A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO NOVO CPC

The jurisprudencial divergence in the new Code of Civil Procedure

Johnand Pereira da Silva MAURO.[1]
Givaldo Mauro de MATOS [2]

RESUMO

A instabilidade da jurisprudência compromete, sobremaneira, a segurança jurídica quando uma questão é posta sob a apreciação do poder judiciário. Embora conhecedores dos princípios constitucionais e processuais da persuasão racional, da liberdade do magistrado e da livre apreciação da prova, não se pode ter no poder judiciário uma loteria, ou um jogo de azar, onde a liberdade funcional do magistrado, sua ótica sobre as provas, assim como suas convicções mais íntimas se sobreponham à lei. Assim, a unificação da jurisprudência se faz necessária e imperiosa para a efetividade do devido processo legal, evitando que demandas se protraiam no tempo, gerando a ineficiência do poder judiciário como um todo. O novo CPC traz importantes inovações no sentido de unificação e preservação da autoridade dos precedentes, que serão analisados no presente trabalho.

PALAVRAS CHAVE

Instabilidade da jurisprudência, segurança jurídica, jurisprudência no novo CPC.

SUMMARY

The instability of law committed, greatly, legal certainty when a question is put under the consideration of the judiciary. While connoisseurs of the constitutional and process principles of rational persuasion, freedom of the magistrate and the free evaluation of evidence, can not have in the judiciary a lottery or a game of chance, where freedom functional magistrate, his perspective on the evidence, as well as their most profound convictions overlap with the law. So the unification of the case law is necessary and imperative to the effectiveness of due process, preventing demands if protraiam in time, generating inefficiency of the judiciary as a whole. In this work, the main elements of achieving the unification of jurisprudence and jurisprudential problems about instability will be presented.

KEYWORDS

Instability of jurisprudence, legal certainty, jurisprudence in the new CPC.

1 Advogado, Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB. E-mail: johnandmauro@hotmail.com

2 Graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados UNIGRAN; Graduação em Teologia pela Faculdade Teológica Batista Ana Wollerman (1996); Mestrado em Ciências da Religião pela Universidade Metodista de São Paulo (2003). Professor na Faculdade de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. givaldomatos@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Embora controvérsia doutrinária, a jurisprudência constitui verdadeira fonte[3] de interpretação da lei, ainda que por parte da doutrina não seja considerada como fonte formal do direito. Operadores do direito ainda encontram razoável dificuldade na utilização da jurisprudência, tanto em petições como em decisões dos tribunais, estes a utilizando com um pouco mais de coerência e tecnicidade, todavia distante do ideal.

Com a recente sanção do novo Código de Processo Civil, as obrigações do jurisdicionado e do julgador vão além de simplesmente mencionar um julgado, ementa, ou simplesmente um número de processo que entenda ser semelhante ao discutido em favor do seu cliente ou que sufrague o entendimento do juízo prolator, passando a exigir uma análise mais aprofundada do precedente invocado e análise comparada com o caso concreto.

Agora, por determinação legal, a citação de julgado, precedente ou súmula de jurisprudência pacífica, deverão vir acompanhadas das razões que levaram o peticionário ou julgador a trazê-la aos autos, assemelhando-se a dialética do *common law*, como será demonstrará adiante.

No presente artigo, expõe-se uma breve comparação entre a aplicação da jurisprudência nos direitos consuetudinários e romano-germânicos para, em um segundo momento, proceder a análise da jurisprudência como fonte do direito pátrio, importante elemento na aplicação da lei e instrumentalização da justiça.

1. BREVE COMPARATIVO ENTRE A APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NOS DIREITO ANGLO SAXÔNICO (*COMMON LAW*) E NO DIREITO ROMANO GERMÂNICO (*CIVIL LAW*)

A jurisprudência no ordenamento jurídico pátrio vem ganhando importância prática e jurídica embora pobremente explorada pela doutrina, apesar de não se tratar exatamente de novidade, inclusive havendo relutância em sua recepção como fonte do direito.

3 A palavra fonte é utilizada em sentido léxico e não jurídico, portanto, comporta significação de origem.

Embora com a evolução da jurisdição em âmbito constitucional, especialmente no Direito do Trabalho e Previdenciário, a compreensão da importância da jurisprudência nem sempre se revela unívoca, ora em virtude do respeito absoluto e irrestrito à legalidade, ora na busca de adequação axiológica desmedida, ignorando a própria lei e criando obrigações anteriormente inexistentes em busca de princípios de proteção à parte pretensamente hipossuficiente.

