
LIMITES CONSTITUCIONAIS À EDIÇÃO DE SÚMULA POR TRIBUNAL SUPERIOR. ANÁLISE DA SÚMULA 331, I, DO TST.

Luís Roberto Barroso

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Mestre em Direito – Yale Law School. Doutor e Livre-docente – UERJ. Professor Visitante – Universidade de Brasília (UNB), Universidade de Poitiers, França, e Universidade de Wrocław, Polônia. Diretor-Geral da Revista de Direito do Estado (RDE).

Ana Paula de Barcellos

Professora Adjunta de Direito Constitucional da UERJ. Mestre e Doutora em Direito Público – UERJ.

Sumário: *I. Introdução. II. O novo papel da jurisprudência dos Tribunais Superiores e das súmulas no Direito Brasileiro. II.1. Uma perspectiva infraconstitucional. II.2. Uma perspectiva constitucional. III. A atividade jurisdicional e os limites constitucionais à edição de súmulas. III. 1. Atividade jurisdicional, devido processo legal e a importância dos fatos. III.2. Atividade jurisdicional e separação de Poderes. III.3. Limites constitucionais à edição de súmulas. IV. Aplicação da teoria à Súmula nº 331, I, do TST. Análise de sua compatibilidade com a Constituição. V. Conclusão.*

I. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será feito um estudo acerca da importância crescente, para o Direito brasileiro, da jurisprudência produzida pelos Tribunais Superiores e, em particular, das súmulas editadas por esses mesmos Tribunais. De forma específica, pretende-se apontar os limites a que estão sujeitos os Tribunais Superiores na edição de súmulas para, após estabelecidas as premissas teóricas, examinar a compatibilidade do item I do Enunciado nº 331 da Súmula da Jurisprudência do TST com a Constituição¹. A análise a

¹ Este o teor do enunciado: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. **I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).** II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas,

ser empreendida exige um conjunto de reflexões acerca do papel da jurisprudência no Direito contemporâneo, da finalidade dos enunciados das súmulas e do sentido e alcance de princípios constitucionais afetos ao Estado de Direito, que serão desenvolvidas de acordo com o roteiro exposto inicialmente.

II. O NOVO PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

II.1. Uma perspectiva infraconstitucional

Como se sabe, o sistema jurídico brasileiro segue o modelo romano-germânico, similar ao adotado na Europa continental, em que a lei escrita é a principal fonte do Direito. Assim, era possível afirmar, até recentemente, e como regra geral, que juízes e tribunais no Brasil não estavam obrigados a seguir os costumes ou o entendimento adotado pela jurisprudência em casos anteriores semelhantes. O sistema contraposto a esse, no qual os precedentes judiciais tornam-se vinculantes (*binding precedent* ou *stare decisis*), remonta à tradição jurídica do *common law* e tem sua origem no Direito inglês². Também nos Estados Unidos, a vinculação aos precedentes é um princípio geral, que pode ser afastado excepcionalmente, em razão da mudança das condições históricas ou da própria percepção do Direito a ser extraído de determinada norma³.

A verdade, porém, é que essas duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo têm desenvolvido, nos últimos anos, uma rota de progressiva aproximação. De fato, nos países do *common law* tem-se verificado a crescente importância quantitativa e qualitativa do Direito legislado. Tanto o Reino Unido quanto os Estados Unidos são exemplos do que se afirma. De outra parte, nos países de tradição romano-germânica os precedentes

por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)”.

² A sujeição da própria Câmara dos Lordes aos precedentes foi firmada no caso *London Tramways Vs. London County Council*, AC 375, de 1898. O *Practice Statement*, de 1966, passou a admitir a reforma do precedente (*overruling*). Sobre o tema, v. Alan Paterson, *The law lords*, 1982; Jim Harris, *Towards principles of overruling – when should a final court of appeal second guess*, 10 *OJLS* 140, 1990; e Isabelle Rorive, *La rupture de la House of Lords avec un strict principe du stare decisis dans le contexte d’une réflexion sur l’accélération du temps juridique*. In: Gérard, Ost e Kerchove, *L’accélération du temps juridique*, 2000, p. 801 e ss..

³ Uma das mais celebradas decisões da Suprema Corte americana – a do fim da segregação racial nas escolas públicas, proferida no caso *Brown v. Board of Education*, de 1954 – foi uma ruptura com o entendimento anteriormente professado. De fato, até então, vigorava, em matéria racial, a doutrina do “equal but separate”, firmada desde *Plessy v. Ferguson*, em 1896. V., por simplificação, Kermit L. Hall (editor), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 1992.

judiciais têm merecido crescente destaque. É o que vem ocorrendo na Europa continental e também entre nós.

A importância da jurisprudência no Brasil tem sido incrementada, *em primeiro lugar*, pela percepção de que a interpretação jurídica não é uma atividade mecânica, de mera revelação de conteúdos que já estariam integralmente contidos nos textos legais. Especialmente quando os textos legais se valem – como ocorre com frequência cada vez maior – de expressões vagas, princípios e conceitos indeterminados. O intérprete desempenha, muitas vezes, um papel de co-criador do Direito, desenvolvendo o sentido de atos normativos de textura aberta e fazendo escolhas fundamentadas à luz dos diferentes valores tutelados pela ordem jurídica e das circunstâncias de fato do caso concreto⁴. A doutrina enfatiza que o texto legislado, ou o enunciado normativo, não se confunde com a norma, que é o produto final da interpretação levada a cabo pelo Judiciário⁵.

Em segundo lugar, e além da valorização da jurisprudência em geral, a jurisprudência dos Tribunais Superiores – e as súmulas de sua jurisprudência dominante em particular – têm ocupado um espaço de especial destaque no sistema jurídico brasileiro por razões institucionais, que transcendem a mera autoridade racional e lógica contida em tais precedentes. Com efeito, a valorização da jurisprudência dos Tribunais Superiores e de suas súmulas decorre de um conjunto de manifestações legislativas nesse sentido. Confirmam-se alguns exemplos:

- (i) de longa data a divergência jurisprudencial tem sido fundamento para a interposição de recurso extraordinário (nos regimes constitucionais anteriores) e de recurso especial, no regime atual: CF, art. 105, III, c;

⁴ Sobre o processo de identificação dos fatos relevantes como parte determinante para a interpretação jurídica, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p.115 e ss.

⁵ Sobre o tema, confira-se, dentre outros, Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do Direito*, 2002, p. 17. A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o *preso* tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF, DJ 14.dez.2001, HC 80949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao *depoente em CPI* (STF, DJ 16.fev.2001, HC 79812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, 1969, p. 270 e ss e Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del Diritto*, 1996, p. 82-3.

- (ii) o texto constitucional confere efeitos vinculantes a precedentes do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade: CF, art. 102, § 2º;
- (iii) a decisão proferida pelo STF na arguição de descumprimento de preceito fundamental também terá efeito vinculante, conforme determinação legal: Lei nº 9.882, de 3.12.99;
- (iv) o texto constitucional, em inovação introduzida pela EC nº 45/04, passou a prever a súmula vinculante: CF, art. 103-A, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006 e pela Resolução nº 388/2008, do STF;
- (v) a Lei nº 11.418/2006, que regulamentou o instituto da repercussão geral, considera que a mesma estará presente sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Nas demais hipóteses, negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos extraordinários sobre matéria idêntica. Em caso de múltiplos recursos fundados em idêntica controvérsia, a lei determina a remessa de um ou mais recursos representativos da controvérsia, sobrestando-se os demais na origem. Uma vez negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados inadmitidos; após o julgamento de mérito, os órgãos de origem deverão reapreciar suas decisões.
- (vi) a Lei nº 11.672/2008 – que alterou dispositivos do CPC – permite o sobrestamento de recursos especiais na origem, nos casos de questões repetitivas, de modo a que o STJ julgue um ou alguns casos paradigmáticos. Uma vez estabelecida determinada orientação, os acórdãos com ela compatíveis ficarão automaticamente mantidos, negando-se seguimento aos recursos especiais. Os acórdãos divergentes do entendimento firmado pelo STJ serão novamente analisados pelos tribunais de origem, dando-lhes a oportunidade de reformar a decisão.
- (vii) o relator pode, monocraticamente, negar seguimento ou dar provimento a recurso, conforme a decisão impugnada haja observado ou esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de tribunal superior: CPC, art. 557 e § 1º;

(viii) a sentença proferida contra a Fazenda Pública produzirá seus efeitos, independentemente do duplo grau de jurisdição, se estiver fundada na jurisprudência do Plenário do STF ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente: CPC, art. 475, § 3º.

