

‘Subsunção’, bagagem dos precedentes e precedentes na bagagem

09/04/2024

Quantos ‘precedentes’ são necessários para fazer um precedente?

No aeroporto, quando da ocorrência de uma verificação de bagagem, o comissário costuma pedir para encaixar a mala do passageiro dentro de um compartimento de metal, ou comparar com uma “mala de papelão”, que é feita só para isso.

No caso do compartimento de metal, mesmo que a mala esteja dentro do padrão — *é possível que ela não caiba, em razão de estar estufada*.

Mas o que isto tem a ver com Direito Processual Previdenciário? Ou com o direito em geral?

Vejamos. *Mutatis mutandis*, alguns precedentes estão sendo aplicados assim como numa verificação de bagagem. É o caso do IAC 5/TRF-4. Explicaremos.

Mesmo com todas as turmas do próprio tribunal o aplicando, também, para o motorista de caminhão, a 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou improcedente uma reclamação sob o seguinte fundamento:

A questão examinada no IAC/TRF nº 5 do TRF-4 diz respeito aos parâmetros para avaliação de penosidade da atividade de motorista de ônibus. A hipótese em tela não se amolda à tese jurídica fixada no referido IAC, pois questiona a parte reclamante a necessidade de produção de prova pericial para comprovação de tempo de serviço especial, em atividade diversa da de motorista de ônibus.

A atividade diversa, no caso concreto, era de motorista de caminhão — detalhe: motorista bombeiro! Uma mala tem rodinhas só na parte da frente da mala; a outra nas duas partes. Mas é uma mala, correto?

Spacca

Como já se viu, **todas as turmas aplicam o IAC 5/TRF-4**, por analogia, ao motorista de caminhão (por todos, TRF-4, AC 5011770-71.2020.4.04.7107, 5ª Turma; AC 5007173-32.2015.4.04.7108; AC 5002603-61.2019.4.04.7108, 6ª Turma; AC 5000567-58.2020.4.04.7222, 9ª Turma; AC 5010292-65.2019.4.04.7009, 10ª Turma; AC 5024262-86.2019.4.04.9999, 11ª Turma. Daí o tom de surpresa, legítima surpresa, que envolve o tema.

São dezenas de precedentes (ou não seriam precedentes?). Em qualquer país do mundo, bastaria um, porque o que não seria possível é existirem “precedentes” que se contradizem. Ou um precedente vale e deve ser seguido por coerência e integridade ou deve ser revogado e no seu lugar colocar outro, que, depois, deve ser seguido. O que não pode é existirem aos montes e, de repente, surgir outro — antípoda.

Seguimos. Poder-se-ia dizer também que se tem aqui parece com o chamado *disapproval*, que ocorre quando uma Corte superior emite fortes sinais de que o precedente está ou precisa ser superado (*outdated*). Embora esta técnica não implique a revogação do precedente, o que dependerá de decisão específica, ela o enfraquece, assim como debilita o respectivo potencial de aplicabilidade aos casos futuros. [1]

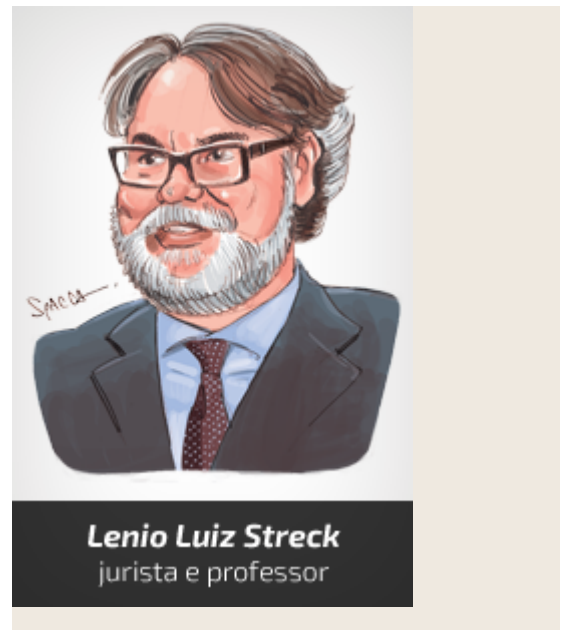
O que importa é que o caminho da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região tornou mais abrangente a aplicabilidade da tese fixada no IAC 5/TRF-4, aplicando-a, também, para o motorista de caminhão. Mais do que isso, a jurisprudência do Tribunal acredita estar seguindo uma orientação consolidada, no sentido de ser possível a aplicação, por analogia, do IAC 5/TRF-4, ao motorista de caminhão.