Como destacado por Tercio Sampaio Ferraz Junior, há razoável diferença entre a formação da jurisprudência no direito pátrio e no direito Anglo-saxônico, especialmente pela abissal diferença de cultura jurídica:

> Aqui é bom lembrar duas tradições jurídicas importantes: a romanística e a anglo-saxônica. Nesta é reconhecida a força vinculante dos precedentes judiciais. Já no século XIII era costume citarem-se os casos e suas decisões (Case Law).
> Seus traços fundamentais são os seguintes: primeiro, os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, o que vincula no precedente é a sua *ratio decidendi*, isto é, princípio geral de direito que se tem de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão; quarto, um precedente (sua *ratio dedicendi*) nunca perde sua vigência, ainda que os anos tenham tornado implacável às circunstâncias modernas: ele permanece válido, podendo ser invocado desde que se demonstre a sua utilidade para o caso.
> Já a tradição romanística, própria dos povos do continente europeu, e que passou para o Brasil, é distinta. Encontramos desde Justiniano uma expressa proibição de se decidir conforme o precedente ("*non exemplis, sed legibus judicandun est*" – Codex, 7, 45, 13). E nas grandes codificações que ocorreram na era moderna repetiram-se preceitos semelhantes. Assim ao contrário do sistema anglo-saxônico em que, desde os primórdios, se reconhecia que o juiz podia julgar conforme *equity* mesmo em oposição ao *common law* (o direito costumeiro, comum a toda a Inglaterra).[4]

Por óbvio, há que se considerar, sobretudo, a diferença da origem e formação da jurisprudência no ordenamento pátrio, especialmente levando com consideração

4 FERRAZ, JR. *Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão e dominação. 2.ed. SP: Atlas, 1994. p. 243-244*

as limitações da dialética recursal, conforme já exposto nas linhas anteriores.

Em razão dessa diferença cultural há operadores do direito que criticam a força da jurisprudência, o efeito vinculativo de precedentes e jurisprudência dominante, por entenderem que tais institutos violam princípios constitucionais da liberdade do magistrado e do princípio da livre persuasão.

Ainda acerca das diferenças na cultura jurídica entre os países de tradição romanística e saxônica, destaca-se o protagonismo dos tribunais na edição de normas gerais e obrigatórias, conforme apontamento de Mariana Capela Lombardi. *In verbis:*

> Via de regra, nos sistemas de *common law*, provenientes do direito inglês, em que prevalece o direito casuístico, o precedente judicial assume função diferente daquela que exerce nos sistemas de *civil law*, provenientes da Europa Continental, de tradição romano-germânica, em que predomina o direito codificado. Nem por isso se pode dizer que o precedente judicial é pouco importante para os países de *civil law*, embora, sem dúvida, assuma papel muito mais central nos países de *common law*, onde os tribunais são protagonistas na edição das normas gerais e obrigatórias, que regulam e conferem equilíbrio às relações jurídicas.[5]

Apesar das diferenças entre os modelos adotados no sistema romano-germânico e Anglo-saxônico, a jurisprudência no ordenamento jurídico pátrio detém importante papel, não deixando de influenciar na formação do direito, como ressalta Miguel Reale:

> Criando ou não Direito novo, com base nas normas vigentes, o certo é que a jurisdição é uma das forças determinantes da experiência jurídica, tendo razão Tullio Ascarelli quando afirma que, se os precedentes jurisprudenciais não exercem, nos países de tradição romanística, o papel por eles desempenhado na experiência do common law, nem por isso é secundária a sua importância. Pode mesmo dizer-se que o seu alcance aumenta dia a dia, como decorrência da pletora legislativa e pela necessidade de ajustar as normas legais cada vez mais genéricas ou tipológicas, como modelos normativos abertos (standards) às peculiaridades das relações sociais.[6]

5 MORETO, Mariana Capela Lombardi. O precedente judicial no sistema processual brasileiro. 2012. 308 f. Tese (Doutorado em Direito). –Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <ttp://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/en.php>. Acesso em 28.06.2016.

6 REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 17. ed. SP: Saraiva. 2001, p. 159

Nos países de tradição romano-germânica a jurisprudência é a fonte de orientação e interpretação, mas não goza do atributo da vinculatividade ou força normativa, com exceção da súmula vinculante, podendo servir de fundamento da decisão, sempre devendo obediência ao texto legal, podendo no máximo adequá-lo, de forma fundamentada. Contudo não possui o condão de revogar ou afastar a aplicação da lei.

Já nos países de tradição anglo-saxônica (*common law*) a jurisprudência é o princípio da norma, elaborado com base em critérios de justiça.[7] O direito é decidido diante do caso concreto pautado pelos costumes e pela equidade, sendo a decisão do Estado Juiz o nascedouro do direito, que passará a regular as relações semelhantes, após amplo debate entre as partes, com possibilidade de ampla instrução em grau recursal.

A diferença entre os sistemas, portanto, consiste na ordem em que a atuação do judiciário aparece na aplicação do direito. No sistema romano-germânico, a lei nasce primeiro em um mundo abstrato. Quando ocorre o fato regulado, cabe ao jurisconsulto a interpretação e aplicação do direito, sendo que o juiz interpreta, traz à lume a intenção do legislador ao criar a lei, sendo a jurisprudência meio de integração entre a lei e a realidade concreta.

