



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

CAROLINA FREITAS PINHEIRO

A REFORMA TRABALHISTA E O ENTRAVE À EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS
PRECEDENTES

Salvador
2018

CAROLINA FREITAS PINHEIRO

A REFORMA TRABALHISTA E O ENTRAVE À EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS
PRECEDENTES

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito - FBD, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Salvador
2018

CAROLINA FREITAS PINHEIRO

A REFORMA TRABALHISTA E O ENTRAVE À EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS
PRECEDENTES

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito - FBD, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Prof. (nome do avaliador)

Prof. (nome do avaliador)

Prof. (nome do avaliador)

___ de _____ de 2018

Dedico a presente Monografia à José Clóvis Quaresma Pinheiro, meu pai, que segue vivo em meu coração e me acompanha em toda a minha trajetória.

RESUMO

Analisa o histórico da formação da jurisprudência como fonte do direito no ordenamento jurídico brasileiro, desde a influência dos assentos de Portugal, até o surgimento do instituto, bem como sua compreensão contemporânea na seara trabalhista. Compreende a finalidade da jurisdição por meio de interpretação ampliativa de conceitos básicos, com o fito de garantir a segurança jurídica. Discorre sobre a intervenção direta da jurisprudência na evolução do exercício da jurisdição e seu papel no âmbito trabalhista. Identifica qual a influência exercida pela Teoria dos Precedentes no sistema de *civil law* brasileiro. Define os principais pontos de discussão gerados pela inserção do §2º do artigo 8º da Nova CLT, além de analisar como isso interfere na modificação dos parâmetros de construção da jurisprudência e surge como um entrave a sua evolução. Critica as prováveis consequências dessa inserção no ordenamento, já que poderá levar a um engessamento dos Tribunais, ante a sua incompatibilidade com a Teoria dos Precedentes.

Palavras-chave: Jurisprudência. Segurança Jurídica. Precedente. Reforma Trabalhista.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 UM BREVE HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO E A SUA COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA NA SEARA TRABALHISTA	12
2.1 UMA ANÁLISE DA FINALIDADE DA JURISDIÇÃO SOB A ÉGIDE DA INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DE CONCEITOS BÁSICOS EM PROL DA GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	14
2.2 BREVE HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO	18
2.2.1 Em Portugal	18
2.2.2 No Brasil	19
2.3 A INTERVENÇÃO DIRETA DA JURISPRUDÊNCIA NA EVOLUÇÃO DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO	21
2.4 COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NA SEARA TRABALHISTA.....	27
3 UMA VISÃO GERAL DA TEORIA DOS PRECEDENTES	30
3.1 A NECESSÁRIA MANUTENÇÃO DA DECISÃO E A VEDAÇÃO DE CONTRARIEDADE À MESMA: UMA BREVE VISÃO DO <i>STARE DECISIS ET NON QUIETA MOVERE</i>	31
3.2 A APROXIMAÇÃO DO SISTEMA DE <i>CIVIL LAW</i> BRASILEIRO COM O SISTEMA DE <i>COMMON LAW</i>	34
3.3 AS TÉCNICAS DE EMPREGO DOS PRECEDENTES.....	44
3.3.1 O Distinguishing e a inaplicabilidade do precedente	44
3.3.2 O Overruling e a superação do precedente	45

3.3.3 O Overriding e a limitação dos efeitos do precedente.....	47
3.4 A POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL NA TEORIA DOS PRECEDENTES E O NOVO CPC	48
3.4.1 A diferenciação de Jurisprudência e Precedente.....	48
4 A REFORMA TRABALHISTA E O ENTRAVE À EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES	52
4.1 UMA ANÁLISE SOBRE O §2º DO ARTIGO 8º DA NOVA CLT.....	59
4.2 A MODIFICAÇÃO DOS PARÂMETROS DE CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	60
4.3 A INCOMPATIBILIDADE DO §2º DO ARTIGO 8º COM A TEORIA DOS PRECEDENTES	63
4.4 O ENTRAVE DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO	69
4.4.1 A separação dos poderes e a deturpação da finalidade do Poder Judiciário	69
4.4.2 O engessamento do ordenamento.....	70
5 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS.....	75

1 INTRODUÇÃO

Antes de confrontar diretamente o tema, é necessário fazer algumas considerações sobre conceitos básicos. Principalmente sobre a ótica das fontes do Direito, sobretudo, com relação à situação acerca do histórico sobre a evolução da jurisprudência no âmbito trabalhista brasileiro.

Primeiramente, enfrenta-se o tema do surgimento e da evolução da Hermenêutica Jurídica, passando pela conceituação breve acerca das Escolas; de Exegese, Histórica e Teleológica do Direito, que serviram à orientação interpretativa das normas jurídicas. Além disso, discorre-se acerca das mudanças conceituais perpetradas pela contemporaneidade, as quais, aponta-se, são estritamente necessárias à evolução jurídica do ordenamento. Dentre as referidas mudanças, demonstra-se; desde o desenvolvimento do entendimento sobre o papel exercido pelo magistrado de “juiz boca da lei” a operador do Direito que interpreta a lei, a fim de aplicá-la; à ideia da finalidade da prestação jurisdicional.

No segundo capítulo faz-se uma análise superficial do histórico do surgimento da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, desde a sua importação dos assentos portugueses, à época do Brasil Colônia. Demonstra-se a importância da jurisprudência na evolução da jurisdição, perpassando pela conceituação dos enfoques de aplicação do Direito perante o fato social, diante da norma jurídica, quais sejam, a interpretação e a integração. Em seguida, destaca-se a importância de examinar os desejos sociais e confrontá-los com a técnica jurídica antes de realizar a efetiva aplicação do Direito, de forma a garantir o pleno funcionamento do ordenamento jurídico.

Ultrapassados os conceitos básicos introdutórios, chama-se a atenção para o advento da jurisprudência como uma necessidade do ordenamento jurídico sob a égide trabalhista, ante a existência de legislação defasada, revestida de lacunas normativas, que demonstravam um verdadeiro entrave à prestação jurisdicional no âmbito das relações de trabalho. Inclusive, destaca-se a característica da seara trabalhista do ordenamento de que, em que pese exista uma legislação expressando comportamentos a serem adotados, esta apenas é respeitada sob a égide da decisão judicial, já na fase executória. Ou seja, se faz necessário provocar o Judiciário para que ele declare o que já está determinado legalmente. Além disso, destaca-se que o magistrado trabalhista, muitas vezes, se vê obrigado a usurpar a

atribuição secundária de legislar, do Poder Judiciário, como sua finalidade, para garantir a inafastabilidade jurisdicional.

No terceiro capítulo, esclarecem-se alguns conceitos sobre a Teoria dos Precedentes. Inicia-se com uma breve análise sobre os sistemas da *civil law* e da *common law*, primeiramente sobre suas origens em separado, passando, então, para os pontos em que se tangenciam. Inclusive, aborda-se a importação de conceitos do *common law* para o Direito brasileiro, iminentemente de *civil law*. Observa-se, ainda, a finalidade do enxerto de determinados institutos, tendo em vista a adequação do ordenamento aos desígnios sociais, principalmente a fim de preencher lacunas originadas da codificação do sistema. Entretanto, demonstra-se que a utilização desses institutos não se dá de forma idêntica a suas aplicações em seu sistema de origem, ao contrário, percebe-se uma deturpação para que haja uma adequação ao *civil law*. Em contrapartida, constata-se a influência do *civil law* da mesma forma sobre o *common law*.

Nota-se, diante da Teoria dos Precedentes, a necessidade de manutenção da decisão de forma a vedar a contrariedade a mesma, sob a ótica do *stare decisis et non quieta movere*, a qual garante a solidez do Judiciário. Superadas tais indagações, analisa-se as técnicas de emprego dos precedentes no ordenamento jurídico, que possibilitam enxergar a sua inaplicabilidade, superação e limitação, sob as denominações respectivas de; *distinguishing*, *overruling* e *overriding*.

De logo, percebe-se a necessidade de contrastar o caso concreto em julgamento com o precedente, de forma a estabelecer as distinções existentes entre eles, a fim de justificar o seu afastamento ou sua obediência. Dessa forma, faz-se considerações sobre a possibilidade de modificação jurisprudencial na teoria dos precedentes e o novo CPC. Além disso, chama-se a atenção para a necessária diferenciação de jurisprudência e precedente, em que pese haja uma dificuldade na compreensão dos institutos, na medida de suas particularidades. Observa-se, neste sentido, que tal dificuldade se dá em detrimento de uma aplicação equivocada dos institutos do *common law* no *civil law*.

No quarto capítulo enfrenta-se a análise da intervenção da Reforma Trabalhista por meio da Lei 13.467/17 na evolução da Teoria dos Precedentes, com a inserção no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro do parágrafo segundo do artigo 8º à CLT. Primeiramente, elucida-se a forma com que os preceitos do sistema do *common law* passaram a exercer influência sobre um ordenamento de

predominância do *civil law* como é o brasileiro, até se chegar à dependência da teoria dos precedentes. Em seguida, há uma compreensão histórica acerca da evolução da Justiça do Trabalho no Brasil, apontando, inclusive, para a figura dos prejulgados que foram precursores. Além disso, demonstra a importância da flexibilidade do sistema para fins de acompanhamento das evoluções sociais, sobretudo, diante do dinamismo das relações jurídicas entre os empregados e empregadores. Analisa-se, ainda, a norma jurídica introduzida na CLT por meio do parágrafo segundo do artigo 8º que remete especificamente aos Tribunais, restringindo o exercício da jurisdição por estes.

Diante da pré análise do parágrafo inserido na nova CLT, faz-se uma reflexão sobre a consequente modificação da forma de construção da jurisprudência pelos Tribunais, já que, a restrição imposta a estes estabelece uma obrigatória necessidade de alteração da utilização dos mecanismos de aplicação do Direito. Além disso, destaca-se a problemática do resultante engessamento do ordenamento, além de se discorrer sobre o argumento utilizado para inserção de tal restrição de que não é permitido ao Judiciário usurpar competência do Legislativo.

Nesta senda, em contrapartida, se demonstra que o ordenamento não é dotado de rigidez, de forma que, não há vedação ao exercício da atribuição de legislar ao Judiciário, ainda que esta seja apenas subsidiária. Neste sentido, esclarece-se que o preenchimento de lacunas normativas pelos Tribunais, ainda que de certa forma ocorra legislando, é imprescindível à manutenção do equilíbrio do ordenamento e da garantia da segurança jurídica.

Por fim, observa-se a finalidade da jurisdição sob a égide da interpretação ampliativa de conceitos básicos em prol da garantia da segurança jurídica. Sendo assim, demonstra-se a restrição imposta aos Tribunais com a utilização do exemplo de aplicação da Teoria dos Precedentes em caso de lacuna normativa, como o caso da EMBRAER, sob o ponto de vista atual, com o advento da vedação à criação de obrigações não previstas em Lei.

Ademais, analisa-se a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais no novo CPC e como essa novidade seria uma inserção de caráter normativo às fundamentações. Isto é, demonstra-se a elevação da importância dos motivos da decisão judicial, tendo em vista a inserção de obrigatoriedade à justificativa das decisões pelos magistrados. Neste sentido, adota-se o entendimento de que a fundamentação da decisão passaria a conter caráter normativo. Assim, destaca-se a

preocupação dos Tribunais em proferir decisões bem fundamentadas, a fim de atender aos desígnios sociais.

2 UM BREVE HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A SUA COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA NA SEARA TRABALHISTA

A ideia da jurisprudência surge no Direito Romano, seguindo a linha de que a lei seria editada no senado a fim de regulamentar o caso concreto, e depois seria aplicada em outros casos semelhantes que viessem a ocorrer. O ordenamento jurídico romano era composto por três fragmentações; o *ius naturalis* (Direito Natural), o *ius gentium* (Direito das Gentes) e o *ius civiles* (Direito Civil). O primeiro era o supremo, ao qual todos estavam sujeitos, o segundo cabia aos estrangeiros e o terceiro aos romanos locais.¹

O *ius naturale* era caracterizado como um direito não escrito comum ao Homem e aos animais, um conceito universalista e de concepção teórica e filosófica. À medida em que o Homem foi interagindo com a natureza e entre si, se fez necessário o surgimento de normas escritas e comuns aos romanos, caracterizado pelo *ius civiles*. Já o *ius gentium* surge com o contato crescente entre os romanos e outros povos, de forma que “o excessivo formalismo do *ius civile* torna-se insuficiente e inconveniente”.²

A construção da norma jurídica pelos aplicadores do direito foi um processo de evolução e surgimento de diversas escolas de interpretação. Inicialmente, a Escola de Exegese surge com o Código Napoleônico em 1804 e a necessidade de interpretar a norma posta, bem como, de assegurar as conquistas da Revolução Francesa. Essa escola valorizava como principal método interpretativo

¹ Sendo assim, partindo-se dos ensinamentos dos autores referidos, é possível ser estabelecido que, para o Direito Romano: a) *ius naturale* (Direito Natural): foi referido pelo jurista Ulpiano (no Digesto) como um direito comum ao homem e a todos os animais [09]. Não escrito. É um conceito universalista. Trata-se de uma concepção mais vinculada à análise teórica e filosófica (a respeito disso, é interessante referir que, segundo apontam Michel Villey [10] e José Carlos Moreira Alves [11], esse é um conceito derivado da filosofia estoica). b) *ius gentium* (Direito das Gentes): inicialmente, foi constituído como categoria intermediária entre o Direito estrangeiro e o romano, tendo sido baseado na conciliação entre os princípios da territorialidade e da personalidade. É um direito inspirado na razão natural, positivo e vigente, mas com caráter menos formalista do que *ius civile*. Diz-se ser composto, também, por uma parte do Direito Civil comum a todos, para solucionar os conflitos envolvendo romanos e estrangeiros, mas aplicado primordialmente a estes últimos. É em virtude de ser classificado como decorrente do uso da razão natural, que se diz que se trata de um Direito comum a todos os povos (a todas as gentes). c) *ius civile* (Direito Civil): ao contrário do Direito das Gentes, é composto por aquelas regras de direito que são aplicáveis somente ao povo romano. É composto por regras que podem estar respaldadas pelo *ius naturale* e, até mesmo, coincidir com o *ius gentium*, porém, contém instituições e fontes próprias. GALLO, Carlos Artur. **O direito das gentes romano e a gênese do direito internacional privado**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1991, 13 dez. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12062/o-direito-das-gentes-romano-e-a-genese-do-direito-internacional-privado>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 2. ed. 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 283.

das leis aquele que, necessariamente, buscasse a vontade do legislador, se utilizando, portanto, de aspectos gramaticais e lógicos³. Isso ocorria devido ao fato de que a Revolução Francesa, de caráter liberal, quebrou com o paradigma do Absolutismo, trazendo à luz da modernidade a importância do Poder Legislativo, que detinha o poder de regular o governante.

A derrocada da Escola lógico-positivista dos exegetas ocorreu no final do século XIX, quando houve a necessidade de se buscar uma visão mais concreta e social do direito. Isto ocorreu como consequência da evolução social que gerou conflitos entre os fatos e o Código Napoleônico⁴, surgindo, assim, a Escola Histórica do Direito que, apesar de positivista, estava atrelada à análise do caso concreto. Dessa forma, não se prendia apenas à lei, mas também levava em consideração os aspectos culturais, históricos, entre outros. A análise interpretativa dessa Escola frente às leis, baseava-se em quatro tipos de interpretação; gramatical, teleológica, sistemática e histórica. Ou seja, não levava a vontade do legislador como premissa maior à interpretação da lei, como ocorria na Escola de Exegese.

A sucessória da Escola de Savigny foi a Escola Teleológica de Ilhering que prezava a interpretação baseada em aspectos finalísticos e teleológicos, levando em consideração a valoração de conceitos extraída do processo histórico.

A evolução da Hermenêutica Jurídica no aspecto histórico foi resultado da necessidade de resolução de conflitos de normas, os quais, apenas poderiam ser resolvidos à luz da interpretação da lei. Assim, a Hermenêutica Jurídica teve um papel fundamental na diferenciação conceitual e pragmática do que seria texto jurídico e do que seria norma jurídica. O primeiro se apresenta como a lei propriamente dita, e a segunda é a lei depois de compreendida pelo leitor. Essa compreensão do que a lei quer transmitir através de seu texto configura-se como o primeiro ato de dois que envolvem a ação hermenêutica. Isto porque, após compreender o que a lei quer traduzir, se faz necessário utilizar mecanismos capazes de aplicar aquela lei ao caso concreto.

³ MELO, Liana Holanda de. Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031>. Acesso em 13 fev 2018.

⁴ RAMOS, Chiara. **Os principais sistemas interpretativos da hermenêutica jurídica clássica**: da escola da exegese ao Direito Livre. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29348/os-principais-sistemas-interpretativos-da-hermeneutica-juridica-classica>>. Acesso em 13 fev 2018.

Diante disso, é possível a percepção de que Hermenêutica e Interpretação diferem em seus conceitos. A criação primária de métodos de interpretações realizada por Savigny, aproximou a ciência do Direito – ciência humana – às ciências exatas, já que objetivou o procedimento de interpretação da norma. No entanto, através da Hermenêutica moderna procurou-se criar novos métodos; como o hermenêutico clássico, o hermenêutico espiritual e o tópico estrutural.⁵ A tentativa de modernização da Hermenêutica por meio da Escola do Direito Livre acabou gerando um Sincretismo Metodológico, ao misturar esses novos métodos, que essencialmente não diferiam muito dos de Savigny.

Por outro lado, Peter Haberle aponta, ao discorrer sobre Hermenêutica Constitucional, a necessidade da interpretação da norma voltada para a sociedade aberta, cuja principal característica é a pluralidade⁶. Sendo assim, para ele, não haveria possibilidade de interpretar uma norma através de métodos objetivos, cominados a uma não proatividade do magistrado. Ou seja, devido a plural sociedade, a interpretação necessariamente teria que ser subjetiva, já que não era possível a suposição de casos fáceis a todo tempo.

Konrad Hesse, através de sua metáfora do juiz Hércules, prevê a necessidade de um magistrado capaz de se despir das prenoções, a fim de analisar o caso de forma discricionária, sem ser arbitrária. Tal discricionariedade, hoje em dia, nos leva ao problema do Sincretismo Metodológico, principalmente nos chamados *hard cases*. Tenta-se buscar, diante de um conflito principiológico, aquela norma que será mais importante dentro do caso, quando se deveria efetivar ambas as normas em diferentes graus, buscando a máxima efetividade da Constituição na medida do possível.

2.1 UMA ANÁLISE DA FINALIDADE DA JURISDIÇÃO SOB A ÉGIDE DA INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DE CONCEITOS BÁSICOS EM PROL DA GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

5 FERREIRA, Rodrigo Eustáquio. **Os princípios e métodos da Moderna Hermenêutica Constitucional (MHC)**. Análise com breves incursões em matéria tributária. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2764, 25 jan. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18341>>. Acesso em: 1 mar. 2018.

6 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

A interpretação responsável do texto jurídico, bem como a sua aplicação efetiva ao fato social posto ao Judiciário, de fato, é imprescindível ao bom desenvolvimento do ordenamento jurídico. Sobretudo, tendo em vista que a evolução social acaba por exigir um retorno da Justiça ao necessitar de uma prestação jurisdicional. Assim, se faz necessário analisar a finalidade da jurisdição, de um ponto de vista que vai além dos conceitos previamente estabelecidos em doutrina, mas, inclusive, sob a ótica pragmática do Direito, diante dos conceitos criados no dia a dia dos julgamentos pelos Tribunais, que, efetivamente, refletem os desígnios sociais.

Dentre as diversas teorias existentes no que tange à construção do conceito de jurisdição, chama-se a atenção para o que se entende como finalidade de dirimir conflitos, de forma a garantir a paz social⁷. Assim, a jurisdição representa o fim da autotutela e o surgimento do poder estatal, no que tange a determinação do que é certo e errado, de forma a regular uma solução ao caso concreto levado a seu conhecimento.

