

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Fernando Fraga Alves

**O PRECEDENTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO POR UMA PERSPECTIVA NÃO-
POSITIVISTA**

Belo Horizonte

2017

Fernando Fraga Alves

**O PRECEDENTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO POR UMA PERSPECTIVA NÃO-
POSITIVISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta.

Área de concentração: Direito do Trabalho.

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A474p Alves, Fernando Fraga
O precedente na justiça do trabalho por uma perspectiva não-positivista /
Fernando Fraga Alves. Belo Horizonte, 2016.
129 f.

Orientador: José Roberto Freire Pimenta
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Precedentes judiciais. 2. Decisão judicial. 3. Justiça do trabalho. 4. Direito -
Filosofia. I. Pimenta, José Roberto Freire. II. Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.7

Fernando Fraga Alves

O PRECEDENTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO POR UMA PERSPECTIVA NÃO-POSITIVISTA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho.

Área de concentração: Direito do Trabalho.

Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta – PUC Minas (Orientador)

Prof.^a Dr.^a Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Antônio Gomes Vasconcelos – Universidade Federal de Minas Gerais (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 17 de março de 2017

*À minha esposa Camila e aos meus filhos Bernardo e Bruna,
fontes permanentes de amor e motivação
para minhas realizações.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor José Roberto Freire Pimenta, exemplo de profissional dedicado e comprometido, que, em meio a tantos compromissos e atribuições, encontrou tempo para, de forma gentil e generosa, compartilhar comigo um pouco de seu vastíssimo e notável conhecimento jurídico.

Agradeço aos meus pais, Moacir e Irene, pelo apoio e incentivo, por sempre acreditarem no meu potencial e por terem, durante todo esse tempo, me servido como porto seguro e fonte maior de inspiração.

Agradeço à minha esposa Camila, que caminhou ao meu lado durante a construção deste trabalho e que não me deixou desistir, tendo, muitas vezes, acreditado mais em mim do que eu mesmo.

Agradeço aos professores do Programa: Márcio Túlio Viana, Vitor Salino de Moura Eça, Cléber Lúcio de Almeida e Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira, pelo conhecimento compartilhado e pelo constante incentivo ao aprimoramento intelectual.

Agradeço aos colegas de curso, com quem pude compartilhar, além de inúmeros momentos de alegria, minhas dúvidas, medos e angústias, o que tornou essa caminhada ainda mais recompensadora.

Agradeço aos amigos profissionais, que tanto contribuíram para a construção deste trabalho, em especial, ao Doutor Flávio Toledo Pereira, exemplo de advogado empenhado na concretude da justiça social e no desenvolvimento do ser humano, com quem tenho o privilégio de conviver diariamente.

Agradeço, por fim, aos demais amigos e familiares que também estiveram ao meu lado nessa caminhada, em especial a Hélder Sebastião, Felipe Pires, Lucas Gelmini e Gabriel Reis, que me aconselharam, emprestaram livros e me ouviram nos momentos de dificuldade.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o precedente judicial obrigatório na Justiça do Trabalho, partindo do fenômeno de incorporação de elementos da família *Common Law* pela família brasileira da *Civil Law*. O método utilizado aborda ambas as famílias, em termos de definição, construção, evolução histórica e atual estruturação nos ordenamentos jurídicos Inglês, Norte-Americano e Brasileiro. Esse, por sua vez, é analisado com foco no âmbito do Direito Processual do Trabalho e do Direito Processual Civil, sobretudo, em relação à reforma legislativa da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), promovida pela Lei nº 13.015/2014, pelo Novo Código de Processo Civil, aplicável ao Processo do Trabalho de forma supletiva e subsidiária, conforme seu artigo 15 e artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que representaram um marco da adoção do sistema de precedentes judiciais pela Justiça do Trabalho no ordenamento brasileiro. O objetivo da presente dissertação é apontar o benefício ou a desvantagem da incorporação da teoria dos precedentes pelo Direito Processual do Trabalho e pela Justiça do Trabalho brasileiros, partindo de uma perspectiva não-positivista. Isso porque, como se sabe, no *civil law* o precedente, historicamente, é moldado pela doutrina e jurisprudência com um caráter positivista, que lhe confere natureza semelhante à norma positivada, dificultando muitas vezes seu acompanhamento das dinâmicas sociais emergentes. Somando-se a isso a dificuldade de realizar corretamente e tecnicamente o *distinguishing*, para identificar a *ratio decidendi* a ser aplicada aos casos futuros idênticos, o precedente pode acabar sendo usado de forma injusta e inadequada à solução das demandas e controvérsias. Nesse sentido, os resultados obtidos no decorrer da pesquisa apontam para uma perspectiva do precedente mais justa e adequada à sua finalidade quando interpretado ou formulado por uma perspectiva não-positivista, que permite a inclusão do elemento da correção material ao lado da segurança jurídica.

Palavras-chave: Precedentes obrigatórios. Justiça do Trabalho Brasileira. Não-Positivismo Jurídico.

ABSTRACT

The present work deals with the mandatory judicial precedent in the Labor Court, starting from the phenomenon of incorporation of *Common Law* elements by the Brazilian family of *Civil Law*. The method used approaches both families in terms of definition, construction, historical evolution and current legal structure in the English, North American and Brazilian legal systems. This last system, in turn, is analyzed with a focus on the Labor Procedural Law and Civil Procedural Law, especially in relation to the legislative reform of the Consolidation of Labor Laws (CLT) promoted by Law 13.015/2014, by the New Procedure Civil Code, applicable to the Labor Process in accordance with its article 15 and article 769 of the Consolidation of Labor Laws, which represented a framework for the adoption of the system of judicial precedents by the Labor Court in the Brazilian system. The purpose of this dissertation is, from a non-positivist start, to point out the benefit or disadvantage of incorporating the theory of precedents in Brazilian Labor Law and Labor Justice. This is because, historically, the precedent is shaped by doctrine and jurisprudence with a positivist character, which gives it a similar nature to the positive norm, often hindering its monitoring of emerging social dynamics. Adding to this the difficulty of correctly and technically distinguishing, in order to identify the *ratio decidendi* to be applied to identical future cases, the precedent can end up being used unfairly and inadequately to solve demands and controversies. In this sense, the results obtained during the research point to a perspective of a more just and adequate precedent, when interpreted or formulated by a non-positivist perspective, which allows the inclusion of the element of material correction along with legal certainty.

Keywords: Precedents required. Brazilian Labor Justice. Legal Non-Positivism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. Artigo

CLT Consolidação das Leis do Trabalho

CPC Código de Processo Civil

CRFB Constituição da República Federativa do Brasil

n. Número

p. Página

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TST Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 SISTEMAS JURÍDICOS: CONCEITO, EVOLUÇÃO E HISTÓRIA	21
2.1 Introdução	21
2.2 Família romano-germânica ou <i>Civil Law</i>	22
2.2.1 <i>Construção histórica</i>	22
2.2.2 <i>Estrutura e características fundamentais</i>	30
2.3 Sistema da <i>Common Law</i>	35
2.3.1 <i>O Direito Inglês: considerações histórico-evolutivas</i>	35
2.3.2 <i>O Direito Inglês: estrutura</i>	42
2.3.3 <i>O Direito dos Estados Unidos da América</i>	47
3 PRECEDENTES JUDICIAIS NA FAMÍLIA DA <i>COMMON LAW</i>	55
3.1 <i>Considerações sobre a definição de precedente</i>	55
3.2 <i>Elementos formadores do precedente: <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i></i>	59
3.3 <i>Técnicas para aplicação dos precedentes: <i>Distinguishing</i>, <i>overruling</i>, <i>reversal</i> e técnicas intermediárias</i>	64
3.4 <i>O Caráter deontológico do precedente</i>	67
3.5 <i>Do precedente sob a perspectiva do Positivismo Jurídico ao precedente sob a perspectiva do Não-Positivismo Jurídico de Robert Alexy</i>	68
3.5.1 <i>Primeira parte: o precedente sob a perspectiva do Positivismo Jurídico</i>	69
3.5.2 <i>Segunda parte: o precedente sob a perspectiva do Não-Positivismo Jurídico de Robert Alexy</i>	74
3.5.2.1 <i>O Não-Positivismo de Robert Alexy</i>	74
3.5.2.2 <i>Sistema da <i>Civil Law</i>: a importância da conexão do Não-Positivismo de Robert Alexy com o precedente</i>	84
4 O PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO	87
4.1 <i>A construção do Direito pátrio na família da <i>Civil Law</i> e os pontos de contato com a família da <i>Common Law</i></i>	87
4.2 <i>O precedente no Direito Constitucional trabalhista</i>	94
4.3 <i>O precedente no Direito do Trabalho</i>	99
4.3.1 <i>A crise no âmbito da Justiça trabalhista, a instabilidade jurisprudencial e a insegurança jurídica dela decorrente</i>	99
4.3.2 <i>As normas promulgadas com o objetivo de conferir maior estabilidade e efetividade à tutela jurisdicional no Direito do Trabalho</i>	102
4.3.2.1 <i>O precedente na Lei nº 13.015/14</i>	102
4.3.2.2 <i>O precedente no Código de Processo Civil</i>	106
4.4 <i>A possibilidade do uso do precedente para uma maior efetividade da prestação jurisdicional no âmbito da Justiça do Trabalho nacional</i>	110
5 CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS	120

1 INTRODUÇÃO

Os sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* possuem origem e evolução histórica diferenciadas, e por muitos séculos permaneceram com significativo distanciamento. Enquanto a *Civil Law* se pautou no fenômeno da codificação, da lei escrita geral e abstrata, instituindo os códigos como elemento central de constituição, a *Common Law* se estruturou em torno do Direito Consuetudinário, das decisões judiciais, e mais a frente, no precedente obrigatório. A presente dissertação, apresentada para atender a requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, se propõe a analisar o surgimento, desenvolvimento e aproximação entre essas duas famílias para estudar a incorporação do precedente obrigatório no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na seara trabalhista. O objetivo principal, portanto, é averiguar a possibilidade de contribuição que o precedente obrigatório pode ter na superação da *crise de efetividade do Poder Judiciário*.

O primeiro capítulo vai expor a formação dos sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* a partir de uma retomada histórica, da exposição das estruturas desses sistemas e de suas características fundamentais. Esse capítulo terá por base a classificação feita por René David na obra “Os grandes sistemas do Direito contemporâneo” e as anotações do doutrinador sobre os principais ordenamentos jurídicos analisados por ele para melhor elucidar os critérios fundamentais que caracterizam cada uma dessas duas predominantes famílias do Direito. Assim, as menções ao Direito francês e alemão ilustrarão o sistema da *Civil Law*, enquanto os Direitos inglês e estadunidense desempenharão tal papel em relação ao sistema da *Common Law*. Nota-se, entretanto, que nesse primeiro momento o surgimento e desenvolvimento do Direito brasileiro não será feito. Isso porque, caberá ao último capítulo do trabalho estudar o Direito pátrio.

Feitas as considerações iniciais acerca das distinções entre *Common Law* e *Civil Law*, a pesquisa se direciona para o estudo do precedente em seu sistema de origem, a *Common Law*, para poder explicar a formação, aplicação, função e afastamento de um dos principais instrumentos que dão a configuração dessa família de Direito. O último subcapítulo dessa parte do trabalho fará uma exploração do precedente sob o paradigma do Estado Democrático de Direito com a pretensão de afastar a visão positivista do precedente, e demonstrar, a partir da teoria do Não-

Positivismo de Robert Alexy, como ele se aproxima do paradigma posterior ao do Positivismo Jurídico, conhecido como Pós Positivismo.

Por fim, o último capítulo restringe mais ainda o objeto de investigação ao adentrar no Direito nacional, especificamente, no papel do precedente vinculante na Justiça do Trabalho. O nexa com os capítulos anteriores tem início na introdução desse último capítulo. Nessa é exposta a formação histórica do Direito brasileiro dentro do sistema da *Civil Law*, e o grande ponto de contato do ordenamento jurídico pátrio com o sistema da *Common Law*, a formação das decisões judiciais.

O próximo subitem se dispõe a fazer uma leitura constitucional do Direito do Trabalho como direito fundamental social, elencado no Capítulo II, Título II, da Constituição de 1988, e explica como outros direitos fundamentais, como segurança jurídica, celeridade processual, efetividade da tutela jurisdicional, igualdade, são afetados pelo descumprimento das normas materiais e processuais do Direito Trabalho. Assim, nessa parte, o pensamento que dá forma ao raciocínio final dessa dissertação, é o do Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, José Roberto Freire Pimenta.

A partir das considerações do doutrinador e jurista faz-se uma breve exposição sobre o cenário atual de *crise de efetividade do Poder Judiciário*, especialmente da Justiça Trabalhista, para um aprofundamento da análise dos instrumentos de uniformização e estabilização das decisões judiciais elencados na Lei nº 13.015/14 e no novo Código de Processo Civil, que possui aplicação supletiva e subsidiária no âmbito do Direito Processual do Trabalho. Nesse ponto, é tratado primordialmente a evolução do ordenamento jurídico brasileiro na promulgação de normas de direcionamento do posicionamento dos magistrados da Justiça do Trabalho até o momento em que os precedentes vinculantes, ou obrigatórios, são incorporados na legislação.

A necessidade de garantir a efetividade da tutela jurisdicional e do direito material vai explicar a aproximação das normas do Direito do Trabalho com a *Common Law*, especialmente com os precedentes vinculantes. A perspectiva não positivista do precedente vai embasar a exposição da reformulação do papel do juiz no sistema da *Civil Law*, inclusive por abertura do próprio Poder Legislativo. Por fim, para as dúvidas e ponderações de parte da doutrina e dos próprios magistrados são elencadas as sugestões de José Roberto Freire Pimenta na busca de uma maior efetividade da tutela trabalhista a partir da formação e aplicação do precedente.

2 SISTEMAS JURÍDICOS: CONCEITO, EVOLUÇÃO E HISTÓRIA

O presente capítulo abordará a partir da teoria classificatória dos sistemas de Direito de René David, duas das grandes famílias de Direito por ele estudadas em sua obra. Assim, o capítulo inicia com uma breve introdução, passa para o estudo do sistema da *Common Law*, e é concluído com a exposição do sistema da *Civil Law*.

2.1 Introdução

No contexto contemporâneo, verifica-se uma multiplicidade de direitos com os quais o Estado se depara na resolução de seus conflitos internos, dos conflitos com outros Estados e do comércio internacional - porém, assim como ocorre nas comunidades estatais, cada Estado possui um ordenamento jurídico próprio, e cada ordenamento jurídico possui sua história evolutiva, sendo necessário conhecer e compreender essas tradições para buscar melhores soluções aos problemas que surgem no âmbito de um determinado ordenamento jurídico.

Embora haja uma diversidade de regras de Direito aplicadas mundialmente, o Direito não se constitui exclusivamente de regras, mas também de um conjunto de normas que envolvem princípios, conceitos, linguagem, técnicas e métodos de interpretação determinados pela concepção de ordem social dominante, e que influencia o modo de aplicação e a função do Direito, constituindo, conseqüentemente, uma realidade dinâmica e mutável (DAVID, 2014, p. 19-20).

Essa multiplicidade de direitos é definida a partir da análise do conteúdo normativo que eles abarcam. Entretanto, torna-se possível restringir esse rol quando analisados os elementos estáveis e comuns aos ordenamentos jurídicos, possibilitando-se, para melhor exposição e compreensão, uma classificação mais abrangente. Para tanto, o presente capítulo terá por base a teoria de René David (2014) que, a partir dos traços compartilhados pelos diferentes ordenamentos, define três principais famílias ou sistemas de direito: *Civil Law*, *Common Law* e *Direitos Socialistas* (DAVID, 2014, p. 21-23).

Não obstante, ressalta-se que os *Direitos Socialistas* não serão objeto da

presente dissertação. Isso porque como o objetivo central é analisar a teoria dos precedentes judiciais, especificamente face ao novo Código de Processo Civil (CPC) e à Lei nº 13.015/2014, o que interessa aqui é a análise do sistema em que a referida teoria surgiu – a *Common Law* – e o sistema pátrio – integrante da *Civil Law*. Assim, interessa aqui avaliar em que medida o ordenamento jurídico nacional possui contribuições da *Common Law* e da *Civil Law* com o intuito de estudar os rumos da Justiça brasileira.

É importante destacar, que apesar de essas famílias tradicionais – *Common Law* e *Civil Law* - caminharem na busca da segurança jurídica e da justiça a um só tempo, apresentam origens e formas de compreensão distintas. Esses sistemas, apesar de jurídicos, são divergentes na maneira em que ensinam, compreendem e praticam o Direito, especialmente em relação ao papel dado à jurisprudência na busca de soluções de conflitos sociais (RESENDE, 2016, p. 17).

Neste capítulo, portanto, far-se-á uma análise acerca da formação histórica dos referidos sistemas, ressaltando sua estrutura e suas particularidades, semelhanças e diferenças entre si, com o fim de construir um entendimento sólido sobre a teoria dos precedentes e possibilitar a verificação de sua aplicabilidade na Justiça do Trabalho brasileira, a partir da reforma da Lei n. 13.015/2014 e da vigência do novo CPC ocorrida em 2016.

2.2 Família romano-germânica ou *Civil Law*

O presente subcapítulo tem por foco o estudo da construção histórica, estrutura e características fundamentais do sistema da *Civil Law*.

2.2.1 Construção histórica

A família romano-germânica estruturou-se com base no direito romano da Roma Antiga, mas o processo histórico-evolutivo o distanciou relativamente de sua origem, e incorporou-lhe elementos de outras fontes. Assim, embora alguns de seus

elementos já existissem no período mais remoto, a ciência data do século XIII o surgimento da mencionada família enquanto sistema propriamente dito, como decorrência do renascimento dos estudos de direito romano nas universidades.

Antes do século XIII, os elementos que a Europa possuía enquanto arcabouço de Direito eram de natureza consuetudinária. A invasão do Império Romano pelos povos bárbaros, sobretudo germânicos, que ocasionou a queda do Império no século V, aproximou os modos de vida de bárbaros e romanos reestabelecendo o predomínio dos costumes. Nesse contexto, entre os séculos VI e XII, editaram-se leis bárbaras, que regulavam somente parte das relações sociais que hoje são abrangidas pelo Direito. As trevas da Alta Idade Média ensejaram o retrocesso da sociedade, substituindo o domínio do direito pela aplicação da lei do mais forte ou pela arbitrariedade de um chefe. Abandonam-se os ideais de solidariedade e paz (DAVID, 2014, p. 38).

Mais tarde, no fim do século XI, o Direito romano foi redescoberto e voltou a ser objeto de estudiosos do norte da Itália, os quais direcionaram também sua atenção a um novo ramo do conhecimento que estudava o direito, nascendo, assim, a *jurisprudência*. As universidades passaram a absorver o Direito construindo a *doutrina* por meio da análise de técnicas jurídicas promovida por estudiosos (WAMBIER, 2009, p. 123).

Com o Renascimento no Ocidente Europeu, nos séculos XII e XIII, que promoveu uma revolução em todos os aspectos, a sociedade retoma a consciência, antes estabelecida pelos romanos de que um Direito fundado sobre a justiça, e que deve ser conhecido pela razão, é o único meio de garantia da ordem e da segurança necessárias ao progresso, afastando, desse modo, qualquer apelo ao transcendente. Nesse contexto, as universidades, das quais a primeira foi a Universidade de Bolonha na Itália, adotaram um modelo de ensino que retomava o direito romano, a fim de ensinar o Direito como “dever ser”, abandonando o direito consuetudinário, por não exprimir justiça. O objeto de estudo desse novo modelo era as compilações de Justiniano escritas em latim, que expressavam o que havia sido uma civilização brilhante e sem precedentes. (DAVID, 2014, p. 40-41).

O ensino do Direito Romano nas universidades sofreu uma revolução pelo surgimento de escolas com preocupações e métodos próprios, momento em que se

abandonaram alguns textos das compilações de Justiniano por referirem-se a antigas instituições desaparecidas, ou a matérias reguladas pelo Direito Canônico. Direito esse que surgiu para combater o Direito Romano por representar uma filosofia pagã distinta do Cristianismo. Dessa forma, o Direito Romano foi submetido a distorções e desvios de finalidade, resultando, nos séculos XIV e XV, no *usus modernus Pandectarum*, um direito romano profundamente deformado, originário da influência da escola dos glosadores e dos pós-glosadores (DAVID, 2014, p. 44-45).

No século XIV, a escola dos pós-glosadores prestou-se ao trabalho de fazer uma releitura do direito romano e dar-lhe desdobramentos novos, em termos de ramos do direito, sistematizando sua apresentação. A partir dessa época, o direito ensinado nas universidades foi se afastando cada vez mais do direito Justiniano, visando uma pretensão de universalização (FERRAZ JÚNIOR, 2014).

Nos séculos XVII e XVIII, surgiu a escola do Direito Natural, que se contrapôs aos pós-glosadores abandonando o método escolástico, e elevando a sistematização do direito a um nível lógico, comparado ao das ciências. Afasta-se a ideia de uma ordem do universo estabelecida por Deus, para defender uma ordem social determinada pelo homem por meio da consagração dos chamados direitos naturais do indivíduo, inatos à natureza humana (DAVID, 2014, p. 46).

Assim, esse novo modelo de direito por ter sua essência voltada para o próprio homem, recebeu o nome de Direito Natural. Hugo Grócio, considerado em certa medida como o pai do Direito Natural, citado por Nader, afirma que “o Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse ou que, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos” (NADER, 2003, p. 368), uma vez que diz respeito a uma espécie de patrimônio espiritual adquirido com o nascimento do indivíduo, e que se mantém independentemente de limites temporais ou territoriais. A ideia desse direito é respeitar o projeto de cada indivíduo, as opções humanas. Ele não formula uma teoria objetiva, mas busca agir dentro da razoabilidade e do bem dando origem aos direitos subjetivos, e estabelecendo o Direito como uma obra exclusiva da razão humana.

A eclosão dos ideais iluministas que eclodiram na mesma época, com pretensão de consolidar um direito universal, imutável, comum a todos os povos, corroboraram o Direito Natural. Os contratualistas e São Tomás de Aquino adotaram

essa ideia em certa medida, e tiveram também profunda influência no racionalismo jurídico do século XVIII, com a noção dos direitos fundamentais, do conservadorismo e da *Common Law* (TREVISANI, 2014, p. 335).

No âmbito do direito privado, a Escola do Direito Natural defende a aplicação das regras do direito romano somente se não contraditórias à razão, à justiça, aos sentimentos e necessidades da sociedade da época. No que tange ao âmbito público, com inspiração no modelo inglês da *Common Law*, essa Escola obteve êxito na elaboração de um direito público, até então inexistente, capaz de consagrar os direitos naturais dos indivíduos por meio da regulação das relações entre governantes e governados, conciliando as necessidades de administração e de polícia com os interesses individuais (DAVID, 2014, p. 47-48).

Até então, como traço da Idade Média, o Direito era independente do comando de uma autoridade ou de um soberano, pois esse não estava legitimado para criá-lo ou modificá-lo; somente poderia intervir no Direito para exercer sua função de administração da justiça (correção de erros, organização dos tribunais e regulação do processo). Nesse sentido, as ordenanças europeias¹ exerceram papel fundamental na formação do Direito Público, que foi sendo formulado a partir da influência das atividades desempenhadas pelo soberano.

Com o fim do Absolutismo, marcado pela Revolução Francesa, no final do século XVIII rompe-se com os moldes desenvolvidos na Idade Média e Moderna. O Estado deixa de ser governado por monarcas ungidos de um direito divino, e ocorre a afirmação dos direitos naturais através do primado da razão a fim de preservar os direitos naturais do indivíduo frente aos abusos do poder estatal (MARINONI, 2010, p. 47-48). Verifica-se, portanto, que a que legislação ocupava inicialmente uma posição secundária no plano jurídico, passa a desempenhar um papel de suma importância na regulação das relações no âmbito público.

Não obstante, o mesmo não ocorreu no âmbito privado, pois as autoridades buscaram preservar o reinado dos costumes, com a preocupação, inclusive, de redigi-los por escrito para uma consolidação mais eficaz, como se observou na França. Desse modo, o direito privado foi modificado não pela atuação do soberano,

¹Ordenança é uma norma jurídica que faz parte de um regulamento e que está subordinada a uma lei. Pode ser uma decisão, uma prescrição ou um mandado, emitidos por autoridades com competência para exigir seu cumprimento.

mas por meio do processo escrito, inspirado no modelo canônico, que substituiu o processo oral vigente, favorecendo a incorporação do direito romano.

A escola de Direito Natural, por sua vez, ainda que não reconhecendo as leis como resultantes da vontade arbitrária do soberano, atribuiu a ele o papel de legislador para que estabelecesse o império das leis (regras) conforme a razão. O objetivo era positivar o direito ensinado nas universidades, o que resultou no fenômeno da codificação, grande conquista e instrumento de consolidação do objetivo da escola (DAVID, 2014, p. 65-66).

Segundo Wambier, os juízes tinham de julgar mecanicamente de acordo com o escopo da lei, fundamentando expressamente a origem legal de seus argumentos. Trata-se de um procedimento análogo à teoria dedutiva do raciocínio lógico, pelo qual a decisão se resume à subsunção, ou seja, à soma da lei aos fatos (WAMBIER, 2009, p. 123). A conclusão do juiz manifestada na decisão “já estaria implícita em sua premissa (lei). O trabalho do juiz seria mera reconstrução do sentido do discurso do legislador inserido na norma no momento de sua criação” (LOPES FILHO, 2014, p. 39).

Conforme Marinoni, utilizando-se das premissas de Montesquieu, “o julgamento não poderia ser mais que o texto exato da lei”, devendo o juiz² adotar uma posição passiva e sem qualquer tipo de poder criativo, pois o “poder de julgar deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de direitos novos”, impedindo uma superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo (MARINONI, 2010, p. 53-54).

[...] no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da codificação [...]. Naquela tradição, diante da estrita separação entre o legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento [...]. Torna-se importante perceber que a conclusão de que, no *civil law*, o direito estaria no Parlamento foi coerente – a partir de uma visão estritamente marcada pela teoria positivista – com a ideia que o juiz criaria o direito (MARINONI, 2010, p. 68-69).

² Salienta-se que os juízes pré-revolucionários eram recrutados dentro da classe aristocrática, e seus cargos eram comprados ou herdados, sendo gozado como uma propriedade particular, capaz de render vantagens pessoais. Os magistrados se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos (especialmente a aristocracia feudal). Não havendo um julgamento isonômico, “a preocupação em desenvolver um novo direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando a necessidade de separação de poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do legislativo e do judiciário” (MARINONI, 2010, p. 52 e 53).

O marco instaurador do fenômeno da codificação, que tomou os séculos XIX e XX, foi a Revolução Francesa, com o apoio das ideias emergidas em 1789 e da expansão napoleônica – o Código de Napoleão unificou o direito europeu -, pois permitiu um processo reformador por meio de um soberano que buscava consagrar novos princípios e exerceu grande influência mundialmente (DAVID, 2014, p. 67).

Com o fim do absolutismo e com a Revolução Francesa, o “centro do poder transferiu-se do monarca para a nação” (WAMBIER, 2009, p. 123), e a lei escrita, que passou a ter o dever de ser a expressão da vontade do povo, simplificou o Direito em comparação com o procedimento oral que vigorava até então, pois “o raciocínio jurídico passou a ser visto e considerado como um genuíno pensamento sistemático (1600-1800)” (WAMBIER, 2009, p. 123).

Entretanto, a codificação inspirada sobretudo pelo espírito nacionalista no século XIX provocou a perda da tradição das universidades. O Direito perdeu sua característica de universalidade para todos os povos, reduzindo-se ao Positivismo Legislativo do direito nacional. Cada nação passou a construir seu próprio Direito como verdadeira generalização dos costumes, contrariando o ideal de *jus commune* que se almejava, e o Direito passou a ser sinônimo da autoridade do soberano, afastando-se dos propósitos de justiça.

Mais tarde, a nacionalização do direito foi se enfraquecendo com a elaboração dos documentos internacionais e o desenvolvimento do direito comparado, fortalecidos, inclusive, pela ideia do Direito Natural de consagrar direitos comuns a todos. Houve uma priorização da ideia de justiça distributiva, promovendo uma preponderância do direito público sobre o privado.

Assim, quase todos os ordenamentos se inspiraram no modelo de codificação francesa, e a Escola do Direito Natural consolidou a unidade do direito europeu. Entretanto, enquanto a França preocupava-se com a exegese de seu código, na Alemanha, a escola dos pandectistas deu continuidade à tarefa das universidades e sistematizou a um nível incomparável o direito romano, o que serviu de base para a elaboração de seu Código Civil no século XIX (DAVID, 2014, p. 71-73).

Esses dois movimentos distintos na França e na Alemanha permitem a conclusão de que embora haja alguma semelhança entre os direitos da família

romano-germânica que lhes permitem serem agrupados na mesma família, os direitos dessa família são, cada qual, essencialmente originais, e diferem entre si em determinados aspectos, sobretudo na substância. Assim, enquanto o direito público tende a ser diverso por decorrer dos modelos políticos adotados por cada país, o direito privado apresenta distinções por conta dos costumes de cada país.

Dessa forma, os países do sistema *Civil Law* adotam a divisão básica do Direito em público e privado. Divisão essa que não retira a unicidade do Direito, somente a desdobra, pois, esses campos se comunicam, apesar de possuírem princípios formadores distintos. Ademais, “dividir o direito em dois ramos esbarra na impossibilidade de se estabelecer, de modo absoluto, fronteiras nítidas entre eles” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 5-6).

Fato é que desde a época de Roma não foi fácil pensar sobre o direito público. O Estado como detentor da força, e, presumivelmente insubordinado à normatização como um soberano absoluto, fez com que a preocupação com o direito público se manifestasse na necessidade de regular as relações entre particulares que envolvessem a atuação direta do Estado, como ocorre no âmbito criminal, no qual o Estado deve intervir para solucionar um conflito verificado, muitas vezes, no espaço privado. Essa repercussão do desenvolvimento do direito público como necessário à preservação dos direitos naturais, como propunha a Escola do Direito Natural, abarcou a necessidade de frear os abusos de poder. E, com a influência da Revolução Francesa, dos pensamentos de Montesquieu e Rousseau, emergiu a estrutura do Estado de Direito, manifestado no século XIX como Estado Legislativo em razão do destaque conferido à função legislativa, tendo como referencial teórico o Positivismo Exegético (LOPES FILHO, 2014, p. 35).