No âmbito da Justiça do Trabalho – ambiente que interessa diretamente ao presente estudo –, a aplicação do art. 557 do CPC, acima referido, é frequente⁶. Além disso, há dispositivos específicos da CLT que atribuem efeitos processuais relevantes às súmulas do TST. Nos termos do art. 894, II⁷, por exemplo, não se admite recurso para o Plenário do TST contra decisão das turmas que tenham aplicado súmula do Tribunal. A disciplina do recurso de revista⁸, igualmente, prevista no art. 896, *b* e §§ 3º a 6º⁹, atribui especial importância à jurisprudência consolidada do TST e às súmulas desse Tribunal Superior.

Em suma: a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, e suas súmulas em particular, passaram a desempenhar um papel central na definição do Direito vigente hoje no Brasil. Qualquer profissional minimamente diligente, ao estudar um assunto jurídico, se ocupará de examinar não só a legislação pertinente, mas também – talvez, sobretudo – a jurisprudência dos Tribunais sobre a matéria. Trata-se de uma evidência que dispensa maior aprofundamento. Resta saber, no entanto, como esse processo de valorização da jurisprudência se relaciona com o sistema constitucional. O ponto será examinado na sequência.

⁶ A título de exemplo, v. TST, *DJ* 7.mar.2008, E-AIRR 118/2006-011-10-40, Rel. Min. Vantuil Abdala e TST, *DJ* 7.mar.2008, AG-AIRR 1379/2004-001-15-40, Rel. Min. Caputo Bastos.

⁷ CLT: “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, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal”.

⁸ V. Sérgio Pinto Martins, *Comentários à CLT*, 2007, p. 959.

⁹ CLT: “Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: (...) § 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos do Livro I, Título IX, Capítulo I do CPC, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do Recurso de Revista quando contrariar Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. § 4º A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. § 5º - Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao Recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo. § 6º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República.

II.2. Uma perspectiva constitucional

A despeito da existência de opiniões em sentido diverso, hoje amplamente minoritárias, a crescente valorização da jurisprudência dos Tribunais Superiores em geral, e das súmulas em particular, pode ser inserida de forma válida no esforço pela realização de determinados fins constitucionalmente relevantes¹⁰. Com efeito, desde sua introdução no Direito Brasileiro em 1964, por sugestão do Ministro Victor Nunes Leal¹¹, as súmulas foram concebidas como meio de facilitação do processo decisório, simplificando a fundamentação dos julgados que versavam sobre questão pacificada. Além disso, cumpriam a função de orientar as instâncias inferiores acerca do entendimento prevalente nos tribunais. Esses objetivos associados às súmulas – que continuam pertinentes e têm sido inclusive ampliados pela iniciativa do legislador, como se viu – visam a contribuir para a realização de finalidades mais gerais, a saber: (i) a preservação da racionalidade, da coerência e da isonomia no contexto da prestação jurisdicional; e (ii) a promoção da celeridade dessa mesma prestação estatal.

Racionalidade, coerência e isonomia são conceitos que não se confundem, mas que interagem como elementos de justificação do Direito. O pensamento racional se opõe ao aleatório, ao ilógico, ao que é caprichoso. A *racionalidade* é a idéia subjacente a princípios como razoabilidade e proporcionalidade¹². O dever de *coerência*, por sua vez, pode ser associado à precisão e constância na utilização das categorias jurídicas, à consideração devida aos precedentes e à prevenção de conflitos de interpretação¹³. Apesar da pluralidade

¹⁰ Ademais, como visto, após a EC nº 45/2004, a Constituição passou a prever expressamente o instituto da súmula vinculante (art. 103-A). Até o presente momento, o STF já editou dezenas de súmulas vinculantes sobre os mais variados temas.

¹¹ Apenas com a edição do CPC de 1973 o tema ganhou tratamento por parte do legislador. No texto original do CPC, havia referência às súmulas no processo de uniformização da jurisprudência, determinando que houvesse a edição de enunciado caso a decisão fosse tomada por maioria absoluta. Isso nunca foi entendido como impedimento para que súmulas fossem editadas em contextos diversos, por iniciativa do próprio tribunal. V. CPC, art. 479: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante”.

¹² Nesse sentido, relacionando o irrazoável, ao arbitrário e ao caprichoso, v. Suprema Corte dos EUA, *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 525 (1934). V. tb., sobre o tema, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 224.

¹³ Sobre o tema, v. Robert Alexy e Aleksander Peczenik, The concept of coherence and its significance for discursive rationality, *Ratio Juris* 3:130-47, 1990; Neil McCormick, *Rhetoric and the rule of Law*, 2005, p. 189 e ss.; Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação – A nova retórica*, 2002, p. 221 e ss. No Brasil, v. Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 27 e ss., e Marina Gaensly, *O princípio da coerência. Reflexões de teoria geral do direito contemporâneo*, 2005 (Dissertação de mestrado apresentada à UERJ, mimeo). V. STF, DJ 9 jun. 1995, RE 160486/SP, Rel. Min. Celso de Mello: “Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato

de instâncias decisórias, o poder político exercido pelo Estado é essencialmente uno e não se deve aceitar como natural que este produza manifestações incompatíveis entre si¹⁴. Por fim, a *isonomia* traduz, na máxima tradicional, o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais¹⁵. Daí resultam duas consequências: o imperativo de dar tratamento uniforme às situações equiparáveis, bem como o de levar em conta eventuais circunstâncias particulares e dar-lhes valoração adequada, seja para concluir pela sua desimportância, seja para justificar desequiparações.

A valorização da jurisprudência dos Tribunais Superiores e das súmulas pode contribuir para a preservação da racionalidade, da coerência e da isonomia, na medida em que se procura evitar que circunstâncias fáticas equiparáveis recebam respostas diferentes do Judiciário, pelo simples fato de haverem sido apreciadas por magistrados diversos. Note-se, porém, um ponto importante. A utilização das súmulas apenas promoverá a realização dos fins constitucionais referidos se aplicada a hipóteses *realmente* equiparáveis àquelas examinadas pelos Tribunais Superiores, e que deram origem à edição da súmula afinal. Caso contrário, afora outras dificuldades graves, a própria isonomia será violada, já que uma determinada situação estará recebendo solução concebida para outra hipótese. O ponto será retomado adiante.

Também a celeridade, hoje prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, que consagra a “razoável duração do processo”, é um fim constitucionalmente relevante e que pode ser fomentado pelo emprego das súmulas. Com efeito, e como se sabe, o acesso à Justiça não é uma garantia meramente formal. Além de se orientar pela busca de uma decisão justa¹⁶ e efetiva, capaz de alterar a realidade concreta em favor daquela parte que

doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência”.

¹⁴ Sobre a proibição de comportamento contraditório por parte do Poder Público, v. Anderson Schreiber, *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 2005, p. 202. Sem prejuízo da importância da coerência como ideal regulador, não se pode negar o fato de que a pluralidade de fontes e a própria continuidade da ordem jurídica – da qual decorre a sucessão de autoridades e pontos de vista – tende a inviabilizar a obtenção de coerência absoluta, havendo espaço para evoluções e até momentos de ruptura. O que não se deve aceitar é a prevalência do aleatório, sobretudo quando não tenha ocorrido qualquer modificação significativa nas condições de fato ou nas concepções jurídicas dominantes. Sobre os possíveis limites da coerência, v. Andrei Marmor, “Should we value legislative integrity?”. In: Richard W. Bauman e Kahana Tsvi (ed.). *The least examined branch – The role of legislatures in the constitutional State*, 2006, p. 138.

