

Os precedentes obrigatórios no Brasil

The binding precedents in Brazil

Rafael Lopes dos Santos
Ana Cristina Lopes dos Santos

RESUMO

Este artigo apresenta estudo relacionado aos precedentes obrigatórios no Brasil. Buscar-se-á, por meio de revisão bibliográfica, demonstrar a evolução do ordenamento jurídico rumo à valorização dos precedentes judiciais e suas implicações sobre a prestação jurisdicional. Inicialmente será abordada a caminhada do pensamento jurídico, no que se refere à concepção de norma e ao papel do intérprete, partindo do jusnaturalismo ao neoconstitucionalismo pós-guerra. Analisar-se-á ainda se o Brasil, de tradição jurídica romano-germânica (*civil law*), em que o ordenamento é marcadamente codificado e que os precedentes tradicionalmente não possuem força obrigatória, tem se aproximado das práticas do *common law*, especialmente no que se refere à valorização da jurisprudência como fonte do direito. Para tanto, mister se faz analisar a gradual evolução do ordenamento, dos primórdios do controle de constitucionalidade até a reforma judiciária promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Será abordada também a estrutura (*obiter dictum x ratio decidendi*) e aplicação dos precedentes (*distinguishing e overruling*). Por derradeiro, serão abordadas as inovações do Novo Código de Processo Civil, que instituiu um sistema de precedentes obrigatórios, que tem como pilares o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o Incidente de Assunção de Competência (IAC) e o julgamento de Recursos Especiais e Extraordinários repetitivos. Com efeito, buscar-se-á, ao final deste trabalho, demonstrar a existência de força vinculante aos precedentes no Brasil, bem como suas consequências sobre a prestação jurisdicional, destacando-se os impactos sobre: a segurança jurídica, a isonomia de tratamento aos jurisdicionados e a atividade cognitiva do juiz.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; *Common law*; *Civil law*; Precedentes Obrigatórios; NCPC.

ABSTRACT

This article presents a study related to mandatory precedents in Brazil. Through a literature review, it will demonstrate the evolution of the legal system towards the enhancement of judicial precedents and their implications on the judicial assistance. Initially the walk of legal thinking will be addressed, as regards the design standard and the role of the interpreter, from natural law to post-war neoconstitutionalism. It will also analyze whether Brazil, of the Roman-Germanic legal tradition (*civil law*), in which the order is markedly encoded and precedents traditionally have no binding

force, has approached the *common law* practices, especially as regards the appreciation of jurisprudence as a source of law. Therefore, it is necessary to analyze the gradual evolution of the system, from the beginnings of judicial review to the judicial reform promoted by the constitutional amendment nº. 45/2004. The structure (*obiter dictum x ratio decidendi*) and application of precedents (distinguishing and overruling) will be addressed as well. Lastly, the innovations of the new Civil Procedure Code will be addressed, which instituted a mandatory precedent system; this system has as pillars the Repetitive Claims Resolution Incident - IRDR, the Assumption of Competence Incident - IAC and the judgment of special and extraordinary repetitive appeals. Indeed, at the end of this work, it will seek to demonstrate the existence of binding force of precedents in Brazil, as well as its impact on the adjudication, highlighting the impacts on legal certainty, the equality of treatment of litigants and the cognitive activity of the judge.

Keywords: Neoconstitutionalism; Common law; Civil law; Precedent Required; NCPC.

METODOLOGIA

O presente estudo se apresenta como pesquisa de natureza qualitativa, exploratória, descritiva e pelo modelo dedutivo, desenvolvida por abordagem jurídico-dogmática, analisando a implementação de um sistema de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro. O estudo objetiva compreender a progressiva valorização dos precedentes judiciais como fonte do direito e a aproximação entre as tradições do civil law e do common law, sobretudo quanto à força vinculante atribuída às decisões dos tribunais e às suas implicações sobre a prestação jurisdicional.

No tocante ao procedimento, foi realizada pesquisa bibliográfica, por intermédio do levantamento e análise de obras doutrinárias, artigos científicos e estudos relacionados à evolução do pensamento jurídico, ao neoconstitucionalismo, ao controle de constitucionalidade, à teoria dos precedentes e ao sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015. A análise da produção bibliográfica apresenta-se como suporte teórico para o entendimento dos fundamentos do estudo que justificam a atribuição de força vinculante aos precedentes no Brasil, bem como das diferentes posições doutrinárias acerca da matéria.

