disso, a própria CF prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II da CF¹⁵⁴). Assim, a lei é exigida, o que contribui para afastar a surpresa decorrente da inexistência de norma escrita, favorecendo a cognoscibilidade¹⁵⁵.

Não por outro motivo, Ávila afirma que a regra da legalidade consiste em um fundamento da segurança jurídica¹⁵⁶. Ou seja, aliada a outros fundamentos (irretroatividade e anterioridade, por exemplo), a legalidade é utilizada como ponto de partida para a construção dos estados ideais da segurança jurídica, ao passo que, no caso específico da legalidade, para a construção do estado ideal de cognoscibilidade¹⁵⁷.

Com isso, utilizando-se da metáfora anteriormente colocada, a legalidade exige a sinalização da estrada.

Passemos, agora, ao estudo dos dois últimos estados ideais.

3.2.2.2 Confiabilidade e Proteção da Confiança

A confiabilidade do Direito, por seu turno, envolve dar condições para que o cidadão saiba se a liberdade juridicamente exercida ontem será respeitada hoje¹⁵⁸. O termo confiabilidade é utilizado na perspectiva retrospectiva, concernente ao passado ou à transição do passado ao presente, com foco na permanência e na ênfase do objeto, abrangendo os elementos que proíbem a modificação ou determinado tipo de modificação, no presente,

¹⁵⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 dez. 2014.

¹⁵⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 234.

¹⁵⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 646.

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 646.

¹⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 339.

daquilo que foi conquistado no passado¹⁵⁹. “Em outras palavras, o termo “confiabilidade” é utilizado para denotar aquilo que, do passado, deve permanecer no presente do Direito”¹⁶⁰. É o dever de permanência relativamente à liberdade juridicamente exercida no passado e que não pode, no presente, ser alterada. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma:

“[...] a segurança jurídica consiste na garantia da estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu”¹⁶¹

Cármen Lúcia afirma que o princípio da segurança jurídica manifesta-se em todos os institutos que revelam eficazes a confiança e a fé cidadã que a pessoa tem no sistema jurídico¹⁶². Para que o Direito seja confiável, ele deve ser permanente e durável, isto é, não pode sofrer modificações contínuas¹⁶³. Tal “exigência de durabilidade, como dever de permanência no tempo, não pode ser confundida, todavia, com a exigência de imutabilidade do ordenamento jurídico”¹⁶⁴.

É verdade que a mudança contínua impede o seu conhecimento e conduz à desconfiança em razão da frustração de confiança, mas também é verdade que a ausência total de modificação leva à perda da efetividade, vez que o Direito deixará de cumprir a sua evolução social¹⁶⁵. Em outras palavras, mudança demais gera desconhecimento e desconfiança, e mudança de menos provoca inefetividade¹⁶⁶.

A permanência do ordenamento, enfim, é uma condição para que se possa falar em segurança jurídica. Veja-se que, conforme abordamos no aspecto quantitativo da segurança jurídica:

¹⁵⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 341.

¹⁶⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 341.

¹⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Segurança jurídica e constituição** in: Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 17.

¹⁶² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa Julgada e o vício da inconstitucionalidade. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/06/O-principio-da-coisa-julgada-e-o-vicio-de-inconstitucionalidade.pdf>, p. 4.

¹⁶³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 343 e 344.

¹⁶⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 344.

¹⁶⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 344.

¹⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 344.

[...] não é qualquer ameaça à estabilidade e à credibilidade do ordenamento jurídico que pode ser considerada uma violação ao princípio da segurança jurídica, mas apenas uma restrição que possa comprometer a credibilidade institucional do Direito. Apenas uma restrição elevada, portanto [...].¹⁶⁷

A própria Constituição Federal prevê normas específicas para proteger situações que o Direito já resguardou no passado¹⁶⁸ (art. 5º, XXXVI¹⁶⁹). Trata-se da proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada¹⁷⁰, que representam aplicações reflexivas do princípio da segurança jurídica¹⁷¹, relativamente a interesses particulares. É a proibição à “retroatividade da lei relativamente a fatos geradores ocorridos antes do início da sua vigência”¹⁷².

Pela relevância que possui ao presente trabalho, cabe transcrever o conceito de Ávila acerca do ato jurídico perfeito:

De acordo com o § 1º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ato jurídico perfeito é aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. A cláusula de proteção do ato jurídico perfeito pode ser entendida, assim, como a proibição de que uma nova norma venha a alterar requisitos dos atos jurídicos que já tenham sido celebrados por meio do preenchimento de todos os elementos necessários à sua existência com base na norma anterior, vigente no momento da sua celebração.¹⁷³

Em assim sendo, por estar positivado na Constituição, o ato jurídico fundado em uma norma não poderá ser alterado por norma posterior. Para esse caso, a própria Constituição restou por valorizar o estado ideal da confiabilidade, portanto, em detrimento dos demais. Em outras palavras, entendeu o constituinte que a modificação, por norma posterior, de um ato jurídico perfeito concebido previamente seria de grande afronta ao princípio da segurança jurídica, arraigado na confiabilidade, que sequer há necessidade de averiguar o já tratado equilíbrio entre os estados ideais.

¹⁶⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 346.

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 264.

¹⁶⁹ “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. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 dez. 2014.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 264.

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 262.

¹⁷² ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 371.

¹⁷³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 351.

Por outro lado, especificamente quanto à proteção de confiança, já citada no presente trabalho, Almiro do Couto e Silva define que uma das ramificações da segurança jurídica, de natureza subjetiva, corresponde, justamente, ao princípio da proteção à confiança das pessoas, no pertinente aos atos, condutas e procedimento do Estado nos mais diferentes aspectos de sua atuação¹⁷⁴. De fato, a proteção de confiança decorre do princípio da segurança jurídica, pois, nas palavras de Ávila:

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 invalidade¹⁷⁵.

Ou seja, a segurança jurídica utiliza-se de um instrumento (proteção de confiança) na defesa e na proteção de interesses individuais daqueles que praticaram alguma ação confiando numa validade real ou aparente de um ato normativo e que, posteriormente, tiveram essa confiança frustrada. Trata-se de um princípio de aplicação reflexiva ao princípio da segurança jurídica, sendo o princípio de proteção de uma confiança¹⁷⁶. Pelo conceito de Ávila, vemos que os atos jurídicos perfeitos, assim como o direito adquirido, enquadram-se na hipótese da proteção de confiança, mas, por estarem positivados na Constituição, são tratados de forma apartada.

Contudo, existem algumas condições para que essa proteção individual ocorra: (a) uma base da confiança, (b) uma confiança nessa base, (c) exercício da referida confiança na base que a gerou e (d) frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público¹⁷⁷.

Para que exista uma base de confiança, o indivíduo tem que ter pautado a sua ação em uma base válida e com pretensão de permanência, podendo essa base ser tanto uma lei, um ato administrativo ou uma decisão judicial, por exemplo¹⁷⁸. Nesse sentido:

¹⁷⁴ 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 Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, ano 1, n. 2, abril/junho 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>, p. 4.

¹⁷⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 360.

¹⁷⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 363.

¹⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 360.

A proteção da confiança deveria ser afastada quando a base da confiança fosse juridicamente inexistente ou manifestamente inválida, contivesse cláusula de reserva de modificação futura, fosse meramente experimental ou conjuntural ou se inserisse em âmbito normativo sabidamente inconstante. Em todos esses casos a base da confiança não mereceria confiabilidade, razão pela qual o cidadão não poderia contar com a sua permanência, devendo, em vez disso, contar com a sua alteração¹⁷⁹.

Para melhorar caracterizar a existência de uma base confiável, Ávila enumera 8 (oito) critérios que restariam por demonstrar tal requisito¹⁸⁰. Citemos três desses critérios, vez que mais relevantes, ao menos para o presente trabalho: o critério de vinculação da base, o de modificabilidade da base e o de eficácia no tempo da base. Assim, “quanto maior for o grau de vinculação normativa da base normativa, maior deve ser a proteção da confiança nela depositada”¹⁸¹, “quanto maior for o grau de permanência da base, maior deve ser a proteção de confiança nela depositada”¹⁸² e “quanto mais duradoura no tempo for a eficácia temporal da base, maior proteção merece a confiança nela depositada”¹⁸³.

Com efeito, nem todas as normas têm o mesmo grau de vinculatividade, alguns têm força vinculante formal (como as leis e as súmulas vinculantes), outros possuem força material (como os atos administrativos uniformizadores e as decisões objeto de súmula) e outros sequer possuem força vinculativa, embora produzam eficácia (como as decisões de primeira e de segunda instância)¹⁸⁴. Por outro lado, há atos com pretensão de permanência (como as leis sem prazo final), atos meramente provisórios (como uma medida provisória) e atos carentes de definitividade¹⁸⁵. Por fim, quanto mais longa for a produção de efeitos, mais

¹⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 367 e 368.

¹⁷⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 369.

¹⁸⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 374/393.

¹⁸¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 374.

¹⁸² ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 381.

¹⁸³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 383.

¹⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 374 e 375.

¹⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 381.

certeza se tem com relação à validade do ato, pois o tempo cria ou reforça a confiança do particular na base normativa¹⁸⁶.

Mais uma vez, cabe chamar a atenção para o aspecto quantitativo da segurança jurídica, também aplicável à proteção de confiança. Isso porque, a baixa intensidade de um elemento deve ser compensada pela alta intensidade da presença dos outros, de tal sorte que se possa comprovar a maior presença desses elementos em favor da existência de uma “base confiável de confiança”¹⁸⁷.

Outrossim, conforme destacado acima, outro requisito para se chegar à proteção de confiança, além da existência da base de confiança, é a de que o particular tenha confiado nessa base de confiança¹⁸⁸. Para tanto, é essencial que o cidadão tenha conhecimento da base¹⁸⁹, pois não se pode proteger o indivíduo que, ao agir, não tinha conhecimento da base de sua ação e, portanto, nela não confiou. Assim, não há quebra de confiança a ser protegida.

O terceiro requisito é o exercício da confiança, pois não basta confiar na base, tem que se agira confiando nela¹⁹⁰. Mais uma vez, não haveria uma quebra de confiança de um ato que não ocorreu.

Por fim, o quarto requisito para se chegar à proteção de confiança é que haja uma manifestação estatal posterior que seja contraditória em relação à confiança gerada ao indivíduo por um ato estatal anterior¹⁹¹. Esse são, portanto, os requisitos necessários à obtenção da proteção da confiança.

Importante ressaltar, por fim, que a CF/88 possui regras concretizadoras do princípio da segurança jurídica e especialmente no tocante a sua dimensão dinâmica de exigência de confiabilidade, destacando-se nesse sentido a regra que protege o direito adquirido, o ato

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 384.

¹⁸⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 394.

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 397.

¹⁸⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 397.

¹⁹⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 398.

¹⁹¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 401.

jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI¹⁹²)¹⁹³. Quando a situação fática se enquadrar em uma dessas regras, sequer há que se analisar a ponderação horizontal da segurança jurídica ante outros princípios eventualmente colidentes¹⁹⁴. Assim, o princípio de proteção de confiança assume importância quando os atos praticados no passado não estiverem abarcados pela previsão legislativa constitucional, isto é, não gerarem um direito adquirido, um ato jurídico perfeito ou uma coisa julgada.

Dito isso, passemos agora à análise do último estado ideal necessário ao atingimento da segurança jurídica.