¹⁵ A idéia de ordenação racionalmente apreensível está na raiz da própria idéia de sistema jurídico. Nesse sentido, v. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 2002, p. 18-19.

¹⁶ José Afonso da Silva, Acesso à justiça e cidadania, *Revista de Direito Administrativo* 216:9, 1999: “Os fundamentos constitucionais da atividade jurisdicional querem mais, porque exigem que se vá a fundo na

ostente o melhor direito¹⁷, a decisão final do Judiciário sobre determinada lide deve ser proferida também em tempo razoável: a demora do processo não deve ser capaz de esvaziar o direito ou a expectativa de direito das partes¹⁸.

Também nesse aspecto, a aplicação de uma súmula pertinente pode simplificar o devido processo legal, tanto na primeira instância quanto em eventual instância de revisão, abreviando o itinerário recursal. Com isso, incrementa-se a celeridade para os envolvidos diretamente – antecipando a tutela jurisdicional para a parte beneficiada pela súmula – e também a celeridade processual como um todo: uma vez que a carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais é reduzida, as questões não sumuladas poderão receber atenção específica, como é devido, em menor espaço de tempo.

Em suma: a legislação atual que valida a edição de súmulas, inclusive com efeitos processuais relevantes, se ampara em fundamentos constitucionais consistentes. Note-se, porém, que a validade, em tese, da possibilidade de se editar súmulas não significa que elas possam veicular qualquer espécie de conteúdo e nem confere uma “carta branca” aos Tribunais Superiores nesse particular. O sistema constitucional impõe outras exigências à atividade jurisdicional que, *a fortiori*, delimitam o espaço válido de utilização das súmulas, como se verá na sequência.

III. A ATIVIDADE JURISDICIONAL E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À EDIÇÃO DE SÚMULAS

Na linha do que se expôs acima, é certo que as súmulas podem contribuir para promover racionalidade, coerência, isonomia e celeridade na prestação jurisdicional. É certo, porém, que, além destes, o sistema constitucional é composto também de outros fins especialmente valiosos. No que toca à atividade jurisdicional, o devido processo legal é o princípio constitucional básico (CF, art. 5º, LIV), de modo que o respeito às suas garantias

apreciação da lesão ou ameaça do direito para efetivar um julgamento justo do conflito”; e Cândido R. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 1996, p. 298: “Para isso, em primeiro lugar, é indispensável que o sistema esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos (e, aqui, é inevitável a superposição do discurso acerca da efetividade das decisões, ao da abertura da via de acesso)”.

¹⁷ Cármen Lúcia Antunes da Rocha, O direito constitucional à jurisdição. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*, 1993, p. 40-2.

¹⁸ Cândido R. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 1996, p. 286: “O processo que chegue ao ideal de segurança jurídica com razoável celeridade, eliminando o conflito, é eficaz e legitimado pela utilidade social, ainda que falho do ponto-de-vista jurídico”; Cármen Lúcia Antunes da Rocha, O direito constitucional à jurisdição, In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *As garantias do cidadão na justiça*, 1993, p. 37: “(...) é necessário que a jurisdição seja prestada – como os demais serviços públicos – com a presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda falha. E falha exatamente porque tarda”; e Jorge de Oliveira Vargas, *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*, 1999, p. 46.

essenciais deve necessariamente conformar a utilização válida das súmulas. Outro princípio relevante para a atuação do Poder Judiciário em geral é, como não poderia deixar de ser, a separação de Poderes. Os próximos itens se ocuparão de fazer alguns registros sobre esses dois princípios: devido processo legal e separação de Poderes.

III.1. Atividade jurisdicional, devido processo legal e a importância dos fatos

A Constituição prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Em seu desenvolvimento histórico, a garantia do devido processo legal assumiu dupla face: a primeira, de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), por intermédio da qual se procede ao exame da razoabilidade e racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Em sua vertente processual, que importa mais diretamente para este estudo, o princípio envolve a garantia de que as partes encontrem no Judiciário um foro imparcial e obrigado a analisar com seriedade os seus argumentos, ainda que venham a ser desqualificados. Isso é assegurado por disposições mais específicas, como a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), bem como pela garantia do juiz natural e pela vedação aos juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, LIII e XXXVII). Como se sabe, a observância dessas garantias é fator de legitimação das decisões judiciais¹⁹.

É certo que o devido processo legal não tem um conteúdo pré-determinado ou idêntico em qualquer caso. A ampla defesa, *e.g.*, apresenta possibilidades distintas conforme se trate de processo penal ou civil²⁰ e, mesmo na esfera cível, o legislador prevê procedimentos diferenciados, que atribuem poderes diversos às partes²¹. A atuação do legislador, porém, está sempre limitada pelo conteúdo nuclear da garantia veiculada na norma constitucional, sendo certo, na hipótese, que se cuida de um direito fundamental. A lei não poderá, por isso,

¹⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*, 2002, p. 159.

²⁰ Paulo Roberto de Gouvêa Medina, *Direito processual constitucional*, 2003, p. 30.

²¹ Confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes dispositivos do CPC: “Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV). (...) Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário. Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”.

afetar sentidos mínimos que decorram de forma direta do devido processo legal. Vale dizer: a liberdade de conformação do legislador deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, sob pena de inconstitucionalidade²². Não fosse assim – isto é, se a lei pudesse tudo nesse particular – a proteção constitucional restaria inteiramente esvaziada.

Na realidade, por meio dos corolários do devido processo legal, sobretudo o contraditório e a ampla defesa, espera-se que os envolvidos em um conflito submetido ao Judiciário – e que estarão vinculados em caráter definitivo pela decisão que venha a ser tomada – tenham assegurada uma garantia mínima: a oportunidade de expor e provar seus argumentos a fim de demonstrar sua procedência²³.

Ora, a garantia de “ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar” envolve, por natural, a consideração de argumentos de Direito e de fato. Este é um ponto importante. Quanto aos argumentos de Direito, embora não se deva compactuar com eventuais abusos das partes²⁴, é certo que a omissão do juízo na apreciação de tese relevante suscitada nos autos conduz à nulidade da decisão²⁵. Por seu turno, a importância dos fatos na interpretação e aplicação do Direito aos casos concretos é simplesmente vital: as diferentes circunstâncias de fato podem exigir – e frequentemente o fazem – soluções diversas por parte da ordem jurídica. A rigor, a própria lógica de atuação do Poder Judiciário pressupõe o exame particular de cada situação fática que lhe é apresentada.

Apenas como ilustração, veja-se como a importância dos fatos tem exigido o desenvolvimento de soluções mais sofisticadas por parte da dogmática constitucional.

²² Nesse sentido, v. Daniel André Fernandes, *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*, 2003, p. 29 e ss.; e Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi, *Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988*, p. 67.

²³ O Supremo Tribunal Federal já destacou o ponto, nos seguintes termos: “Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: (I) direito de informação (...), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (II) - direito de manifestação (...), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo (...); (III) – direito de ver seus argumentos considerados (...), que existe do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas (...). Sobre o **direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador**, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (...)” (STF, *DJ* 11.set.2008, *RE 434059/DF*, Rel. Min. Gilmar Mendes, **negritos acrescentados**).

²⁴ STF, *DJ* 24.nov.2006, *RE-AgR-ED 465739/SC*, Rel. Min. Carlos Britto: “Não padece de omissão o acórdão proferido de forma clara, precisa e suficientemente fundamentada, pois é cediço que o Juiz não está obrigado a responder, um a um, aos argumentos expendidos pelas partes”.

²⁵ Nesse sentido, v. STF, *DJ* 27.jun.1997, *HC 74073/RJ*, Rel. Min. Celso de Mello: “Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado”.

