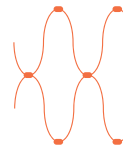


ASPECTOS HISTÓRICOS DOS SISTEMAS JURÍDICOS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* E O ATUAL SISTEMA DE PRECEDENTES NO NCPC E NA LEI N. 13.015/14



Sonia Maria Ferreira Roberts¹

Resumo: As tradições jurídicas vinculadas aos sistemas *civil law* e *common law* remontam a aspectos históricos considerados, sucintamente, neste trabalho. Não existe um sistema genuinamente puro, considerando ditas tradições jurídicas. No Canadá, as duas tradições convivem harmoniosamente, provando que no Brasil também pode haver um sistema de precedentes, sem romper com a sua tradição jurídica da *civil law*. O sistema de precedentes é incorporado pelo NCPC por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência e incidente de uniformização de jurisprudência, sendo que este último, no âmbito do Processo do Trabalho, é tratado pela Lei n. 13.015/14.

257

Palavras-chave: *civil law*, *common law*, sistema de precedentes, NCPC, incidente de assunção de competência, incidente de uniformização de jurisprudência, Lei n. 13.015/14.

1 INTRODUÇÃO

O estudo inicial sobre os aspectos jurídicos dos sistemas *civil law* e *common law* foi por mim realizado por ocasião do I Congresso Internacional da AMB, em 2010, ocorrido no Canadá, em especial a convivência das duas tradições jurídicas naquele país, traduzida na expressão “bijuralismo”.

Passados mais de quatro anos do I Congresso Internacional da AMB, emerge o Novo Código de Processo Civil e, entre tantas modificações, traz o seu novel “sistema de precedentes.”

Assim sendo, considereei pertinente para este trabalho revisar os temas da *civil law* e *common law*, já que o sistema de precedentes é

¹ Juíza Titular de Vara do Trabalho. Mestre em Direito.

originário, por definição, da tradição jurídica da *common law*.

O desafio inicial foi conhecer os delineamentos dos sistemas jurídicos conhecidos como *civil law* e *common law*, com apoio na evolução jurídica europeia e americana.

Assim, alguns preconceitos sobre essas tradições jurídicas – como, por exemplo, a codificação na *civil law* e sua ausência na *common law* – precisaram ser desfeitos para melhor compreensão dos referidos institutos. Por fim, buscou-se maior clareza sobre as razões que levaram o Canadá a optar pela manutenção de ambas as tradições jurídicas.

Além disso, também estava presente no início deste estudo que a tradição jurídica da *civil law* era a mais antiga e a mais difundida, na esteira da dominação romana, e mesmo após a queda do império romano, em que houve a sua consolidação na maior parte do mundo ocidental. Nas aulas de graduação sobre Direito Romano usualmente se considera que a data associada à origem da *civil law* se vincula à suposta publicação da Lei das Doze Tábuas, em Roma, no ano de 450 a.C. Ainda como elemento marcante de modelo de codificação e inspiração da *civil law*, surgiu o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, no século VI d.C. Porém, a Inglaterra (à época romana denominada Albion) não manteve a tradição da *civil law*, após a queda do Império Romano, criando um modo peculiar de administrar a justiça, baseado na cultura dos povos tribais que ali habitavam.

Portanto, se o Direito Romano, de tradição codificada, dominava na Europa no rastro do Império Romano, que incluía à época a ilha denominada Albion, atual Inglaterra, em que momento histórico e quais foram os fatos marcantes que determinaram que a Inglaterra se distanciasse dessa tradição, levando a partir de 1665 na bagagem colonizadora do que se convencionou denominar de “Império Britânico”, a *common law*?

Não se conhece a presença atual do sistema *common law* em países que não foram colonizados pela Inglaterra. Portanto, conhecer as razões históricas e colonialistas inglesas para consolidar a *common law*, como um dos seus aspectos de dominação ultramarina, também foi necessário.

Assim, a proposta deste artigo, em termos metodológicos, consiste em analisar as origens da *civil law* na perspectiva do Direito Civil Romano, Direito Canônico e Direito Comercial; o papel das revoluções – violentas e intelectuais – na tradição da *civil law* e *common law*; a *common law* e o domínio britânico pelo mundo; diferenças entre as tradições da *civil law* e *common law* e a ideologia representada por elas. Além disso, breves considerações serão feitas sobre a convivência das duas tradições jurídicas no Canadá e, finalmente, serão apresentadas as linhas mestras do sistema de precedentes no Novo Código de Processo Civil e sua aplicação no Processo do Trabalho.

2 AS ORIGENS DA *CIVIL LAW*

2.1 O Direito Civil Romano

A tradição da *civil law* vincula-se originariamente ao Direito Romano, especialmente por meio dos três livros dos Institutos Justinianos (Das Pessoas, Das Coisas, Das Obrigações). Este conjunto de livros ficou conhecido no mundo da *civil law* como Direito Civil.

Por intermédio desses livros, Justiniano, imperador romano do Oriente, cujo império tinha como capital Bizâncio, cidade que após se denominou Constantinopla, hoje Istambul, na atual Turquia, “procurou resgatar o sistema legal romano de muitos séculos de deterioração para lhe restituir sua antiga pureza e grandiosidade” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 29).

Além disso,

a quantidade de material autorizado e semi-autorizado tinha se tornado tão grande, e incluía tantas filigranas e diferentes pontos de vista, que pareceu desejável a Justiniano eliminar aquilo que estava errado, obscuro, repetitivo, e ainda resolver conflitos e dúvidas, como também organizar o que valia a pena preservar de alguma forma sistemática. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 29)

Justiniano imaginava que todos os problemas poderiam ser solucionados à luz do *Corpus Juris Civilis* e, por sua completude, todo o direito produzido anteriormente estava abolido.