Na espécie, temos inúmeras decisões dizendo que a turma está seguindo uma decisão anterior. Existem decisões subsequentes ao julgamento do IAC 5/TRF-4 dizendo estar seguindo uma orientação consolidada na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Muitos processos estão sendo convertidos em diligência, determinando-se a imediata realização de perícia para se verificar as condições de labor do motorista de caminhão. Isso tudo nos remete ao artigo 926 do CPC/2015: **“os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”**.

Julgados da Corte Especial começaram a assumir a nova orientação, buscando efetivar a coerência, como na questão envolvendo a necessidade de renovação do pedido de justiça gratuita quando do manejo do recurso especial. [2]

Um sistema jurídico que tem na coerência e integridade o seu vetor de racionalidade, **nem precisaria ter mecanismos formais de vinculação jurisprudencial**”. [3]



Assim, por exemplo, a própria 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região vem problematizando a tese fixada no IRDR 17/TRF-4 para alcançar situações não pensadas ao tempo de sua discussão. [4]

Oportuna a transcrição do seguinte trecho de uma decisão proferida em sede de reclamação: “Nesse quadrante, a meu pensar, o caso amolda-se à matéria de que cuida o IRDR nº 17, porquanto, mais grave do que a não renovação da prova oral em juízo, é a sua dispensa por completo, como ocorrido, sendo, pois, razão suficiente à incidência da tese”. [5]

O mesmo vale para situações em que o próprio magistrado determina a realização de justificativa administrativa (um procedimento interno do INSS), isto é, ao invés de acompanhar e conduzir (ele mesmo) a oitiva das testemunhas, o que compromete a necessária imparcialidade na produção da prova oral. [6]

Aqui o tribunal conferiu ao sistema jurídico integridade e coerência (julgar casos iguais mediante semelhante raciocínio), conforme estabelece o artigo 926 do CPC.

Mais importante não é o que o tribunal decidiu, mas porque decidiu

Mas voltando ao IAC 5/TRF-4. O mais importante não é o que o tribunal decidiu, mas, sim, por que o tribunal assim decidiu.

A resposta é simples: o reconhecimento da penosidade de uma atividade depende exclusivamente da prova pericial (TRF-4, AC 5005944-27.2016.4.04.7100, 5ª Turma, relator Osni Cardoso Filho, juntado aos autos em 4/5/2022). Vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do representativo de controvérsia REsp 1.306.113/SC (Tema 534), fixou a tese de que:

[...] as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/1991).

Na medida em que a penosidade não está prevista no Regulamento da Previdência Social (RPS), **a prova pericial se apresenta como condição de possibilidade**. Esta é a real *ratio decidendi* do julgamento. Este é o seu elemento vinculante e transcendente.

A fórmula jurídica encontrada para dar aplicação aos fundamentos determinantes da decisão é que resultou desrespeitada pela decisão reclamada. Não por coincidência, aqui reaparece a ideia de coerência na discussão.

Num sistema de precedentes, a tese nada mais é — e, por isso, muito — do que um texto normativo, que também precisa ser interpretado na aplicação do precedente ao caso concreto. Em outras palavras, a tese jurídica fixada no IAC 5/TRF-4 não se caracteriza *per se* como uma

norma jurídica justa, pronta e acabada, isto é, aplicável por subsunção, mas sim um texto ou enunciado normativo, o qual precisa ser interpretado e aplicado ao caso concreto, levando em consideração os elementos não linguísticos.

Precedentes e subsunção?

É verdade que autores como Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria De Oliveira defendem que o precedente é aplicável por subsunção. Explicam eles: “A norma em que se constitui o precedente é uma regra. A ratio é o fundamento normativo da solução de um caso; necessariamente, será uma regra. Não por acaso, a norma do precedente é aplicável por subsunção”. [7]

Não nos parece que seja a melhor conceituação para precedente. Parte significativa da comunidade jurídica não acompanhou as mudanças paradigmáticas que ocorreram na hermenêutica jurídica: “[...] no paradigma filosófico em que nos encontramos, é equivocado falar ainda em subsunção, indução ou dedução”. [8]

A nosso ver, portanto, **precedentes não podem ser aplicados como numa verificação de bagagens num aeroporto (ou como num jogo de lego)**, como se a própria norma jurídica estivesse ali presente. Se precedente fosse aplicado por subsunção, o sistema do *common law* já teria entrado em colapso de há muito.

Precedente não rima com textualismo. Nem de longe. Ademais, no caso concreto, é inegável a sinalização para uma revisão da orientação assentada no precedente, para dizer que o IAC 5/TRF-4 deve ser observado na hipótese de motorista de caminhão.



No processo de aplicação de um precedente, o intérprete deve observar, para além da similitude do caso concreto com o a do caso que deu origem ao surgimento da decisão vinculante, as variações na jurisprudência. Há um princípio que se extrai do precedente para futuras aplicações. E, por óbvio, precedente não implica proibição de interpretar, como já fizemos constar em artigos e livros.