Como se sabe, e como já decidiu o STF²⁶, um comando normativo pode ser válido em tese e, ao mesmo tempo, não se admitir sua aplicação a determinada circunstância fática, pois tal incidência particular, sobre tais fatos, produziria um resultado inconstitucional²⁷. O mesmo Tribunal já entendeu que regra aparentemente incidente – o artigo do Código Penal que tipifica o crime de ato obsceno – não deveria ser aplicada a um caso concreto por força do contexto no qual a conduta fora praticada. Isso sem prejuízo de sua aplicação a condutas semelhantes, se praticadas em ambiente ou situação diversos²⁸.

A importância dos fatos tem sido reconhecida até mesmo no âmbito de processos objetivos de controle de constitucionalidade, nos quais se analisa a norma em tese, desvinculada de controvérsias concretas. Como é corrente, a legislação própria passou a admitir a possibilidade de o STF determinar a realização de perícias e audiências públicas e de requisitar informações aos tribunais inferiores sobre as circunstâncias em que determinado ato normativo tem sido aplicado²⁹.

Em suma: o devido processo legal exige que o Judiciário, ao menos, examine os fatos alegados pelas partes, bem como considere os argumentos jurídicos por elas apresentados, antes de proferir a decisão que repercutirá sobre suas esferas jurídicas. Sem essas atividades bastante básicas parece certo que não se estará diante, sequer, de uma prestação jurisdicional.

III.2. Atividade jurisdicional e separação de Poderes

²⁶ STF, *DJ* 29.jun.1990, ADInMC 223/DF, Rel. Min. Paulo Brossard: “Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição e ao Poder Judiciário. Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada”.

²⁷ Na mesma linha, v. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 97-8.

²⁸ STF, *DJ*, 26.ago.2005, HC 83.996/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso: “*Habeas corpus*. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do *habeas corpus*”.

²⁹ No âmbito da ADIn e da ADC, v. Lei nº 9.868/99, art. 9º, § 1º, e, no âmbito da ADPF, v. Lei nº 9.882/99, art. 6º, § 1º. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*, 2008, p. 177-178 e 295.

O segundo princípio constitucional que não pode ser ignorado ao se tratar da atuação do Poder Judiciário é a separação de Poderes. Por força desse princípio, como se sabe, o exercício do poder político é organizado em diferentes funções atribuídas a órgãos diversos (em geral denominados de Poderes). A finalidade da providência é impedir a formação de uma instância hegemônica de poder³⁰, potencialmente arbitrária³¹. O exercício atípico de funções é admissível, mas apenas quando previsto pela Constituição, seja para resguardar a independência orgânica de cada Poder – como no exercício de função administrativa pelo Legislativo e pelo Judiciário³² –, seja para instituir mecanismos de controle recíproco entre eles – como no exercício de função judicante pelo Poder Legislativo, no julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade.

Fora dessas hipóteses, nada justifica o exercício da função típica de um Poder por parte de outro, que caracterizará usurpação e, por conseguinte, ofensa à divisão constitucional de competências. Isso não é casual. Cada um dos Poderes é estruturado para exercer a função que lhe é atribuída. Nesse particular, aliás, as diferenças são especialmente nítidas entre o Judiciário e os outros dois Poderes. Enquanto Legislativo e Executivo são compostos ou, pelo menos, chefiados por agentes eleitos, os magistrados são recrutados por critérios preponderantemente técnicos, relacionados à sua capacidade de interpretar e aplicar a ordem jurídica de forma racional e organizada.

É justamente por conta de sua legitimação democrática direta que se atribui aos legisladores a tarefa de, por iniciativa própria, regular a conduta humana por meio de normas gerais. Aos juízes e tribunais compete interpretar o sistema jurídico e aplicá-lo – salvo nas hipóteses de controle abstrato de constitucionalidade – às diferentes situações de fato que lhe são apresentadas. Em qualquer caso, a atividade jurisdicional legitima-se, como se sabe, pela demonstração de que suas decisões guardam fundamento em enunciados normativos válidos e foram produzidas segundo um procedimento regular, que

³⁰ Nesse sentido, v. STF, DJ 12.mai.2000, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello: “O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional”.

³¹ Nuno Piçarra, *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, 1989, p. 26.

³² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 31: “Com efeito, ninguém duvida que o Poder Legislativo, além dos atos tipicamente seus, quais os de fazer leis, pratica atos notoriamente administrativos, isto é, que não são nem gerais, nem abstratos e que não inovam inicialmente na ordem jurídica (por exemplo, quando realiza licitações ou promove seus servidores) e que Poder Judiciário, de fora parte proceder a julgamentos, como é de sua específica atribuição, pratica estes mesmos atos administrativos a que se fez referência”.

garanta a imparcialidade do julgador e assegure aos envolvidos a chance de expor seus argumentos e produzir provas.

É certo que a interpretação e a aplicação do Direito não são tarefas mecânicas, envolvendo, frequentemente, alguma atividade criativa por parte do juiz. Isso, porém, não significa que legislar e prestar jurisdição correspondam a atuações da mesma natureza. Até porque a criatividade judicial deve respeito às possibilidades semânticas do texto, ao desenho institucional da democracia constitucional e ao devido processo legal. Julgar não pode, em nenhuma hipótese, ser o exercício pleno de uma vontade política autônoma. A distinção é importante, como se verá, pois ela exigirá que as súmulas guardem contato com a atividade própria do Poder Judiciário, e não com a do Poder Legislativo.

III.3. Limites constitucionais à edição de súmulas

Apontados os elementos essenciais aos princípios do devido processo legal e da separação de Poderes, cabe agora observar em que medida eles condicionam o processo de elaboração das súmulas e seu conteúdo possível. Inicie-se pelo primeiro dos princípios referidos.

Parece natural que as garantias essenciais ao devido processo legal referidas acima – a saber: o direito das partes de verem suas alegações de fato e de Direito consideradas pela autoridade judiciária – imponham determinados limites à elaboração e ao conteúdo das súmulas, na medida em que o ganho em celeridade, coerência do sistema jurídico e isonomia, que se pretende obter por meio da utilização das súmulas, não poderá interferir de forma desmedida em tais garantias. A lógica aplicável aqui, portanto, é claramente ponderativa³³ e vale-se da noção de concordância prática³⁴: a vigência das diferentes disposições constitucionais deve ser preservada, sem esvaziamento de qualquer uma delas. Assim, *e.g.*, o incremento de celeridade processual não pode ser obtido por meio da superação do devido processo legal.

O ponto não é propriamente complexo. A utilização de súmulas visa exatamente a dispensar o magistrado da necessidade de realizar um exame mais detalhado dos fatos e argumentos suscitados pelas partes. Além disso, as súmulas servem de fundamento para o

³³ Como se sabe, a ponderação é uma técnica por meio da qual se procura dar solução a conflitos normativos que não são resolvidos pelos critérios tradicionais de solução de antinomias. Sobre o tema, dentre outros, v. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

³⁴ Sobre o princípio da concordância prática, v. Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, 1998, p. 66-7.

não-conhecimento de recursos, reduzindo as oportunidades de que a parte dispõe, nos termos da legislação, para expor suas razões perante o Estado-juiz. Ainda que haja certa controvérsia sobre a existência³⁵ ou não³⁶ de um “direito constitucional ao duplo grau de jurisdição”, é certo que a possibilidade de revisão das decisões judiciais por órgão diverso daquele que as proferiu é mecanismo importante para, ao menos, minimizar o risco de parcialidades, garantindo uma segunda apreciação do caso³⁷. Seja como for, não há dúvida de que as súmulas impõem certa restrição às garantias do devido processo legal. E por que então se considera sua utilização válida? Duas razões concorrem para isso e repercutem de forma direta sobre a conformação das súmulas.