Com a sistematização da doutrina - incumbida de “formular as regras de direito que futuramente inspirarão os juízes e os práticos” (DAVID, 2014, p. 102) - que ganhou posição de destaque no sistema da *Civil Law*, a regra de direito – que parte do que se observa da prática e das “considerações de justiça, de moral, de política, de harmonia do sistema que podem escapar ao juiz” (DAVID, 2014, p. 103) - deixou de ser entendida como solução para o caso concreto e passou a ser concebida como regra de conduta geral, que transcende às aplicações feitas pelos juristas em cada controvérsia.

Legislar nos países com sistema de origem romano-germânico, portanto, constituía, e ainda constitui, uma tarefa que exige muita técnica. A regra ocupa um lugar abaixo do alto grau de generalidade dos princípios, mas acima da concretude da decisão judicial, que materializa sua aplicação. Difícil, portanto, para o jurista situá-la no nível adequado de generalização, pois é necessário que seja capaz de abarcar uma ampla gama de situações, mas não ser tão geral ao ponto de eliminar a segurança na prática das condutas.

A generalidade reconhecida à regra de direito explica que a tarefa dos juristas seja essencialmente concebida nestes países como uma tarefa de interpretação de fórmulas legislativas, ao inverso dos países de *Common Law*, onde a técnica jurídica se caracteriza pelo processo das distinções. A “boa regra de direito” não é concebida aqui e lá do mesmo modo: nos países da família romano-germânica considera-se, pelo contrário, como desejável, que a regra de direito deixe uma certa margem de liberdade ao juiz, sendo a sua função unicamente estabelecer quadros para o direito e fornecer ao juiz diretivas. O autor da regra de direito, jurista ou legislador, não deve ir muito longe e esforçar-se por regular pormenorizadamente, porquanto ele é incapaz de prever, na sua variedade, todos os casos concretos que se apresentarão na prática. (DAVID, 2014, p. 105).

Assim, o Direito Inglês não foi tão influenciado pelos acontecimentos da Revolução Francesa. As alterações sofridas em razão dessa se apresentaram de maneira superficial e periférica. O processo revolucionário foi acompanhado pela Inglaterra por meio da Revolução Inglesa. No período compreendido entre 1640 (Revolução Puritana) e 1688 (Revolução Gloriosa) a Inglaterra viveu um processo revolucionário interno dominado pela classe burguesa que, como consequência, culminou na limitação dos poderes da monarquia, e na criação do parlamentarismo tal qual se apresenta atualmente (RESENDE, 2016, p. 30).

Diante desse contexto, percebe-se que as famílias da *Common Law* e da *Civil Law* seguiram rumos distintos. Na França e demais países que adotaram a linhagem romano-germânica o ordenamento legal passou a ser um instrumento ao qual o juiz sujeitava-se, não podendo exercer qualquer interpretação sobre o mesmo. A Inglaterra, por sua vez, foi capaz de subsumir o regime da *Common Law* sem anular ou limitar os poderes do magistrado (RESENDE, 2016, p. 23).

2.2.2 Estrutura e características fundamentais

A lei em sentido amplo é a fonte principal do direito nos sistemas da *Civil Law*, nos quais predomina o direito escrito, originário dos textos oficiais emitidos por autoridades. A codificação, fenômeno do Juspositivismo, para o qual o direito positivo é aquele imposto pela soberania do poder do Estado, mediante a lei, norma geral e abstrata, fez com que a ciência jurídica perdesse sua capacidade criativa; e teve como marco a Escola da Exegese, predominante na França do século XIX, sendo propagada com o surgimento da escola científica (DAVID, 2014, p. 111-112; BOBBIO, 1995, p. 78).

A Escola da Exegese acreditava que os códigos franceses eram expressão da perfeita razão, e que a solução justa para o caso concreto era alcançada por meio da exegese da lei. Defendia uma interpretação passiva e mecânica do Código e tinha como fundamentos de origem a consideração do Código como única fonte de Direito, desprezando as demais; a mentalidade dos juristas fundada no princípio da autoridade do legislador, pelo qual vigora sua vontade embutida na lei; a doutrina da separação dos poderes, que defende que a função de criar o Direito é do Legislativo, estando o Judiciário invadindo sua esfera, caso o juiz interprete a norma; o princípio da certeza do direito, que defende que a segurança advém do conhecimento antecipado das consequências jurídicas das condutas; e a pressão do regime napoleônico sobre as instituições de ensino superior, para que seja ensinado exclusivamente o direito positivo (BOBBIO, 1995, p. 79-81).

“Essa concepção rígida era parcialmente decorrente de uma profunda desconfiança nutrida pela burguesia em relação aos juízes” (WAMBIER, 2009, p. 123-124), na qual “entendia-se que o juiz não podia interpretar os textos legais, devendo-se limitar a aplicá-los aos casos, pois o que se temia é que, pela via interpretativa, pudesse ser distorcido o texto” (WAMBIER, 2009, p. 123-124).

Na Inglaterra não houve no país o fenômeno da codificação, conforme se analisará à frente, mas Jeremy Bentham elaborou a mais ampla teoria da codificação, exercendo influência em todo o mundo civilizado, exceto na própria Inglaterra. Bentham, inspirado no ideal iluminista, acreditava na possibilidade de se estabelecer uma ética objetiva pela qual o legislador universal poderia estabelecer

leis racionais válidas para todos os homens (BOBBIO, 1995, p. 91-92).

Pode-se resumir as características fundamentais dessa doutrina da seguinte forma: considera o Direito como fato, não como valor, de modo que o jurista deve estudá-lo e aplicá-lo abstendo-se de juízos de valor, assim como faz o cientista, em relação às ciências naturais, ou seja, a validade do Direito não implica em seu valor necessariamente; o direito é definido em função da existência de coação; a legislação é a principal fonte do Direito, permitindo-se os costumes, somente quando em acordo com as leis; a norma é um comando imperativista; o ordenamento jurídico é um conjunto completo e coerente de normas, sendo suficiente para a solução de qualquer caso concreto; a interpretação é mecanicista, sendo, a atividade do juiz, declarativa, e não produtiva ou criativa do direito; e a lei deve ser absolutamente obedecida (BOBBIO, 1995, p. 131-133).

Entretanto, os ideais liberais e positivistas iniciados com a Revolução Francesa, com o passar do tempo, instigados principalmente pelas mudanças da sociedade moderna, e aos insurgentes paradigmas do Estado Democrático de Direito, que contaram com uma grande mobilidade social e um maior acesso ao Judiciário, ocasionaram uma visão do Direito com o objetivo de melhor se adequar a uma nova realidade vivenciada pelas sociedades contemporâneas.

Assim, o juiz, inicialmente proibido de interpretar a lei, passou a poder interpretá-la aos poucos, “a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *Civil Law*”, pois foi atribuído ao papel do atual juiz da *Civil Law* o “dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto” (MARINONI, 2010, p. 18-19).

Nesse sentido, atualmente, um modelo de interpretação fechada e desfocada da realidade do caso concreto não condiz com a atividade jurisdicional do magistrado, devendo o mesmo “conhecê-la, compreendê-la, para então nela fazer producentes os efeitos idealizados pelas regras do ordenamento jurídico” (TEODORO, 2011, p. 128).

O ordenamento jurídico tem dificuldades de prever e reger, pela via positiva, todos os conflitos existentes numa sociedade de massas. Baseado nessa premissa, o ordenamento legal cria aberturas para que a norma seja

construída pelo juiz, com a participação dos destinatários das referidas leis. Isso ocorre através da contribuição dada pelas partes da lide na construção dos fatos reais conflituosos em juízo. Trata-se da interpretação condizente com a sociedade aberta. [...] O juiz por seu turno, deve estar atento à realidade. Deve ter tido uma boa formação técnica, teórica, intelectual e ética. Assim, poderá construir o verdadeiro significado das normas através dos instrumentos que o sistema legal oferece (TEODORO, 2011, p. 128).

Nos países de família romano-germânica, a lei em sentido amplo é, por excelência, como apontado, a fonte predominante, tendo em vista expressar em seu texto escrito regras claras, harmonizando seu propósito com o princípio democrático, manifestando-se nas constituições e nos códigos, mas também se considera fontes do direito a lei, os costumes, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais.

As regras constitucionais encontram-se no topo da hierarquia, acompanhadas, em muitos ordenamentos, dos tratados, situando-se acima dos códigos (que surgiram com o propósito de exprimir um direito universal, mas passaram a designar a compilação de leis que regulam determinada matéria), das leis (que ocupam o mesmo patamar hierárquico que os códigos), regulamentos e decretos (que são regras emitidas pela administração, que constituem atos regulamentares das leis), circulares administrativas (as quais indicam o entendimento da administração acerca das regras contidas nas leis e nos decretos e seu modo de aplicação) (DAVID, 2014, p. 120-128).

O que confere valor à lei é o modo de interpretação, abordado contemporaneamente pela doutrina (DAVID, 2014, p. 130). Os juízes, por não se vincularem aos que os precederam, podem decidir de forma diversa, isto é, aplicar diferentemente o direito, de acordo com a diferenciada análise que fazem dos fatos, sendo que muitos ainda buscam a intenção do legislador como uma das formas de interpretação (MARINONI, 2010, p. 64).

O costume, por sua vez, ocupa papel importante na busca da solução justa, embora não ocupe papel tão fundamental (análogo ao da lei), como defendido pela Escola Sociológica, nem tão prescindível, como concebido pelo Positivismo Legislativo. Para a Escola Histórica do século XIX, por sua vez, o costume possui a mesma importância que a lei, pois o direito seria produto da consciência popular, como se verificou na Alemanha, Suíça e Grécia (DAVID, 2014, p. 143-144).

O papel assumido pela jurisprudência, por outro lado, é diferente no sistema

da *Civil Law* daquele desempenhado no sistema da *Common Law*. Entretanto, embora seu papel seja de menor importância para a família romano-germânica em relação ao sistema da *Common Law*, em países como França, Alemanha, Espanha, Itália, Suíça e Turquia, a jurisprudência exerce papel tão primordial ao desenvolvimento do direito que existem compilações (ou repositórios) oficiais para utilização dos juristas (DAVID, 2014, p. 156), o que contribui para a diferenciação entre o que é jurisprudência (que deve ser tomada como guia) e o que é uma mera decisão³.

Na *Civil Law*, não pode a jurisprudência criar o direito, tarefa essa reservada ao legislador e às autoridades administrativas. Entretanto, a jurisprudência estabelece regras de direito com base nos quadros legislativos pré-fixados, mas sem possuir a mesma autoridade que as regras emanadas da lei, formuladas pelo legislador, já que podem ser modificadas ou superadas em qualquer tempo pelo próprio Poder Judiciário. Não pode fundamentar sua razão de decidir em seus próprios critérios. A regra criada pela jurisprudência apenas vigora enquanto é considerada boa pelos juízes (DAVID, 2014, p. 150).

Assim, na *Civil Law* tradicionalmente não existia o precedente, como no sistema da *Common Law*, pois desde a Idade Média os países da família romano-germânica se preocupam com o estabelecimento de normas gerais que abarquem um maior número de casos, desvinculando-se das circunstâncias casuísticas. Entretanto, de maneira excepcional, pode, um país, exigir dos juízes o cumprimento obrigatório de determinado precedente ou linha de precedentes, como ocorre na Alemanha em relação às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional. Nesse sentido, a jurisprudência é uma fonte de direito, mas não de regras de direito

³ A jurisprudência se distingue de uma mera decisão. Segundo França, jurisprudência pode ser definida basicamente por cinco conceitos distintos. “O primeiro, um conceito lato, capaz de abranger, de modo geral, toda a ciência do direito, teórica ou prática, seja elaborada por juristas, seja por magistrados. Teria como correspondente, no passado, a noção [...] de *divinarum, atque humanarum rerum notitia justae atque injustae scientia* (Digesto, 1,1,10,2), noção essa [...] que aí viu uma definição ampla demais, capaz de abranger a própria ciência da filosofia. O segundo, ligado à etimologia do vocábulo, que vem de *juris prudentia*, consistiria no conjunto das manifestações dos juristas (prudentes), ante questões jurídicas concretamente a eles apresentadas [...]. O terceiro, o de doutrina jurídica, teórica, prática ou de dupla natureza, vale dizer, o complexo das indagações, estudos e trabalhos, gerais e especiais, levados a efeito pelos juristas sem a preocupação de resolver imediatamente problemas concretos atuais. O quarto, o da massa geral das manifestações dos juízes e tribunais, sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei. O quinto, finalmente, o de conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico”. (FRANÇA, 2008, p. 120-121).

(MARINONI, 2010, p. 64-70).

As decisões, a seu turno, na unanimidade dos países, devem ser motivadas. A exigência para tanto foi realizada de forma gradual na Itália, a partir do século XVI, assim como na Alemanha, a partir do século XVIII, mas nesse último país se tornou obrigatória em 1879, décadas depois de ter se tornado obrigatória na França em 1790. Por outro lado, a forma de redação das decisões difere entre os países, assim como a aceitação da divulgação das decisões minoritárias (votos vencidos), que são em geral admitidas pelo sistema da *Civil Law*, mas rejeitadas pelo sistema da *Common Law*.

A doutrina, por sua vez, enquanto fonte de Direito apenas recentemente reduziu um pouco a força soberana que atribuía à lei, mesmo os princípios de direito tendo sido colocados em evidência nas universidades já entre os séculos XIII e XIX. A importância da doutrina reside principalmente na função de determinar o vocabulário e as noções de direito a serem usadas para criação das leis, e ao papel de estabelecer seus métodos de interpretação. Por fim, quanto aos princípios gerais, são princípios que podem ser inferidos do próprio texto legal ou de fora desses, representando a necessária submissão do direito à justiça (DAVID, 2014, p. 163).

No que tange às características dos países da família da *Civil Law* que fogem às fontes do direito, em relação à organização judiciária dos países, todos se submetem a uma hierarquia, composta por tribunais de primeira instância distribuídos pelo território do país, tribunais de segunda instância em menor número, e um supremo tribunal. As espécies de tribunais podem variar segundo a matéria dos litígios; e alguns países possuem esferas jurisdicionais fora do Poder Judiciário, a exemplo das jurisdições administrativas na Itália e na França.

Quanto aos juízes, ao contrário da tradição romana, na qual os juízes e pretores não eram juristas, na família romano-germânica, de modo geral, trata-se de uma carreira específica, que exige qualificação e que possui nomeação vitalícia com garantia de inamovibilidade. Já nos países da *Common Law*, os juízes são “escolhidos entre os advogados que alcançaram grande reputação” (DAVID, 2014, p. 155).

Assim, a doutrina adotou o consenso de que nos países da *Civil Law* a lei não pode ser mais aclamada como fonte exclusiva do direito, pois é inquestionável, por

exemplo, o papel criador do juiz, através da sua interpretação ligada à própria convicção, que não se encontra mais totalmente condicionada à pura lógica convencional e disseminada pelos códigos, que tinha, outrora, a imensa pretensão de normatizar o padrão de todo o comportamento esperado de seus membros, como se a norma positiva tivesse sido produzida por uma razão perfeita e inquestionável, que deveria apenas ser observada.

Observa-se, por fim, que tanto na família *Civil Law* como na família *Common Law*, que será abordada no próximo tópico, vislumbra-se a concepção de um direito voltado intrinsecamente para a realização da justiça. Nota-se, porém, que a grande diferença entre ambos é que, enquanto no sistema *Common Law* se procura as soluções contra a injustiça através das decisões judiciais, no sistema romano-germânico, o principal ponto norteador da busca pela justiça é a lei.

2.3 Sistema da *Common Law*

Pontuada a formação, desenvolvimento, características e estruturação do sistema da *Civil Law*, passa-se agora à realização das mesmas considerações no âmbito da família da *Common Law*.

2.3.1 O Direito Inglês: considerações histórico-evolutivas

O termo *Common Law* possui em geral três significados – que poderão ser mais bem compreendidos ao longo da explanação acerca do sistema, conforme se verá a seguir: direito comum que unificou a Inglaterra, tipo de processo próprio dos tribunais reais e contrastante com a *Equity*, e sistema jurídico anglo-americano (ALMEIDA, 2007, p. 67).

O Direito Inglês limita-se ao território da Inglaterra e do País de Gales, e, embora muitos países adotem o sistema da *Common Law*, o modelo inglês é um parâmetro utilizado até os dias atuais. Desenvolveu-se autonomamente, livre de qualquer influência evolutiva de outros direitos, sobretudo da codificação (DAVID,

2014, p. 353).

A história do direito inglês é marcada por quatro períodos. O primeiro é o período do direito anglo-saxônico, que data do momento anterior à conquista normanda em 1066. Roma dominou a Inglaterra por quatro séculos (do Imperador Cláudio ao século V), e, cessado esse domínio, o território foi invadido e partilhado por tribos germânicas (incluindo saxões, anglos, dinamarqueses), momento esse considerado pelos historiadores como o início da história do direito inglês. Nesse período a Inglaterra se converte ao cristianismo, pelo que as leis passam a ser redigidas, na língua anglo-saxônica, regulando apenas aspectos muito limitados das relações sociais, caracterizando um direito especificamente local, que somente se unificou com a conquista normanda (DAVID, 2014, p. 357).

A conquista normanda, em si, não vai modificar este estado de coisas. Guilherme, o Conquistador, mal cognominado, pretende reinar na Inglaterra como sucessor do rei Eduardo, o Confessor, e não pelo direito da conquista. Ele proclama expressamente que o direito anglo-saxônico se mantém em vigor e ver-se-ão, até os nossos dias, juristas e juizes ingleses invocarem, quando as circunstâncias o exigem, e mesmo aplicarem esta ou aquela lei da época anglo-saxônica. (DAVID, 2014, p. 357).

A conquista normanda trouxe para o território um poder centralizado e experiente, extirpando as tribos de origem germânica, que ocupavam o território desde o fim do domínio romano, e estabelecendo o feudalismo. Este é caracterizado por um perfil militar e organizado, com manifestação no *Domesday*⁴, redigido a partir de 1086. Nesse contexto, o soberano distribuiu somente pequenos feudos para manter sua hegemonia política, e esse caráter de rigor e de disciplina na organização possibilitou o surgimento da *Common Law* (DAVID, 2010, p. 357-358).

Destaca-se que, através da Revolução Gloriosa de 1688, na qual é vencida uma longa batalha contra o poder do monarca absolutista pelo parlamento inglês, não se buscou extinguir a tradição do Direito comum antigo e assim criar um modelo de direito novo (como mais tarde acontecerá através da Revolução Francesa), mas se passou a lutar contra o arbítrio dos juizes, utilizando-se de instrumentos

⁴ *Domesday book* é um registro de censo e pesquisa dos proprietários de terras e de suas propriedades, elaborado por ordem de William, o Conquistador, em 1085-1086. (The Free Dictionary). “Documento em que são referenciados os 15.000 domínios (*manors*) e os 200.000 lares então existentes na Inglaterra” (DAVID, 2014, p. 358).

presentes na própria *Common Law*, sendo que os precedentes surgem na Inglaterra de modo natural, justamente para preservar a igualdade perante as decisões judiciais e a coerência do Direito, de forma diversa como mais tarde seria proposto pelos franceses, através da suposição de que a lei seria suficiente para garantir a liberdade, uma vez que apenas declarada pelo juiz, o qual não poderia de forma alguma, interpretá-la (MARINONI, 2010, p. 44-46).

A assembleia dos homens livres (*County court* ou *Hundred Court*), substituída gradativamente por diferenciadas jurisdições senhoriais (*Court Baron, Court Leet, Manorial Courts*), aplicava um direito costumeiro local. Após a conquista, as jurisdições eclesiásticas estabeleceram o direito canônico. A *Common Law*, chamada de *comune ley* pela gíria normanda - língua falada pelos juristas ingleses até o século XVII -, constituiu-se no direito comum a toda a Inglaterra, sendo obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, denominados pelo local onde se fixaram a partir do século XIII: Tribunais de Westminster (DAVID, 2014, p. 359).

Os litígios eram levados às diferentes jurisdições mencionadas, e o rei apenas interferia quando a paz do reino fosse ameaçada ou se a prática da justiça pelos meios comuns fosse impossibilitada. Ele atuava na *Curia regis* (corte dos grandes personagens), na qual, no século XVII, houve uma cisão, e organizações como o parlamento e comissões com poderes jurisdicionais adquiriram autonomia. Posteriormente, o rei, o Chanceler e os juizes buscaram estender sua jurisdição sobre um maior número de causas em razão do lucro proporcionado pela administração judicial.

De outro lado, os Tribunais Reais que atuavam somente sobre causas que envolvessem as finanças reais, propriedade imobiliária, posse de imóveis e questões criminais que dissessem respeito à paz do reino (DAVID, 2014, p. 359-360), dispunham de recursos de coação e puderam modernizar seu processo, de modo que, no fim da Idade Média, tornaram-se os únicos responsáveis pela administração da justiça. Assim, até 1875 foram concebidos como jurisdições de exceção, a partir de quando se tornaram “jurisdições de direito comum” (DAVID, 2014, p. 361).

Ter seu caso submetido às jurisdições reais era um privilégio, autorizado pelo Chanceler, oficial da Coroa, que por meio de um *writ*, colocava tais jurisdições em funcionamento mediante pagamento de taxas. Os *writs* constituíam uma ordem do

rei aos seus agentes para que a parte acionada satisfizesse a pretensão do autor. Outra via de obter julgamento para sua lide era se dirigir diretamente aos juízes por meio de queixas ou petições (*querela, billa*). A fim de ampliar a competência dos tribunais, lançou-se mão da técnica consubstanciada nas *actions on the case*. O processo adotado pelos tribunais depende do modo de condução da ação, isto é:

A cada *writ* corresponde, de fato, um dado processo que determina a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades da sua administração, e os meios de fazer executar a decisão. (DAVID, 2014, p. 363).

Fica aqui evidenciada uma das diferenças primordiais em relação ao sistema da *Civil Law*. Enquanto no direito inglês preocupava-se predominantemente até o século XIX com as questões processuais, a fim de estabelecer um procedimento mais adequado ao caso concreto, relegando a segundo plano a necessidade de determinar uma decisão justa; os juristas da família romano-germânica preocupavam-se com o direito substancial, definidor de direitos e obrigações dos indivíduos. Na *Common Law*, a tarefa principal era fazer com que os tribunais admitissem sua competência. Gradativamente o conteúdo da decisão passou a importar e a compor a base de um parâmetro para futuras decisões.

Os processos formados a partir dos *writs* concedidos visavam formular questões de fato que seriam submetidas a júri, pois o júri julgava todas as ações apresentadas até 1856. Os processos mais arcaicos, que não eram submetidos a júri, foram abandonados. Em razão da necessidade de lidar com o elevado número de processos que surgia, os Tribunais de Westminster elaboraram, então, um direito comum à Inglaterra, a *Common Law*, no qual os juristas e juízes adquirem formação pela prática, dispensando a formação universitária (DAVID, 2014, p. 364-365).

As antigas formas de resoluções de conflito via julgamento *trial by ordeal* e *trial by battle* caíram em desuso, tendo seu espaço sido preenchido pelo julgamento *trial by jury*. Em 1400, em razão de um importante precedente (*Parson of Saltash*), estabeleceu-se a diferenciação da matéria de Direito e da matéria de fato nos tribunais da *Common Law*, de modo que passou a caber ao juiz julgar somente a matéria de Direito.

Ainda hoje se pode notar a influência das circunstâncias de surgimento da *Common Law* no direito inglês. Tais circunstâncias além de terem concentrado o interesse dos juristas no processo, sistematizaram categorias e definiram conceitos do direito, não consideraram a distinção entre o direito público e o privado e impediram a recepção do direito romano na Inglaterra. Assim, a principal causa para a inoportunidade dessa recepção foi a rigidez processual do direito inglês, que acabou criando o novo direito - a *Common Law* - cuja maioria dos elementos foi retirada dos costumes ingleses locais, pelo que os litígios versavam quase exclusivamente sobre direito privado, e por essa razão, os processos eram tão complexos que só podiam ser apreendidos a partir da prática (DAVID, 2014, p. 369-370).

Contudo, apesar da considerável expansão que a *Common Law* vivenciou, passou a enfrentar a rivalidade da *equity*. Isso porque as jurisdições que atuavam paralelamente aos tribunais reais desapareceram gradativamente, ensejando o surgimento de novos corretivos que suprissem as lacunas deixadas pela *Common Law*. Quando os Tribunais de Westminster não davam uma solução justa aos litígios, por problemas de administração, o vencido recorria ao rei, por intermédio do Chanceler, como última instância, o que se tornou recorrente a partir do século XIV (DAVID, 2014, p. 371).

A Guerra das Duas Rosas dificultou que o rei decidisse os litígios no Conselho, o que fez com que delegasse a competência ao Chanceler de julgar pelo rei e pelo Conselho, de modo que, a partir do século XV, o Chanceler foi se tornando um juiz autônomo e de atuação recorrente, que tomava as decisões com base na equidade do caso particular, aplicando doutrinas equitativas, que são corretivos dos princípios jurídicos aplicados pelos Tribunais Reais, com certa discricionariedade. O Chanceler, a partir de 1529, passa a ser quase sempre um jurista, que adota o processo inspirado no direito canônico, mas extraindo princípios substantivos do direito romano, representando, assim, uma administração boa e justa, que lançava mão de um processo e de um sistema de provas muito diferente dos da *Common Law* (DAVID, 2014, p. 371-372).

Assim, em razão de sua decadência, fortalecida pela *equity* aplicada pelo Chanceler, a *Common Law* sofreu o risco de ser substituída pela família romano-germânica no século XVI. Entretanto, os tribunais da *Common Law* aliaram-se ao Parlamento contra o absolutismo real, afastaram a ameaça de eliminação do

sistema jurídico e, apoiando-se nas falhas do exercício da atividade de julgar do Chanceler, os tribunais firmaram um acordo com o Chanceler para que ambas as jurisdições se mantivessem paralelamente.

Nesse sentido, o rei Jaime I, em 1616, foi favorável à jurisdição do Chanceler, estabelecendo-se um acordo que vedou ao rei criar novas jurisdições paralelas aos tribunais, transformou o Chanceler em jurista e fez com que os tribunais aceitassem a jurisdição do Chanceler, desde que se baseasse em seus próprios precedentes, sem se utilizar de elementos próprios da *Common Law* (DAVID, 2014, p. 374), inaugurando, assim, o caráter dualista do direito inglês.

O Tribunal do Chanceler aceita os princípios da *common law* (*equity follows the law*), mas intervém num certo número de casos – do que resultarão regras complementares, ditas de *equity* – a fim de aperfeiçoar, no interesse da moral, o sistema de direito aplicado pelos tribunais [...]. O Chanceler intervém ‘em equidade’, sem pretender modificar as próprias regras do direito administrado pelos tribunais. O que justifica a intervenção do Chanceler, em todos os casos, são as exigências de consciência. A consciência se choca com a solução que resulta de um direito imperfeito (DAVID, 2014, p. 391).

O filósofo Thomas Hobbes, nessa época, já se mostrava um crítico ferrenho da *equity* pois, de acordo com sua teoria contratualista, que pregava que os indivíduos fazem um contrato em si e elegem um soberano de poder ilimitado que lhes garanta segurança, não fazia sentido a existência de dois sistemas funcionando como justiças distintas paralelamente, pois toda justiça deveria emanar do soberano, o grande “Leviatã”, de autoridade inquestionável.

Até 1875, as soluções de *equity* foram aplicadas exclusivamente pelo Tribunal de Chancelaria. A *equity*, com seu aperfeiçoamento ao longo do tempo, ficou tão próxima das regras da *Common Law* como da equidade. Entretanto, atualmente, não se mais se cogita tamanha aproximação, tanto que na Inglaterra hoje, evita-se utilizar o termo *equity* como equidade, fazendo-se uso dos termos “*justice, fairness* ou *good conscience*” (DAVID, 2014, p. 375).

Enquanto o continente europeu vivia o fenômeno da codificação como resultado do declínio do jusnaturalismo, sustentou-se, na Inglaterra, a concepção de que o juiz somente declarava o direito, tendo como um dos principais adeptos

William Blackstone. Haveria a *lex non scripta* ou *Common Law* (direito não escrito), que refletiria costumes gerais e regras máximas estabelecidos entre os *Englishmen* e costumes particulares de regiões do reino e de jurisdições específicas, e a lei escrita ou *statute law*, concluindo Blackstone que as decisões das Cortes eram uma ilustração da *Common Law*⁵. O juiz não pode criar direito novo, mas tão somente declarar o exposto pelos precedentes (MARINONI, 2010, p. 50-51).

Como contraposição ao jusnaturalismo racionalista e à concepção declaratória do direito, surgiu o Positivismo, que defende que o Direito é fruto da vontade do povo, expressa por meio do legislador, demonstrando, assim, os juristas da *Common Law* que o direito não se encontrava nos costumes, e sim era constituído pela decisão. Nesse momento, surgiu um traço marcante que diferenciou a *Civil Law* da *Common Law*: neste, vigorou a concepção do *juge bouche de la loi* (juiz boca de lei), naquele, *judge make law* (juiz legislador) (MARINONI, 2010, p. 51-53).

No período moderno, compreendido pelos séculos XIX e XX, o sistema jurídico inglês sofre uma reforma significativa, sobretudo em razão da difusão do ideal democrático, passando a importar-se mais com o direito substantivo do que com o direito processual. Entre 1873 e 1875, são editados os *Judicature Acts*, que unificam a jurisdição inglesa, atribuindo-lhe competência para aplicar tanto as regras da *Common Law* como as de *equity*, ao mesmo tempo, pelo mesmo órgão, vencendo a *equity*, em casos de conflito. No século XIX, foi elaborada a principal legislação do direito inglês que, não retirando seu caráter tradicional, apenas proporcionou novas possibilidades e novas orientações para aplicação do direito. A *Law Reports*, criada em 1865, é o principal instrumento de compilação de doutrina e jurisprudência, e a enciclopédia *Laws of England* é a principal obra de exposição sistemática do direito (DAVID, 2014, p. 377-378).