A influência do Direito Romano foi extraordinária na cultura ocidental, como também não deixou de permear alguns aspectos da evolução cultural do mundo oriental.

Poucas ideias ou engenhos humanos conseguiram resistir aos testes diários de resistência, hoje podemos dizer por milênios, como ocorreu com as ideias e ideais que lastrearam o Direito Romano, fecundo embrião da atual *civil law*. Tanto que a corrida civilizatória, no limiar do século XIX, encontrou nos principais países da Europa Ocidental códigos civis, sendo o da França, denominado código napoleônico, o grande modelo: “O conteúdo destes códigos civis era quase idêntico àquele dos três primeiros livros das *Institutas* de Justiniano e aos elementos de direito civil romano que compunham o *jus commune* da Europa Medieval” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 23).

2.2 O Direito Canônico

Ainda como parte da tradição da *civil law*, tem-se o direito canônico da Igreja Católica Romana. Tratava-se de um corpo de leis e procedimentos desenvolvidos pela Igreja para o seu próprio governo e, ainda, para estabelecer os direitos e as obrigações dos fiéis.

O “direito civil romano era a lei universal do império temporal, diretamente associada à autoridade do imperador”. Já “o direito canônico era a lei universal do domínio espiritual, diretamente associada à autoridade da igreja” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 23).

2.3 O Direito Comercial

Finalmente, está na origem da tradição da *civil law* assim como da própria *common law*, o direito comercial, já que este é tão antigo quanto o próprio comércio. O direito comercial “desenvolveu-se principalmente na Itália durante a época das Cruzadas, quando o comércio europeu recuperou o domínio na área do mediterrâneo” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 36).

Os comerciantes italianos criaram “guildas” (algumas se assemelhavam às sociedades anônimas atuais) e diversas normas de conduta em assuntos de comércio.

Em contraposição ao direito civil romano e ao direito canônico, dominados por juristas e acadêmicos, o direito comercial foi criado por homens engajados no comércio, fruto do pragmatismo. Também havia cortes comerciais com juízes comerciantes leigos para a solução dos conflitos na referida seara (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 26).

Portanto, o direito civil romano, o direito canônico e o direito comercial são as principais origens ou fontes históricas da tradição ou sistema conhecido como *civil law*.

3 O PAPEL DAS REVOLUÇÕES – VIOLENTAS E INTELLECTUAIS – NA TRADIÇÃO DA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Como visto no item anterior, nas raízes da *civil law* não se encontram o direito constitucional e o direito administrativo. A razão para isso é que o direito público é produto ou construção das revoluções havidas no Ocidente, ocorridas a partir de 1776, que perduraram por mais de um século.

O movimento revolucionário inclui “as Revoluções Americana e Francesa, o Risorgimento (*sic*) Italiano, a série de guerras de independência que libertaram as nações latino-americanas, a unificação da Alemanha sob Bismarck e a libertação da Grécia do jugo turco depois de séculos de dominação” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 39).

Segundo Merryman e Pérez-Perdomo, esses eventos foram resultados de uma revolução intelectual ainda mais importante:

Certos modelos de pensamento sobre o governo e os indivíduos, há muito tempo estabelecidos, foram deixados de lado, e novas formas de pensamento sobre a humanidade, a sociedade, a economia e o estado ocuparam o seu lugar. Mesmo em partes do ocidente que escaparam a revoluções violentas (como, por exemplo, na Inglaterra) estas mesmas idéias vieram a prevalecer. É nesta revolução intelectual que encontramos as principais fontes do direito público na tradição da *civil law*. (Merryman e Pérez-Perdomo 2009, p. 39-40)

Mas, a revolução intelectual não refletiu apenas no direito

público. Uma de suas principais consequências foi a concepção do que passou a ser conhecido como direito natural, expressado principalmente na Declaração de Independência dos americanos² e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França. O cerne do direito natural baseava-se na ideia de que os homens nascem iguais, possuem direitos naturais como a propriedade, a liberdade e a vida. A função do governo seria justamente garantir esses direitos, por meio de representantes eleitos pelo povo.

Ainda decorrente da revolução intelectual, mencionada no preâmbulo deste item, na trilha de Montesquieu em “O Espírito das Leis”, seguiu-se a convicção sobre a necessidade da separação dos poderes governamentais. “O objetivo era prevenir a intromissão do judiciário em áreas – elaboração das leis e sua aplicação – reservadas a outros dois poderes.” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 41).

Essa concepção preventiva em relação ao judiciário não havia na Inglaterra, visto que neste País a tradição judicial constituída foi de “uma força progressiva ao lado dos indivíduos contra o abuso de poder do governante, tendo tido também um papel importante na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 41).

O sistema conhecido como *checks and balances* americano (freios e contrapesos) não enfatizava de forma especial o isolamento do judiciário. Já, na França, a aristocracia judicial foi um dos alvos específicos da revolução. Na França, via-se uma tendência dos juízes em se identificar com a aristocracia rural, assim como uma falha dos juízes entre produzir e aplicar o direito (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 29):

Montesquieu foi muito convincente na sua teoria no sentido de que a única forma de evitar este mal seria separar o poder legislativo e o executivo do judiciário, sendo que este deveria permanecer restrito

2 No preâmbulo da referida Declaração, consta: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre eles estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.” FERGUSON, Niall. *Império*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010. p. 113.

a aplicar o direito elaborado pelo legislador, sem interferir nas funções administrativas do executivo.

Ainda como fruto da revolução intelectual de início mencionada, sobrevém a glorificação do estado (a lealdade do indivíduo era para com o Estado; as obrigações e relações feudais estavam abolidas; as obrigações religiosas perderam importância legal).

Finalmente, o nacionalismo foi outro fruto das revoluções. O sistema legal deveria expressar os ideais e a unidade da cultura nacional, rejeitando qualquer autoridade do direito vindo de outra origem que não fosse eminentemente nacional.