Nas lições de Calmon de Passos, “o direito (...) tem sua razão de ser na necessidade de se compor impositivamente os conflitos de interesses que se configurem nas relações sociais”⁸. Dessa forma, o ser humano procura meios de minimizar a angústia provocada pela incerteza do amanhã, sendo um deles o compromisso. Através dele, os sujeitos vinculam-se à esperança de que o que se compõe hoje, será observado amanhã, o que garante a convivência harmônica entre aqueles que se comprometem e, conseqüentemente, a sua liberdade, fundada no princípio da solidariedade social⁹.

⁷ “Como a insatisfação de um interesse – principalmente quando essa insatisfação decorre da resistência de alguém – pode gerar tensão aos contendores e até mesmo tensão social, é importante que os conflitos sejam eliminados e seja encontrada a paz social, escopo do Estado.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. 8. ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 2., p. 29.

⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Súmula vinculante**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p.1.

⁹ Nesse sentido, preceitua DUGUIT: “A regra de direito mostra-se ao mesmo tempo permanente e mutável. Toda sociedade implica solidariedade; toda regra de conduta dos homens que vivem em sociedade leva a cooperar nessa solidariedade; todas as relações sociais foram e sempre serão relações de similitude ou de divisão de trabalho. Daí se depreende a perenidade da regra de direito e do seu conteúdo geral. Mas, ao mesmo tempo, as formas sob que se manifesta a solidariedade por similitude e por divisão de trabalho podem variar, variaram e assim continuarão eternamente. A regra de direito, em sua aplicação, oscila em variações como as próprias formas da solidariedade social. A regra de direito, da forma como é concebida, não constitui uma regra ideal e absoluta, da qual os homens devam lutar por se aproximar sistematicamente, mas consiste em uma regra variável e mutável; e o papel do juriconsulto determina qual regra se conforma mais perfeitamente a estrutura de determinada sociedade. Assim considerando, nossa concepção da regra de direito, fundada na solidariedade social, difere profundamente da concepção mais comum de direito natural, compreendido como direito ideal e absoluto. Estabelecido o direito objetivo na solidariedade social, o direito ‘subjetivo’ daí deriva, direta e logicamente. E sendo todo indivíduo obrigado pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, resulta que ele tem o ‘direito’ de praticar todos aqueles atos com os quais coopera na solidariedade social, refutando, por outro lado, qualquer obstáculo à realização do papel social que lhe cabe. O homem em sociedade tem direitos;

Além disso, se tal confiabilidade não houvesse, jamais haveria comprometimento de quem quer que fosse, afinal, é impensável que alguém se comprometa sem ter a crença de que obterá algum retorno advindo deste compromisso.

Note-se que as relações sociais reguladas pelo Direito se baseiam no valor da segurança, o qual está intimamente ligado à confiança construída pela sociedade, internamente. Ocorre que, essa premissa valorativa da segurança, indissociável do ordenamento, deve-se nortear pelas constantes mudanças suportadas pela sociedade. Em que pese a segurança garanta um mínimo de previsibilidade do ordenamento, há que se levar em conta que, para que este padrão normativo se dê de forma efetiva, deve haver a comunicação entre as necessidades sociais exprimidas pelos indivíduos e o sistema jurídico que os regula. Sendo assim, torna-se imprescindível que haja uma mínima compatibilidade entre o que se determina como padrão normativo de conduta e o que se realiza, de fato, como conduta.

É notório que muitas sociedades que possuem problemas sociais sérios e demonstram dificuldade em superá-los, possuem um sistema jurídico construído de forma incompatível com o perfil social dos seus jurisdicionados. Trata-se de um empecilho ao desenvolvimento de uma sociedade querer submeter a determinados padrões, indivíduos que não os reconhecem como paradigmas. Portanto, em que pese o Direito, para ser efetivo, deva garantir um mínimo de previsibilidade aos que estão submetidos a ele – a fim de assegurar a confiança dentro da sociedade – deve também refletir a essência dos que o seguirão, tornando todo o processo muito mais espontâneo e descomplicado.

Por óbvio, não se pode buscar no ordenamento a sua compatibilidade, a todo e qualquer custo, com o que a sociedade anseia, do contrário haveria sério risco de se voltar ao jusnaturalismo clássico e, talvez, até a ausência total de regulação, o que

mas esses direitos não são prerrogativas pela sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem obrigações a cumprir e precisa ter o poder de cumprí-las. Esses princípios diferem da concepção do direito individual. Não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem que fundamentam a regra de direito imposta aos homens em sociedade. Mas, ao contrário, porque existe uma regra de direito que obriga cada homem a desempenhar determinado papel social, é que cada homem goza de direitos – direitos que têm assim, por princípio e limites, o desempenho a que estão sujeitos. A liberdade, sem dúvida, é um direito e não uma prerrogativa que acompanha o homem pela sua natureza de homem. A liberdade é um direito porque o homem tem o dever de desenvolver sua atividade tão plenamente quanto possível, uma vez que a sua atividade individual é fator essencial da solidariedade por divisão de trabalho. Enfim, o homem desfruta o direito de desenvolver sua atividade com liberdade, mas, ao mesmo tempo, só possui esse direito enquanto consagra seu exercício à realização da solidariedade social. A liberdade concebida dessa forma assume um caráter inabalável, pois nesse sentido consiste unicamente na liberdade de se cumprir o dever social.” DUGUIT, León. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 46-48.

também não seria a melhor solução. Deve-se, no entanto, pretender realizar essa intercomunicação entre o Direito e a sociedade de forma equilibrada, sem riscos de tornar o ordenamento totalmente ocluso, tampouco vulnerável a ponto de causar a sua anulação. Assim, tendo em vista a impossibilidade de se estabelecer, legalmente, mecanismos de atualização do ordenamento, sob o risco de torná-lo deveras vulnerável, percebe-se como única solução o respeito às mudanças paradigmáticas da sociedade, de forma que o sistema jurídico admita ampliações conceituais de institutos, acompanhando, assim, os anseios sociais.

Alguns conceitos utilizados, ainda de forma restrita, no ordenamento, aparecem, de certa forma, como um entrave à renovação do sistema jurídico brasileiro. Isto porque, acabam engessando a jurisdição, sob os argumentos de garantia da segurança jurídica e do assoberbamento do Judiciário. Ocorre que, em que pese este último seja um problema, não se deve deturpar o objetivo da Justiça, qual seja, a efetividade da prestação jurisdicional. Ademais, o próprio fechamento do ordenamento a tais modificações pode significar uma violação à segurança jurídica, tendo em vista que pode implicar na ineficácia do Judiciário, ao permitir a continuidade de decisões atravancadas pela eventual cristalização de concepções, indo de encontro à ordem natural da sociedade.

Diante disso, percebe-se uma necessidade de rompimento das noções de que a função jurisdicional se limita a dizer o direito, com base na interpretação estritamente legal do caso. Em verdade, cabe ao Estado fornecer àqueles que estão submetidos a ele respostas plausíveis, tempestivas e efetivas¹⁰, aos feitos levados a seu conhecimento. Demonstra-se, portanto, que a finalidade da jurisdição é a prestação da tutela jurisdicional factível. Neste sentido, em que pese a técnica seja imprescindível – a fim de garantir a lisura do processo, observando-se princípios essenciais como o do devido processo legal e o do contraditório – é cediço que de nada adianta um processo tecnicamente perfeito, sem que a solução decorrente dele tenha o condão de garantir à parte uma mudança em sua situação fática. Afinal, ao mesmo tempo em que a realidade é o reflexo do Direito, o Direito, de mesmo modo, deve refletir a realidade¹¹.

¹⁰ “Só mais tarde (...) é que se percebeu que não bastava conferir ao jurisdicionado apenas o direito a uma sentença, sendo necessário outorgar-lhe uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva.” MARINONI e ARENHART, 2010, op. cit., p. 31

¹¹ “Quando se pensa em tutela jurisdicional efetiva, descobre-se, quase por necessidade, a importância da relativização do binômio direito-processo. O processo deve estar atento ao plano do direito material, se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas.” MARINONI e ARENHART, 2010, op. cit., p. 32.

2.2 BREVE HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITOS

Nos primórdios da organização das sociedades, a principal fonte do Direito foi o costume. Isto porque, as relações sociais se davam com base em normas consuetudinárias. As chamadas normas escritas apenas foram surgindo posteriormente, com a evolução social.¹²

No sistema jurídico brasileiro, essencialmente de influência de *civil law*, a principal fonte do direito é a lei. Assim, a utilização de diversas outras fontes, como a jurisprudência, a analogia, os costumes e os princípios, são utilizadas de forma subsidiária, ou seja, na omissão ou obscuridade da lei. A aplicação subsidiária dessas fontes alternativas do Direito ao sistema jurídico brasileiro tem origem na crescente influência do *common law*, tornando o ordenamento jurídico brasileiro dotado de caráter híbrido no que tange à escolha do sistema jurídico adotado.

Enquanto as normas consuetudinárias são formadas pela reiterada adoção de comportamentos pela sociedade, a ponto de formar a consciência da exigibilidade daquele comportamento, as leis surgem do Poder Legislativo. Por outro lado, a norma jurisprudencial se origina de decisões proferidas em uniformidade sobre a mesma questão, decisões essas que se baseiam em paradigmas sociais em vigência, de forma a tentar, de fato, refletir os propósitos da sociedade.

2.2.1 Em Portugal

A origem da jurisprudência como fonte do Direito no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a influência direta do Direito português, com a importação dos chamados assentos da Casa de Suplicação portuguesa.

Os assentos portugueses surgiram com a instabilidade do âmbito judiciário no país, que se via em imbróglio para equilibrar a aplicação do direito consuetudinário com o que era previsto nas leis nacionais. Isso acabou gerando uma insegurança jurídica, a qual resultou na criação dos ditos assentos, já que a subsistência de decisões divergentes causava inquietação na sociedade lusitana. Assim, os assentos foram criados pela Casa de Suplicação, espécie de Corte Superior de

¹² NOGUEIRA, Rubem. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 3ªed, 1996, Edições Ciência Jurídica: Bahia. p.92.

Portugal, como deliberações do órgão sobre questões controversas da justiça portuguesa. Ou seja, basicamente, a Casa de Suplicação possuía uma espécie de autorização jurídico-social para interpretar previsões legais à luz dos costumes sociais.

Há que se destacar, ainda, que os assentos portugueses tomaram força no ordenamento lusitano a partir da Lei da Boa Razão, de 1789, que tentou definir as fontes a serem utilizadas no direito português, proibindo a utilização da Doutrina como fonte do direito e dando azo à promoção dos costumes como fonte do direito, desde que atendessem a requisitos como; teriam que estar de acordo com lei expressa, teriam que ter pelo menos 100 anos e teriam que ser conforme a Boa Razão.

A importância dada aos assentos era tanta que estes não eram passíveis de modificação ou alteração, além de terem natureza vinculativa internamente, já que os juizes e desembargadores da Casa de Suplicação não poderiam deixar de segui-los, sob pena de suspensão, conforme previsto no §1º do Título LVIII do Livro V das Ordenações Manuelinas.

2.2.2 No Brasil

Nas Ordenações Filipinas os assentos permaneceram tendo força, o que, conseqüentemente, influenciou o ordenamento brasileiro, mesmo após a independência em 1822. Isto porque, a independência brasileira, inicialmente, teve caráter político, sendo o país ainda muito dependente de Portugal em diversos outros aspectos, sobretudo, no aspecto jurídico, já que os efeitos das Ordenações Filipinas ainda estavam muito presentes no Brasil.

Os assentos portugueses foram autorizados no ordenamento jurídico recém independente brasileiro por meio do Decreto de 20 de outubro de 1823, que previa a expressa manutenção de vigência das “Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal”¹³. Ocorre que,

¹³ Art. 1o As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador onstitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas. BRASIL. Lei de 20 de Outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D.

posteriormente, com a promulgação da Constituição do Império, em 1824, não houve previsão expressa dos assentos, tendo sido, estes, apenas oficialmente recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, recém independente, por meio do Decreto Legislativo n. 2.684, de 30 de outubro de 1875.

O Decreto 2.684 concedia aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa força de Lei, determinando, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça os levasse em conta na interpretação das leis civis, comerciais e criminaes, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal¹⁴. A força de lei lhes fora atribuída, tendo em vista que à época, não existia grande fomento à legislação estatal positivada ser considerada como fonte principal do Direito. No entanto, em que pese a natureza de força de lei concedida aos assentos, estes, conforme previsão do referido Decreto, apenas seriam obrigatórios até que fossem derogados pelo Poder Legislativo¹⁵, o que, lhes dava um caráter integrativo, ou seja, seriam utilizados apenas para preencher lacunas normativas.

Após a recepção dos assentos no ordenamento, o efetivo início da formação da jurisprudência como fonte do direito no Brasil se deu por meio da sistematização das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, realizada pelo Ministro Vitor Nunes Leal, durante os seus 8 (oito) anos de mandato, entre 1960 a 1969. Inicialmente, tratava-se de tentativa de elencar as decisões, por meio de súmulas, mas sem a intenção de normatizar tais julgados. Inclusive, nas palavras do Ministro:

Foi dessa maneira, colocando-se um pé adiante do outro, que nasceu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Ela atende, portanto, a vários objetivos: é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme de que se acha em vias de fixação; atribui à jurisprudência firme consequências processuais específicas para

Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. Coleção de Leis do Império do Brasil - 20/10/1823, Página 7 Vol. 1 pt I (Publicação Original).

¹⁴ Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada. BRASIL. Decreto nº 2.684, de 23 de Outubro de 1875. Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1875, Página 183 Vol. 1 pt I (Publicação Original).

¹⁵ Art. 2º (...) § 2º Os assentos serão registrados em livro proprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Camaras Legislativas, numerados e incorporados á collecção das leis de cada anno; e serão obrigatorios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo. BRASIL, 1875, loc cit.

abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações deliberadas.¹⁶

Assim, buscou-se solucionar o excesso de demandas repetitivas que chegavam ao Supremo Tribunal Federal com a criação das Súmulas, introduzidas no Regimento Interno daquele órgão, de modo que a sua utilização ficou a si restrita, tendo êxito na velocidade do julgamento dos processos. Posteriormente, as súmulas ganharam outros Tribunais, ao deixarem de ser restritas ao Regimento Interno do STF. A ampliação da aplicabilidade do referido instituto gerou críticas de alguns juristas que acreditavam que a edição de Súmulas mecaniza o processo de julgamento e contamina o desenvolvimento das relações entre Estado-juiz e seus jurisdicionados.

Em que pese o êxito proporcionado pelo surgimento das Súmulas nos Tribunais, estes permaneceram abarrotados de processos, de modo que, passaram a criar facilidades para julgamentos, conforme artigo 38, já revogado, da Lei 8.038/90, que previa a possibilidade de o Relator negar seguimento a pedido ou recurso que contrariasse Súmula. Outro mecanismo como tentativa de resolução da problemática do excesso de demandas nos Tribunais, foi a concessão do caráter vinculante a algumas Súmulas, trazido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e pela Lei 11.417/2006.

Nota-se, portanto, que de um lado, em Portugal, os assentos foram criados a partir de uma tentativa de dirimir a insegurança jurídica no ordenamento. De outro, no Brasil, surgiram as Súmulas Vinculantes, que refletiram “um processo histórico de constante ampliação do uso dos enunciados sumulares no Direito brasileiro, bem como foi o resultado de uma campanha política que empunhava a bandeira da ‘reforma do Poder Judiciário’”¹⁷.

2.3 A INTERVENÇÃO DIRETA DA JURISPRUDÊNCIA NA EVOLUÇÃO DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO.

¹⁶ LEAL, Victor Nunes. **ATUALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL**. Palestra proferida em Belo Horizonte em 12-8-64. p.458.

¹⁷ **OS ASSENTOS NO DIREITO PORTUGUÊS E AS SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO: EFETIVIDADE, SEGURANÇA E IMOBILIDADE**. In: EVOCATI Revista nº 32 (02/08/2008). Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=270&tmp_secao=10&tmp_topico=direitoconst&wi.redirect=0N52VS8ATQ64ELWUMJFY>. Acesso em: 14 fev. 2018

A normalidade de um sistema jurídico é de que o Direito se aplica de forma ampla e espontânea, sem a necessidade de interferência material da estrutura do Estado.¹⁸ Ocorre que, é cediço, que a verdadeira aplicação do Direito se depreende da decisão judicial. Assim, a prestação jurisdicional, por meio da decisão proferida, é o principal meio de aplicação efetiva do Direito ao caso concreto, em que pese, a princípio, este esteja posto para todos através das leis.

Sílvio de Salvo Venosa argumenta que “a arte de aplicar o Direito, mormente na sentença, exige uma completude de conhecimentos que somente o Direito pode trazer. O maior problema do Homem ainda é o próprio Homem.”.¹⁹ Desse modo, está claro que a aplicação do Direito não exige conhecimento estritamente técnico, pelo contrário, a técnica é apenas o início do procedimento, devendo, para tanto, o operador do Direito ter sensibilidade diante dos desejos da sociedade.

Por conseguinte é autorizado ao magistrado se utilizar do poder discricionário para decidir diante de um caso concreto. Ocorre que, deve se ater às margens dessa discricionariedade, já que há uma linha tênue entre a liberdade e a arbitrariedade. Desse modo, não pode e nem deve o magistrado tornar-se um legislador através da utilização do seu poder discricionário.

A aplicação do Direito deve levar em conta, de início, a lei aplicável ao caso concreto, interpretando-a perante o fato social trazido ao lume. Em havendo uma omissão legislativa, estaria o aplicador do Direito autorizado a se utilizar de analogia como forma de integração. Ou seja, a fim de preencher uma lacuna normativa, se utilizaria do mecanismo da integração. Observa-se, entretanto, que não se pode levar em consideração totalmente o passado, tampouco o futuro, sob pena de tomada de decisões denominadas de anacrônicas.²⁰

A interpretação da norma deve ser vista como mecanismo de aplicação do Direito ao fato social que, “não significa tornar clara ou compreensível a norma, mas principalmente revelar seu sentido apropriado para a vida real”. Assim, esta se concretiza por mecanismos; gramatical, lógico, racional, teleológico, histórico, sociológico e sistemático.

Da mesma forma, a integração da norma é de suma importância à aplicação do Direito. Isto porque, perante a sua provocação por uma prestação jurisdicional, o

¹⁸ VENOSA, *ibid*, p 149.

¹⁹ VENOSA, *ibid*, p 151.

²⁰ VENOSA, *ibid*, p 153.

Judiciário não pode se negar a exercer o seu papel, caso haja uma lacuna normativa, podendo se valer da integração para decidir. Diante disso, é ilusório pensar o ordenamento infalível, o que, inclusive, é o que esclarece Sílvio de Salvo Venosa quando afirma que “O ordenamento é inevitavelmente lacunoso, porque o legislador não pode prever todas as situações que se multiplicam na sociedade e, atualmente, o incrível e rápido avanço tecnológico.”.²¹ Inclusive, o mecanismo da integração pode ser utilizado por meio da aplicação da teoria dos precedentes.

Não obstante, se faz necessário diferenciar os institutos da jurisprudência e do precedente. A jurisprudência se constitui de reiteradas decisões aptas a nortear os Tribunais em sistemas característicos de *civil law*, enquanto o precedente é uma decisão apta a criar normas gerais e abstratas em sistemas característicos de *common law*.

A jurisprudência tem o condão de estabelecer normas que têm a capacidade de serem revistas com o passar dos anos, conforme subsistam mudanças sociais que exerçam influência direta sobre elas. Assim, é possível a verificação da utilidade daquela norma decorrente da jurisprudência para os padrões sociais em voga. Por outro lado, a legislação, dita principal fonte do Direito positivado, apresenta dificuldades para ser revista, ante a obrigatoriedade de procedimentos mais complexos a serem seguidos para que haja tal alteração, no âmbito legislativo.²²

Há muito já se sabe que o papel do magistrado não se restringe à simples subsunção da norma jurídica ao fato que está a sua frente. Isto porque, o referido regramento não poderia ser aplicável no contexto das sociedades, ante à complexidade inerente às mesmas, sem que chegasse ao seu esgotamento. Efetivamente, não há como prever todas as condutas humanas, tendo em vista que o ser humano é dotado de racionalidade, exercendo seu livre arbítrio nos limites legais.

Dessa forma, se analisa, portanto, a questão da discricionariedade autorizada aos magistrados, de forma que possam exercer a interpretação do ordenamento, em

²¹ VENOSA, *ibid*, p.178.