O movimento rumo à modernização da *Common Law*, iniciado no século XIX, ainda permanece, assumindo novas características. À época de sua arrancada, no século XIX, a Inglaterra, assim como a maior parte da Europa, vivia o predomínio da corrente político-econômica liberal, a qual predominou até 1914. Após a Primeira Guerra Mundial, essa corrente foi substituída pelo ideal socialista do *welfare-state*, o

⁵ BLACKSTONE, William. Commentaries on the law of England (fac-símile da 1ª edição, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979. Vol. 1.

qual buscava a reforma da sociedade, a fim de recuperá-la dos danos causados pela Guerra.

Esse domínio do cenário político pelo *welfare-state* provocou a crise da *Common Law*, com conseqüente ampliação da importância das normas positivadas, somando-se o acréscimo de litígios entre o cidadão e a administração, o qual resultou na criação de organismos para aliviar o congestionamento dos tribunais. A fim de solucionar os problemas do *welfare-state* e de desenvolver o comércio internacional, o direito inglês aproximou-se do romano-germânico, que, em razão de sua tradição doutrinal-legislativa, estava mais preparado para as mudanças. A entrada do Reino Unido para a Comunidade Econômica Europeia representou o auge dessa afinidade (DAVID, 2014, p. 379).

Gustavo Nogueira salienta que países da *Common Law* têm buscado soluções para suas deficiências em técnicas típicas da *Civil Law*, podendo-se apontar como exemplo a criação, pela Inglaterra, de um “Código de Processo Civil” em 1998 que, até abril de 2009, havia sofrido 49 alterações” (NOGUEIRA, 2011, p. 25).

2.3.2 O Direito Inglês: estrutura

A estrutura e elementos do direito inglês é essencialmente diferente da estrutura do direito da família romano-germânica. Isso porque o processo histórico-evolutivo sofrido por ambos é totalmente diverso. O juiz desempenha papel de árbitro na *Common Law*⁶, todos os institutos são definidos diferentemente do modo da *Civil Law*, além do fato de que, tradicionalmente, os direitos da família romano-germânica se preocupam mais com as regras substanciais (*substantive law*), enquanto o direito inglês volta sua preocupação para as regras procedimentais (*adjective law*). Talvez o principal traço do direito inglês que o individualiza seja a predominância do processo tradicionalmente utilizado, sobretudo com o elemento *equity*, como visto, em oposição à predominância da lógica e da codificação da *Civil*

⁶ Na *Common Law*, o juiz cria novas regras de direito, a partir do julgamento do caso concreto, e pode também modifica-las, regras essas que deverão ser aplicadas em casos futuros. As partes deêm apresentar suas provas, mas uma não dispõe de meios para forçar a outra a apresentar determinada prova; o Chanceler pode fazê-lo (DAVID, 2014, p. 389-390).

Law.

Seu período de modernização e início do processo de constitucionalização do Direito, por assim dizer, possui como marco inicial a Magna Carta⁷ de 1215 e depois foi acrescido por um processo evolutivo de grandes reformas, como o *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights* de 1689 e Atos Parlamentares de 1911 e 1949, caracterizado pelo êxito de um ideal democrático e também influenciado pelos ideais iluministas do filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham (1748-1832) (NETO; WIPRICH, 2011, p. 281-282).

A distinção fundamental está entre *Common Law* e *equity*. Até 1875, os traços fundamentais que diferenciavam esta daquela eram a origem histórica, a competência para aplicação, a não adoção de júri pela *equity* e as soluções apresentadas aos casos⁸ (substancialmente diferentes), sendo que a solução pela *equity* detinha a característica da discricionariedade. A partir do século XVII, ambos os sistemas se assemelharam muito em termos de estrutura formal, sobretudo após sua unificação pelos *Judicature Acts* de 1873-1875. Atualmente, as diferenças identificadas dizem respeito basicamente ao abarcamento de novas matérias por

⁷ A Magna Carta, documento assinado pelo Rei João em 1215, é um documento de natureza constitucionalista que impunha limites ao poder absoluto do Rei, entre eles, a necessidade de se convocar o Parlamento para aprovar ou rejeitar os assuntos e decisões do rei que envolviam o interesse da nação. (NETO; WIPRICH, 2011, p. 274).

⁸ O Tribunal do Chanceler aceita os princípios da *Common Law*, mas intervém em alguns casos, com o fim de aperfeiçoar o direito aplicado pelos tribunais, no interesse da moral, isto é, por uma exigência de consciência, quando a solução para um caso resulta de um direito imperfeito. Nesse sentido, trata-se de uma atuação relativamente discricionária, porque o Chanceler apenas intervém se a conduta do réu for contrária à sua consciência e o demandante não parecer suspeito. Para se determinar (distinguindo da *Common Law*) a competência da intervenção da jurisdição de *equity* do Chanceler, desenvolveu-se um conjunto de instituições – dentre elas o *trust* – ou de conceitos – dentre eles os de *misrepresentation* e de *undue influence*, de *specific performance* e doutrina de *subrogation*. A Chancelaria exerce, também, muitas atribuições de jurisdição gratuita, como o fornecimento de diretivas aos *trustes* quanto à gestão dos bens que lhes são confiados, para provar modificações nos estatutos de uma sociedade por ações, para tomar medidas no interesse de um menor declarado sob tutela do tribunal (*ward of court*), entre outras. Além disso, as soluções que se podia pedir ao Tribunal de *equity*, em geral, eram diferentes daquelas que um tribunal da *Common Law* poderia ordenar. Como exemplo, o Tribunal de *equity* não pronunciava condenação de pagamento de perdas e danos (*damages*). No caso de inexecução de um contrato, a *Common Law* pode apenas outorgar perdas e danos à parte lesada, enquanto o Tribunal de *equity* pode determinar a execução forçada (*decree of specific performance*) (DAVID, 2014, p. 389-393).

Assim, hoje, na Inglaterra, pertencem ao domínio da *Common Law* as seguintes matérias: o direito criminal, todo o direito dos contratos (originalmente originário na *Equity*) e o da responsabilidade civil (*torts*), nos quais se especializaram os *Common Lawyers* e no qual a atuação do *jury* é de sua essência. Ao domínio da *Equity* pertencem as matérias relacionadas aos direitos da *real property*, dos *trusts* (contratos fiduciários, pelos quais o *settlor* transfere uma propriedade móvel ou imóvel, já vivos, a alguém, o *trustee*, para que a administre em favor de um beneficiário, o *cestui que trust*) das sociedades comerciais, das falências (*bankruptcy*), das questões de interpretações de testamentos e da liquidação de heranças. (SOARES, 1997, p. 178).

parte da *equity* e da transferência de matérias da *equity* para a *Common Law*. Assim, para saber qual aplicar, deve-se identificar a qual ramo do direito a matéria pertence (DAVID, 2014, p. 377, 394-396).

A *Equity* não pode ser traduzida por equidade, pura e simplesmente. São normas que se superpõem ao *Common Law*. A *Equity* origina-se de um pedido das partes da intervenção do rei em uma contenda que decidia de acordo com os imperativos de sua consciência. Tem por escopo suprimir as lacunas e complementar o *Common Law*. As normas da *Equity* foram obras elaboradas pelos Tribunais de Chancelaria. O chanceler, elemento da coroa, examinava os casos que lhe eram submetidos, com um sistema de provas completamente diferente do *Common Law*. O procedimento aí é escrito, inquisitório, inspirado no procedimento canônico (VENOSA, 2003, p. 103).

Importante enfatizar, ainda, que somente em 1758, foi instituído o curso de direito inglês em Oxford, e em 1800, em Cambridge. Ou seja, as universidades não exerceram papel de influência como na *Civil Law*, até porque, a complexidade e peculiaridade dos casos decididos pela *Common Law*, em razão de dependerem da prática, dispensavam o ensino do direito pelas universidades, pois não havia um padrão normativo a ser apreendido, cada caso era decidido por um processo individualizado. Não era necessário ter formação em Direito para se tornar advogado ou *solicitor* (DAVID, 2014, p. 386).

Entretanto, atualmente o direito inglês adquiriu rigor e riqueza comparáveis à *Civil Law*. Porém, segundo Resende, demonstrou mais simplicidade e menor sistematização em relação ao sistema da *Civil Law*, em razão de ter se formado gradualmente, a partir da prática forense. Contou muito pouco com a contribuição das universidades de direito, pois, inclusive à época, os juristas ingleses não possuíam sequer formação universitária (RESENDE, 2016, p. 39). O jurista se volta para a necessidade de efetivar os direitos embutidos nos princípios.

O direito inglês é essencialmente jurisprudencial (*case law*), as regras de direito nele aplicadas são, em sua maioria, as utilizadas na *ratio decidendi* dos tribunais superiores. O *obiter dicta* corresponde à emissão de opiniões do juiz que não são necessárias à solução do litígio. A *legal rule* é a regra emitida para solução de determinado caso concreto, utilizada na *ratio decidendi*. Esta, por sua vez, é aplicada ao caso por meio da técnica das *distinctions*, pois se identifica como obra

dos juízes, oposta à da interpretação das leis da família romano-germânica, assim como para esta, a regra do direito, por outro lado, se encontra positivada com caráter geral e abstrato.

Por outro lado, aponta-se que, na *Common Law*, a *statute law*, enquanto regra positiva, possuía, ao longo da história, somente uma importância secundária, com a função de inserir corretivos ou complementos à jurisprudência, não aproximando o legislador da posição de juiz. Suas disposições só serão consolidadas no direito se aplicadas e ratificadas pelos tribunais. Entretanto, atualmente, a lei e os regulamentos (*delegated legislation, subordinate legislation*) possuem função muito importante, mas se manifestam de forma distinta e não se assemelham aos códigos e legislação da *Civil Law* (MORETO, 2012, p. 7).

A principal fonte do direito inglês é a jurisprudência, que pressupõe conhecer os princípios da organização judiciária e se baseia na regra do precedente. A organização judiciária é fundada na existência da alta justiça e da baixa justiça. A alta justiça é constituída pelos tribunais superiores, que atualmente existe em forma única: *Supreme Court of Judicature*, ao lado da *Restrictive Practices Court* e do *Employment Appeal Tribunal*. O *Supreme Court of Law* é constituído, por sua vez, pelo *High Court of Justice* (dividido em três seções em razão da matéria), o *Crown Court* e o *Court of Appeal* (DAVID, 2014, p.417-419).

Todos os juízes que os compõem são recrutados entre os advogados. As questões se submetem ao julgamento de um único juiz em primeira instância. A *Crown Court* é órgão novo, criado pelo *Courts Act* de 1971, para julgar causas criminais, e a *Court of Appeal* é o segundo grau de jurisdição, sendo dividido em colégios, dentre os quais se identifica a *Criminal Division do Court of Appeal*, competente para as causas criminais (DAVID, 2014, p.418).

Existe, ainda, a Câmara dos Lordes, para a qual é possível interpor recurso contra decisão da *Court of Appeal*, excepcionalmente, desde observados os requisitos de cabimento. A Câmara dos Lordes é a jurisdição suprema para o Reino Unido, e seus juízes compõem a Comissão Judiciária do Conselho Privado, responsável por receber recursos contra decisões dos Supremos Tribunais dos territórios britânicos e dos Estados da *Commonwealth*. As decisões da Câmara dos Lordes, da *Court of Appeal* e da *High Court of Justice* constituem precedentes

obrigatórios, outro traço fundamental do direito inglês, mas que será abordado, por oportuno, no próximo capítulo (DAVID, 2014, p.419).

Em termos de jurisdições inferiores existem várias competentes para apreciação da maioria das questões, como as *County Courts*. Por fim, há, ainda, um contencioso “quase judiciário”, composto por organismos múltiplos, com atividade relativamente intensa, para julgar matéria administrativa ou dificuldades surgidas de certas leis. São os chamados *Boards*, *Commissions* ou *Tribunals* (DAVID, 2014, p.420-423).

Pode-se afirmar que o juiz na *Common Law* cria a lei, se comparado à atuação mecânica do juiz na *Civil Law*, que se limita a aplicar a lei. O direito inglês baseia-se, portanto, nos precedentes, constituindo um sistema aberto que está em constante construção, ao contrário do modelo da *Civil Law*, em que a necessidade de previsibilidade das situações e a da consequente generalidade faz com que o sistema seja fechado, possibilitando aos intérpretes um raciocínio lógico-dedutivo.

Com o passar do tempo, ocorreu um enfraquecimento do costume como fonte primária do Direito Inglês, passando a valer a regra do precedente vinculante (*stare decisis*), tornando-se um processo interpretativo, através de suas leis, dos atos formalizados pelo parlamento, dos costumes - que representam uma base maior e se fazem presentes residualmente, no preenchimento de lacunas – das interpretações de Direito Privado e do bom senso, marcante na cultura jurídica inglesa, a *ratio non scripta* (NETO; WIPRICH, 2011, p. 271-272).

No mesmo sentido, Alexandre Belmonte complementa que, na *Common Law*, não se leva em consideração a identidade das partes e sim a identidade da demanda, na qual, constatada a identidade de causas, forma-se o vínculo com o precedente, a fim de garantir a isonomia de tratamento jurisprudencial a casos idênticos (BELMONTE, 2015, p. 12).

O sistema inglês é extremamente rígido no que tange à vinculação aos precedentes, “não obstante a inexistência de qualquer norma escrita determinando que seus precedentes sejam vinculantes” (NOGUEIRA, 2011, p.111), pois quem expressa que o precedente possui caráter vinculativo⁹ é um próprio precedente,

⁹ Salienta-se, que hodiernamente, o sistema de decisões vinculantes (*stare decisis*) possui uma vinculação horizontal e vertical, nas quais as decisões da corte de maior hierarquia (House of Lords)

extrapolando e exemplificando dessa forma, a essência da tradição do direito inglês.

2.3.3 O Direito dos Estados Unidos da América

O direito inglês, após a conquista normanda, expandiu-se consideravelmente, paralelamente ao sistema da família romano-germânica, mas a *Common Law* acabou por sofrer alterações para se adaptar às particularidades de cada país que a incorporou. Assim foi o caso dos Estados Unidos da América, cuja história do direito na *Common Law* se inicia com a ocupação inglesa de seu território a partir de 1607 (primeira colônia), consolidada nas treze colônias (DAVID, 2014, p.449).

Houve a imposição da aplicação do sistema jurídico às colônias, conforme o princípio do *Calvin's case*¹⁰, julgado em 1608, mas somente aos casos em que as regras fossem apropriadas às condições de vida em questão. Entretanto, verifica-se que, nessa época, a condição de vida dos colonos não correspondia às regras da *Common Law*. Além disso, os americanos não gostavam do sistema e não o conheciam em grande medida.

Assim, aplicava-se um direito primitivo baseado na Bíblia, em geral, que se limitava ao arbítrio dos magistrados. A fim de frear esse abuso, inicia-se, nas colônias, a codificação do direito, pois a lei escrita era vista como mais vantajosa, sendo os códigos redigidos de 1634 a 1682, mas essa codificação, vale lembrar, não possui qualquer relação com a ocorrida no continente europeu. No século XVIII, com a melhora observada nas condições de vida dos colonos, passa-se a buscar um direito mais evoluído e que representasse um elo ao que caracteriza o perfil inglês na América, a fim de preservá-lo e se livrar das influências de outros países estrangeiros. A *Common Law* passa a ser vista de maneira positiva, como protetora

vinculam todas as demais inferiores (verticalmente), mas, que não vinculam, de forma obrigatória, as suas próprias decisões (horizontalmente), sendo que, “está verticalmente vinculada às decisões da Corte de Justiça Europeia em Direito Humanos”, desde. (NETO; WIPRICH, 2011, p. 284).

¹⁰ Trata-se de uma decisão proferida pela Jurisdição Inglesa em 1608, estabelecendo que as crianças nascidas na Escócia, após a União das Coroas, sob o reino de James VI e I em 1603, eram consideradas sob Jurisdição da *Common Law*, por se tratar de sujeito inglês, e, portanto, legitimado aos benefícios conferidos pelo Direito Inglês. Esse precedente foi adotado pelos Estados Unidos e desempenhou um importante papel na regulamentação pelo ordenamento norte-americano dos direitos de cidadania pelo nascimento, configurando o *jus soli* (PRICE, Polly J. *Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608)*. Yale Journal of Law and the Humanities, 1997).

do indivíduo contra o absolutismo.

Com a independência das treze colônias, proclamada em 1776 e consagrada em 1783, a situação se alterou. O ideal republicano e a concepção do direito natural se compatibilizaram com a codificação, que passou a ser adotada para complementar a Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 1787 e as Declarações dos Direitos (*Bill of Rights*). Em um dilema entre a adoção do sistema da *Civil Law* ou *Common Law*, este predominou, exceto no atual estado da Louisiana, que adotou o código do modelo francês (DAVID, 2014, p.452).

As escolas de direito somente se expandiram após a Guerra de Secessão (1861-1865), e passaram a exercer grande influência. Após a independência, travou-se uma disputa intensa entre *Common Law* e *Civil Law*. No fim, prevaleceu a *Common Law*, mas com traços originais que afastam o direito americano do inglês e o aproxima dos direitos da família romano-germânica. O direito americano foi se desenvolvendo paralelamente ao direito inglês, marcado por diferenças e semelhanças em relação ao direito inglês. A maior parte dos Estados-membros aboliu a distinção entre as jurisdições de *equity* e *Common Law* (DAVID, 2014, p.452, 475).

A décima emenda à Constituição dos Estados Unidos, em 1791, concedeu aos Estados poderes para legislar como regra, sendo a competência federal uma exceção, que deve se fundamentar no texto constitucional. A mesma prioridade do direito dos Estados sobre o federal se observa na *Common Law*. Na verdade, inclusive, não há *Common Law* federal no país, de modo que os cinquenta direitos que se encontram nos Estados-membros estão em patamar de igualdade. Outro traço distintivo do direito inglês é a *equity*, que, para os americanos, deverá ser aplicada somente quando a *Common Law* não oferecer solução alguma.

Apesar dos Estados Unidos se caracterizarem pela adoção predominante do sistema jurídico da *Common Law* por quase todos os Estados Federados¹¹, também apresenta muitas características jurídicas específicas dos países que utilizam o sistema romano-germânico. Daí sua tendência a ser apresentado como um sistema

¹¹ O Estado americano da Luisiana é o único Estado da Federação que se manteve fiel à influência dos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, uma vez que pertence à família dos direitos romano-germânicos do *civil law*. O mesmo ocorre com Porto Rico, que é um Estado-associado americano. (SOARES, 1997, p.194).

misto, no qual se destacam certas particularidades derivadas de seu regime federativo e de sua própria experiência social e cultural.

Sua trajetória jurídica inicia-se com o fenômeno da colonização, ocorrido no século XVI, e se manifesta, portanto, como consequência direta da exploração europeia. Os Estados Unidos da América foram colonizados basicamente por três países: em sua parte central pela França, no sudeste e sudoeste pela Espanha e na parte leste pela Inglaterra.

O país é regido atualmente por um federalismo dual, utilizando-se de dois parâmetros jurídicos concomitantes, um judiciário federal e outros cinquenta órgãos de competência estadual (que julgam feitos de interesse local ou crimes de menor gravidade), os quais dispõem de grande autonomia para escolher suas próprias diretrizes jurídicas. Isso porque cada Estado-membro possui grande autonomia. Muitas matérias que, no Brasil, são da competência da União, nos Estados Unidos, são da competência dos Estados-membros, razão pela qual, a legislação dos Estados Unidos é muito mais extensa, *ratione materiae*, do que no Brasil (SOARES, 1997, p. 189).

A *Equity*, nos Estados Unidos, foi introduzida em um momento em que havia maior aproximação entre *Equity* e *Common Law* no Direito Inglês. As diferenças entre elas já se encontravam enfraquecidas. Nesse contexto, em 1938, ambas foram unificadas em nível federal, transformando as *actions at Law* e os *suits in Equity* em *civil actions*. Contudo, em nível estadual, ainda se conservam tribunais específicos para julgamentos de *Equity* (SOARES, 1997, p. 179).

A fonte principal do direito americano é a jurisprudência, e a organização judiciária é formada por jurisdições federais e jurisdições estaduais. As jurisdições federais são divididas. As jurisdições federais tradicionais ficam na base, cujas decisões podem ser objeto de recurso para a *Court of Appeal*, e contra as decisões desta cabe recurso para a Corte Suprema dos Estados Unidos. O júri, por sua vez, ficou mais presente nos Estados Unidos do que na Inglaterra. (DAVID, 2014, p. 478-479).

Mais tarde, e, seguindo o que aconteceu na Inglaterra, com a unificação dos modelos *Common Law* e *Equity*, nos Estados Unidos, nota-se algumas particularidades específicas. Grosso modo, os litígios que dizem respeito à equidade

são apreciados por um juiz togado, e as questões pertencentes à *Common Law* são julgadas pelo júri. Quando ocorre um conflito de competências sobre determinada questão (*issue*), o juiz tem a palavra final, sem a necessidade da participação de um júri (*equitable issue*) (DAVID, 2014, 479 e 482).

Percebe-se assim que, na Inglaterra, identifica-se uma *Common Law* “mais puro”, com uma Constituição “não escrita”¹² e fundamentada no princípio da soberania do parlamento, enquanto nos Estados Unidos, principalmente na esfera federal, há um sistema misto de direito, no qual se encontram, ao mesmo tempo, uma organização jurídica piramidal, bem delineada nos moldes tradicionais da *Civil Law*, com a Constituição no ápice, seguida pelas respectivas Constituições Estaduais na forma “escrita”; e uma maior inclinação à *Common Law*, devido a uma grande valorização do *judge-made law*, ou seja, o direito feito pelos tribunais (SOARES, 1997, p.180-182).

Embora seja o *case Law* a principal fonte do direito, pode ele ser modificado pela lei escrita, que, nos EUA, lhe é hierarquicamente superior; diz-se então que um “case” foi “*reversed by statute*”.

É inexato dizer-se que na “*Common Law*” os juízes não aplicam um “*statute Law*”, enquanto não houver um “case”, no qual seja o mesmo decidido. A questão é de método: enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a doutrina e a jurisprudência, na “*Common Law*” o caminho é inverso: primeiro os “cases” e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita. Na verdade, tal atitude reflete a mentalidade que o “*case Law*” é a regra e o “*statute*” é o direito de exceção, portanto integrativo (SOARES, 1997, p. 181-182).

O *Statute Law*, nos Estados Unidos da América, é aplicado de maneira muito mais intensa e obrigatória do que na Inglaterra. Acentuada pela força vinculativa marcante de sua norma fundamental, a Constituição americana é inteiramente escrita e rígida, encontrando-se no topo piramidal de quaisquer outras normas escritas e “não escritas” nos âmbitos federal ou estaduais. A fim de procurar dirimir os possíveis conflitos existentes entre as leis norte-americanas na esfera da jurisdição federal e dos Estados-membros, institui-se um ramo de direito

¹² A Constituição inglesa não é constituída de um único documento, mas é derivada de uma parte escrita, composta por leis (*statutes*), jurisprudência e tratados, e de uma parte não escrita, incorporada por outras fontes, sendo a principal, as convenções constitucionais do Parlamento do Reino Unido, competente para aprovação das leis. Na prática, o Parlamento pode mudar a Constituição simplesmente aprovando ou modificando leis.

denominado *Conflict of Law* (SOARES, 1997, p. 186).

[..] se o *stare decisis* é uma exigência constitucional, não é por causa da intenção original dos fundadores, nem pela estrutura da Constituição, mas sim porque os Tribunais têm apostado a sua legitimidade na adesão aos precedentes. *Stare decisis* não é um fim em si mesmo, e sim um meio para servir a importantes valores no sistema jurídico, que são: segurança jurídica (ao concordar em seguir as regras estabelecidas, os Tribunais permitem aos indivíduos preverem as consequências jurídicas dos seus atos), igualdade (quando os tribunais decidem os casos de hoje de acordo com os casos de ontem, eles asseguram que as regras jurídicas sejam aplicadas de forma coerente e justa), eficiência (ao basear suas decisões em precedentes, os Tribunais evitam a necessidade de reexaminar os princípios jurídicos desde o início) e restrição judicial (quando os juízes são obrigados a basear suas decisões em precedentes, eles têm menor margem de discricção) (NOGUEIRA, 2011, p.180-182).

O sistema da *Common Law* se encontra em constante processo evolutivo, não tendo sido sempre o que é hoje, privilegiando na sua origem basicamente os costumes ingleses, e, hodiernamente, as decisões são baseadas em si mesmas (precedentes), no qual os casos concretos são considerados fonte do direito. Hoje, os costumes só possuem valor, se encampados por um precedente (WAMBIER, 2009, p. 122).

Não se deve confundir *Common Law* com *stare decisis*¹³. A *Common Law* originalmente se desenvolveu por alguns séculos sem existirem parâmetros para elaboração, no plano teórico, que permitissem a compreensão e a aplicação dos precedentes. Conceitos como *ratio decidendi* e *obiter dictum* ainda não estavam presentes na tradição do direito costumeiro (de forma descoberta ou criada¹⁴) que tutelava originalmente a vida dos cidadãos ingleses (MARINONI, 2010, p. 33-34).

Stare decisis é uma regra do precedente que determina que os juízes sigam formulações de direito originárias de julgamentos realizados por outros juízes, isto é, que sejam respeitados os precedentes obrigatórios. Essa regra, porém, não funciona da mesma maneira no direito inglês e no direito americano (MARINONI, 2010, p. 33).

¹³ "Stare decisis" é o que sobrou da expressão latina: "stare decisis et quieta non movere", ao pé da letra: "que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões" (SOARES, 1997, p. 178).

¹⁴ Existe ainda hoje na doutrina, uma disputa entre a teoria declaratória da jurisdição, no qual o juiz não cria, mas apenas o declara o Direito (*lex non scripta*) e a teoria constitutiva da jurisdição, ou seja, se o Direito é criado pelo juiz (*judge-made Law*). (MARINONI, 2010, p.24-33).

Nota-se que o sistema inglês de *stare decisis* sempre foi muito conservador, consequência natural da sua natureza histórica, na qual se busca sempre preservar as *ratione decidendi* de casos anteriores, sendo ainda comum a aplicação de precedentes firmados séculos atrás. Como os ingleses não possuem legislação escrita, necessitam de um mecanismo sólido, de um padrão para gerar certeza, e esse mecanismo consiste justamente na doutrina do precedente vinculante. Essa rigidez do *stare decisis* não é característica de todos os países da *Common Law*. Nos Estados Unidos, por exemplo, a substituição de um precedente (*overruling*) por outro é algo muito mais frequente (WAMBIER, 2009, p.126).

A lei nos EUA não representa uma fonte secundária do Direito, tendo um papel preponderante no ordenamento jurídico. Entretanto, o papel da jurisprudência é tão relevante quanto o da legislação escrita, pois é a “razão” proveniente da *Common Law* que permite aos magistrados produzirem um sistema de direito mais coerente e que procurem estabelecer soluções justas devido às peculiaridades de um caso concreto (LIMA JUNIOR, 2014, p. 2).

Importante salientar que o início da história dos precedentes obrigatórios nos Estados Unidos é de um momento muito anterior ao que surge com a elaboração teórica dos precedentes constitucionais de força vinculante. Surgem de uma herança e influência¹⁵ direta da *Common Law* inglesa, presente na constante busca pelo fortalecimento da autoridade das decisões judiciais proferidas pelos juízes, que tinham a devida compreensão do seu papel na busca de justiça (MARINONI, 2010, p.14-28).

No próximo capítulo, a teoria dos precedentes será exposta e analisada mais profundamente, envolvendo todos os seus mecanismos e técnicas para a aplicação prática. Por ora, definem-se apenas os precedentes americanos como uma decisão (*leading case – caso base ou norteador*) ou um conjunto de decisões de um tribunal coletivo de segundo grau (*appellate court*), que possuem força vinculativa obrigatória nesse mesmo tribunal, e também com relação aos juízes singulares de primeiro grau a este hierarquicamente inferiores e subordinados (*courts of original jurisdiction*). Nos Estados Unidos, as decisões proferidas pelos órgãos de primeiro grau não formam precedentes vinculativos.

¹⁵ Derivada principalmente da ética calvinista.

Pode ser chamado de precedente um caso decidido anteriormente ao outro, significativamente análogo ao primeiro. O precedente será vinculante se, ao decidir este último caso, o juiz ou tribunal estiver obrigado a seguir, distinguir ou dar razões para superar o caso anterior, ainda que não concorde com as conclusões alcançadas por este. Esta é a doutrina do *stare decisis*, que prevalece nos países de tradição anglo-saxônica – em tradução literal, “mantenha-se a decisão”. (KIWIELEWICZ; SOUZA, 2014, p. 617).

Dentre os precedentes das decisões judiciais, os derivados da Suprema Corte Federal dos Estados Unidos (*Supreme Court of the United States*) possuem maior efeito vinculante que se reflete sobre todos os Tribunais (*Court of Appeal*) e juízes inferiores. Sendo algo definido não por uma regra específica, mas pelo costume e tradição arraigados em sua cultura jurídica.

Sustenta-se, nos EUA, que os precedentes devem ter força obrigatória para garantir a imparcialidade do juiz, sendo que o magistrado somente pode se afastar da tentativa de sua aplicação no caso concreto se demonstrar que o precedente já tenha sido superado pela Suprema Corte. Esse respeito vinculativo aos precedentes judiciais é fundamental para que os advogados possam melhor orientar os seus jurisdicionados, havendo assim uma expectativa razoável de confiança e de previsibilidade nos atos do poder judiciário.

Mediante esse papel desempenhado pelos precedentes na orientação e na formação de expectativa de confiança, ocorre uma natural diminuição do número de litígios, que passam a ser mais facilmente solucionados a partir de acordos, devido a uma maior certeza do direito expresso em um precedente que seja respeitado por todos. Salienta-se que os precedentes incidem sobre toda a população (ao contrário da coisa julgada, que diz respeito à parte dispositiva e que incidem somente entre as partes litigantes) (MARINONI, 2010, p. 77-85).