3.2.2.3 Calculabilidade (Previsibilidade)

Por fim, a previsibilidade do Direito envolve dar condições para que o cidadão possa fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro, sabendo que a liberdade hoje exercida será respeitada amanhã¹⁹⁵. O termo calculabilidade é usado na perspectiva prospectiva, concernente ao futuro ou à transição do presente ao futuro, com foco na mudança e com ênfase no modo, abarcando os elementos que prescrevem o ritmo da mudança, no futuro, daquilo que está sendo realizado no presente¹⁹⁶. Em outras palavras, o termo "calculabilidade" é empregada para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o seu futuro¹⁹⁷. É “a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados”¹⁹⁸.

¹⁹² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 12.11.2014.

¹⁹³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 403. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 738.

¹⁹⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 403.

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 339.

¹⁹⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 341.

¹⁹⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 341.

¹⁹⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 765.

O Direito é calculável quando é possível saber como as mudanças podem ser feitas e quando elas serão realizadas, evitando a surpresa¹⁹⁹. As relações entre os sujeitos se estabelecem com base em um cálculo sobre as consequências jurídicas dos possíveis comportamentos, trazendo a segurança jurídica²⁰⁰. Assim, não sendo possível efetuar esse cálculo, perde-se a segurança jurídica.

Quanto à noção acerca da expectativa gerada pelo Direito, ganha notoriedade a obra de Niklas Luhmann, por ser um dos precursores desse estudo. Destaca o autor que o Direito auxilia na formação da expectativa dos comportamentos, definindo o direito “como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”²⁰¹. “Essa abordagem da Teoria do Direito de Luhmann tem como objetivo demonstrar a imprescindibilidade do Direito na estrutura social como assegurador das expectativas estabilizadas e como orientação da conduta humana.”²⁰²

Na sociedade brasileira, complexa e plural, “as escolhas comportamentais se diferenciam, o que é comportamento “normal” para alguém não o é para outro, daí surgirem as contingências, incertezas acerca da conduta do outro e a expectativa do outro sobre minha conduta.”²⁰³. Para amenizar esse problema, faz-se necessária uma padronização das condutas que orientam as ações, sendo o Direito um instrumento social para garantir uma organização e uma estruturação comportamental da sociedade²⁰⁴. Dessa forma, se o Direito não se presta para assegurar essas expectativas, estaríamos diante de uma frustração da segurança jurídica.

A complementar essa questão temos as palavras de Leonel Cesarino Pêsoa, no sentido de que o Direito, à medida que passa a fixar normas, resta por padronizar as relações,

¹⁹⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 292.

²⁰⁰ PESSÔA, Leonel Cesarino. Segurança jurídica e os paradigmas jurídicos. *In*: PESSÔA, Leonel Cesarino (org.). **Súmula vinculante e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 43.

²⁰¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito 1*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 121.

²⁰² MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional**. 130 f. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense em Direito Público - IDP, Brasília, 2010, p. 18.

²⁰³ MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional**. 130 f. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense em Direito Público - IDP, Brasília, 2010, p. 17.

²⁰⁴ MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional**. 130 f. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense em Direito Público - IDP, Brasília, 2010, p. 18.

que passam a se estabelecer com base em um cálculo sobre as consequências jurídicas dos possíveis comportamentos, e, com isso, a vida social ganha segurança jurídica²⁰⁵.

Em uma visão mais objetiva de Ávila, temos que, para que o Direito seja calculável e, conseqüentemente, não frustrate expectativas, ele deve dar ao cidadão a capacidade de “antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos ou fatos, e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência definitiva será efetivamente aplicada”²⁰⁶.

3.3 Segurança Jurídica pelo Poder Judiciário

Por fim, cabe finalizar esse capítulo apontado uma questão central no presente trabalho, isto é, de que modo o Poder Judiciário deve atuar para garantir, ao cidadão, a almejada segurança jurídica. Tal questão se mostra importante vez que o problema a ser solucionado diz respeito à aplicação retroativa de entendimento jurisprudencial unificado emanado do Poder Judiciário. Uma das hipóteses teladas é que tal conduta pode apresentar ofensa ao princípio da segurança jurídica. Contudo, para que tal ocorra, é condição intrínseca que o Poder Judiciário, e não apenas o Legislativo e o Executivo, também deva zelar pela segurança jurídica dos jurisdicionados.

Nesse sentido, ganha destaque a seguinte passagem da obra de Carlos Aurélio Mota de Souza:

[...] quando se fala de Segurança no Direito, onde está esta Segurança? Acreditamos que se encontra não apenas na Lei escrita, na regra legislada, mas muito mais em sua aplicação judicial; o estudo sobre a segurança se fixará, portanto, com maior ênfase, na aplicação do Direito, do que na formulação da norma estrita; entendemos que a Segurança se constrói com mais amplitude social através da Jurisprudência, sobretudo nas Súmulas e Enunciados, do que na regra positiva.²⁰⁷

Como se vê, no entendimento do autor, o Judiciário ganha relevância na garantia da segurança jurídica. Coadunamos desse entendimento, pois de nada adianta que a norma

²⁰⁵ PESSÔA, Leonel Cesarino. **Segurança jurídica e os paradigmas jurídicos**. In: PESSÔA, Leonel Cesarino (org.). **Súmula vinculante e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 43.

²⁰⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 268.

²⁰⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 68 e 69.

preveja todas as possibilidades imagináveis para a formação dos estados ideais se, no momento de aplicação da norma, ela não seja respeitada. No entanto, o Poder Judiciário possui liberdade capaz de adequar a norma ineficaz, a fim de obtermos o princípio da segurança jurídica. Daí a importância da aplicação do Direito, estando a afirmação de Ives Gandra a complementar essa ideia, no sentido de que “a dificuldade de se obter clareza absoluta na lei, que evitaria conflitos, não permite ao legislador senão dar a "segurança" ao Direito, mas apenas ao Judiciário é outorgado oferecer ao direito a "certeza" definitiva.”²⁰⁸

E de fato, Ávila afirma que tal Poder possui numerosos deveres para preservar a segurança jurídica, citando, como exemplo, “o dever de fundamentação suficiente e racional das decisões judiciais, a proibição de mudanças jurisprudenciais retroativas que atinjam confianças legítimas, a obrigação de utilização de mecanismos de moderação na alteração de precedentes”²⁰⁹, etc. Com efeito, a falta de fundamentação ou a existência de divergências entre decisões resta por afetar a cognoscibilidade do Direito²¹⁰, vez que afeta a certeza acerca de como o Direito se manifesta.

Por outro lado, a modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados, com eficácia retroativa, resta por afetar a confiabilidade do Direito²¹¹, vez que afeta as relações passadas, calcadas em uma confiança que depois foi frustrada. Por fim, a falta de suavidade das alterações de entendimento e de coerência na interpretação do ordenamento jurídico restam por afetar a calculabilidade²¹², vez que afeta as expectativas geradas, causando surpresas.

Dessa forma, como se vê, o Poder Judiciário possui essenciais compromissos no zelo da segurança jurídica dos jurisdicionados. O que será analisado no próximo capítulo é a questão relativa à aplicação retroativa dos entendimentos jurisprudenciais unificados e como eles afetam a segurança jurídica.

²⁰⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Prefácio. In SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 7

²⁰⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 160.

²¹⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 160.

²¹¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 160.

²¹² ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 166.

4. OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS UNIFORMES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E AS DIFERENTES FORMAS DE IMPACTO SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA

Por tudo o que foi visto até aqui, podemos concluir que os entendimentos jurisprudenciais uniformes editados pelo Tribunal Superior do Trabalho possuem uma força jurídica comparável a das leis. Vimos que são inúmeras as formas em que a segurança jurídica atua na vida dos cidadãos. Com isso, diferentes situações geram diferentes níveis de impacto na segurança jurídica. O que pretendemos desenvolver no presente capítulo é as diferentes formas de segurança jurídica adquiridas pelo cidadão e que podem ser afetadas pela edição posterior de entendimentos jurisprudenciais uniformes, aplicados de forma retroativa.

Nesse sentido, cabe destacar que são duas as situações que parecem criar uma justa expectativa no jurisdicionado e que, pela edição posterior de entendimentos unificados, restam por, de alguma forma, frustrar tais expectativas. A primeira hipótese seria o caso de o cidadão pautar uma relação trabalhista pela adoção de um entendimento jurisprudencial unificado que, posteriormente modificado, resta por ser aplicado a essa relação, pelo Poder Judiciário.

A segunda hipótese seria no caso em que o cidadão rege sua relação pautando-se em lei e, após, tem essa relação solucionada judicialmente pela adoção de entendimento jurisprudencial uniforme que, criando um comando legislativo não previsto, resta por ampliar ou restringir a lei. Outras situações também serão abordadas, dentro desse contexto, tais como os entendimentos jurisprudenciais interpretativos e aqueles que, nos termos do art. 8º da CLT (já abordado no primeiro capítulo), restem por abarcar situação das quais a legislação é omissa (técnica de integração).

Salienta-se que o presente trabalho não possui a pretensão de determinar de forma categórica a existência, ou não, de afronta à segurança jurídica, nas situações citadas. O que se pretende é, partindo-se de casos que aparentam gerar uma expectativa no jurisdicionado, traçar pontos que possam indicar um desequilíbrio nos estados ideais da segurança jurídica.

Outrossim, não se está a dizer que a aplicação retroativa do entendimento unificado só poderia gerar esse desequilíbrio em relação a essas situações. É evidente que podem existir outras situações, mas vamos nos apegar a essas.

Note-se que, para cada situação, tentaremos trazer entendimentos unificados que pareçam abarcar essas situações, o que resta por criar um sentido mais prático e mais palpável ao trabalho. Importante destacar que são poucas as doutrinas que tratam dessa questão específica, com o que faremos uma análise mais dedutiva, utilizando-se dos conceitos que foram destacados até aqui e trazendo uma avaliação de como, na prática, toda essa teoria pode ser concebida. Exposta essa apresentação inicial, começaremos contextualizando esses diferentes tipos de situações de aplicação retroativa dos entendimentos jurisprudenciais uniformes.

4.1 As Diferentes Situações de Aplicação Retroativa dos Entendimentos Jurisprudenciais Uniformes do Tribunal Superior do Trabalho

Primeiramente, antes de entrarmos na questão do “potencial de desequilíbrio” que a aplicação retroativa dos entendimentos jurisprudenciais uniformes pode causar aos estados ideais da segurança jurídica, iremos expor as diferentes situações que, de alguma forma, restam por diferenciar esse potencial de desequilíbrio. Tal se dá com o objetivo de tornar mais clara essas situações, apresentando entendimentos uniformes específicos que restariam por ilustrá-las, a fim de que, ao final, seja mais fácil a visualização da relação que eles possuem com a segurança jurídica, quando aplicadas de forma retroativa.

“A atividade do Poder Judiciário é orientada, primordialmente, para o passado, porque as decisões vertem sobre fatos narrados pelas partes ocorridos antes da prolação da decisão que culmina a prestação jurisdicional”²¹³. Assim, quando nos referimos a “aplicadas de forma retroativa” significar dizer que o julgador, quando da solução do litígio, entendeu por bem utilizar o entendimento uniformizado (súmulas ou orientações jurisprudenciais), ainda que tal entendimento não existisse no momento da realização da questão posta em litígio. Ou seja, quando os fatos ocorreram, os destinatários não poderiam utilizar o entendimento uniformizado, vez que ele não existia.

²¹³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 160.

