Recurso de Revista Repetitivo — entre os Precedentes da *Common Law* e o Julgamento por Causa-Piloto
Recurso de Revista Repetitivo —
entre os Precedentes da Common Law e o Julgamento por Causa-Piloto
Ament, Thiago Henrique

Bibliografia.

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil : Recurso de revista : Direito processual do trabalho 347.958.3:331(81)
Prefácio .............................................................................................................................................................................. 9

Introdução ........................................................................................................................................................................... 13

1. Famílias Jurídicas. Aproximação Crítica e os Novos Contornos da Função Jurisdicional. Tendência Mundial e no Direito Brasileiro .................................................................................................................................................. 17
   1.1. As grandes famílias jurídicas: civil law e common law ................................................................. 17
   1.2. O positivismo e a jurisdição no Estado Liberal ............................................................................... 19
   1.3. Iniciada a transição: o retorno do fato (dos costumes) e dos valores para o mundo do Direito ........................................................................................................................................ 21
   1.4. Tendência mundial de superação das distinções entre civil law e common law: transformação da função jurisdicional na passagem do Estado Liberal para o Estado Constitucional ....... 23
   1.5. Tendência do direito brasileiro de valorização do direito jurisprudencial: antecedentes históricos ........................................................................................................................................ 27
   1.6. A reforma trabalhista da Lei n. 13.467/17 e a pretensão de retorno da figura do juiz boca da lei ...................................................................................................................................................... 29

2. Precedente Judicial ............................................................................................................................................................ 32
   2.1. Introdução ......................................................................................................................................................... 32
   2.2. Conceito e elementos do precedente judicial ......................................................................................... 33
      2.2.1. Natureza jurídica do precedente judicial ......................................................................................... 35
      2.2.2. Obter dictum (ou dicta) ......................................................................................................................... 36
      2.2.3. A identificação da ratio decidendi .................................................................................................... 36
      2.2.4. Grau de vinculação dos precedentes ................................................................................................. 38
2.3. Técnicas de utilização dos precedentes: confronto e distinção ........................................ 40
2.3.1. Distinguishing ................................................................. 40
2.3.2. Distinguishing no TST .................................................... 45
2.4. Técnicas de superação do precedente: overruling (total) e overriding (parcial) .............. 48
2.4.1. Overruling difuso e overriding concentrado .......................................................... 50
2.4.2. Fundamentação do overruling ................................................................................... 51
2.4.3. Signaling e antecipatory overruling ......................................................................... 51
2.4.4. A eficácia temporal da revogação do precedente ...................................................... 52
2.4.4.1. Modulação dos efeitos da decisão revisora e o julgamento alerta ......................... 52
2.4.5. O problema da aplicação retroativa das súmulas ...................................................... 55
2.4.6. Observações conclusivas do capítulo: precedente, jurisprudência e súmula ............... 57

3. Litigiosidade de Massa e as Ações Teste ............................................................................ 60
3.1. Contextualização: o problema das demandas repetitivas e o processo civil clássico ....... 60
3.1.1. Insuficiência do regramento atual brasileiro das ações coletivas para a solução dos litígios de massa ........................................................................................................ 61
3.2. Novas técnicas de julgamentos padronizados: as ações-teste no direito brasileiro e estrangeiro .................................................................................................................................. 64
3.2.1. Recursos extraordinário, especial e de revista repetitivos ......................................... 64
3.2.2. Procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) ..................................................... 65
3.2.3. Ordens de Litígio em Grupo (GLO): o julgamento por causa-piloto na Inglaterra ....... 68
3.2.4. Incidente de resolução de demandas repetitivas no CPC de 2015 e sua aplicação no processo do trabalho ............................................................................................................. 70