No mesmo sentido, Sérgio Gilberto Porto argumenta:

Na mesma jurisdição, o direito deve dar a mesma resposta para as mesmas questões legais. Para desenvolver o direito uniformemente e através do sistema judicial, as Cortes devem respeitar as resoluções hierarquicamente superiores. Trata-se, pois, do prestígio ao valor ‘segurança jurídica’. (b) Em segundo lugar, justiça imparcial e previsível significa que casos semelhantes serão decididos da mesma forma, independentemente das partes envolvidas, numa homenagem ao princípio da isonomia. (c) Em

terceiro lugar, se na prática fosse de outra forma, isto é, não fossem as decisões judiciais previsíveis, o planejamento nas demandas iniciais seria de difícil concepção. (d) Em quarto lugar, *stare decisis* representa opiniões razoáveis, consistentes e impessoais, a qual incrementa a credibilidade do poder judicante junto à sociedade. (e) Em quinto lugar, além de servir para unificar o direito, serve para estreitar a imparcialidade e previsibilidade da justiça, facilitando o planejamento dos particulares, em face do padrão prefixado de comportamento judicial. Em resumo, a existência da doutrina da *stare decisis* acredita implementar - modo claro - qualidade e segurança na prestação do serviço justiça e, por decorrência, melhorar o convívio social (PORTO, 2007, p. 9).

Logo, percebe-se que na *Common Law*, os precedentes possuem o papel de serem normas não legisladas¹⁶ que regulam as condutas sociais, sendo que sua não aplicação a um caso concreto a que se moldaria seria uma real afronta à previsibilidade e a segurança jurídica desejada.

¹⁶Como ensina PIMENTA (2016, p.191) “(...) a concretização das normas constitucionais é um trabalho técnico-jurídico diverso da simples interpretação do texto da norma: é, sim, a *construção de uma norma jurídica*. (...) Em tais casos, o juiz torna-se um verdadeiro *centro de produção normativa*.”

3 PRECEDENTES JUDICIAIS NA FAMÍLIA DA *COMMON LAW*

O capítulo que agora será desenvolvido terá início com algumas considerações doutrinárias na tentativa de delimitação do conceito de precedente. Logo depois, estudará dois elementos usados para a identificação do precedente, a saber, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, e as técnicas de aplicação do precedente, especialmente o *distinguishing*, o *overruling* e o *reversal*. Por fim, será feito um breve apontamento sobre o caráter deontológico dos precedentes, a partir da teoria dos princípios de Robert Alexy, para, no próximo capítulo dar-se início ao estudo do precedente no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no ramo do Direito do Trabalho.

3.1 Considerações sobre da definição de precedente

Primeiramente, para melhor compreensão do que vem a ser um precedente, é importante fazer uma breve distinção em relação à jurisprudência. Almeida (2007, p. 66) e Taruffo (2011, p. 219/220) explicam que há diferença de ordem *quantitativa* e de ordem *qualitativa*. A *quantitativa* é explicada pelo número de decisões que compõem a jurisprudência e o precedente. Assim, enquanto a jurisprudência é formada por um conjunto de decisões reiteradas e pacíficas, proferidas em vários casos concretos semelhantes e após discussão e trâmite dos respectivos processos em contraditório, o precedente é constituído por uma decisão proferida em caso particular que dificilmente será citado por decisões posteriores, o que o torna mais individualizado e mais fácil de identificar.

A distinção *qualitativa*, por sua vez, como esclarece Taruffo (2011, p.222), diz respeito à forma pela qual a decisão se manifesta. Se por um lado o precedente fornece uma regra universalizável, manifestada por meio da *ratio decidendi* (conceito que será a seguir esclarecido), que servirá de parâmetro para o julgamento de futuros casos semelhantes ou análogos, conforme determinação do juiz da causa futura, de outro lado, a jurisprudência é comumente manifestada por trechos relativos apenas à matéria de direito em verbetes ou enunciados de súmulas. Assim,

enquanto o precedente envolve uma análise dos fatos e do direito; a jurisprudência, na maioria dos casos, dispensa uma análise comparativa entre os casos decididos e os novos.

Almeida (2007, p.66) explica mais um ponto de diferenciação do precedente em relação à jurisprudência. Trata-se do contexto em que acontece o desenvolvimento e a utilização dos termos. Dessa forma, a jurisprudência explicada acima é o termo utilizado no Brasil e nos demais países pertencentes à família da *Civil Law*, e nada se assemelha ao vocábulo inglês *jurisprudence*. Esse significa “o que na epistemologia jurídica internacional se conhece como ciência do direito, teoria geral do direito, ou ainda filosofia do direito. A jurisprudência, para o sistema inglês, é o mesmo que *case law*” (ALMEIDA, 2007, p. 67).

Estabelecidas as devidas distinções, passa-se nesse momento ao aprofundamento da delimitação do conceito de precedente. O precedente, base central comum na qual o sistema da *Common Law* se estrutura, assume papel díspar nos sistemas da *Common Law* inglês e norte-americano em relação aos sistemas da *Civil Law*. Moreto (2012, p.7-8) explica que nesse o precedente apresenta caráter de *persuasive authority*, isto é, de valor moral persuasivo, enquanto, naquele, desempenha função de *binding authority*, isto é, vinculante de coerção, constituindo, propriamente, o precedente em sentido estrito.

David (2014, p.427) elucida que essa diferença do caráter do precedente entre os sistemas de direito aqui estudados tem como um de seus motivos a herança pelos sistemas da *Civil Law* da influência do *Corpus Juris Civilis*. Esse, criação do Imperador bizantino Justiniano, perpassou os códigos da Modernidade e do mundo contemporâneo e influenciou a formação de sistemas baseados em conjuntos regras codificadas, dando menor importância às decisões por parte do Poder Judiciário.

Do outro lado, Scarman (1978, p.16) esclarece que a *Common Law* cresceu assistemáticamente e naturalmente, sendo as normas de aplicação universal desenvolvidas e reestruturadas pelos juristas por meio da atuação desses nos tribunais. Constituindo, assim, a *Common Law* um verdadeiro direito consuetudinário - *customary law* -, de modo que, na hipótese de inexistir prévia solução legal para determinado caso, o juiz preenchia a lacuna com sua decisão. Um exemplo disso é

a jurisdição de *Equity*, adaptada para regulamentação de matéria relativa ao direito de propriedade - *property law*.

É fato que não só as decisões judiciais criam o direito nos países regidos pela *Common Law*. A complementação das lacunas, produzidas pela ausência de solução expressamente prevista e que dificultavam o tratamento das novas questões sociais que emergiam, foi realizada pela lei escrita - *statute law* - por meio dos Atos do Parlamento - *Acts of Parliament* -, manifestados em processo legislativo de sua competência (SCARMAN, 1978, p. 16). Não obstante, embora na Era Moderna tenha ocorrido a produção de um grande volume de *statute law*, a *Common Law* predominou enquanto base do sistema de Direito Inglês, marcado pela *customary law*.

O que o sistema inglês fez, foi associar os princípios da *Common Law*, da *Equity* e da lei escrita - *statute law*. Dessa forma, Scarman (1978, p.16) vai afirmar que, contundo o juiz demonstre extrema lealdade à legislação do Parlamento, irá interpretá-la de modo restritivo por entender que a produção da lei escrita é oposta ao direito consuetudinário - à *customary law*.

Assim, dentro desse contexto, Scarman (1978, p.17) vai pontuar que a interpretação dos *Acts of Parliament* pelo Poder Judiciário poderia levar a uma usurpação disfarçada da função legislativa, visto que o ordenamento determina que lacunas na lei escrita - *statute law* - devem ser preenchidas por uma lei suplementar (*amending act*)¹⁷. Não obstante, o próprio autor ressalta que já no momento em que escrevia, década de 1970, o Parlamento já admitia a conexão entre legislação e decisões judiciais na criação do direito.

Algumas leis escritas remodelam regras da *Common Law* e da *equity*; outras ampliam as dimensões do Direito aos estabelecerem novos deveres e direitos, não obstante, os principais cenários jurídicos são estampados pelo direito consuetudinário, cujos principais atuantes são os juízes e advogados (*legal profession*). Havendo, assim, o chamado direito dos juristas (*lawyers' law*), construído e remodelado por meio do processo. Ademais, apesar de o Parlamento possuir soberania legislativa, as leis escritas são elaboradas com propósito limitado, sendo a Câmara dos Comuns somente pode apresentar propostas de emenda que

¹⁷ Trecho do argumento de Lorde Simons, retirado de *Margor Rural District Council v. Newport Borough Council*, 1952, A.A. 189, página 191.

se restrinjam ao âmbito do propósito do projeto de lei. Nesse sentido, o Parlamento não codifica e, acaba implicitamente reconhecendo o predomínio do direito consuetudinário (SCARMAN, 1978, p. 18).

Ainda sobre o direito inglês afirma Scarman:

Sua forma e conteúdo são elaborados pelos juristas; seus princípios, conceitos e classificações domésticos dominam o ensino e o pensamento da profissão e controlam a prática jurídica tanto em juízo como fora dele. São preservados e perpetuados por um sistema rígido de precedentes [...]. A essência do sistema jurídico é que ele foi criado, desenvolvido e ainda é controlado pelos advogados (*legal profession*). Seguiu o curso que esses profissionais, guiados pelos juízes, acharam apropriado, exceto quando o Parlamento acha necessário fazer correções ou adições. Embora as leis (*statutes*) abundem atualmente e a *statute law* esteja crescendo em importância, o sistema jurídico não está codificado – a base de toda lei (*statute*) é o *common law*, o artifício dos juristas que, por intermédio dos tribunais, dão as regras. (SCARMAN, 1978, p. 18).

Na Inglaterra, portanto, um direito eminentemente jurisprudencial foi criado pelos Tribunais Reais de Westminster, e a autoridade das decisões deve ser respeitada, sob pena de restar comprometido o próprio sistema. Não obstante, até a primeira metade do século XIX havia meramente uma priorização pelo recurso aos casos julgados anteriormente na busca de uma solução mais compatível com o caso concreto. Apenas a partir desse período, a *rule of precedent* (regra do precedente) impôs ao juiz a obrigatoriedade de utilizar as regras estabelecidas por seus predecessores. (DAVID, 2014, P.428).

No que se refere à delimitação do conceito, Taranto (2010, p. 6-8) afirma que o precedente é um contingente que contém um grupo de orientações vinculadas a um determinado contexto temporal e local, baseado no conhecimento pré-constituído do magistrado. Em outras palavras, trata-se de um instrumento do Poder Judiciário para a edição de verdadeiras normas jurídicas por ele produzidas, que serão aplicadas posteriormente em novas decisões de casos semelhantes e futuros, atribuindo-lhes racionalidade por meio das razões de decidir expressamente declaradas.

Lopes Filho (2014, p. 281) , por seu turno, conceitua precedente como uma “decisão jurisdicional que exerce função mediadora entre texto e realidade, trazendo um acréscimo de sentido”, de modo que constitui precedente somente aquela

decisão que traz uma contribuição hermenêutica para a solução de vários casos semelhantes e facilita a compreensão do Direito por meio de sua mediação com a realidade social, significando experiência, uma vez que incorpora os elementos da realidade nas razões da decisão.

Portanto, uma decisão judicial só será compreendida como precedente e assim considerada quando se verificar que ela é composta de no mínimo dois fatores: (i) apreciação de uma questão de direito e, (ii) análise dos argumentos com delimitação clara da questão jurídica pertinente ao tema (RESENDE, 2016, p. 45).

3.2 Elementos formadores do precedente: *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

O presente subtítulo se propõe a assinalar as diferenças de dois conceitos que integram a formação do precedente, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. A *ratio decidendi*, também chamada de holding, são as razões – reasons – que o magistrado expõe na fundamentação de sua decisão conferindo subsídio a ela. É uma “regra jurisprudencial abstrata que se extrai da decisão na solução do conflito, representado e circunscrito pelos fatos levados à jurisdição” (REZENDE, 2015, p. 101), ou, nas palavras de Silva (2005, p. 182-183), holding é a “norma, extraída do caso concreto, que vincula os tribunais inferiores”.

O *obiter dictum* são os argumentos que possuem “valor de persuasão dependente do prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de um grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso” (DAVID, 2014, p. 430), mas não são essenciais à fundamentação. Sendo assim, trata-se a *ratio decidendi* de elemento vinculante e o *obiter dictum* consiste no elemento não vinculante da decisão.

Entretanto, conceituar o que seria cada um, isto é, definir a diferença de ambos em uma decisão é um grande desafio. Isso porque, como ensina Lopes Filho (2014, p.167), o juiz não indica na fundamentação - *reasons* - o que seria cada um, e “não é possível determinar como os juízes irão tomar e utilizar o precedente”. Ademais, como ressalta o doutrinador, não é recomendável dar essa discricionariedade ao juiz, pois bastaria que esse declarasse que todos os

argumentos de sua decisão são *ratio decidendi* para vincular as posteriores, mesmo que nem todas tivessem esse caráter, o que promoveria uma subversão da ordem jurídica e da interpretação hermenêutica.

Bustamante (2012, p. 270) vai justificar a dificuldade de determinação da *ratio decidendi* no fato de que, a cada *case* ou demanda, corresponderia uma *ratio* específica. Assim, é imprescindível fazer essa distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* utilizando-se de critérios técnico-teóricos, e não se baseando no tratamento ou na aplicação de cada magistrado.

Historicamente Almeida (2007, p.73) destaca que

É certo que mesmo na Inglaterra, berço da *common law* e propulsor da *commonwealth*, a elaboração de teorias sobre as particularidades da *ratio decidendi* somente foi possível a partir da segunda metade do século XIX, com a ampla reforma judicial ocorrida em 1873-1875 pelos *Judicature Acts*¹⁸, uma das mudanças estruturais por que passou o direito inglês na época, que foi marcada por transformações fundamentais em sua história¹⁹. (ALMEIDA, 2007, p. 73).

Ramires (2010, p. 68-69) defende que *ratio decidendi* ou *holding* é o objeto de discussão e decisão do caso que formulou o precedente, ou seja, aquilo que foi efetivamente estabelecido. Já Lopes Filho (2014, p.179) entende que para se definir a *ratio*, deve-se identificar o ponto de referência - *point of reference* - da decisão. Nesse sentido, Twining e Miers (2010, p.305) apontam cinco noções sistematizadas de *ratio decidendi* - decorrentes da noção positivista normativa comumente utilizadas no direito inglês - fundadas em pontos de referência diferenciados, variando entre a caracterização da *ratio* como razão e norma. São elas:

1. A(s) regra(s) de Direito explicitamente declarada(s) pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita para a(s) questão(ões) de Direito do caso.
2. A(s) razão(ões) explicitamente dada(s) pelo juiz para a decisão, ou seja, a explícita justificação para a(s) resposta(s) dada(s) à questão no caso.
3. A(s) regra(s) de Direito implícita(s) na fundamentação do juiz para justificar a decisão, ou seja, a(s) resposta(s) implícita(s) à(s) questão(ões) de Direito do caso.
4. A(s) razão(ões) implicitamente dada(s) pelo juiz para a decisão, ou seja, a justificação implícita para a(s) resposta(s) dada(s) à questão do caso.
5. A(s) regra(s) de Direito na(s) qual(is) se fundamenta o

¹⁸ MARSHAL, Geoffrey. What is binding in a precedent. 1997.

¹⁹ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2002. p. 377.

caso ou é(são) citada(s) pelo intérprete como vinculantes, ou seja, a(s) resposta(s) atribuída(s) à questão de Direito do caso. (TWINING; MIERS, 2010, p. 305, tradução nossa)²⁰.

Em relação à dimensão fática da *ratio*, Lopes Filho (2014, p.170-176) resume o método de Goodhart nos seguintes pontos: (1) em princípio, fatos sobre pessoa, tempo, lugar, espécie e quantia não são fundamentais; (2) se a *opinion* for omissa, todos os fatos do relatório são fundamentais; (3) se existir *opinion*, os fatos que estabelece são concludentes, não podendo ser contestados no relatório; (4) se a *opinion* omitir um fato do relatório é por descuido ou conclui-se que o fato é irrelevante; (5) os fatos estabelecidos pelo juiz como não fundamentais devem ser assim considerados; (6) os fatos que o juiz implicitamente trata como não fundamentais devem ser assim considerados; (7) os fatos que o juiz estabelece como fundamentais devem assim ser considerados; (8) se a *opinion* não faz distinção, todos os fatos apresentados devem ser considerados fundamentais; (9) quando as *opinions* concordam quanto ao resultado, mas divergem entre si quanto aos fatos fundamentais, o *holding* do caso deve se ajustar à soma desses fatos; (10) a conclusão baseada em fato hipotético é uma *dictum*.

Ainda sobre métodos de identificação da *ratio decidendi*, Taruffo (2011, p. 228-230) preleciona que a identificação pode ser inverter o significado da formulação alvo de discussão acerca de sua importância enquanto *ratio* para decisão, a fim de verificar como seria a solução jurídica para o caso que originou o precedente. Se a mesma se modificar, conclui-se que se trata de argumento essencial para a resolução do caso, ou seja, trata-se de *ratio decidendi*.

Rezende (2016, p.58-59) explica que a *ratio decidendi* é elaborada pela Corte primitiva, e, a partir da decisão que ela exerceu sobre determinado caso, o precedente é constituído. Ao surgirem novos casos em que for possível adequar e aplicar o precedente, o Tribunal atuante poderá dar uma nova interpretação,

²⁰ No original: 1. The rule(s) of law explicitly stated by the judge as the basis for the decision, that is, the explicit answer to the question(s) of law in the case. 2. The reason(s) explicitly given by the judge for decision, that is, the explicitly justification for the answer(s) given to the question(s) in the case. 3. The rule(s) of law implicit in the reasoning of the judge in justifying the decision, that is, the implicit answer(s) to the question(s) of law in the case. 4. The reason(s) implicitly given by the judge for the decision, that is, the implicit justification for the answer(s) given to the question(s) in the case. 5. The rule(s) of law which the case is made to stand or is cited as authority by a subsequent interpreter, that is, the imputed answer(s) to the question(s) of law in the case.

elaborando, conseqüentemente, uma nova *ratio decidendi* que servirá de parâmetro de interpretação da *ratio decidendi* primitiva.

Mello (2005, p. 182), por sua vez, distingue dois métodos de identificação da *holding*, o fático-concreto e o abstrato-normativo. O primeiro considera *holding* a regra extraída dos fatos do caso, de modo que “em qualquer situação em que estejam presentes os fatos A e B (relevantes), e presente ou não o fato C (irrelevante), o resultado deverá ser X” (MELLO, 2005, p.182). Porém, esse método pode ser falho, pois existe a “possibilidade de se entender cada fato em vários níveis de generalidade, pressupondo valorações que dependem da análise da fundamentação da decisão” (MELLO, 2005, p. 182).

O segundo método prevê que os tribunais fixem uma regra abstrata e geral que reúna um conjunto de assuntos a partir do julgamento do caso concreto modulando seus limites. Por esse método, ao contrário do primeiro, em que é dada maior importância à realidade fática do caso concreto, o tribunal deve decidir considerando todos que se enquadrem no mesmo modelo, demonstrando assim o grau de importância dos fundamentos deduzidos pela Corte para embasamento da decisão formulada (MELLO, 2005, p. 183).

Em termos de formação de precedentes, as decisões da *House of Lords* - Câmara dos Lordes- constituem precedentes obrigatórios que devem ser seguidos por todas as jurisdições, exceto por si própria quando realizar a revisão de seus próprios precedentes. As decisões da *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios a serem seguidos por todas as jurisdições inferiores e para si própria, exceto em matéria criminal. Por fim, as decisões da *High Court of Justice* são precedentes que devem ser seguidos pelas jurisdições inferiores, mas possuem caráter exclusivamente persuasivo para si própria e para a *Crown Court*. Assim, apenas as decisões emanadas da Câmara dos Lordes e do *Supreme Court of Judicature* são precedentes obrigatórios (DAVID, 2014, p.427-429).

Em relação ao *stare decisis*, explicado no capítulo anterior como a regra do precedente que determina que os juizes sigam formulações de direito originárias de julgamentos realizados por outros juizes (MARINONI, 2010, p. 33), e que possuem eficácia absolutamente vinculante em relação ao precedente do tribunal que lhe é superior, é importante ressaltar que embora já tenha sido impossível a revogação de

sua vinculação²¹, isso não mais acontece atualmente, de modo que ele que não se confunde com a coisa julgada, que garante a imutabilidade da decisão para as partes envolvidas²².

Desde 1966, a Câmara dos Lordes²³, hoje *Supreme Court of the United Kingdom*, autorizou a possibilidade de revogação de seus precedentes por ela mesma para evitar perpetuação de injustiças e incoerências quando as circunstâncias assim demandarem. Esse procedimento recebeu o nome de *overruling*, e em relação a ele o mencionado *Statement* afirmou:

Os *Lordships* consideram o uso do precedente uma base indispensável para decidir o que é o direito e para aplicá-lo aos casos concretos. Fornece um grau mínimo de certeza perante o qual os indivíduos podem pautar suas condutas, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras jurídicas. Os *Lordships*, não obstante, reconhecem que uma aderência muito rígida aos precedentes pode levar à injustiça em um caso concreto e também restringir excessivamente o devido desenvolvimento do direito. Eles propõem, portanto, modificar a presente prática e, embora tratando as antigas decisões como normalmente vinculantes, deixar de lado uma decisão anterior quando parecer correto fazê-lo. (DUXBURY, 2008, p. 126).

Assim, expostos os conceitos de precedente pela doutrina, as sugestões de identificação da *ratio decidendi* e o *overruling*, pode-se concluir que o precedente é vinculativo das decisões futuras, e obedece a uma rígida hierarquia positivista, subordinando as jurisdições inferiores às superiores. Entretanto, de modo algum o efeito vinculante dos precedentes representa um dogma que não pode ser revisado ou alterado, pois toda espécie de decisão judicial deve se adequar à dinâmica social e às novas demandas que surgem gradativamente. Além disso, eles auxiliam na compreensão e no preenchimento adequados dos espaços de interpretação, sobretudo, em sistemas que adotam princípios como normas jurídicas, tendo em vista serem consideravelmente mais abertos à hermenêutica. (REZENDE,

²¹ Vigorou a impossibilidade absoluta de revogação do *stare decisis* no sistema inglês só no final da primeira metade do século XIX da Câmara dos Lordes.

²² No direito americano, a coisa julgada se divide em *res judicata* e *colateral estoppel*. Esta envolve a ideia de *issue preclusion* (preclusão de fato), impedindo discussão futura sobre o mesmo fato, se observadas as circunstâncias legais para preclusão. Aquela relaciona-se à ideia de *claim preclusion* (preclusão do pedido), impedindo que o indivíduo renove uma discussão acerca do mesmo pedido se observados os requisitos legais para a preclusão (HEINSZ, 1997).

²³ Recentemente, a *House of Lords* foi 'substituída' pela *Supreme Court of the United Kingdom*, que assumiu as suas funções judiciais. A *Supreme Court of the United Kingdom* foi criada pelo Ato de Reforma Constitucional de 2005 (Part 3, Constitutional Reform Act 2005), tendo iniciado as suas atividades em 1º de outubro de 2009. (MARINONI, 2010, p. 112).

2015, p. 163-164). Por fim, em termos de limites e conteúdo do *holding*, Taruffo (2011, p.232) cita Edward D. R para dizer que a força vinculativa do precedente se limita ao princípio ou regra imprescindível ao alcance da solução para as questões de fato ou de direito que são efetivamente suscitadas e inclusive decididas.

3.3 Técnicas para aplicação dos precedentes: *Distinguishing*, *overruling*, *reversal* e técnicas intermediárias

Após explicar a formação do precedente, a partir da análise dos tipos de argumentos/fundamentos presentes em uma decisão, passa-se à elucidação das técnicas usadas para a aplicação do precedente. A primeira delas a ser aqui mencionada é a chamada *distinguishing*. Essa é explicada por Marinoni (2010, p.237) como o procedimento, ou técnica de diferenciação ou distinção de casos, pelo qual se opõe o caso novo à *ratio decidendi* do caso anterior, que tem como objetivo permitir a identificação do precedente adequado, demonstrando a diferença entre as circunstâncias fáticas dos casos, ou o não cabimento do precedente ao caso novo.

Os fatos considerados como fator de diferenciação pelo juiz devem ser de ordem material, devem ter sido relevantes para a constituição da *ratio decidendi*. Fatos irrelevantes ou não essenciais, ainda que diferentes, não podem ser utilizados para afastar a aplicação do precedente, pois a distinção apontada deve influenciar de fato a adequação da norma do precedente ao caso sob exame.

Na hipótese de afastamento do precedente, isso não o constitui como *bad law* - equivocado ou revogável -, mas tão somente o caracteriza como *inapplicable law* - inaplicável – naquele determinado caso. O *distinguishing* é, portanto, “apenas a declaração de que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento” – ou seja, uma declaração negativa (MARINONI, 2010, p. 328).

Almeida (2007, p.84) expõe que o objetivo do *distinguishing* é impedir uma aplicação automática do precedente, indiscriminada e equivocada, perpetuando um desvio de finalidade. A técnica possibilita distinguir os fatos materialmente relevantes que envolvem o caso, dos fatos que participaram da constituição da *ratio decidendi*.

Assim, na eventualidade de o juiz constatar que as particularidades do caso sob análise, embora similares, “extrapolam aquelas que foram decididas no precedente, ou porque trazem elementos novos, ou porque o que foi decidido anteriormente não considerou circunstâncias como as que estão submetidas à análise”, o caso pode ser diferenciado ou *distinguished* do formador do precedente (ALMEIDA, 2007, p. 84).

A técnica do *overruling*, como explicada no tópico acima, diz respeito à possibilidade de revogação ou retificação de precedentes quando há constatação, pela maioria do tribunal, de equívoco, injustiça ou inexatidão, demandando, assim, uma adequação do sistema à dinâmica social (ALMEIDA, 2007, p. 83). Nesse sentido, Mello (2005, p.188-189) apresenta como razões para o uso de tal mecanismo a constatação da “desfiguração do precedente por distinções arbitrárias”; a inexecução de precedentes na “prática porque a regra não é capaz de oferecer uma orientação segura”; “a compreensão atual do precedente como injusto/incorreto”; e “alteração da ‘filosofia jurídica’ da Corte vinculante”.

O mesmo doutrinador explica em seguida os motivos do afastamento dos precedentes nos exemplos dados por ele. Nas duas primeiras possibilidades, possivelmente os valores como segurança jurídica e isonomia estariam mais resguardados por meio da substituição do antigo precedente por uma formulação mais adequada. Nas duas últimas possibilidades, entretanto, a opção pela superação ou não do precedente deve ser solucionada casuisticamente, por meio da ponderação entre as razões que militam a favor da manutenção e favor da modificação do precedente. (MELLO, 2005, p. 188-189).

Finalmente, observação importante é a de que o *overruling* constitui uma retificação total do precedente, e somente pode ser realizado mesmo tribunal que o produziu, tendo em vista que provoca uma mudança de entendimento judicial. O *reversal*, por seu turno, é meio de revogação total do precedente que pode ser manejado pelo tribunal, ou pelo próprio ordenamento jurídico, pois uma nova lei promulgada pode alterar as bases nas quais se apoiam determinado precedente ou se opor expressamente à norma abstrata extraída do mesmo (ALMEIDA, 2007, p. 83).

As técnicas intermediárias existem para otimizar a eficácia dos valores em

conflito e exigir o menor sacrifício possível de cada um desses. Dentre elas Mello (2005, p.189) menciona o *prospective overruling*, que funciona como uma verdadeira modulação dos efeitos da decisão. Trata-se de aplicar o precedente antigo na decisão que determinou sua superação, mas com a ressalva de que futuros casos, a partir de então, ou a partir da data fixada pelo julgador na decisão de revisão, serão decididos com base no novo precedente.

Marinoni (2010, p.402) destaca o *anticipatory overruling*. Por meio desse, desde 1981, as Cortes de Apelação norte-americanas fazem um prognóstico, baseando-se em determinadas circunstâncias, de quais precedentes a Suprema Corte deixará de aplicar. É uma espécie de antecipação da revogação para que a Corte de Apelação possa deixar de aplicá-lo, e os fundamentos utilizados para tanto são o desgaste do precedente pelas decisões da Suprema Corte, aliado a uma tendência manifestada por ela que sugira a sua futura revogação, estando a Corte aguardando somente o caso adequado para aplicar o *overruling*. Dessa forma, Marinoni (2010, p.402) vai defender que melhor seria chamar tal técnica de “não aplicação de precedente em vias de revogação pela Suprema Corte”, e vai destacar que se um dos argumentos mais fortemente levantados a favor dessa última técnica é o fato de que proporciona justiça, tendo em vista que afasta de antemão um precedente que está superado pela Suprema Corte, carecendo apenas da declaração formal de revogação; em contraposição, afastar um precedente firmado pela Suprema Corte antes da própria revogação configura justificada violação de confiança, além de representar uma perda de estabilidade do direito.

Marinoni (2010, p. 345) lembra ainda da *technique of signaling*, por meio da qual, prezando pela segurança jurídica e previsibilidade, o magistrado sinaliza a intenção de promover futura revogação do precedente em razão da perda de sua consistência, mas não o revoga imediatamente para que os jurisdicionados percebam gradativamente que devem deixar de considerá-lo como embasamento para seu comportamento; e *transformation*, por meio da qual a Corte recusa o conteúdo do precedente, mas não o revoga por meio de *overruling*. O que ocorre é uma transformação, a partir dos fatos relevantes ou materiais, em uma forma compatível com o resultado atribuído ao caso sob exame, mas sem aceitar o erro de julgamento, como ocorre no *overruling*. A grande desvantagem dessa técnica é a dificuldade que as Cortes inferiores possuem de compreender o conteúdo do

precedente transformado, o que culmina muitas vezes na aplicação do precedente antigo, como se tivesse sido mantido nos mesmos termos (MARINONI, 2010, p. 346).