4.1.1 Entendimentos contrários a si mesmos

Primeiramente, tratemos daqueles entendimentos jurisprudenciais que, quando editados, passaram a possuir previsão contrária àquela prevista anteriormente. Nessa situação, pode ocorrer de uma relação ter sido pautado com base em um entendimento jurisprudencial unificado que, posteriormente, passou a possuir entendimento exatamente contrário. Com isso, há a possibilidade dessa relação, uma vez alvo de análise pelo Judiciário, ser solucionada pela adoção de entendimento exatamente contrário àquele que estava vigente quando os fatos ocorreram.

Para exemplificar essa situação, trazemos considerações acerca do entendimento constante na Súmula 277 do TST. Com efeito, na revisão de jurisprudência ocorrida no Tribunal Superior do Trabalho, no segundo semestre de 2012, a edição de tal entendimento sumulado trouxe alterações de grande repercussão²¹⁴. Vejamos o enunciado tal como previsto anteriormente a edição:

Nº 277 Sentença normativa. Convenção ou acordo coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho

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 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 14.02.2001.²¹⁵

E na sua atual redação:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE

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.²¹⁶

²¹⁴ PEREIRA, José Macêdo de Britto. A nova súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho – reflexos na negociação coletiva e no poder normativo da Justiça do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 77, nº 4/395, abril de 2013.

²¹⁵ 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: 05 dez. 2014.

²¹⁶ 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: 05 dez. 2014.

Conforme se percebe pelas transcrições acima, a “referida súmula, antes da mencionada revisão, esclarecia que as condições de trabalho previstas em sentenças normativas, convenções e acordos coletivos não integravam, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho”²¹⁷. A atual redação da Súmula n. 277 “representa um giro no entendimento até então prevalecente”²¹⁸, vez que passa a consagrar a integração das cláusulas de convenções e acordos coletivos nos contratos individuais de trabalho, podendo ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho²¹⁹. Ou seja, antes as cláusulas não integravam o contrato, após a edição, passaram a integrar, o que resulta em entendimento exatamente oposto.

Outro caso semelhante a ilustrar essa situação de alteração diametralmente oposta de entendimento sumulado ocorre no caso da Súmula 76²²⁰ do TST, posteriormente cancelada pelo advento da Súmula 291²²¹, que tratam da supressão de horas extras habituais. E de fato, nas palavras do professor Leandro Dorneles, em obra conjunta com a juíza Cíntia Machado de Oliveira, essa mudança de entendimento fica bem visualizada. Afirmam os autores que “a hoje cancelada Súmula 76 do TST permitia a incorporação ao salário do valor das horas suplementares habitualmente prestadas por mais de 2 anos, acaso fossem suprimidas”²²². Contudo, o verbete sumular “foi revisto pelo de número 291. Através deste, o TST pacificou o

²¹⁷ PEREIRA, José Macêdo de Britto. A nova súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho – reflexos na negociação coletiva e no poder normativo da Justiça do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 77, nº 4/395, abril de 2013.

²¹⁸ PEREIRA, José Macêdo de Britto. A nova súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho – reflexos na negociação coletiva e no poder normativo da Justiça do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 77, nº 4/395, abril de 2013.

²¹⁹ PEREIRA, José Macêdo de Britto. A nova súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho – reflexos na negociação coletiva e no poder normativo da Justiça do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 77, nº 4/395, abril de 2013.

²²⁰ “O valor das horas suplementares prestadas habitualmente, por mais de 2 (dois) anos, ou durante todo o contrato, se suprimidas, integra-se ao salário para todos os efeitos legais”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 76 (Cancelada). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-76>. Acesso em: 08 dez. 2014.

²²¹ “A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 291. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-291>. Acesso em: 08 dez. 2014.

²²² OLIVEIRA, Cíntia Machado de, e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 235.

entendimento de que as horas suplementares habitualmente prestadas podem ser suprimidas (ou seja, não vige mais o entendimento de incorporação de seu valor)”²²³.

Ou seja, o que ocorre é que o cidadão - seja ele empregado, empregador, sindicalista, etc - resta por agir com base em uma expectativa pautada em previsão expressa em entendimento uniforme do Tribunal que, posteriormente, pode ser frustrada em razão do advento de mudança sumulada expressamente contrária ao primeiro entendimento. Tudo porque esse novo entendimento, aplicado de forma retroativa a fatos anteriores a sua edição, resta por solucionar uma questão que ocorreu quando vigente o outro entendimento.

4.1.2 Entendimentos que, sem interpretar, complementam a legislação

Em segundo lugar, cuidemos daquelas situações em que o entendimento jurisprudencial uniforme resta por apresentar um complemento à norma legal já existente, seja acrescentando pontos ou restringindo a sua aplicação. Trata-se da criação do Direito pelo Judiciário, através de atividade legiferante. Teoricamente, os tribunais deveriam ater-se a aplicar a lei e a revelar o Direito sempre através da lei²²⁴. Entretanto, tal sistemática nem sempre ocorre, tendo em vista que, em certas oportunidades, “o trabalho jurisprudencial vai tão longe que, de certa forma, a lei adquire sentido bem diverso do originariamente querido”²²⁵.

Veja-se que essa situação é mais difícil de ser constatada, pois, em muitos casos, é sutil a diferença que ela possui ante os entendimentos meramente interpretativos ou os entendimentos que suprem lacunas da legislação. Com efeito, há “uma linha tênue entre o interpretar e o criar, uma faixa obscura”²²⁶. A seguinte passagem da obra de Luiz Fernando Coelho demonstra que, nem sempre, é simples a busca pelo sentido da lei:

É sempre necessário ir além da superfície das palavras, a fim de conhecer a força e o poder que delas dimanam. O princípio *in claris* não tem fundamento, pois a interpretação é sempre necessária, seja a lei clara ou não. O que é uma lei clara? É

²²³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de, e DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do trabalho**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 235.

²²⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 159 e 160.

²²⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 159 e 160.

²²⁶ FARAH, Gustavo Pereira. E-book. **As súmulas inconstitucionais do TST**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 49.

uma lei cujo sentido está claramente revelado no texto. Como saber, em dada lei, qual é o seu sentido, que está claramente expresso? Existe sempre a necessidade de determinar o sentido da lei. As palavras são plurívocas; a univocidade das palavras nunca se configura, pois elas nunca têm um só sentido. Às vezes são as condições da vida que mudam, embora permaneçam as mesmas palavras, e é a vida que determina o direito. Excluir a interpretação para as leis claras é desconhecer a própria natureza da função interpretativa.²²⁷

De qualquer forma, para tentar demonstrar essas disparidades, recorreremos, novamente, aos próprios entendimentos unificados, bem como à doutrina.

Fato é que, certo ou errado, na situação alvo do presente tópico, o enunciado sumulado resta por apresentar atividade legiferante, através de disposições que complementam o preceito normativo, seja ampliando ou reduzindo o seu conteúdo. Trata-se da criação do direito através do entendimento uniforme (sumulado):

Assim, a criação do direito pode ser detectada com base na seguinte linha de raciocínio sequencial: situação A - a prescrição não existia; advento da súmula; situação B (após a súmula) - a prescrição passa a existir; qualquer interpretação que se aplique sobre A não encontra B; B é a própria prescrição como fonte formal do direito; a fonte é a súmula.²²⁸

Ou seja, a súmula passa a criar o direito quando qualquer interpretação possível acerca de uma lei não resulta naquele entendimento disposto na súmula. A ilustrar essa realidade temos o entendimento disposto na súmula 261 do TST que, pelo entendimento de alguns doutrinadores, restou por alterar o entendimento da lei, em típica criação do Direito.

Com efeito, assim dispõe o entendimento sumulado, editado em novembro de 2003: “O empregado que se demite antes de complementar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.”²²⁹. Contudo, assim preconiza o art. 147 da CLT:

Art. 147. O empregado que for despedido sem justa causa, ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de conformidade com o disposto no artigo anterior.²³⁰

²²⁷ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 187.

²²⁸ FARAH, Gustavo Pereira. E-book. **As súmulas inconstitucionais do TST**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 49.

²²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 261. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-261>. Acesso em: 05 dez. 2014.

²³⁰ 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: 05 dez. 2014.

“Extrai-se, do aludido artigo, em franca desconformidade com a súmula sob análise, a evidência de que empregado que pede demissão, antes de doze meses de trabalho, não tem direito às férias proporcionais”²³¹. Isso porque, a previsão legislativa concede a parcela apenas àqueles que forem despedidos por justa causa ou àqueles que tiverem o contrato extinto em prazo predeterminado. Não se está a dizer que a norma é justa ou injusta, mas que o entendimento sumulado restou por ir além daquilo que a norma prevê e além das interpretações possíveis acerca dela. Raymundo Pinto consolida essa questão:

É fora de dúvida que o empregado, com mais de um ano de serviço, se for despedido sem justa causa, faz jus às férias proporcionais, consoante reza o parágrafo único do art. 146 da CLT. Estando, porém, há menos de doze meses no emprego, somente tem direito, segundo dicção expressa do art. 147 consolidado, a férias proporcionais caso a dispensa ocorra sem justo motivo ou no caso da extinção do contrato por prazo determinado. Portanto, a lei apenas se refere a duas hipóteses [...] A nosso ver, a lei é injusta. Afinal, o direito às férias vai sendo adquirido com o decorrer do tempo e desde a admissão. Por que o tratamento discriminatório com relação aos que ainda não completaram um ano de serviço?²³²

E provavelmente para amenizar essa injustiça é que o TST restou por ampliar o comando da norma legislativa. Veja-se, inclusive, que referida súmula, antes de ser editada em 2003, também possuía previsão expressamente contrária àquela que hoje é vigente, servindo também para exemplificar a situação descrita no tópico acima: “O empregado que, espontaneamente, pede demissão, antes de completar doze meses de serviço, não tem direito a férias proporcionais”²³³. Tal situação apenas ratifica a afronta legislativa, vez que o entendimento anterior restava por, em caráter interpretativo, abarcar o caso efetivamente previsto no art. 147.

Por outro lado, após citado o exemplo de súmula ampliativa do comando legal, cabe citar o entendimento previsto na súmula 353 do TST, acerca do recurso de embargos de divergência, em evidente redução da previsão normativa. Sem entrar nos pormenores do recurso, o seu cabimento está previsto no art. 894 da CLT - alterado no segundo semestre de

²³¹ FARAH, Gustavo Pereira. E-book. **As súmulas inconstitucionais do TST**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 55.

²³² PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. **Enunciados do TST comentados**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 227.

²³³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 261 (Histórico). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-261>. Acesso em: 05 dez. 2014.

2014, o que não influi na presente questão – sendo relevante para a elucidação da presente situação o inciso II do referido artigo²³⁴.

Nesse sentido, Bezerra Leite esclarece que:

Não obstante, parece-nos factível deduzir, pela interpretação sistemática do art. 894, II, da CLT e das normas previstas no RITST, que os embargos de divergência são cabíveis das decisões:

- a) divergentes entre a SBDI-1 e SBDI-2 a respeito de aplicação de norma prevista em lei federal ou na Constituição;
- b) divergentes entre duas ou mais Turmas;
- c) de uma ou mais Turmas que divergirem das decisões da SDI;
- d) de uma ou mais Turmas que divergirem de Orientação jurisprudencial (da SDI ou SDC);
- e) de uma ou mais Turmas que divergirem de Súmula do TST.²³⁵

Assim, basta haver alguma das divergências acima que seria cabível o recurso de embargos. Com isso, pela previsão legal, não interessa se a decisão é proferida em sede de agravo ou de recurso de revista, o recurso de embargos é cabível ante as decisões proferidas pelas Turmas ou SBDI's do TST, desde que comprovada a divergência. Todavia, o TST editou a sobredita súmula 353, alterada sucessivamente, que restou por restringir o cabimento do recurso, tal qual a redação vigente até março de 2013:

²³⁴ Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: [...] II - das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. 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/De15452.htm>. Acesso em: 05 dez. 2014.