Quanto à vinculatividade, nos ordenamentos do *common law* foram cunhados institutos específicos para evitar o ancilosamento do precedente, como o instituto do *overrulling*[8] que, em síntese, é o instituto que reconhece que o precedente sedimentado encontra-se superado seja por alterações no quadro socioeconômico, ou axiológico, indicando que aquele precedente não mais é aplicável, pois encontra-se em desconformidade com a realidade vivida. Há ainda o instituto do *distinguishing*[9], que significa em apertado resumo, a apresentação das distinções e divergências jurídicas e a peculiaridades do caso concreto, que autorizam afastar a aplicação do precedente naquele caso, questionando-

7 *MORETO, Mariana Capela Lombardi, op. cit. p. 7.*

8 *Cf. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 118-144, abr./jun. 2013. Disponível: <http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=find-b&find_code=SYS&request=000980788>. Acesso em 21.12.2015.*

9 *Ibidem.*

se a aplicação da *ratio decidendi*. Daí a importância da discussão sobre as razões fundantes da decisão, inclusive revisão dos fatos comprovados nos autos em sede recursal, ainda que sede extraordinária.

Deve ser conferido especial relevo na diferença do tratamento do precedente jurisprudencial. Enquanto no ordenamento jurídico pátrio um aresto proferido num caso concreto serve, quando muito, de orientação, nos sistemas onde há predominância do *Case law*, este precedente ganha força vinculativa, servindo de *standard* das próximas decisões em casos similares. Nesse sentido a lição de Carlos Henrique Soares e Antônio Aurélio de Souza Viana:

> As características da common law diferem daquelas observadas no sistema romano-germânico (*civil law*). No sistema *Common law*, o direito é constituído essencialmente pela jurisprudência (decisões reiteradas e uniformes dos juízes e tribunais sobre determinadas questões), sua fonte primeira, tratando-se, pois, por excelência, de um direito judiciário, no qual as soluções dos casos em julgamento são obtidas pela adesão a um anterior precedente jurisprudencial obrigatório (caso julgado), chamado *binding precedent*, que lhes servem de referência (*case law*).
> No sistema romano-germânico, diferentemente, adota-se a concepção de que as normas de direito (regras e princípios) devem constituir a base fundamental dos Códigos, os quais fornecem as soluções jurídicas para os casos concretos.[10]

O tratamento do precedente é diferente tanto por parte dos advogados como por parte dos juízes e do próprio sistema jurídico onde há maior discussão sobre a adequação da solução aplicada ao caso pretérito ao caso em discussão, ficando claro tal fato na seguinte passagem:

> A reivindicação de um caso necessita discussão sobre a *ratio decidendi* levantada por quem cita o precedente – tendo em conta que a mera citação de uma Ementa (ou de um Enunciado de Súmula) não constitui trabalhar com casos. Há que se fazer uma reconstrução dos fatos e fundamentos do caso passado comparando-o com o presente para perceber se (e em que medida) é coerente (*Dworkin*) aplicar-se o entendimento anterior.

10 SOARES, Carlos Henrique. VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Utilização Antidemocrática de Precedentes Judiciais. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. V. 12, n. 90. Jul./ago. 2014, p. 23.

> Esse trabalho não pertence ao juiz isoladamente, mas deve ser feito em contraditório com as partes. "Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação".[11]

A crítica que se faz ao regramento brasileiro é que o precedente tanto por advogados como por juízes não é explorado indicando suas razões fundamentais, antes, tão somente se cita a ementa do Acórdão e o dispositivo da sentença, deixando de largo os motivos e fundamentos da decisão, critica que ressoam Carlos Henrique Soares e Antônio Aurélio de Souza Viana:

> A hermenêutica jurídica baseada na técnica da mera subsunção legal entre fatos e norma, originária da anacrônica Escola da Exegese, serve como modelo de inadequação, motivo pelo qual o almejado aproveitamento (resgate da técnica) de aplicação de súmulas ou precedentes aos casos concretos, por meio de um método mecanicista, constitui grande retrocesso ao processo em bases democráticas...
> [...] a adoção de um precedente judicial pelo juiz (decididor), sem que este seja ventilado ou oportunize a argumentação e debate das partes sobre a aplicação de tal padrão decisório, é digna de contundentes críticas, pois a aplicação mecânica silogística de um precedente pode se revelar induvidosamente nociva e, paradoxalmente, ferir a isonomia, com a invocação de precedente à escolha do julgador.[12]

Contudo, com as alterações do CPC, tal fato tende a mudar, haja vista que a discussão da *racio decidendi*, passou a ser critério de validação da sentença, em obediência ao princípio da dialeticidade e do contraditório (artigo 489 do CPC).

2. A MISSÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO PÁTRIO

Assim como nos aspectos da vida em geral, a missão da jurisprudência e do jurisconsulto vem ganhando diferentes níveis de importância e função ao longo da história do direito. Com a evolução do direito e da jurisprudência, o jurista também ganhou papel principal no palco da justiça.

11 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Op. cit.
12 SOARES, Carlos Henrique. VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Op. Cit, p. 25.