Entretanto, também estes dois aspectos – glorificação do estado e nacionalismo – foram sentidos de forma mais serena na Inglaterra, que manteve o feudalismo na sua forma, transformando-o em substância. Ritos da igreja sobreviveram, porém a influência eclesiástica no processo legislativo diminuiu até desaparecer. Portanto, a *common law* oriunda da Inglaterra, não sofreu rejeição em favor do interesse do estado, nacionalismo, positivismo e soberania.

Ao contrário, a *common law* da Inglaterra foi uma força positiva no surgimento da Inglaterra como estado-nação, e este sistema legal foi vigorosamente adotado como demonstração da identidade e gênio nacionais. No continente, a revolução parecia requerer uma rejeição da antiga ordem legal; na Inglaterra, ela parecia requerer sua aceitação e mesmo sua glorificação. As implicações desta diferença de atitudes em relação à codificação nos mundos da *civil law* e da *common law* são óbvias. No continente, onde se pressupunha necessária a rejeição ao *jus commune*, era natural que o novo sistema legal fosse codificado; na Inglaterra, onde se julgava importante manter a *common law*, nenhuma necessidade de codificação foi sentida. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 47-48)

O fato é que a doutrina do *stare decisis* (poder e obrigação dos órgãos judiciais em basear seus julgamentos em decisões anteriores), típica da *common law*, era incompatível com a doutrina muito bem desenvolvida nos países da *civil law*, especialmente da separação de poderes. Decisão judicial não é lei e somente normas aprovadas pelo poder legislativo poderiam ser invocadas para os julgamentos.

4 *COMMON LAW* E DOMÍNIO BRITÂNICO PELO MUNDO

Poder-se-ia afirmar, à luz dos registros históricos dos colonizadores a serviço do Império Britânico, que a cada povo conquistado ou que viesse a se submeter ao domínio da Inglaterra, implicitamente também estaria subjugado ao sistema jurídico então vigente em Londres.

Não se olvida o que o nefasto domínio sob o escopo de um dito processo de colonização nos moldes do britânico trouxe a varias nações, em especial às presentes no continente africano e asiático em que o objetivo precípua era a extração de riquezas.

Mas como a exploração do comércio entre as colônias britânicas se dava notadamente por meio da iniciativa privada - a exemplo da empresa que atuava sobremaneira na Índia, denominada Cia. das Índias Orientais, empresa de direito privado, que captava recursos de investidores e que esperavam dela boa remuneração -, era necessário dotar este intercâmbio entre as nações politicamente submetidas à colonização inglesa, de regras jurídicas em ambos os lados, ou seja, entre colonizador e colonizados.

A Inglaterra, já à época sob a forma de monarquia parlamentarista, concedia o monopólio estatal do comércio às empresas privadas inglesas, por um determinado período, determinada região geográfica e para determinados produtos, como açúcar, tabaco, chá ou tecidos.

Com base no decreto imperial que concedia o monopólio de algum tipo de comércio, os investidores criavam companhias para explorá-lo e juridicamente estavam aptos a angariar capitais para lastrear os empreendimentos resultantes.

O império não corria o risco direto do negócio resultante da concessão do monopólio estatal, e não colocava dinheiro, poupando assim o erário real, que apenas participava dos lucros, se ocorressem, na forma de tributos. O Império inglês impunha, por meio da força quando necessário, os comandos políticos à dominação e colonização do território-alvo da concessão do mencionado monopólio estatal de comércio.

Assim, o modo de fazer justiça, fazer negócios e a implantação

de seu idioma - principal mercadoria de exportação do Império inglês - iam se fixando nas nações colonizadas e no bojo desta bagagem tida como civilizatória, em especial a *common law*, sedimentaram o amálgama da colonização e cultura britânica, que perduram até hoje em suas ex-colônias, a exemplo do Canadá.

O Canadá, por excelência, de início uma colônia francesa, recebeu influência da *civil law*, notadamente na região da atual província de Quebec, sede da antiga colônia, às margens do Rio São Lourenço.

A propósito, a palavra Quebec, na língua nativa, significa “onde o rio se estreita”, fato geográfico que se verifica na cidade de Quebec, o que favoreceu a defesa e implantação das primeiras habitações na região, onde predominava o valioso comércio de peles.

Os franceses auxiliaram sobremaneira os americanos, quando da sua guerra pela Independência da Inglaterra, sua então arquirrival.

Por consequência, a Inglaterra após perder sua principal colônia, então formada por treze colônias menores, que vieram a formar os Estados Unidos da América, em represália, invadiu e arrancou o Canadá da dominação francesa.

No entanto, a Inglaterra não conseguiu anglicizar a região de Quebec, onde a cultura francesa já estava bem consolidada, o que fez chegar até hoje, dentre outras características da cultura da província de Quebec, a *civil law* originária da época da dominação francesa.

No entanto, em todo o Canadá perdura a duplicidade de idiomas oficiais, inglês e francês.

Ainda resquício da influência da cultura francesa, a província de Quebec recentemente decidiu ser necessário, pela via do plebiscito nacional, consultar a população, sobre a permanência ou não da província de Quebec, como integrante do atual país Canadá, o que nos permite inferir quão marcante ainda é a influência francesa na região, mesmo após longo tempo de dominação britânica.

O resultado do plebiscito, por apertada margem, manteve Quebec anexada ao atual Canadá, mas nada obsta que eventual novo plebiscito não possa questionar e mudar tal situação.

Assim, fácil deprender como é sensível e frágil a coexistência da província de Quebec com as demais províncias canadenses onde predomina a cultura inglesa, desaguando naturalmente em questionamentos sobre os modos de fazer justiça, em ambas as margens da província de Quebec, incrustada em meio à predominância da cultura inglesa.