²² A Constituição Federal de 1988 elenca, em seu artigo 59, o que compreende o exercício do Poder Legislativo no Brasil. Assim, elenca que o Congresso Nacional tem o papel de, por meio de, 7 (sete) mecanismos diversos, cujas características se diferem diante do propósito de cada um deles, para alterar ou criar leis para o ordenamento brasileiro. Senão, vejamos: Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. BRASIL, Constituição Federal(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

geral, para proferir uma decisão judicial adequada ao caso trazido a seu julgamento. Assim, entende-se a necessidade de exigência de alguns critérios a serem seguidos pelo juiz ao proferir uma sentença. O que, de logo, possibilita que se enxergue a inviabilidade de objetividade das decisões judiciais. Isto é, não há como se pensar na existência de decisões tautológicas, estando vedado ao juiz decidir com o embasamento de “decido, porque decido”, sob o risco de voltarmos às premissas absolutistas de Reis que justificavam seus atos pautando-se em legitimações religiosas.

Diante disso, em que pese esteja o magistrado legitimado a decidir pelo Estado Democrático de Direito com base na suas discricionariedade, fatalmente contaminado pelas suas prenoções, – ao contrário do que defendia Konrad Hesse – há que se observar os limites para tanto. Em regra, depreende-se que as decisões judiciais devem observar regramentos que, de certa forma, conduzem a atuação do juiz, de forma a se utilizar do poder discricionário com maior responsabilidade, sendo necessário se atentar à existência de três elementos formais para que possam ser caracterizadas como tal; o relatório, o fundamento jurídico e a parte dispositiva.

O fundamento jurídico conterà a conformação da lei aplicável que foi identificada pelo magistrado com a Constituição, através de técnicas de interpretação, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento de direitos fundamentais, ante o princípio da proporcionalidade²³. Isto é, não basta que o juiz sinalize a lei aplicável ao fato, mas sobretudo o porquê desta ser aplicável, com fundamentos legais e coerentes com o ordenamento jurídico.

Para Fredie Didier Jr., há a criação de uma norma jurídica que servirá de base para a decisão a ser tomada na parte dispositiva²⁴. Trata-se, em verdade, da concessão ou não da pretensão inicial da parte e é o que, por entendimento majoritário hoje em dia, vinculará as partes, em virtude da coisa julgada.

Ultrapassados tais argumentos, se faz necessário compreender que é possível extrair de uma decisão judicial dois tipos de normas. Sendo assim, não apenas é norma jurídica a parte dispositiva da sentença (em sentido amplo)²⁵, a qual

²³ DIDIER JR., Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro.** Disponível em: <https://www.academia.edu/1771097/Recurso_extraordin%C3%A1rio_e_objetiva%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 31 mar. 2015, p. 4.

²⁴ DIDIER JR., loc cit.

²⁵ DIDIER JR., loc. cit.

vinculará materialmente as partes através da coisa julgada material, mas, sobretudo, a justificativa dessa parte dispositiva. Dessa forma, percebe-se que, de fato, não há mais que se falar em subsunção da norma jurídica sob o fato, mas sim, conforme preceitua DIDIER JR.:

(...) o juiz, ao se deparar com os fatos da causa, deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de interpretação conforme, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade).²⁶

Há, portanto, uma contramão na percepção da causa, uma vez que passa a se colocar em primeiro plano o fato jurídico, de forma que o juiz possa compreendê-lo, para só aí determinar qual lei melhor se aplica. A partir disso “o julgador cria uma norma jurídica (=norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento.”²⁷. Fala-se, então, que o magistrado cria uma norma jurídica individualizada²⁸, de acordo com o fato jurídico levado a seu conhecimento.

No mesmo sentido, o processualista Luiz Guilherme Marinoni, entende que:

A submissão da interpretação da Lei à Constituição e o conceito de norma legislativa incompleta – ou de norma que deve ser completada – de acordo com as circunstâncias concretas, permitindo a infiltração dos Direitos Fundamentais na resolução do caso.²⁹

Sendo assim, ao juiz é imposto que tenha uma postura mais atuante, de forma que assimile as peculiaridades do caso concreto, a fim de auxiliá-lo a encontrar a melhor solução, à luz da aplicabilidade das disposições constitucionais, bem como dos direitos fundamentais, de forma que garanta à parte a melhor prestação jurisdicional possível³⁰.

Depreende-se, portanto, que há uma quebra da ideia do juiz “boca da lei” e de que há subsunção imediata dos fatos à norma, “(...)pois a legislação é incapaz de normatizar todas as condutas humanas.”³¹. E, ainda, “(...)o conhecimento do sentido

²⁶ DIDIER JR., op. cit., p. 4.

²⁷ DIDIER JR., loc. cit.

²⁸ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²⁹ Em palestra “Por uma Corte de Precedentes”, no Seminário Teoria da Decisão Judicial ocorrido em 2014, promovido pelo Conselho da Justiça Federal.

³⁰ DIDIER JR., op. cit., p. 3.

³¹ SCARIOT, Juliane. **Hermenêutica jurídica**: A função criativa do juiz. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em:

de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário.”³², ou seja, interpretar e aplicar o direito são expressões equivalentes, existindo uma nova interpretação a cada aplicação a um novo caso concreto. Inclusive, Hans-Georg Gadamer afirma:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica.³³

Ainda que sejam atuais, algumas expressões como *mihi factum dabo ti ius* (dá-me os fatos, que te darei os direitos), estas não devem ser aplicadas de imediato. Ao contrário, se faz necessário que haja um posicionamento, por parte do magistrado, acerca dos desígnios sociais, para que possa adequar sua decisão. Isto porque, a prestação jurisdicional não se dá de forma mecânica, objetiva ou automática, de forma que, não prescinde de uma análise mais aprofundada. Dessa forma, o juiz não pode ser entendido como um objeto da Lei, mas deve ser livre para decidir, nos limites dela.³⁴

Inevitável, portanto, perceber a diferenciação entre fundamentação e dispositivo de uma decisão. Isto porque, em que pese, hoje, se entenda que a vinculação das partes seja em verdade no que tange ao dispositivo, este não alcançaria sua força vinculante sem o respaldo da fundamentação. Trata-se de uma interdependência obrigatória.

Dessa forma, não se pode esvaziar as discussões acerca da relevância da fundamentação de uma decisão, pelo simples fato de a mesma não sofrer os efeitos da imutabilidade concedidos pela coisa julgada. Trata-se, em verdade, de assentir para o fato de que as decisões proferidas exercem maior influência sobre o ordenamento do que se imagina, de forma que, têm o condão de gerar percepções sobre o ordenamento perante os cidadãos que incorram em segurança ou insegurança jurídica.

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8360>. Acesso em: 01 abr 2015.

³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 463.

³³ Ibid, p. 489.

³⁴ LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil. vol. 1. n. 6. Dezembro de 2011. Disponível em:< <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 19. mai. 2015, p. 4.

Assim, em decorrência de sua legitimidade como operador do Direito, o magistrado, ao interpretar a lei à luz do caso concreto e frente à Constituição Federal e os Direitos Fundamentais a serem observados, cria uma norma jurídica que, diferentemente da norma jurídica individualizada, exerce sua importância como base da resolução da problemática trazida pelas partes em Juízo.³⁵

2.4 COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA DO PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NA SEARA TRABALHISTA

O surgimento da jurisprudência na seara trabalhista se deu em decorrência da ausência de renovação da CLT e, conseqüentemente, da aparição de lacunas normativas com a modificação das situações sociais. Atrelado a isso, existe também a dificuldade de aplicação de normas subsidiárias ao âmbito trabalhista. Diante disso, se extrai uma relação de dependência entre a seara trabalhista e as normas de direito comum, ou seja, a jurisprudência, sobretudo, no aspecto integrativo.

Com a existência das chamadas lacunas normativas, se faz extremamente necessário que normas sejam criadas, na ocasião de julgamentos pelos Tribunais, com a capacidade de servirem como regulamentação daquilo que não está previsto em Lei, ou que não possa ser preenchido por meio de aplicação de normas subsidiárias. Neste diapasão, ainda que exista o enfoque interpretativo da jurisprudência, este exerce papel coadjuvante em relação ao integrativo³⁶, na seara trabalhista, pelos motivos já expostos.

³⁵ Insere-se, então, a discussão sobre a diferenciação entre texto e norma. Isto porque, em que pese haja uma relação de interdependência, há muito não se pode falar em norma e texto serem equivalentes, principalmente a partir da ideia da hermenêutica jurídica. Neste sentido: Vejamos como sempre voltamos ao problema fundante, inaugural da teoria do direito: o positivismo exegético é que tinha a intenção de firmar a tese de que o direito já está contido na lei. Ali, o texto continha a norma. É a partir dos anos 60 do século XX que começamos a explicitar melhor essa diferença entre o texto (legal) e a norma (o sentido da lei). Foi Friedrich Müller quem melhor desenvolveu essa tese. Para o pai do pós-positivismo, a norma (sentido do texto) é sempre parcialmente preexistente (no texto, no enunciado). Ao interpretar esse texto, o intérprete já estará aplicando. E atribuindo sentido. E isso sempre a partir de um dado caso, quando será produzida a norma individual. (...) Müller mostrou o modo pelo qual deveria ser superado o positivismo exegético (o velho positivismo formalista). Ele deixou claro que texto e norma não poderiam ser a mesma coisa. Eis a grande superação do velho positivismo. ” STRECK, Lênio Luiz. **A relação “texto e norma” e a alografia do direito.** In: Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, v. 19, n. 1, Janeiro a Abril de 2014. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 19 out. 2015, p. 15. E, conforme Gadamer: “A distinção entre uma função normativa e uma função cognitiva faz cindir, definitivamente, o que claramente é uno. O sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente do sentido de um tema, que ganha validade na compreensão de um texto. É completamente errôneo fundamentar a possibilidade de compreender textos na pressuposição da ‘congenialidade’ que uniria o criador e o intérprete de uma obra.” GADAMER, op. cit., p. 240.

³⁶ Para Maurício Godinho Delgado: “Conforme se sabe, a integração jurídica envolve um conjunto de mecanismos dirigidos a assegurar o suprimento das lacunas apresentadas pelas fontes principais do sistema jurídico perante determinado caso concreto de maneira a garantir que o Direito sempre apresente uma resposta

Neste sentido, se manifesta razão contrária à utilização da jurisprudência como uma das principais fontes do Direito material e processual do Trabalho, a de que ultrapassa os limites do Poder Judiciário, ao tomar para si a atribuição de legislar. Contudo, é sabido que o Poder Judiciário, em que pese possua como principal finalidade julgar, possui os papéis subsidiários de legislar e executar.

A legislação trabalhista, pelo menos antes da Reforma, se resumia a uma CLT da década de 40, com valores de uma legislação do século XX. E, aliado a isso, criou-se a ideia que hoje é intrínseca aos seus jurisdicionados de que as Leis trabalhistas não têm o condão de determinar a adoção de comportamentos pelos sujeitos da relação de trabalho, mas sim o de determinar sanções em eventuais ajuizamentos de Reclamações Trabalhistas em caso de sua inobservância. Ou seja, o regramento não existe para impor um comportamento pré-determinado, mas para impor um comportamento àqueles que não o seguem normalmente, na eventualidade de uma Reclamação Trabalhista. Assim, criou-se o hábito de que o normal é desrespeitar as normas trabalhistas, até que haja uma determinação do Judiciário de que se deve cumprí-las.

Diante disso, a principal finalidade da Justiça do Trabalho é de determinar que o sujeito adote um comportamento que deveria ter adotado, mas não o fez, o que gerou o ajuizamento da demanda. Assim, grande parte das demandas trabalhistas gira em torno de descumprimento de preceitos, e não de disputa de direitos. É notável, portanto, que a Justiça do Trabalho em todas as suas instâncias faz as vezes da lei, já que o comportamento nas relações de trabalho não é de seguimento dos preceitos trabalhistas.

O juiz trabalhista acaba “criando a lei” para o caso concreto, e, por sentença, a lei pode agora ser exigida. Desse modo, a jurisprudência serve para reforçar a existência da Lei para uma realidade que conhece a existência física da Lei, mas que entende que ela não tem exigibilidade social até que o Judiciário declare a sua exigibilidade. Em que pese a utilização da jurisprudência, dentre outros motivos, tenha o condão de auxiliar a celeridade dos julgamentos dos Tribunais, há quem defenda que não pode ser considerada fonte formal do Direito na seara trabalhista,

mas, tão somente, um norte sobre as decisões que vêm sendo tomadas por determinado órgão julgante.³⁷

Ocorre que, como já dito, a maneira como o Direito trabalhista foi alcançando seu espaço no ordenamento jurídico brasileiro, fez com que a jurisprudência, de igual forma, tomasse um papel maior, sobretudo, na criação de precedentes, uma vez que a legislação trabalhista – fundamento dessa justiça especializada – estava, há muito, defasada, deixando ao magistrado a responsabilidade de adequá-la ao fato social.

³⁷ WOTHER, Ellen Lindemann. **Súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho não é fonte formal de direito**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3972, 17 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28517>>. Acesso em: 10 fev 2018.

3 UMA VISÃO GERAL DA TEORIA DOS PRECEDENTES

Em que pese o Direito brasileiro esteja fundado, desde sempre, nos preceitos romano-germânicos e, conseqüentemente, no sistema jurídico do *civil law*, é inegável a crescente tendência de que este se aproxime dos ensinamentos do *common law*.

Percebe-se, inclusive, da análise das reiteradas adoções de institutos importados do sistema jurídico oposto ao ordenamento brasileiro, como; a atribuição de eficácia *erga omnes*, a repercussão geral, a ampliação da coisa julgada em demandas coletivas, entre outras.³⁸

Assim, dos ensinamentos de Alexandre Bahia, conclui-se que concomitantemente ao apego ao texto de lei dá-se uma maior importância às jurisprudências e súmulas como fontes do direito, aplicando-lhes a mesma lógica das leis.³⁹

A aproximação dos dois sistemas é ainda mais perceptível quando se faz uma análise sob o papel do magistrado. Nota-se que não é mais admissível defender a existência do juiz do *civil law* ou do juiz do *common law*, em separado. Isto porque, há um tangenciamento entre as funções de ambos na atualidade. Principalmente, com relação ao juiz do *civil law*, onde poderia ser incluído o caso brasileiro, já que, afasta-se cada vez mais da limitação que lhe era imposta associada à interpretação da Lei.

Dessa forma, do mesmo modo em que acontece com o juiz do *civil law*, ocorre com o do *common law*, mas em perspectivas diversas. Com relação ao primeiro, está, hoje, autorizado – e por que não dizer, obrigado – a interpretar a Lei, sobretudo à luz da Constituição, de forma a garantir a segurança jurídica do

³⁸ Dessa forma, aduz Barbosa Moreira: “Não há dúvida de que em época muito anterior já havíamos importado do mundo do *common law*: assim, para nos cingirmos a dois exemplos relevantíssimos, o *habeas corpus*, ainda no Império, e o recurso extraordinário, após a proclamação da República. Tratava-se, porém, de casos isolados. Na segunda metade deste século, e de modo particular nas últimas décadas, é que a infiltração anglo-saxônica se expande e, em determinados setores, parece destinada a modificar de maneira mais abrangente a índole do ordenamento pátrio. Não é de estranhar o fenômeno, visto que a manha reforma seu direito falimentar de olhos postos no modelo norte-americano, e a Itália edita novo Código de Processo Penal sensivelmente influenciado por princípios e tendências peculiares aos Estados Unidos. Se países do continente europeu, com liderança reconhecida no universo do (*civil law*), se vão deixando atrair, em maior ou menor medida, pelo fascínio de ideias florescentes no outro campo, espantoso seria que nos conservássemos imunes a semelhante atração.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A importação de modelos jurídicos**. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. v. 15. n. 18. Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1985, p. 206-207.

³⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **As Súmulas Vinculantes e a nova Escola da Exegese**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo: RePro. Ano 37, Vol 206, 2012, p. 376.

sistema⁴⁰. Já o segundo, vê-se atrelado à necessidade de, ainda que de forma tímida, positivamente do ordenamento, como mecanismo de estabilidade.

3.1 A NECESSÁRIA MANUTENÇÃO DA DECISÃO E A VEDAÇÃO DE CONTRARIEDADE À MESMA: UMA BREVE VISÃO DO *STARE DECISIS ET NON QUIETA MOVERE*

A ideia de que o precedente é uma criação do sistema jurídico do *common law* precisa ser desconstruída. Ainda que seja inerente a evolução desse sistema, não se trata de algo exclusivo, ao contrário, trata-se de um instituto jurídico maleável, que pode ser utilizado no *civil law* ou no *common law*. É, inclusive, o que preceitua William Pugliese:

A análise do desenvolvimento da *common law* no medievo revela, sem grandes esforços, um fato que pode surpreender os juristas ligados à *civil law*: a doutrina do precedente não é necessária para a existência da tradição anglo-saxã. Pelo contrário, a *common law* desenvolveu-se por cerca de setecentos anos até reconhecer a necessidade de se respeitar os precedentes.⁴¹

Tanto tal máxima não merece ser levada em consideração que, conforme Enunciado de nº 323⁴² da Carta de Vitória, sobre o NCPC, interpretou-se que a formação de um precedente observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Sendo assim, tendo em vista que o sistema de *civil law*, sobretudo, busca a garantia da segurança jurídica no ordenamento, percebe-se a impossibilidade de pensar de forma tão restritiva.

Nesse sentido, a teoria dos precedentes prevê que uma decisão judicial pautadamente construída em observância aos desígnios sociais, de forma a submeter o ordenamento aos seus preceitos, tendo em vista o seu amplo alcance na sociedade deve ser mantida de modo a vincular decisões posteriormente tomadas, que tangenciem as lições discutidas no âmbito da demanda que gerou o precedente.

Há que se fazer uma observação para o fato de que, nas lições de Neil Duxbury, há uma diferença entre a experiência e o precedente. Em que pese o

⁴⁰ Que antes acreditava-se apenas ser garantida por meio da aplicação objetiva da Lei, sem espaço para a hermenêutica jurídica.

⁴¹ PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos Precedentes e Interpretação Legislativa**. 2011. 108 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p.31.

⁴² 323. (arts. 926 e 927). A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (Grupo: Precedentes). (In: **ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS**, V., 2015, Vitória. Carta de Vitória. Vitória: Juspodivm, 2015.)

precedente seja anterior, assim como a experiência, decidir com base em ambos garante resultados diferentes⁴³. Em verdade, para DUXBURY, quando se toma uma decisão com base na experiência, se faz um juízo de valor do que se aprendeu a partir da vivência dela⁴⁴. Já quando se toma uma decisão com base no precedente, apenas se considera como cerne da questão, o fato de que a referida situação já foi abordada anteriormente, sem realizar uma valoração do que se aprendeu através do precedente. Inclusive, pode-se admitir a aplicação de precedente que valorativamente não se aprove, mas que, tendo em vista a identidade fática com o caso, deva ser aplicado.

Trata-se, portanto, de uma vinculação dada a uma solução tomada em uma lide, possuindo tamanha importância, que a sua inobservância causaria ao ordenamento trauma. Isto porque, é cediça a íntima associação entre a teoria dos precedentes e a segurança jurídica, posto que, o afastamento imotivado de um precedente em um caso onde o mesmo deveria ter sido observado, contraria o fundamento desse ordenamento.

Dessa forma, percebe-se a justificação do *stare decisis*, que prevê justamente o respeito às decisões antecedentes para que se propugne uma nova decisão em caso semelhante. Isto, nada mais é, do que a garantia da prestação jurisdicional equânime, dentro do possível, para situações que guardem afinidade.