4. Recurso de Revista Repetitivo: Aspectos Históricos, Natureza Jurídica e Objeto ........... 74
4.1. Recurso de revista no processo do trabalho e a crise de identidade do TST .................... 74
4.1.1. Evolução dos precedentes no processo do trabalho: prejulgado trabalhista, prece-dente normativo, súmula e orientação jurisprudencial do TST ............................................. 76
4.2. Recurso de revista trabalhista ......................................................................................... 78
4.2.1. Recurso de revista repetitivo: aspectos históricos e objetivos .................................... 79
4.2.2. Natureza jurídica do recurso de revista repetitivo, cabimento e objeto: apenas “questão de direito”? ........................................................................................................ 82

5. Procedimento do Incidente de Recurso de Revista Repetitivo ........................................ 87
5.1. Fase inicial: legitimidade e análise do requerimento de afetação da questão jurídica ...... 87
5.1.1. Formação do procedimento-modelo: a importância da escolha ................................ 90

6
5.1.2. Os efeitos da admissibilidade: publicidade e divulgação da instauração do incidente
5.1.2.1. Sobrestamento dos recursos repetitivos
5.1.2.2. Distinção do caso e prosseguimento do processo
5.2. Fase de instrução: participação democrática na formação da decisão-padrão
5.2.1. Escolha dos líderes
5.2.2. Amicus curiae
5.2.3. Audiências públicas
5.3. Fase de julgamento do incidente de recurso de revista repetitivo
5.3.1. Fundamentos da decisão-padrão
5.4. Fase recursal: cabimento e legitimidade para interposição de recurso contra a decisão do incidente

6. Efeitos da Decisão e sua Revisão
6.1. Processos sobrestados e futuros
6.2. Efeito regressivo
6.3. Aplicação de ofício do precedente?
6.4. Aplicação da tese jurídica e distinção: o grande desafio
6.5. Superação do entendimento: procedimento e ônus argumentativo

7. O Grande Teste: o Incidente de Resolução de Recursos de Revista Repetitivos é Compatível com o Direito Constitucional Brasileiro?
7.1. Princípio da separação dos poderes
7.2. Princípio da legalidade
7.3. Princípio da isonomia
7.4. Princípio da segurança jurídica
7.5. Princípio da motivação das decisões judiciais
7.6. Princípio do contraditório

Considerações Finais

Referências Bibliográficas
Um dos grandes desafios da ciência processual na atualidade está, com certeza, na litigiosidade de massa e repetitiva, que se traduz, na prática, em um número avassalador de processos ajuizados nos mais variados juízos ou tribunais. Os dados falam por si e a Justiça do Trabalho – para ficar apenas em um exemplo, embora bastante eloquente – tem visto, ao menos até a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, um crescimento constante e significativo, que se pode dizer exponencial, das ações distribuídas, em todos os graus de jurisdição. Em 1941 foram sido recebidos, ao todo, menos de 17.000 processos em primeiro grau de jurisdição(1). Vinte anos depois, em 1961, eram 155.000(2) os processos, um volume mais de nove vezes maior do que o inicial. No ano da promulgação da vigente Constituição, em 1988, chegou-se a quase um milhão de processos(3), ou seja, perto de cinqüenta vezes o número inicial. Trinta anos depois, em 2017, foram mais de dois milhões e meio de processos ou, para ser preciso, 2.647.450(4), considerado apenas o primeiro grau de jurisdição, com aumento de mais de cento e cinquenta vezes em relação aos números de 1941.

Não é nada simples resolver todos esses processos e continuar a prestar adequadamente a tutela jurisdicional, sem criar obstáculos ao acesso efetivo à justiça. É enorme a tentação de cair em desvios indesejáveis ou mesmo de escamotear o problema, com o emprego de artifícios, como as soluções criadas pela chamada jurisprudência defensiva, que permite liquidar o processo sem resolver o conflito que lhe é subjacente, em uma espécie de “justiça da estatística”. É algo, porém, que, se na verdade nunca fez sentido, suscita forte oposição, o que explica as várias disposições da nova legislação processual contrárias ao seu uso como, para ficar apenas com algumas, os arts. 317, 321, caput, 932, parágrafo único, 968, § 5º, todos do vigente CPC.