²³⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 942.

Não cabem embargos para a Seção de Dissídios Individuais de decisão de Turma proferida em agravo, salvo:

- a) da decisão que não conhece de agravo de instrumento ou de agravo pela ausência de pressupostos extrínsecos;
- b) da decisão que nega provimento a agravo contra decisão monocrática do Relator, em que se proclamou a ausência de pressupostos extrínsecos de agravo de instrumento;
- c) para revisão dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista, cuja ausência haja sido declarada originariamente pela Turma no julgamento do agravo;
- d) para impugnar o conhecimento de agravo de instrumento;
- e) para impugnar a imposição de multas previstas no art. 538, parágrafo único, do CPC, ou no art. 557, § 2º, do CPC.²³⁶

Contudo, conforme a afirmação disposta na obra conjunta de Eduardo Gabriel Saad, a lei prevê como embargáveis os casos em que a Turma do TST desacolher agravo de instrumento²³⁷, com o que “a lei não encampa a restrição consagrada no TST”²³⁸. Certamente por esse motivo é que, em março de 2013, o referido enunciado sumular restou alterado para incluir a alínea “f”: “contra decisão de Turma proferida em agravo em recurso de revista, nos termos do art. 894, II, da CLT”²³⁹. Apesar de se tratar de matéria de direito processual, o importante até aqui é a perceptível atividade legiferante do TST, ao editar súmula que passou a prever requisitos específicos, restringindo o cabimento do recurso de embargos, em total desconexão com a previsão expressa na CLT.

Veja-se que tal situação não pode se confundir com aquelas em que, existindo lacuna na legislação, a jurisprudência utiliza-se da integração jurídica, prevista no art. 8º da CLT, conforme já abordado no presente trabalho (*vide* “2.1.2 As Fontes Formais”). A diferença fundamental entre as duas questões é que, na situação ora tratada, o judiciário altera o Direito, ao passo que na integração ele preenche o Direito.

Para exemplificar essa questão, tomemos o caso da orientação jurisprudencial 383 da SDI-I do TST²⁴⁰. Nesse caso, o TST restou por sanar uma lacuna gerada pela Constituição de

²³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 353 (Histórico). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-353>. Acesso em: 05 dez. 2014.

²³⁷ SAAD, Eduardo Gabriel, SAAD, José Eduardo, BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 805.

²³⁸ SAAD, Eduardo Gabriel, SAAD, José Eduardo, BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 805.

²³⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 353. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-353>. Acesso em: 05 dez. 2014.

²⁴⁰ “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador

88 que, ao impedir a formação de vínculo empregatício, sem concurso público, com a administração pública, restou por criar um limbo naquelas situações que as empresas estatais se utilizavam de terceirização ilícita. Isso porque, a partir da norma constitucional, a impossibilidade de formação de vínculo resultou na impossibilidade de se gerar qualquer contraprestação ao empregado contratado de maneira ilícita pela administração pública. Assim, a solução adotada, tal como disposto no próprio enunciado da súmula, foi a de, em nítida integração jurídica, aplicar-se de forma analógica o conteúdo da lei 6019/74.

A partir disso, restaram garantidas a tais empregados ilicitamente terceirizados, as mesmas verbas devidas aos empregados contratados pelo ente público, ainda que sem gerar o vínculo. O próprio Godinho afirma que a jurisprudência busca remédios jurídicos hábeis a conferir eficácia jurídica e social aos direitos oriundos da terceirização, apontando como um desses remédios a aplicação analógica dos preceitos próprios do Direito do Trabalho, tendo citado, nesse sentido, a própria lei 6019/74²⁴¹. Nesse sentido, percebemos que não houve alteração legislativa, pois o entendimento uniformizado não contraria a lei, que impede o vínculo, mas apenas garante verbas trabalhistas, ainda que não formado o vínculo.

Por fim, cabe dizer que também ocorre diferenciação da presente situação (alteração legislativa) daqueles casos meramente interpretativos. Nesse aspecto, temos a súmula 14 do TST²⁴², que abarca a questão da rescisão por culpa recíproca. O ordenamento jurídico tradicionalmente tende a distribuir, com equidade, os efeitos rescisórios em casos de dispensa por culpa recíproca²⁴³. Nesse sentido, nas palavras de Godinho, “a Súmula 14 sofreu nova redação, corrigindo a linha interpretativa anterior, de modo a prevalecer, pela metade, nas rupturas por culpa recíproca, as parcelas de aviso prévio, 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3”²⁴⁴.

“Interpretar é adequar o texto normativo ao momento histórico que se pretende considerar como válido. Esta adequação consiste na atuação de modo a reparar os entraves

dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação jurisprudencial SDI-I n. 383. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA383>. Acesso em: 08 dez. 2014.

²⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 468.

²⁴² “Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 14. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-14>. Acesso em: 08 dez. 2014.

²⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 773.

²⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 773.

que a insuficiência do texto legal coloca diante da aplicação do direito”²⁴⁵. É exatamente o que socorre à súmula 14, como visto.

Postas essas situações, que certamente auxiliam na compreensão de toda essa sistemática de como os diferentes tipos de entendimentos uniformes podem atingir a segurança jurídica, faz-se necessário analisar, de fato, como esses entendimentos interagem com o princípio da segurança jurídica. Primeiramente, pela sua promoção e, após, quando da sua aplicação de forma retroativa, em confronto com as situações abordadas no presente tópico.

4.2 Os Entendimentos Jurisprudenciais Uniformes e suas Contribuições para a promoção da Segurança Jurídica

Antes de entrar no ponto central do nosso trabalho, cabe trazer algumas considerações acerca da relação benéfica que os entendimentos jurisprudenciais uniformes possuem na ampliação da segurança jurídica.

Vivemos atualmente em uma sociedade plural, também denominada de sociedade de risco, sociedade global ou sociedade da informação. A principal característica dessa sociedade é, justamente, a existência de uma grande quantidade de informações. Na esfera jurídica, pensemos na quantidade de leis existentes; leis complementares, decretos, instruções normativas, pareceres normativos, soluções de consulta, todos provenientes dos três poderes federais. Ampliemos esse material normativo para também abranger o Direito internacional, o Direito Comunitário e o Direito Comparado. Lembremos também das decisões administrativas e judiciais proferidas acerca de cada uma dessas normas, sem contar os livros e os artigos que abordam esses temas²⁴⁶.

Esse conjunto de normas tende-se a multiplicar ainda mais quando observamos uma outra característica dessa sociedade, qual a seja, a existência de uma enorme diversidade de interesses, vez que “cada indivíduo busca resguardar os seus interesses nas normas

²⁴⁵ FARAH, Gustavo Pereira. E-book. **As súmulas inconstitucionais do TST**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 46.

²⁴⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 39 e 40.

jurídicas”²⁴⁷, formando grupos que restam por forçar a instituição de normas que espelhem os seus benefícios. Em razão desses interesses serem, muitas vezes, colidentes entre os diferentes grupos, cabe ao Estado coordená-las, emitindo ainda mais normas²⁴⁸.

Utilizando o exemplo do Direito Tributário, Carlos Aurélio Mota de Souza afirma que:

Poderíamos lembrar, neste campo, quantas normas, posturas, regulamentos, circulares, portarias que se emitem diariamente; mesmo com tantos repertórios publicados, um boletim não consegue acompanhá-las. E o advogado tributarista vive numa selva: um caçador de normas, de regulamentos, um técnico de memorização privilegiada para poder acompanhar essas variações e orientar com segurança seus destinatários.²⁴⁹

Esse gigantesco material informativo resta por possibilitar uma maior compreensão do mundo e facilita a possibilidade de se prever o futuro. No entanto, há um paradoxo nesse excesso informativo, vez que, quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior é o que precisa ser considerado e avaliado previamente, o que resta por gerar incerteza²⁵⁰. Assim, na prática, essa multiplicidade de leis provoca insegurança²⁵¹.

Daí porque “o maior conhecimento conduz ao aumento do sentimento de insegurança: o cidadão sabe mais, mas exatamente porque sabe mais, também conhece o que precisa prever e o que pode não se confirmar no futuro”²⁵². Com a sociedade moderna visualizamos uma maior complexidade nas relações, o que decorre dos avanços técnicos e tecnológicos, aumentando ainda mais aquilo que devemos prever. Por isso que, “na busca por segurança – eis o paradoxo –, o homem terminou por sentir-se mais inseguro. Afinal, informação demais causa desinformação”²⁵³.

E justamente para tentar diminuir essa incerteza é que os jurisdicionados vem se utilizando dos entendimentos jurisprudenciais uniformizados, conforme já abordado

²⁴⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 41.

²⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 41.

²⁴⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 168.

²⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 40.

²⁵¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 168.

²⁵² ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 40.

²⁵³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 40.

anteriormente, o que ocorre especialmente na Justiça do Trabalho. A reforçar esse fato, Gabriela Campos Ribeiro afirma que o Tribunal Superior do Trabalho edita Súmulas que norteiam a interpretação e a aplicação do Direito do Trabalho²⁵⁴.

Antônio Álvares da Silva esclarece esse fenômeno, afirmando que a análise acerca da linguagem e do significado das leis resta por expor uma insegurança ao conflito, pois necessita de maiores esclarecimentos e delimitações²⁵⁵. Em assim sendo, o trabalho criativo da jurisprudência resta por atenuar essas condições inseguras, auxiliando os jurisdicionados na conduta prática da vida²⁵⁶. Em outra produção, o mesmo autor complementa essa afirmação, entendendo que “é perfeitamente lícito que os tribunais organizem sua jurisprudência em súmulas para facilitar o entendimento das leis”²⁵⁷.

Não por outro motivo que Carlos Aurélio Mota de Souza, em sua obra, restou por elaborar um subcapítulo específico denominado: “A incerteza da Lei à certeza final da Súmula”²⁵⁸. Afirma o autor que, através das decisões judiciais, as certezas vão se clarificando, culminando na edição de súmulas, que, resumidas, servem como modelo e contém “toda a potência genética” capaz de orientar²⁵⁹.

Por tudo exposto, percebemos que a sociedade moderna, também denominada de sociedade da informação, em seu âmbito jurídico, restou por criar uma imensa quantidade de informações normativas que, apesar de facilitarem a compreensão do Direito, acaba por estabelecer uma incerteza aos jurisdicionados, gerando insegurança. Tudo porque, o excesso legislativo faz com que ninguém esteja certo e seguro de seus direitos²⁶⁰. Trata-se de um inequívoco problema de cognoscibilidade do Direito.

²⁵⁴ RIBEIRO, Gabriela Campos. Súmula vinculante: impacto na interpretação das normas trabalhistas. *In*: PESSÔA, Leonel Cesarino (org.). **Súmula vinculante e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 112.

²⁵⁵ SILVA, Antônio Álvares da. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 69.

²⁵⁶ SILVA, Antônio Álvares da. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 69.

²⁵⁷ SILVA, Antônio Álvares da. Legislado, negociado e ativismo judicial. Os juízes legislam? **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, ano 15, n. 170, agosto 2014. Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3236>, p. 13.

²⁵⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 199.

²⁵⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 201.

²⁶⁰ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 168.