Entretanto, há que se chamar a atenção para o fato de que, ao contrário do que se pode pensar, nas lições de DUXBURY, a ideia da *stare decisis* não é inerente ao sistema da *common law*, posto que, em verdade, através da adoção à doutrina do precedente, optou-se pela vinculação do sistema à ideia da estabilidade das decisões, de forma a evitar injustiças, ineficiências ou qualquer fragilidade possível no caso de se estar diante de um sistema que permitisse a atuação totalmente discricionária⁴⁵ do magistrado.⁴⁶

⁴³ DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008

⁴⁴ Traduzido livremente de: "Experience often guides present action, but reasoning from precedente is not identical to reasoning from experience. When my youngest daughter made her case for my buying her a mobile phone on her eleventh birthday, she reasoned from precedent: her elder sister received a mobile phone for her eleventh birthday. When I refused to buy my youngest daughter a mobile phone on her eleventh birthday, I reasoned from the experience of her sister's inability to be a responsible mobile-phone owner at the age of eleven. When we make a decision on the basis of experience, we are valuing experience for what it teaches us. When we make a decision on the basis of precedent, we consider significant the fact that our current predicament has been addressed before, but we will not necessarily value the precedent for what it teaches us. Sometimes, we might even follow precedents of which we do not approve." (In: Id, 2008., p. 3)

⁴⁵ Neste sentido, se faz necessário recorrer ao entendimento de Ronald Dworkin sobre poder discricionário: "Às vezes usamos 'poder discricionário' não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos

De outro modo não poderia ser, ante a finalidade da jurisdição de garantir aos indivíduos uma solução para a lide que é levada a conhecimento estatal. Sendo, portanto, dever de o estado prestar jurisdicionalmente uma resposta ao caso, de forma equilibrada, conforme aduz Sergio Porto:

De sorte que, ‘*Standing by a decision* (firmar numa decisão)’, representa a tarefa de decidir uma questão de direito de modo uniforme em casos materialmente idênticos. Na proposta clássica, encerra a ideia: *stare decisis et non quieta movere*, ou, deixe-se a decisão firmada e não altere-se as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso.⁴⁷

Assim, as técnicas argumentativas que as partes se utilizam na atuação processual são voltadas para a tentativa de construção de uma premissa maior que deve ser seguida. Trata-se, de certa forma, de uma busca um tanto ingênua da chamada verdade real a ser obrigatoriamente seguida, sob pena de se estar violando um entendimento pacificado ou, no mínimo, mais correto.

Coloca-se, portanto, como premissa norteadora um entendimento amplo que deve ser tomado sob o caso concreto, em observância às identidades existentes entre o caso base e o caso passível de resolução, sobretudo com relação aos fatos particulares a cada um. Assim, ignora-se as distinções existentes, pautando-se na abstração de conceitos que retira a identidade da jurisdição com o intuito de não engessar o ordenamento.

Essa maior liberdade ao ordenamento e, conseqüentemente aos julgadores, acaba por conceder uma abertura perigosa ao Poder Judiciário, que se utiliza da justificativa de uma melhor adequação das decisões à sociedade para, de certa

padrões da autoridade em questão. Nesse sentido, podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha ou que um juiz de uma exposição de cães tem o poder discricionário de avaliar os *airedales* antes dos *boxers*, caso as regras não estipulem uma ordem para esses eventos. Empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar. Se o sargento recebe uma ordem para escolher cinco homens mais experientes, ele não possui o poder discricionário nesse sentido forte, pois a ordem pretende dirigir a sua decisão. Pela mesma razão, o árbitro de uma luta de boxe, que deve decidir qual lutador foi mais agressivo, não possui poder discricionário no sentido forte da expressão.” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 52.

⁴⁶ Traduzido livremente de: “*Stare decisis is usually not a constitutional or a statutory requirement, but one which courts impose on themselves. When a common law system adopts a doctrine of precedent – and the main point of chapter 2 was that the doctrine is indeed adopted, that it is not innate to the system – it effectively develops a strategy of self-binding to guard against the injustices, inefficiencies and other weaknesses that would beset the adjudicative process if judges reasoned every point of law afresh, with complete discretion and without any regard to hard-won judicial wisdom.*” (In: DUXBURY, 2008, op. cit., p. 116)

⁴⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. **Civil Law, Common Law e Precedente vinculante**. Estudo em homenagem ao professor Egas Moniz de Aragão. Disponível em: < www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>. Acesso em 18 ago 2015, p. 8.

forma, criar condutas norteadoras, exercendo uma espécie de função legislativa⁴⁸. Ainda que realizada de forma inocente, causa insegurança jurídica pela atribuição valorativa dos conceitos de forma livre pelo julgador, que nem sempre refletem os desígnios da sociedade.

Nesse sentido, a regra da motivação no novo CPC das decisões aparece também como uma tentativa de vetar um certo ativismo jurídico dos julgadores, que, para estabelecerem interpretações em referência a conceitos abertos ou o posicionamento em conflitos principiológicos, deverão fundamentar suas escolhas. E, assim, se direciona o ordenamento a uma construção qualificada da decisão judicial que pode servir de composição do cerne de um futuro precedente.

Desse sentido, depreende-se a ideia de que a motivação tem o condão de conferir à decisão judicial um caráter jurisdicional, ou, conforme aduz Luiz Guilherme Marinoni, “interessa quase que exclusivamente às partes e, especialmente em termos retóricos, para dar legitimidade ao poder desempenhado pelos juízes.”⁴⁹.

3.2 A APROXIMAÇÃO DO SISTEMA DE *CIVIL LAW* BRASILEIRO COM O SISTEMA DE *COMMON LAW*

O *civil law* é um modelo de sistema jurídico que originou-se do positivismo jurídico⁵⁰. Nele, o ordenamento pauta-se, predominantemente, em condutas predeterminadas e estabelecidas no formato de letra de lei escrita, sendo vedado àqueles que se submetem ao referido sistema a prática de condutas contrárias ao que foi determinado. Da mesma forma, garante-se que o indivíduo seja livre para a

⁴⁸ É sabido que o Poder Judiciário exerce funções atípicas, tendo em vista a doutrina da separação dos poderes. Neste sentido, explica Dirley da Cunha Junior: “(...)e, finalmente, para além de realizar a sua função típica de julgar, pode o Judiciário exercer as funções atípicas de legislar (ex.: elaborar o seu regimento interno; apresentar projetos de leis) e administrar (ex.: os seus próprios órgãos, serviços e servidores).” CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Editoria JusPodivm, 2010, p. 974. No entanto, a função legislativa referida no texto está atrelada à questão do ativismo judicial, que é definido por Luis Roberto Barroso como: “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: [Syn]Thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais – Vol. I, nº1 (1996) – Rio de Janeiro: UERJ, CCS, 1996, p. 25-26.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 289.

⁵⁰ Nesse sentido, MARINONI: “O positivismo jurídico é tributário dessa concepção de direito, pois, partindo da ideia de que o direito se resume à lei, e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador.” (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 31.)

prática de atos não defesos em lei, o que inclusive, é observado no Direito brasileiro, ante a previsão do art. 5º, II da Constituição Federal.

Embora seja sedimentada a máxima de que o *civil law* trata-se de direito escrito, ao passo que, o *common law* é um direito baseado nos costumes, não se deve restringir o entendimento desses dois sistemas de forma tão objetiva. Notadamente, a forma com que ambos foram sendo construídos ao longo do tempo obrigou que houvesse a retirada de amarras existentes, principalmente por pressão exercida pelas diferentes sociedades que experimentaram os referidos sistemas.

Do mesmo modo que uma sociedade submetida ao *civil law*, “pautado na lógica abstrata antecedente do fato”,⁵¹ não se contentaria com a restrição evolutiva experimentada sob a égide desse sistema, ante o seu engessamento ocasionado pelo positivismo clássico. Tampouco o *common law* seria aceito em sua forma pura, principalmente pela dificuldade em haver uma uniformização de costumes, a ponto de tornar determinada conduta exigível, tomando apenas como base a predominância de um comportamento, ainda que seja um sistema que “funda-se essencialmente na tradição”⁵².

Dessa forma, admite-se hoje, a influência de institutos do *civil law* no *common law*, e *vice-versa*. Inclusive, observa-se que não se pode determinar peremptoriamente que um sistema seja de *civil law* ou de *common law*, de modo que, para que ocorra tal diferenciação, se faz necessário realizar um juízo de predominância.

Além disso, enxerga-se a influência do *common law* no direito brasileiro como, principalmente, um resultado da globalização, que criou uma espécie de aderência ao *common law* que reflete a importância adquirida pela jurisprudência no cenário jurídico brasileiro, sobretudo no que tange à liberdade concedida ao magistrado em sua função prestativa de jurisdição.

Assim, depreende-se da análise feita com relação à realidade jurídica brasileira, que cada vez mais há uma espécie de substituição do papel de destaque que antes a letra de lei tinha, – reservando ao juiz apenas a função de aplicá-la ao caso – para dar magnitude às decisões jurisdicionais, dando a entender que há que se ter um maior cuidado com a construção dessas decisões. Ressalta essa importância, Sérgio Porto:

⁵¹ PORTO, op. cit., p. 8.

⁵² PORTO, op. cit., p. 2.

Poder-se-ia, nesta linha, ainda, citar os efeitos vinculantes das decisões tomadas na jurisdição constitucional, a qual torna patente a importância do caso julgado em tais situações, bem como o traço de similitude com a *common law*, em face do valor atribuído às decisões jurisdicionais nesta sede.⁵³

Nesta senda, observa-se que não se está diante de padrões jurídicos sistematizados de forma infalível, mas sim de sistemas que possuem imperfeições manifestas, tornando o seu funcionamento intrincado caso não seja observada a necessidade de adaptação deste, utilizando-se de conceitos importados do sistema oposto. Nesse sentido, preceitua Miguel Reale:

(...) em matéria de fontes, não podem prevalecer esquemas abstratos, ou puramente lógicos. Não se pode falar em primado da lei ou do costume, a não ser em função de distintos ciclos históricos, havendo variações notáveis dentro de um mesmo País, com relação a esta ou aquela outra parte do Direito.⁵⁴

No que tange a *civil law* existente no Brasil, principalmente pelo Direito brasileiro ter tido seu berço no Direito romano, em decorrência da colonização portuguesa e desse Direito ter sido a base do ordenamento de Portugal, entendeu-se, portanto, como sendo o positivismo jurídico o caminho certo a se seguir.⁵⁵

O *common law* tem origem anglo-saxônica, ao contrário do *civil law*, de origem romano-germânica. Trata-se de um sistema que valoriza a criação de precedentes de forma a guiar o comportamento de seus jurisdicionados, à luz do que se produz de precedentes. Ou seja, o comportamento da sociedade define a forma com que esta deve se comportar. Obviamente, não é porque não se trata de um Direito puramente escrito que esse sistema não se valerá de premissas preconcebidas que o baseiem. Ao contrário, existem sim, regras preconcebidas, mas não há uma vinculação peremptória a elas.

A ideia dos precedentes no sistema do *common law* está estritamente vinculada a questão da teoria do *stare decisis*, a qual se traduz pela expressão de origem latina que prevê a necessidade de respeito à decisão tomada, de forma a não haver desprezo ao que foi decidido, qual seja *stare decisis et non quieta*

⁵³ PORTO, *Ibid.*, p. 7.

⁵⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 166.

⁵⁵ Neste sentido, preceitua Barbosa Moreira: "O vigente Código de Processo Civil, de 1973, é obra eminentemente eclética: em seu texto aglutinam-se contribuições italianas, portuguesas, alemãs em menos dose; e, em dose muito maior do que em geral se imagina, do Código de Processo Civil do Estado do Vaticano, editado pelo Papa Pio XII em 1946, e por sua vez largamente influenciado, um projeto dos anos 20, de autoria do célebre jurista italiano Francesco Carnelutti. De qualquer maneira, o diploma processual em vigor é fiel à tradição pátria, no sentido de moldado à feição europeia continental: produto genuíno do *civil law*." MOREIRA, 1985, *op. cit.*, p. 206.

movere. Dessa expressão nasce a noção de precedente, que nada mais é do que a tomada como referência de uma decisão proferida em uma *leading case* para o julgamento de casos análogos a este levados a Juízo posteriormente. Nesse sentido, Kiwielewicz e Souza:

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'.⁵⁶

Note-se que, em decorrência do efeito vinculante dos precedentes, há uma extensão dos efeitos da coisa julgada que transcendem as partes e objeto vinculados a determinada demanda, de modo que atingem universos de situações jurídicas semelhantes ou iguais.⁵⁷

Entretanto, há quem entenda que o sistema do *common law*, de certa forma, não prestigia a processualística⁵⁸, mas o mesmo não merece ser considerado. Esse entendimento se deve a um certo preconceito com que o *common law* é visto, uma vez que acredita-se ser uma sistemática distante, ante a sua complexidade e o desconhecimento acerca deste. Ademais, trata-se de um sistema que prestigia os princípios às regras, originados das necessidades aludidas em sociedade, o que não quer dizer que sejam afastadas as regras escritas como fonte do direito. Ao contrário, o que ocorre, em verdade, não é um tratamento de total aversão às leis positivadas, mas, tão somente, confere-se uma importância secundária a elas, quando comparadas ao direito dado pelo juiz por meio de suas decisões. Sendo assim, a resposta dada pelo juiz no caso concreto é fonte primária do direito no *common law*.

Sendo assim, em decorrência desse papel secundário dado às leis no sistema de *common law*, percebe-se a importância da observância do precedente como meio de garantia da segurança jurídica e da estabilidade do ordenamento. Diante disso, o precedente nesse sistema é um instrumento de coerência, e não uma forma de

⁵⁶ 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.** In Revista Eletrônica de Direito Processual – Patrono Barbosa Moreira. Ano 8, Vol XIII, 2014. p. 617.

⁵⁷ PORTO, op. cit., p. 8.

⁵⁸ LOURENÇO, 2011, op. cit, p. 2-3.

auxílio como é utilizado no *civil law*. Inclusive, há uma errônea ideia de que nesse sistema há uma invasão do Poder Judiciário no Poder Legislativo, tendo em vista que esse último seria engolido, de certa forma, pelo poder do juiz. Seria como uma ideia de que o papel do juiz não observasse limites da jurisdição. Assim preceitua Haroldo Lourenço:

Há, inclusive, no Brasil enorme preconceito em relação ao direito americano, tentando-se negar importância aos institutos de *common law* sem se conhecê-los, surgindo, por consequência, alegações mal fundadas sobre o papel do juiz e acerca dos limites da jurisdição. Fala-se de um juiz que cria o direito e de um legislativo que não ocupa o seu espaço, como se o juiz do *common law* fosse um 'ser estranho' e a jurisdição deste sistema pudesse, sem qualquer pudor, adentrar na esfera de poder reservada ao Parlamento.⁵⁹

Para René Hellman, o direito brasileiro ainda não conseguiu definir propriamente a teoria do precedente judicial, tendo em vista que a prática de conceitos do *common law* é “um fenômeno ainda incipiente”⁶⁰. Logo, ainda que essa influência no *civil law* seja válida, existe um lado negativo que demonstra uma certa falta de identidade desse ordenamento. Portanto, a teoria dos precedentes no sistema brasileiro seria, hoje, uma “colcha de retalhos”, em decorrência da metodologia utilizada na inserção de influências do *common law*, de forma a adaptar conceitos a essa realidade.

Nesse sentido, percebe-se que os tribunais pátrios “ora seguem os 'precedentes', ora agem a partir das chamadas 'viradas jurisprudenciais', criando um clima de extrema insegurança ao jurisdicionado”⁶¹, demonstrando um comportamento desorientado, ante a ausência de definições precisas sobre a aplicabilidade da teoria dos precedentes. Tal repercussão fica mais perceptível quando se faz uma avaliação sobre o modo como a jurisprudência brasileira é construída e, conseqüentemente, sobre o entendimento que se extrai da análise dessa jurisprudência realizada pelos que operam o direito e que é constantemente replicada. Trata-se de percepções conservadoras que demonstram, muitas vezes, a repetição de uma ideia às vezes já superada à luz das modificações das noções existentes na sociedade.

⁵⁹ LOURENÇO, 2011, loc cit., p. 2-3.

⁶⁰ HELLMAN, René Francisco. **Teoria da decisão judicial: o antecedente do precedente**. In Revista Eletrônica de Direito Processual – Patrono Barbosa Moreira. Ano 7, Vol XII, 2013. p. 708.

⁶¹ HELLMAN, 2013, op. cit., p. 708

Pelo exposto, há que se ter uma compreensão atual sobre a forma com que o ordenamento jurídico evolui. De forma que, alguns preceitos tenham sua interpretação modificada e adaptada à realidade que está posta. Assim, em que pese seja possível extrair concepção contrária, demonstra-se que o direito deve se guiar pela sociedade que regula, e não apenas o contrário. Demonstrando, portanto que, ainda que o direito sirva como norteador do comportamento de um indivíduo que se submete a ele, o inverso também deve ser observado.

Embora haja a utilização, no Brasil, de conceitos importados do *common law*, a aplicação destes não é feita de forma adequada. Trata-se de aplicação de premissas emprestadas do referido sistema, sem atentar para as peculiaridades existentes no ordenamento pátrio. Há que se notar que, em que pese o precedente deva ser seguido para que se garanta uma coesão ao ordenamento, a sua construção – observando as bases estabelecidas originariamente na aplicabilidade desses conceitos – não pode e nem deve ser feita inadvertidamente. Observa-se:

Apesar de indispensável nos dias de hoje, esse diálogo deve ser realizado com muita cautela, levando-se em conta que o processo é, essencialmente, um fenômeno cultural. A introdução de institutos estranhos à cultura nacional nunca será tarefa fácil, correndo-se o risco de se desvirtuarem suas finalidades e características. Isto porque não basta uma reforma legislativa para que seja mudada a realidade de um povo que já tem seus costumes e tradições consolidadas, realidades sociais totalmente diferentes e origens históricas opostas.⁶²

Por isso, se faz necessário que haja uma maior observância com relação às premissas estabelecidas para a composição da decisão judicial, preocupando-se em, futuramente, garantir a consolidação de pilares comportamentais. Dessa forma, conclui-se que o precedente é resultado de uma edificação de uniformidade de entendimento sobre determinada situação surgida na sociedade, sem afastar a ideia de que cada caso possui especialidades. Ao contrário, a chamada *casuística* é de extrema importância no que tange à realização do *distinguishing* como uma das etapas de aplicação do precedente.

O precedente tem um papel de suma importância no que tange à efetividade e à segurança jurídica no ordenamento. Trata-se de uma balança que deve ter seu equilíbrio buscado, seja no sistema do *civil law*, ou no *common law*. De sorte que, não há que se falar em melhor sistema a ser adotado, posto que cada um possui

⁶² KIWIELEWICZ e SOUZA, 2014, op. cit., p. 607.

acepções positivas e negativas. Tampouco deve-se falar em exclusividade da teoria dos precedentes a qualquer dos referidos sistemas.

Assim, percebe-se que a teoria do precedente judicial tem o condão de garantir ao Direito *in loco* que seus jurisdicionados enxerguem o Estado como capaz de prestar respostas, no mínimo, semelhantes a questões semelhantes. De modo que o Direito, propriamente dito, só pode ser um para todos. Consequentemente, a decisão no mesmo formato para casos semelhantes confere ao sistema congruência, uma vez que, caso fosse feito o contrário, não haveria sentido na existência de uma ordem regulamentadora.

Por óbvio, o que se quer diante da utilização do instituto do precedente judicial, nada mais é, do que unificar o direito, através do estreitamento da imparcialidade e previsibilidade da justiça para que, dessa forma, os jurisdicionados possam guiar suas condutas e projetar suas demandas, sob a perspectiva do que o ordenamento jurídico preconiza.

Diante disso, extrai-se que o precedente é “a possibilidade jurídica de que o juízo futuro declare-se vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos”⁶³, não havendo que estabelecer vinculação restrita deste a qualquer sistema. Em contrapartida, pode-se dizer que a teoria dos precedentes possui um caráter imprescindível no *civil law*, em referência à necessidade de equilibrar as referidas premissas.

O *civil law*, em que pese dê uma maior sensação de segurança aos jurisdicionados, tendo em vista que existe um padrão de comportamento pré-determinado positivado, mostra-se insuficiente diante das modificações comportamentais experimentadas em sociedade. Assim aduz Gustavo Nogueira:

O sistema codificado, onde os códigos representam um ‘monumento legislativo’, traz uma (falsa) impressão de que esses monumentos possuem a resposta para todos os tipos de problemas que uma sociedade pode experimentar. Ao juiz caberia apenas declarar a vontade da lei, seguindo a clássica concepção de jurisdição para Chiovenda, italiano e membro da família *civil law*.⁶⁴

Entretanto, também manifesta a insegurança em si contida, já que as condutas e padrões existentes nas sociedades não se perpetuam, o que exige um

⁶³ PORTO, op. cit., p. 8.