Uma maneira muito mais adequada, e condizente com a garantia constitucional de ação, de lidar com a litigiosidade de massa envolve a técnica processual do julgamento unificado de recursos repetitivos. É algo que está em harmonia, aliás, com a tendência de valorização da jurisprudência. Se antes os sistemas jurídicos podiam ser fácil e claramente divididos em famílias distintas consoante a importância dada à jurisprudência como fonte de direito, as diferenças hoje são cada vez menos evidentes. Há uma progressiva interpenetração dos modelos, fazendo com que os contornos do quadro percam nitidez e desapareçam, o que Cappelletti já havia notado nos

---


anos 60, quando aludiu ao movimento de confluência dos sistemas da *common law* e da *civil law* (5). Pouco tempo depois, em outro texto, afirmou ser clara a tendência de “uma atenuação progressiva, recíproca e convergente, da contraposição” entre *civil law* e *common law* (6).

É bem verdadeira a observação. Nos Estados Unidos da América, o papel do direito legislado cresce muito, o que se prova com uma rápida consulta ao *United States Code*, que espelha apenas uma parte do direito legislado federal. Um autor pôde mesmo escrever, a propósito: “la rapidité des changements économiques, politiques et sociaux fit que le rôle du législateur s’accrut et se diversifica au point que l’on peut dire aujourd’hui que la loi est la source première du droit…” (7). Já nos sistemas vinculados à família romano-germânica, por sua vez, o movimento processa-se no sentido contrário, crescendo o papel e a relevância da jurisprudência. No ordenamento jurídico brasileiro, enquanto a antiga Lei de Introdução ao Código Civil nem sequer mencionava a jurisprudência como fonte de integração do ordenamento jurídico (8), agora já se conhece a jurisprudência obrigatória, mais importante, no fundo, do que a própria lei. Como se sabe, com a Emenda Constitucional n. 45, a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal passou a poder ter força vinculante, de modo que a sua violação permite oferecimento diretamente de reclamação, para cassar “a decisão judicial reclamada” (9), sem necessidade de interposição dos recursos usualmente cabíveis, algo que nem mesmo quando se ofende diretamente a Constituição é possível fazer. Nessa progressão, chegou-se, não faz muito tempo, ao ponto — que bem se pode qualificar de extremo — de se admitir a rescisão de julgado em desacordo com a jurisprudência (10).

A técnica de julgamento de recursos repetitivos, que segue a linha de reforçar o papel da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro, não é algo banal. A sua introdução, primeiramente no antigo Código de Processo Civil, por obra das Leis ns. 11.418/2006 e 11.672/2008, depois na Consolidação das Leis do Trabalho, com a Lei n. 13.015/2014, não deixa de suscitar dúvidas e dificuldades teóricas. Logo de saída, pode-se discutir a própria eficácia da decisão tomada no incidente sobre os processos sobrestados. A tese nele firmada tem obrigatoriamente de ser observada ou não? Em novos processos, pode ser aplicada de ofício ou a sua incidência depende de invocação pelas partes? Como determinar qual é exatamente a tese e o que constitui apenas um de seus fundamentos? Eis alguns dos tantos desafios não resolvidos, no processo do trabalho, pela Lei n. 13.015/2014. Para enfrentá-los — e não somente esses desafios, como muitos outros — há, doravante, um excelente guia, representado pelo livro que se segue.

Resultado de sua investigação no curso de mestrado desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com a qual obteve unânime aprovação da banca, o texto de Thiago Henrique Ament é uma ótima exposição da figura do recurso de revista repetitivo. Depois de indicar a apontada tendência de aproximação dos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law* (Capítulo 1), o autor discorre sobre o precedente judicial e os seus elementos (Capítulo 2). Explica, de forma didática e com exemplos esclarecedores, a diferença — que é básica — entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* (item 2.1). Sem a compreender, não há como aplicar corretamente os precedentes. Os erros serão manifestados e com graves consequências. Cuida também de expor técnicas fundamentais ligadas à utilização dos precedentes, a saber, *distinguishing* e *overruling*, este último em

---


(8) O seu art. 4º, refere-se apenas à analogia, costumes e princípios gerais de direito.