A pesquisa documental, especialmente a análise da Constituição Federal, da legislação infraconstitucional pertinente e das alterações normativas, contribuiu para a percepção da evolução do tema e da transformação do sistema jurídico brasileiro. Nesse âmbito, foram considerados, especialmente, os dispositivos constitucionais e processuais relacionados ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade, à Emenda Constitucional nº 45/2004, à repercussão geral, às súmulas vinculantes, à reclamação constitucional e aos mecanismos de formação de precedentes obrigatórios introduzidos e fortalecidos pelo Código de Processo Civil de 2015,

notadamente o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o Incidente de Assunção de Competência (IAC) e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos.

A pesquisa também contempla a análise jurisprudencial de decisões do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores pertinentes à matéria, especialmente aquelas relacionadas à repercussão geral, à fixação de teses em recursos repetitivos, ao IRDR e ao IAC, e à aplicação das técnicas de *distinguishing* e *overruling*. A análise dos precedentes tem por finalidade verificar, no plano concreto, de que maneira a jurisprudência brasileira vem incorporando técnicas e características tradicionalmente associadas ao sistema do *common law*, bem como os efeitos dessa incorporação sobre a segurança jurídica, a isonomia entre os jurisdicionados e a atividade cognitiva do juiz.

O desenvolvimento da pesquisa foi organizado em quatro eixos principais. O primeiro consiste na apresentação da evolução do pensamento jurídico, do jusnaturalismo ao neoconstitucionalismo pós-guerra, com destaque para a transformação da concepção de norma e do papel do intérprete. O segundo examina a aproximação entre o *civil law* e o *common law* no Brasil, considerando a evolução do controle de constitucionalidade, desde a adoção do modelo difuso pela Constituição de 1891 até a reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e a consequente valorização da jurisprudência como fonte do direito. O terceiro analisa o conceito e a estrutura dos precedentes judiciais (*ratio decidendi* e *obiter dictum*), as técnicas de sua aplicação (*distinguishing* e *overruling*) e o sistema de precedentes obrigatórios instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, com destaque para o IRDR, o IAC e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Por fim, o quarto eixo investiga as críticas dirigidas ao sistema de precedentes obrigatórios e seus impactos sobre a atividade cognitiva do juiz, em especial quanto à persuasão racional, à independência funcional dos magistrados e ao risco de engessamento do direito.

A análise desenvolvida é predominantemente hermenêutica e comparativa, buscando identificar as transformações ocorridas na tradição jurídica brasileira e confrontá-las com as características próprias do sistema do *common law*. Não se pretende, portanto, realizar pesquisa empírica ou quantitativa sobre decisões judiciais, mas examinar, a partir das fontes jurídicas selecionadas, a evolução normativa, doutrinária e jurisprudencial que sustenta a hipótese de existência de força vinculante dos precedentes no ordenamento brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, tradicionalmente ligado à família jurídica romano-germânica (*civil law*), para a qual a lei é a fonte por excelência do direito, vem passando por mudanças significativas nas últimas décadas e se aproximando das práticas do *common law*, no que se refere à adoção de um sistema de precedentes obrigatórios.

Malgrado não se tenha, durante décadas, dado valor aos precedentes no Brasil, é perceptível a caminhada rumo à inserção deste instrumento dentre as fontes primárias do direito. Este estudo objetiva analisar as consequências da adoção da técnica dos precedentes sobre a prestação jurisdicional no país.

Dos primórdios do neoconstitucionalismo aos dias atuais, a interpretação dada à norma pelos tribunais vem ganhando cada vez mais importância, as reformas ocorridas no ordenamento brasileiro indicam haver um protagonismo do Poder Judiciário, no que se refere à criação e evolução do direito. Diante da intensa atividade interpretativa exercida pelos tribunais surge a necessidade de uniformização da jurisprudência assim originada, com viés de proporcionar segurança jurídica e igualdade de tratamento aos jurisdicionados.

Nesse contexto, para que se consiga uma jurisprudência estável e uniformizada faz-se necessária a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios. As reformas ocorridas no ordenamento mostram que há uma paulatina caminhada em direção a isso, sendo que o ápice desta jornada foi a edição do Novo Código de Processo Civil (NCPC), que apresentou várias inovações no tocante à aplicação dos precedentes, prevendo mecanismo como o *overruling* (ferramenta para superação de teses) e *distinguishing* (mecanismo para distinção de casos), criando novos incidentes de estabilização de jurisprudência, como é o caso do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do Incidente de Assunção de Competência (IAC) e aperfeiçoando a sistemática de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Destaca-se, ainda, que as decisões proferidas no julgamento de IRDR, IAC, e de recursos especiais e extraordinários repetitivos são de observância obrigatória, sendo dotadas de força vinculante.