Asseverado pela lição de Luiz Guilherme Marinoni ao tecer considerações sobre a aplicação da letra da lei no período pós-constituição de 1988:

> A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem incompatível.
> [...] Tal tomada de consciência é muito importante para se concluir que tais princípios e direitos conferem unidade e harmonia ao sistema.[13]

No entanto, esse protagonismo pretoriano não é novidade no ramo do direito. No direito Romano, por exemplo, fica evidente que a missão da jurisprudência era a revelação do direito costumeiro, onde houve a criação de um órgão representativo do Estado que deveria dizer o que era o Direito:

> São os chamados órgãos de jurisdição. Jurisdicere, - dizer o que é de direito em cada caso concreto, esta é a obra do juiz, é a obra dos pretores. O Direito Romano é um Direito doutrinário e jurisprudencial por excelência, porquanto é orientado pelo saber dos jurisconsultos combinado com as decisões dos pretores, ambos atuando em função da experiência.[14]

Com o constitucionalismo moderno, o jurista, mais do que a boca da lei como aplicação exegética cega de Montesquieu, passou a ter um papel maior, a saber, o de interpretar, de identificar a finalidade da norma aplicando de acordo com universo jurídico guiado pelos princípios emanados da Constituição Federal, bem como atingir a finalidade da pacificação social a que se destina.

Firmino Alves Lima pondera a função da jurisprudência diante da inércia do poder legislativo. Para Lima, a jurisprudência toma o centro do palco jurídico, criando o direito, fazendo a lei evoluir, acompanhando a sociedade a que se destina a regular, *in verbis:*

---

13 MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo, Vol I. 3. ed. SP: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47.

14 REALE, Miguel. Op. Cit., p. 135.

> A carência de resposta do Poder Legislativo a determinadas demandas de regulação de formas de trabalho humano e situações cotidianas, a velocidade de transformação das relações do trabalho, com o fértil surgimento de novas práticas e tendências laborais e os fantásticos avanços da tecnologia conferem à jurisprudência um papel primordial na atualização do nosso direito do trabalho. Ela não somente incorpora outros precedentes jurisprudenciais como também todos os outros meios integrativos e consolida entendimentos doutrinários. Como exemplo, a mencionada Súmula nº 331 encontra seus alicerces nos princípios protetores do aproveitamento do trabalho humano e responsabilidade civil (art. 7º, caput, da CF de 1988 e art. 932, III, do Código Civil), da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF de 1988), da função social dos contratos (art. 421 do Código Civil), da proteção da confiança, da analogia (art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho) e, também, do direito comparado no Mercosul (as leis do Chile e do Uruguai que preveem responsabilização solidária/ subsidiária em alguns casos de terceirização).[15]

Assim, a missão da jurisprudência de concretizar ao direito fica clara na seguinte passagem:

> A grandeza de Roma não consistiu em doutrinar o Direito, mas em vivê-lo. Não existe uma teoria jurídica romana, na qual se procure, de maneira clara e intencional, distinguir o jurídico do não-jurídico. Existiu, entretanto, uma experiência jurídica bem clara e bem consciente de sua especificidade. Quando surgia uma demanda, os juízes julgavam segundo a *ratio juris* e não segundo critérios morais. Situando o problema no domínio propriamente.[16]

Os romanos já reconheciam a importante missão da interpretação do direito ainda que claro fosse o direito estatuído, conforme depreende-se do texto de Paulo Nader:

> Os Romanos, com sua visão profunda em matéria jurídica, não desconheciam a permanente necessidade dos trabalhos exegéticos,

15 LIMA, Firmino Alves. O artigo 8º: o "pulmão" da Consolidação das leis do trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 128-147, jul./set. 2013. Disponível em https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/50079/006_lima.pdf%3Fsequence%3D1+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 15/11/2015.

16 REALE, Miguel. Op. Cit., p. 135.

> ainda que simples fossem os textos legislativos, este princípio foi reconhecido por Ulpiano como registra o Digesto, Liv. 25, Tit. 4, frag. I, §11: "embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva".[17]

O Direito Romano tornou-se uma compilação de julgados que foram tomando o lugar dos costumes e sedimentados em precedentes jurisprudenciais, e posteriormente aos *jus civile* e *jus gentium*, vindo a ocupar status de normatização obrigatória, em um antepassado da escola exegética.

Assim, desde a Roma Antiga, a jurisprudência desempenha importante papel na aplicação e interpretação do direito, sendo o direito romano riquíssimo em precedentes jurisprudenciais, e posteriormente ao império da lei, que ganhou força absoluta em meados do século XX com o positivismo estrito, levando a catástrofes como o holocausto nazista.

Com a missão suprema de interpretar a legislação, aplicando-a ao caso concreto, suprimindo as lacunas legais frente as peculiaridades do caso posto ao juízo, ou mesmo determinar a complementação do ato legislativo quando este for omisso, e por vezes retirando-a do mundo jurídico quando nos casos de reconhecimento de inconstitucionalidade, como ocorre no controle de constitucionalidade abstrato, é inegável a missão e relevância que a jurisprudência tem na aplicação do direito.