A *overriding* é técnica por meio da qual o magistrado limita ou restringe o alcance do precedente, compatibilizando a decisão tomada com apenas parte do mesmo, quando se depara com a necessidade de harmonizar o precedente com entendimento firmado posteriormente (MARINONI, 2010, p. 347). Por último, menciona-se a técnica da elaboração de distinções inconsistentes - *the drawing of inconsistent distinctions* -, por meio da qual o tribunal afasta o entendimento anterior, do mesmo modo que na *transformation*, em uma espécie de revogação parcial, assim como no *overriding*. A peculiaridade reside no fato de que a distinção procedida em relação às razões ou proposições sociais da base do precedente é inconsistente (MARINONI, 2010, p. 347-348).

3.4 O Caráter deontológico do precedente

No que tange ao caráter normativo do precedente, não basta afirmar que ele expressa uma norma ou um conjunto de normas; deve-se considerar o “modal deontico”, isto é, o tipo de norma expresso pelo precedente, qual seja, regra, princípio ou outra espécie. No Brasil, foi Bustamante (2012, p.468) quem percebeu essa possibilidade – entretanto, este autor considera somente aqueles precedentes dos quais se pode extrair uma regra, afirmando que os princípios possuem validade justamente por sua propriedade de correção substancial, não valendo por sua força como precedente. Lopes Filho (2014, p.185), por outro lado, defende que a expressão normativa mais comum do precedente se dá por princípios, não obedecendo à sujeição de regra.

Face a essa divergência de posicionamentos, o presente trabalho adotará a teoria de princípios de Robert Alexy para estudar o caráter deontológico do precedente. Para o autor alemão, normas são enunciados deontológicos, isto é, expressam um “dever ser”, que pode se manifestar por meio de uma proibição, permissão ou mandado. Regras são normas abstratas e genéricas, comandos definitivos, que devem ser aplicadas de maneira estrita por meio da subsunção do

fato concreto quando juridicamente válidas, isto é, quando preenchidos os requisitos formais de validade (ALEXY, 2008, p. 90-94). Em contrapartida, princípios são mandados de otimização, que determinam que algo seja cumprido na maior medida possível, representando razões que são concretizadas somente com base na precedência condicionada do caso, isto é, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas²⁴ que o envolvem (ALEXY, 2008, p.116-120).

Os princípios são, portanto, razões²⁵ para regras e permitem que seja conhecido o conteúdo valorativo da regra, meramente técnica, tendo em vista que partem de uma gradativa abrangência geral para a abrangência especial. Ademais, ao contrário das regras, que devem ser positivadas - expressamente previstas - os princípios surgem naturalmente na ordem jurídica, podendo decorrer inclusive do “dever ser” difundido no ordenamento, como a tradição normativa e a jurisprudência (ALEXY, 2008, p. 106; ALEXY, 2015, p. 146-147).

Essa breve explanação da teoria de Alexy sobre a deontologia das normas, torna mais compreensível a razão pela qual os precedentes produzem princípios jurídicos, mas constituem predominantemente regras. Afinal, têm como fonte decisões judiciais, e são originários de um sistema que se baseia preeminentemente nos usos e costumes locais.

3.5 Do precedente sob a perspectiva do Positivismo Jurídico ao precedente sob a perspectiva do Não-Positivismo Jurídico de Robert Alexy

Feitas as considerações acerca do precedente em seu sistema de origem, a *Common Law*, passa-se agora a explicar as visões do precedente em dois paradigmas centrais, o do Positivismo Jurídico - que como poderá ser notado no

²⁴ As possibilidades fáticas correspondem à máxima da proporcionalidade, que se subdivide em adequação e necessidade, enquanto as possibilidades jurídicas representam a proporcionalidade em sentido estrito, consubstanciada nas regras e nos princípios opostos (ALEXY, 2008, p.116-120).

²⁵ Alexy defende que, tanto regras, quanto princípios são razões para normas ou para ações. Pode-se dizer que razões, aqui, possuem o sentido de fundamentos. Tanto regras quanto princípios possuem um caráter *prima facie*, isto é, que admite exceções, podendo ser essas regras e princípios serem flexibilizados, diante das possibilidades fáticas (do caso concreto) e jurídicas (outras normas conflitantes ou colidentes no caso concreto). Entretanto, as regras podem ou não comportar exceções e se manterem válidas. Quando não comportam, pode-se dizer que possuem um caráter definitivo diferente do *prima facie* dos princípios. Os princípios e regras podem ser razões para normas universais (abstratas) ou individuais (concretas). Por constituírem razões para normas, são, indiretamente e consequentemente, razões para ações. (ALEXY, 2008, p. 106-107).

primeiro subitem desse capítulo será afastado por conta das distorções que ele provoca na aplicação do precedente – e o Não-Positivismo Jurídico de Robert Alexy, mais adequado na aplicação do precedente nos países da *Civil Law*.

3.5.1 Primeira parte: o precedente sob a perspectiva do Positivismo Jurídico

A Antiguidade Clássica concebia o Direito como fenômeno de ordem sagrada, conhecido por meio de um saber ético e prudente. A Era Medieval cultivou e preservou esse Direito, como legitimação do poder da Igreja e da religião - por meio da cristianização - levantando traços dogmáticos por meio da exegese jurídica, tendo em vista que o Direito, enquanto originário do divino, deve ser recebido e interpretado tal qual foi estabelecido. Entretanto, a partir do Renascimento, ocorre uma substituição desse caráter por um perfil técnico, inaugurando a era do Direito Racional, em que se perde parte do método dogmático de interpretação. O humanismo renascentista substitui o entendimento a partir da moral por uma racionalidade reconstitutiva da regulação da convivência humana (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 38-41).

A necessidade de autopreservação demandava a organização racional de uma ordem social que a satisfizesse, levando aos surgimentos das teorias contratualistas. Nesse contexto, passou-se a desenvolver um Direito e um raciocínio jurídico voltados à neutralidade e à técnica, exigindo sua formalização e sistematização. O Direito, então, conquista um perfil metodológico diferenciado, que propõe uma teoria que, legitimada pela razão, reduz-se a proposições de relações lógicas próprias de leis naturais, que encaram o homem como um ser natural.

Na Era Moderna o Direito não rompe com a dogmática, mas passa a ser construído sistematicamente a partir da razão - instrumento de crítica – como regulador universal, estabelecendo-se o domínio do jusnaturalismo. Nesse contexto, o direito reconstruído racionalmente não reflete a experiência concreta na sociedade, o que afasta a teoria da prática, mas inaugura a tentativa de conceder pela primeira vez o *status* de ciência propriamente dita ao Direito (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 44).

Entre os séculos XVI e XVIII, o Direito foi se tornando cada vez mais escrito.

A isso, somada a teoria que defendia a divisão dos poderes, garantindo uma separação entre Direito e Política, tornou a lei a principal fonte do Direito. No século XIX, por sua vez, introduz-se a ideia de mutabilidade do Direito, pois esse é entendido como correspondente à cultura social, que corresponde ao fenômeno da positivação do direito (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 46).

Tal fenômeno significa que todas as valorações, regras e expectativas de comportamento na sociedade têm de ser filtradas através de processos decisórios, antes de adquirir validade jurídica. Nesse sentido, tem-se que o direito é o conjunto de normas que possuem sua validade concedida pelo fato de advirem de autoridade constituída, isto é, da soberania do poder do Estado, mediante norma geral e abstrata (LUHMANN apud FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 49).

O século XIX vai consagrar, portanto, o Positivismo Jurídico ou Juspositivismo, doutrina segundo a qual só existe o direito positivo, isto é, escrito e emitido por autoridades; as demais fontes são praticamente ignoradas. Consequentemente, há uma crescente importância da lei - principal fonte do direito nos sistemas da *Civil Law*. A busca pela segurança jurídica por parte sociedade da época consagrou, assim, um respeito mítico a essa fonte do Direito, e, conforme ensina Bobbio (1995, p.78-79), a codificação – firmada pela Escola da Exegese, predominante na França do século XIX e propagada com o surgimento da escola científica - acabou fazendo com que a ciência jurídica perdesse sua capacidade criativa, sendo a aferição do que é ou não Direito, não necessariamente dependente de conceitos da ordem moral ou valorativa.

Assim, nos diversos paradigmas do Positivismo Jurídico, o precedente é concebido a partir de uma ideologia enquanto norma de reconhecimento que indica a posição em face dos paradigmas existentes, de modo que existem algumas ideologias identificadas acerca da atividade jurisdicional que podem ser agrupadas em paradigmas principais. Nesse sentido, Lopes Filho (2014, p.233) vai explicar que um dos paradigmas que vai identificar o precedente a partir de uma ideologia enquanto norma de reconhecimento é o legislativo – normativo. Esse é baseado na *judicial reference* e na *judicial legislation*, e coloca o juiz como um legislador em pequena escala, pois cria uma norma cogente e rígida que deve ser seguida pelo próximo julgador, o qual deve aplicá-la utilizando-se de procedimentos de lógica formal, sobretudo, silogismos.

Outro paradigma é o de referência judicial - *judicial reference* – que se aproxima muito do Positivismo Exegético do Estado de Direito legislativo, pois concebe-se a *ratio decidendi* apenas em sua dimensão normativa estreita. Por esse paradigma o precedente é formado sem qualquer utilização de técnica própria, com base na mera interpretação do tribunal, sem fazer menção à *ratio*, como se a decisão decorresse unicamente de uma interpretação correta da lei, impedindo o exercício da hermenêutica na aplicação futura do precedente. Para essa concepção positivista, o Tribunal que aplica o precedente não dispõe de qualquer margem interpretativa, devendo aplicar o seu sentido autêntico, presente na enunciação geral e abstrata predeterminada. Assim, a tarefa de uniformização da jurisprudência normalmente é atribuída a um tribunal de maior hierarquia, de modo que a força vinculativa do precedente decorra unicamente do aspecto subjetivo, isto é, da autoridade emissora (LOPES FILHO, 2014, p.234-242).

A *judicial legislation*, por outro lado, é originária do Positivismo Normativista, bem representado por Kelsen. Por essa concepção, equipara-se o precedente a uma norma produzida a partir do julgamento de um caso concreto, sendo, porém um produto fora de contexto e abstrato. Ademais, atribui-se imperatividade ao precedente por meio do argumento de autoridade, vez que a imperatividade decorre da autoridade da corte superior emissora. A *ratio decidendi*, nessa perspectiva, fica reduzida a uma regra aplicável por meio do mecanismo de “tudo ou nada” se enquadrando na concepção de regra jurídica concebida por Dworkin e por Alexy, que será detalhada nos parágrafos logo abaixo.

A ideologia que permite a confusão entre jurisdição e legislação é própria dos países continentais, sobretudo, os de tradição francesa e alemã, pois foram marcados fortemente pelo Estado de Direito Legislativo, onde foi atribuída à interpretação judicial as características de enunciado normativo. Na França, por exemplo, não se empresta relevância jurídica ao precedente, o qual nem mesmo chega a ser citado na fundamentação de decisões (LOPES FILHO, 2014, 239).

Na Alemanha, a situação não é muito diferente, desempenha a legislação o papel de fonte primária do direito, ocupando o precedente, posição secundária. Assim, se o caso puder ser decidido com base na literalidade da lei, os precedentes serão praticamente desnecessários ou irrelevantes. Se não houver lei suficiente em si mesma ou essa exigir interpretação, os precedentes desempenharão papel

importante.

No Direito pátrio, a busca pela previsibilidade formal a partir de uma interpretação exegética, sem considerações de questões substanciais relativas ao constitucionalismo contemporâneo, acaba dando ao precedente uma conotação formalista que o sistema da *Common Law* não apresenta. No Brasil, o paradigma normativista tem sido adotado, sobretudo, pela atuação do STF, nos últimos anos. Alguns exemplos dessa manifestação são a repercussão geral dos recursos extraordinários, a publicação da pauta de casos relevantes a serem julgados, a concentração do julgamento em sessão única e a divulgação de seus julgados por meio das mídias, o que acaba aumentando sua influência sobre os outros tribunais como decorrência da sua maior exposição.

Até a promulgação do novo CPC, o que se tinha no ordenamento jurídico mais semelhante à roupagem do precedente eram as súmulas, constituídas por enunciados abrangentes demais para se compararem à *ratio decidendi* do precedente, que não admite a abstração de particularidades fáticas relevantes para inserir os casos em fórmulas gerais. Assim, no Direito pátrio, a busca pela previsibilidade formal a partir de uma interpretação exegética, sem considerações de questões substanciais relativas ao constitucionalismo contemporâneo, acaba dando ao precedente uma conotação formalista que o sistema da *Common Law* não apresenta, sendo necessária a incorporação de uma posição pautada na hermenêutica filosófica para melhorar a modulação do precedente à realidade (LOPES FILHO, 2014, p.260).

Nesse aspecto, Lopes Filho (2014, p.260) vai defender que é possível utilizar a concepção de Dworkin, que exige uma coerência sistêmica do ordenamento, sem se valer de mecanismos formais, para assegurar uma conjugação satisfatória entre segurança e correção material. Assim, a subjetividade, isto é, o tribunal superior do qual emana a decisão é um ponto importante para a atribuição de segurança ao sistema, pois seu grau hierárquico impõe a obediência a seus posicionamentos, decorrendo disso duas possibilidades: (i) uma maior previsibilidade das soluções jurídicas, mas ao mesmo tempo (ii) uma certa instabilidade, porque é necessário aguardar a manifestação da autoridade superior para conhecer a solução para o caso.

Segundo Lopes Filho (2014, p.260), a historicidade do pensamento demanda

uma abertura argumentativa que autoriza, e até mesmo exige, considerações extrassistêmicas na aplicação ou suspensão no precedente. A prática deve conformar e adequar as contribuições teóricas. No entanto, quando se transforma a prática em mera aplicação teórica, como demanda o procedimento exegético, as particularidades fáticas e até mesmo jurídicas dos casos concretos em análise são submetidas a considerações generalizadas, propostas por precedentes mais amplos, desconsiderando a singularidade do caso, fundamental à apreciação e solução adequada da demanda.

Assim, é necessário partir da historicidade pressuposta pela hermenêutica filosófica para se alcançar uma justiça substancial no caso concreto, que preza pelas particularidades, afastando sua mera subordinação ao formalismo, o qual produz e parte das generalizações. Para tanto, o instrumento fundamental para a compreensão e o uso do precedente é a perquirição hermenêutica “de-e-para” de perguntas e respostas referentes ao precedente e ao novo caso que eventualmente será a ele submetido. A coerência sistêmica que decorre desse exercício permite alcançar a única segurança, a qual não parte somente do formalismo proporcionador de previsibilidade a partir da subsunção em suas generalizações (LOPES FILHO, 2014).

A *ratio decidendi* se enquadra na concepção de regra jurídica concebida por Dworkin e por Alexy. Nesse sentido, Dworkin (2002, p.36) defende que o Positivismo Jurídico “é um modelo de e para um sistema de regras, e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”, e as regras se referem a um “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. O princípio, por sua vez, é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

A distinção entre regras e princípios em Dworkin pode ser resumida nas seguintes assertivas: o princípio é integrante do direito e, se for relevante, deverá ser considerado pelas autoridades públicas como razões que apontam para uma ou outra direção. O princípio possui a dimensão do peso ou da relevância que as regras

não possuem, e essa relevância no caso concreto, em contraponto com outra norma, é chamada força relativa; as regras são apenas funcionalmente importantes ou desimportantes, e em um conflito entre duas regras, somente uma prevalecerá.

Alexy, por sua vez, constrói uma distinção qualitativa entre regras e princípios, e não pela lógica, como faz Dworkin. Assim, segundo Alexy, regras são aplicadas pelo modelo tudo-ou-nada, nos mesmos moldes defendidos por Dworkin, de modo que, caso comportem exceções, devem possuir cláusula de exceção. Por outro lado, os princípios são *mandados de otimização*, que devem ser aplicadas na maior medida possível, de modo que, em um conflito entre princípios, o de maior peso relativo deve ser aplicado da maneira que menos sacrifique o princípio contraposto, pois os princípios não são excluídos do ordenamento jurídico como as regras.

Tudo isso permite concluir que a tradição continental trata os precedentes como normas legislativas, consagrando, assim, o paradigma normativo na versão do Positivismo Exegético (*judicial reference*) ou normativista (*judicial legislation*). Assim, diante dos problemas apontados acima sobre essa forma de aplicar os precedentes e as distinções feitas por Dworkin e Alexy de regras e princípios, passa-se agora a teoria não positivista de Alexy na tentativa de encontrar um meio de aplicar o precedente nos ordenamentos jurídicos da *Civil Law*, conforme suas particularidades, mas sem desnaturá-lo. (LOPES FILHO, 2014, p.242).

3.5.2 Segunda parte: o precedente sob a perspectiva do Não-Positivismo Jurídico de Robert Alexy

O presente subitem será subdividido em mais dois pontos para que haja maior didática no estabelecimento da conexão da teoria do Não-Positivismo com a aplicação do precedente, especialmente no sistema da *Civil law*.

3.5.2.1 O Não-Positivismo de Robert Alexy

Alexy elaborou uma teoria pautada no Não-Positivismo Jurídico acerca do

conceito e da validade do direito, centrada em dois elementos fundamentais da filosofia do direito – o conceito e a aplicação do direito -, a partir da defesa de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, pela qual é possível se defender uma concepção mais adequada de precedente afastada dos parâmetros positivistas.

A principal discussão que versa sobre o conceito de direito e a evolução da Filosofia do Direito remete à existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral. Essa questão remonta a mais de dois mil anos, na Antiguidade Grega, quando Xenofonte relatou a pergunta feita por Alcibíades a Péricles, sobre se uma lei poderia emanar de um regime tirânico (XENOFONTE apud ALEXY, 2009, p.3). Essa polêmica origina duas correntes teóricas mais importantes: a concepção do Positivismo Jurídico e a do Não-Positivismo Jurídico. Dessas duas correntes, resultam as teses da separação e da vinculação, respectivamente.

Tanto as concepções positivistas, como as de Hart e Kelsen, quanto as não-positivistas, como Kant e Alexy, buscam fornecer uma explicação universal do Direito, cunhando um conceito relativamente semelhante, composto por legalidade autoritativa (na linguagem de Alexy) e eficácia social, elementos que compõem a dimensão da validade. O que se discute é a existência do terceiro elemento referente à pretensão de correção material (ou correção moral), disputa central entre o Não-Positivismo de Alexy e o Positivismo Jurídico (ALEXY, 2015, p.29-30).

As teorias do Positivismo Jurídico defendem a tese da separação, que determina que o conceito de direito deve ser elaborado sem a participação de elementos morais, ou seja, não se deve confundir o que o direito ordena e o que a justiça exige, assim como não se deve confundir o “ser” e o “dever ser” do direito, tendo, em razão disso, Kelsen afirmado que qualquer conteúdo das normas jurídicas pode ser Direito. As variantes do Positivismo resultam das diferentes interpretações e relevância que se conferem a esses dois elementos. (ALEXY, 2015, p.290).

As teorias não-positivistas, por sua vez, defendem a tese da conexão, isto é, o conceito de direito necessariamente deve incluir elementos morais. A teoria não-positivista de Alexy defende que o conceito de direito, portanto, é formado pelas legalidade autoritativa e eficácia social, que são elementos realmente indispensáveis à norma jurídica em um ordenamento, ao lado da pretensão da correção material ou

correção moral. A compreensão do não-positivista, portanto, não identifica necessariamente o direito com a lei. A variação do peso que se dá a esses três elementos produz formas distintas do Não-Positivismo (ALEXY, 2015, p.290).

Dentre as variações teóricas do Positivismo Jurídico e do Não-Positivismo, identifica-se a que se refere às posições forte e fraca. Esta defende, em relação ao Positivismo, que, embora a Moral não se conecte ao Direito de forma conceitualmente necessária, não está necessariamente excluída do mesmo, enquanto, em relação ao Não-Positivismo, defende que o texto legislativo injusto (imoral) só é inválido quando viola um limite tolerável de injustiça. Aquela (a posição forte) defende, em relação ao Positivismo, que o conceito de direito exclui necessariamente a Moral, enquanto, em relação ao Não-Positivismo, defende ser inválido todo texto legislativo injusto (imoral) é inválido. Outra distinção relativa às teses forte e fraca se constata dentro do Não-Positivismo. A tese fraca sustenta a necessária conexão entre Direito e alguma Moral. A tese forte defende a conexão necessária entre o Direito e uma Moral correta, adequada (ALEXY, 2015, p.334).

Alexy defende, ainda, que, caso o não-positivista não consiga sustentar uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, poderá sustentar ao menos uma conexão normativa. Pela inserção do argumento normativo, demonstra-se que “a inclusão ou não de elementos morais no conceito de direito é necessária para que se alcance determinado objetivo ou para que se cumpra determinada norma” (2009, p. 26).

Para Alexy, portanto, existe uma conexão entre Direito e Moral por meio da necessidade conceitual e da necessidade normativa. A conceitual apresenta três possibilidades: a relação é conceitualmente impossível, a relação é conceitualmente possível, mas não necessária e a relação é impossível. Isso porque, segundo o autor, sustentar ao menos a impossibilidade de afirmar que não existe qualquer conexão entre direito e moral já é subsídio para posições não-positivistas, pois o Não-Positivismo sustenta que há ao menos a possibilidade de conexão, e não sua necessidade (SOUSA, 2011, p.301).

A necessidade normativa, por outro lado, confere razões para justificar moralmente a relação entre Direito e Moral. O texto legislativo não pode expressar conteúdo que ultrapasse o limite de injustiça tolerável, sob pena de alcançar a

injustiça extrema e deixar de ser direito (SOUSA, 2011, p.301).

No que tange à necessidade normativa de conexão, pode-se identificar duas espécies distintas. A espécie *classificatória* defende que normas, decisões e sistemas jurídicos que não se enquadram em determinado critério moral ou, em outros termos, não formulam pretensão de correção, não são jurídicos, logo, são inválidos. A espécie *qualificatória*, por outro lado, sustenta que normas e sistemas que não se enquadram em certo critério moral são válidos, mas defeituosos (ALEXY, 2009, p.41-43).

Nos casos difíceis, sob a perspectiva da abordagem jurídica, que apresentam lacunas na legislação, conflito entre normas, sobretudo princípios, ou que exigem decisões *contra legem*, soluções puramente jurídicas ou puramente técnicas são insuficientes (apenas suficientes para os casos fáceis), pois demanda-se a utilização de argumentos morais para justificação de uma solução jurídica correta, o que, conseqüentemente, atrai a necessidade de determinação de um correto conceito de direito, isto é, se possui ou não relação com a Moral.

Em vários artigos e na obra “Conceito e Validade do Direito”, Alexy desafia a noção positivista, defendendo um conceito de direito não-positivista (inclusivo), que exige a existência de conexões necessárias entre Direito e Moral, demonstrando como o Positivismo Jurídico falha enquanto teoria abrangente.

Em princípio, da perspectiva do observador, a tese positivista da separação é correta, o que não se observa quando se analisa a perspectiva do participante, pela qual é a tese da vinculação a correta, o que pode ser demonstrado pelo argumento da correção, pelo argumento da injustiça e pelo argumento dos princípios, fundamentando, assim um conceito não-positivista de direito (ALEXY, 2009, p.109).

O problema do Positivismo Jurídico, na maioria das vezes, é enquadrado na conexão classificadora entre direito e moral. Ao violar um critério moral, é subtraído o caráter jurídico da norma ou do sistema jurídico referente, quando se ultrapassa o limite da injustiça tolerável, alcançando a injustiça extrema, o que se denomina “argumento da injustiça” (ALEXY, 2009, p.48).

Para verificar se a tese da vinculação é correta na forma do argumento da injustiça, deve-se distinguir entre normas individuais e sistema jurídico. O argumento da injustiça (injustiça extrema) relacionado a normas individuais foi elaborado na

Antiguidade, perdurando na Idade Média, quando foi sustentado por autores como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, mas a fórmula que se conhece atualmente foi cunhada por Gustav Radbruch, que afirma que o direito positivo tem prioridade sobre a justiça, a não ser que atinja um grau tão insustentável ao ponto de ser considerado direito incorreto (ALEXY, 2009, p.34).

Radbruch, após a Segunda Guerra, visando refutar o Positivismo Jurídico, que acreditava ter contribuído para a validação de leis muito injustas na Alemanha durante o período do nacional-socialismo, cunhou a seguinte fórmula:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido de modo que o direito positivo, assegurado através de um estatuto e do poder, tem então a precedência, mesmo quando seu conteúdo for injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva em relação à justiça atinja uma medida tão intolerável que a lei, enquanto “direito injusto”, tem que ceder à justiça. (RADBRUCH, 1990, p. 345).

Sob a perspectiva do observador, entretanto, direito é aquilo que é feito por tribunais e autoridades, com suporte no enunciado de normas válidas, estabelecidas conforme o ordenamento, de modo que a inclusão de elementos morais no conceito de direito para normas individuais é conceitualmente desnecessária e impossível. O observador se questiona sobre como as decisões são de fato tomadas no sistema jurídico. Este, por outro lado, é abordado de maneira diferente (ALEXY, 2009, p.36).

A pretensão à correção no sistema jurídico limita a tese positivista da separação, ocorrendo de forma ilimitada quanto às normas individuais. Em relação à perspectiva do participante, trata-se daquele que participa do processo de disputa sobre proibição, comando e permissão no sistema jurídico, de quem se questiona sobre como decidir corretamente o que é comandado, permitido ou proibido no sistema jurídico. No centro, encontra-se o juiz, que é quem toma as decisões (SOUSA, 2011, p.304).

O que diferencia a perspectiva do participante é o fato de se relacionar com a dimensão ideal do direito, quando não se trata de apresentar solução pela subsunção à norma, mas pela aplicação de princípios, porque, para definir o conceito de direito, deve-se questionar sobre o que o direito deve ser, não permitindo que possua apenas uma dimensão fática (ALEXY, 2009, p.109).

Assim, em relação aos três argumentos que sustentam o conceito de direito não-positivista, tem-se o seguinte: o argumento da correção é a base dos outros dois argumentos e remete a uma conexão conceitualmente necessária. É elemento constitutivo do conceito de legislador, que parte da premissa de que o legislador elabora um texto legislativo com a pretensão de correção (justiça), ainda que esse texto não tenha que necessariamente expressar determinado conteúdo, assim como o juiz pretende que sua decisão seja correta (justa), ainda que não tenha que expressar certo conteúdo. Nesse sentido, Alexy (2009, p.43) defende que normas jurídicas individuais, decisões judiciais e sistemas jurídicos criam uma pretensão de correção.

Ou seja, o participante do sistema sempre parte da premissa de que as proposições que formula sejam corretas. Utilizando-se da teoria dos atos performativos de fala cunhados por Austin, afirma que integra o conceito de afirmação o fato de que a crença naquilo que se afirma esteja embutida na fala. Quem afirma e ao mesmo tempo nega incorre em falha conceitual e técnica. Assim, resta demonstrada a conexão conceitual necessária entre Direito e Moral, faltando demonstrar o raciocínio normativo, que é o argumento da injustiça.

O argumento da injustiça pode ser aplicado da perspectiva do participante, tanto para normas singulares quanto para o sistema jurídico, defendendo que a injustiça contida em uma norma somente a invalida se alcançar o grau extremo, demonstrando, assim, que Alexy sustenta a tese fraca da conexão entre Direito e Moral, permitindo que normas sejam jurídicas e imorais, o que afasta a possibilidade de uma legitimação acrítica do direito e da incerteza jurídica. Tanto a certeza jurídica quanto a justiça material são muito relevantes à constituição do conceito de direito. Nesse contexto, surge a objeção relativista, para cuja resposta é necessária a possibilidade de se definir racionalmente o que são noções de justiça e de injustiça extrema (SOUSA, 2011, p.307).

Alexy defende que o sistema jurídico como um todo somente perde sua validade quando contém normas extremamente injustas em duas hipóteses, resumindo-as na tese da extensão e do colapso. A tese da extensão afirma que, quando normas substantivas fundamentais de um sistema jurídico perdem sua validade, provocam a perda do caráter jurídico de todas as outras normas sob o mesmo sistema, causando intensa segurança jurídica. (ALEXY, 2009, p..77-78). A

tese do colapso afirma que um colapso é gerado quando várias normas individuais perdem seu caráter jurídico, afetando a norma (geral) de competência do sistema. Nesse sentido, nenhuma das duas teses pode ser aceita (ALEXY, 2009, p.81).

Não fica claro, pelas obras do autor, qual seria um conceito aproximado de injustiça extrema, mas pode-se destacar como argumento de maior peso o da evidência, que defende a máxima segundo a qual quanto mais extrema for a injustiça, maior será a segurança de seu conhecimento, isto é, sua evidência. Entretanto, a injustiça extrema pode não ser evidente em casos como o de cegueira – originária de alienação ideológica, tradições e fanatismo – e erros morais – como ocorre quando não são consideradas todas as circunstâncias de uma situação, impedindo que se coloque no lugar do interessado (ALEXY apud TRIVISONNO, 2009).

As evidências podem, ainda, ser relativas, de modo que um julgamento racional sobre a injustiça extrema somente pode se basear em argumentos, e não em intuições e experiências sobre evidências, e o próprio discurso pode produzir evidências. Na teoria jurídica não-positivista em Alexy, o terceiro elemento da correção moral (justiça) constitui a dimensão ideal do direito, sendo que a dimensão real é composta pelos elementos compartilhados pela teoria positivista da separação, que são a legalidade autoritativa (conformidade com o ordenamento) e a eficácia social. O Direito, portanto, possui uma dupla natureza, sendo a dimensão real representada pelo princípio da segurança jurídica (TRIVISONNO, 2015).