Em vista disso, e em busca de maior segurança, os cidadãos têm pautado os seus procedimentos pela utilização dos entendimentos jurisprudenciais uniformes, tais como as súmulas, vez que esses entendimentos são mais práticos e facilitam o entendimento da norma. Mesmo porque, “o Judiciário é a instância que clarifica o Direito, determina o que é certo, declara e dá certeza; aclarar, declarar, determinar, soam como certificar, atestar qual o Direito, qual o *certum*”²⁶¹. Vemos, assim, que, em um contexto atual, a segurança jurídica tem se relacionado de forma íntima com a jurisprudência, ao facilitar o entendimento das normas, atenuando um considerável problema de segurança jurídica, mais especificamente em seu estado ideal de cognoscibilidade que, conforme vimos no presente trabalho, serve como base para adquirir os demais estados de confiabilidade e de calculabilidade.

Por outro lado, Marinoni afirma que os textos normativos encontram diversas interpretações no Judiciário, ao passo que a previsibilidade (calculabilidade) não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial²⁶². Assim, para “que se possa realizar a certeza da ação através do direito, o que conta, em última análise, não é tanto a formula escrita do código, a norma abstrata, mas a dita norma individual, a concretização da regra no caso específico”²⁶³.

E exatamente porque as normas podem ser diferentemente analisadas, a interpretação, ao tender a um único significado, aproxima-se do ideal de previsibilidade, com o que se deve minimizar, na medida do possível, as divergências interpretativas acerca das normas, colaborando-se, assim, para a proteção da previsibilidade, indispensável ao encontro da segurança jurídica²⁶⁴, conforme foi visto no capítulo anterior.

Por sua vez, vimos que os entendimentos jurisprudenciais unificados e, mais especificamente, as súmulas restam por estabilizar a jurisprudência, propiciando decisões uniformes para casos semelhantes²⁶⁵. Nesse sentido, seguindo o raciocínio, não temos dúvidas que a adoção dos entendimentos uniformes resta por atenuar essa problemática relatada por

²⁶¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 169.

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 125.

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 125 e 126.

²⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 126.

²⁶⁵ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 216.

Marinoni acerca da previsibilidade, “oferecendo maior segurança”²⁶⁶. Assim, a adoção dos entendimentos uniformes é uma forma de atenuar a disposição colocada por Marinoni, no sentido de que o advogado do *civil law* é obrigado a advertir o seu cliente que determinada lei pode, conforme o juiz sorteado para analisar o caso, ser interpretada em seu favor ou não²⁶⁷. Isso porque, nas palavras de Ávila, a “autovinculação aos próprios precedentes funciona como fator de calculabilidade do Direito pelo ganho em previsibilidade da atuação do Poder Judiciário”²⁶⁸

Assim, vemos que, nesses pontos abordados, os entendimentos jurisprudenciais unificados restam por dar maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Constatamos, com isso, um efeito positivo na sua adoção. O jurisdicionado, nesse sentido, ao utilizar-se do entendimento jurisprudencial unificado, busca atrair, para si, a segurança jurídica. Contudo, e agora chegamos ao objetivo principal do presente trabalho, observamos que esses entendimentos, quando aplicados de forma retroativa, podem afetar os estados ideais da segurança jurídica, causando-lhe um desequilíbrio que pode ser apto a gerar insegurança.

4.3 Segurança Jurídica e a aplicação retroativa dos entendimentos jurisprudenciais unificados do Tribunal Superior do Trabalho

Conforme já foi salientado no item “4.1”, trataremos de analisar, mais especificamente, duas situações que, no nosso entender, possuem um maior potencial de causar insegurança ao cidadão, quando da aplicação retroativa de entendimentos jurisprudenciais unificados pelo Tribunal Superior do Trabalho. No primeiro caso temos a mudança antagônica do entendimento unificado, em que uma nova súmula ou orientação do TST passa a prever exatamente o contrário do que era previsto anteriormente. A análise será feita a partir da quebra da proteção de confiança, tal como disposta no item “3.2.2.2 Confiabilidade e Proteção da Confiança” do presente trabalho. No segundo caso, em que o novo entendimento uniforme resta por ser contrário à própria legislação, a questão é um

²⁶⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 216.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 125.

²⁶⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 618.

pouco mais simples, passando pela análise da violação ao ato jurídico perfeito, abordado no mesmo item “3.2.2.2”.

Antes de nos aprofundarmos na questão, é importante ressaltar, conforme já foi visto, que a proteção ao ato jurídico perfeito está inserida no princípio da proteção de confiança (aplicação reflexiva da segurança jurídica). Contudo, como o primeiro caso já está positivado na Constituição, a sua aplicação decorre de uma ligação mais crua e objetiva da lei. Isto é, em tendo o cidadão pautado o seu procedimento com base na CLT (ato jurídico perfeito), por exemplo, uma súmula do TST posteriormente editada não possui o condão de violá-lo.

Diferente disso é o caso da proteção de confiança garantida àqueles que não se pautaram em um ato jurídico perfeito ou em um direito adquirido, mas sim em uma súmula do TST. Nesse caso, embora mantenha a sua atuação de direito e de garantia constitucional²⁶⁹, a proteção a confiança não restou positivada, o que requer uma investigação mais minuciosa acerca da concretização dos seus requisitos.

4.3.1 Aplicações retroativas de entendimentos jurisprudenciais antagônicos e a segurança jurídica (proteção de confiança)

O que se pretende verificar é se há violação à proteção de confiança do cidadão que atua pautando-se em decisão judicial unificada que, posteriormente, é alterada por nova orientação com efeitos retroativos. Nessa situação específica, o particular, entendendo aplicável ao seu caso uma decisão jurisprudencial unificada do TST (súmula, por exemplo), pauta-se com base nela, mas tem seu comportamento valorado pela edição posterior da referida súmula, que passou a prever exatamente o contrário do que era dito antes. Tal

²⁶⁹ “Isso porque o catálogo de direitos e de garantias individuais expressamente consigna que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º). Essa ressalva final, portanto, é expressa ao incorporar outros direitos e garantias decorrentes dos princípios adotados pela Constituição - como é o caso, precisamente, dos direitos e das garantias decorrentes do princípio da segurança jurídica e dos direitos fundamentais expressamente consagrados. Sendo assim, e porque a proteção da confiança é uma eficácia reflexa do princípio da segurança jurídica, em conjunto com os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, e com os princípios definidores da atuação estatal, não há razão para preexcluir a proteção da confiança do rol de direitos e garantias previstos pela CF/88”. ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 362.

situação já foi devidamente exemplificada no item “4.1.1 Entendimentos contrários a si mesmos” do presente capítulo.

Veja-se que o fato de existir mudança jurisprudencial com efeitos sobre o passado não garante, por si só, a aplicação do princípio da proteção de confiança, vez que nem toda frustração é caso de insegurança jurídica²⁷⁰. Para que seja, deve preencher aquela estrutura do princípio da proteção de confiança, tal como visto no item “3.2.2.2” do presente trabalho. Dessa forma, devemos analisar se o procedimento pautado em entendimento jurisprudencial unificado do TST (OJ, súmula ou precedente normativo) apresenta aqueles quatro elementos apresentados: um ato gerador de uma **base da confiança**, a existência de uma **confiança nessa base**, **exercício da referida confiança** na base que a gerou e **frustração** por ato posterior e contraditório do Poder Público.

No primeiro elemento (**base de confiança**), nitidamente mais complexo que os demais, Ávila expõe alguns critérios que entende ser indicadores da existência dessa base, nos casos das decisões judiciais: vinculatividade, pretensão de permanência, finalidade orientadora, inserção em uma cadeia de entendimento uniforme e capacidade de generalização²⁷¹. Primeiro, quanto maiores forem a vinculatividade e a pretensão de permanência da decisão, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada. Vimos no primeiro capítulo que os entendimentos jurisprudenciais uniformes do TST, embora não possuam uma força vinculativa obrigatória, tendem a prevalecer. Ávila afirma que os entendimentos alvo de súmula pelo Tribunal Superior possuem uma força vinculativa material, permitindo uma ilação de que dificilmente serão modificadas, sendo presumível que eles estão corretos²⁷², isto é, de acordo com o ordenamento jurídico. Patrícia Campos Mello também dispõe uma classificação acerca da vinculatividade das decisões, expondo que a súmulas simples possuem eficácia impositiva intermediária²⁷³.

Dessa forma, os entendimentos jurisprudenciais uniformes do TST possuem uma base de vinculatividade e de pretensão de permanência. Note-se que essa pretensão de permanência e de vinculatividade pode ser reduzida nos casos em que o entendimento uniforme sofrer

²⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 482.

²⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 482.

²⁷² ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 483.

²⁷³ A autora classifica os precedentes com base em três eficácias: normativa (súmula vinculante), impositiva intermediária (jurisprudência dominante e súmula simples) e persuasiva (decisões de Tribunais inferiores, por exemplo). MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. São Paulo: Renovar, 2008, p. 62 e seguintes.

duras críticas da doutrina, ou possuir fundamentos frágeis²⁷⁴, podendo ser adicionado, também, o fato de os Tribunais Regionais negarem a sua aplicação. Trata-se de questões mais subjetivas, mas que influem na base de confiança.

Em segundo lugar, quanto maior for a finalidade orientadora da decisão, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada. As decisões uniformes são destinadas a orientar os Tribunais, bem como os destinatários das normas interpretadas, com o que o caráter orientador dessas decisões “é, literalmente, “superior””²⁷⁵.

Terceiro, quanto maior for a inserção da decisão em uma cadeia de decisões em um mesmo sentido, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada. Com isso, quanto maior for o número de precedentes que orientaram a formação do entendimento uniforme, maior é essa cadeia²⁷⁶.

Quarto, quanto maior for a capacidade de generalização da decisão, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada. “Nesse sentido, as decisões dos Tribunais Superiores, especialmente as do Supremo Tribunal Federal, possuem maior capacidade de universalização, em razão do teor abstrato dos seus julgados”. Vez que estamos tratando de entendimentos jurisprudenciais uniformes provenientes do TST (súmula, OJ e precedentes normativos), há um grau elevado de generalização.

São esses os quatro elementos indicadores. Importante salientar, porém, que a base de confiança não pode ser analisada apenas em uma perspectiva estática, mas também na dinâmica, em atenção ao momento do exercício da confiança. Nesse sentido, a seguinte passagem de Ávila²⁷⁷:

Importa destacar, ainda nesse aspecto, que a base da confiança envolve elementos estáticos e dinâmicos. Assim, podem ser diferenciados os graus de vinculatividade e de pretensão de permanência de uma decisão analisando-se apenas os seus aspectos intrínsecos e sincrônicos: o nível do Tribunal que a proferiu e a sua força formal ou material. Esses graus, contudo, podem alterar-se com o passar do tempo: uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que, somada a outras no mesmo sentido, gera uma súmula apresenta alto grau de vinculatividade e de pretensão de permanência; no entanto, a insistência de novos litigantes em alterar a decisão

²⁷⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 484 e 485.

²⁷⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 486.

²⁷⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 487.

²⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 487.

existente e as críticas doutrinárias, em qualidade e em quantidade consideráveis, podem fragilizar a pretensão de correção da decisão a tal ponto que ela venha a ser modificada, com a revogação da súmula e com a remessa dos processos ao Supremo Tribunal Federal. Em casos como esse pode-se afirmar que os graus de vinculatividade e de pretensão de permanência em dado momento (Ti) eram altos, mas em outro momento posterior (T2) passaram a ser frágeis.²⁷⁸

Não se trata de uma certeza absoluta, mas de indícios da existência de uma base de confiança²⁷⁹. De qualquer forma, esses são os elementos, que devem estar presentes de forma conjugada e equilibrada²⁸⁰.