A missão da jurisprudência é, ainda, atualizar a legislação, humanizando-a e adequando-a a realidade social, cf. Miguel Reale:

> Essa função reveladora do Direito, exercida pela jurisprudência, mesmo quando existem leis aplicáveis ao caso sub judice, torna-se ainda mais evidente no caso de lacuna no sistema legislativo, e, mais ainda, quando o juiz é autorizado a decidir por eqüidade. Nessas hipóteses, inexistindo dispositivo legal, o juiz edita para o caso concreto uma norma como se fosse legislador.[18]

Complementa-se ao entendimento de Miguel Reale, a didática de Raitani:

> Para que, portanto, a lei pudesse cumprir com plena eficiência sua

17 NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 11. ed. RJ: Editora Forense, 1995, p. 309
18 REALE, Miguel. Op. Cit., p. 160.

> missão, deveria abranger e regular, de maneira clara e incontrovertida, todos esses fatos recaem necessariamente sob a sanção do direito.
> Mas como isso não ocorre, nem é possível, torna-se imperativo que o intérprete supra as omissões da lei pela analogia e pela conciliação de textos, sempre escolhendo a inteligência mais adequada ao progresso social.
> Daí a função criadora da jurisprudência: sem mudar o texto, dá-lhe a Inteligência mais adequada ao progresso social.
> [...]
> Na verdade, ante disposições inalteradas varia a exegese, segundo as idéias dominantes, os pendores individuais, compenetrados todos os que agiram com exemplar retidão, em obediência exclusiva aos ditames da própria consciência; entretanto, a evolução existe, imperiosa, inelutável; domina e arrasta os próprios irredutíveis, a ponto de lhe obedecerem as exigências que presumem resistir ainda; os adiantados correm mais e agem por alvedrio próprio; os outros marcham a passo tardo, porém, não deixam de andar para a frente; a contradição é mais aparente do que real; todos seguem o mesmo rumo, uns adiante, outros atrás.[19]

A missão da jurisprudência é manter a lei viva, adequada a solução dos conflitos que a originaram, conforme síntese da jurista de Alice Monteiro de Barros, citando José Puig Brutau:

> Para evitar esse conflito, e coerentemente como que foi exposto, **queremos lembrar que a jurisprudência, como expressão do direito, deverá proporcionar a solução mais eficaz para os conflitos entre o capital e trabalho e essa eficácia é a sua adequação aos novos fatos da vida social, que o Direito visa regular, em determinado momento histórico, político, econômico e cultural**. Esses fatos, por sua vez, estão em constante mutação, a qual o direito codificado não consegue acompanhar, o que conduz, como salienta José Puig Brutau, a um anacronismo, ou seja, a cada nova necessidade acode-se quase sempre com a miesma normatividâde idealizada para os casos passados, e essa é uma realidade quê não podemos desconhecer para precisar o valor da jurisprudência como fonte do Direito. [...]
> É imprescindível que os tribunais revejam os posicionamentos sempre que forem alterados os fatores que ensejaram a edição de uma determinada súmula ou Orientação Jurisprudencial, atentos para o fato de que o trabalho dos Juízes não visa substituir a atividade

19 RAITANI, Francisco, atualizado por RAITANI NETO, Felício e outros. Prática de Processo Civil, Vol. I, 17ª. ed. SP: Saraiva, 1990, p. 92-94.

> legislativa, "mas permitir-lhes certas liberdades com a lei, sem ilusão de que as abstrações jurídicas ali contidas se revistam de exatidão matemática." (sem grifos no original)[20]

Assim, mais que um meio de interpretação e aplicação do direito, a jurisprudência é a vivificação da lei abstrata e genérica e por vezes obsoleta, aplicada ao caso concreto, ganhando vida e adequação, contornos definidos a cada vez que é aplicada a um caso concreto, "imprimindo vida aos textos abstratos da lei, definindo o seu significado, adapta-os o juiz às tendências e aspirações sociais revelando novos rumos a trilhar"[21], sopesando razões factuais e valores axiológicos contemporâneos, imprimindo a eficácia devida a legislação, trazendo no momento da decisão fatores sociais, econômicos, técnicos entre outros no momento da decisão.

No entanto, a despeito dessa gloriosa e honrosa missão, a jurisprudência não pode deixar de observar a legalidade, assim como deve respeitar limites e objetivos constitucionais, por vezes relegados ao legalismo.

3. DA EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS E DIFICULDADES RELACIONADAS A UNIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.

Em regra, as decisões judiciais formam lei entre as partes vinculadas ao processo, não sendo extensíveis a terceiros, portanto não oponíveis *erga omnes*. Todavia, quando definem uma situação peculiar, ou quando são questionadas leis frente a Constituição, estas decisões ganham contornos mais amplos e genéricos, por vezes chegando a atingir a eficácia universal.