Para Alexy, as duas principais teorias jurídicas possuem subdivisões, sendo o Positivismo Jurídico dividido em inclusivo (permite a existência de elementos morais no conceito de direito, mas não como conexão necessária) e exclusivo (não pode haver qualquer conexão entre Direito e Moral), e o Não-Positivismo dividido em exclusivo (qualquer norma imoral é inválida), superinclusivo (defendido por São Tomás de Aquino e Kant, determina que há uma necessária conexão entre direito e moral, mas a validade da norma nunca é afetada por defeitos morais, ainda que a injustiça seja extrema) e inclusivo (defeitos morais não necessariamente invalidam a norma, somente se ultrapassado o limite tolerável da injustiça) (ALEXY, 2015, p.363-364).

Essas três formas de Não-Positivismo definem formas de conexão

classificadoras e qualificatórias. Assim, diante do demonstrado, o Não-Positivismo superinclusivo defende que a conexão é sempre qualificatória, o Não-Positivismo inclusivo defende que, abaixo do limite da injustiça extrema, a conexão é qualificatória e acima é classificatória, e o Não-Positivismo exclusivo defende que a conexão é classificatória (ALEXY, 2015, p.364).

Por fim, como tentativa de melhor delimitar o conceito de injustiça extrema, não é necessário definir as inúmeras concepções de justiça já propostas até o presente momento, mas tão somente focar na distinção que existe entre as concepções positivistas e não-positivistas. Na história da filosofia ocidental, destacaram-se duas tendências à definição de moral. Uma defende que se trata do “conjunto de normas positivas diverso do direito, que tem como fonte os costumes ou uma autoridade religiosa”, conferindo-lhe subjetividade. Outra defende que a moral possui origem ideal, não positivada, originária de Deus, da natureza ou da razão, conferindo-lhe objetividade (TRIVISONNO, 2015, p. 106).

A moral ideal aponta aquilo que é bom para a humanidade, enquanto a moral positivista refere-se a razões éticas, aquilo que é bom para um grupo e determinado por ele mesmo. Alexy defende a moral ideal como hierarquicamente superior, que possui maior objetividade e estabilidade, em razão de seu caráter racional, que advém da sua fundamentabilidade (possibilidade de ser fundamentada) no discurso. Somente pode configurar injustiça extrema uma violação àquilo que é bom para a humanidade, e não àquilo que é bom para um grupo, porque além de ter sido convencionado por ele, não necessariamente o que é bom para um grupo é bom para outro, e a moral ideal visa atingir a universalidade (TRIVISONNO, 2015).

O argumento da injustiça se apoia, ainda, na existência dos princípios (padrões que podem ser cumpridos em graus) e de uma escala capaz de medir a intensidade da violação a esses padrões. Isso porque, segundo a tese da incorporação, todo sistema jurídico que apresente o mínimo desenvolvimento possui princípios em seu ordenamento, e esses princípios se ligam a uma moral (SOUSA, 2011, p.309). Em “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy cunha a teoria dos princípios, segundo a qual, normas são enunciados deontológicos que podem se manifestar como regras ou princípios.

A regra expressa um comando definitivo que deverá ser cumprido em seus

exatos termos – se válida a norma – ou não – se inválida a norma e são aplicadas pela subsunção do fato concreto à norma. O conflito entre regras, portanto, se dá no plano abstrato e envolve tão somente uma questão de validade, em que há apenas duas alternativas solucionadoras: inserir cláusula interpretativo-argumentativa de exceção em uma regra ou, se impossível, declarar pelo menos uma como inválida e eliminá-la do ordenamento jurídico (ALEXY, 2008, p.92).

Os princípios, ao contrário das regras, constituem-se em comandos de otimização, isto é, *prima facie*, que determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível, de acordo com as condições do caso concreto – possibilidades fáticas e jurídicas. Tais possibilidades correspondem à máxima da proporcionalidade, a qual se desdobra em três máximas parciais, quais sejam, a adequação e a necessidade (possibilidades fáticas) – que expressam a ideia da Otimalidade de Pareto –, e a proporcionalidade em sentido estrito (possibilidades jurídicas), que se expressa nas regras e principalmente nos princípios opostos, revelando-se na própria ponderação (ALEXY, 2008, p.90); (ALEXY, 2015, p.406).

O conflito entre princípios, por sua vez, envolve o peso que desempenham no caso concreto, que deverá ser avaliado com base na hierarquização de parâmetro constitucional estabelecida diante do caso. Considerando o pressuposto de que todos são válidos, o cerne da questão baseia-se na “lei da colisão” ou “lei da ponderação”, segundo a qual

(K) Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$, e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

Uma formulação menos técnica seria:

(K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. (ALEXY, 2008, p.99).

Assim,

Essa lei reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores (ALEXY, 2008, p.99).

A ponderação, por sua vez, é um procedimento de máxima racionalidade, fundado em premissas lógicas padronizadas, capaz de solucionar as colisões entre direitos fundamentais na forma de princípios por meio da fórmula do peso, materializada em valores matemáticos que permitem uma sistematização das hipóteses surgidas dentro do problema proposto. Parte de premissas representativas do grau de interferência nos princípios, que se expressam em valores matemáticos, identificando o peso abstrato e o peso concreto dos princípios. Essas premissas atuam na fórmula do peso, capaz de mensurar, de maneira lógica, qual princípio tem precedência em certa situação de colisão, sob determinadas possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2015, p.40-407).

As interferências em cada princípio são medidas com base em uma escala tríade, composta pelos termos “leve” (l), “moderada” (m) e “grave” (s), que exaure as possibilidades da construção de uma escala. A ponderação somente é viável se todos os fatores envolvidos possuem o mesmo valor (mesma unidade de medida), e somente se pode fundamentar aquilo que se compreende, de modo que a fundamentabilidade de proposições sobre intensidade é condição de racionalidade da ponderação. A fórmula do peso é assim explicada por Alexy (2015, p.194):

O núcleo e ao mesmo tempo a forma mais simples da fórmula do peso reza:

$$G_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

Nessa fórmula faltam ainda as variáveis para os pesos abstratos dos princípios colidentes (G_i , G_j) e as variáveis para a certeza das suposições empíricas sobre o que a respectiva medida significa, no caso concreto, para a não-realização de um princípio e a realização do outro princípio (S_i , S_j). Porém aqui pode-se deixar de lado isso, de modo que a forma simples acima indicada pode substituir a forma completa.

$$G_{ij} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Tanto na forma mais simples quanto na forma completa, li representa a intensidade da interferência no princípio P_i , que é, no nosso caso, o princípio garantidor da liberdade de opinião da revista *Titanic*. lj representa a importância do cumprimento do princípio oposto P_j , ou seja, aqui o princípio que tem por objeto os direitos de personalidade do oficial paraplético. Gi,j representa, por fim, o peso concreto do princípio cuja violação é examinada, ou seja, P_i . A fórmula do peso expressa que o peso concreto de um princípio é um peso relativo. Ela faz isso de forma simples, definindo o peso concreto como quociente entre a intensidade da interferência nesse princípio (P_i) e a importância concreta do princípio oposto (P_j). (ALEXY, 2015, p.194/195).

Alexy (2015, p.195) descarta a possibilidade de uma escala infinitesimal, em razão da impossibilidade de sua compreensão, e somente pode ser compreendido aquilo que pode ser fundamentado racionalmente, e a recíproca é verdadeira. Entretanto, admite a possibilidade de uma escala tríade dupla, em relação aos valores “leve”, “médio” e “grave”. Reelaborou, então, a fórmula do peso, em “Princípios formais”, englobando as suposições empíricas e normativas na variável S , originando a fórmula do peso completa refinada.

Aplicou-se, então, a fórmula do peso ao conceito de direito, para identificar a injustiça extrema, e verifica-se que a escala mais adequada a ser utilizada é a tríade dupla, porque nem toda injustiça grave é extrema, então não pode haver uma classe única, mas existem níveis de gravidade dentro da classe. A fórmula do peso é então abandonada no que tange à certeza das suposições empíricas, para prevalecer o argumento da evidência quanto à certeza de se tratar de uma injustiça extrema. Assim, na escala de violação leve-leve, o grau de certeza é o menor – não evidentemente falso-não evidentemente falso (ee) –, enquanto na escala grave-grave, o grau é o maior – confiável-confiável (gg).

3.5.2.2 Sistema da Civil Law: a importância da conexão do Não-Positivismo de Robert Alexy com o precedente

Alexy elaborou uma teoria acerca do conceito e da validade do direito, que se pauta no Não-Positivismo jurídico a partir da defesa de uma conexão

conceitualmente necessária entre direito e moral, pela qual é possível defender uma concepção mais adequada de precedente, afastada dos parâmetros positivistas. Assim, a teoria não-positivista de Alexy defende que o conceito de direito, portanto, é formado pela legalidade autoritativa e pela eficácia social, que são elementos realmente indispensáveis à norma jurídica em um ordenamento, ao lado da pretensão da correção material ou correção moral.

A compreensão não-positivista, portanto, não identifica necessariamente o direito com a lei (ALEXY, 2009). Como ensina PIMENTA (2016, p.190-191) o Poder Legislativo contemporâneo modificou a forma da redação das leis, devido à complexidade da sociedade pós-moderna, em que as transformações econômicas e sociais ocorrem cada vez mais rapidamente dificultando a atuação contemporânea do legislador.

Assim, como cada vez mais normas são feitas a partir de conceitos indeterminados e cláusulas gerais o Poder Judiciário pode completar o sentido da norma que o próprio Poder Legislativo optou por deixar incompleta. Essa atuação do Poder Judiciário é relevante pois diminui o excesso do apego a literalidade da lei e permite a adaptação do direito às particularidades do caso concreto, “*construindo* a norma que ao final de todo esse processo hermenêutico vai regular o caso concreto, à luz das suas circunstâncias fáticas peculiares”. Desse modo, “*a melhor interpretação* para determinada norma constitucional ou legal que se aplica a certa *questão de direito*, torna-se, sim, *fonte primária do direito*” (PIMENTA, 2016, p.196/197).

No Brasil, uma das áreas principais de aplicação dos precedentes, mesmo antes da promulgação do novo CPCP, é o Direito do Trabalho, que conta, como visto, com dispositivos avançados nesse sentido. Entretanto, apesar disso, ainda não há uma teoria própria para o uso dos precedentes. A tradição continental os trata como normas legislativas, consagrando, assim, o paradigma normativo na versão do Positivismo Exegético (*judicial reference*) ou normativista (*judicial legislation*) (LOPES FILHO, 2014).

Nesse sentido, é possível verificar que, partindo da teoria de Alexy, os precedentes não podem ser tomados como normas abstratas e genéricas a serem aplicadas a todo e qualquer caso futuro, especialmente quando, como destaca

Pimenta (2016, p.197), a decisão judicial que configura um precedente - quando não há regra clara e suficiente para resolver o conflito e cabe ao julgador complementar a norma abstrata e geral - se torna fonte primária do direito.

Por outro lado,

Se hoje a vinculação estrita dos juízes à letra da lei já não é possível nem desejável, a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação aos juízes traz, inevitavelmente, um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas jurídicas sejam interpretadas e aplicadas de modo diferente por juízes diversos, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os atores sociais pautem na sua conduta e façam suas escolhas de vida com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor. Com isso, o direito como um todo deixa de ser capaz de desempenhar sua função precípua: a de ordenar e de regular as relações sociais (PIMENTA, 2016, p.197).

Assim, apesar de ser necessária uma certa flexibilidade de aplicação do precedente, há que se estabelecer um limite, um equilíbrio na abertura da interpretação do precedente, sob pena desse perder seu sentido de servir como um *instrumento flexibilizador da letra fria da lei* e como um meio *estabilizador do conteúdo das normas jurídicas em vigor*, que por serem genéricas e principiológicas demandam uma *“interpretação concretizadora do Poder Judiciário”* (PIMENTA, 2016, p. 198).

Em nome da segurança jurídica o precedente deve ser considerado como um princípio que comporta ponderações, que efetiva, na maior medida possível, os direitos exigidos sem a necessidade de se superar periodicamente por impossibilidade de adequação ao caso concreto. Por fim, ainda em nome da segurança jurídica, é necessário que o juiz busque a melhor solução do caso concreto por meio das regras discursivas para uma maior efetivação da justiça, conforme propõe o paradigma não positivista do Direito.

4 O PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO

O último capítulo da tese antes da conclusão da dissertação se propõe a estudar o precedente no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no âmbito do Direito Processual do Trabalho. Para tanto, começa-se com uma introdução explicativa da formação e desenvolvimento do direito brasileiro e dos pontos de contato do ordenamento jurídico nacional com o sistema da *Common Law*, com o objetivo de se dar uma base teórica-histórica à uma leitura constitucional-trabalhista do precedente, e esmiuçar o precedente na legislação trabalhista infraconstitucional, especialmente na Lei nº 13.015/14 e nas normas de aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho.

4.1 A construção do Direito pátrio na família da *Civil Law* e os pontos de contato com a família da *Common Law*

O direito brasileiro é eminentemente estruturado sob o sistema da *Civil Law*, composto pelo modelo da codificação e da hierarquia normativa com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) no topo da pirâmide. Entretanto, na contemporaneidade é impossível encontrar um sistema jurídico puro, que não recepcione traços de outro. Os países da família romano-germânica e do sistema da *Common Law* influenciam-se mutuamente, compartilhando esse que, em parte, foi promovido pelo intercâmbio cultural em nível mundial. Além disso, a partir de uma visão comparada, verifica-se que, tanto nos sistemas *Civil Law* quanto nos da *Common Law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade (WAMBIER, 2009, p. 121).

O Brasil, tornando-se colônia de Portugal em 1500, sofreu natural influência do Direito português - assim como a maioria dos países latinos colonizados por europeus, em relação a esses direitos - recepcionando-o a partir da imposição, de modo que o Direito brasileiro não foi fruto de sua própria evolução e mitigação social, conforme ocorrera com os povos antigos, destacadamente gregos e germânicos (WOLKMER, 2006, p. 296).

O país teve como elementos de formação da sua cultura, no período colonial, três etnias predominantes: portugueses brancos, índios nativos e negros escravos. Os indígenas e os negros, no aspecto cultural em geral, contribuíram significativamente para aquilo que hoje é característica do brasileiro. Entretanto, no âmbito do Direito, ocorreu uma imposição natural do modelo português, em razão de os índios nativos que habitavam o Brasil antes da colonização solucionarem seus conflitos jurídicos utilizando-se de seu direito rudimentar, do direito divino, dos tabus e do misticismo (WOLKMER, 2006, p. 297).

Os negros, por outro lado, inseridos na condição de escravos, apesar de muito contribuírem com a influência de seus costumes, crenças e tradições, atualmente presentes e cultivados pela identidade nacional, em termos de Direito, nada puderam contribuir, pois eram considerados apenas “coisas”, propriedade, e não sujeitos de direito (WOLKMER, 2006, p. 298-299).

No período compreendido entre 1580 e 1655, em que o Brasil esteve sob domínio hispânico-holandês, não ocorreram mudanças na estrutura do Direito do Brasil. O Código Filipino (Ordenações Filipinas), que substituiu as Ordenações Manuelinas, foi sendo paulatinamente revogado somente com a Independência do Brasil em 1822, ao passo que o Direito Civil do Código Filipino foi definitivamente substituído somente com a publicação do Código Civil de 1916. A independência do Brasil não rompeu com a subordinação jurídica ao sistema português de início, nem mesmo com a Constituição de 1824 (GUERRA, 2010, p. 37-38).

O ensino jurídico no Brasil origina-se, timidamente, no período colonial, oriundo das universidades portuguesas, principalmente da Faculdade de Direito de Coimbra, na qual se encontrava também uma facilidade idiomática, sendo que os bacharéis em Direito eram, em sua maioria, filhos de abastados coloniais ou altos funcionários da Igreja ou da Corte. Em 1827, foram instituídos os cursos de Direito em São Paulo, no convento dos Franciscanos e Olinda (BOVE, 2009, p. 119).

Com a Revolução Francesa e, posteriormente, a expansão dos valores e ideais liberais pela Europa, as academias jurídicas europeias acabaram absorvendo essa ideologia liberal, alcançando, em um primeiro momento, os estudantes brasileiros que estudavam em Coimbra. Influenciaram diretamente os currículos dessas primeiras escolas jurídicas em território nacional, os quais reservaram os

dois últimos anos do curso de Direito ao estudo de Direito Civil, Comercial, Economia Política e prática processual, impulsionando, assim, os estudos jurídicos da época, com foco, exclusivamente, em um normativismo positivista (MARTINEZ, 2015, p. 2).

O iluminismo, que reflete no direito o que ficou designado como “iluminismo jurídico”, apresenta-se como este complexo de tendências racionalizadoras e renovadoras. A combinação do jusracionalismo com o iluminismo produziu uma primeira grande onda de codificações modernas. Apesar de o jusracionalismo ser atenuado, especialmente no que concerne ao caráter cosmopolita do direito, seus preceitos unem-se às características tipicamente iluministas. O iluminismo reflete no direito principalmente por meio dos anseios desenvolvidos no bojo da Revolução Francesa, onde a razão servia a contemplação de instituições concretas, ligadas a uma tradição jurídica particular e a uma sociedade concreta, com suas próprias instituições. Ainda havia, por conta do florescimento dos novos Estados, um certo sentimento nacionalista, que impunha este caráter de busca de um direito com características nacionais (GUERRA, 2010, p. 38).

No século XIX, a codificação e constitucionalização são processos que se consolidaram como representação do poder político no Estado Moderno brasileiro, traços originários da corrente liberal. Na Europa, o liberalismo originou-se da ideologia burguesa, vinculada ao capitalismo, enquanto no Brasil, a ideologia foi utilizada por grupos diversos para propósitos diversos. É o período em que se estabelece um novo conceito de direito a partir do monopólio estatal do direito, a partir da consolidação de direitos no Estado Moderno (GUERRA, 2010, p. 34).

Segundo Verbicaro (2007, p. 8), nesse período do século XIX, a criação de cursos de Direito no Brasil visava servir aos anseios de um Estado Imperial emergente, o qual necessitava preencher seus quadros organizacionais próprios, buscando constituir, assim, uma elite política que atuasse em prol das expectativas de toda a sociedade, produzindo um ensino jurídico que, conseqüentemente, exerce influência até os dias atuais, privilegiando um ensino profundamente conservador, codificado, dogmatizado e formalizado.

Essa experiência dogmática, afastada da aplicação do direito no caso concreto, é incapaz de compreender a dinâmica dos novos conflitos sociais existentes, produzindo, assim, operadores do Direito com uma formação acadêmica defasada, em especial no que tange à formação do juiz de Direito. A educação reflete até mesmo na forma de exercício do poder político, de modo que as

faculdades de Direito são fundamentais para o exercício das funções (TEODORO, 2011, p. 138). Entretanto, o juiz, em vez de ser uma peça crucial para a transformação da realidade social, acaba deixando-se constituir em apenas mais um instrumento de controle e pacificação social.

Em termos de influência norte-americana no direito brasileiro, por volta do ano de 1891, com a promulgação da primeira Constituição brasileira da República, o país adotou o sistema de controle de constitucionalidade difuso e estruturou o Supremo Tribunal nos mesmos moldes do controle e da Suprema Corte norte-americana (ALMEIDA, 2007, p. 59).

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, como sustenta a maioria da doutrina²⁶, se pauta na teoria da nulidade, característica do sistema norte-americano de Marshall, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a qual afeta diretamente o plano da validade (LENZA, 2011, p. 220). O ato do magistrado é um ato declaratório, isto é, que reconhece uma situação pretérita, pré-existente, que é o vício de nascimento do ato normativo ou da lei. O ato, então, nasce morto e, por ser absolutamente nulo (*null and void*), a decisão que declara sua inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, que, portanto, retroagem à origem (nulidade *ab origine*), tornando-o ineficaz. Desse modo, a lei ou ato não chegou a produzir efeitos, não entrando no plano da validade nem da eficácia (LENZA, 2011, p. 220-221).

O ato existe, assim, enquanto ato estatal, mas está em desconformidade com a noção de “bloco de constitucionalidade”, que funciona como paradigma de controle, afastando, no mesmo sentido, a teoria da anulabilidade, própria do sistema austríaco, cunhada por Kelsen em Teoria Pura do Direito²⁷. Segundo essa teoria, o ato que declara a inconstitucionalidade é constitutivo, não admitindo, Kelsen, a possibilidade de um ato inexistente, provavelmente em razão de seus pressupostos teóricos, que concebem o Direito como uma construção lógica impecável (LENZA, 2011, p. 220-221).

²⁶ BARBOSA, Rui. Actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a justiça federal. Rio de Janeiro: Imprensa, 1893, p. 41 e ss; BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1958; NUNES, José de Castro. Teoria e prática do poder judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 588-589; CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1, p. 430-431.

²⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 374-376.

No sistema austríaco, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da eficácia, ou seja, uma vez anulado o ato, cassado (*aufhebt*), deixa de produzir os efeitos que produziu desde sua origem, de modo que a decisão produz efeitos *ex nunc* (prospectivos) ou *pro futuro* (a partir de algum momento futuro pré-determinado), *erga omnes* (para todos). A lei, portanto, é provisoriamente válida, até a anulação, ou seja, conserva os efeitos produzidos até o momento da declaração. No Brasil, a doutrina que defende essa corrente é minoritária²⁸ (LENZA, 2011, p. 221).

Marinoni (2010, p.458-460) defende que, como grande parte da família romano-germânica, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta resistência na recepção de práticas da *Common Law*, sobretudo no que se refere ao respeito aos precedentes. Para ilustrar seu argumento, o autor menciona a recorrência com que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal revisitam ou alteraram seus “precedentes” (no sentido de súmula) em comparação com o direito estadunidense, o que também serve para demonstrar que o significado de precedente para o direito brasileiro não é compatível com a tradição do termo.

Com a promulgação da CRFB de 1988, foi consagrada uma maior diversidade jurisdicional, uma vez que o novo modelo de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro²⁹ representou relativa aproximação da cultura brasileira com a *Common Law* americana e europeia. A partir desse momento, passou a ser conferido à magistratura ordinária, inclusive ao juiz de primeiro grau, o poder de negar a aplicação de uma lei vigente, quando constatar no caso concreto que essa lei se encontra em desacordo com a Constituição.

Essa aproximação manifesta-se também na decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade difuso, em que a atribuição de eficácia vinculante aos motivos determinantes funciona como instrumento para fortalecer os fundamentos das decisões do Supremo Tribunal Federal; controle de constitucionalidade abstrato, no qual a decisão possui eficácia *erga omnes*; e na repercussão geral no recurso extraordinário, por frisar a importância do Supremo Tribunal para a garantia da

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946, t. 6. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, Editor. v. I (arts. 1-36), p. 413 e ss; FERRARI, Regina Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 268-296.

²⁹ No Brasil, o controle de constitucionalidade da lei deve ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, o que ocorre pela chamada via de controle difuso, e não somente por um tribunal constitucional.

unidade do direito; a multiplicidade de recursos fundamentados em controvérsia idêntica; súmulas, que possuem a real finalidade de consolidar a coerência da ordem jurídica, a fim de garantir segurança jurídica (MARINONI, 2010, p. 73).

Nesse aspecto, o direito brasileiro muito se aproximou do sistema americano, entretanto, com a diferença fundamental de que o juiz americano está vinculado³⁰ aos precedentes e às decisões de sua Suprema Corte, pois, do contrário, colocaria em risco a unificação da interpretação das leis infraconstitucionais e todo o significado atribuído ao conteúdo da Constituição (MARINONI, 2010, p. 74).

O que se verifica acerca do ordenamento jurídico brasileiro é que a vinculação das decisões judiciais está se tornando cada vez mais frequente, o que se manifesta predominantemente na tentativa de se estabelecer precedentes judiciais por parte dos tribunais superiores, o que pode ser comprovado por meio dos fenômenos da súmula vinculante, que obriga o Judiciário e o Executivo, e da decisão sobre existência de repercussão geral, que vincula os recursos extraordinários que versem sobre casos semelhantes.

O referido fenômeno manifesta-se expressamente em dispositivos legislativos como o novo CPC que, em vários artigos, institui expressamente o precedente, a exemplo das determinações como “são elementos essenciais da sentença se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula [...]; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte [...]” (art. 489, incisos V e VI), “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926), “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores” (art. 927, parágrafo 5º) (BRASIL, 2015).

No entendimento de Lenio Streck, a partir da introdução das Súmulas Vinculantes, incorporadas com a aprovação da Emenda Constitucional n. 45, “alçou-se a reflexão da aplicação do direito a um patamar mais reflexivo, no qual passou a surgir várias teorias acerca da tese de que as súmulas seriam precedentes ao estilo da *common Law*”. E isso por uma razão muito simples: “confunde-se a Súmula Vinculante com a ‘questão dos precedentes’ da *common Law*” (STRECK apud LOPES FILHO, 2014, p.13).

³⁰ O que não acontece no Brasil, pois não existe essa vinculação às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à Justiça do Trabalho, a Lei n. 13.015, de 21 de julho de 2014 também trouxe institutos da *Common Law*, ligados ao precedente, para o ordenamento jurídico, a exemplo das determinações como “a decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos” (art. 896-C, parágrafo 16, equivale ao *distinguishing*), “cabera revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior [...]” (art. 896-C, parágrafo 17, equivale ao *overruling*). Em linhas gerais, houve uma valorização da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e um reforço da autoridade dos precedentes regionais e do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Através dessas alterações legislativas, buscou-se estabelecer uma maior unidade ao Poder Judiciário, aprimorando e pacificando sua jurisprudência e assim estimulando uma disciplina necessária para a isonomia e a segurança jurídica das decisões judiciais em relação ao jurisdicionado (BELMONTE, 2015, p. 07).

As técnicas utilizadas pela nova lei adotam soluções da *Common Law*, para extração de normas decisórias criativas e reveladoras do Direito, cujas teses passam a servir de precedente para casos futuros, de forma a conferir a necessária isonomia das decisões judiciais, visando à estabilidade e segurança jurídica (BELMONTE, 2015, p. 08).

O sistema judiciário do Brasil está vivenciando uma crise de efetividade no âmbito do direito processual e material, sobretudo porque o número de processos judiciais em andamento (que cresce em proporção geométrica) ultrapassa o limite da capacidade operacional do Poder Judiciário (que aumenta o número de pessoal em proporção aritmética, o que foi agravado pela Emenda Constitucional n. 45 de 09 de dezembro de 2004). O fato é amplificado pela realidade de que há muitos recursos repetitivos e uma cultura estabelecida do litígio, em que o cidadão recorre ao Judiciário para solução de todo e qualquer conflito. Além disso, verifica-se que o direito do trabalho possui um índice muito baixo de cumprimento espontâneo de suas normas pelos destinatários (PIMENTA, 2015, p. 27).

Essa chamada “Crise do Judiciário”, enfaticamente, da Justiça do Trabalho, é

originária, portanto, da massificação de litígios, e busca-se solucionar a questão por meio do uso dos precedentes, possibilitando maior celeridade às decisões judiciais e, conseqüentemente, aos trâmites processuais. Entretanto, o uso do precedente não é efetivado da mesma maneira que ocorre na *Common Law*.

Não parece ser o entendimento mais adequado, portanto, afirmar que o Brasil está sofrendo uma mutação na tradição jurídica para incorporar a tradição anglo-saxônica. O que ocorre é que o ordenamento jurídico atual, da maneira como se encontra estruturado, mostra-se incapaz de solucionar os problemas que surgem de maneira contingente, razão pela qual busca tem buscado uma possível saída no sistema de precedentes (PEREIRA, 2013, p. 3).

Nesse sentido, o que se buscará é apresentar a estrutura do direito brasileiro, para, a partir de uma análise dos sistemas da *Civil Law* e *Common Law*, e considerando a crise do Judiciário (suas causas e efeitos) que o país vive atualmente, compreender os rumos que o direito brasileiro está tomando, quais serão os possíveis efeitos dessa transformação, e, nessa linha, quais seriam as melhores e mais progressistas alterações que o ordenamento deveria adotar, a fim de racionalizar a atividade judiciária e otimizar o desenvolvimento dos processos e a efetividade das soluções.

4.2 O precedente no Direito Constitucional trabalhista

Antes de adentrar na discussão sobre a efetividade da tutela judicial dos direitos trabalhistas propriamente dita, destaca-se que o Direito do Trabalho recebe tutela constitucional no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, especificamente no Capítulo II - Dos direitos sociais – da constituição de 1988. Não obstante, ofensas no campo do direito material e do direito processual no âmbito do Direito do Trabalho são recorrentes. Nas palavras de Belmonte (2015, p.35/36) ocorre “no campo do direito material, uma grave e direta violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, pelo fragorante desrespeito *a seus direitos sociais constitucionalmente assegurados*” (grifos pelo autor), e, ocorre, “ao mesmo tempo, na esfera do direito processual, uma não menos grave afronta ao *princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional*, assegurado a todos os

jurisdicionados em contrapartida à genérica proibição estatal da autotutela” (BELMONTE, 2015, p.36).

PIMENTA (2016, p.186/187) também vai apontar que o efeito negativo de toda essa violação de normas não incide apenas no direito processual do trabalho, afetando também as promessas da constituição referentes aos direitos constitucionais sociais que não se concretizam na realidade do indivíduo. Isso porque, a inefetividade da Justiça do Trabalho implica em

um indevido rebaixamento do patamar mínimo desses direitos materiais e do próprio direito do trabalho em nosso país. Este, na esfera do *ser*, não corresponderá àquilo que está normativamente assegurado ao conjunto dos trabalhadores brasileiros na esfera do *dever-ser* (PIMENTA, 2016, p.187).

Afinal, se a pluralidade de decisões faz parte da essência do Poder Judiciário, é importante que o conjunto guarde de harmonia e coerência, não sendo heterogêneo, mas uniforme (LINDOSO, 2015, p.108). Ademais, quanto mais efetiva for a atuação do poder judiciário trabalhista

mais poderosa será sua atuação como instrumento indutor do futuro cumprimento, pleno e espontâneo, das normas trabalhistas por seus destinatários, com a previsível diminuição significativa do número excessivo de demandas judiciais (como já aconteceu nos outros países mais desenvolvidos), quebrando-se esse verdadeiro *círculo vicioso* que, nas últimas décadas tem aprisionado tanto os trabalhadores quanto os operadores do direito do trabalho comprometidos com a sua efetividade (PIMENTA, 2016, p.187).