Dessa forma, ao olharmos para o mosaico jurídico que compõe a sociedade canadense, que recepcionou tanto a *common law* como a *civil law*, temos que ter presente os reflexos dessa dupla adoção no dia a dia das pessoas, nos aspectos social e econômico, notadamente no modo de fazer negócios.

A título de exemplo, a província de Quebec, não raro é tida como detentora de uma legislação mais protecionista em relação aos trabalhadores e com maiores encargos tributários, quando comparada com as demais províncias que adotam o *common law*. Muitos negócios já migraram da província de Quebec para outras províncias, em face das particularidades distintas entre as legislações provinciais. No entanto, a província de Quebec é pujante economicamente, e o Canadá ali tem uma das maiores contribuições para o seu encorpado PIB.

A exemplo do Canadá, o sistema jurídico ou tradição jurídica que se convencionou chamar *common law*, foi também aplicada a outros povos sob a égide da colonização britânica, que foi principalmente feita com capital e risco privado, sob o manto de proteção estatal dos canhões da Marinha Britânica. De forma sucinta, o modo de colonizar e, a seu ver, civilizar, dava-se da forma adiante alinhada.

A Inglaterra entrava com o seu poderio militar para submeter os povos em que detinha interesse comercial e colonizatório e a iniciativa privada pagava os impostos devidos sobre as transações havidas, nos moldes da *common law*, e assim remunerava o Tesouro Britânico pelos gastos produzidos pela sua presença governamental e armada nos países colonizados.

A colonização inglesa, em termos de custos ao Tesouro Inglês, foi um exemplo de boa administração e um triunfo do minimalismo, naturalmente com apoio do seu eficiente sistema legal – *common law*.

Apenas aproximadamente 1000 ingleses dominavam 400

milhões de habitantes colonizados na Índia britânica no final do domínio inglês (FERGUSON, 2010, p. 201). Essa minguada equipe não era exclusividade da Índia britânica. “A elite administrativa inteira do serviço na África – espalhada por mais de uma dúzia de colônias com uma população de cerca de 43 milhões – somava pouco mais de 1200.” (FERGUSON, 2010, p. 235).

Portanto, o sistema jurídico *commom law* se fazia necessário tanto na Inglaterra como em suas colônias, para permitir segurança jurídica para os investidores da iniciativa privada que recebiam concessões de terras da Coroa. Essas propriedades eram hipotecadas por banqueiros ingleses, em especial se destacava o Banco Rotschild, que esperavam receber seus empréstimos, ao tempo que os investidores esperavam minimizar seus riscos com segurança jurídica nas colônias, nos mesmos moldes do sistema jurídico então existente na Inglaterra.

Há ter presente, então, que um sistema de justiça nos moldes da *commom law* foi muito bem aproveitado e utilizado pela Inglaterra colonizadora e é melhor do que nenhum, que foi a situação encontrada pelos ingleses em muitas das 53 nações por eles colonizadas, embora não se trata de corroborar ou apresentar um julgamento histórico neste trabalho sobre o destacado processo de colonização inglesa.

5 DIFERENÇAS ENTRE AS TRADIÇÕES DA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* E A IDEOLOGIA REPRESENTADA POR ELAS

A tradição jurídica retrata o ordenamento jurídico e a cultura da qual é uma expressão parcial. Colocado o sistema jurídico sobre a perspectiva cultural, neste trabalho serão analisadas as principais diferenças das tradições *civil law* e *common law*.

5.1 A codificação

Faz parte na noção do senso comum, que o sistema da *civil law* se caracteriza por normas codificadas, enquanto o *common law* baseia-se principalmente em decisões judiciais precedentes. Esta ideia ao mesmo tempo é uma simplificação exagerada dos dois sistemas, mas também

expressa um conjunto de diferenças entre as duas tradições jurídicas.

Pode haver em um estado sujeito a *common law* tanta legislação quanto aquela encontrada em países de *civil law* (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 53).

A existência de codificação também não é critério, por si só, para identificação da *civil law*. A título de exemplo, o estado da Califórnia possui mais códigos do que muitos países da *civil law*, porém não é uma jurisdição submetida ao sistema da *civil law*. O mesmo ocorre em várias unidades federativas dos Estados Unidos.

Entretanto, se a codificação como forma não é capaz de definir o conteúdo desses sistemas, o caráter ideológico da codificação – como expressão – traz sentido para o estudo e análise das diferenças entre os sistemas. Assim, a ideologia que opera no mundo da *civil law* é completamente diferente da *common law*.

A pretensão de Justiniano ao publicar o *Corpus Juris Civilis*, como já analisado em linhas anteriores, era abolir todo o direito anterior. O mesmo intento buscou o código Napoleônico. Quaisquer princípios anteriores ganharam validade pela incorporação ocorrida no código, e não pela existência reconhecida pela sua aplicação anterior. Portanto, a codificação nesses modelos revela a ideologia do estatismo e do novo – glorificação do estado como nação, revelado por uma nova ordem jurídica codificada.

Por muitas décadas depois da aprovação do Código Napoleão (o código civil francês de 1804), um amplo grupo de juristas franceses manteve firmemente a ficção de que a história era irrelevante para a interpretação e aplicação do código. Este ponto é ilustrado pela tão frequentemente citada afirmação de um advogado francês do período: “eu não sei nada sobre o direito civil; só conheço o Código Napoleão”. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 56)

Além disso, também era ideal da revolução tornar o sistema legal simples, claro, dispensando os advogados e o tecnicismo atribuído a tal categoria profissional. Neste sentido, o Código Civil Francês de 1804 “foi imaginado como um tipo de livro popular que poderia ser colocado na prateleira próximo à Bíblia da família ou, talvez, em seu lugar” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 56).