O alcance da eficácia de decisões em nível constitucional chega a atingir até a mesmo a imutabilidade da coisa julgada, conforme depreende-se do artigo 741, parágrafo único do CPC 73 reprisado no §12º do artigo 525, do CPC 2015, transcrito:

> *Art. 525*
> *[...]*
> *§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1o deste artigo, considera-se*

20 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed. SP: LTr., 2007, p. 156.
21 RAITANI, op. cit., p. 94

também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Embora a doutrina ainda não tenha alcançado um consenso quanto a aplicação do referido dispositivo, entendemos que sua interpretação deva ser restrita às normas que foram declaradas inconstitucionais por meio de controle concentrado de constitucionalidade ou foram consideradas inconstitucionais em decisão irrecorrível do STF em controle difuso, sendo oficiado ao Congresso que determine a suspensão da eficácia da norma, sob pena de ferir-se o pálio da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.[22]

Mesmo não sendo matéria nova em nossa dialética processual, com a crescente busca pelo poder judiciário para a resolução dos conflitos, assim como a instabilidade da jurisprudência, os avanços legais e constitucionais dos últimos 20 anos têm mostrado especial preocupação com a autoridade e estabilidade atribuídas à coisa julgada, especialmente quando enfrentado o contencioso de massa, fenômeno crescente desde os anos 90, com ondas de ações judiciais comuns entre vários indivíduos, na busca pelos mais diversos direitos, instrumentos de uniformização da jurisprudência vem ganhando importância e relevância tanto na academia quanto na prática.

A preocupação com a obediência e uniformidade dos julgados é antiga, sendo observada desde os tempos de Colônia em que os assentos portugueses tinham força de lei, passando pelos recursos de revista e institutos dos prejulgados no já revogado CPC de 1939. Trata-se, na verdade, da preocupação do legislador em impor ao jurisconsulto um limite ao livre convencimento e a motivação das suas decisões, por meio dos prejulgados e dos recursos de revista, conforme leciona Miguel Reale:

22 Sobre tal assunto cabe lembrar as limitações impostas pela ação rescisória, que se entende ser aplicáveis ao presente caso, especialmente em razão da existência de dissídio jurisprudencial vigente a época da decisão que se pretende rescindir.

> O Código de Processo Civil de 1939, cuja vigência cessou a 31 de dezembro de 1973, para dar lugar à nova Lei processual (Lei n.° 5.869, de 1 de janeiro de 1973) previa dois remédios, cujo emprego tinha como resultado prático a uniformização da jurisprudência: o recurso de revista e o prejulgado. Aquele era cabível toda vez que divergissem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, turmas ou grupos de Câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o Direito em tese, ou, ainda, quando fosse contrariado outro julgado das Câmaras civis reunidas. Em virtude da interposição de recurso de revista, pronunciava-se o Tribunal sobre a "tese de direito" controvertida e, se acolhida a impugnação do recorrente, procedia-se a novo julgamento quanto ao mérito da causa.[23]

Atualmente a jurisprudência, ainda que sedimentada em Súmulas, Orientações jurisprudenciais e julgamentos em ritos de recurso repetitivos, não tem efeito vinculativo, embora sirva de limitador visando evitar recursos meramente protelatórios, contrários a súmula ou decisões reiteradas e dominantes em Corte Superior, sendo por outro lado vedada a utilização de Recursos Extraordinários que se levante contra entendimento sufragado pelo tribunal *ad quem*.

Teori Albino Zavascki destaca esta preocupação, tomando por foco o estudo da jurisdição onde se questiona a constitucionalidade das leis:

> Quando, portanto, se questiona a legitimidade desse preceito, ainda que o julgamento de um caso concreto, o que se faz é por em xeque também a sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes. Essa peculiaridade é especialmente relevante se considerada em face do princípio da igualdade perante a lei, cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para as situações iguais. E também importante em face do princípio da segurança jurídica, que estaria fatalmente comprometido se a mesma lei pudesse se tida como constitucional num caso e como inconstitucional em outro caso semelhante, dependendo do juiz que a aprecia.[24]

Ressalta-se que no Novo Código Processo Civil, os tribunais passaram a ter a obrigação de manterem integrais suas jurisprudências, cabendo citar o dispositivo da lei instrumental civil:

23 REALE, Miguel. Op. Cit., p. 163.

24 ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. 3. ed. SP: Revista dos Tribunais, 2014, p. 26.

> *Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*
> *§ 1o Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.*
> *§ 2o Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.*

Do mesmo modo, passou a se garantir razoável rigidez das matérias já decididas e sedimentadas nos tribunais, conforme se nota da leitura do art. 927 do Novo CPC, determinando a obediência, as decisões dos Tribunais Superiores nas seguintes hipóteses:

> *Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:*
> *I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;*
> *II - os enunciados de súmula vinculante;*
> *III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;*
> *IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;*
> *V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*

Como posto, a unificação foi uma das preocupações do legislador do Novo Código Civil, estabelecendo a obrigação a referir-se à *ratio decidendi* do precedente invocado como fundamento de uma decisão, especialmente pela busca da segurança jurídica.