(9) Art. 103-A, § 3º.

suas diferentes modalidades (total X parcial, difuso X concentrado e sinalização X antecipação). Prossegue com o estudo de elementos conceituais necessários à compreensão da litigiosidade de massa e das técnicas de julgamento de recursos repetitivos, do recurso de revista e dos antecedentes do recurso de revista repetitivo (Capítulos 3 e 4). Dedica larga atenção ao procedimento aplicável ao recurso repetitivo trabalhista (Capítulo 5), sem deixar de tratar dos efeitos da decisão e de sua revisão (Capítulo 6). Antes de encerrar, submete a figura do recurso repetitivo a um teste de compatibilidade com os princípios constitucionais (Capítulo 7), em correta aplicação da diretriz posta pelo art. 1º do novo Código de Processo Civil: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil...”.

Enfim, eis um livro que merece ser lido por quem quer compreender melhor o recurso de revista repetitivo, cujo relevo, na prática do processo do trabalho, prova-se pelo fato de, em pouco mais de 4 anos de aplicação, ter dado margem a perto de duas dezenas de incidentes, por meio de alguns deles solucionando-se controvérsias que provocavam enormes dissensos interpretativos, como os de n. 2, sobre o divisor para apuração do salário-hora do bancário, e de n. 4, sobre a inaplicabilidade subsidiária, no processo do trabalho, da multa de 10%, em caso de não cumprimento do mandado de execução. Quem fizer essa leitura terá melhores e mais elementos para compreender bem o recurso de revista repetitivo, ficando, ainda, enriquecido pelo aprendizado que adquirirá.

São Paulo, setembro de 2018.

Estêvão Mallet
Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
A Lei n. 13.015/14 confere grande importância às decisões judiciais do TST, principalmente quando proferidas em julgamentos por amostragem, de recursos de revista repetitivos, tendência que também é observada no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15).

Trata-se de uma das maiores reformas processuais no âmbito da CLT e que importará uma nova realidade, na medida em que altera paradigmas no direito brasileiro tradicionalmente desenvolvido sobre base muito distinta, a partir de inspiração no sistema da civil law.

De fato, a rígida distinção histórica entre os sistemas da common law e da civil law, por meio da afirmação de que os primeiros seriam fundamentados nos precedentes e o segundo sobre a lei escrita, perdeu muito de seu significado nos dias atuais. Em todo o mundo, cada vez mais os sistemas da common law fazem uso da lei escrita e os sistemas da civil law conferem mais importância à jurisprudência, verificando-se uma aproximação entre as duas principais famílias do direito. No ordenamento jurídico brasileiro, não é diferente.

O problema é que os juristas nacionais, juízes, promotores, defensores e advogados, não estão acostumados a decidir e argumentar diante de normas abertas e incompletas, tendo em vista a tradição da lei escrita, possuindo pouca familiaridade com o sistema de precedentes judiciais. A partir de agora, conceitos típicos dos sistemas judiciais de precedentes e pouco conhecidos do

__________


processo do trabalho brasileiro, tais como: ratio decidendi e obiter dictum, bem como sobre as técnicas de aplicação e superação dos precedentes, tais como distinguishing, overruling, express e implied overruling, overruling prospectivo, retrospective e antecipatory, overriding, definitivamente, passarão a integrar o corpo da argumentação decisória e postulatória trabalhista.

O desafio do momento é grande porque o que se pretende construir é um sistema que seja capaz de absorver as tendências de universalização do direito e concretização do princípio da isonomia sem, contudo, descurar-se das particularidades do caso concreto, por meio da fixação de uma justa norma jurídica individual.