Dessa forma, percebemos que o cidadão, ao atuar com base em entendimentos jurisprudenciais uniformes provenientes do TST, em regra, atraiu para si uma base de confiança apta a ser protegida. Todavia, conforme sabemos, a existência da base é apenas um dos quatro elementos da proteção de confiança.

No segundo elemento temos a existência da **confiança** do cidadão, acerca do entendimento uniforme utilizado²⁸¹. Trata-se de questão subjetiva, que envolveria o fato de o jurisdicionado possuir ciência da decisão que pautou o seu ato, bem como se esse conhecimento seria presumido. Para facilitar, vamos partir da premissa de que o ato foi adotado com base no entendimento uniformizado, mesmo porque essa é a situação proposta desde o princípio do trabalho. Dessa forma, também o segundo elemento estaria confirmado.

No terceiro elemento, é preciso haver **exercício** da confiança, isto é, a confiança deve ter sido colocada em prática²⁸². Não se protege a esperança, ou a confiança abstrata, mas o exercício dessa confiança²⁸³. Veja-se que na situação ora colocada esse elemento também estaria confirmado, pois parte-se da premissa que o cidadão pautou o seu procedimento com base em um entendimento uniforme, isto é, deixou de pagar férias proporcionais ao funcionário que pediu demissão, por exemplo; ou, durante longo período, prestou horas extras, possuindo a expectativa de vê-las incorporadas no salário.

²⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 487.

²⁷⁹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 489.

²⁸⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 489.

²⁸¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 489.

²⁸² ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 490.

²⁸³ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 490.

Quanto a esse elemento, cabe destacar uma questão extremamente relevante, em especial para o Direito do Trabalho. Ocorre que Ávila entende que dentre essas formas de demonstrar esse exercício da confiança está a onerosidade e a reversibilidade da atuação do cidadão²⁸⁴. Segue o autor que quanto maiores forem os prejuízos causados, maior é a duração da eficácia da base, ao passo que, quanto mais difícil for a reversão dos efeitos produzidos, maior deverá ser a protetividade da confiança depositada²⁸⁵. Ou seja, e aqui recai uma questão muito importante, quanto maior o prejuízo causado pelo novo entendimento e quanto mais irreversíveis forem esses efeitos, mais protegida deverá ser a confiança.

Veja-se que tais argumentos autenticam os princípios juslaborais, especialmente o de proteção ao empregado hipossuficiente. Em outras palavras temos que, via de regra, a segurança jurídica destina-se a proteger mais ao empregado do que ao empregador. Colocada essa ponderação, sigamos no quarto elemento necessário para preencher a estrutura do princípio da proteção de confiança.

E no quarto elemento, temos a existência da **frustração** da confiança. Assim, “a decisão "modificadora" deve gerar um resultado desvantajoso para aquele que atuou com base na decisão "modificada"”²⁸⁶. E de fato, não haveria porque argumentar a existência de violação à proteção de confiança ocorrida com base em decisão que trouxe benefício.

Por tudo exposto, mostram-se presentes, aparentemente, os pressupostos de aplicação do princípio da proteção de confiança do cidadão que atua com base em decisão judicial unificada do Tribunal Superior do Trabalho que, posteriormente, é alterada por nova orientação contrária à primeira e que resta por ser aplicada de forma retroativa. Nesse sentido, parece razoável a adoção de medida que evitem essa aplicação retroativa dos entendimentos jurisprudenciais uniformizados, nos casos em que ocorre essa violação à proteção de confiança e, por via reflexiva, à segurança jurídica.

Veja-se que a questão é ainda mais grave quando percebemos que, conforme visto no tópico anterior (“4.2 Os Entendimentos Jurisprudenciais Uniformes e suas Contribuições para a promoção da Segurança Jurídica”), o jurisdicionado busca, na aplicação jurisprudencial unificada, atrair para si a tão almejada segurança jurídica. Contudo, o que ocorre é exatamente

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 490.

²⁸⁵ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 490.

²⁸⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 490.

o contrário do esperado. Assim, na busca por previsibilidade, o cidadão se depara com a insegurança do imprevisível.

4.3.2 Aplicações retroativas de entendimentos jurisprudenciais contrários à legislação e a segurança jurídica

Por outro lado, tratemos da violação à segurança jurídica daquelas situações exemplificadas no item “4.1.2 Entendimentos que, sem interpretar, complementam a legislação” do presente capítulo. Recapitulando trata-se da situação em que o jurisdicionado, pautando-se em previsão expressa de uma lei válida, tem o seu comportamento valorado pela edição posterior de entendimento jurisprudencial uniforme que, criando um comando legislativo não previsto, resta por ampliar ou restringir referida lei.

Não vamos cuidar da validade da referida atuação jurisprudencial legiferante, mas da possibilidade de, uma vez editado o entendimento, tal ser aplicado a questões anteriores. A questão aqui posta é mais simples e objetiva do que a anteriormente tratada (mudança jurisprudencial). A questão mais difícil de ser detectada é a efetiva existência de comando jurisprudencial não previsto na legislação.

Tais questões já foram devidamente colocadas no tópico já citado (4.1.2). Todavia, resumidamente, temos que o entendimento uniformizado passa a criar o direito (legislar) quando qualquer interpretação possível acerca de uma lei não resulta nesse entendimento. A subjetividade desse tema decorre do fato de que a atividade interpretativa é bastante complexa e variável.

No entanto, certo é que, conforme visto no capítulo anterior (item “3.2.2.2 Confiabilidade e Proteção da Confiança”), sempre que o particular pautar-se com base na lei, ou estamos diante de um direito adquirido, ou de um ato jurídico perfeito. E nesses casos a Constituição é específica e inflexível no sentido de que “havendo uma dessas hipóteses,

afastados estão os efeitos retroativos”²⁸⁷. “Nem mesmo, portanto, razões de ordem pública, de comum alegação no Brasil, são capazes de superar a rigidez estabelecida pela CF/88.”²⁸⁸.

Conforme já foi dito, para esse caso, a própria Constituição restou por valorizar o estado ideal da confiabilidade, em detrimento dos demais, não havendo necessidade de conferir a existência de um equilíbrio dos estados ideais. Presume-se que, nesses casos, há desequilíbrio e, conseqüentemente, insegurança jurídica. É o que afirma Carmen Lúcia, conforme já transcrito no presente trabalho:

"A segurança jurídica consiste na garantia da estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu"²⁸⁹

Cabe aqui uma consideração acerca dos entendimentos uniformizados meramente interpretativos. Seriam dois os casos. No primeiro, esse entendimento resta por modificar um outro já sedimentado, o que se enquadraria no tópico anterior, tal como já minuciosamente analisado. No segundo, o entendimento uniforme busca aclarar o direito, interpretando uma norma legislativa já concebida.

Nesse último caso, não se trata de criação do Direito, pois o que ocorreu foi um mero esclarecimento acerca de como um direito já existente deve ser aplicado. Conforme já vimos, nem sempre a norma é clara, cabendo mais de uma interpretação. Ocorre que o jurisdicionado, ao entender aplicável uma dada interpretação, deve possuir a consciência de que outra também é possível. Isso porque, o Direito é construído a partir dos significados dos dispositivos normativos²⁹⁰, ou seja, para saber o Direito, não basta saber a norma, mas as possíveis aplicações decorrentes da norma, o que envolve, também, a aplicação do princípio da segurança jurídica:

O material normativo, assim, não é totalmente, mas apenas parcialmente dado. Como decorrência disso, a segurança jurídica deixa de ser uma exigência de simples conhecimento de conteúdo total e previamente dado, para passar a ser um dever de reconstrução e de aplicação de sentidos normativos de acordo com regras de

²⁸⁷ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 349.

²⁸⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 349.

²⁸⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/06/O-principio-da-coisa-julgada-e-o-vicio-de-inconstitucionalidade.pdf>, p.

²⁹⁰ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 138.

argumentação e de postulados hermenêuticos (coerência substancial e formal) e aplicativos (proporcionalidade e razoabilidade).²⁹¹

Assim, não há uma confiança a ser protegida, pois ela decorre de uma interpretação equivocada da norma, não podendo ser considerada válida, nem num campo real e nem num aparente. Ademais, uma vez que as interpretações são previsíveis, o próprio entendimento uniforme era previsível, o que equilibra os estados ideais da segurança jurídica, pois o entendimento era calculável, vez que “pode-se igualmente sustentar que aquilo que se deve compreender e calcular apresenta sentidos alternativos”²⁹².

Tanto é assim que, em alguns ramos do Direito, a própria lei interpretativa pode retroagir: “há casos, no Direito Tributário, em que a eficácia (da lei) pode ser retroativa [...]. É o caso da lei interpretativa”²⁹³. Ou seja, se a própria lei que esclarece o Direito pode vir a ser aplicada para os casos passados, o mesmo deve ocorrer ao entendimento uniformizado interpretativo.

De qualquer forma, entender como irretroativo o entendimento uniformizado interpretativo seria o mesmo que dizer que a decisão judicial é irretroativa, vez que praticamente todas as decisões, de forma ou de outra, restam por interpretar o direito ao caso concreto. Com efeito, ou a norma cria, ou integra (o que não deixa de ser uma criação) ou interpreta, sendo esse último o mais corriqueiro. Nesse sentido, tais entendimentos interpretativos caíam em desuso, pelo menos quando recém editados, pois não poderiam solucionar os casos anteriores a eles.

Mais controversa é a questão dos entendimentos integrativos (art. 8º da CLT), pois, de forma ou de outra, restam por criar o Direito, ao mesmo tempo em que podem ser previsíveis, vez que também ao jurisdicionado cabe utilizar-se de tal ferramentas para pautar suas condutas. Entendemos que essa situação é mais complicada de ser analisada, o que não será feito no presente trabalho.

Por outro lado, afora as demais questões legais, temos que o entendimento jurisprudencial uniforme, quando modificativo da lei, não pode ser aplicado aos fatos anteriores a sua edição, sob pena de afronta à segurança jurídica. Importante afirmar que tal questão é delicada de ser expressamente abordada pelos magistrados, pois sabemos que foge

²⁹¹ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 138.

²⁹² ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 148.

²⁹³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 768.

de sua atuação a atividade legislativa. Contudo, compreendemos que, muitas vezes, tais atividades decorrem de uma tentativa de adequação da lei, ou de uma tentativa de tornar a lei mais justa, conforme os princípios trabalhistas. Assim, entendemos que o magistrado, ao visualizar tal questão aqui abordada, pode deixar de aplicar o entendimento a fatos anteriores a sua edição, mas sem adentrar na questão da atividade legiferante. Nesse sentido, pode o julgador, genericamente, afirmar entender ter havido uma confiança legítima do jurisdicionado, o que pode decorrer do entendimento jurisprudencial anterior ao entendimento uniforme, por exemplo.

4.4 Retroatividade do entendimento jurisprudencial (pequena compilação da doutrina e da jurisprudência)

Para finalizar o presente trabalho, cabe destacar alguns pontos da doutrina favoráveis a irretroatividade dos entendimentos jurisprudenciais para casos específicos, bem como alguns precedentes jurisprudenciais que tratam da matéria. Nesse sentido, ganha destaque os recentes entendimentos jurisprudenciais que tratam acerca da já citada edição ocorrida na súmula 277, vez que tem se entendido que, justamente com base na segurança jurídica, tal novo entendimento não pode ser adotado de forma retroativa.