Em relação aos princípios violados, a segurança jurídica não é mencionada expressamente na CRFB de 1988, mas está implícita no princípio da legalidade (art.5º, inciso II da CRFB/1988) e no princípio do devido processo legal (art.5º, incisos LIV e LV da CRFB/1988), constituindo, assim, direito fundamental da pessoa humana (SARLET, 2006, p.5), para que o indivíduo possa pautar seu comportamento e ações dentro da legalidade do ordenamento jurídico. Dessa forma, RESENDE (2016, p.170) lembra que é dever de todos os três poderes do Estado, especialmente o Poder Judiciário – responsável pela interpretação e aplicação das normas – a concretização de tal princípio. E, como ressalta Lindoso (2015, p.109)

A legislação brasileira, tanto na esfera ordinária quanto na órbita constitucional, há muito sinaliza para a necessidade de uniformização da jurisprudência e de sua consequente observância pelo Poder Judiciário, como corolários dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Assim, a partir do momento que se constata que o direito positivado nas leis escritas e promulgadas pelo Poder Legislativo não são suficientes para a promoção do princípio da segurança jurídica, torna-se urgente que o Poder Judiciário atue para complementar a atuação do Poder Legislativo. Isso porque como afirma Benjamin Cardozo citado por Lindoso (2015, p.112), a lei escrita não justifica uma atuação meramente mecânica e técnica por parte dos magistrados. A esses cabem a solução e dúvidas, o complemento de lacunas, a superação de ambiguidades e a atenuação e erros, e se a divergência jurisprudencial é inevitável e as vezes útil, pois contribui para a evolução do Direito, “é tolerada dentro de limites impostos pelo sistema jurídico, balizados pelos postulados da isonomia e da segurança jurídica” (LINDOSO, 2015, p.112).

RESENDE (2016, p.171), por sua vez, explica que “embora os textos legais admitam diversas análises, a interpretação realizada pelo Poder Judiciário deve aproximar-se de um único significado, de modo que as regras jurídicas sejam minimamente certas e previsíveis para os jurisdicionados”. E é exatamente nesse ponto que os precedentes, especialmente os vinculantes, podem contribuir para o direito pátrio ao atribuir às normas um significado e alcance, uma certa continuidade, previsibilidade e equilíbrio (RESENDE, 2016, p.171-172). Além do fato de que

A uniformização e o respeito à jurisprudência uniformizada prestigia a unidade na aplicação do direito, evitando que o êxito da parte no processo seja definido pela sorte na distribuição dos feitos, ditada pelo acaso de contar com este ou aquele juiz, que, ao contrário de outro, aplicará o direito em conformidade com a expectativa do litigante (LINDOSO, 2015, p.113).

O direito à igualdade, por sua vez, previsto expressamente na CRFB/1988 no art. 3, inciso IV, no art. 5, caput e em diversos de seus incisos, diz respeito a uma igualdade material, substancial, e não só formal, estando intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito, cabendo a todos

os poderes respeitarem tal direito. No entanto, na prática diária do Poder Judiciário esse direito fundamental é amplamente desrespeitado pelos próprios magistrados, que se limitam a garantir a igualdade no âmbito dos princípios da ampla defesa e do contraditório, esquecendo que a igualdade deve existir diante das decisões judiciais (RESENDE, 2016, p.178-179). Assim,

Se há uma interpretação judicial, proveniente de precedente editado pelo Tribunal Superior do Trabalho, acerca do sentido, do conteúdo ou do alcance de um determinado direito fundamental trabalhista, todos os jurisdicionados devem ser tratados igualmente nas diversas demandas que o tenham por objeto submetidas à apreciação do Poder Judiciário trabalhista. Não se pode admitir a hipótese de que, mesmo existindo um precedente do órgão jurisprudencial cuja missão institucional é uniformizar a jurisprudência, os jurisdicionados continuem convivendo com vários significados de um mesmo direito fundamental trabalhista (RESENDE, 2016, p.179).

Nesse contexto, o direito à igualdade processual é violado quando os magistrados interpretam a CLT diferentemente do sentido dado pelo Tribunal Superior do Trabalho, o que para RESENDE (2016, p.180) “(...), por si só, já fundamenta plenamente um sistema de precedentes com força vinculante”.

Por fim, o princípio da razoável duração do processo, presente no inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB/1988 a partir da EC nº45/2004, protege os interesses de ambas as partes do processo, que querem logo resolver seu dissídio, e também da sociedade, que tem interesse em um sistema jurídico célere e eficiente. A vantagem dos precedentes vinculantes em relação a esse princípio fundamental, é a simplificação do procedimento, pois a parte favorecida pela tese de determinado precedente limita sua atuação na demonstração da aplicabilidade da *ratio decidendi* do precedente ao caso concreto. De outro lado, a parte desfavorecida, argumenta basicamente em torno das técnicas do *overruling* e do *distinguishing* para o afastamento do precedente. Dessa forma,

O magistrado limitar-se-á a analisar os argumentos apresentados pelas partes e determinar a aplicabilidade, ou não, das razões determinantes (*ratio decidendi*) do precedente à luz dos elementos concretos da demanda submetida à apreciação do Poder Judiciário. Por consequência lógica, ao julgar de formas mais célere os processos com tese jurídica fixada em precedente, os magistrados poderão canalizar mais tempo e energia no julgamento dos casos inéditos, verdadeiramente complexos e urgentes que

aguardam uma solução do Poder Judiciário (RESENDE, 2016, p.184).

Fato é, como já introduzido no primeiro subitem do desse capítulo, que as violações a esses princípios foram um dos motivos de aproximação do direito brasileiro ao sistema da *Common Law*. As decisões divergentes sobre casos que se baseiam no mesmo quadro fático, muitas vezes proferidas pelo mesmo órgão jurisdicional, violam constantemente os princípios constitucionais da segurança jurídica, da duração razoável do processo e da isonomia das decisões, e não obstante as mudanças trazidas em 2004 com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que introduziu no ordenamento jurídico nacional “a possibilidade do STF editar Súmulas Vinculantes (*binding precedentes*) em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, quanto às suas decisões” (BELMONTE, 2015, p.13-14), as violações ainda permanecem.

Consequentemente, como ensina (BELMONTE, 2015, p.14)

Assim, advieram, finalmente, medidas mais efetivas de aproveitamento de técnicas decisórias do *Common Law* no direito brasileiro, visando superar essas disparidades. Chegou-se à conclusão de que, para se obter efetividade, não bastava aliar celeridade à garantia de qualidade da prestação jurisdicional. Ficou claro que os princípios da estabilidade, segurança e isonomia das relações jurídicas devem atuar em conjunto para o desiderato, de modo a assegurar, acima de tudo, a coerência da ordem jurídica.

Nesse contexto, no âmbito do Direito do Trabalho foi promulgada a Lei nº 13.015/2014, e, no âmbito do Direito Processual Civil, foi promulgado o novo Código de Processo Civil, que serão detalhados a seguir. Afinal, como explica PIMENTA (2016, p.186)

quanto mais eficaz for a jurisdição, menos ela terá que ser acionada. Enquanto o direito processual do trabalho e o Poder Judiciário trabalhista não forem capazes de tornar antieconômico o descumprimento rotineiro, mas ficado e reiterado das normas materiais trabalhistas, os Juízes do Trabalho de todos os graus de jurisdição continuarão sufocados e angustiados pela avalanche interminável de processos individuais, repetitivos e, em boa parte, incapazes de prestar a tutela jurisdicional efetiva constitucionalmente prometida a todos os jurisdicionados.

4.3 O precedente no Direito do Trabalho

O presente subcapítulo vai estudar a crise do Poder Judiciário, especialmente na Justiça do Trabalho e as alterações trazidas pela Lei nº 13.105/14 e pelo novo CPC para tentar solucionar os problemas resultantes dessa crise.

4.3.1 A crise no âmbito da Justiça trabalhista, a instabilidade jurisprudencial e a insegurança jurídica dela decorrente

As raízes da crise do Poder Judiciário podem ser encontradas já em 1931, quando o STF, por meio do Decreto nº 20.889/1931, fixou “o número obrigatório por semana de sessões de julgamento até que fosse esgotada a pauta das causas judiciais já marcadas, o que apesar dos esforços não aconteceu, mesmo com o número de feitos não atingindo a casa anula de duzentos” (PINHEIRO, 2008, p.12). Isso fez com que medidas para desafogar o STF começassem a tomar forma desde então. A jurisprudência persuasiva adotada em 1963 pelo regimento interno do STF trouxe resultados positivos na celeridade e racionalização das decisões do poder judiciário. Não obstante, restou incapaz de garantir uma estabilidade jurisprudencial, “provocando o tratamento desigual a litigantes em situação jurídica essencialmente igual e atuando como mecanismo de retroalimentação e de perenização do ajuizamento de novas demandas com esse mesmo objeto” (PIMENTA, 2016, p.198).

Com o advento da CRFB de 1988 constatou-se que o alastramento da crise do STF aos demais órgãos do Poder Judiciário. No âmbito do Justiça do Trabalho isso restou evidente quando os dados estatísticos revelaram que o TST julgou, no seu primeiro ano de funcionamento, 20.473 processos (PINHEIRO, 2008, p.14). Assim, a chamada *crise da justiça* no ordenamento jurídico pátrio, especialmente, no Poder Judiciário ocorre de forma dramática no âmbito da Justiça do Trabalho. Os dados dos tribunais demonstram um crescimento exponencial no número de ações trabalhistas, que superam, inclusive, a capacidade do Poder Judiciário de apreciar e julgar (PIMENTA, 2016, p.179).

Pimenta (2016, p.181) vai explicar que a ciência processual tem atribuído a esse quadro de sobrecarga do Judiciário três causas relacionadas a três tipos

distintos de litigiosidade: *individual*, que envolve ameaças e lesões a direitos isoladas; *coletiva*, que envolve direitos coletivos e difusos; e *em massa ou de alta intensidade*, que possibilitam o ajuizamento de ações repetitivas, as quais tem por objeto questões fáticas e jurídicas comuns à resolução da causa. Entretanto, vai ressaltar que para Pimenta (2016, p.181)

A verdadeira causa da explosão do número de processos verificada no Judiciário brasileiro está, sem sombra de dúvida, no desvio dos denominados *litígios em massa* para o inadequado canal das demandas e processos individuais, canal esse que é incapaz de dar uma resposta célere, efetiva e adequada para as lesões repetitivas aos denominados *direitos individuais homogêneos* que constituem seu objeto e que só o novo e alternativo canal processual das ações coletivas ou metaindividuais tem capacidade de proporcionar (grifo do autor).

Ademais, “a complexidade e a frequente ambiguidade da redação das normas materiais trabalhistas (heterônomas e autônomas)”, contribuem para o baixo índice de cumprimento espontâneo das normas trabalhistas por parte dos empregadores (PIMENTA, 2016, p.186) e intensificam o quadro acima, de modo que as reclamações trabalhistas podem ser vistas como resultado das violações dos direitos dos trabalhadores, e não como causa da sobrecarga do Poder Judiciário (PIMENTA, 2015, p.32-33). Por outro lado, relembra o autor que esse excesso de demanda “é ainda mais pernicioso na perspectiva dos jurisdicionados em geral e, especialmente, dos trabalhadores assalariados para os quais esse ramo especial da Justiça foi instituído” (PIMENTA, 2015, p. 34).

Não bastasse isso,

Quando juízes e tribunais interpretam cada um a seu modo as mesmas normas legais os titulares do direito material terão na prática resultados diversos, de modo que “ será como se, na realidade, existissem diversas leis, de conteúdo diferente, regulando a mesma matéria e regendo exatamente os mesmos fatos. (PIMENTA, 2016, p.200).

Essa instabilidade jurisprudencial na aplicação das normas trabalhistas, originando diversas decisões díspares em casos basicamente idênticos e a morosidade decorrente da interposição de inúmeros recursos sobre as mesmas questões de direito em processos diferentes, contribuem ainda mais para o

fenômeno da baixa da efetividade das normas de Direito do Trabalho material (PIMENTA, 2015, p. 37). O Juiz do Trabalho da 15ª Região Firmino Alves Lima, valendo-se dos ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, afirma que essa problemática enfrentada pelas instâncias extraordinárias do Judiciário funciona como “obstáculo à concretização do direito fundamental à duração razoável do processo” (PIMENTA, 2015, p. 29), consagrado no art. 5º, inciso LXXVIII da CRFB (BRASIL, 1988). Segundo o mencionado Juiz,

[...] o que acontece nos dias atuais, e que não parece fazer mais nenhum sentido, é um Tribunal cuja maior missão é a unificação do entendimento do direito laboral permanecer reapreciando continuamente questões idênticas, aos milhares, dia após dia, quando a imensa maioria das questões apreciadas já se encontram pacificadas. Ou seja, a jurisdição extraordinária do Tribunal Superior do Trabalho vem se transformando em mais uma instância ordinária além dos regionais. [...] Ou seja, esta cultura recursal, muitas vezes fundada, na geração de demanda recursal inútil, visando o proveito de poucos, é totalmente inadequada à própria finalidade do Tribunal Superior do Trabalho, cujo profícuo trabalho deva ser melhor aproveitado em favor de todos os jurisdicionados de uma nação de dimensão continental (LIMA, 2014, p. 131-132).

Resende (2016, p.198-199) cita Pimenta para elencar pontos que afetam o estímulo ao cumprimento da lei trabalhista no âmbito judicial. São eles (i) a chamada *litigiosidade contida*, que significa que nem todo empregado propõe ação judicial contra seu empregador; (ii) o fato de que muitos empregados quando propõem uma demanda, o fazem após o término do contrato, pois o direito de não ser dispensado sem justa causa (art.7º, inciso I da CRFB/1988) não existe na prática; o prazo prescricional previsto no art.7º, inciso XXIX da CRFB/1988 afeta significativamente o valor apurado nas demandas ajuizadas; (iii) o fato de que o processo judicial é demorado, há problemas como insuficiência de prova, defesa precária, e grande parte dos trabalhadores acabam fazendo acordos que reduzem seu crédito.

Não se pode desconsiderar contanto que não só os trabalhadores são afetados pela instabilidade jurisprudencial, mas também os empregadores pois

como esperar que um deles cumpra certas normas trabalhistas no sentido pretendido por seus empregados (o que, certamente, lhe será mais oneroso) depois de ver que seus concorrentes as aplicam em uma linha de interpretação que lhes é mais favorável (e menos onerosa), mas que ainda está sendo adotada como a mais correta pelo menos por parte da jurisprudência de todas as instâncias da justiça do trabalho? (PIMENTA, 2016, p.200).

Não se pode deixar de mencionar também que na atual conjuntura da Justiça do Trabalho brasileira há um sem número de trabalhadores em busca de ações para receber verbas trabalhistas e não para efetivar de fato seus direitos assegurados pelo ordenamento pátrio, com, por exemplo, a proteção à saúde (RESENDE, 2016, p. 98). Isso porque é muito vantajoso economicamente para os empregadores o descumprimento das obrigações trabalhistas, de modo que, por estratégia, cria-se uma “cultura do inadimplemento” (PIMENTA, 2015, p.33).

4.3.2 As normas promulgadas com o objetivo de conferir maior estabilidade e efetividade à tutela jurisdicional no Direito do Trabalho

As normas inseridas no ordenamento jurídico pátrio que vão tentar aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário estão presentes há mais de uma década no sistema brasileiro. Não obstante, como ressaltado acima, a ineficácia delas levou à promulgação da Lei nº 13.105/14 e de parte do novo CPC, especialmente em pontos que pretendem uniformizar a jurisprudência como forma de dar maior efetividade à tutela jurisdicional, como poderá ser visto a seguir.

4.3.2.1 O precedente na Lei nº 13.015/14

A Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, foi editada para, alterando as disposições da CLT, disciplinar os recursos no âmbito do processo da Justiça do Trabalho, almejando celeridade processual, menos burocratização e maior otimização do direito ao acesso à justiça, por meio da prestação adequada e efetiva da Jurisdição.

A publicação da Lei n. 13.015/14, cuja redação contou, inclusive, com a colaboração, mediante sugestões provenientes da mais alta Corte Trabalhista, tem como objetivo, em essência, conferir mais celeridade ao processamento e ao julgamento dos recursos previstos no processo do trabalho, em especial daqueles que são apreciados no âmbito do TST (FREITAS, QUINTÃO, 2015, p.473).

Pimenta (2015, p.25) explica que essa lei representou “uma clara e ousada tentativa de racionalizar e de aperfeiçoar o julgamento dos recursos de natureza extraordinária (recursos de revista e embargos) pelo TST”, por meio da: “exacerbação e do aperfeiçoamento dos requisitos técnicos” para a interposição dos recursos extraordinários, com o fim de facilitar e agilizar seu julgamento e reforçar os filtros processuais, impedindo recursos inúteis e procrastinatórios; bem como de “valorização da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho”, autorizando o TST a determinar a uniformização de suas respectivas jurisprudências; e, por fim, por meio do reforço à autoridade dos precedentes regionais e do TST, com o fim de enfrentar de forma efetiva o fenômeno da litigiosidade em massa e de assegurar coerência e efetividade das decisões.

O TST, instância máxima extraordinária no âmbito do Poder Judiciário trabalhista, tem como principais instrumentos para o cumprimento de sua função institucional – uniformização da interpretação da lei trabalhista – o recurso de revista (art.896 da CLT) e o recurso de embargos. O primeiro serve para a correção de violações de normas por parte dos TRTs, para a resolução de dissensos decisórios entre TRTs e as SDIs, ou entre os próprios TRTs, e como instrumento de garantia da aplicação e respeito às súmulas do TST e às súmulas vinculantes do STF (RESENDE, 2016, p.127).

A nova redação do parágrafo terceiro do art.896 que regulamenta o recurso de revista manteve a obrigatoriedade do incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito dos TRTs do antigo CPC - hoje substituído pelo incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC, que será desenvolvido no próximo subitem –, criou um incidente de uniformização de jurisprudência próprio do processo do trabalho mais amplo em relação a seu cabimento – “trata-se da hipótese de cabimento do incidente de uniformização de jurisprudência no processo do trabalho: quando, após o julgamento pelo Tribunal Regional do Trabalho, verificar-se a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito de um mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre uma determinada controvérsia jurídica objeto de recurso de revista” (RESENDE, 2016, p.129) - e também ao rol de legitimados para sua suscitação (RESENDE, 2016, p.128).

Assim,

A partir da vigência da Lei n. 13.015/2014, na linha de implementada, cada vez mais os TRTs vem se deparando com a necessidade de uniformizar a sua própria jurisprudência. "Dessa forma, o recurso de revista só virá ao TST se TRTs distintos editarem súmulas antagônicas entre si, cabendo ao TST optar por uma das teses", explica ministro Levenhagen (VINÍCIUS, 2015). (FREITAS, QUINTÃO, 2015, p.475).

Na hipótese de conflito entre a decisão do TRT e a jurisprudência do TST, os primeiros devem observar o posicionamento do segundo, em nome da hierarquia judiciária existente entre eles (RESENDE, 2016, p.131-132). Daí a previsão do parágrafo 4º do art.896³¹, que determina o retorno dos autos ao TRT de origem e o aumento do número de legitimados ativos para a realização do controle da uniformização da jurisprudência dos TRTs.

Em breve síntese, pode-se dizer que, se, no TRT, o incidente de uniformização de jurisprudência não for instaurado mediante solicitação de um de seus magistrados, um Ministro do TST, de ofício, poderá fazê-lo. Este ainda poderá contar com a colaboração das partes e do Ministério Público do Trabalho, que poderão levantar a existência de decisões conflitantes entre as turmas do mesmo Regional.

Convém enfatizar que o mencionado comando é imperativo. O uso do verbo "determinará" em vez de "poderá determinar" demonstra um poder-dever, e não uma mera faculdade do TST, implementando-se uma fiscalização bastante rigorosa contra as contradições regionais (FREITAS, QUINTÃO, 2015, p.476).

O parágrafo 5º do referido dispositivo, veio por sua vez, deixar claro que não se trata de faculdade do TST a providencia elencada no parágrafo anterior, mas de poder-dever, "implementando-se uma fiscalização bastante rigorosa contra as contradições regionais" (FREITAS, QUINTÃO, 2015, p.476).

Ainda conforme a nova redação do parágrafo 6º do artigo 896 pela Lei 13.015/14, após a uniformização pelo TRT, independentemente de haver edição de súmula, "somente a tese jurídica prevalente no âmbito daquele Tribunal será apta para viabilizar o conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial"

³¹ Art. 896, §4º: Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência. (BRASIL, 2014).

(RESENDE, 2016, p.131-132).

Em relação ao recurso de revista, as decisões objeto de seu uso que não estão afinadas com determinada tese do TRT na uniformização de jurisprudência, ou não estão de acordo com a decisão de uniformização regional, não servem de paradigma para futuros recursos de revista, cabendo ao próprio órgão fracionário que decidiu contrariamente a precedente do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho se retratar. Consequentemente, “não há mais espaço, no cenário jurídico atual, para decisões divergentes a respeito de uma matéria devidamente pacificada pelo Tribunal de segunda instancia trabalhista” (RESENDE, 2016, p.133). Ademais,

depois de julgado o incidente de uniformização de jurisprudência pelo Pleno ou Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho, apenas a súmula ou tese jurídica prevalente no Regional é que serão aptos à configuração de divergência jurisprudencial destinada a propiciar o cabimento do recurso de revista. (RESENDE, 2016, p.134).

Dentre as alterações trazidas pela lei de 2014 em relação aos recursos, houve a inserção do inciso I no parágrafo primeiro, e dos parágrafos segundo a quarto no art.894 da CLT, que passou a constar com a seguinte redação:

Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias:

I - de decisão não unânime de julgamento que:

a) conciliar, julgar ou homologar conciliação em dissídios coletivos que excedam a competência territorial dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever as sentenças normativas do Tribunal Superior do Trabalho, nos casos previstos em lei; e

b) (VETADO)

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.

§ 2º A divergência apta a ensejar os embargos deve ser atual, não se considerando tal a ultrapassada por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 3º O Ministro Relator denegará seguimento aos embargos:

I - se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou com iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, cumprindo-lhe indicá-la;

II - nas hipóteses de intempestividade, deserção, irregularidade de representação ou de ausência de qualquer outro pressuposto extrínseco de admissibilidade.

§ 4º Da decisão denegatória dos embargos caberá agravo, no prazo de 8 (oito) dias (BRASIL, 2014).

Outro incentivo ao sistema de precedentes contido na Lei n. 13.015/2014, referente ao recurso de Agravo de Instrumento, é a inserção do parágrafo 8º do art. 899 da CLT, o qual determina que o depósito recursal previsto no parágrafo 7º do mesmo artigo (referente a 50% do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrancar) não é obrigatório para o Agravo, quando destinado a destrancar recurso de Revista interposto em face de decisão contrária à jurisprudência uniforme do TST (súmula ou orientação jurisprudencial) (BRASIL, 2014).

A referida lei regulamentou também os procedimentos de *overruling* e *distinguishing*, técnicas próprias e originárias do sistema da *Common Law*, por meio do arts. 896-C, §§ 16 e 17, para afastamento da jurisprudência já consolidada, em razão de alterações econômicas, sociais e jurídicas. Isso porque o parágrafo 17 relatou que um precedente firmado pode ser revisto, quando ocorrerem alterações econômicas, sociais e jurídicas que o exijam (BELMONTE, 2015, p.23; BRASIL, 2014). Assim, pode-se notar que a grande contribuição da Lei n. 13.015/2014 foi priorização da formação e respeito ao precedente, com base nas técnicas do sistema da *Common Law*. Nas palavras de BELMONTE, 2015, p.23

Verifica-se, portanto, que as alterações trazidas pela Lei nº 13.015/2014, já compatibilizadas com os princípios recursais que norteiam o novo Código de Processo Civil, dotaram o processo do trabalho de instrumentos necessários a um disciplinamento judiciário voltado precipuamente para os efeitos uniformizadores da jurisprudência, entre eles o de revelar o precedente a ser seguido, no intuito de evitar decisões divergentes sobre um mesmo tema e dar unidade ao Poder Judiciário trabalhista no seu todo, e maior segurança e celeridade aos processos, na busca do aprimoramento da prestação jurisdicional.

4.3.2.2 O precedente no Código de Processo Civil

No âmbito processual, Pimenta (2016, p. 201-202) enuncia três funções primordiais dos recursos de natureza extraordinária, (i) função nomofilática – leis interpretadas e aplicadas de uma só maneira, de modo exato e uniforme-; (ii) função uniformizadora da jurisprudência – tem como objetivo controlar a aplicação da lei pelos vários magistrados hierarquicamente inferiores, de modo que para os mesmos

fatos haja o mesmo significado da mesma lei-; e (iii) função paradigmática (persuasiva ou vinculante) - as decisões dos tribunais superiores e do STF servem de precedentes ou de orientação para o julgamento de casos futuros iguais pelos demais tribunais. E, é exatamente na terceira e última função que o autor explica que o novo CPC vai alterar o modelo processual brasileiro. Isso porque as súmulas persuasivas fracassaram, levando a atribuição de efeito obrigatório aos precedentes e enunciados de súmula.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil trouxe a previsão de um sistema de precedentes persuasivos e obrigatórios. Assim, trouxe no art.926 como dever para os tribunais a uniformização de suas jurisprudências, e a manutenção dessa estável, íntegra e coerente. (CPC, 2015). Didier (2015, p.2) vai explicar que esses deveres são decorrentes dos princípios constitucionais do contraditório, da fundamentação das decisões, da segurança jurídica e da igualdade, e ao destrinchar cada um desses deveres vai apontar as motivações que levaram a inserção deles no CPC.

A uniformização inadmite que qualquer tribunal “sustente mais de um entendimento simultaneamente” (PIMENTA, 2016, p.203). Didier (2015, P.3) vai então expor que a pretensão de uniformizar a jurisprudência “pressupõe a fidelidade do tribunal à base fática a partir da qual a jurisprudência sumulada foi construída. Cumpre preservar o caráter de concretude do direito judicial que se constrói. Produz-se norma geral, mas a partir de casos concretos”, de modo que reste afastado a abstração dos enunciados das súmulas. Isso mostra a pertinência do presente trabalho em analisar a teoria dos precedentes a partir de uma perspectiva não positivista do direito, posto que, como explicado no capítulo anterior, os paradigmas positivistas acabam geram uma abstração e generalidade dos precedentes e aplicando-os como se fossem leis propriamente ditas, e, conseqüentemente, colocando em risco o propósito do precedente.

O dever de manutenção da estabilidade da jurisprudência, por sua vez, significa que a aplicação do *overruling* deve apresentar uma justificativa, e a modificação de posição deve ser modulada em nome do princípio da segurança jurídica, resultando, no princípio da inércia argumentativa (DIDIER, 2015, p.4). Esse último princípio vai demandar uma *forte carga argumentativa* para quem pretender afastar a aplicação de determinado precedente que seria aplicado ao caso concreto,

mas por outro lado, vai facilitar a fundamentação *carga argumentativa mais fraca* para quem pretender aplicar o precedente a certo caso, “mas sem que se abra mão de, ao menos, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (DIDIER, 2015, p.4).

Em relação a segundo dever, Didier (2015, p.4) vai identificar como normas constitucionais de embasamento,

- i) igualdade de tratamento para casos afins (art. 5º, caput, CF);
- ii) de motivação adequada tanto para a decisão que aplica como para aquela que afasta o precedente (art. 93, IX, CF); e
- iii) de contraditório, que pressupõe o direito de conhecer essa motivação para questioná-la por meios de impugnação cabíveis (art. 5º, LV, CF).

Assim, a estabilidade estabelece a necessidade de respeito da *ratio decidendi* dos precedentes pelo tribunal que os tiver adotado, sendo possível sua superação somente uma justificativa adequada (PIMENTA, 2016, p. 203).

Os deveres de coerência e integridade, por sua vez, são apontados pelo doutrinador como de maior dificuldade de esclarecimento, posto que se trata de um *enunciado normativo*, e não um *enunciado doutrinário*, que deve ser concretizado para uma melhor compreensão, aplicação e, até mesmo, revogação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro (DIDIER, 2015, p.5-6).

Assim, o autor vai propor a identificação da coerência mediante a análise da conformidade da decisão “com o repertório conceitual da Teoria Geral do Direito e da Ciência Dogmática do Direito” (DIDIER, 2015, p.11), mediante a recondução da norma a uma mesma norma superior, de modo que a coerência signifique nesse ponto, “uma relação de justificação (de argumentação) entre duas normas” (DIDIER, 2015, p.12-13) e mediante a observação da “regra de congruência interna das decisões judiciais” (DIDIER, 2015, p.14). A integridade, por seu turno, significa que os magistrados, ao decidirem, devem (i) decidir mediante a observação do Direito como um todo, não por determinadas partes; (ii) concretizar a hierarquia das normas constitucionais como fundamento de todas as demais normas; (iii) entender que o Direito é uma *unidade*; (iv) observar as relações entre direito material e processual, (v) enfrentar os argumentos a favor contra a tese jurídica debatida no momento de formação do precedente. (DIDIER, 2015, p.14-16).

Nesse sentido, Pimenta (2016, p.203-204) define a integridade como a exigência de que os tribunais não adotem posicionamentos inconsistentes e conflitivos, devendo levar em conta o que já foi decidido e realizando modificações de modo justificado e sem contradições; e explica que a coerência acontece quando as orientações oriundas dos precedentes e oferecidas à sociedade devem ser vistas como um produto do Poder Judiciário como um todo.