Releve-se que os precedentes nos países da tradição da common law são entendidos como um instituto altamente complexo e jamais possuíram a pretensão de trazer uma solução pronta e acabada, de antemão, para todos os casos futuros. Ao contrário, os precedentes devem ser sempre interpretados e terem justificada de forma adequada a sua aplicação ou não diante do caso concreto em julgamento.

Diante do não estabelecimento de plano do que é o precedente pelo órgão julgador na matriz da common law, diversas técnicas foram desenvolvidas para sua interpretação e principalmente a definição do seu aspecto vinculante, destacando-se o teste de Wambaugh e o método desenvolvido por Arthur Goodhart.

Com efeito, um apego desmensurado a decisões anteriores, aplicadas de forma mecânica e sem um indispensável juízo de ponderação, poderia levar a um engessamento do direito ou mesmo a uma negação de acesso à justiça, frustrando o direito constitucional das partes quanto à apreciação de particularidades relevantes dos novos casos. De alguma forma, pode-se dizer que até hoje sobrevivemos sem uma adequada teoria de precedentes pois as decisões de nossos Tribunais sempre foram consideradas meramente persuasivas, tendo em vista nossa tradição da civil law. Todavia, quanto maior a atribuição de poder vinculante à razão de decidir do julgamento pretérito, maior será a necessidade de desenvolvimento de técnicas de confronto que permitam o exame de adequação da mesma razão de decidir para o novo caso. Trata-se da técnica da distinção que é indispensável num sistema de precedentes e conhecida nos países da common law como distinguishing.

Revela-se imperioso o estudo sobre a teoria dos precedentes e seus institutos para sua correta adaptação ao processo do trabalho brasileiro, inclusive como forma de se evitar o engessamento da jurisprudência, considerada a missão do Direito do Trabalho de promover a justiça, orientar condutas e promover a igualdade, garantindo a segurança jurídica e a coerência do sistema.

O presente trabalho será dividido em sete partes. No primeiro capítulo, serão analisados os fundamentos que determinam o movimento mundial de aproximação entre as famílias jurídicas do civil law e da common law, com suas repercussões no ordenamento jurídico brasileiro. No segundo capítulo, serão revisitados os principais conceitos da teoria dos precedentes e que orientam o seu funcionamento nos países da common law, fazendo-se uma crítica sobre como os tribunais trabalhistas têm ou não levado em consideração a sua própria jurisprudência. No terceiro capítulo, o estudo voltará atenção para o problema dos litígios de massa e sobre como a técnica do julgamento por amostragem tem sido utilizada para seu enfrentamento no direito comparado e brasileiro,

(4) Com efeito, estabelece o art. 489, § 1º, do CPC, inciso V, que não se considera fundamentada qualquer decisão que: “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

(5) O julgamento por amostragem de casos repetitivos é uma técnica processual adotada em diversos países e que permite a seleção de um ou mais casos para a resolução da questão comum. Posteriormente, esta decisão é aplicada aos demais processos que faram sobrestados aguardando a decisão da questão comum. Trata-se de técnica que possui muito mais afinidade
com destaque para o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígio em grupo inglesas. No capítulo quarto, serão analisadas as origens históricas e a natureza jurídica do recurso de revista repetitivo a partir da análise sobre o papel a ser realizado pelo TST na posição de Corte de vértice da Justiça do Trabalho. O capítulo quinto emprenderá uma análise crítica sobre o procedimento do recurso de revista repetitivo tendo em vista outros regramentos de ações-teste já existentes como o musterverfahren alemão e o julgamento por causa piloto da Inglaterra. O sexto capítulo cuidará do exame dos efeitos da decisão sobre os processos não afetados e dos mecanismos para a revisão da tese jurídica firmada no julgamento por causa-piloto. Finalmente, o regramento do novo instituto será testado à luz de diversos princípios constitucionais, com abordagem das vantagens e desvantagens que o novo incidente poderá ou não trazer à efetividade das normas trabalhistas.
1