Primeiramente, Marinoni e Mitidiero afirmam que o direito fundamental à segurança jurídica processual exige respeito ao precedente judicial²⁹⁴. Na mesma obra, mas de forma mais detalhada, Marinoni afirma que é possível um precedente possuir efeitos apenas a partir do seu trânsito em julgado, especialmente quando há uma revogação de um precedente anterior, tudo em nome da proteção de confiança depositada pelos jurisdicionados²⁹⁵. Também de forma mais específica, Nelson Nery Júnior afirma que:

A vinculação das decisões do Poder Judiciário ao princípio da irretroatividade é decorrente na atuação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva. Quando houver superveniência de decisão do tribunal superior sobre determinado assunto, alterando jurisprudência anterior do mesmo tribunal já extratificada em sentido diverso, os efeitos dessa nova decisão terão de ser necessariamente ex nunc, isto é, para o futuro.

²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *In Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 671.

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *In Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 876.

Somente assim será preservado o respeito à Constituição Federal, porque se estará dando guarida aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.²⁹⁶

Ou seja, entende o autor que, quando houver mudança jurisprudencial acerca de decisão consolidada em instância superior, os efeitos da nova decisão não poderão alcançar fatos passados, a fim de resguardar tanto a segurança jurídica como a boa-fé objetiva. A coadunar desse entendimento está Tércio Sampaio Ferraz Jr, que afirma a irretroatividade da lei deve ser analisada em sentido amplo, o que abarca a jurisprudência:

Em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode, pois, restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo compreender a lei como sua inteligência em determinado momento. [...] A irretroatividade é, assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto.²⁹⁷

O autor inclusive, expõe alguns requisitos cumulativos para que a jurisprudência não retroaja, de modo a proteger a expectativa do jurisdicionado. São eles: (a) que a jurisprudência seja dos tribunais superiores, (b) que seja fixada após longo período, (c) que se dê diante de vários trânsitos em julgado e (d) que sempre seja orientada pela aplicação da razoabilidade²⁹⁸. Por fim, seguindo a linha de raciocínio, temos o autor Roque Antônio Carrazza:

A segurança jurídica, um dos pilares do nosso Direito, exige que as leis, os atos administrativos em geral e a jurisprudência tenham o timbre da irretroatividade. Daí falarmos em irretroatividade do Direito e não, apenas, das leis.(...) Assim, quando uma linha jurisprudencial nova reverte por completo as expectativas dos jurisdicionados, construídas com apoio em reiteradas e firmes decisões anteriores do mesmo Tribunal, haverão de ser aplicados os ditames do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, para que não reste sacrificado o princípio da segurança jurídica e, com ele a boa-fé das pessoas, que praticaram atos, certas de que procediam sob o amparo do direito objetivo.²⁹⁹

Como se vê, a doutrina entende possível a irretroatividade dos entendimentos jurisprudenciais, especialmente quando vierem para modificar um outro entendimento já sedimentado. Por outro lado, quanto à jurisprudência trabalhista, vemos, em um primeiro momento, que, no que concerne aos entendimentos jurisprudenciais uniformes, tem-se

²⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. *In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 97

²⁹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. *In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 11

²⁹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. *In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 3, 4 e 31.

²⁹⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança Jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos tribunais superiores para fixa-la – questões conexas. *In Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 48.

entendido que eles devem retroagir. É o entendimento do STF, em acórdão cujo relator era o ministro Celso de Mello:

"Súmula do TST - Aplicação retroativa. Significado das formulações sumulares [...] O conteúdo das formulações sumulares limita-se a contemplar e a consagrar, no âmbito dos tribunais, a sua orientação jurisprudencial predominante, caracterizada pela reiteração de decisões em igual sentido. O enunciado sumular assume valor meramente paradigmático, pois exprime o sentido da jurisprudência prevalecte em determinado tribunal. A súmula nada mais é do que a cristalização da própria jurisprudência. 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 [...] 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 submetem às regras de vigência impostas às leis.³⁰⁰

E do TST, através da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, em acórdão de relatoria do ministro Francisco Fausto:

[...] enunciado não é lei, e, dessa forma, não se aplica a ele a limitação temporal própria daquela, mesmo porque, constituindo a jurisprudência sedimentada do Tribunal, indica que, antes de ser editado, já predominavam os precedentes no sentido do seu conteúdo, o que afasta a alegação de aplicação retroativa³⁰¹

Contudo, como se vê, as decisões partem da premissa de que o entendimento uniforme corresponde à consagração do entendimento predominante no âmbito do tribunal. Nesse sentido, tais decisões não se prestam para confrontar o fato relativo à modificação repentina da jurisprudência, ou muito menos os entendimentos contrários à lei, tais como abordados no presente trabalho. Nesse sentido, as decisões não consideram as premissas abordadas no presente trabalho.

Mais recentemente, todavia, o TST tem relevado essa premissa fática para decidir a questão da retroatividade dos entendimentos uniformizados. Nesse aspecto, temos o seguinte precedente, que analisa a questão da estabilidade da gestante, quando do contrato de experiência. Trata-se de análise acerca do inciso III da Súmula 244 do TST, alterado em

³⁰⁰ 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: 07 dez 2014.

³⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, SBDI2. Recurso ordinário em ação rescisória 387687-27.1997.5.15.5555. Recorrente: Nossa Caixa Nosso Banco S/A. Recorrido: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Catanduva. Relator: Min. Francisco Fausto Paula de Medeiros. Brasília, 14 nov 2000. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=387687&digitoTst=27&anoTst=1997&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=5555&submit=Consultar>>. Acesso: 07 dez 2014.

setembro de 2012, que também pode ser considerado um exemplo de súmula que altera o seu próprio entendimento. Novamente o TST ratifica o entendimento quanto à retroatividade, tendo relevado, em sua decisão, a questão relativa a mudança de jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. MODALIDADE EXPERIÊNCIA.

1. O Tribunal Regional manteve o julgamento de improcedência do pedido, ao fundamento de que tratar-se-ia de contrato de experiência e que, - à época dos fatos, o entendimento do Colendo TST em relação a estabilidade provisória da gestante era no sentido da ausência do direito na hipótese de admissão por contrato de experiência, consoante item III, da súmula 244 -, na sua antiga redação. Quanto a esse ponto, constou do v. acórdão regional: - a aplicação retroativa de uma súmula, com a revogação de entendimento também previsto em súmula, viola o princípio da segurança jurídica, pressuposto do Estado de Direito, que garante a previsibilidade das relações jurídicas. Admitir a aplicação retroativa de súmulas gera insegurança ao jurisdicionado que guiou o seu comportamento considerando os eventuais impactos e riscos que poderiam ser suportados à época dos fatos. - .

[...]

3. Decisão regional em contrariedade ao item III da Súmula 244, em sua atual redação, segundo o qual -a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado-.

4. Ademais, os verbetes sumulares e jurisprudenciais não estão sujeitos às regras de direito intertemporal, razão pela qual não há falar em ofensa ao princípio da segurança jurídica pela incidência do entendimento ora consagrado no item III da Súmula 244 sobre situação jurídica anterior à sua publicação. A edição, a alteração ou o cancelamento de qualquer um deles por esta Corte Superior não tem natureza de ato legislativo, consistindo apenas na consolidação da jurisprudência produzida por este Tribunal ao longo do tempo - ou na sua revisão - ao interpretar e aplicar a legislação vigente às situações concretas. Recurso de revista conhecido e provido³⁰²

É curioso, todavia, o entendimento proferido pelo TRT de origem, em sentido contrário, nesse mesmo processo:

[...] a aplicação retroativa de uma súmula, com a revogação de entendimento também previsto em súmula, viola o **princípio da segurança jurídica**, pressuposto do Estado de Direito, que garante a previsibilidade das relações jurídicas. Admitir a aplicação retroativa de súmulas gera insegurança ao jurisdicionado que guiou o seu comportamento considerando os eventuais impactos e riscos que poderiam ser suportados à época dos fatos.³⁰³

³⁰² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 1^ªT. Recurso de revista 2170-98.2012.5.15.0092. Recorrente: Diane Ferreira Silva. Recorrido: Taguá Auto Posto LTDA. Relator: Min. Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, 08 out 2014. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2170&digitoTst=98&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0092&submit=Consultar>> Acesso: 07 dez 2014.

³⁰³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, 8^ªT. Recurso ordinário 2170-98.2012.5.15.0092. Recorrente: Diane Ferreira Silva. Recorrido: Taguá Auto Posto LTDA. Relator: Des. Claudinei Zapata Marques. Campinas, 11 out 2013. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br/consulta/owa/documento.rtf?pAplicacao=DOCASSDIG&pid=10302698>> Acesso: 07 dez 2014.

Cabe reiterar que, conforme já abordamos no presente trabalho (*vide* “4.3.1 Aplicações retroativas de entendimentos jurisprudenciais antagônicos e a segurança jurídica (proteção de confiança”), são inúmeras as questões que influenciam na proteção da base de confiança do jurisconsulto. Assim, a existência de um entendimento sumulado com argumentos frágeis, desrespeitado pelos Tribunais inferiores e até mesmo por algumas Turmas dos Tribunais inferiores restam por diminuir a proteção a essa base de confiança. Some-se a isso o fato de a doutrina adotar opiniões reiteradamente contrárias à súmula, ou ainda a própria onerosidade que o novo entendimento pode causar ao particular³⁰⁴. Todas essas, e outras mais, restam por influenciar na proteção à confiança. E a questão da onerosidade pode ganhar importância na questão analisada, pois trata-se de mulher grávida que, perdendo o emprego, tem que sustentar o filho, sendo clara a existência de um grande prejuízo. Tal questão merece destaque na relação juslaboral, sempre protetora das garantias operárias, pois, como se vê, está em sintonia com o Direito do Trabalho, vez que é possível concluir que a base de confiança será tanto mais protegida quanto maior for o prejuízo que a decisão tem para o jurisdicionado.

Nesse sentido, a base de confiança do empregador é atenuada. Some-se a isso os argumentos do TST, no sentido de que, em que pese a existência de alteração da súmula, a jurisprudência já se encaminhava para esse novo entendimento. Tal argumento, todavia, embora entendermos válido, há que ser utilizado com cautela. Isso porque, em havendo súmula em um sentido, certo é que a jurisprudência, em algum momento, prevalecia nesse sentido. Se o sentido alterou, é porque em dado momento houve uma conversão, uma alteração do sentido. Se “conversão” se deu em momento anterior a alteração da súmula, esse momento específico deve ser identificado, para que os fatos anteriores a ele sejam respeitados.

Ou seja, embora a alteração sumular tenha se dado por entendimento que caminhavam em um sentido, utilizar desse argumento para fazer a súmula retroagir a todos os fatos anteriores a ela é ignorar que, em algum momento, houve uma alteração, ainda que ela não tenha ocorrido no momento exato da alteração da súmula. De qualquer forma, não há como negar que são inúmeras as questões que influenciam na base de confiança.