⁶⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 41.

maior cuidado do legislador na criação das leis, sobretudo, com relação à necessidade de atualizações recorrentes sob o reflexo da sociedade.

Diante disso, chega-se a uma problemática difícil de ser resolvida. Para que o normativismo característico desse sistema possa acompanhar as necessidades sociais, se faz necessário que haja uma maior flexibilização das regras estabelecidas para o Poder Legislativo, seja em sua função legiferante com o intuito de criar novas leis ou de atualizar as já existentes. Em contrapartida, ainda que sob uma série de críticas, a burocratização na seara legislativa, em que pese seja causadora do atraso na regulação de questões imprescindíveis à evolução da sociedade, garante a legitimidade das modificações do panorama jurídico.

Tal legitimidade se mostra imprescindível na construção da segurança jurídica que tanto se observa, ou pelo menos se tenta observar. Assim, ainda que uma constante atualização da legislação seja necessária para a efetividade do ordenamento jurídico (e da segurança jurídica), há que se observar que determinadas regras exigidas para a modificação das leis garantem a coerência do ordenamento e uma maior probabilidade de observância por parte de seus jurisdicionados que, caso elas não existissem, ou existissem de forma tímida, não possibilitariam o firmamento de uma relação de confiança destes com o regramento ao qual estão submetidos.

Diante dessa imperfeição do *civil law*⁶⁵, observa-se o porquê de haver uma necessidade de o sistema como um todo utilizar-se de influências de conceitos emprestados, para buscar a adequação temporal entre o Direito e a sociedade. Evidencia-se, portanto, o dever que um sistema jurídico tem de equilibrar seus institutos.

Nesse sentido, percebe-se o liame entre o *civil law* e o *common law*. Nota-se que no *civil law* há uma predominância na busca pela segurança jurídica do ordenamento, à medida em que ocorre a atuação jurisdicional aplicando as leis ao caso concreto. Já no *common law*, pode-se dizer que o contrário ocorre, já que, o caso concreto é observado de forma a buscar a pacificação dos litigantes, seja por observância da jurisprudência ou por contrariá-la.

Notadamente, o *civil law* está pautado na ideia de que o poder decorre da lei, a qual traduz a vontade do povo, sendo assim legitimada. Ou seja, aplicar a lei é

⁶⁵ Não se quer dizer que o *common law* seja o sistema a ser copiado, por conter um possível padrão perfeito, ao contrário, este sistema também possui suas inadequações.

observar a vontade soberana do Estado. Já no *common law* “pouco importa se é à luz da lei ou de outro critério, desde que seja adequado ao caso concreto, pois o importante é harmonizar os litigantes”.⁶⁶

Percebe-se, portanto, que a aproximação dos dois sistemas reside na impossibilidade que o *civil law*, em sua face pura, tem de satisfazer os desígnios da sociedade complexa. Não se trata aqui de afastar de todo a utilização dos precedentes no sistema de *civil law* puro, ao contrário, em que pese seja possível a sua coexistência, a utilização desse instituto no *civil law* acaba não sendo tão sobrepujante, com relação a aplicação do mesmo no outro sistema.

É perceptível mais facilmente, portanto, que a transmutação de premissas basilares e mecanismos de funcionamento entre os dois sistemas, cada vez mais, tem se mostrado necessária tendo em vista a busca pela solução dos respectivos problemas inerentes a ambos.

Sendo assim, as omissões desse sistema perante a sociedade são mais perceptíveis, o que revela uma quebra de confiança e credibilidade dos jurisdicionados para com o sistema ao qual estão submetidos. Nesse sentido, preceitua LOURENÇO:

Atualmente, com a recente perda de credibilidade ou de confiança da sociedade na justiça e nos juízes, decorrente da elevação da consciência jurídica da população e do seu grau de exigência em relação ao desempenho do Judiciário, os países que adotam a *civil law* tem se voltado para alguns parâmetros da *common law*, e vice-versa.⁶⁷

Neste diapasão, pode-se suscitar a ideia de que, uma vez inserido no sistema brasileiro, o precedente deve ser adotado de forma obrigatória, como ocorre no *common law*. No entanto, em que pese haja a importação do referido instituto, não é possível a sua aplicação idêntica a originalmente realizada. Isto porque, ainda que sejam sistemas que, guardadas as devidas proporções, possuem semelhanças, não são idênticos, tampouco pensados da mesma forma. Assim, evidencia-se, a luz do que preceitua Adriana Vojvodic, “(...) o uso de precedentes no *civil law* da mesma

⁶⁶ LOURENÇO, 2011, op. cit., p. 3.

⁶⁷ LOURENÇO, 2011, op. cit., p. 3

forma como é no *common law*, esbarraria na indissolúvel diferença metodológica existente na construção jurisprudencial em cada um deles.”⁶⁸.

Dessa forma, a previsão da teoria dos precedentes e a não obrigatoriedade desta não são incompatíveis, mas apenas uma forma de permitir uma maior flexibilidade do sistema, conforme aduz Elpídio Donizetti:

No Sistema do *civil law*, apesar de haver preponderância das leis, há espaço para os precedentes judiciais. A diferença é que no *civil law* o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas não necessariamente de obrigar que o julgador adote o mesmo fundamento de decisão anteriormente proferida e que tenha como pano de fundo situação jurídica semelhante. Exceto quando se tratam de precedentes vinculantes (súmula vinculante, p. Ex), o juiz não está obrigado a seguir o precedente.⁶⁹

Entretanto, não se trata de uma descaracterização da argumentação de que a fundamentação de uma decisão pode vincular outros posicionamentos. Em que pese não esteja obrigado a seguir o precedente, decidir de forma divergente poderá implicar em insegurança jurídica no ordenamento, uma vez que acabarão existindo decisões distintas em um mesmo tribunal. Fugindo, portanto, da coerência e estabilidade das decisões.

Chame-se a atenção ainda que, nesse sentido não se cuida de defesa de um entendimento voltado à despositivação do ordenamento, vinculando-o cegamente aos precedentes por ele mesmo gerados. Mas sim, trata-se de defender a evolução jurídica, que, à luz das inevitáveis mudanças da sociedade, só poderá ser alcançada com o respeito à Teoria dos Precedentes.

É essa desobrigação de vinculação aos precedentes judiciais no Brasil que deve nos causar preocupação. A igualdade, a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais são necessárias à própria estabilidade do Direito. Na distribuição da justiça é deveras absurdo admitir que situações juridicamente idênticas sejam julgadas de maneiras distintas por órgãos de um mesmo tribunal.⁷⁰

Assim, em que pese seja válida a permissão de que o ordenamento permaneça independente à luz da teoria dos precedentes, não se pode escancarar

⁶⁸ VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 69.

⁶⁹ DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/aforcadosprecedentesdonovocodigodeprocessocivil>>. Acesso em: 02 abr. 2015

⁷⁰ DONIZETTI, 2015, op. cit.

essa autonomia, sob risco de tornar esse instituto dispensável, permanecendo o sistema jurídico brasileiro com suas lacunas inerentes.

3.3 AS TÉCNICAS DE EMPREGO DOS PRECEDENTES

3.3.1 O Distinguishing e a inaplicabilidade do precedente

A aplicabilidade da teoria dos precedentes está umbilicalmente vinculada à técnica do *distinguishing* sendo esta o meio pelo qual pode-se colocar em prática a referida teoria. Sendo assim, não se pode falar em precedente sem que haja realização de um *distinguishing*, que nada mais é do que uma análise comparativa entre o *leading case* e o caso concreto em julgamento. Nas palavras de Elpídio Donizetti, “se caracteriza pela conformação do caso à *ratio decidendi*”.⁷¹

Fazer o *distinguishing* entre dois casos é, primeiro e principalmente, uma questão de demonstração das diferenças fáticas entre o antecedente e o caso concreto, é observar que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso, segundo DUXBURY⁷². Para ele, a aceitação da utilização do mecanismo dos precedentes por meio do *distinguishing* pode variar conforme a área dentro do direito, que será influenciada basicamente na questão de a decisão de ir a juízo ser mais ou menos influenciada pela predeterminação de condutas, ou seja, pelos costumes⁷³.

Levanta ainda, DUXBURY, para o fato de que a Corte não diferencia os casos apenas dando atenção às diferenças fáticas entre eles, mas, também à discussão se as diferenças são materiais, o que pode dar margem ao afastamento do precedente para aquele caso⁷⁴.

⁷¹ DONIZETTI, 2015, op. cit.

⁷² Traduzido livremente de: “*Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand.*” (In: DUXBURY, 2008, op. cit., p. 113)

⁷³ Traduzido livremente de: “*The consequences of distinguishing might vary according to the field of law: in some areas of law, for example, a body of consistent and largely undisturbed precedente or a well-established, landmark decision (a ‘super-precedent’, to adopt the currently-fashionable American terminology) might induce a particularly high degree of reliance on the part of prospective litigants, and so distinguishing in these areas might cause more discontent than it would in areas where the decision to litigate is less influenced by the predictability of outcomes.*” (In: DUXBURY, 2008, op. cit., p. 113-114)

⁷⁴ Traduzido livremente de: “*Most courts will distinguish cases fairly routinely and without controversy. The task will not always be straightforward because, as we saw in the previous chapter, the discursiveness of common-law judgments can make the identification of rationes difficult. Nor would it be correct to think that a court distinguishes cases merely by drawing attention to factual differences between them: courts are not only drawing a distinction but also arguing that the distinction is material, that it provides a justification for not following the precedent.*” (In: Ibid., p. 114)

Superficialmente, a técnica do *distinguishing* seria a submissão do caso concreto a uma análise frente ao paradigma que demonstre a existência de uma peculiaridade neste que obstaculize a aplicação do precedente. Em suma, trata-se da ausência de identidade entre o caso concreto aguardando a decisão e o *leading case*. Dessa forma, ocorre uma análise das circunstâncias fáticas e as questões de direito que envolvem ambos os casos, de forma a verificar se um é análogo ao outro. Assim, conforme preceitua BAHIA, “pode-se mostrar que o caso possui particularidades que o diferenciam do precedente”.⁷⁵

Uma vez identificada a distinção entre o paradigma e o caso concreto, o magistrado pode atuar de duas formas. Observando o *restrictive distinguishing*, onde decidirá livremente sobre o caso, tendo em vista o entendimento de que não há identidade entre os casos que possibilite a aplicação da mesma tese jurídica. Em contrapartida, pode entender pela aplicação do precedente, mesmo existindo peculiaridades que não demonstrem uma grande identidade entre os casos, conduta denominada de *ampliative distinguishing*.

3.3.2 O Overruling e a superação do precedente

O *overruling* será utilizado em decorrência do *distinguishing*, de forma que, reconhece-se no caso concreto fundamento que ocasiona a necessária superação do precedente, tendo em vista a alteração dos parâmetros que autorizaram a decisão. Assim, ocorre a superação do precedente em virtude da “modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação”.⁷⁶

Para Luiz Guilherme Marinoni, tal superação está condicionada a um confronto adequado entre os requisitos básicos para o *overruling* e os critérios que impõem as razões para a estabilidade ou preservação do precedente, ou seja, a segurança jurídica fundada na confiança e na prevenção contra imprevistos⁷⁷. MARINONI coloca a superação em si, ou seja, o *overruling* como “a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica”.⁷⁸

⁷⁵ BAHIA, 2012, op. cit., p. 366.

⁷⁶ DONIZETTI, 2015, op. cit.

⁷⁷ MARINONI, 2010, op. cit., p. 392.

⁷⁸ MARINONI, 2010, loc. cit.

Nas palavras de BAHIA, “diz respeito à pretensão de superação dos precedentes: os demandantes podem postular, junto à Corte que emitiu o precedente (ou esta pode fazê-lo, de ofício), a abolição/releitura do antigo precedente”.⁷⁹

É necessário que se chame a atenção, ainda, para o fato de que o *overruling* não significa somente a superação do precedente, mas também, a edição de uma nova postura para aquela situação, como forma de substituição do entendimento até então utilizado. Dessa forma, preceitua DUXBURY que quando o juiz supera um precedente, ele está declarando que, pelo menos nos fatos em que os casos são materialmente idênticos, um novo regramento deve ser seguido, ao invés o preexistente.⁸⁰

Além disso, pode ser realizado de forma tácita ou expressa, sendo denominado de *implied overruling* (*overruling* implícito) e *express overruling* (*overruling* expresse), respectivamente. No entanto, tendo em vista o regramento brasileiro, não há que se falar em *implied overruling* aplicável, em decorrência da obrigatoriedade de fundamentação para superação de uma orientação jurisprudencial, conforme preceitua o novo Código de Processo Civil em seu art. 927, §4º.

A previsão de superação do precedente demonstra a maleabilidade do sistema, de forma que, em que pese seja vinculante, não está acima de tudo, podendo ser realizado um juízo de valor sobre ele. Ademais, há que se perceber que a teoria dos precedentes acompanha a evolução social do ordenamento, motivo pelo qual não se pode falar em rigidez do sistema.

Note-se, ainda que, não se pode falar apenas em superação do precedente, mas, sobretudo, em seus efeitos. A eficácia da superação dos precedentes dá lugar às figuras do *prospective overruling* (*overruling* prospectivo), *retrospective overruling* (*overruling* retrospectivo) e *anticipatory overruling* (*overruling* antecipatório). Basicamente, denominou-se as diferentes possibilidades de comportamentos dos julgadores, perante a superação de um precedente.

Após a aplicação da técnica do *overruling*, o julgador pode entender que, em que pese deva ser superado, se faz necessária “a adoção de efeitos prospectivos,

⁷⁹ BAHIA, 2012, op. cit., p. 366.

⁸⁰ Traduzido livremente de: “*When judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead.*” (In: DUXBURY, 2008, op. cit., p. 117)

não abrangendo as relações jurídicas entabuladas antes da prolação da decisão revogadora”.⁸¹ Dessa forma, entende-se que a eficácia apenas será aplicada em situações posteriores, não influenciando, inclusive, na própria decisão que gerou a superação do precedente.

Atente-se, ainda, para a existência da eficácia prospectiva no ordenamento brasileiro, antes da teoria dos precedentes, no que tange ao controle de constitucionalidade em que a Corte toma uma decisão, mas define que a eficácia desta apenas abrangerá casos subsequentes.

De forma semelhante, há o *retrospective overruling*, em que há a retroação da superação do precedente. Ocorre que, para que isso ocorra, se faz necessário que o precedente seja recente e não consolidado, sob pena de atingir direito adquirido, cláusula pétrea do ordenamento. No entanto, essa modalidade não é a regra no Brasil.

Por fim, com relação ao *anticipatory overruling*, trata-se de aplicação preventiva por órgãos inferiores do precedente das cortes superiores, justamente por essa, em recentes decisões, ter sinalizado a superação de determinado precedente⁸². E, ainda, nas palavras de MARINONI, “fenômeno identificado como antecipação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte”⁸³, ante a observância de alguns fundamentos, como: “ (...) i) o desgaste do precedente; ii) as novas tendências das decisões da Suprema Corte; e iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente”⁸⁴.

3.3.3 O Overriding e a limitação dos efeitos do precedente

⁸¹ DONIZETTI, 2015, op. cit.

⁸² Poder-se-ia suscitar como exemplo o caso da ampliação do regramento obstando a prática de Nepotismo no âmbito do Judiciário, em que pese tenha sido vetada, conforme jurisprudência: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEPOTISMO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA VETANDO A CONTRATAÇÃO DE PARENTES. INTELIGÊNCIA DOS INCISOS II E V DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA À MORALIDADE E À IMPESSOALIDADE NÃO CONFIGURADOS. CONCESSÃO DE LIMINAR QUE REPRESENTA RISCO À ORDEM PÚBLICA. AGRAVO PROVIDO. I. Exercendo suas competências constitucionais, com exceção do Judiciário, os demais poderes dos entes federativos não vetaram a contratação e nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos em comissão no serviço público, não havendo fundamento plausível para ampliação do entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, acerca de Resolução do Conselho Nacional de Justiça que vetou tal prática no âmbito do Judiciário. II. A ampliação dos efeitos referidos provoca inegável risco de lesão à ordem pública, diante da ofensa à preservação do sistema normativo constitucional acerca do preenchimento de cargos públicos, cuja tutela merece proteção, inobstante a eventual ocorrência de atos administrativos nocivos com a prática do nepotismo.

(TJ-PR, Relator: Abraham Lincoln Calixto, Data de Julgamento: 27/05/2008, 4ª Câmara Cível)

⁸³ MARINONI, 2010, op. cit., p. 402.

⁸⁴ Ibid., p. 405

O *overriding* é simplesmente a limitação do âmbito de incidência da eficácia de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Há, a rigor, uma superação parcial, semelhante a uma revogação parcial da lei. Em que pese se trate se superação do precedente, não pode ser confundido com o *overruling*, tendo em vista que o precedente permanece sendo aplicado, mas não de forma geral.

No entanto, MARINONI discorda, quando aduz que “ (...) não há propriamente uma revogação, nem mesmo parcial, do precedente, embora o resultado da decisão com ele tomada não seja compatível com a totalidade do precedente em princípio aplicável (...)”⁸⁵.

3.4 A POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL NA TEORIA DOS PRECEDENTES E O NOVO CPC

A teoria dos Precedentes tanto vem ganhando mais força no ordenamento brasileiro que, da análise do novo Código de Processo Civil depreende-se a previsão de possibilidade de modificação da jurisprudência pátria em virtude da aplicação ou superação de um precedente. Ocorre que, tendo em vista os impactos que a utilização do instituto do precedente judicial pode causar, preocupou-se, o legislador, em prever a possibilidade de modulação dos efeitos dessa alteração jurisprudencial a ser provocada pela utilização (ou não) do precedente. Isto é o que dispõe o art. 927, §3º. Tal dispositivo prevê a aplicação do entendimento anterior aos casos antecedentes, mas, permitindo que o tribunal deixe claro a mudança de paradigma para casos futuros.

3.4.1 A diferenciação de Jurisprudência e Precedente

No ordenamento brasileiro há uma tendência a se confundir decisões reiteradas com precedente. Trata-se, em verdade mais de uma aproximação com o que é jurisprudência, do que com o conceito de precedente.

Primeiramente, há que se chamar a atenção para o fato de que, assim como o precedente, a jurisprudência é uma fonte do direito, resguardadas as peculiaridades de sua utilização em cada sistema. Isto porque, em que pese tenha

⁸⁵ Ibid., p. 342

grande importância no *civil law*, a jurisprudência neste é apenas mecanismo de convencimento, ou, conforme aduz Kiwielewicz e Souza, “adquire força meramente persuasiva quando existem vários julgamentos no mesmo sentido”.⁸⁶

Para Miguel Reale, jurisprudência é “a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”⁸⁷. Assim, escancara-se, de logo, a diferença primordial com relação ao instituto do precedente. Enquanto se fala em apenas um caso que serve de parâmetro como precedente de um ordenamento, ao se falar em jurisprudência há que se debruçar diante de uma série de julgados no mesmo sentido, que corroborem a tese de um entendimento uniformizado que possa ser seguido pelo julgador.

Assim, percebe-se ainda que o precedente, para que seja acatado ou afastado perante um caso concreto, obriga uma análise mais profunda sobre as nuances que permeiam o paradigma e o caso que poderá seguir esse paradigma. Já com relação à jurisprudência, apenas se observa os pontos convergentes entre o caso e o entendimento recorrentemente utilizado para demonstrar a necessária manutenção dele. Nesta senda, Mariana Moreto entende que jurisprudência pressupõe a existência de decisões reiteradas em um mesmo sentido, podendo, inclusive, aduzir que se trata de um conjunto de precedentes judiciais.⁸⁸

Além disso, o precedente possui caráter vinculante, o que resulta na obrigatoriedade de sua observância, sob pena de o ordenamento recair em incoerência, de forma a macular os pilares da segurança jurídica e da efetividade do ordenamento jurídico. Já a jurisprudência, muito embora demonstre um viés norteador da prestação jurisdicional, não obriga o julgador a decidir no mesmo sentido e, caso não o faça, sua decisão apenas seria passível, possivelmente, de reforma por instância superior.