FAMÍLIAS JURÍDICAS. APROXIMAÇÃO CRÍTICA E OS NOVOS CONTORNOS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. TENDÊNCIA MUNDIAL E NO DIREITO BRASILEIRO

1.1. AS GRANDES FAMÍLIAS JURÍDICAS: CIVIL LAW E COMMON LAW

Todo Estado possui um Direito representado por um conjunto de regras jurídicas fixadas conforme a necessidade e objetivos das sociedades. A diversidade das regras jurídicas dos diversos países é praticamente inesgotável. Todavia, o conhecimento do Direito não se resume a um conjunto de regras mutáveis, como se a partir de uma alteração legislativa implicasse a perda de todo o conhecimento até então adquirido ou mesmo o desaparecimento de bibliotecas inteiras.

O estudo do Direito preocupa-se com a sistematização dos métodos utilizados para definição do sentido da regra jurídica e sua harmonização com outras normas do sistema. Vistos sob esse prisma, os modos de raciocínio utilizados na hermenêutica jurídica apresentam-se bem mais restritos quando colocados em comparação às diferentes famílias jurídicas.

Ao contrário das regras jurídicas que apresentam uma infinita diversidade, os sistemas de enunciação e técnicas de interpretação resumem-se a um número bem mais limitado. A partir desses elementos fundamentais e mais estáveis que acabam por conferir coerência e integridade aos diversos ordenamentos jurídicos é possível fazer um agrupamento dos diferentes direitos em “famílias” ou “tradições jurídicas”, como forma de compreensão dos diversos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

Não existe unanimidade quanto aos critérios que devam orientar essa classificação, destacando-se os agrupamentos conforme a importância reconhecida às diversas fontes do direito ou de acordo com o tipo de sociedade que se pretende construir com o auxílio do Direito. Considerados esses critérios fundamentais, de uma forma geral, destacam-se a família romano-germânica, a
família da common law e a família dos direitos socialistas, estabelecia uma orientação forte para uma sociedade livre de estado e direito. A família romano-germânica compreende os países cujo sistema jurídico foi desenvolvido sobre as bases do Direito Romano, desde os estudos das universidades da Europa continental que, no século XII, fundamentadas nas compilações de Justiniano, buscaram o desenvolvimento de uma ciência comum a todos.

Neste sistema, as regras escritas e legisladas constituem a principal fonte do Direito. Diante da pretensão de completude do sistema legal, restaria pouco espaço para as demais fontes do Direito como os costumes e a jurisprudência. A previsibilidade e segurança do ordenamento seria garantida pela aplicação estrita da lei, considerada como suficiente para regulação de todos os fatos sociais.

No ordenamento jurídico formado basicamente por regras de conduta, as normas do tipo dever ser possuem a pretensão de completude. A organização das regras em códigos ganha força a partir do século XIX. Nascido a partir de razões históricas que determinaram a regulação das relações entre cidadãos, o Direito Civil possui posição central na ciência do Direito, inclusive precedendo o desenvolvimento de outros ramos jurídicos.

Os princípios da civil law exerceram grande influência no desenvolvimento do direito no Brasil e demais países da América Latina, principalmente graças à colonização portuguesa e espanhola, muito embora seja cada vez maior a penetração no continente de institutos típicos da família da common law, como será analisado a seguir.

Por outro lado, a família de direito da common law abrange a Inglaterra e países cujo desenvolvimento foi realizado a partir do direito inglês, possuindo características muito diferentes da família romano-germânica. Na common law o direito é formado a partir da resolução de litígios particulares pelos juízes, como destaca David René: “A regra de direito da common law, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formula uma regra geral de conduta para o futuro”. Assim, enquanto o direito na civil law foi desenvolvido a partir dos esforços das universidades dos países do continente europeu, a common law possuía formação com atividade prática dos juízes, na resolução de casos concretos.