Quanto à impossibilidade do entendimento retroagir, ganha destaque a já abordada súmula 277 do TST (*vide* “4.1.1 Entendimentos contrários a si mesmos”). Ocorre que restou sedimentado na corte superior trabalhista que a mudança de entendimento ocorrido na súmula só se aplica aos fatos ocorridos posteriormente a sua edição. Os precedentes que originaram

³⁰⁴ ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. 1. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011, p. 484 e 485.

esse entendimento de irretroatividade, pautam-se, obviamente, no princípio da segurança jurídica. Para demonstrar esse entendimento firmado na corte, cabe transcrever a seguinte decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. SUMARÍSSIMO. BANCO DE HORAS E ACORDO DE COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DAS NORMAS COLETIVAS OBSERVADO O PERÍODO DE VIGÊNCIA. 1. O Colegiado de origem, em causa submetida ao rito sumaríssimo, manteve a sentença que reconheceu a validade do banco de horas firmado por ajuste coletivo apenas no período de vigência do Acordo coletivo de trabalho, não aplicando o novo entendimento consubstanciado na Súmula n. 277 do TST, com redação da res. 185/2012. **2.** O entendimento que se tem firmado nesta Corte é o de que o novo entendimento cristalizado no Verbete sumular somente se aplica aos fatos posteriores à alteração. **3.** O TRT expressamente registra que a norma coletiva que previa acordo de compensação de jornada (banco de horas) teve vigência no período de 1º/12/2010 a 30/11/2011 e o contrato de trabalho até 09/03/2012. **4.** Nesse contexto, a decisão recorrida, em que reconhecida a disposição normativa apenas no prazo de sua vigência está em conformidade com o item I, primeira parte, da Súmula 277/TST, com a redação da Res. 161/2009, vigente à época dos fatos.³⁰⁵

O ponto interessante da referida alteração sumular e que, provavelmente, resultou na sua irretroatividade, é o fato de que, antes dela, nenhuma decisão, pelo menos de maior relevância, havia adotado o seu novo entendimento. Ricardo José Macêdo de Britto Pereira confirma essa “inexistência de precedentes do Tribunal”³⁰⁶, a adotar o novo entendimento da súmula 277. Tal questão, conforme exposto, resta por favorecer a existência da base de confiança, a resultar na proteção da segurança jurídica, por via reflexiva.

De qualquer forma, é relevante essa quebra de paradigmas procedida pelo TST, ao não adotar, retroativamente, o entendimento sumulado. Tal situação certamente irá gerar maiores discussão a respeito do tema.

Importante ressaltar que o STF, inclusive na seara trabalhista, vem adotando a modulação dos efeitos de suas decisões (a partir de uma data específica), nos casos em que ocorre uma quebra nas orientações jurisprudenciais, justamente em proteção à segurança jurídica. Tal ocorreu quando da mudança de competência para julgamento dos acidentes de

³⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 1ªT. Agravo de instrumento em recurso de revista 805-67.2013.5.03.0040. Agravante/agravado: Ceva Logística LTDA. Agravante/agravado: Mário José Barbosa da Silva. Relator: Min. Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, 03 set 2014. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=805&digitoTst=67&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0040&submit=Consultar>> Acesso: 07 dez 2014.

³⁰⁶ PEREIRA, José Macêdo de Britto. A nova súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho – reflexos na negociação coletiva e no poder normativo da Justiça do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 77, nº 4/395, abril de 2013.

trabalho (comum para trabalhista), quando da mudança de competência para julgamento das ações contra previdência complementar privada (trabalhista para comum) e, no final de 2014, em relação a mudança acerca da prescrição do FGTS (de 30 para 5 anos). Embora não se trate do tema abordado no presente trabalho (alterações de entendimentos uniformes), em muito se assemelha.

Veja-se que a questão da súmula legiferante não é tratada pela jurisprudência, senão por aqueles que não a aplicam, o que é irrelevante para o presente trabalho, vez que não há como analisar a retroatividade de uma súmula não aplicada. Tal omissão jurisprudencial decorre de uma questão óbvia: não compete aos tribunais emitirem súmula que legislam, pois foge de sua competência. Ao admitir esse fato, o julgador estaria admitindo que procedeu em desacordo com a sua competência.

Exemplo disso é a súmula 228 do TST³⁰⁷, em que o referido Tribunal restou por estabelecer o parâmetro de cálculo da base do adicional de insalubridade, vez que, através de súmula vinculante, o STF restou por cancelar a base que era prevista na lei. Ocorre que o próprio STF entendeu por bem suspender a aplicação da referida súmula 228, justamente por se tratar de matéria legislativa. Não temos dúvidas, portanto, que o TST emite entendimentos uniformes legiferantes, conforme já foi abordado no presente trabalho, o que, não necessariamente, é prejudicial ao ordenamento jurídico, mas o é quando adotado de forma retroativa.

Enfim, entendemos que o aprofundamento dessas questões, por parte do TST, se mostra de extrema importância para o ordenamento jurídico trabalhista. E isso ocorre não só para uma maior promoção da segurança jurídica, mas também em razão de uma maior evolução desse ordenamento. Explica-se. Tratamos, no presente trabalho, da questão da estabilidade, no sentido de que uma sociedade estagnada favorece o estado ideal de confiabilidade e de calculabilidade da segurança jurídica. Contudo, o Direito só se torna eficaz através das mudanças e das adaptações do seu ordenamento.

³⁰⁷ “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. SÚMULA CUJA EFICÁCIA ESTÁ SUSPensa POR DECISÃO LIMINAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 228 (suspensa). Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-228>. Acesso em: 08 dez. 2014.

Ocorre que, em muitos casos, os julgadores temem a mudança, em razão do impacto social que ela pode gerar. Utilizam, justamente, o fundamento da segurança jurídica já consolidada. No entanto, quando ocorre a aplicação irretroativa dessas “mudanças”, estamos respeitando a segurança, sem causar esse impacto social. Daí também a relevância desse tema, que deve servir como forma de evolução do Direito trabalhista, que dela muito necessita.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar as fontes do Direito do Trabalho, visualizamos que há uma divergência na doutrina sobre o papel da jurisprudência nessa conjunção. Foi possível observar, porém, que os entendimentos jurisprudenciais uniformes editados pelo Tribunal Superior do Trabalho possuem uma forte atuação no comportamento jurídico dos jurisdicionados trabalhistas, comparável ao da força legislativa. Ou seja, no Direito do Trabalho, não é exagero afirmar que as súmulas possuem força de lei.

Por outro lado, abordamos a questão da segurança jurídica, tida como um dos pilares do Estado de Direito. Vimos que, para atingi-la, deve haver um equilíbrio entre os estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Outrossim, do estado ideal de cognoscibilidade, origina-se a proteção à confiança e, conforme positivado na Constituição, a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Tais proteções é que restam por garantir a estabilidade das questões passadas, a fim de se evitar uma surpresa futura, inesperada. Com isso, é com base nelas que foi centrada a nossa análise, desenvolvida no terceiro capítulo, quanto à possibilidade de o entendimento uniformizado ser aplicado a fatos passados.

Para tanto, destacamos dois tipos específicos de entendimentos jurisprudenciais uniformes que, através dos estudos elaborados quanto à segurança jurídica, acreditamos que possuía um maior potencial de violação da referida segurança, quando aplicados de forma retroativa. Foram eles: os entendimentos uniformes que, quando editados, restavam por prever um entendimento exatamente contrário àquele previsto anteriormente e os entendimentos uniformes que, de alguma forma, restam por alterar o comando expresso da legislação.

Para melhor compreensão dessas situações, restamos por expor casos práticos em que elas ocorrem, sendo um exemplo de entendimento modificador jurisprudencial a súmula 277 e de modificador legislativo a súmula 261. Em razão da difícil identificação dos entendimentos uniformes legiferante, pois facilmente confundida com aqueles meramente interpretativos e os integrativos, restamos, também por expor exemplos desses dois casos (súmula 14 e orientação jurisprudencial 383, respectivamente).

Outrossim, ao relacionarmos os entendimentos jurisprudenciais uniformes com a segurança jurídica, foi perceptível que os jurisdicionados, ao buscarem a sua aplicação, também buscaram atrair, para si, os estados ideais da segurança jurídica. Contudo, ao

confrontarmos a aplicação retroativa de tais entendimentos com a segurança jurídica, percebemos que, no caso do entendimento uniforme que modifica o entendimento anterior, há uma aparente violação ao princípio da proteção de confiança e, de forma reflexiva à segurança jurídica. Tal análise, todavia, não é simples, pois envolve uma investigação dinâmica, dependendo de inúmeras questões que podem modificar com o tempo. Uma delas, que mereceu destaque, foi o da onerosidade, isto é, quanto maior a onerosidade da decisão, maior a base de confiança passível de ser protegida. Tal questão merece destaque na relação juslaboral, sempre protetora das garantias operárias, pois resta por dar uma maior proteção a parte menos favorecida economicamente.

Por outro lado, no caso dos entendimentos uniformes que alteram a legislação, embora seja mais complexa a sua identificação, a sua aplicação retroativa irá violar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, tal como disposto na Constituição. Por fim, trazendo um enfoque doutrinária e jurisprudencial, vimos que a jurisprudência trabalhista, historicamente, vem dado pouca importância à segurança jurídica, quando da aplicação dos entendimentos uniformes. Contudo, com o entendimento de irretroatividade da súmula 277, existe uma expectativa de que o Direito trabalhista tenha se conscientizado da importância que o tema possui, o que decorre não só de uma melhoria dos direitos fundamentais dos jurisdicionados, mas também de uma maior possibilidade de evolução do Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de. Equilíbrio instável das fontes formais do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, HS Editora, ano 27, n. 324, dezembro, 2010.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do direito tributário. Porto Alegre: Malheiros, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* na sociedade contemporânea. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

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 Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, ano 1, n. 2, abril/junho 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

FARAH, Gustavo Pereira. E-book. **As súmulas inconstitucionais do TST**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, CARRAZZA, Roque Antônio, NERY JUNIOR, Nelson. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Segurança jurídica e normas gerais tributárias**. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 5, n. 17/18, p. 51/56, jul. 1981.

FREDIANI, Yone. **Direito do trabalho**. Manole: São Paulo, 2011.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Emilio. **Direito sumular do trabalho**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MAGANO, Octavio Bueno. **ABC do direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Prefácio. In SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 7

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. São Paulo: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional**. 130 f. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense em Direito Público - IDP, Brasília, 2010.

MOTTA, Artur Alves da. **Segurança jurídica: da crise ao resgate**. 150 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de, e 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.

PEREIRA, José Macêdo de Britto. A nova súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho – reflexos na negociação coletiva e no poder normativo da Justiça do Trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 77, nº 4/395, abril de 2013.

PESSÔA, Leonel Cesarino. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. **Enunciados do TST comentados**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2002.

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

RIBEIRO, Gabriela Campos. Súmula vinculante: impacto na interpretação das normas trabalhistas. *In*: PESSÔA, Leonel Cesarino (org.). **Súmula vinculante e segurança jurídica**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. **Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/06/O-principio-da-coisa-julgada-e-o-vicio-de-inconstitucionalidade.pdf>.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do Trabalho**: comentada. 44. ed. - São Paulo: LTr, 2011.

SAAD, Eduardo Gabriel, SAAD, José Eduardo, BRANCO, Ana Maria Saad Castelo. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SALGADO, Gisele Mascarelli. A jurisprudência no Direito do Trabalho: uma discussão sobre o crescimento da importância da jurisprudência consolidada como fonte de direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 86, março 2011. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9177&revista_caderno=25.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Antônio Álvares da. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Antônio Álvares da. Legislado, negociado e ativismo judicial. Os juízes legislam? **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, ano 15, n. 170, agosto 2014. Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3236>.

SILVA, José Afonso da. **Segurança jurídica e constituição** in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 35.

SOUZA JUNIOR, CEZAR SALDANHA. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. 1. ed. Porto Alegre: [S. N.], 2002, p. 60.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 86.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 123.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 765

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 76/78.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Revista de informação legislativa**, v.14, nº 55, p. 83-100, jul./set. de 1977, p. 100.