O valor reflexivo da discussão, notadamente da alegoria utilizada, é perceber que o compartimento de metal ou a “mala de papelão” estão sempre prontos, vale dizer: esperando uma mala (óbvio). Da mesma forma, para muitos o enunciado preexiste abstratamente, um esquema de interpretação que dispensa, para a sua existência, a problematização dos fundamentos determinantes da decisão no caso concreto.

No plano da interpretação, é fácil perceber que, nesses termos, o sentido do texto legal acaba “espatifando” na textura fechada do texto, como se ela fosse feita para um caso específico (“uma realidade concreta”) e/ou abarcasse todas as situações possíveis (“completa”), por se deixar de lado a especificidade do caso concreto, sem falar nos princípios.

“Ora, o que parcela considerável dos juristas não entende é que é na ‘abstratidade’ que os sentidos podem ser múltiplos, em face da porosidade da regra. E o equívoco está nisso: os sentidos não podem ser traduzidos em abstrato, pela simples razão de que não se pode cindir fato e direito, interpretação e aplicação, que propicia o ingresso do mundo prático no direito.” [9]

Existem casos em abstrato? Ou casos são efetivamente ‘casos’?

Esquecem-se que o direito será “sempre um ‘direito concreto’; um direito misturado com fatos”, pois os fatos e circunstâncias da causa “jamais estarão contidas na norma”. [10] O certo é que não existem “casos” em abstrato, sendo que a interpretação não se relaciona com uma mera reprodução do sentido preexistente, mas com uma constante “construção de sentido”, o que depende das questões de fato (do caso concreto).

Neste nível, é compreensível imaginar o porquê de não se questionar o resultado da atividade probatória ou, até mesmo, sua abusiva negativa, uma vez que, com a eliminação da hermenêutica, não se busca compreender o “sentido” que o “fato” adquiriu no interior de cada lide, mas apenas explicar a interpretação escolhida para ser “o lugar da verdade”. [11]

Assim como uma regra, a tese de IAC é um texto jurídico e, como tal, deve ser interpretado e problematizado diante de um caso concreto.

A atividade do tribunal é concretizadora, e não meramente declaratória. Mesmo após a fixação da tese no IAC 5/TRF-4, o texto continua a servir como ponto de partida da atividade interpretativa, com a problematização e observância de todos os elementos (e não apenas dados linguísticos).

Não é possível, assim, aceitar-se a aplicação silogística e automática do precedente. A atribuição do caráter silogístico às teses fixadas em sede de IRDR ou IAC é equivocada, pois confunde o texto normativo com a norma jurídica.

A tese fixada no IAC 5/TRF-4, como qualquer texto jurídico, não abarca todas as hipóteses de aplicação de uma norma. A tese possui vaguezas e ambiguidades. A prova disso é que a própria jurisprudência do tribunal se encarregou de ampliar o seu alcance.

[1] FERRAZ, Taís Schilling. O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 312.

[2] MARQUES, Mauro Campbell. Hermenêutica: coerência e integridade como vetores interpretativos no discurso jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade. 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 182-208.



- [3] STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria geral do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Casa do Direito, 2017. p. 36.
- [4] Tese fixada: “Não é possível dispensar a produção de prova testemunhal em juízo, para comprovação de labor rural, quando houver prova oral colhida em justificação realizada no processo administrativo e o conjunto probatório não permitir o reconhecimento do período e/ou o deferimento do benefício previdenciário.”
- [5] TRF4 5003943-19.2022.4.04.0000, TERCEIRA SEÇÃO, Relator CELSO KIPPER, juntado aos autos em 11/05/2022; (TRF4 5015499-18.2022.4.04.0000, TERCEIRA SEÇÃO, Relator CELSO KIPPER, juntado aos autos em 12/07/2022.
- [6] TRF4 5036903-67.2018.4.04.0000, TERCEIRA SEÇÃO, Relator CELSO KIPPER, juntado aos autos em 10/07/2019.
- [7] DIDIER, JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm, 10. Ed. v. 2, 2015, p. 451.
- [8] STRECK, LENIO LUIZ. Súmulas vinculantes em terrae brasiliis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? In: RBCCrim, n. 78, São Paulo: RT, maio-jun. 2009. p. 302.
- [9] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 68.
- [10] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A jurisdictio romana e a jurisdição moderna. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos013.htm>>. Acesso em: 02 out. 2009.
- [11] STRECK, LENIO LUIZ. Súmulas vinculantes em terrae brasiliis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? In: RBCCrim, n. 78, São Paulo: RT, maio-jun. 2009. p. 316.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-abr-09/subsuncao-bagagem-dos-precedentes-e-precedentes-na-bagagem/>