Em primeiro lugar, quanto à consideração dos argumentos de Direito, as súmulas devem ser editadas após haver se formado jurisprudência consolidada sobre determinada questão, isto é: uma vez que o Tribunal tenha apreciado vários casos similares e decidido sempre da mesma forma³⁸. Nesse contexto, presume-se que os diferentes argumentos jurídicos que poderiam ser suscitados na hipótese já foram apreciados e discutidos pela Corte no contexto desse conjunto de casos, que autorizou a edição da súmula. É certo que essa presunção é relativa e há meios institucionais de revisão de súmulas, caso alguma questão nova venha a ser suscitada³⁹. No normal das circunstâncias, porém, entende-se que a súmula não desencadeia uma restrição inválida ao devido processo legal quanto a este ponto. Embora, após a edição de súmula, as partes não consigam mais ver seus argumentos considerados com tanto cuidado pelos órgãos do Judiciário, a verdade é que esses argumentos já foram examinados e decididos por esses órgãos, e pelo Tribunal Superior em particular, apenas que por iniciativa de outras partes em outros processos, nos quais se discutiu o mesmo assunto.

Como é fácil perceber, a exigência de que uma súmula seja editada após haver se formado jurisprudência consolidada ou reiterada da Corte sobre determinada matéria, e não após a decisão de um único caso, está longe de ser formal. A experiência confirma que

³⁵ Em favor da existência de um direito constitucional ao duplo grau de jurisdição v., exemplificativamente, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo administrativo*, 2007, p. 221-2.

³⁶ Sustentando a inexistência do direito ao duplo grau de jurisdição, confira-se Paulo Roberto de Gouvêa Medina, *Direito processual constitucional*, 2003, p. 31.

³⁷ Não só de parcialidades, mas também de erros. V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 2006, p. 237.

³⁸ É o que dispõe expressamente o art. 103-A da Constituição Federal, em relação às súmulas vinculantes.

³⁹ No âmbito do TST, *e.g.*, a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas são objeto dos arts. 160 e ss. do RITST. Já no STF, o regramento do tema depende de tratar-se ou não de súmula vinculante. Em relação a esta, aplica-se a disciplina especial da Lei nº 11.417/06 e a Resolução nº 381/2008 do STF. Quanto às demais, incidem os arts. 102 e ss. do RISTF.

diferentes partes frequentemente desenvolvem argumentos e perspectivas variados para o mesmo problema jurídico e, assim, podem enriquecer o exame da questão. Caso a Corte se precipite excessivamente na edição de uma súmula, poderá ter deixado de considerar argumentos relevantes e já não será verdadeira a presunção descrita acima, que justifica a restrição ao devido processo legal das partes, isto é: a de que os argumentos que a parte poderia suscitar já foram apreciados em outra ocasião.

Em segundo lugar, e quanto ao exame dos fatos, lógica similar se aplica. Já se falou da importância dos fatos para a interpretação jurídica e de como determinada particularidade fática pode desencadear a incidência de enunciados normativos e exigir solução diversa daquela eventualmente aplicada à hipótese similar. Isso não significa, porém, sobretudo em uma sociedade como a contemporânea, na qual os conflitos de massa – e, *a fortiori*, as demandas de massa – se tornaram tão relevantes, que não seja possível identificar situações-tipo, caracterizadas por alguns elementos essenciais, sem prejuízo da existência de elementos acidentais que podem estar presentes ou ausentes⁴⁰.

As súmulas, como já se referiu, correspondem justamente ao entendimento reiteradamente manifestado por Tribunal Superior diante de casos equiparáveis – isto é: situações-tipo –, cujas características comuns autorizam a universalização da solução adotada por meio do enunciado sumular. Uma vez que o conteúdo da súmula corresponda ao que se acaba de enunciar – isto é: à solução reiteradamente adotada pela Corte diante de uma situação-tipo –, parece correto afirmar que a garantia do devido processo legal, por força da qual se assegura às partes o direito de terem seus argumentos de fato considerados pelas autoridades judiciárias, não chega a ser esvaziada. E isso porque, embora uma parte em particular já não possa discutir os fatos que a envolveram de forma exaustiva diante dos órgãos jurisdicionais, outras partes, envolvidas em circunstâncias de fato similares, já o fizeram, e a verdade é que as decisões que deram origem à súmula examinaram justamente situações de fato equiparáveis.

⁴⁰ A possibilidade de identificar situações equiparáveis é pressuposta pelos principais autores da teoria da argumentação, ainda que se reconheça a importância das características do caso concreto. V. Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, 2001, pp. 186-7 e 197; e Aleksander Peczenik, *On law and reason*, 1989, p. 191 e ss.. Em sentido diverso, Riccardo Guastini, *Distinguendo. Studi de teoria e metateoria del Diritto*, 1996, p. 145. A posição de Guastini decorre da importância essencial atribuída pelo autor às características de cada caso concreto para a solução da ponderação. Embora essas características sejam realmente da maior importância, isso não significa que inexistam casos equiparáveis ou semelhantes, aos quais, por um imperativo de isonomia, deva-se aplicar a mesma solução. Para uma crítica à posição de Guastini, v. José Juan Moreso, *Conflictos entre principios constitucionales*. In: Miguel Carbonell (Org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 100 e ss.

Por certo que as partes sempre terão a possibilidade de demonstrar que o seu caso apresenta particularidades que o distinguem da situação-tipo examinada quando da formação da súmula⁴¹. Nada obstante, tratando-se de um exemplo daquela situação-tipo, parece consistente afirmar que a aplicação da súmula respeita de forma razoável a garantia do devido processo legal de que se tratou acima. Situação diversa se verifica quando uma súmula não identifica qualquer situação-tipo em particular ou enuncia conceitos de textura aberta⁴², nos quais hipóteses fáticas, não examinadas pelo Tribunal quando da edição da súmula, podem ser enquadradas. É fácil perceber, nesse cenário, que aquela garantia do devido processo legal deixa de ser preservada, e isso por duas razões.

Em primeiro lugar, já não será possível dizer que eventual restrição ao direito da parte de ver seus fatos adequadamente considerados pelos órgãos judicantes é compensada pela circunstância de esses órgãos já haverem examinado, em várias ocasiões, fatos equiparáveis, o que justifica a aplicação da mesma solução. Em segundo lugar, se o enunciado da súmula não identifica de forma clara a situação-tipo que lhe deu origem, a parte que pretenda afastar sua aplicação, distinguindo a hipótese concreta que a envolve daquela (qual?) que justificou a edição da súmula, enfrentará dificuldade muito maior.

Veja-se: se uma súmula veicula um comando genérico – tal qual se passa com uma lei –, a tendência natural dos demais órgãos jurisdicionais (assim como fazem com a lei) será a de aplicá-la a todas as hipóteses que se subsumam ao seu enunciado, por mais abrangente que ele possa ser. À parte “prejudicada” pela súmula será então imposto o ônus extra, e injustificado, de discutir as decisões que lhe deram origem, de modo a demonstrar que ela apenas poderia ser aplicada às situações equiparáveis àquelas examinadas naqueles casos. Na hipótese, em se tratando de uma súmula específica, cabe à parte que pretende afastar sua aplicação demonstrar que seu caso é diverso: trata-se de um ônus próprio ao sistema e é natural que seja assim. Diante de uma súmula de conteúdo aberto, porém, a

⁴¹ Trata-se do fenômeno conhecido como *distinguishing* nos países da tradição anglo-saxã. Como destaca Neil Duxbury, “*Distinguishing*’ é o que fazem os juízes quando traçam uma distinção entre um caso e outro. (...) é antes de mais nada uma questão de mostrar diferenças fáticas entre o caso anterior e o atual – de demonstrar que a *ratio* de um precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão” (Neil Duxbury, *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 113).

⁴² A expressão “conceito de textura aberta” é referida genericamente a fim de abarcar idéias como as de cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, que, segundo alguns, guardam algumas diferenças entre si. Com efeito, os autores conceituam cláusula geral como qualquer enunciado destinado a disciplinar um conjunto amplo de situações fáticas, sem especificação. É comum que as cláusulas gerais se valham de conceitos jurídicos indeterminados, embora isso não seja absolutamente necessário. Tais conceitos caracterizam-se pela especial abertura semântica de seus termos, a qual faz com que, a par da existência de zonas de certeza positiva e negativa, seja possível identificar também uma zona de penumbra que deverá ser concretizada pelo intérprete com base em argumentação razoável e consistente. Nesse sentido, v. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 2001, p. 209 e ss.

parte não dispõe de uma situação bem definida para comparar com a sua própria e encontrar divergências. Em vez disso, precisa afastar a aplicação de um enunciado genérico, o que tende a exigir ampla fundamentação e instrução probatória. Ocorre, porém, que a própria finalidade desse enunciado é simplificar o trâmite processual, deixando a parte numa situação bastante desfavorável.