A ideia de Montesquieu sobre a separação dos poderes estava mais viva do que nunca, de maneira que somente o poder legislativo poderia elaborar o direito. Portanto, a codificação era necessária para este ideal, sendo que se negaria aos juízes até mesmo o poder de interpretar a legislação. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 56)

Sabe-se que tal intento não passou de uma utopia, porque a interpretação é ínsita ao ato de julgar.

A codificação no modelo da *common law*, entretanto, parte de outra ideologia e realidade cultural. O Código Civil da Califórnia e o Código Comercial Uniforme, este adotado em quaisquer jurisdições americanas, não se arvoram na pretensão da completude. O juiz não precisa necessariamente encontrar dentro do código suas razões de decidir; além disso, a codificação não representa uma rejeição do passado e a criação de um direito novo, mas apenas o seu aperfeiçoamento e suplementação.

A fim de corroborar tal entendimento, comentam Maciel e Aguiar sobre o direito inglês, de tradição oriunda da *common law*:

O direito inglês não foi renovado nem pela retomada do direito romano, a partir do século XII, nem pela codificação levada a cabo desde o início do século XIX. Aparentemente, e justificadamente, esse direito não sofreu rupturas, inserido em um processo de continuidade histórica muito valorizado pelos juristas ingleses. Justamente por não ter havido rupturas é possível, no século XXI, juristas ingleses invocarem decisões judiciais dos séculos XIII e XIV. (AGUIAR, 2010, p. 124)

Portanto, a ideologia da codificação na tradição da *civil law* é revolucionária e inovadora, enquanto que na *common law* é muito mais conservadora.

5.2 A atuação dos juízes na tradição da *common law* e da *civil law*

Segundo Merryman e Pérez-Perdomo a tradição jurídica da *common law* “foi criada, cresceu e desenvolveu-se nas mãos dos juízes, que fundamentam cuidadosamente caso a caso e constroem um corpo de direito que vincula os juízes que se lhes seguirão, através da doutrina do *stare decisis*, para que decidam similarmente casos semelhantes” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 63).

Embora exista legislação, sua função é complementar, pois a “*common law* significa o direito criado e moldado pelos juízes” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009 p. 63).

Na *common law* os juízes são indicados ou eleitos para posições no judiciário, levando em conta vários fatores, inclusive sucesso em suas atividades, sua reputação entre os demais advogados e influência política. No Canadá os juízes são nomeados.

A tradição dos juízes na *civil law* remonta aos tempos romanos, na figura do *iudex*, cuja função principal era arbitral. No período imperial romano, os litígios passaram a ser solucionados por funcionários treinados em direito, cuja função era aplicar a vontade do imperador e por isso não poderiam criar o direito.

A consagração da teoria da separação dos poderes e a revolução francesa restringiram ainda mais a função judicial. Normas legais deveriam ser feitas apenas pelos representantes do poder legislativo, vale dizer, a lei não poderia ser criada, direta ou indiretamente, pelos juízes. O próprio processo decisório seria construído para moldar-se à racionalidade da *civil law*: “a premissa maior está na lei, os fatos do caso constituem a premissa menor, e segue-se inevitavelmente a conclusão” (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 66).

Embora na atualidade o quadro desenhado pelos autores Merryman e Pérez-Perdomo esteja parcialmente distanciado da realidade, haja vista os inúmeros problemas para os quais os juízes da *civil law* são instados a solucionar, sem que a codificação dê conta e o resultado seja satisfatório a eles, o fato é que o juiz moderno na tradição da *civil law*, teve inspiração no *iudex* romano, primeiro como juiz arbitral e depois como agente aplicador da vontade do legislador.

Além disso, se pensarmos na realidade brasileira, com as inúmeras edições de súmulas – vinculantes ou não – e ainda nas orientações jurisprudenciais oriundas das Sessões Especializadas do TST, fica difícil imaginar um sistema genuíno em quaisquer das suas formas – *civil law* ou *common law*. Cada vez mais há interações das tradições jurídicas, em constante evolução sob os influxos da vida real.

6 “BIJURALISMO” CANADENSE E SUAS IMPLICAÇÕES

Como acentuaram os professores Lorne Sossin e Sujit Shoudhry, na palestra de abertura do I Congresso Internacional da AMB, a grande questão canadense é saber como dois sistemas com tradições jurídicas diferentes podem funcionar juntos.

Para o Prof. William Tetley a jurisdição mista no Canadá é facilitada e talvez até mesmo subordinada à presença de pelos menos dois idiomas oficiais no País (inglês e francês), cada um espelhando culturas e sistemas jurídicos distintos. Além disso, o fato de o Canadá adotar o sistema federativo também auxilia no processo de convivência dos dois sistemas, especialmente em face das pressões da “globalização”. O importante, segundo o referido professor, é que ambas as tradições sejam respeitadas e mantidas em equilíbrio, de modo que uma não ofusque e oblitere a outra. Só assim é possível enriquecer e fortalecer os mecanismos nacionais e internacionais de cultura jurídica (TETLEY, 2011).³

Quais são as implicações do bijuralismo? Propriedade e direitos civis cabem às províncias regular. A província do Quebec manteve o Direito Civil codificado; as outras províncias, conservam o direito costumeiro. Porém na própria província do Quebec, em questões de direito público e administrativo, o direito é o costumeiro, seguindo a tradição da *common law*.

O Governo Federal busca a harmonização de ambos os sistemas, porém o que une o país não é o bijuralismo ou bijudicialismo, mas a ideologia do multiculturalismo, vinculado a aspectos históricos e filosóficos.

O Canadá é uma nação federativa e a natureza federal permite e define o alcance do bijuralismo. Em nove províncias, a tradição é da *common law* e apenas na província do Quebec a tradição é da *civil law*.