Entre as alterações trazidas, está a orientação para a ampliação da discussão das alterações dos julgados, oportunizando à sociedade e à comunidade jurídica e acadêmica a discussão das teses discutidas no tocante às alterações jurisprudenciais, havendo a possibilidade de modulação dos efeitos jurídicos futuros e pretéritos trazidos com a mudança de um entendimento já sedimentado.

No Brasil, há que se destacar, a exploração do direito jurisprudencial mostra-se ainda tecnicamente deficiente ou mal explorado, pois não raras vezes, a jurisprudência segue sem discussão ou dissecação, sem a análise de suas

peculiaridades. Comumente apresenta-se simplificada, em tentativa falha de criar uma *standardização* jurisprudencial, ou de tornar genérico o que deveria ser específico.

A falta da dialeticidade presente nos sistemas processuais anglo-saxônicos traz certa dificuldade na sistemática processual brasileira, onde o contraditório recursal se limita às contrarrazões recursais e eventual sustentação oral, reduzindo a apreciação de uma situação concreta a apenas algumas páginas dos autos.

Atualmente a uniformização de jurisprudência encontra-se disciplinada a partir do artigo 926 a 928 do CPC 2015 (unificação de jurisprudência dos tribunais) e 976 a 987 CPC (incidente de demandas repetitivas), utilizados de forma subsidiária pela dicção dos art. 896-A, 896-B e 896-C, introduzidos pela Lei 13.015/14[25], este último referente a justiça do trabalho, que autoriza o relator ou a parte a suscitar o incidente de uniformização de jurisprudência, com o fito de unificar o entendimento de determinado julgado. No entanto, tal prerrogativa é privativa do tribunal prolator da sentença, fato que sofre severas críticas de processualistas nacionais, haja vista que eventuais decisões teriam cunho praticamente vinculativo, cabendo a parte que questiona o precedente, a tarefa de discriminar suas razões de direito e de fato que diferem do caso em que foi reconhecida a repercussão geral.

Outro instituto que já revela potencial de trazer sérias dificuldades práticas é o julgamento em bloco de recursos com matéria de direito idênticas, pretensamente com o intuito de privilegiar e ampliar a dialeticidade, pelo instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), estampado no artigo 976 do Código de Processo Civil.

Este instituto será utilizado no caso de identificação de diversas demandas versando sobre idêntica matéria de direito, ou quando houver risco de ofensa a isonomia e uniformidade da jurisdição, quando Tribunal Superior ainda não tiver sedimentado entendimento a respeito da matéria objeto do incidente, vedação esta estampada no §4º do artigo 976, NCPC.

Nestes incidentes a discussão processual transcenderá as partes nos autos,

25 A CLT remete aos dispositivos da Lei Instrumental revogada nos art. 476 a 479 do CPC 1973. Ainda não há manifestação dos Tribunais sobre a aplicação das alterações dos dispositivos de mesma abrangência do Novo CPC.

assim como será obrigatória a presença do Ministério Público, devendo manifestar-se às entidades ou órgãos interessados ainda que não sejam partes, mas que venham a ter interesse na solução judicial do conflito normativo posto sob a apreciação do judiciário, ampliando sobremaneira a dialética recursal (art. 983, CPC/15)

Tal decisão terá efeito para as demandas sobrestadas até o seu julgamento assim como para demandas futuras que versem sobre a mesma matéria de direito, conforme determinação do artigo 985, CPC/2015, não sendo vedado contudo ao interessado interpor recurso contra entendimento sufragado por tribunal, com fundamento distinto da razão decidida em IRDR.

Ainda possui maior alcance o rito de recursos repetitivos especiais e extraordinários, com o condão de sobrestar todos os recursos similares ainda que em grau ordinário, em todo o âmbito nacional, conforme determinação do artigo 1.037 do CPC/2015, conferindo maior participação dos tribunais regionais e de justiça para o conhecimento e discussão da matéria.

Não é demais lembrar que o rito de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários já foi alterado ao final de 2015, antes mesmo da entrada em vigor do novo CPC, retornando ao critério da dupla análise da admissibilidade pelo tribunal de origem (pressupostos extrínsecos) e tribunal de destino (pressupostos extrínsecos).

Portanto, ainda é cedo para afirmar categoricamente quais os benefícios e vicissitudes desses novos institutos de unificação jurisprudencial .

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o notável crescimento da força e caráter normativo da Constituição no Pós Guerra, entre outros acontecimentos ocorridos no século XX, especialmente no cenário nacional, os juízes ganharam destaque no cenário político e social nos últimos anos, e a instabilidade das decisões proferidas por juízes e tribunais pode, e causa, influência na sociedade como um todo, inclusive formando uma cultura de judicialização dos conflitos.