A origem da common law está ligada ao poder real, desenvolvendo-se a partir de situações em que a paz do reino estaria ameaçada, surgindo como direito público e cuja atuação em questões particulares somente seria justificada na hipótese de colocar em jogo os interesses da coroa, destacando-se outra importante diferença em relação à origem da civil law fortemente ligada à resolução de litígios entre particulares por meio do direito civil.

A Lei n. 13.015/14 e o CPC de 2015, por sua vez, conferem grande destaque ao direito jurisprudencial, bastante valorizado no sistema de precedentes da common law, tornando imperiosa a análise das principais características dessas duas grandes famílias jurídicas de modo a possibilitar a construção de uma integração sem a perda de coerência do sistema jurídico.

---

(8) Releve-se que antes do término da Guerra Fría o direito socialista figurava entre as principais famílias jurídicas do mundo. Ao contrário do sistema do direito romano-germânico, que disciplina as formas de aquisição e transferência da propriedade privada, no sistema socialista, os bens são em sua grande maioria de propriedade do Estado. A partir da queda do Muro de Berlim e do fim da Cortina de Ferro, no final do século XX, a importância do direito socialista e seu âmbito territorial foi reduzido drasticamente, não possuindo mais a relevância do tempo em que René David escreveu seu livro.


(10) Ibidem, p. 25.

De uma forma geral, por meio de diferentes técnicas, os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental buscam a realização de um difícil equilíbrio entre dois valores fundamentais: justiça e segurança jurídica. Argumenta-se que, nos ordenamentos romano-germânicos, a prevalência do direito legislado representaria uma maior segurança jurídica, enquanto a não vinculação dos juízes a decisões anteriores permitiria uma maior realização de justiça mediante uma maior liberdade de interpretação da norma diante do caso concreto.

Ao contrário, nos sistemas da common law, a insegurança jurídica que poderia advir de uma menor atividade legislativa é suplantada pela regra do precedente obrigatório. Fundamenta-se, por outro lado, que a adoção da regra do precedente obrigatório nos países da civil law poderia impedir a evolução do Direito e sua adaptação aos novos valores e fatos sociais, com uma super-prevalência do valor segurança em detrimento da justiça.

Em resumo, possui especial relevo o estudo sobre os fatores que acabaram por determinar uma maior aproximação destas duas grandes famílias jurídicas, inclusive para que sejam promovidas as necessárias adaptações que possibilitem a importação de conceitos do sistema de precedentes pelo Direito brasileiro, principalmente considerando a diferente função que pode ser atribuída à lei e à jurisprudência como fonte de direito nesses diferentes sistemas jurídicos.

1.2. O positivismo e a jurisdição no estado liberal

O Estado liberal é consolidado no século XVIII, com a Revolução Francesa, firme na definição de jurisdição a partir da premissa de que a lei -como norma abstrata e genérica- regularia todas as situações que pudessem ocorrer na vida real, firmando-se no dogma da onipotência do legislador.

Para o positivismo jurídico, o Estado é a única fonte do direito. O direito deixa de ser sustentado na fé, dogmas, crenças e misticismos da Idade Média, na qual vigorava a doutrina dualista do jusnaturalismo. Para o monismo jurídico, a validade da lei editada pelo Estado independe de qualquer valor ético ou moral. A norma é posta e não pressuposta.