Ou seja: além de violar a garantia do devido processo legal de que se tratou acima, uma súmula que veicule enunciado genérico gera também uma situação de desvantagem de uma parte em face da outra, e que não pode ser imputada a nenhuma causa razoável. Isto é: em subversão da lógica de sua própria atividade, o Judiciário estará expedindo ato que lança efeitos sobre situações que não foram objeto de análise específica. Esse aspecto da questão repercute também, como já se pode antecipar, sobre o princípio da separação de Poderes.

As súmulas, observado seu conteúdo próprio, e na linha do que já se expôs, podem conviver de forma relativamente pacífica com o princípio da separação de Poderes. Diversamente, se o Judiciário produz súmulas de conteúdo aberto, acaba por invadir a competência do legislador em prejuízo dos indivíduos. A questão é simples. Na impossibilidade, e mesmo na inconveniência, de prever todas as situações concretas que a realidade apresenta, o legislador formula comandos gerais, pressupondo um momento posterior de concretização, a cargo do aplicador do Direito. Ao Judiciário caberá, de certo modo, complementar o trabalho iniciado pelo legislador, construindo, diante dos casos concretos, a regra aplicável a cada hipótese particular, respeitados os parâmetros fixados pelo Legislativo. Ora, se o Judiciário, ao editar uma súmula, veicula um comando geral ao invés de enunciar a regra construída diante de uma determinada hipótese, em que momento a situação particular do indivíduo – que não foi considerada pelo Legislador e nem pelo Judiciário – será examinada?

Pois bem. Uma vez que o próprio Judiciário edita, ele mesmo, súmulas genéricas, o momento da concretização e individualização do Direito acaba desaparecendo ou sendo inequivocamente prejudicado. Não é necessário chegar ao extremo de dizer que as súmulas somente podem conter termos estritamente objetivos, de modo a dispensar qualquer dose de interpretação⁴³. A rigor, poucos são os conceitos jurídicos inteiramente determinados⁴⁴. Não é

⁴³ Sem prejuízo de se registrar que a tese é tradicional no Direito brasileiro, havendo inclusive precedentes do próprio TST. Nesse sentido, confira-se trecho do voto do Ministro Victor Nunes Leal na AR 725: “Em alguns casos, interpretar a Súmula é fazer interpretação de interpretação. Voltaríamos a insegurança que a Súmula quis remediar” (STF, *RTJ* 45:74, AR 725, Rel. Min. Vilas Boas). V. também TST, *DJ* 06.fev.1981, RR 402/80, Rel. Min. Marcelo Pimentel: “A Súmula espelha uma jurisprudência e seu entendimento não pode ser ampliado”; Victor Nunes Leal, *Passado e futuro da “Súmula do STF”*, *Revista dos Tribunais* 553:294, 1981:

possível, porém, caminhar para o extremo oposto e entender que as súmulas podem se valer de quaisquer termos, incluindo conceitos jurídicos notadamente indeterminados. Como parâmetro, e na linha do que já se registrou, parece razoável concluir que uma súmula deve ser determinada a ponto de identificar a situação ou, no máximo, as situações que foram objeto de análise por parte do tribunal. Duas observações ainda precisam ser feitas, antes de concluir este ponto.

Considerando as finalidades associadas à própria existência das súmulas, um enunciado de súmula genérico tornar-se-á, em primeiro lugar, inútil. Isso porque tal enunciado exigiria do juiz o mesmo grau de análise particularizada da controvérsia concreta que ele enfrenta diante de um comando legal genérico, e o ônus argumentativo seria o mesmo de uma hipótese não sumulada. Pior: considerando a realidade do Judiciário brasileiro, marcada por milhares de demandas e por permanente sobrecarga de trabalho, o risco é o de que essa análise particularizada não ocorra e que as súmulas genéricas acabem por ser aplicadas quando não deveriam. Este risco parece não apenas possível, mas provável, pois a lógica da súmula não é obrigar o juiz a fazer uma complexa avaliação de cabimento em cada caso, e sim tomar sua aplicação como premissa, sem prejuízo de se admitir a superação excepcional⁴⁵. Uma súmula que tenha de ser superada frequentemente causará mais prejuízos do que vantagens.

A segunda observação retoma as finalidades associadas às súmulas, dentre as quais, como já referido, isonomia, coerência e celeridade. Não é difícil demonstrar que uma súmula genérica não contribuirá para promover tais resultados. Quanto à isonomia e à coerência, é certo que ignorar diferenças importantes é tão violador da igualdade como instituir

“Cuidando ainda da ‘Súmula’ como método de trabalho – aspecto em relação ao qual seria até indiferente o conteúdo dos seus enunciados – é oportuno mencionar que estes não devem ser interpretados, isto é, esclarecidos quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a ‘Súmula’ é o resultado dessa interpretação realizada pelo STF”.

⁴⁴ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 2001, p. 208: “Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 Km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. É o que pode afirmar-se, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo Direito, como os de ‘escuridão’, ‘sossego noturno’, ‘ruído’, ‘perigo’, ‘coisa’. E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos propriamente jurídicos, como os de ‘assassinato’ (‘homicídio qualificado’), ‘crime’, ‘acto administrativo’, ‘negócio jurídico’, etc”.

⁴⁵ O caráter excepcional da superação das súmulas foi destacado pelo legislador ao disciplinar a súmula vinculante. Com efeito, a Lei nº 11.418/2006 modificou o Código de Processo Civil, instituindo o seguinte dispositivo: “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (...) § 3º **Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (...)**” (negrito acrescentado).

desequiplarações arbitrárias. Em uma ordem jurídica justa e coerente devem conviver uma *tendência generalizadora* – que exige o tratamento semelhante de situações similares – e uma *tendência individualizadora* – que exige a consideração das particularidades como pressuposto para a realização da justiça⁴⁶. Como se viu, a edição de súmula de conteúdo aberto potencializa a chance de que ela venha a ser aplicada a situações que não foram objeto de consideração específica do respectivo tribunal, conferindo-se tratamento igual a situações desiguais. Quanto à celeridade, uma súmula genérica ensejará, no mais das vezes, ampla discussão sobre as hipóteses fáticas discutidas nas decisões que lhe deram origem, a eficácia possível da súmula e as características do caso concreto submetido ao Judiciário. Ou seja: a existência de súmula nesses termos acaba por tornar o debate mais complexo e demorado, e não mais simples.