As alterações do Código de Processo Civil visam impor ao juízo ao prolatar a sua decisão que a fundamente melhor, apreciando a jurisprudência

específica ao caso, analisando especificidades do caso concreto, com o fito de evitar decisões conflitantes, trazendo segurança jurídica aos jurisdicionados, e mitigando o crescimento de demandas aventureiras.

É incontroversa a influência da jurisprudência na formação do direito e especialmente na concretização da *mens legis*, especialmente no após a promulgação da Constituição Federal, garantindo a efetivação de direitos fundamentais, colaborando para a manutenção e rejuvenescimento da legislação, garantindo que a legislação atinja as suas finalidades, especialmente no direito do trabalho.

Especialmente no âmbito da jurisdição constitucional o papel da jurisprudência é fundamental para que a vontade do constituinte seja realizada, especialmente no âmbito das normas de eficácia contida ou limitada.

À jurisprudência cabe a interpretação da norma, e sua aplicação frente ao caso concreto, trazendo em si a nobre missão de pacificação social, pondo fim a conflitos postos sob apreciação do judiciário, e a segurança e estabilidade da jurisprudência constituem importante elemento de confiabilidade e confiança do judiciário.

A segurança e estabilidade pretendida pelas alterações do CPC e da CLT no tocante aos instrumentos de pacificação da jurisprudência em Tribunais Regionais e Tribunal Superior do Trabalho, mais que modificar o trabalho dos juízes e advogados, pretende alterar a cultura judicial pátria, incentivando a mediação e fomentando medidas extrajudiciais dos conflitos (em razão do conhecimento de riscos reais da causa e de uma certeza razoável da sentença que está por vir), buscando desafogar o judiciário, a acelerar a resolução das demandas, desestimulando aventuras jurídicas.

Os procedimentos de uniformização jurisprudencial nos Tribunais ordinários, e estreitamento das situações que admitem recursos extraordinários e especiais, também visa dar efetividade as decisões de primeira instância, de modo que desestimulando recursos demorados e desnecessários.

A pacificação da jurisprudência visa traduzir uma maior efetividade do direito, em obediência ao princípio da segurança jurídica, tomando o tempo e atenção do judiciário somente em casos onde sejam realmente situações pontuais e específicas.

Ainda que a exploração da jurisprudência no ordenamento jurídico pátrio

seja tecnicamente exígua, ainda encontra dificuldades especialmente no que tange a princípios da argumentação e uniformidade de fundamentação, nota-se, que há uma tendência ao fortalecimento da jurisprudência e o amadurecimento da sua utilização e, sobretudo, a imposição de critérios técnicos para a sua utilização.

Antes de observar cegamente os enunciados e ementas deve-se, antes de mais nada, observar a *ratio dedicendi* das sentenças, precedentes de Súmulas e Enunciados de jurisprudência pacífica, explorar minuciosamente os argumentos ventilados nos autos e identidades fáticas e jurídicas entre o precedente invocados e o caso paradigma, um verdadeiro estudo comparado de casos julgados e histórico processual de cada nova análise trazida ao judiciário.

Em síntese, as alterações trazidas, desde o CPC de 1939 e reforçadas no CPC 2015 visam estabelecer a jurisprudência como a concretização do direito, a materialização da justiça equitativa por meio da manifestação dos tribunais, buscando o amadurecimento das teses jurídicas, constituindo o efetivo instrumento da pacificação social, e não incentivando uma busca desenfreada pelo poder judiciário.

Com estas modificações sem dúvida a jurisprudência ocupará seu posto como fonte vertedoura do direito da materialização da justiça.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. SP: LTr., 2007.

FERRAZ, JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão e dominação.** 2.ed. SP: Atlas, 1994.

LIMA, Firmino Alves. O artigo 8º: o "pulmão" da Consolidação das leis do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 3, p. 128-147, jul./set. 2013. Disponível em <https://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/50079/006_lima.pdf%3Fsequence%3D1+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 15/11/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Processual Civil** - Teoria Geral do Processo, Vol I. 3. ed. SP: Revista dos Tribunais, 2008.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. O precedente judicial no sistema processual brasileiro. 2012. 308 f. Tese (Doutorado em Direito). –Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <ttp://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/en.php>. Acesso em 28.06.2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 11. ed. RJ: Editora Forense, 1995.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 118-144, abr./jun. 2013. Disponível: <http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=find-b&find_code=SYS&request=000980788>. Acesso em 21.12.2015.

RAITANI, Francisco, atualizado por RAITANI NETO, Felício e outros. **Prática de Processo Civil,** Vol. I, 17. ed. SP: Saraiva, 1990.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 17. ed. SP: Saraiva. 2001.

SOARES, Carlos Henrique. VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Utilização Antidemocrática de Precedentes Judiciais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. V. 12, n. 90. Jul./ago. 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição Constitucional**. 3. ed. SP: Revista dos Tribunais, 2014.

Recebido em: 10/03/2016
Primeira revisão: 11/05/2016
Aprovado em: 28/06/2016