Na modernidade, a fé é substituída pela razão humana, possuindo na lei a sua expressão normativa, com a concentração do poder de legislar no Estado absolutista. O direito perde o seu caráter sagrado, deixa de ser transcendental e fundamentado em Deus, surgindo a possibilidade

(12) Conforme Sampaio Ferraz, "há um sentido filosófico e um sentido sociológico de positivação. No primeiro, positivação designa o ato de positivar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade. Segue daí a tese segundo a qual todo e qualquer direito é fruto de atos dessa natureza, ou seja, o direito é um conjunto de normas que valem por força de serem postas pela autoridade constituída e só por força de outra posição podem ser revogadas. Ora, à medida que tais atos de vontade são atos decisórios, positivação passa a ser termo correlato de decisão. Em consequência, implicando toda decisão a existência de motivos decisórios, positivação passa a ser um fenômeno em que todas as valorações, regras e expectativas de comportamento na sociedade tem de ser filtrados através de processos decisórios antes de adquirir validade jurídica (cf. LUHMAN, 1972. p. 141). Em outras palavras, direito positivo é não só aquele que é posto por decisão, mas, além disso, aquele cujas premissas da decisão que o põem também são postas por decisão. A tese de que só existe um direito, o positivo nos termos expostos, é fundamento do chamado positivismo jurídico, corrente dominante, em vários matizes, no século XIX". (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 49)

(13) A concepção jusnaturalista foi dominante no direito grego, romano e durante a Idade Média, defendendo a existência de um direito natural distinto das normas editadas pelo Estado. Este direito natural é anterior e superior ao direito criado pelos homens. Além disso, possuindo origem na natureza, é atemporal e válido em qualquer local, pois fundado em valores universais e imutáveis; ao contrário do direito positivo que é criado artificialmente, em determinado espaço de tempo e lugar.
de o próprio homem decidir o que deve ou não ser considerado correto. A dessacralização do direito corresponderá à sua tecnicação e perda de seu caráter ético.(14) Conforme Ferraz Jr.,(15)

Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento dessa estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser usual: a ideia de que, em princípio, todo direito muda torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao chamado fenômeno da positivização do direito.

Nesta concepção clássica de rígida separação de poderes, a atividade jurisdicional é entendida como um mero raciocínio silogístico e automático, por meio da submissão dos fatos à hipótese normativa, sem qualquer atribuição valorativa. O positivismo jurídico pretende que o direito seja considerado uma ciência, tal como as ciências físicas e naturais. Por sua vez, o observador realizaria apenas juízos de fato, não exercendo qualquer influência sobre o objeto estudado.

Na visão tradicional, legalista e formal do direito, não haveria espaço para a atividade criativa do julgador que, conforme expressão consagrada por Montesquieu, seria um ser inanimado e representaria apenas a “boca da lei”. As respostas de todos os problemas seriam encontradas na legislação, cumprindo ao juiz apenas declará-la.

O princípio da legalidade firmado no contexto da Revolução Francesa do final do século XVIII, com as bandeiras principais de garantia das liberdades individuais e limitação do poder dos governantes. A partir da implantação de uma monarquia constitucional, o rei perde seus poderes absolutos e passa a ser adotada uma rígida separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A legalidade é um dos fundamentos do Estado de Direito e nesta época encontrava razão de existir na desconfiança com o exercício do Poder Judiciário,(16) tendo em vista sua integração por representantes do ancien régime.(17) Diante da proximidade entre os juízes e o monarca, o princípio da legalidade é a forma encontrada para controlar a atuação do magistrado, que não tinha poder para interpretar a lei. Aliás, a respeito da neutralização política do Judiciário observa Paulo Rangel(18)

...que a neutralidade foi um mito concebido pelo Direito Romano e fortalecido pela Escola Exegética pela Escola Exegética por questões históricas bem conhecidas, pois com o advento da Revolução Francesa o Rei foi afastado do poder, junto com seus ministros e toda sua

(15) *Ibidem*, p. 49.
(17) Ao contrário, nos Estados Unidos, a desconfiança era em relação ao Legislativo fundamentado nas normas do parlamento britânico em relação às 13 colônias, tendo sido atribuída competência a todo judiciário para, por meio do controle difuso, garantir o respeito aos valores mais importantes do povo insculpidos na Constituição americana.
(18) MARTINS, José Renato Silva. *Dogma da neutralidade judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, prefácio, XII e XIII.