IV. APLICAÇÃO DA TEORIA À SÚMULA Nº 331, I, DO TST. ANÁLISE DE SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO.

A aplicação da teoria ao Enunciado nº 331, I, da Súmula de Jurisprudência do TST não é complexa. Como se verá adiante, o vício que se visualiza no item I do enunciado decorre exatamente de sua textura aberta, que acaba por admitir sua aplicação indiscriminada, até porque ele não corresponde, a rigor, a um conjunto de decisões do TST acerca de uma situação de fato particular. Na realidade, o Enunciado nº 331 tem origem na revisão de um enunciado anterior: o Enunciado nº 256, editado em 1986. A revisão mostrou-se necessária justamente por conta do caráter aberto do Enunciado nº 256, que acabava por exigir avaliações casuísticas no momento de sua aplicação e, por isso mesmo, abria espaço para utilizações indevidas. Esse era o teor do Enunciado nº 256:

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviços de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 3-1-74 e 7.102, de 20-6-83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”

Não por acaso, boa parte dos precedentes que deram origem ao Enunciado nº 331 – na verdade, precedentes sobre hipóteses variadas, indicados como tendo dado origem à súmula – tratam de situações nas quais o Enunciado nº 256 não foi aplicado. Na verdade, o enunciado pretendia considerar ilegais apenas determinadas situações, que desencadeavam

⁴⁶ Sobre o tema, v. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 2002, especialmente p. 18 e ss.

fraude à legislação trabalhista (embora essas situações não tenham sido identificadas em seu texto), não devendo ser compreendido como aplicável a qualquer situação que pudesse ser subsumida aos seus termos⁴⁷. Daí porque a jurisprudência procurava distinguir entre terceirizações legítimas e outras ilegítimas. Confirmam-se alguns desses precedentes:

*“Enunciado 256 do TST. Aplicação. O que veda o verbete 256 do TST é a contratação do ‘trabalhador’ e não do serviço por interposta pessoa, pelo que, para que se reconheça o vínculo laboral entre o obreiro e a empresa contratante, há que se perquirir da existência de subordinação direta daquele a esta e de pessoalidade na prestação de serviços sob a ótica da empresa contratante.”*⁴⁸

*“Locação de mão-de-obra. Enunciado 256 do TST. A sociedade de economia mista, no caso a Companhia Energética do Ceará, pode, amparada pelo art. 10, § 7º, do Decreto-lei 200/67, realizar contratos de locação de serviços. O enunciado 256 veio para evitar a ocorrência de fraudes e não para impedir contratos legais.”*⁴⁹

*“Empresa prestadora de serviços. Responsabilidade solidária. Autarquia. Lei nº 5.645/70. Tratando-se de empresa de serviços de limpeza e conservação que mantém contrato com entidade de serviço público, não há que se falar em atividade fraudulenta, ante o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/70. Logo, incabível a responsabilidade solidária para o pagamento das parcelas a que foi condenada a empresa prestadora de serviços.”*⁵⁰

*“Não se há que falar na aplicação do Enunciado 256 do TST especialmente na ausência de fraude, já que tanto a contratação do obreiro quanto a celebração do Convênio estão dentro dos parâmetros legais.”*⁵¹

⁴⁷ TST, DJ 08.set.1989, RR 226/89, Rel. Juiz Convocado José Luiz Vasconcelos: “Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Existindo legalmente empresas prestadoras de serviços, é ilegal que se lhes negue a qualificação de empregadores, salvo as hipóteses de fraude. A enumeração contida no E. 256, da súmula desta Colenda Corte há que ser considerada de forma exemplificativa, não taxativa, comportando, assim, o reconhecimento da legalidade do vínculo formado entre o empregado e o prestador dos serviços em hipóteses outras que não as expressamente elencadas no verbete sumulado. O intérprete há que buscar na aplicação dos próprios precedentes jurisdicionais, interpretação compatibilizadora daqueles com a legislação em vigor”.

⁴⁸ TST, DJ 08.mai.1992, RR 24086/1991, Rel. Min. Vantuil Abdala.

⁴⁹ TST, DJ 04.dez.1992, RR 44058/1992, Rel. Min. Afonso Celso.

⁵⁰ TST, DJ 12.fev.1993, RR 42286/1991, Rel. Min. Leonaldo Silva. Em sentido semelhante, v. TST, DJ 26.mar.1993, RR 41486/1991, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas; TST, DJ 06.ago.1993, RR 45956/1992, Rel. Min. Roberto Della Manna; TST, DJ 25.jun.1993, RR 35607/1991, Rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva; TST, DJ 03.set.1993, ERR 211/1990, Rel. Min. Cnea Moreira.

⁵¹ TST, DJ 01.out.1993, RR 62835/1992, Rel. Min. Ursulino Santos. V. Sérgio Pinto Martins, *A terceirização e o direito do trabalho*, 2005, p. 129: “Esse acórdão tratou de que o empregado foi contratado pela empresa Posasco, sociedade de economia mista criada pela Lei Municipal nº 1.036, de 14 de julho de 1971, em que o Município de Osasco é seu maior acionista e recebe a prestação de serviços. Prevê o art. 9º da referida norma municipal a possibilidade de celebração de convênios com entidades de direito público e privado. Não se verificou fraude, principalmente porque a contratação do empregado foi feita com respaldo na própria lei”.

Embora o próprio TST pareça ter reconhecido os problemas gerados pela textura aberta do Enunciado nº 256, os mesmos vícios foram substancialmente mantidos no item I do Enunciado nº 331. Vale conferir sua redação mais uma vez:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”

Ora, a grande dificuldade consistia e consiste, justamente, em distinguir, dentre as variadas situações que podem ocorrer no mundo dos fatos, quais são as hipóteses legítimas de prestação de serviço de uma empresa a outra e em quais há ilegalidade e fraude à legislação trabalhista. A afirmação genérica de que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal – o item I do enunciado – não identifica qualquer situação-tipo, observada em diferentes casos submetidos à Corte, cuja validade ou invalidade possa ser afirmada e generalizada. Considerando a multiplicidade de hipóteses fáticas que pode ser descrita pela expressão utilizada pela súmula – a saber, “contratação de trabalhadores por empresa interposta” – o item I limita-se a veicular um comando genérico que enseja todos os problemas apontados acima: (i) pode ser aplicado a situações que sequer foram examinadas pelo Tribunal, violando o devido processo legal e a isonomia; (ii) usurpa a competência do Legislativo, na medida em que formula norma genérica, eliminando do sistema a etapa de aplicação do Direito, em prejuízo dos indivíduos; além de (iii) não contribuir para a realização dos fins associados às súmulas, já que a sua utilização

adequada exigirá do magistrado avaliação casuística da hipótese⁵², exatamente o contrário do que se espera pela edição de súmula. Na prática, parece quase inevitável que erros e desvios sejam cometidos sem maior possibilidade de controle.

O item III do mesmo enunciado oferece contraste interessante que ilustra o que se vem de afirmar. Ao registrar que a contratação de serviços de vigilância, de conservação e de limpeza não forma vínculo de emprego com o tomador, a súmula identifica situações específicas que foram examinadas e discutidas pela Corte, como se viu dos precedentes referidos acima⁵³. Serviços de vigilância, conservação e limpeza são situações de fato amplamente conhecidas e bastante determinadas. O mesmo não se pode dizer de outras expressões utilizadas pelo mesmo item, como atividades-fim e atividades-meio, subordinação direta e pessoalidade, que veiculam conceitos jurídicos indeterminados, envoltos em controvérsia e sujeitos a grande variação⁵⁴, dada a quantidade de circunstâncias fáticas e regimes trabalhistas possíveis. Ainda que possa haver parâmetros para concretizá-los – sobretudo nos casos em que tais elementos estejam flagrantemente presentes ou ausentes – há ainda considerável zona de indeterminação. É fácil perceber a distinção: uma súmula adequada deveria afirmar que a situação de fato “x” configura subordinação direta e pessoalidade e, portanto, autoriza a identificação do vínculo trabalhista, e não registrar, genericamente, que, presente a subordinação direta e a pessoalidade, estará formado o vínculo.

O item III do Enunciado nº 331 não é objeto do presente estudo e a referência a ele tem por objetivo apenas realçar o caráter totalmente aberto do item I: com efeito, se a parte final do item III já seria problemática, que se dirá do item I? Note-se que mesmo

⁵² Nesse mesmo sentido, referindo-se especificamente ao Enunciado nº 331, v. Sérgio Pinto Martins, *A terceirização e o direito do trabalho*, 2005, p. 132: “(...) não pode ser entendido como taxativo, mas podem existir outras atividades que podem ser terceirizadas ou pode existir fraude nas atividades nele indicadas”.

⁵³ O mesmo pode ser dito do item II do Enunciado, até porque ele decorre da aplicação do art. 37, II, da própria Constituição.