Em que pese esteja sedimentado que para ser chamado de precedente é necessário que o caso antecedente seja objeto de uma análise mais aprofundada e que, ao fim desta análise, se entenda pela sua utilização como parâmetro decisional

⁸⁶ KIWIELEWICZ e SOUZA, 2014, op. cit., p. 621.

⁸⁷ REALE, 2001, op. cit., p. 172.

⁸⁸ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O Precedente Judicial no Sistema Processual Brasileiro**. 2012. 308 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 19.

posterior, há quem defenda a acepção de precedente como sendo qualquer decisão proferida por autoridade judiciária. Nesse sentido, escreve Mariana Moreto:

Toda decisão judicial proferida por autoridade judiciária constitui precedente judicial. Ainda que seja dissonante de todas as demais e assumo posicionamento isolado em relação à matéria de fundo, a decisão proferida por autoridade judiciária é um precedente judicial. O fato de poder ser alterada por decisão posterior, mediante recurso, não retira dela essa característica. Para que a decisão seja considerada um precedente judicial, basta que seja proferida por autoridade judiciária, portanto.⁸⁹

Dessa forma, no direito brasileiro confunde-se os conceitos de precedente e jurisprudência, culminando em uma aplicação errônea do que viria a ser a utilização de um precedente como paradigma decisional. Observa-se, em verdade, que a utilização de um entendimento reiterado nas instâncias inferiores confere a este uma força vinculante que é chamada muitas vezes de precedente.

No entanto, o que se vê é a repetição de uma ementa replicada em um caso, cuja decisão foi proferida por órgão julgador de mais prestígio e que, por isso, ocasiona um caráter vinculante. Sendo assim, a obrigatoriedade da observância da decisão proferida em casos posteriormente semelhantes em instâncias inferiores se dá pela análise superficial de um entendimento uniformizado, sem necessariamente haver uma investigação aprofundada do que levou a esse entendimento.

Tal prática demonstra a utilização do instituto do precedente – composto pela *ratio decidendi* e pelos fatos – de forma equivocada, com a finalidade de dar maior celeridade aos julgamentos. Isto porque, em virtude da uniformização do entendimento utilizado como paradigma entende-se como desnecessário debruçar-se mais profundamente sobre caso semelhante. Inclusive, ao contrário, a utilização da teoria dos precedentes em um ordenamento jurídico pode levar a um julgamento mais trabalhoso, tendo em vista a necessidade de utilização de uma cognição exauriente junto ao caso.

Sendo assim, precedente não é a ausência de análise judicial do caso concreto, tampouco é instrumento direto de garantia da celeridade processual. Esta celeridade virá em decorrência da padronização de comportamento, inevitavelmente definida pelo precedente. Porém, não se pode dizer que a aplicação do precedente, em si, dará uma duração célere ao processo. Ao contrário, a análise de um caso

⁸⁹ MORETO, 2012, loc. cit.

concreto por meio do *distinguishing* frente ao antecedente, pode dispende tempo capaz de superar a duração do processo se houvesse um julgamento sem fundamento em premissas pré-concebidas.

4 A REFORMA TRABALHISTA E O ENTRAVE À EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES

Ao longo do tempo, a construção do ordenamento jurídico brasileiro foi tendo a necessidade de utilizar-se de institutos importados do sistema de *common law*, mas com finalidade distinta da utilizada naquele sistema. Enquanto no sistema de *common law* utiliza-se pouca vinculação do ordenamento à codificação, – de forma a garantir a este uma maior flexibilização para que haja uma adaptação às mudanças sociais e, conseqüentemente, uma maior efetividade e segurança ao sistema jurídico como um todo – no sistema de *civil law*, o cenário difere.

Observa-se que houve uma aderência ao *common law* no ordenamento brasileiro – de característica predominantemente de *civil law* – com a finalidade de dar uma maior celeridade ao sistema, ao passo que inseriu-se uma série de institutos como os; da Repercussão Geral, da Súmula Vinculante, do Incidente de Recursos Repetitivos, o que ocasionou uma espécie de deturpação do sistema. Isto porque, criou-se, em verdade, uma espécie de sistema híbrido ao incluir institutos de origem do *common law*, não com a finalidade essencial desses preceitos em seu sistema de origem, mas sim com o fito de causar uma falsa percepção de eficiência do sistema que aqui está posto, qual seja, o *civil law*.

O referido fenômeno, pode-se dizer, surge em decorrência da inauguração do modelo do Estado Social Democrático no Brasil, através da Constituição Federal de 1988, criado com o intuito de dirimir as desigualdades sociais, de forma a assumir uma série de responsabilidades no que tange à disponibilização de recursos aos cidadãos, bem como garantias de direitos que passaram a lhes ser inerentes. Nesse sentido, discorre Miguel Calmon:

(...) verificação empírica de que os Estados Sociais que se estabeleceram em países em que vicejou a democracia foram mais efetivamente implementados, como ocorrido na maioria dos países europeus; naqueles em que houve hiatos democráticos, mesmo a partir do pós-guerra, o Estado Social foi incompletamente realizado ou desvirtuado, gerando a ampliação das funções do Estado sobre a ordem econômica, mas sem que houvesse a tradução na substancial melhoria das condições sociais ou no provimento dos níveis mínimos de emancipação social.⁹⁰

⁹⁰ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade: a resistência e projeção do Estado Social enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito**. 2008. 441 f. Dissertação

O que ocorre é que, trata-se de um modelo utópico, já que o Estado assumiu um papel excessivamente garantista, sem que detivesse a organização e competência necessárias à manutenção desse *status quo*. Nesse sentido, essa excessividade de responsabilidades tornou inviável a efetividade do sistema e, como não é possível deixar de atrelar, conseqüentemente, do ordenamento jurídico. Assim, conclui-se, portanto, que o crescimento das demandas perante o Judiciário, após inaugurada essa fase de maiores garantias e dos direitos sociais pelo Estado, decorre disso, uma vez que, quanto maior a detenção de direitos, maior a probabilidade de ocorrerem violações destes. Nesse sentido, preceitua Carlos Frederico Gonçalves de Moraes:

(...) pois a questão do Poder Judiciário – mais do que um simples problema de ordem técnica ou de caráter burocrático – representa, no plano político-institucional, um fator decisivo para o pleno exercício da cidadania neste país.⁹¹

Não é novidade que o cerne da problemática do exercício jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro está nas dificuldades que este enfrenta para garantir uma solução satisfatória e proveitosa a um caso que chega a seu conhecimento. Neste sentido, é perceptível que, por vezes, a utilização de vias administrativas e/ou meios alternativos de solução de lides tem ganhado cada vez mais força junto àqueles que necessitam de um resultado rápido para determinada situação que, obviamente, comporte a utilização de vias diversas de composição do litígio.

Além disso, se infere que, em verdade, houve a utilização de mecanismos a curto prazo para a resolução do problema de efetividade do sistema, mas que, obviamente, não seriam suficientes. Dessa forma, adotou-se uma política de precedentes obrigatórios, sem a utilização dos critérios básicos de aplicabilidade advindos da teoria dos precedentes. Nesse sentido, aduz Igor Raatz:

Primeiro, que não há nenhum controle quanto ao conteúdo da decisão que assumirá o papel de precedente, o que somente alastra o problema. Segundo, que o precedente, caso aplicado de forma subsuntiva, representará um retorno ao exegetismo, porém não mais com um juiz “boca de lei”, mas como uma nova figura: o juiz “boca de precedente”. Ainda, não serão poucas as hipóteses em que o juiz alargará a abrangência do precedente a ser aplicado para conseguir

(Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito Público do Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, p. 282.

⁹¹ MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de. **O precedente judicial e sua contribuição à efetividade do processo**. 2007. 123 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco - Unicap, Recife, 2007, p. 56.

subsumi-lo no caso decidendo. Terceiro que rapidamente os precedentes não darão conta de resolver todas as hipóteses de aplicação (lembre-se que os precedentes obrigatórios são pensados para resolver casos futuros), o que acabará gerando imprevisibilidade quando se trate de aplicá-los.⁹²

Sendo assim, é cediço que houve a utilização de uma das características dos precedentes, qual seja, a sua obrigatoriedade. De fato, os precedentes são dotados do referido atributo, no que tange a sua obediência, mas apenas depois de superados alguns critérios de adequação, ou não, do caso em análise a este. Se faz necessário, portanto, ultrapassar alguns critérios imprescindíveis antes de se chegar à vinculação obrigatória a ele, o que não é utilizado no Brasil até os dias de hoje.

Logicamente, não se pode imputar a culpa sobre a ineficácia do ordenamento apenas na desídia do Estado, uma vez que é notória a ineficiência da prestação jurisdicional. Há muito se desvirtuou a atividade jurídica da sua finalidade, tendo em vista que o seu objetivo deixou de ser a concessão do melhor provimento jurisdicional para as partes, ante o caso levado a Juízo, para o intento de desafogar um Judiciário assoberbado. Sendo assim, institutos, de fato, passaram a ser criados não com o intuito de prover a melhor solução aos jurisdicionados, mas voltados à reaver a funcionalidade do sistema jurídico brasileiro.

Assim, tendo em vista a manifesta modificação paradigmática do ordenamento jurídico no que tange ao seu regramento processual, percebe-se a inevitável mudança conceitual do sistema. Foi o que motivou o surgimento da Súmula Vinculante, bem como de outros institutos como o da repercussão geral e da necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias. Em contrapartida, no momento em que há uma alteração de uma forma de se pensar o Direito Processual brasileiro, é inevitável que se modifiquem determinados conceitos que se vinculam umbilicalmente aos institutos jurídicos.

Neste sentido, depreende-se que, no âmbito processual civil, enquanto o CPC de 1973, ainda em vigência, após algumas modificações, sobretudo pós-Constituição Federal de 1988, endossa tal prática, o novo CPC traz uma reestruturação do ordenamento, no que tange ao sistema de precedentes, introduzindo, finalmente, uma teoria que incorpora critérios necessários à aplicação do sistema precedentalista. Há, portanto, uma espécie de mudança de paradigma

⁹² RAATZ, Igor. **Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira?**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – Patrônio Barbosa Moreira. Ano 7, Vol XI, 2013, p. 226-227.

relacionada à ideia de precedentes obrigatórios, de forma que não garante a total ruptura da ideia anterior, uma vez que os institutos referidos permanecem, mas implanta uma forma mais criteriosa de análise deles. Essa nova prática garantirá, além do alívio do Poder Judiciário em relação à quantidade de demandas, uma evolução nas decisões judiciais.

O que se pretende, portanto, com a inserção da teoria dos precedentes no ordenamento brasileiro é uma tentativa de superação do caráter exegeta imposto aos precedentes obrigatórios. Em outras palavras, o sistema jurídico brasileiro imputou aos precedentes uma característica quase que de lei, ao introduzir neles uma feição objetiva, o que “é uma forte evidência da sua incapacidade de lidar com a indeterminação do direito”.⁹³ O principal preceito que traduz a inserção de uma teoria de precedentes no novo Código de Processo Civil reside na premissa de que toda decisão judicial é capaz de constituir um precedente. É o que se conclui a partir da referência feita no parágrafo primeiro do artigo 927, do código, aos artigos 489, parágrafo primeiro e artigo 10, que traduzem, basicamente, a vinculação das decisões judiciais ao contraditório e à nova regra da necessária motivação dos atos decisórios.

Além disso, o novo CPC estabelece a vinculação dos precedentes ao ordenamento ao prever a obrigatoriedade de publicização destes, no artigo 927, §5º, uma vez que, para que haja a produção de efeitos dos precedentes, se faz necessário que essas decisões exerçam influência positiva ou negativa na conduta dos jurisdicionados. Por óbvio, a publicidade dos precedentes dos tribunais é fundamental para que tal instituto tenha efetividade, já que não há como cobrar obediência a um preceito, sem que este seja levado a conhecimento de todos.

No que tange às técnicas de aplicabilidade dos precedentes, infere-se a absorção de institutos como o do *distinguishing* e do *overruling*. Nesse sentido, o legislador procurou vincular os tribunais, à identificação dos fundamentos determinantes, bem como à demonstração de que o caso sob júdice se conforma com estes, evitando uma análise superficial dos casos, o que implicaria em uma possível deturpação do propósito do sistema de precedentes, conforme artigo 489, §1º, V. Atrelado a isso, se observa também que a atividade do julgador é limitada no sentido de compelir este a demonstrar o por quê do afastamento de um precedente

⁹³ RAATZ, 2013, op. cit., p. 226-227

diante de um caso concreto, apontando a distinção do caso ou a superação do entendimento, conforme artigo 489, §1º, VI.

Já com relação a utilização do *overruling*, o novo código traz a possibilidade de alteração de tese jurídica ou de jurisprudência dominante, observada a possibilidade de precedência de audiências públicas para discussão da tese, bem como da modulação dos efeitos da alteração no interesse social e da segurança jurídica, conforme artigo 927, §§ 2º, 3º e 4º.

Conclui-se, portanto, que há uma previsibilidade de institutos oriundos da teoria dos precedentes tradicionalmente importada do sistema do *common law*, por meio de conceitos como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. Notadamente, o novo CPC ainda resguarda cuidado com a estabilidade e a segurança jurídica do ordenamento, no que tange à aplicação da teoria dos precedentes. Assim, entende-se que no âmbito processual trabalhista, um dos princípios regentes desta seara é o da vedação do retrocesso social do processo do trabalho, o que demonstra a importância da teoria dos precedentes na Justiça do Trabalho. Isto porque, esse princípio entende que o processo do trabalho deve seguir preceitos a fim de acompanhar a evolução da sociedade, de forma a oportunizar a efetividade do direito de acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho.⁹⁴

Assim, o exercício da jurisdição pelos tribunais deve observar a jurisprudência dominante, sendo vedada a modificação desmotivada de entendimentos (artigo 926, §1º). Dessa forma, é perceptível uma tendência de que o ordenamento se atenha às modificações sociais, de forma que as mudanças de entendimento se deem naturalmente, as quais são concretizadas pelo instituto do *antecipatory overruling*⁹⁵.

De fato, se infere que o ordenamento jurídico deve ser um espelho da sociedade, para que sua eficácia seja garantida. Daí porque, a previsibilidade de necessária atenção dos tribunais às circunstâncias fáticas dos precedentes que

⁹⁴ Inevitavelmente, a observância desse princípio garante a subsistência de outro princípio importante do Processo do Trabalho, que é o da melhoria da condição social do trabalhador, conforme preceitua Mauro Schiavi: “Pelo princípio da vedação do retrocesso social do processo do trabalho, ele deve sempre estar em evolução, acompanhando os direitos fundamentais do cidadão, bem como propiciar a efetividade do direito fundamental do acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho. Por isso, são relevantes os papéis da doutrina e da jurisprudência para a melhoria constante do processo do trabalho, como forma de assegurar o princípio da melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, caput, da CF). SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13467/17/ Mauro Schiavi. – 1. ed. – São Paulo: LTr Editora, 2017, p. 38.

⁹⁵ “Seria injusto decidir um caso com base num precedente que a Suprema Corte reputa superado. Não haveria justiça em aplicar precedente que se acredita que a Suprema Corte revogará.” MARINONI, 2010, op. cit., p. 410.

motivaram a criação dos enunciados de súmulas. Além disso, observa-se que a aplicação das técnicas de operabilidade da teoria dos precedentes deve ser feita de forma criteriosa, para afastar a possibilidade de elevação de certos entendimentos à categoria de precedentes, sem que reflitam verdadeiramente os desígnios da sociedade.

No Estado Democrático de Direito, a regulamentação de condutas depende da pré-edição de normas abstratas pelo Estado. Dessa forma, ultrapassada essa fase, cabe ao Judiciário, através de sua atuação, definir a norma concreta⁹⁶, ou seja, o resultado da aplicação da norma abstrata ao caso concreto. Hoje em dia, sabe-se que a atuação jurisdicional deixou de ser meramente uma aplicação do Direito, para também ser uma criação do Direito.⁹⁷

Para cada situação há a necessária identificação de uma norma individualizada, que regulará a relação jurídica advinda dela. Ocorre que, um dos papéis do Judiciário é o de identificar essa norma individualizada para o caso submetido a sua análise. Isto porque, o litígio pode surgir da discordância na identificação dessa norma aplicável, baseada nos efeitos que dela decorrerão. No entanto, não se trata de um processo simples de subsunção do fato à norma,⁹⁸ conforme defendia Hans Kelsen⁹⁹, mas sim de uma aproximação com a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale¹⁰⁰. Sendo assim, cobra-se uma prestação

⁹⁶DIDIER JR., Fredie. s/a, op. cit., p. 2.

⁹⁷ Nesse sentido, LOURENÇO: "A atividade criativa do juiz pode se dar de duas maneiras, sendo a primeira no sentido de criar a *norma jurídica* do caso concreto; e a segunda, a *norma geral* do caso concreto, pela qual, o juiz deverá demonstrar o fundamento, a norma geral do ordenamento jurídico, que soluciona o caso concreto (não apenas a lei em si, mas o entendimento do juiz acerca dessa lei). Assim, a norma geral do caso concreto é a interpretação feita pelo juiz, do direito positivo. As normas gerais criadas a partir de casos concretos estão na fundamentação das decisões e se configuram como aquilo que se chama de precedente judicial, que é exatamente essa norma geral criada a partir do caso concreto. LOURENÇO, 2011, op. cit, p. 4-5

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 94.

⁹⁹ "Quando a Teoria Pura do Direito rejeita a legitimação do Estado pelo direito, não é por considerar impossível toda legitimação do Estado. Contesta apenas que a ciência do direito possa conseguir a justificação do Estado pelo direito, ou – o que é o mesmo – do direito pelo Estado. E contesta, em especial, que possa ser tarefa da ciência do direito justificar algo. Justificação significa valoração; e valorações – sempre de caráter subjetivo – são coisas da ética e da política, mas não do conhecimento objetivo. Só a este deve servir a ciência do direito, se quiser ser ciência e não política." KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2011, p.180.

¹⁰⁰ "Em suma, o termo 'tridimensional' só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático-axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. Desse modo, quer se considere a experiência jurídica, estaticamente na sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciando-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da 'práxis social', mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente. REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 77

jurisdicional muito mais criteriosa, já que essa nova concepção obriga o juiz a realizar uma interpretação das peculiaridades do caso concreto, a fim de definir como solução uma postura em concordância com fatores que não só a norma abstrata.¹⁰¹

Diante disso, surge a necessidade de vincular à decisão os motivos que levaram a ela, uma vez que, estes, serão capazes de demonstrar as particularidades do caso objeto da decisão. Isto é, nas palavras de Marinoni, é papel do juiz “atribuir sentido ao caso levado à sua análise”¹⁰², e não simplesmente subsumi-lo a uma norma geral abstrata, tendo em vista sê-lo um comportamento predefinido. Ao contrário, “o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz a legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos”.¹⁰³

Dessa forma, uma vez que é papel do juiz atribuir sentido ao caso concreto, bem como analisá-lo à luz dos ditames constitucionais¹⁰⁴, não pode simplesmente proferir uma decisão, sem demonstrar os caminhos que precisou seguir para chegar àquela conclusão. Isto porque, é cediço que, ao Judiciário não se atribui legitimidade da mesma forma que aos demais poderes, tendo em vista que a sua constituição, em regra, não ocorre mediante manifestação de vontade popular, mas sim, baseada no critério da meritocracia. Por óbvio, não se deve pensar que, dessa forma, o Judiciário é ilegítimo, já que tal legitimidade é outorgada com a observância de determinados critérios, como a fundamentação das decisões.

Não é novidade que o sistema jurídico brasileiro tem, cada vez mais, se aproximado do sistema de *common law*, de forma que, é perfeitamente plausível levantar a questão da relevância da fundamentação para o ordenamento jurídico de tal forma que não têm o poder de exercer influência apenas *inter partes*. Isto porque, em casos de repercussão geral, que sejam capazes de gerar precedentes judiciais, é

¹⁰¹ MARINONI, 2008, op. cit., p. 96.

¹⁰² MARINONI, 2008, loc. cit.

¹⁰³ MARINONI, 2008, loc. cit.