Está evidenciada a importância do estudo acerca dos precedentes obrigatórios no Brasil e suas implicações sobre a prestação jurisdicional, sendo este o objetivo geral deste trabalho, sendo que são objetivos específicos: a análise acerca da evolução do pensamento jurídico, partindo-se do jusnaturalismo ao neoconstitucionalismo pós-guerra, bem como a verificação acerca da aproximação entre as tradições jurídicas do *common law* e *civil law*. Buscar-se-á, também, expor de forma objetiva a sistemática de aplicação dos precedentes (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling* e *distinguishing*), bem como as inovações trazidas pelo NCPC (IRDR, IAC e julgamento de recursos extraordinários repetitivos).

2 O INTÉRPRETE E A NORMA: DO JUSNATURALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO PÓS-GUERRA

O Estado Brasileiro, tradicionalmente ligado à família jurídica romano-germânica (*civil law*), em que os ordenamentos jurídicos têm a lei como fonte por excelência do direito, vem passando por mudanças significativas nas últimas décadas. Há uma evolução gradual rumo à valorização dos precedentes como fonte do direito, característica essa de países adeptos do *common law*. Para entender tal fenômeno é necessária uma abordagem acerca da evolução da própria concepção de norma, bem como da função do intérprete, passando pelo

jusnaturalismo, pelo positivismo, até chegarmos ao neoconstitucionalismo dos dias atuais.

Inicialmente, sob uma perspectiva jusnaturalista, entendimento que prevaleceu até o final do século XIX, imagina-se que os direitos e as pretensões das pessoas não dependiam de uma norma escrita para serem efetivados, tais direitos seriam inerentes à condição de pessoa humana. Logo em seguida, essa ideologia foi superada pelo positivismo, que imperou do final do século XIX e durante parte do século XX, para tal ideologia o direito equiparava-se à norma, há aqui um distanciamento entre direito e moral, justiça, política e princípios, em suma para tal teoria o direito se confundia com a lei e nela se esgotava (BARROSO, 2006).

No entanto, tal corrente passa a perder força após os regimes totalitários da Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que a lei “nem sempre será um instrumento do bem, da justiça, da razão. Era possível promover a barbárie em nome da lei”, a partir de então verificou-se uma nova transição, surge aí outra forma de pensar o direito, nascia o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, que representou um marco para o constitucionalismo moderno. Daí em diante, houve uma reaproximação entre direito e moral, filosofia, os princípios emergem com força normativa e os direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, passam ao centro do ordenamento (BARROSO, 2006, p. 323).

A Constituição toma o ápice do ordenamento, devendo os demais regramentos legais serem interpretados segundo os ditames do diploma maior, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Com efeito, aumenta-se o papel da interpretação pelos juízes, que para aplicar as leis infraconstitucionais devem interpretá-las de acordo com o texto constitucional.

Na visão tradicional acerca da interpretação, o papel do intérprete se resumia ao dever de conhecimento técnico. Através deste conhecimento e se utilizando da subsunção, que consistia em se verificar a norma aplicável ao caso concreto, o juiz atuava como mero aplicador da lei. A concepção de interpretação tradicional liga-se à teoria declaratória de jurisdição, que, em breve síntese, pregava que ao Poder Judiciário cabia a função de declarar o direito, não tendo a incumbência de criá-lo. A norma, por seu turno, deveria dispor a solução para os problemas jurídicos, fato esse que nem sempre se mostrou possível, uma vez que não seria justo exigir que o legislador conseguisse imaginar todas as situações futuras em que aquela norma abstrata poderia ser aplicada. Tal concepção de norma está ligada à corrente positivista do direito, partindo da utopia de que a lei, por si só, seria capaz de solucionar todas as controvérsias postas em juízo. (BARROSO, 2006).

As ideologias tradicionais de interpretação perdem força diante do neoconstitucionalismo, uma vez que os princípios, especialmente os oriundos, explícita ou implicitamente, do texto constitucional, agora dotados de normatividade, passam a reger a interpretação das normas infraconstitucionais. O juiz que antes era mero aplicador do direito (teoria declaratória) ganha papel de destaque, devido à expansão da sua margem de interpretação das normas, nas palavras de Barroso (2006, pp. 329-330) “o juiz torna-se coparticipante do processo de criação do direito ao lado do legislador, fazendo valorações próprias atribuindo sentido às cláusulas abertas e realizando escolhas”.