⁵⁴ Referindo-se especificamente ao Enunciado nº 331 e reconhecendo o problema, v. Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho*, 2007, p. 627-8: “De outro lado, nem sempre é clara a diferença entre atividades-meio e atividades-fim. (...) Sobre o que é atividade-meio na visão da Justiça do Trabalho, por se tratar de conceitos que surgiram com a STST n. 331, que é recente, não houve, ainda elaboração sedimentada pela jurisprudência, tudo dependendo de cada caso concreto”. Tratando do Enunciado nº 256, mas constatando o problema por fundamentos que se mantêm inteiramente pertinentes, v. Gustavo Cauduro Hermes, *A terceirização e os riscos jurídico-trabalhistas dos contratos de prestação de serviços*, *Justiça do Trabalho* 216:25, dez. 2001: “A questão de exigir-se que os serviços prestados refiram-se à atividade-meio do tomador é mais complexa e polêmica. Primeiramente, cumpre esclarecer a absoluta impertinência deste requisito neste Enunciado, pois não carrega fundamento jurídico algum, tratando-se de verdadeiro exagero normativista dos magistrados envolvidos nesta redação”. Por fim, mencionando a grande variação decorrente das circunstâncias de fato, v. Francisco Antonio de Oliveira, *Direito do trabalho*, 1993, p. 190: “A análise desses elementos – subordinação jurídica e econômica – deve ser feita em consonância com a realidade que se apresenta. A subordinação jurídica terá nuances diversas em conformidade com o tipo de labor (...)”.

eliminando as situações previstas pelo item II – contratações pela Administração Pública – e pela parte inicial do item III – contratação de serviços de vigilância, conservação e limpeza – inúmeras outras possibilidades de relações jurídicas no ambiente profissional poderão se apresentar, com variação importante de setor para setor da economia. Todas elas serão automaticamente ilegais, importando fraude à legislação trabalhista, sem sequer terem sido examinadas? Como se vê, a súmula ignora inteiramente essa diversidade fática e os eventuais argumentos jurídicos cuja pertinência as diferentes circunstâncias poderiam justificar. Ou seja, exatamente o tipo de invalidade descrito na parte teórica.

Repita-se que o item I do Enunciado produz uma extensão *prima facie* de determinado entendimento – produzido sob circunstâncias próprias – a situações diversas, que não foram objeto de consideração específica. E, como se viu, a conformidade da decisão com súmula do TST afasta, em princípio, o cabimento de embargos, agravo e do recurso de revista para aquele Tribunal Superior, permitindo que o relator assim decida por decisão monocrática. Isso torna ainda mais difícil para a parte demonstrar que a súmula foi mal aplicada nas instâncias inferiores. Assim, um enunciado genérico produzido a partir de determinada situação de fato poderá ser aplicado à situação diversa e isso terá o condão de afastar, na maior parte das vezes, a possibilidade de controle por parte do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho⁵⁵.

V. CONCLUSÃO

É possível compendiar as idéias desenvolvidas neste trabalho nas seguintes proposições objetivas:

(A) A jurisprudência dos tribunais tem assumido crescente importância no panorama institucional brasileiro, tanto pela incorporação de certas ideias ao conhecimento jurídico convencional, quanto por decisão expressa do legislador. Em primeiro lugar, já não se imagina que as decisões judiciais sejam meros atos mecânicos de revelação do conteúdo das leis. Ao contrário, consolidou-se a percepção de que interpretação jurídica envolve uma dimensão criativa, embora balizada pelos limites semânticos e sistemáticos impostos pelos enunciados normativos. Assim, não raro será a interpretação judicial que dirá o real sentido dos direitos e obrigações decorrentes da ordem jurídica. Em segundo

⁵⁵ Álvaro Melo Filho, Direito sumular brasileiro, *Revista de Processo* 43: 251, 1986: “Desse modo, o Direito Sumular do TST exerce uma função paradigmática na interposição dos recursos trabalhistas, servindo de veículo tranquilo para o conhecimento e o provimento - se a decisão recorrida o contrariou - ou de imediato corte em sua pressuposição, se a decisão é convergente com a tese nele enunciada”.

lugar – e corroborando o que se acaba de dizer – o próprio legislador vem atribuindo efeitos processuais relevantes à jurisprudência consolidada e às súmulas.

(B) Na prática, as súmulas reduzem consideravelmente o ônus argumentativo dos magistrados e também a oportunidade de as partes exporem seus argumentos de fato e de Direito. De acordo com a atual legislação processual, a incidência de súmula repercute também sobre as oportunidades de recurso e no seu processamento, que se torna bastante simplificado. Assim, não há dúvida de que a parte a quem a súmula não aproveita terá de se desincumbir de um ônus reforçado, demonstrando que a situação posta em julgamento apresenta particularidades dignas de nota. Por definição, as súmulas se presumem aplicáveis aos casos que parecem recair na descrição do seu relato. Não haveria nenhum interesse em se editar uma súmula para se fazer um exame inteiramente casuístico de cada situação, tal como nos processos em geral.

(C) Inegável, portanto, a existência de uma compressão ao princípio do devido processo legal, justificada pelo fato de as súmulas veicularem entendimento consolidado acerca de determinada situação-tipo. Presume-se, assim, que os elementos centrais da hipótese – de fato e de Direito – já terão sido objeto de consideração analítica, tendo se pacificado determinada orientação. Em nome de importantes valores e interesses referidos acima – notadamente a racionalização da atividade jurisprudencial – admite-se a edição de súmula, bem como que se lhes atribua os efeitos processuais já referidos.

(D) Não se pode admitir, contudo, que as súmulas assumam qualquer conteúdo. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados faz com que um enunciado se torne potencialmente aplicável a situação diversa daquelas que foram objeto de consideração específica. A aplicação de súmula com esse teor rompe com a própria lógica da atividade jurisdicional e viola diversos preceitos fundamentais da Constituição:

(i) separação de Poderes: em vez de refletir entendimento jurisprudencial sobre situação inúmeras vezes analisada, o enunciado de conteúdo aberto acaba se aproximando de um comando geral e abstrato, potencialmente aplicável a situações que sequer foram cogitadas quando de sua edição. O Judiciário passa a legislar sobre situações que lhe parecem importantes, invadindo manifestamente esfera reservada ao Poder Legislativo.

(ii) devido processo legal: tal garantia não se satisfaz com a mera possibilidade de juntar manifestações ao processo, exigindo-se que a parte disponha de condições efetivas de influir no convencimento do julgador, deduzindo argumentos de fato e de Direito que serão tomados em consideração. A extensão automatizada de entendimento produzido em

atenção à situação diversa viola o núcleo do devido processo legal. Enunciados de conteúdo aberto sequer permitem às partes a identificação clara das situações de fato que foram analisadas pelo órgão julgador, tonando ainda mais difícil a demonstração de que a súmula seria inaplicável.

(iii) isonomia: tal princípio não é violado apenas por desigualdades indevidas, mas também nos casos em que sejam equiparadas situações desiguais, desprezando suas particularidades. Ademais, cria-se um ônus processual desproporcional – e inteiramente injustificado – para uma das partes, que terá de superar a presunção de que a súmula deve ser aplicada à situação sob exame.

(E) O item I do Enunciado nº 331 do TST incorre nas violações referidas acima. Produzido a partir da revisão de outro Enunciado do TST – o de nº 256 –, e justamente por conta de seu caráter vago, o novo enunciado conservou o mesmo problema. Em vez de identificar situações-tipo que gerariam contratações regulares ou irregulares, o item I limita-se a enunciar, de forma genérica, que o emprego de trabalhador cedido por empresa interposta seria fraudulento, desconsiderando a variedade de situações encontradas no mundo real. Na tentativa de produzir maior segurança, o Enunciado nº 331 acaba exacerbando os referidos problemas, valendo-se de conceitos jurídicos notoriamente indeterminados, como *subordinação direta*, *personalidade* e a distinção, não raro tênue, entre atividades-fim e atividades-meio. Na prática, o Enunciado nº 331 equipara-se a um dispositivo de lei: em vez de guardar relação com as situações que motivaram sua edição, assume a forma de um regramento geral, extensível a situações que não tenham sido analisadas de forma específica segundo o devido processo legal.