De acordo com os professores Lorne e Soussin também a *common law* sofre muitas mudanças e não para de evoluir, tanto que às vezes acaba por se tornar incoerente, havendo tentativa de se passar aos

3 TETLEY, William. *Mixed Jurisdictions: Common Law vs. Civil Law (Codified and Uncodified)* Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tetley.html>. Acesso em 6 jan. 2011. Tradução livre da autora.

códigos.

O Prof. Willian Tetley relata sua experiência acadêmica envolvendo duas tradições jurídicas (bijural), primeiramente na Faculdade de Direito em Quebec (1948-1951) e depois, durante dezenove anos, no exercício da prática do Direito. Segundo o referido professor, embora o aprendizado tenha sido sob orientação da *civil law*, em questões envolvendo direito empresarial, fiscal, penal e administrativo, a tradição jurídica era a da *common law*. Portanto, juízes e advogados não tiveram nenhuma dificuldade em se adaptar aos dois sistemas, de modo que, imperceptivelmente, uma tradição jurídica se mescla à outra. (TETLEY, 2011). Também salienta o referido professor não haver problema no cotidiano em conciliar a prática do Direito Civil, de tradição da *civil law*, em Quebec e, da *common law*, em outras províncias ou tribunais do Canadá (TETLEY, 2011).

Tal situação prática se justifica, pois, como se viu desde Justiniano e mais marcadamente com Napoleão, a codificação era a busca de um novo marco de regulação jurídica, cuja ideologia principal era o rompimento com o passado.

No Canadá, porém, a ideologia é outra. A busca é pela harmonização dos sistemas jurídicos, não pelo rompimento. Utilizando-se da metáfora do mosaico, o desafio é colocar dois sistemas - embora de origens diferentes - a funcionarem bem juntos.

7 O SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO DO TABALHO

Como visto anteriormente, aspectos eminentemente históricos justificam as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*. Porém, a convivência das duas tradições jurídicas (bijuralismo ou bijudicialismo) ocorre no Canadá.

Desta maneira, sem que o Brasil ignore seus aspectos históricos e sua tradição “*civil law*”, é possível construir um sistema de precedentes à brasileira. Tal intento foi buscado pelo Novo Código de Processo Civil, principalmente na tentativa de tornar o sistema jurídico coerente, justo e uniforme.

Nas palavras de Fredie Didier Jr., o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Incidente de Assunção de Competência e o Incidente de Uniformização de Jurisprudência da Lei n. 13.015/14 - de aplicação exclusiva no âmbito recursal trabalhista - formam o sistema de precedentes no Processo do Trabalho.⁴

O IRDR já foi tratado *de per si* no âmbito desta Revista, razão pela qual se recomenda ao leitor tais comentários.⁵ Far-se-á análise, portanto, no tocante ao IAC, à luz do NCPC, e ao IUJ, considerando a Lei n. 13.015/14.

7.1 Incidente de Assunção de Competência

Tal instituto aplica-se ao Processo do Trabalho conforme fixado no Enunciado 335 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *in verbis*: “O incidente de assunção de competência aplica-se ao processo do trabalho”.

O IAC foi idealizado também com o objetivo de parametrizar e uniformizar questões relevantes de direito levadas aos Tribunais. Não guarda relação com o IRDR no aspecto da exigência de múltiplos processos para sua instauração, pois o IRDR exige “a efetiva repetição de processos” (art. 976, I, do NCPC), enquanto que o IAC refere-se, expressamente, à desnecessidade de repetição em múltiplos processos (art. 947, “*caput*”, “*in fine*”, NCPC).

A instauração do IAC, portanto, funda-se na “relevante questão de direito, com grande repercussão social”. (art. 947, “*caput*” do NCPC)

Sobre o vocábulo “questão”, tratado pela norma, Dinamarco explica que “é empregado no texto da lei (...) em seu puro significado carneluttiano, a designar toda a dúvida surgida no espírito do juiz ou levada a ele pelas partes”. (DIMARCO, 2002, p. 136). Acrescento, em reforço, que para efeito do IAC, a questão deve ser eminentemente de direito, pois dúvidas sobre fatos não ensejam a instauração do incidente.

⁴ Anotações da autora feita por ocasião da palestra do Prof. Didier no dia 16-4-2015 em evento da EJUD-12.

⁵ O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR – no Novo Código de Processo Civil e sua aplicabilidade no âmbito do Processo do Trabalho.

Para a instauração do IAC o relator deverá expor a divergência sobre a matéria e propor que o recurso seja julgado pelo órgão colegiado, conforme indica o regimento interno do Tribunal. Neste ponto o IAC e o IRDR guardam semelhança, visto que o recurso não será mais julgado pela Câmara ou Turma, mas, sim, pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

Convém notar que para o IAC o requerimento do relator para sua instauração pode ser de ofício ou a pedido da parte, do Ministério Público e ainda da Defensoria Pública (art. 947, § 1º, do NCPC).

O objetivo do IAC é fixar os precedentes, conferindo maior previsibilidade e dinamismo aos julgamentos de causas de relevante interesse social. Nas palavras de Bueno, o IAC é “técnica disposta a evitar dispersão jurisprudencial - ‘prevenção ou composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal’, como se lê no § 4º.” (BUENO, 2015, p. 953)

Nas palavras de Dinamarco, o IAC se justifica porque “a relevante questão de direito” a ser julgada transcende “os interesses dos sujeitos em litígio, projetando influência sobre a sociedade como um todo ou sobre os valores inerentes à vida social, notadamente aqueles que a Constituição Federal abriga e resguarda” (DIMARCO, 2002, p. 137).

Portanto, o IAC necessitará de muita sensibilidade, perspicácia e reflexão dos desembargadores sobre os desdobramentos de uma questão relevante de direito, de modo que sua apreciação implicará a sedimentação do entendimento (fixação do precedente), que vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, conforme expressa disposição do § 3º do art. 947 do NCPC.