Resende (2016, p.156) e Abboud e Cavalcanti (2015, P.8) lembram que o novo CPC trouxe no art.927 um rol exemplificativo de precedentes vinculantes, e Pimenta (2016, p.207 - 208) destaca que o art. 489 reforça a eficácia vinculante das súmulas e precedentes no inciso sexto de seu parágrafo primeiro³², permitindo ao julgador o afastamento do precedente somente por meio do procedimento do *distinguishing*, de modo que o juiz nunca vai poder deixar de aplicar o precedente somente por considerar equivocada a *ratio decidendi* quanto à questão de direito; e que o parágrafo segundo a quarto do art.297 são as normas que regulamentam o *overruling* no direito brasileiro. Assim, como explica RESENDE (2016, p.156)

A partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, toda e qualquer decisão judicial, para ser considerada devidamente fundamentada à luz do novo Código, precisa respeitar os seguintes parâmetros: i) na hipótese de aplicação de algum precedente ou sumula, o magistrado deverá necessariamente identificar os seus respectivos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e demonstrar que esses se aplicam ao caso concreto apreciado; ii) por outro lado, na hipótese de não aplicação de algum precedente, sumula ou jurisprudência suscitada pela parte, o magistrado deverá demonstrar fundamentadamente a existência de distinção (*distinguishing*) no caso concreto apreciado ou a superação do entendimento jurisprudencial (*overruling*).

Por fim, destaca-se que o CPC de 1973 já previa a vinculação das decisões proferidas pelo STF no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, das

³² Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo (BRASIL, 2015).

súmulas vinculantes do STF, e das decisões proferidas em sede de recursos repetitivos, motivo pelo qual o trabalho não aprofundará nesse ponto.

4.4 A possibilidade do uso do precedente para uma maior efetividade da prestação jurisdicional no âmbito da Justiça do Trabalho nacional

O Estado Democrático de Direito instituído no Brasil em 1988 com a CRFB tem como características centrais a supremacia da constituição e a garantia de direitos fundamentais. Como explicam Abboud e Cavalcanti (2015, p.3), ao citarem Lênio Streck, o Estado Democrático de Direito não tem compatibilidade com o predomínio da regra como fonte do Direito, nem com a desconsideração pela aplicação da Lei por parte do Poder Judiciário; a interpretação subsuntiva-dedutiva é substituída pela valorização dos aplicadores das normas, pela visão do Poder Judiciário como criador da norma. Ademais, como demonstrado no capítulo 3,

O Pós Positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto pretensões e ideias heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, evidencia-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (FREITAS, QUINTÃO, 2015, p. 469).

No âmbito do Direito do Trabalho, o Pós Positivismo Jurídico e o Estado Democrático de Direito, implementados a partir da década de 1980, atribuíram às normas-princípio papel fundamental em termos de direitos fundamentais, pois fizeram florescer a consciência de que os processos instaurados que discutem o descumprimento de direitos trabalhistas, embora revestidos de aparência econômica e pecuniária, na verdade, visam resguardar os direitos fundamentais sociais, revelando a sua verdadeira função extrapatrimonial “de assegurar ao trabalhador e a seus familiares condições dignas de vida e de subsistência” (PIMENTA, 2015, p. 34).

Ademais, a visão do direito material do trabalho também foi modificada para mostrar que ele não diz respeito apenas a previsões normativas abstratas, mas de proteção real e concreta dos interesses do trabalhador tutelados, os quais, por óbvio, dependem da efetividade do direito processual e da eficácia da atividade jurisdicional.

Não só o papel das norma-princípio e a visão do direito material do trabalho foram alterados, o papel do juiz também foi. PIMENTA (2016, p.190) vai dizer que os dois fenômenos que geraram a modificação do papel do juiz do ordenamento jurídico atual em relação ao juiz do Estado Liberal de Direito e do Positivismo Jurídico - a saber, a transformação do juiz em instrumento concretizador das normas fundamentais, e admissão do papel de legislador subsidiário do Poder Judiciário – possibilitaram ao juiz do Estado de Direito atual garantir a efetividade aos princípios e elucidar regras ambíguas ou polissêmicas, assim como conceitos jurídicos vagos, conforme o caso concreto com que se deparar. Dessa forma,

No contexto do paradigma pós-positivista, a atividade interpretativa não pode ser entendida como ato que desvenda a vontade da lei ou do legislador. Isso porque, como visto anteriormente, a norma jurídica não existe antes da problematização. O seu significado apenas é extraído depois de complexa atividade interpretativa e construtiva que envolve não apenas os dados linguísticos do enunciado normativo mas também os elementos não linguísticos, isto é, o recorte da realidade social. Não se pode falar em revelação da vontade da lei ou do legislador exatamente porque o texto legal não possui qualquer significado jurídico antes da problematização e do processo concretizador do intérprete, que também envolve o exame da realidade social.

A interpretação, portanto, deve levar em consideração as variações históricas das condições jurídicas, culturais, políticas, sociais, econômicas etc. Na estruturação da norma jurídica, o intérprete precisa considerar o contexto histórico do momento da atividade interpretativa. A interpretação, portanto, não é um ato mecânico, automático, no qual se revela o sentido de alguma coisa preexistente. A atividade interpretativa e, conseqüentemente, a aplicação do direito se alteram a partir de cada realidade histórica também alterada.

Assim, de acordo com a compreensão pós-positivista do fenômeno jurídico, a interpretação e a aplicação do direito ocorrem simultaneamente, integrando aquilo que se chama de “círculo hermenêutico”. Essa interpretação e aplicação do direito sofrem, portanto, a interferência direta do contexto histórico vivido pelo intérprete, motivo pelo qual não se pode aceitar a ideia de que preexiste uma vontade da lei ou do legislador (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015, p.7).

No âmbito da Justiça do Trabalho, cabe ao Poder Judiciário trabalhista

“aplicar o sistema de princípios e regras jurídicos de modo compatível com o novo constitucionalismo brasileiro. Noutros dizeres, não se pode olvidar de que a interpretação deve ser norteadada pela CR/88” (FREITAS, QUINTÃO, 2015, p.472).

Nesse contexto, Belmonte vai esclarecer que “a jurisprudência é o conjunto de decisões continuadas e reiteradas sobre um mesmo tema, que tem a função de criar, com base na lei e nos princípios que a informam, normas decisórias reveladoras do direito a ele aplicável” (2015, p. 9), e PIMENTA (2016, p.190), citando Canotilho, vai defender que a atuação do magistrado na concretização das normas constitucionais difere da mera interpretação, pois trata-se da introdução de elementos extranormativos na análise dos conflitos que chegam ao Poder Judiciário, da construção de uma norma jurídica. Por outro lado,

Note-se que, em momento algum o Pós Positivismo proclama ou admite que o juiz da causa, ao exercer sua função jurisdicional, pode ignorar ou contrariar aquilo que está claramente estabelecido *como normas-regra* nas normas constitucionais ou infraconstitucionais. Em tais casos, o princípio de hermenêutica constitucional da *supremacia da Constituição* ou os princípios da *separação de poderes e da legalidade*, igualmente consagrados na norma fundamental, incidirão com toda a sua força e plenitude, de modo a impedir que o Poder Judiciário profira uma decisão aplicando, no caso concreto, uma *norma de decisão* exclusivamente por ele produzida, mas frontalmente contrária aos ditames das *normas-regra* constitucionais e legais aplicáveis àquele caso concreto. (PIMENTA, 2016, p.196).

A partir do momento que o juiz passa a constituir um centro de produção normativa, interessa ao ordenamento jurídico a uniformização de decisões conflitantes sobre a mesma matéria. E foi justamente esse interesse que levou, no âmbito do Direito do Trabalho, à promulgação da Lei nº 13.015/2014 e de parte do novo CPC, que possui aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

Tais normas aproveitam melhor as técnicas da *Common Law* na busca de uma maior efetividade dos princípios constitucionais de isonomia, previsibilidade, segurança jurídica e razoável duração do processo no âmbito da Justiça Trabalhista, e, de certa forma, fortalecem o modelo de juiz que parte de normas-princípio constitucionais para preencher os conceitos vagos e jurídicos indeterminados presentes nas normas infraconstitucionais; que ao decidir o caso concreto à luz das circunstâncias fáticas, humaniza o “preceito genérico e impessoal” da lei; que é um “concretizador da Constituição e do Estado Democrático de Direito” (PIMENTA,

2015, p. 37-38). Assim, o referido autor vai considerar esse processo algo positivo, porque representa o reforço da autoridade das decisões dos Tribunais Regionais e do TST de uniformizar, gerar estabilidade e igualdade de tratamento nas soluções de controvérsias com idêntica questão de direito.

O que se espera dessas mudanças é uma redução da necessidade do recurso ao Judiciário para efetivação dos direitos dos trabalhadores por conta dos precedentes vinculantes; uma redução do número de processos trabalhistas e uma eliminação dos recursos repetitivos e inúteis.

Nesse contexto, um sistema jurídico que exige do juiz a aplicação de normas principiológicas indeterminadas e abertas para concretizar direitos fundamentais, lhe confere responsabilidade no ato de criação da norma para o caso concreto. Isso porque se não houver uma responsabilidade por parte dos magistrados, corre-se o risco de uma aplicação oscilante ou incoerente do efeito vinculante do precedente, e o não julgamento no prazo adequado dos incidentes de resolução de demandas e de julgamento de recursos repetitivos, inutilizando sua suspensão, o que pode provocar desgaste de tempo e de energia, e violar o princípio da razoável duração do processo, desencadeando uma paralisia do Judiciário.

Outro risco, que existe na hipótese de o juiz agir sem essa responsabilidade, é a instrução inadequada do incidente, isto é, que não considere todos os casos idênticos e todas as possibilidades de argumentos relevantes à solução, o que poderá provocar o mau ajuste às peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto, produzindo injustiça, e inutilidade do precedente no favorecimento da estabilidade, vez que aumentaria as possibilidades de *distinguishing* nas decisões futuras.

Ressalta-se ainda a preocupação de Lucas Macedo e Alexandre Melo Franco Bahia, apontada por Pimenta (2016, p.204), de que o parágrafo primeiro do art. 926 do CPC gere confusão entre súmulas e precedentes judiciais, o que poderá comprometer o uso dos precedentes a partir da produção de textos genéricos e abstratos, excessivamente autônomos em relação aos fatos relevantes das causas em que foram produzidos, reproduzindo assim, os problemas das súmulas vinculantes, como o autoritarismo e o impedimento da atuação dos demais órgãos estatais, renovando, conseqüentemente, o uso dos métodos da Escola da Exegese do século XIX. Não obstante, Pimenta (2016, p.205-206) ressalta que o parágrafo

segundo do referido dispositivo serve de atenuante a esse problema por vincular “os verbetes de jurisprudência consolidada aos fatos relevantes que serviram de suporte à adoção da *ratio decidendi* desses precedentes”, cabendo ao magistrado cumpri-lo sob pena de, na prática, se confirmar os receios de Bahia e Macedo.

Daí a importância de se ler o precedente sob a perspectiva do Não-Positivismo de Alexy. Afinal, o referido autor atribui à norma um caráter semântico, pelo qual a norma preexiste à problematização jurídica. Esse caráter semântico influencia diretamente “os conceitos de regras e princípios na obra de Alexy, para quem a norma constitui o gênero do qual são espécies os princípios e as regras” (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015, p. 2).

A definição e distinção de princípio e regra para Alexy já foram explicadas no capítulo 3, de modo que nesse momento o trabalho só lembra que os princípios são mandados de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados, cuja “satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015, p.2). As regras, por sua vez, são normas que são sempre satisfeitas por completo ou não satisfeitas. “Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015, p.2). Assim, nesse contexto do Não-Positivismo, ou Pós Positivismo, Abboud e Cavalcanti (2015, p.4) elencam três elementos essenciais para sua compreensão, a saber,

(a) diferença entre texto e norma; (b) a interpretação do direito deixa de ser ato que desvenda a vontade da lei (*volunta legis*) ou do legislador (*volunta legislatoris*); e (c) a sentença deixa de ser processo silogístico (não se aplica mais a subsunção).

Em suma: não se pode confundir o texto normativo com a própria norma jurídica. O texto normativo corresponde ao programa normativo, isto é, o elemento linguístico da norma jurídica (texto legal, súmula vinculante, *ratio decidendi* dos precedentes judiciais). Apenas o programa normativo preexiste abstratamente. Por outro lado, a norma jurídica é estruturada por um complexo processo de concretização constituído não apenas pelo programa normativo, mas também pelo âmbito normativo, ou seja, pelos elementos não linguísticos, o recorte da realidade social que, no processo de interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, é assinalada como estrutura básica relevante pelo programa normativo.

Isso significa dizer que não aplicação de texto normativo, seja ele lei, sumula vinculante ou a *ratio decidendi* dos precedentes, sem interpretação, motivo pelo qual o exercício do silogismo, do tecnicismo na aplicação de qualquer uma dessas normas

é rejeita pelo Não-Positivismo. O significado da norma só pode ser alcançado pela interpretação criativa que considere a realidade social, “uma vez que o texto normativo não é a própria norma jurídica já definida a ser aplicada ao caso concreto” (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015, p.6). Assim,

A adequada compreensão das diferenças entre texto (enunciado) e norma e, conseqüentemente, a aceitação da superação do silogismo e da interpretação como ato revelador da vontade da lei ou do legislador permitem dizer, por exemplo, que as súmulas vinculantes e a *ratio decidendi* (ou, como dizem os norte-americanos, a holding) extraída dos precedentes judiciais são nada mais do que textos normativos, que também precisam ser interpretados para o caso concreto no qual serão aplicados.

Em outras palavras: a súmula vinculante e a *ratio decidendi* extraída dos precedentes judiciais não se caracterizam per se como normas jurídicas aplicáveis por subsunção a outros casos, mas sim textos ou enunciados normativos que precisam ser interpretados e aplicados ao caso concreto, levando em consideração os elementos não linguísticos, isto é, o âmbito normativo constituído pelo recorte da realidade social, como a seguir será melhor explicado. (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015, p.4-5).

Por fim, como destaca Pimenta, se por um lado não podem os precedentes fornecer enunciados muito genéricos e abstratos, pois correr-se-ia o risco da criação de distorções que impossibilitariam o correto encaixe do caso à *ratio decidendi*, não podem, também, exigir uma interpretação muito literal, porque impediria o abarcamento da dinâmica social, produzindo novas interpretações e visões sobre as mesmas questões de direito, levando, inclusive, à revisão e superação do precedente. Assim, como já defendido no último subitem do capítulo 3, apesar de ser necessária uma certa flexibilidade de aplicação do precedente, há que se estabelecer um limite, um equilíbrio na abertura de sua interpretação, sob pena desse perder seu sentido de servir como um *instrumento flexibilizador da letra fria da lei* e como um meio *estabilizador do conteúdo das normas jurídicas em vigor*, que por serem genéricas e principiológicas demandam uma “*interpretação concretizadora do Poder Judiciário*” (PIMENTA, 2016, p. 198).

Tal limite ou equilíbrio na aplicação do precedente no Direito brasileiro depende, portanto, da correta distinção entre texto normativo e norma jurídica. A *ratio decidendi* entendida como

regra jurídica finalizada e pronta para ser aplicada por subsunção ao caso concreto não se coaduna com o paradigma pós-positivista, pois parte da premissa de que ela é a própria norma jurídica já definida e que dispensa a

problematização e a interpretação construtiva (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015, p.6).

Dessa forma, sob o paradigma Não-Positivista, a norma jurídica decorre do processo interpretativo criador e concretizador, de modo que a *ratio decidendi* não é nada além de um texto normativo dependente da realidade social para integrar o processo interpretativo e criativo de formação das normas. Ademais, no Não-Positivismo a decisão judicial não é mais compreendida como mero resultado da aplicação do método subsuntivo. Conforme afirma Georges Abboud, “perante o paradigma pós-positivista, a sentença deixa de ser ato silogístico em que se aplica mecanicamente uma premissa maior (lei) para solução do caso concreto (premissa menor)” (ABBOUD, CAVALCANTI, p.7-8).

5 CONCLUSÃO

A presente dissertação pretendeu realizar uma pesquisa sobre as alterações trazidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº13.015/14 e pelo novo CPC em relação às decisões judiciais, especialmente em relação à introdução dos precedentes vinculantes e obrigatórios no âmbito do Direito do Trabalho.

O capítulo inicial veio, portanto, para contextualizar o tema e elucidar pontos introdutórios a respeito dos sistemas de Direito envolvidos no corpo do texto. O sistema da *Civil Law* foi estudado por ser ele o berço de origem do ordenamento jurídico pátrio. Assim, foi feita uma breve retomada histórica da forma pela qual o Direito brasileiro foi sendo formado e das influências que sofreu durante seu desenvolvimento. Essa retomada foi importante para lembrar que o contato do Direito brasileiro com o sistema da *Common Law* não é algo inédito, nem mesmo novo, pois à época da colonização a Inglaterra já exercia certa influência nas normas da Coroa Portuguesa, e a constituição dos Estados Unidos foi uma grande inspiração para a constituição liberal de 1824.

Por outro lado, a retomada da origem da família da *Common Law* foi fundamental para esclarecer que o precedente não surgiu logo quando a *Common Law* surgiu, mas foi implantado aos poucos até se tornar norma obrigatória na Inglaterra, país de origem dessa família. Ademais, o estudo da história da formação da *Common Law*, de sua evolução e características foi de grande relevância para lembrar que o Direito nasce e se desenvolve conforme as mudanças da sociedade, e que independente do sistema, ele luta para tentar acompanhar as mudanças para não perder a efetividade. Por fim, a distinção da *Common Law* inglesa e norte-americana foi importante para destacar que não só os países da *Civil Law* adaptam o direito a sua realidade, mas os da *Common Law* também.

O capítulo sobre o precedente no sistema da *Common Law* veio esmiuçar seu surgimento, formas de aplicação, suas funções, e formas de afastamento quando não mais atender aos anseios e à realidade da sociedade que regulamenta. Daí a explicação dos elementos que formam o precedente, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, e dos instrumentos usados na sua aplicação e afastamento, ou mesmo superação, *overruling* e *distinguishing*. Além disso, no estudo detalho esses elementos e instrumentos no sistema de origem do precedente no qual teve como objetivo fazer

uma análise comparativa no último capítulo da forma com que ele foi recepcionado no Brasil, da forma com que sua aplicação foi regulamentada e até que ponto ele não foi desnaturado ou destorcido, perdendo as características que o definem no sistema da *Common Law*.

Diante dos esclarecimentos desses dois capítulos, o trabalho adentrou no ordenamento jurídico brasileiro propriamente dito. A retomada histórica introduziu o último capítulo expondo, inclusive, pontos de contato do Direito nacional com o sistema da *Common Law*. Em seguida, o estudo do precedente a partir da perspectiva não positivista – explicada no último subitem do capítulo 3 – veio para tentar esclarecer as normas recentes trazidas pela Lei nº 13.015/14 e pelo novo CPC no paradigma do Estado Democrático de Direito, que ultrapassa o Positivismo Jurídico, e dá uma nova função ao juiz desse Estado.

Dessa forma, a exposição da *crise do Poder Judiciário* serviu para ilustrar uma das causas que levaram à incorporação pelo Brasil do precedente. A crise na Justiça Trabalhista foi narrada para demonstrar como a não efetividade da tutela jurisdicional coloca em risco não só o Direito Processual do Trabalho, mas também o Direito Material do Trabalho e normas fundamentais da Constituição de 1988.

Daí a importância do estudo da Teoria Não-Positivista de Robert Alexy. A separação dos conceitos de norma, texto normativo, princípio e regra feita pelo autor foram fundamentais na busca da leitura dos precedentes conforme a ordem jurídica implementada pela Constituição de 1988. Entender que norma não se confunde com o texto normativo, seja ele a lei, uma súmula vinculante ou mesmo a *ratio decidendi* de um precedente possibilita a aplicação desse no Direito brasileiro sem o mecanicismo, tecnicismo e reducionismo da norma pelo Juiz. Esclarecer que a aplicação de um precedente depende da atuação interpretativa, criativa e concretizadora da norma pelo magistrado, possibilita que o Poder Judiciário desempenhe um papel mais efetivo na realização dos direitos sociais dos trabalhadores.

Assim, a leitura da Lei 13.015/14 e do novo CPC por uma perspectiva não-positivista do precedente e à luz da constituição de 1988 teve o intuito de apontar as possibilidades por eles trazidas para a solução da crise, e também os cuidados que demandam, especialmente na prática, pelo juristas, pois corre-se o risco de restringir demais o precedente ou flexibilizá-lo em excesso, fazendo, assim, com que ele perca seu propósito de garantir maior efetividade da tutela jurisdicional por meio da

promoção dos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, celeridade, e igualdade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, vol. 245, jul. 2015, p. 351 – 377. Disponível em: < <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Interpretacao-e-Aplicacao-dos-Provimentos-Vinculantes-do-Novo-Codigo-de-Processo-Civil-a-Partir-do-Paradigma-do-Pos-Positivismo.pdf> >. Acesso em 27 nov. 2016.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Título original: Begriff und geltung des rechts. Organização de Ernesto Garzón Valdés. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in Federal republico of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHAT, Arthur L. **Interpreting precedents**. A comparative study, D.N. Ashgate, Aldershot, 1997, pp. 17-64.

ALEXY, Robert. Princípios Formais. Tradução de A. T. G. Trivisonno. In: LOPES, M. S.; SALIBA, A. T.; TRIVISIONNO, A. T. (Org.). **Robert Alexy – Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 3-36.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público).

ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. **Jurisdição constitucional, precedentes e a aplicação de decisões vinculantes no Brasil e no mundo**. Mestrado (Dissertação) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2007. Disponível: <<http://bib.pucminas.br/pergamum/biblioteca/index.php>>. Acesso em: 15 Jul. 2016.

BARBOSA, Laís Teixeira; NETO, José Francisco Siqueira. Hermenêutica da Razoabilidade e da Proporcionalidade na *Common Law* e na *Civil Law*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, V. 3, N. 2, p. 227-244, jul/dez 2011. Disponível em: <>. Acesso em: 25 Jul. 2016.

BELMONTE, Alexandre Agra. As alterações da Lei n. 13.015/2014 no sistema dos recursos trabalhistas e a jurisprudência como fonte criativa de direito. A teoria dos precedentes e a nova lei de recursos trabalhistas como técnica de flexibilização do sistema do *Civil Law*. In: BELMONTE, Alexandre Agra (Coord.). **A nova lei de recursos trabalhistas**: lei n. 13.015/2014. São Paulo: LTr. 2015. Cap. 1, p. 9-24.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOVE, Luiz Antonio. Uma visão Histórica do ensino Jurídico no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Metodista**, São Paulo, V. 3, N. 3, p. 115-138, 2006. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/508/506>>. Acesso em: 08 Dez. 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Reforma do sistema recursal trabalhista**: comentários à Lei n. 13.015/2014. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 Jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 15 Jul. 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 Mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 Jul. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 Jul. 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 Ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 15 Jul. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.015, de 21 de julho de 2014. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. **Diário Oficial da União**, 22 Jul. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13015.htm>. Acesso em: 08 Dez. 2015.

BRASIL. Lei n. 7.701, de 21 de dezembro de 1988. Dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 22 Dez. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7701.htm>. Acesso em: 08 Dez. 2015.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis**: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e do precedente judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, V. 199, N. 36, p. 213-246, set/2011.

CRETELLA JR., José. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIDIER, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v.18, n.36 (2015). Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n36p114>>. Acesso em 10 out. 2016.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Pres, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. Atualização de Antonio de S. Limongi França. Prefácio de Giselda M. F. Novaes Hironaka. 8. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; QUINTÃO, Nayara Campos Catizani. Lei n. 13.015/2014: alteração do recurso de revista trabalhista e possíveis ofensas aos princípios constitucionais do devido processo legal, do acesso à jurisdição e da efetividade. Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara; coordenadores: Cláudia Maria Barbosa, Sérgio Henriques Zandona Freitas, Lucas Gonçalves Da Silva – Florianópolis: **CONPEDI, 2015** p. 465-483. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/k3k67b7p/A2Afw78B686t6f0j.pdf>>. Acesso em 27 nov.2016.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2001.

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

KIWIELEWICZ, Marcela de Azevedo Limeira; SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. Sentença liminar de improcedência: uma tentativa frustrada de adaptação do conceito de precedente e um risco às garantias fundamentais do processo. **Revista eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, V. XIII, p. 605-633, 2014. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/redp/article/download/9919/9339>>. Acesso em: 08 Mar. 2016.

KUMPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do direito** - São Paulo: Método, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Firmino Alves. A Lei n. 13015/2014 como introdutora dos julgamentos de recursos repetitivos e da teoria dos precedentes no processo trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 80, n. 4, out/dez. 2014.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Fundamentos do sistema jurídico romano-germânico. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4102, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30041>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

LINDOSO, Alexandre Simões. A Lei n. 13.015/2014 e a Uniformização de Jurisprudência Obrigatória nos Tribunais Regionais do trabalho. IN: BELMONTE, Alexandre Agra (Coord.). **A nova lei de recursos trabalhistas, lei n13.015/2014**. São Paulo: LTr, 2015.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Bahia: Editora JusPODIVM, 2014

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; PEREIRA, Henrique Viana. **O Direito Romano e suas fases: principais eventos, organização social, política, judiciária e fontes do direito**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7179>. Acesso em agosto 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **A evolução do ensino jurídico no Brasil**. JUSsapiens – Juristas e Educadores Associados. Disponível em: <<http://www.ensinojuridico.com.br/dmdocuments/Artigo-Ensino-PDF.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

MARTINS, Alberto André Barreto. **Organização judiciária dos Estados Unidos da América**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7430>. Acesso em mar 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de

Janeiro, V. 241, p. 177-208, jul/set. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>>. Acesso em: 02 Ago. 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MILMAN, Luis. **Holocausto Verdade e Preconceito**. Revista Espaço Acadêmico. n. 43, 2004.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Doutorado (Tese) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Processual Civil, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://bib.pucminas.br/pergamum/biblioteca/index.php>>. Acesso em: 15 Jul. 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23. ed., rev., atual. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

NETO, Luiz Inácio Vil; WIPRICH, Tassiane Andressa. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: n. 70, set. 2011- dez. 2011.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre enseñanza del Derecho**. Ano 4, N. 8, 2007, p. 101-130.

PESSÔA, Eduardo. **História do direito romano**. São Paulo: Habeas Editora, 2001.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. Breves considerações acerca da aproximação entre *Civil Law* e *Common Law* no direito brasileiro. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, jul./2013. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccscs/25/derecho.html>>. Acesso em: 15 Jul. 2016.

PIMENTA, José Roberto Freire. A Reforma do Sistema Recursal Trabalhista pela Lei n. 13.015/2014 e o Novo Papel dos Precedentes Judiciais na Justiça Brasileira: Contexto, Premissas e Desafios. IN: BELMONTE, Alexandre Agra (Coord.). **A nova lei de recursos trabalhistas: Lei n. 13.015\2014**. São Paulo: LTr, 2015. Cap. 2, p.

25-70.

PIMENTA, José Roberto Freire. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. v. 82, nº02, abr/jun 2016.

PINHEIRO, Vanessa de Abreu. Poder Judiciário: crise e reforma. **Monografia**. Escola Superior da Magistratura – ESMEC / Universidade Vale do Acaraú – UVA. Fortaleza, 2008. Disponível em: < <http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Vanessa-de-Abreu-Pinheiro.pdf> > . Acesso em 26 nov. 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *Common Law*, *Civil Law* e o precedente judicial. Estudo em homenagem ao professor Egas Moniz de Aragão. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, 2007. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 10 Mar. 2016.

RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**. Gesamtausgabe. Bd. 3. Heidelberg: C. F. Müller, 1990, p. 83-93.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

REALE, Miguel. **Lições introdutórias de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RESENDE, Cauã Baptista Pereira de. Precedentes judiciais e a efetividade dos direitos fundamentais, 2016. 211 f. **Dissertação (Mestrado)** – Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConstItem.html>. Acesso em: 02 Nov. 2016.

REZENDE, Marcos. **Precedentes, uma contribuição à fundamentação da decisão no estado democrático de direito**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<http://bib.pucminas.br/pergamum/biblioteca/index.php>>. Acesso em: 15 Jul. 2016.

SCARMAN, Lorde Leslie. **O direito inglês: a nova dimensão**. Tradução de Inez Tófoli Baptista. Porto Alegre: Fabris, 1978.

SCONATO, Thais Estevão; ESTEVÃO, Roberto Freira; MARCHETTI, Livia Estevão. A interpretação da lei e a efetivação da teoria dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro: garantia da segurança jurídica, dos princípios fundamentais e do acesso à justiça. **Encontro de Ensino, Pesquisa e Extensão – 8º ENEP UFMG, 5º EPEX UEMS**, 2014. Disponível em: <<http://eventos.ufgd.edu.br/enepex/anais/arquivos/183.pdf>>. Acesso em: 02 Ago. 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudo de Direito Comparado (I) – O que é “*Common Law*”, em particular, a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 92, 1997. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360>>. Acesso em: 02 Mar. 2016.

SOUSA, Felipe Oliveira de. Entre o não-positivismo e o positivismo jurídico: notas sobre o conceito de direito em Robert Alexy. **Direitos Fundamentais e Justiça**, N. 14, p. 297-324, jan/mar. 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, V. 199, N. 36, p. 213-246, set/2011.

TEODORO, Maria Cecília Máximo Teodoro. **O Juiz Ativo e os Direitos Trabalhistas**. São Paulo: Ltr, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *Civil Law* e o *Common Law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, V. 35, N. 189, p. 09-52, nov./2010.

TREVISANI, Renato Cesar. A influência do direito natural e da filosofia nas decisões judiciais. **Nucleus**, v.11, n.1, p. 333-340, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/1175>>. Acesso em: 15 Jul. 2016.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 16, n. 3, p. 97-122, edição especial, 2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Ato n. 491/SEGJUD.GP, de 23 de setembro de 2014. Resolução Administrativa n. 1699/2014. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, 14 Nov. 2014. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/TST/Atos/AtoSEGJUD_GP_491_14.html>. Acesso em: 15 Jul. 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Resolução Administrativa n. 1295 de 2008. Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. **Diário de Justiça Eletrônico**, 09 Maio 2008. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/TST/Reg_Int_TST/Reg_Int.html>. Acesso em: 08 Dez. 2015.

TWINING, William; MIERS, David. **How to do Things with rules**. Fifth edition. New York: Cambridge University Press, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERBICARO, Loiane Prado. Ensino jurídico brasileiro e o direito crítico e reflexivo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1501, 11 Ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10281>>. Acesso em: 08 Dez. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito: *Civil Law* e *Common Law*. **Revista de processo**, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun./2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.