¹⁰⁴ “A doutrina processual civil e os operadores do direito estão obrigados a ler as normas infraconstitucionais à luz das garantias de justiça contidas na Constituição Federal, procurando extrair das normas processuais um resultado que confira ao processo o máximo de efetividade, desde, é claro, que não seja pago o preço do direito de defesa. É com esse espírito que o doutrinador deve demonstrar quais são as tutelas que devem ser efetivadas para que os direitos sejam realizados, e que a estrutura técnica do processo está em condições de prestá-los.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. 8. ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 32

notória a aptidão de influenciar o ordenamento, sobretudo, tendo em vista a capacidade de orientar comportamentos.¹⁰⁵

É o que preceitua Mauro Schiavi¹⁰⁶:

Indiscutivelmente, existe uma tendência contemporânea de aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law*, considerando-se a força criativa do direito pelos Tribunais Superiores, que são as Cortes encarregadas de dar a palavra final sobre a interpretação da lei, e aplicar o resultado da interpretação para casos idênticos, como forma de racionalizar a atividade dos Tribunais, e impulsionar a aplicação isonômica da norma para todos que estão na mesma situação jurídica.

4.1 UMA ANÁLISE SOBRE O §2º DO ARTIGO 8º DA NOVA CLT

A Consolidação das Leis Trabalhistas, legislação de origem na década de 40, prevê em seu artigo 8º a possibilidade de preenchimento de lacunas normativas (ou contratuais) por meio de utilização de jurisprudência, analogia, equidade e outros princípios e normas gerais do direito, além de usos e costumes e direito comparado.

A Lei 13.467 de 2017, denominada de Reforma Trabalhista, revogou o parágrafo único desse artigo, incluindo novos parágrafos, dentre eles, o parágrafo segundo que, de certa forma, contradiz o *caput* do artigo ao determinar que as “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”.

Ora, se o *caput* do artigo 8º garantiu a viabilidade do preenchimento das lacunas normativas, por meio de fontes alternativas do Direito, o impedimento da edição de súmulas e jurisprudências que delimitem aspectos que não estejam previstos em lei por meio da inserção do parágrafo segundo é incoerente. Trata-se de limitação da interpretação jurídica e tentativa de transformar os Tribunais em órgãos meramente aplicadores da Lei, no sentido mais estrito. Isto, inclusive, vai de encontro

¹⁰⁵ Dessa forma, aduz MARINONI: “Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva.” MARINONI, 2010, op. cit, p. 221

¹⁰⁶ SCHIAVI, op. cit. p. 36.

ao princípio da normatização coletiva que traduz ser da Justiça do Trabalho a competência material para “criar, dentro de determinados parâmetros constitucionais, normas aplicáveis no âmbito das categorias profissional e econômica envolvidas no conflito”¹⁰⁷.

A restrição trazida pelo parágrafo segundo acaba engessando o ordenamento, uma vez que o vincula estritamente às leis, prejudicando a renovação do sistema e adequação aos novos tempos, o que pode acabar causando insegurança jurídica. Isto porque, a inserção do referido parágrafo ao diploma normativo demonstra um anacronismo, já que se utiliza de fundamentos baseados no juspositivismo. Além disso, cria-se a problemática de anulação, por meio da inserção do referido parágrafo, do chamado Poder Normativo da Justiça do Trabalho, que, conforme afirma Mauro Schiavi, “se trata de uma competência anômala conferida à Justiça do Trabalho para, uma vez solucionado o conflito de interesse, criar normas que irão regular as relações entre categorias profissional e econômica”.¹⁰⁸

4.2 A MODIFICAÇÃO DOS PARÂMETROS DE CONSTRUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A globalização imposta ao mundo moderno quebrou paradigmas do positivismo, uma vez que a sociedade passou a evoluir de forma mais célere, exigindo um Direito mais voltado a suas necessidades. Assim, inevitável é a aproximação do sistema jurídico do *civil law* com os preceitos característicos do *common law*, transformando-se em um verdadeiro sistema híbrido.¹⁰⁹ Sobretudo, porque os rígidos procedimentos estabelecidos para a elaboração legislativa vão de encontro às necessidades sociais que, com a evolução das interações de forma vertiginosa, carecem de um Direito que as acompanhe.

A inércia estabelecida durante anos no âmbito trabalhista, que se viu refém de uma legislação em muitos aspectos obsoleta obrigou toda a jurisdição trabalhista

¹⁰⁷ Continua afirmando que: “Não se trata apenas de aplicar o direito preexistente, mas de criar, dentro de determinados parâmetros, normas jurídicas. Por isso, se diz que o poder normativo da Justiça do Trabalho atua no vazio da lei, ou seja, quando não há lei disposta sobre a questão. Em razão disso, a Justiça do Trabalho detém a competência constitucional para criar normas por meio da chamada *sentença normativa*”. SCHIAVI, op. cit. p. 38.

¹⁰⁸ SCHIAVI, loc. cit.

¹⁰⁹ Ainda que, como já dito, esta aproximação tenha se iniciado com a finalidade de conferir ao ordenamento maior celeridade.

(incluídos os jurisdicionados) a enxergar na jurisprudência uma espécie de substituto normativo, capaz de apaziguar as questões sociais.

A História do Direito trabalhista no Brasil se inicia com legislações esparsas, sobretudo, no Sudeste brasileiro, centro à época, do desenvolvimento agrícola brasileiro. Já a institucionalização do Direito do Trabalho se deu a partir da década de 30 até o final da ditadura de Getúlio Vargas. Na década de 40, surge a Consolidação das Leis do Trabalho.

Inicialmente, as súmulas eram utilizadas na seara trabalhista como forma de antever alguns fatos, sendo, inclusive, denominados de prejudgados, à luz do há muito revogado art. 902 da CLT. Estes não se assemelhavam às sumulas, pois, em que pese tivessem caráter vinculante, não tinham o condão de uniformizar a jurisprudência, mediante a tomada de decisões reiteradas. Neste sentido, tinham o condão de interpretar regra jurídica existente, podendo, inclusive, surgir antes da necessidade de aplicação da norma. A força dos prejudgados existia em decorrência de à época a Justiça do Trabalho ser órgão integrante do Poder Executivo. Essa realidade apenas foi modificada com a Constituição Federal de 1946, que tornou a Justiça do Trabalho integrante do Poder Judiciário.

Contudo, os prejudgados apenas foram revogados expressamente em 1982, com a Lei nº 7033, após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF de um prejudgado elaborado em 1963. Foram mantidos, no entanto, os prejudgados existentes, que foram transformados em súmulas, permanecendo em vigência algumas delas até os dias de hoje.

A alteração da CLT no artigo 8º denota restrição à atividade jurisdicional dos Tribunais, ainda que com a intenção de evitar que estes deturpem a sua finalidade (que não é de legislar), já que engessa o ordenamento jurídico. Sobretudo, na seara trabalhista que funciona de forma excepcional, com base no dia a dia da relação entre empregador e empregado, que é deveras dinâmica e não pode ficar a mercê do Poder Legislativo e sua conveniente inércia na edição de leis imprescindíveis ao pleno funcionamento da relação de trabalho.

Neste diapasão, considera-se que as decisões proferidas de forma reiterada pelo Tribunal constroem a jurisprudência sobre determinada questão. Assim, até a edição da Reforma Trabalhista era permitido que os Tribunais se utilizassem de técnicas de aplicação do Direito, não só para interpretá-lo diante do fato social posto, mas, sobretudo, para imprimir comportamentos diante de omissões legislativas. Ou

seja, em havendo conflito jurídico sobre o qual não existe previsão legal para solução, se faz necessário, diante do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, que o Tribunal se posicione a fim de determinar como o indivíduo deve se comportar.

De fato existe a grande probabilidade de que o Poder Judiciário se utilize da atribuição secundária de legislar, diante da lacuna normativa, como sua finalidade, ainda que temporária, o que, segundo algumas posições contrárias, iria de encontro à tripartição dos poderes, usurpando a finalidade do Poder Legislativo para si. Ocorre que, há que se realizar uma ponderação de aspectos, sobretudo, em decorrência da impossibilidade de o Judiciário se eximir de julgar um conflito para o qual não existam respostas postas na Lei.

Com a inserção do parágrafo segundo, o exercício da jurisdição pelos Tribunais tem a possibilidade de ser restrito, já que, em não havendo previsão normativa de uma determinada obrigação, não terá alternativas para julgar diante do conflito, o que, conseqüentemente, implicará na inexecutabilidade da prestação jurisdicional.

Inevitavelmente, algumas técnicas existentes na Teoria dos Precedentes, como por exemplo, o *overruling*, terão sua eficácia travada na impossibilidade de criar obrigações não previstas em Lei. Isto porque, primeiramente, um comportamento fora desse padrão imposto – ou seja, que não esteja previsto em Lei – jamais poderá ser admitido como precedente jurídico. E, ainda que pudesse ser admitido, os efeitos de aplicação deste precedente seriam de qualquer forma inócuos, pela mesma justificativa.

Nota-se, portanto, que a criação de precedentes, que até então era baseada na maleabilidade do sistema, ante a modificação dos valores sociais, se verá obstada pela inserção de dispositivo extremamente positivista no ordenamento. Além disso, a própria admissão de normas que se contradizem entre si no mesmo diploma legal, já traz ao ordenamento insegurança jurídica. Isto porque, enquanto o *caput* do artigo em referência autoriza a tomada de decisão conforme a jurisprudência, a analogia, a equidade, os princípios, os usos e costumes e o direito comparado, o parágrafo segundo não só limita, como cria antinomia ao próprio artigo do qual faz parte¹¹⁰.

¹¹⁰ Para Godinho, o §2º não restringe a hermenêutica jurídica: “O §2º do art. 8º, entretanto, revela mais uma incompreensão acerca da função judicial do que efetivamente enuncia uma restrição interpretativa. Ao estatuir que as súmulas e outros enunciados de jurisprudência (OJs, por exemplo) editados pelo TST e pelos TRT’s ‘não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei’, o novo dispositivo, naturalmente, não formula resistência à Hermenêutica Jurídica, qualificada por seus métodos científicos de interpretação e suas tipologias da interpretação jurídica; muito menos erige regra contra a

É evidente, portanto, que a inserção do parágrafo segundo no artigo 8º da CLT surge como um contrassenso com a evolução jurisprudencial na seara trabalhista, já que altera o alcance das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST, além de alterar o alcance das Súmulas dos TRTs.¹¹¹

4.3 A INCOMPATIBILIDADE DO §2º DO ARTIGO 8º COM A TEORIA DOS PRECEDENTES

A Teoria dos Precedentes garante a pacificação social como mecanismo utilizado pelos magistrados para aplicar o Direito, além de garantir a segurança jurídica, uma vez que uniformiza o entendimento dos Tribunais, ou, modifica esse entendimento quando se faz necessário, com o emprego das técnicas específicas.

A regra da Teoria dos Precedentes não é replicar o que está na letra da Lei, afinal, a legalidade pura e simples impescinde de interpretação, apenas de aplicação automática da norma ao caso concreto. Dessa forma, dificilmente um precedente trará algo que já esteja dito pelo diploma normativo, ao contrário, a criação de um precedente tem o condão de orientar a sociedade para a autorização ou não de determinado comportamento que não foi previsto em Lei. Neste sentido, Mauro Schiavi¹¹²:

O precedente não é o resumo do julgamento ou a conclusão da decisão, mas a tese extraída do julgamento, que em razão de suas peculiaridades, importância e generalidade, possa ser aplicada em outros casos análogos. É a chamada razão determinante da decisão ou *ratio decidendi*. Por isso, todo precedente deve ser decorrente de uma decisão judicial.

Somente a interpretação jurídica que se extrai do enquadramento dos fatos ao regramento legal, pode ser objeto do precedente judicial, uma vez que as controvérsias fáticas de cada demanda são únicas e desafiam em um único julgamento, cuja tese não pode ser transportada para outras demandas.

independência institucional do Poder Judiciário e sua função jurisdicional específica.” (DELGADO, op. cit. p. 107). Já para Bezerra Leite; “Trata-se de uma tentativa do legislador de transformar o TST e os TRTs em meros ‘órgãos aplicadores de leis’ e, com isso, reduzir a atividade hermenêutica jurisdicional desses órgãos do Poder Judiciário.” LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 74.

¹¹¹ Para Mauro Schiavi; “De nossa parte, o §2º do art. 8º, da CLT é manifestamente inconstitucional, por impedir a livre interpretação e aplicação do direito pelos Tribunais Trabalhistas, inibir a eficácia dos direitos fundamentais, bem como dos princípios constitucionais. Além disso, impede a evolução da jurisprudência e restringe o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF).” SCHIAVI, op. cit. p. 58.

¹¹² SCHIAVI, op. cit. p. 61.

Sabe-se que o Código de Processo Civil é norma de aplicação subsidiária à Justiça do Trabalho e, neste, há autorização expressa de emprego da Teoria dos Precedentes como algo já intrínseco ao ordenamento, ante a influência direta de preceitos do *common law* em um sistema jurídico baseado em princípios romano-germânicos como o brasileiro. Ocorre que, em que pese a Teoria dos Precedentes até pelo menos antes da Reforma Trabalhista tivesse muita ingerência sobre o ordenamento trabalhista – daí porque a importância das orientações jurisprudenciais e das súmulas – com a inserção da vedação a tomadas de decisões pelos Tribunais de forma a criar obrigações não previstas em Lei, se torna menos usual na seara trabalhista.

Um exemplo de engessamento do ordenamento jurídico trabalhista a ser causado pela inserção do parágrafo segundo do artigo 8º da nova CLT seria a vedação do chamado *prospective overruling*, onde o órgão julgador atribui a uma parte da decisão que esta apenas produzirá efeitos em casos futuros, ou seja, *ex nunc*. Um nítido caso de eficácia prospectiva do precedente é o do julgamento do Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo nº TST-RODC-309/2009-000-15-00.4¹¹³ envolvendo a

¹¹³ RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que -a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores-. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do (s) respectivo (s) sindicato (s) profissional (is) obreiro (s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical

EMBRAER e alguns sindicatos de trabalhadores da Empresa, onde entendeu-se, nos fundamentos, pela necessidade de negociação coletiva antecedente à dispensa em massa de empregados, em que pese não haja nenhuma norma que obrigue tal conduta.

Neste caso específico teria o TST ido de encontro à nova norma trazida com o advento da Reforma Trabalhista. Já que, em que pese não haja qualquer norma jurídica decorrente de uma Lei que determine a obrigatoriedade de negociação coletiva antecedente à dispensa em massa de empregados, determinou essa necessidade em julgamento do caso em referência a ser aplicável para casos futuros. Ocorre que, se esse julgamento fosse realizado já no âmbito da nova CLT, tampouco haveria argumento suficiente à vedação do emprego da Teoria dos Precedentes, simplesmente porque, em que pese não haja tal obrigação prevista em Lei, tampouco há qualquer vedação a essa obrigação. Ou seja, a única vedação existente seria a do próprio parágrafo segundo.

No julgamento, o Tribunal analisou as diferenças entre a despedida coletiva e a individual, concluindo que, tendo em vista a exigência de aplicação de normas específicas, haveria a impossibilidade do exercício unilateral da dispensa coletiva pelo empregador. Isto porque, cristalizou o TST, que por se tratar de causa envolvendo Direito Coletivo do Trabalho, não haveria que se falar em direito potestativo do empregador o de dispensar em massa seus empregados, sendo indispensável a presença dos sindicatos das categorias atingidas, a fim de representar os interesses destas junto à Empresa. No entanto, o C. Tribunal deu razão à EMBRAER, tendo em vista ausência de regulamentação da conduta, mas fixou que, para casos futuros, a negociação coletiva seria imprescindível à dispensa em massa de trabalhadores.

Note-se que, em que pese o caso *in voga* tenha levado à discussão um tema que possui uma espécie de lacuna normativa, havendo, ainda, a impossibilidade de utilização de uma interpretação analógica ao caso, o Tribunal entendeu que a Empresa, de fato, não agiu de forma irregular. Ocorre que, por se tratar de um tema controverso, haveria a necessidade de se regulamentar a questão, em que pese

nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que -a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores-, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. **(TST, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 10/08/2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos)**

houvesse ausência de posicionamento legislativo para tanto. Diante disso, o Judiciário utilizou-se de sua função atípica de legislar, uma vez que, nos fundamentos da decisão, vinculou um comportamento futuro à obrigatoriedade de uma conduta.

A referida decisão, então, foi objeto de interposição de Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal por ambas as partes. Nesta oportunidade, a EMBRAER sustentou que a vinculação da necessidade de negociação coletiva em dispensas futuras em massa de empregados lhe causaria gravame, uma vez que, não é papel do Judiciário preencher lacunas normativas, cuja responsabilidade é do poder Legislativo. Além disso, ainda que haja uma tendência normativa para tanto, não é função do Judiciário introduzir novas normas que prevejam condutas, mas, tão somente, introduzir no ordenamento novas interpretações de normas já existentes.

A EMBRAER utilizou, ainda, como tese, o fato de que a questão decidida para casos futuros foi analisada *ex officio*, uma vez que não foi matéria de arguição recursal, o que ensejou a interposição de Embargos de Declaração pela Empresa, para fins de prequestionamento. No acórdão proferido, o TST afirmou, dentre outros fundamentos contrários à interposição do referido recurso, que a Empresa sequer sucumbiu no recurso ordinário quanto à questão da abusividade da dispensa já efetivada, tendo a Corte fixado a premissa da negociação coletiva apenas para casos futuros, em exercício de interpretação da ordem jurídica.¹¹⁴

Sustentou, ainda, o C. Tribunal, que havia ausência de interesse recursal por parte da EMBRAER, tendo em vista que não houve sucumbência para si, já que foram atribuídos ao fundamento efeitos prospectivos, ou seja, apenas para casos futuros. Ocorre que, em sede de acórdão sobre Agravo Regimental de decisão denegatória do Recurso Extraordinário da EMBRAER, foi reconhecida a repercussão geral do caso e conhecido o referido recurso, o que, por si só, já demonstra a admissibilidade de recurso visando o combate estrito da fundamentação. É, inclusive, o que aduz Didier:

¹¹⁴ “Ademais, é necessário ressaltar, apenas a título de esclarecimento, que as embargantes sequer sucumbiram em seu recurso ordinário quanto à questão da abusividade da dispensa já efetivada, tendo a Corte apenas fixado, para casos futuros, no exercício de interpretação da ordem jurídica, típico do Poder Judiciário (e não de usurpação da função legislativa, como colocam as Recorrentes), a premissa de que -a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores-. Destaque-se, ainda, que não é cabível a interposição de embargos de declaração, como pretendem as Recorrentes, para que um certo tema seja fundamentado a luz de determinado dispositivo de lei, nem para sanar suposta contradição existente, no entendimento das Recorrentes, entre a decisão embargada e normas jurídicas. Dessa forma, interpostos os embargos de declaração fora das situações a que se referem os arts. 535, incisos I e II, do CPC e 897-A, parágrafo único, da CLT, nego-lhes provimento.” EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DISPOSTAS NA LEI - Não se verificando as hipóteses legais ensejadoras dos embargos de declaração, dispostas nos arts. 535, incisos I e II, do CPC e 897-A, parágrafo único, da CLT, impõe-se a negativa de seu provimento. (TST, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 09/11/2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos)

Observe-se que a Embraer venceu a causa, no particular, tendo em vista que o TST entendeu que a sua conduta não fora abusiva. Será, porém, que ela teria interesse recursal, para discutir a 'premissa', que se encontra na fundamentação da decisão, evitando a caracterização do *overruling*? Parece que sim. E, de fato, foi o que aconteceu: houve Recurso Extraordinário para o STF.

Há plena demonstração, portanto, da incompatibilidade do parágrafo segundo do artigo 8º da nova CLT com a seara trabalhista brasileira. Ora, é evidente que as lacunas normativas subsistirão em um ordenamento pautado em relações jurídicas entre empregados e empregadores extremamente dotadas de dinamismo, sendo imprescindível que o Direito que está posto acompanhe as modificações sociais inevitáveis e isso só pode ser realizado por meio da Teoria dos Precedentes, diante de um Poder Legislativo inerte como o brasileiro.

À luz da ampliação do uso da teoria dos precedentes no ordenamento brasileiro, tendo em vista a sua inserção de forma mais incisiva no novo CPC, percebe-se que as decisões têm uma maior capacidade de exercer impacto sobre a esfera fática dos jurisdicionados. Isto porque, tendo em vista que uma decisão proferida sob a égide do novo CPC tenderá a vincular mais categoricamente o ordenamento, um julgamento terá uma maior propensão a atingir a parte.