Ainda sobre a “questão relevante de direito” com “grande repercussão social”, Castro descreve, com auxílio na doutrina de Arruda Alvim, situações que poderiam ensejá-la:

- a.* A expressão de uma “construção encoberta do direito”;
- b.* A interpretação difícil e largamente debatida do direito;
- c.* Comportar diversas interpretações, dando azo à vasta abrangência, em função de sua forte carga de subjetividade;
- d.* A percepção de “injustiça”, que a faz flertar com a noção de

- construção do direito contra ou *praeter legem*;
- e.* O forte dissenso doutrinário e jurisprudencial a respeito de questão tratada na decisão;
 - f.* A presença do Estado como parte interessada;
 - g.* A *quaestio juris* deve apresentar uma carga semântica ampla, a denotar interesse público;
 - h.* A hipótese de a decisão original ter sido elaborada com densidade argumentativa deficitária, de forma a demandar esclarecimentos supervenientes no intuito de preservar a unidade do direito. (CASTRO, 2014, p. 74, 75)

Portanto, o que ressalta no IAC e indicará a sua utilização é a “questão relevante de direito” com “grande repercussão social”, o que somente o olhar aguçado e reflexivo poderá desvelar.

7.2 Lei n. 13.015/2014 e o Incidente de Uniformização de Jurisprudência - IUJ

A Lei n. 13.015/2014 foi uma alternativa à regulamentação do critério de transcendência, o qual se revelou inviável (DALAZEN, 2015, p.7).

A iniciativa da mencionada lei partiu do próprio Tribunal Superior do Trabalho (Resolução Administrativa n. 1451, de 24-5-2011).

Após sua aprovação, a Lei n. 13.015/2014 modificou vários artigos da CLT, em especial no tocante aos recursos de revista e embargos, cujos julgamentos cabem ao TST.

Nada obstante as profundas modificações no tocante aos mencionados recursos, a Lei n. 13.015/2014 objetivou, precipuamente, incumbir a responsabilidade e o ônus aos Tribunais Regionais do Trabalho do país de uniformizarem sua jurisprudência, levando em conta seus precedentes, conforme dispõe expressamente o art. 896, § 3º, da CLT. É bem verdade que desde 1998, por meio da Lei n. 9756/98, já existia a obrigatoriedade de os TRTs uniformizarem sua jurisprudência. Entretanto, os TRTs não o faziam porque, segundo o Ministro Dalazen:

- a.* era mais cômodo deixar ao TST a tarefa de uniformizar a jurisprudência interna dos TRTs, no recurso de revista por

divergência;

b. o disciplinamento normativo do IUJ, estritamente no CPC, era insatisfatório, em especial ao não contemplar mecanismos de estímulo à uniformização e de coerção para a suscitação desse incidente. (DALAZEN, 2015, p. 24)

Portanto, agora, com a Lei n. 13.015/2014, se os TRTs não uniformizarem espontaneamente sua jurisprudência, pelos mecanismos nela previstos, haverá determinação para que o façam pelo TST.

Porque isso se deu? Nas palavras do Ministro Dalazen: “o Tribunal Superior do Trabalho **não** apenas uniformizava e uniformiza (recursos de revista residuais) a jurisprudência **entre** Regionais, mas igualmente uniformizava a jurisprudência **interna do Regional.**” (DALAZEN, 2015, p. 9, grifos no original).

Vale dizer, um recurso de revista poderia ser conhecido por divergência de aresto com outro Tribunal Regional do Trabalho. Entretanto, o aresto objurgado não necessariamente refletia a posição majoritária ou dominante do Tribunal Regional do Trabalho.

Neste sentido, a partir da Lei n. 13.015/2014, duas modificações substanciais foram realizadas acerca dos precedentes nos TRTs e no TST, agora previstas no § 6º do art. 896 da CLT, a saber:

a. compete a cada Regional promover a homogeneização da respectiva jurisprudência **interna** mediante incidente de uniformização de jurisprudência (Incidente de Uniformização de Jurisprudência);

b. compete ao **Tribunal Superior do Trabalho** a tarefa de uniformizar a jurisprudência trabalhista nacional, isto é, **entre** os Regionais, e não **nos** Regionais. (DALAZEN, 2015, p. 9)

O objetivo do incidente de uniformização de jurisprudência é “uniformizar a orientação jurisprudencial da Corte sobre determinada **questão jurídica**, sempre que **configurado ou na iminência de configurar-se** um dissenso jurisprudencial no âmbito do próprio Tribunal Regional do Trabalho” (DALAZEN, 2015, p. 25)⁶.

⁶ Negrito e sublinhado conforme original.

Prescreve, ainda, o § 4º do art. 896 da CLT, que, ao constatar “decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto do recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.”

Portanto, a uniformização da jurisprudência é obrigatória e pode culminar com a edição de súmulas (se aprovadas por maioria absoluta dos membros do Tribunal), que expõem a tese jurídica vencedora, de modo que a Lei n. 13.015/14 atribuiu a responsabilidade aos “Tribunais Regionais do Trabalho na construção e preservação da própria jurisprudência” (DALAZEN, 2015, p. 10).

Note-se que, após o julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência previsto no § 3º do art. 896 da CLT, “unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência” (art. 896, § 6º, da CLT).