O Poder Judiciário assume papel de excelência no atual estado, tendo em vista a incumbência de aplicação dos direitos fundamentais e princípios

constitucionais e o fato de que toda e qualquer interpretação deve ser realizada em conformidade com as normas que se encontram no ápice do ordenamento, destacando que dentro de tal regramento superior, existem cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios que devem ser seguidos, restando aí a criatividade do intérprete (VALADÃO, 2013).

A criatividade da atividade jurisdicional resta enlarguecida, primeiro pelo fato de existirem cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, como é o caso do termo interesse social, boa-fé, dentre outros. Segundo, porque o intérprete deve buscar sempre estar em consonância com os princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, justiça, eficiência, tais princípios não se exteriorizam como as normas, uma vez que estas são descritivas de condutas específicas e aqueles não o são (BARROSO, 2006).

Com efeito, há de se considerar que as mudanças trazidas com o advento do neoconstitucionalismo, dentre as quais se destacam a força normativa dos princípios, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana e a existência de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, possibilitaram uma mudança na concepção de norma e na função do juiz. A norma passou a ser vista não só como aquela escrita, mas também a originada da interpretação jurisdicional e o papel do juiz como mero declarador do direito foi substituído pelo de verdadeiro criador do direito.

Assim, diante da necessidade de adequação das normas infraconstitucionais aos princípios e normas constitucionais, da nova função do poder judiciário que não realiza apenas a aplicação da lei ao caso concreto, mas também encontra margem à criatividade, devendo preencher lacunas no que se refere à valoração dos princípios constitucionais, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas abertas, pode-se dizer, então, que, em determinadas decisões judiciais, o magistrado vai além do estrito texto da norma (lei ou ato normativo infraconstitucional), seja aplicando-a em conformidade com a Lei maior, seja preenchendo lacunas deixadas pelo legislador, seja valorando princípios. Enfim, há de se reconhecer que a jurisprudência merece ser elevada à categoria de fonte primária do direito e, com a finalidade de assegurar igualdade de tratamento aos jurisdicionados, bem como segurança jurídica, dever-se-á assegurar a vinculatividade de determinados precedentes.

3 A APROXIMAÇÃO ENTRE CIVIL LAW E COMMON LAW

Entre as doutrinas do civil law e do common law, apesar de aparentemente contrárias, nas últimas décadas, observa-se uma paulatina aproximação quanto à aplicabilidade de ambas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nos países da tradição do *common law*, os precedentes são verdadeira fonte normativa do direito, a criação do direito decorre, em grande parte, da atividade judicial, ou seja, o common law decorre da *lex non scripta*. Por outro lado, a tradição romano-germânica é marcada pela codificação do direito, tendo no legislativo sua principal fonte criadora. Esta visão de estrita separação entre as tradições do *common law* e do *civil law* sofre uma ruptura, especialmente no caso do Brasil, com o advento do controle de constitucionalidade.

A Constituição ocupa o topo do ordenamento jurídico, sendo que as normas que lhe são hierarquicamente inferiores devem obediência ao seu conteúdo material. Para garantir tal superioridade importou-se do direito norte-americano, por meio da primeira Constituição republicana de 1891, o Controle Difuso de Constitucionalidade, que, à época, consistia na possibilidade do Supremo Tribunal Federal de rever as decisões estaduais, em última instância, em caso de afronta ao texto constitucional. (LEAL, 2010).

As decisões tomadas em controle difuso não possuíam eficácia vinculante e produziam efeitos apenas entre as partes, tudo isso porque ao se importar tal mecanismo de controle, não se trouxe a doutrina dos precedentes vinculantes (*stare decisis*). A carta de 1934 tentou solucionar este problema, possibilitando a extensão de efeitos *erga omnes* às decisões em controle difuso, isso era possível através da edição de resolução pelo Senado Federal, sustentando os efeitos da norma declarada inconstitucional.

Mais adiante, foi incorporada ao ordenamento a forma concentrada de Controle de Constitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional nº 16/1965 à Constituição Federal de 1946, então vigente, incorporando ao texto constitucional a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que por sua vez é um processo objetivo, não se verificando a existência de partes (autor/réu), mas sim a análise abstrata da norma jurídica contestada face ao texto constitucional. Nesse caso, a decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade, por si só, já possuía eficácia *erga omnes*. (LEAL, 2010).