É notável que a utilização da Teoria dos Precedentes pelos Tribunais não é realizada de forma inconsequente, ao contrário, há grande cuidado pelos magistrados ao proferir decisões, sobretudo, no que tange ao que os motivou a decidir de certa forma. Isto porque, a motivação tem caráter tridimensional nas sentenças, uma vez que; tem natureza persuasiva, já que deve trazer elementos que convençam as partes da justiça da decisão; natureza facilitadora, já que, ao mesmo tempo em que deverá convencer as partes de que a decisão foi a mais correta, deve garantir a elas, por meio de alguns elementos, argumentação necessária a torna-la impugnável por meio de recurso; e, por fim, natureza interpretativa, no que tange à parte dispositiva da sentença. Isto é, deve permitir que as partes possam interpretar o dispositivo da sentença por meio dela.

Além disso, perante a 2ª instância, a função da motivação da decisão é de fornecer ao Juízo *ad quem* mecanismos que possam auxiliar na análise que definirá se a sentença deve ou não ser reformada. Em contrapartida, funciona também, como forma de estabelecer como a norma deve ser aplicada e de dar estabilidade ao ordenamento, por meio da uniformização da jurisprudência. E, além de tudo, no

que tange a funcionalidade da motivação, ante a sociedade, é o que a doutrina denomina de função extraprocessual¹¹⁵, uma vez que garante à sociedade um controle da construção de entendimentos pelos magistrados – diante dos argumentos que os magistrados utilizam para fundamentar suas decisões¹¹⁶ – bem como da função jurisdicional.

A obrigatoriedade da motivação das decisões demonstra uma formalidade técnico-processual que tem o condão de garantir o direito de defesa. Assim, é possível determinar, através da análise da fundamentação, se foram observadas premissas constitucionais que asseguram a segurança jurídica e a efetividade do ordenamento como os princípios do Contraditório e do Devido Processo Legal. Neste sentido, visando a uniformização jurisprudencial e, principalmente, a estabilidade das decisões, percebe-se que a inserção do princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais – já determinado pela Constituição Federal no art. 93, IX – no novo CPC, em seus arts. 11 e 489, §1º, confere à fundamentação um caráter normativo. Isto porque, em que pese não tenha a capacidade de submeter-se à autoridade da coisa julgada, sua significação perante o ordenamento lhe veste de importância ímpar.

Notadamente, observa-se que, com o advento do novo CPC, houve uma elevação das razões das decisões judiciais a um patamar significativo, perante o ordenamento jurídico como um todo. Isto porque, ao estabelecer a obrigatoriedade da motivação das decisões proferidas em Juízo, o legislador garantiu o afastamento de eventuais arbitrariedades que pudessem ser cometidas no momento do veredicto. Além disso, demonstrou uma maior preocupação com a construção de um ordenamento de forma mais criteriosa, a fim de assegurar a segurança jurídica e dar maior credibilidade e lisura ao sistema jurídico, permitindo que os jurisdicionados se dirijam ao poder Judiciário com a convicção de que terão suas insurgências apreciadas de forma satisfatória¹¹⁷, quanto à prestação jurisdicional qualificada.

O caráter normativo concedido à fundamentação pelo art. 11 do novo CPC pode ser entendido como uma forma de garantir às partes mecanismos

¹¹⁵ QUEIROZ, 2013, op. cit, p.434.

¹¹⁶ Em que pese haja uma certa discricionariedade garantida aos juizes, suas decisões devem refletir os desígnios sociais.

¹¹⁷ Por óbvio, não se pode esperar que a existência de efetividade da prestação jurisdicional seja condicionada à favorabilidade da decisão em relação à parte. Isto é, ao se falar em uma justiça efetiva, entende-se como aquela que é capaz de conceder àqueles que se apresentam a si uma prestação jurisdicional justa e criteriosa, o que passa a ser garantido pelo princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões, no novo CPC.

argumentativos a fim de que possam alcançar a reforma da decisão por meio do recurso e lograr êxito na melhora fática pretendida. Dessa forma, em que pese os motivos não sejam capazes de fazer coisa julgada, essa característica é anulada pelo referido princípio contido no art. 11, tendo em vista que este prevê a pena de nulidade às decisões que não contenham seus fundamentos.

Diante disso, tem-se que da mesma forma que a autoridade da coisa julgada, o princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões tem o condão de garantir a estabilidade do ordenamento, bem como a sua previsibilidade – dentro do possível, no que tange à observância, pelos juízes, dos anseios da sociedade ao proferir as decisões – a fim de garantir aos jurisdicionados não só a apreciação de suas causas, mas que tal análise seja realizada de forma a garantir uma prestação jurisdicional adequada, razoável e proporcional.

4.4 O ENTRAVE DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

4.4.1 A separação dos poderes e a deturpação da finalidade do Poder Judiciário

O principal argumento do legislador para inserir no artigo 8º a restrição do exercício da jurisdição pelos Tribunais é de que a assunção do exercício da legislação pelo Poder Judiciário é temerário, diante da necessária Tripartição de Poderes outorgada constitucionalmente a nossa República Federativa. Neste sentido, adota ainda o posicionamento de que a soberania do país só é garantida pela inexistência de um poder soberano que não seja o do povo. Ocorre que, é sabido que a própria Constituição autoriza a função integrativa dos poderes, sobretudo, no *caput* do artigo 2º que determina que os 3 (três) poderes da União são “independentes e harmônicos entre si”, além de prever a atribuição normativa dos outros Poderes, conforme inciso XI do artigo 49 da Constituição Federal.

O sistema de tripartição de poderes é também conhecido como sistema de freios e contrapesos, em que os Poderes da União trabalham em conjunto a fim de garantir o bem-estar social da população submetida a estes. Sendo assim, não se pode restringir a compreensão do sistema tripartite a uma divisão de atribuições. Isto porque, embora não seja a finalidade do Poder Judiciário legislar, está este autorizado a fazê-lo de forma subsidiária. Assim, trata-se de argumentação falha a

de que permitir ao Judiciário a criação de normas por meio de seus julgamentos seria deturpar a sua finalidade, já que, a criação de normas dar-se-ia através do exercício da jurisdição.

4.4.2 O engessamento do ordenamento

O poder discricionário do juiz concede a ele a liberdade de decidir sem a necessidade de se despir das suas prenoções, adquiridas ao longo de sua vida. Ao mesmo tempo, é seu papel realizar a aplicação do Direito diante das obscuridades e omissões legislativas, se utilizando de mecanismos como a analogia, a interpretação, a integração e a comparação. Neste sentido, Mauro Schiavi¹¹⁸:

No direito brasileiro, a existência de controle difuso de constitucionalidade, o emprego crescente de textos redigidos a partir de técnica legislativa aberta e, sobretudo, uma nova compreensão a respeito do significado da interpretação jurídica colaboraram significativamente para essa interpenetração. Desde o momento em que se percebeu que o texto não se confunde com a norma e que a norma não é o objeto, mas o resultado da interpretação, chegou-se à conclusão de que ou a interpretação dada ao direito pelo Supremo Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça era encarada como algo dotado de normatividade, ou então, o princípio da igualdade se esfumaça em uma abstração irritante em um sistema indiferente à imensa maioria de casos concretos idênticos ou semelhantes cotidianamente julgados de maneira diferente.

Por conseguinte, não se pode entender o poder discricionário como um poder arbitrário concedido ao magistrado, da mesma forma que não se pode admitir que a aplicação do Direito diante da adequação da norma ao fato social, por meio dos mecanismos já mencionados, signifique uma flexibilização exacerbada do ordenamento, beirando à anarquia.

A sociedade interage por meio de seus integrantes com tanta celeridade que gera a modificação a todo o tempo dos valores e necessidades sociais. E, dessa forma, o Direito precisa estar adstrito às modificações sociais, a fim de se fazer eficaz. Do contrário, a insegurança jurídica será a regra até o Direito tornar-se prescindível, já que a sua inutilidade o fará dispensável.

¹¹⁸ SCHIAVI, op. cit. p. 61.

Desse modo, permitir que a Lei restrinja de tal forma o exercício da jurisdição pelos Tribunais é verdadeiramente engessar o ordenamento, indo de encontro veementemente aos desígnios da sociedade globalizada, que necessita de um Direito atual e que se amolde à evolução social.¹¹⁹

¹¹⁹ Para Bezerra Leite: “De modo que nos parece que o novel §2º do art. 8º da CLT deve ser interpretado conforme a Constituição, a fim de se permitir a plenitude da atividade jurisprudencial (CF, art. 5º, XXXV) da Justiça do Trabalho para que as súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo TST e pelos TRTs não possam restringir direitos nem criar obrigações que não estejam previstas no ordenamento jurídico.” LEITE, op. cit. p. 74.

5 CONCLUSÃO

Extraí-se da análise mais aprofundada sobre o tema que pela evolução histórica do instituto da Jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro, muito embora este não seja de origem do *civil law*, o sistema jurídico brasileiro passou a entender as decisões reiteradas dos Tribunais, como uma espécie de gerenciador de conduta. Isto porque, a transformação da sociedade, sobretudo, no aspecto das relações interpessoais, com a interferência da globalização, tornou o sistema jurídico puramente positivista inapto a garantir o equilíbrio social buscado pelo Direito.

Diante disso, o ordenamento passou a carecer de mecanismos que viabilizassem a efetividade das normas junto à sociedade, sendo um deles a Jurisprudência. Neste sentido, entende-se que desde à época da colonização brasileira pelos portugueses já existiam traços de institutos de gênese do *common law*, mais especificamente, os assentos da Casa de Suplicação Portuguesa. Tanto é, que estes foram integrados pelo sistema jurídico brasileiro após a independência, ainda que gradativamente. Com o passar dos anos a ideia de jurisprudência foi sendo um pouco deturpada, já que a hipótese de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro foi pensada com o intento de desafogar os Tribunais lotados de processos, a fim de garantir uma maior celeridade nos julgamentos. Obviamente, a introdução do referido instituto no ordenamento jurídico também contribuiu para que houvesse uma uniformização de decisões sobre os mesmos fatos sociais. Contudo, a principal intenção, de fato, era aliviar os Tribunais, dando mais agilidade ao exercício da jurisdição. Nota-se, portanto, que ocorreu uma espécie de deturpação da finalidade do instituto da Jurisprudência tornou-se muito dependente das decisões reiteradas dos Tribunais, como forma de gerenciador de conduta.

Inevitavelmente, colocou-se em cheque a segurança jurídica, tendo em vista que, certamente, a utilização da jurisprudência como mecanismo de aceleração do exercício jurisdicional dos Tribunais levantaria a hipótese de que as decisões seriam tomadas de forma objetiva, sem levar em consideração as nuances dos casos. Ocorre que, com o advento da Teoria dos Precedentes, no novo Código de Processo Civil, a motivação das decisões proferidas tornou-se premissa normativa obrigatória, de modo que, ainda que se utilize da jurisprudência e dos precedentes como mecanismos de celeridade da rotina dos Tribunais, estes devem ser utilizados de forma motivada, a fim de garantir a segurança jurídica do ordenamento. Ademais,

saliente-se que depreende-se do ordenamento como um todo a existência de regramentos neste mesmo sentido, principalmente na Carta Magna. No entanto, é perceptível que no novo CPC ocorre uma especificação dessa premissa maior da motivação, de modo que define peculiaridades importantes à atuação na prática forense.

Assim, tem-se que em que pese se trate de norma de aplicação subsidiária na seara trabalhista, o novo CPC, sobretudo com a inserção da Teoria dos Precedentes, influencia diretamente na organização da Justiça do Trabalho, de modo que, a inclusão do §2º no artigo 8º da CLT, com o advento da Reforma Trabalhista, se mostra totalmente contraditório com os desígnios dos jurisdicionados. Saliente-se que, transcende-se a ideia inicial de que o contrato social ao qual os jurisdicionados estão vinculados teria o condão de prever toda e qualquer conduta existente na sociedade, adotando-se o entendimento contemporâneo de que, ante a complexidade social, resta impossibilitada a previsão individual das condutas humanas, o que demonstra a falibilidade do sistema jurídico.

Esclareça-se que tal falibilidade não se trata de aspecto exclusivo do sistema jurídico brasileiro, originalmente de influências do *civil law*. Ao contrário, percebe-se que não se pode mais defender a aplicabilidade pura do sistema do *civil law* ou do *common law*. É inevitável, portanto, que haja uma associação de feições inerentes a ambos, para que seja possível falar em efetividade, ainda que mínima, de cada sistema. Diante disso, observa-se a modificação da atuação do magistrado que evolui da simples subsunção da norma ao fato, para a análise interpretativa do caso, sobretudo, em observância a seu poder discricionário.

A possibilidade da discricionariedade na atuação do juiz origina, juntamente com a previsão de possibilidade de reexame das decisões, a obrigatoriedade da justificação da parte dispositiva. Isto é, define-se com caráter máximo de importância a explicação do magistrado sobre a decisão tomada, apresentando os motivos que levaram a ela. Tal obrigatoriedade garante a exequibilidade da decisão, já que, em que pese apenas a parte dispositiva faça coisa julgada, em verdade, é através da *ratio decidendi* que será possível à parte obter a efetividade da prestação jurisdicional, já que nesta parte haverá a especificação dos termos objetivos da decisão.

Dessa forma, não é admissível pensar ser benéfico o fato de que o §2º do artigo 8º da nova CLT contribui para frear o exercício da jurisdição pelos Tribunais, já

que veda que estes legislem e, supostamente, usurpem a competência do Poder Legislativo. Ao contrário, o referido dispositivo, se de fato aplicável e efetivo, causará extremo desequilíbrio entre a relação dos jurisdicionados e seu ordenamento, podendo resultar em crise de identificação com as normas a si postas, já que estas permanecerão anacrônicas devido ao engessamento dos Tribunais e à vagareza do Poder Legislativo em editar leis que reflitam os desígnios sociais.

Diante disso, depreende-se que todo e qualquer obstáculo existente se dá com base em entendimento conceitual doutrinário que não possui mais o condão de representar um propósito social, tendo em vista a cristalização do ideário clássico. Em contrapartida, o que se observa hoje em dia é a evolução clara do debate jurídico ante as modificações de conceitos sociais básicos, que refletem no Direito. No entanto, há quem insista em interpretar a legislação à luz de paradigmas retrógrados, rechaçando ideias contemporâneas que refletem a concepção moderna.

REFERÊNCIAS

A JUSTIFICAÇÃO das decisões judiciais por um corte de precedentes. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **As Súmulas Vinculantes e a nova Escola da Exegese.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo: RePro. Ano 37, Vol 206, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** In: [Syn]Thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais – Vol. I, nº1 (1996) – Rio de Janeiro: UERJ, CCS, 1996.

BRASIL. **Lei de 20 de Outubro de 1823.** Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. Coleção de Leis do Império do Brasil - 20/10/1823, Página 7 Vol. 1 pt I (Publicação Original).

_____. **Decreto nº 2.684, de 23 de Outubro de 1875.** Dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1875, Página 183 Vol. 1 pt I (Publicação Original).

_____, Constituição Federal(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. DIDIER JR., Fredie. **Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação subordinada do vencedor.** Duas novidades do CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo: RePro. Ano 40, Vol 241, 2015.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. Salvador: Editoria JusPodivm, 2010.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade: a resistência e projeção do Estado Social enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito.** 2008. 441 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito Público do Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** / Maurício Godinho Delgado – 11 ed. – São Paulo: LTr, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro.** Disponível em: <https://www.academia.edu/1771097/Recurso_extraordin%C3%A1rio_e_objetiva%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 31 mar. 2015

_____. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 6. ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2011. v. 2.

_____. **Curso de direito processual civil:** meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 12. ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2014. v. 3.

_____. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed Jus Podivm, 2015. v. 2.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil.** 2015. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/aforcadosprecedentesdono-codigodeprocessocivil>>. Acesso em: 02 abr. 2015

DUGUIT, León. **Fundamentos do Direito.** Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent.** New York: Cambridge University Press, 2008.

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

ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, V., 2015, Vitória. **Carta de Vitória.** Vitória: Juspodivm, 2015.

FERREIRA, Rodrigo Eustáquio. **Os princípios e métodos da Moderna Hermenêutica Constitucional (MHC).** Análise com breves incursões em matéria tributária. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2764, 25 jan. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18341>>. Acesso em: 1 mar. 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALLO, Carlos Artur. **O direito das gentes romano e a gênese do direito internacional privado.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1991, 13 dez. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12062/o-direito-das-gentes-romano-e-a-genese-do-direito-internacional-privado>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

GRECO, Leonardo. **Princípios de uma teoria geral dos recursos.** In: Revista Eletrônica de Direito Processual – Patrono Barbosa Moreira. Ano 4, Vol. V, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HELLMAN, Renê Francisco. **Teoria da decisão judicial: o antecedente do precedente**. In Revista Eletrônica de Direito Processual – Patrono Barbosa Moreira. Ano 7, Vol XII, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2011.

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**. In Revista Eletrônica de Direito Processual – Patrono Barbosa Moreira. Ano 8, Vol XIII, 2014.

LEAL, Victor Nunes. **ATUALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL**. Palestra proferida em Belo Horizonte em 12-8-64.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho** / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil. vol. 1. n. 6. Dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 19. mai. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 8. ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

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

_____. **Precedentes Obrigatórios**. In: CONGRESSO DE DIREITO PROCESSUAL, 2010, Curitiba. **Texto base de Conferência**. Curitiba: 2010.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELO, Liana Holanda de. Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031>. Acesso em 13 fev 2018.

MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de. **O precedente judicial e sua contribuição à efetividade do processo**. 2007. 123 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito, Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica de Pernambuco - Unicap, Recife, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A importação de modelos jurídicos**. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. v. 15. n. 18. Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1985.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil: Volume V (Arts. 476 a 565)**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O Precedente Judicial no Sistema Processual Brasileiro**. 2012. 308 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Departamento de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

NOGUEIRA, Rubem. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. 3ªed, 1996, Edições Ciência Jurídica: Bahia.

OS ASSENTOS NO DIREITO PORTUGUÊS E AS SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO: EFETIVIDADE, SEGURANÇA E IMOBILIDADE. In: EVOCATI Revista nº 32 (02/08/2008). Disponível em: <
http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=270&tmp_secao=10&tmp_topico=direitoconst&wi.redirect=0N52VS8ATQ64ELWUMJFY>. Acesso em: 14 fev. 2018

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Súmula vinculante**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-CALMON-DE-PASSOS.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015

PORTO, Sérgio Gilberto. **Civil Law, Common Law e Precedente vinculante**. Estudo em homenagem ao professor Egas Moniz de Aragão. Disponível em: < www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>. Acesso em 18 ago 2015.

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos Precedentes e Interpretação Legislativa**. 2011. 108 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. **A motivação da sentença civil no Estado Democrático de Direito**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – Patrono Barbosa Moreira. Ano 7, Vol XI, 2013.

RAATZ, Igor. **Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira?**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – Patrono Barbosa Moreira. Ano 7, Vol XI, 2013.

RAMOS, Chiara. **Os principais sistemas interpretativos da hermenêutica jurídica clássica**: da escola da exegese ao Direito Livre. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29348/os-principais-sistemas-interpretativos-da-hermeneutica-juridica-classica>>. Acesso em 13 fev 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SCARIOT, Juliane. **Hermenêutica jurídica**: A função criativa do juiz. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8360>. Acesso em: 01 abr 2015.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13467/17/ Mauro Schiavi. – 1. ed. – São Paulo: LTr Editora, 2017.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. **Teoria constitucional do “distinguishing”**: uma “nova” perspectiva à tradição jurisprudencial brasileira – prática forense. Disponível em: <<http://advtorrano.jusbrasil.com.br/artigos/114336245/teoria-constitucional-do-distinguishing-uma-nova-perspectiva-a-tradicao-jurisprudencial-brasileira-pratica-forense>>. Acesso em: 03 mar. 2015

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 2. ed. 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. 269 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

WOTHER, Ellen Lindemann. **Súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho não é fonte formal de direito**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3972, 17 maio 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28517>>. Acesso em: 10 fev 2018.