Importante ressaltar, ainda, que o IUJ pode ser instaurado a fim de buscar um posicionamento prévio do Tribunal ou Órgão Especial, na iminência de ocorrer divergência entre os órgão fracionários (turmas ou câmaras). Mas, o § 4º do art. 896 da CLT também permite o IUJ quando já julgados os recursos ordinários nos TRTs, o TST verificar, por conta dos recursos de revista interpostos, que persiste a divergência. Neste caso o TST, de ofício ou mediante provocação, “determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que o TRT proceda à uniformização da jurisprudência (...)” (DALAZEN, 2015, p. 27)

O IUJ da CLT possui os seguintes legitimados, para suscitá-lo:

a. o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou o Ministro Relator, ambos mediante decisões irrecorríveis. (§ 5º do art. 896 da CLT);

b. qualquer das partes, ou o órgão do Ministério Público do Trabalho, sem prejuízo da atuação de ofício da Turma do

Tribunal Superior do Trabalho. (DALAZEN, 2015, p. 27)

Sobre o momento para suscitar o IUJ, ensina também o Ministro Dalazen:

a. o IUJ pode ser provocado **de ofício**: Pelo Ministro Relator, a qualquer momento antes do julgamento, mediante decisão irrecurável, **ou** até o momento de proferir voto em sessão, **ou** enquanto não proclamado o resultado do julgamento; igualmente poderá fazê-lo qualquer componente da Turma competente do Tribunal Superior do Trabalho no momento de proferir voto, **ou** enquanto não proclamado o resultado do julgamento; **nunca**, porém, após julgado o recurso de revista, mesmo em embargos de declaração, pois tal pressuporia o desfazimento da decisão da Turma, para o que não haveria amparo legal;

b. o Ministério Público do Trabalho poderá fazê-lo até o início da sessão ou mesmo no curso do julgamento da Turma do Tribunal Superior do Trabalho;

c. já as **partes** poderão fazê-lo nas contrarrazões do recurso de revista, **ou** mediante petição avulsa dirigida à Turma do Tribunal Superior do Trabalho, e/ou ao Relator, até a proclamação do resultado do julgamento do recurso de revista e, assim, inclusive no curso do julgamento, nunca, depois, que se terá operado a preclusão. (2015, p. 27-28, negrito e sublinhado do original)

Quanto à competência para o julgamento do IUJ, cabe ao Pleno ou ao Órgão Especial, que fixará a tese jurídica e aprovará, se for o caso, a Súmula. Porém, continua competindo à Câmara ou Turma o julgamento do recurso principal (ordinário ou agravo de petição), a qual aplicará a tese jurídica vencedora no IUJ (DALAZEN, 2015, p. 28).

É irrecurável o acórdão que julga o IUJ, seja pelo Pleno ou pelo Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho (art. 896, “caput”, da CLT). Os acórdãos a desafiam recurso de revista são aqueles proferidos no julgamento do recurso ordinário ou agravo de petição, baseados no acórdão proferido no IUJ.

8 CONCLUSÃO

Uma tradição jurídica retrata um conjunto de atitudes com raízes profundas sobre o papel do direito na sociedade e na política; sobre a organização adequada de um sistema jurídico; sobre o processo de produção legislativa, sua aplicação, estudo e aperfeiçoamento.

Portanto, a tradição jurídica retrata o sistema legal e a cultura da qual é expressão parcial. Assim, o sistema jurídico deve ser analisado sob uma perspectiva cultural. No caso do Canadá, por se tratar de uma sociedade multicultural, apresenta esses traços também no seu sistema jurídico, mantendo e harmonizando tanto a tradição da *civil law* em Quebec, como da *common law*, nas demais províncias.

Desta forma, o Brasil, mesmo com sua tradição da *civil law*, pode construir seu próprio sistema de precedentes.

Platão, em sua República - que deveria ser governada por filósofos ou pelo sentido da filosofia - tinha como desnecessário, de início, o direito positivo (escrito), pois os magistrados deveriam decidir de acordo com as circunstâncias de cada caso particular. No entanto, nos diálogos mais tardios presentes em “O Político e as Leis”, já idoso e entristecido com a má experiência na Sicília, passou a entender como necessária a fixação de princípios de governo em leis positivas.

Ainda vivenciamos, em terras *brasilis*, os mesmos dilemas de Platão, porém, ao contrário temos uma infinidade de leis, porém os tribunais continuam a julgar diferente causas idênticas.

Neste sentido, o sistema de precedentes no Processo do Trabalho – composto pelo IRDR, IAC e IUJ - será um importante passo para garantir a racionalidade do nosso sistema jurídico, de modo a torná-lo mais isonômico e seguro.

A premissa básica para o IRDR, IAC e IUJ é a questão de direito, sendo que no primeiro e terceiro incidentes (IAC e IUJ) a tônica de preocupação é a quebra de isonomia e insegurança jurídica que julgados divergentes podem trazer. Já para o IAC, sobreleva a repercussão da “questão social” que envolve a matéria.

Mais importante, ainda, será a atuação de todos os operadores

jurídicos na compreensão e aplicação desse sistema de precedentes à brasileira.

REFERÊNCIA

AGUIAR, Renan. *História do Direito*. José Fábio Rodrigues Maciel (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, João Pedro Almeida Viveiros de. Análise do Instituto da Assunção de Competência Dentro dos Escopos da Reforma do CPC. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 17, jan./abr., 2014. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista64/revista64_74.pdf. Acesso em: 7 jul. 2014.

DALAZEN, João Oreste. Apontamentos sobre a Lei nº 13.015/14 e impactos no sistema recursal trabalhista. *Revista Eletrônica* do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região, v. 4, n. 40, maio de 2015. Disponível em: www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=40. Acesso em: 16 jun. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERGUSON, Niall. *Império*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010.

MERRYMAN, John Henry. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. John Henry Merryman; Rogelio Pérez-Perdomo; tradução: Cassio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

TETLEY, William. *Mixed Jurisdictions: Common Law vs. Civil Law (Codified and Uncodified)* Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tetley.html>. Acesso em: 6 jan. 2011. Tradução livre da autora.