A Constituição Federal de 1988 consagrou ambas as formas de controle, ampliando as ações de controle concentrado de constitucionalidade e mantendo intacta a fórmula do controle difuso, no qual a decisão do Supremo não possuiu eficácia vinculante, dependendo de atuação do Senado para expandir efeitos *erga omnes*.

Insta destacar que é grande a demanda do Controle de Constitucionalidade através da via difusa, na qual a inconstitucionalidade é arguida como mero incidente em um caso concreto por meio de um processo subjetivo, no qual se faz necessária a resolução do incidente de inconstitucionalidade para a análise da lide principal (mérito). A via difusa, como prega o texto constitucional, não seria capaz de produzir efeitos para além do caso concreto posto em juízo, isto se deve à ausência da doutrina *stare decisis* típica do *common law*, o que por sua vez apresenta alguns problemas frente à miscigenância dos sistemas, neste sentido preceitua Bastos (2012, pp. 84-85):

[...] diversos são os problemas suscitados pela pura e simples implantação do modelo de controle difuso em países desprovidos da regra do *stare decisis*: (i) adoção de diferentes interpretações da constituição por órgãos judiciais distintos, com o consequente tratamento desigual dos jurisdicionados[...];(ii) adoção de diferentes interpretações da constituição pelo mesmo órgão judicial em oportunidades distintas, em qualquer grau de jurisdição e sem nenhum dever especial de justifica a modificação da orientação pretoriana, com o consequente tratamento desigual de jurisdicionados pelo

mesmo juízo[...];(iii) a formação de uma situação de incerteza quanto ao direito vigente, seja em função da criação de um contraste de tendências entre órgãos judiciais distintos [...]; (v) a circunstância de que, em função do princípio do efeito inter partes do reconhecimento da inconstitucionalidade levado a efeito em sede de controle difuso, mesmo após reiterados casos de não aplicação da norma reputada inconstitucional pelos tribunais, e inclusive quando há um precedente ou uma cadeia de precedentes de não aplicação do referido dispositivo pelo órgão jurisdicional supremo, os agentes da administração pública continuam se considerando obrigados a da execução à mesma norma, com a consequente necessidade de ingresso em juízo de cada um dos prejudicados[...]

Objetivando conceder maior eficácia e efetividade à atuação do Poder Judiciário, principalmente no que se refere à segurança jurídica e unidade do direito, em 2004, ocorreu a Reforma do Judiciário e por intermédio da Emenda Constitucional nº 45 foram criadas as Súmulas de efeitos vinculantes e a Repercussão Geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

A repercussão geral é reconhecida como um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, sendo conceituada como a transcendência da matéria discutida no caso concreto, de modo que possa atingir número indeterminado de pessoas, no que tange à sua relevância. O não reconhecimento da repercussão geral pelo STF, mesmo se tratando de processo subjetivo, acarreta a vinculação de todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente (art. 543-A, § 5º, CPC de 1973 e art. 1035, NCPC). Destaca-se, ainda, que a repercussão geral é presumida sempre que a decisão impugnada contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo, conforme a inteligência do art. 543-A § 3º do CPC de 1973 e artigo 1035, § 3º, NCPC. Neste sentido, fica clara a não limitação das decisões assim exaradas às partes, restando demonstrado que, no caso, a decisão vinculará todo o Poder Judiciário. Este é um dos fundamentos a demonstrar que as decisões em controle difuso são aptas a alcançarem eficácia *erga omnes*, fortalecendo de tal modo a uniformização das decisões judiciais em matéria constitucional.

As súmulas vinculantes (art. 103-A da CF, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006) concedem ao STF a competência exclusiva para, de ofício ou após provocação (legitimados art. 103-A§ 2º e art. 3º da Lei nº 11.417/2006), “mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante”.

Com isso, a partir do momento em que se reconhecem efeitos *erga omnes* a uma decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, esta dota-se de caráter normativo, uma vez que servirá como baliza para atuação dos demais tribunais. Na mesma linha de raciocínio, foram criadas as súmulas vinculantes, que também têm o condão de vincular a atuação dos tribunais inferiores.

Neste sentido, a partir do momento em que se tornam presentes no ordenamento jurídico brasileiro institutos como repercussão geral em sede de

Recurso Extraordinário e a Súmula Vinculante, que se mostram ferramentas de uniformização de jurisprudência, bem como empoderam-se de força vinculante e produzem efeitos *erga omnes*, há de se admitir que a atuação do Poder Judiciário acaba por criar o direito, que a atividade exercida pelo juiz brasileiro não está muito distante daquela desempenhada por um juiz do *common law*. (VALADÃO, 2013)

Deve-se considerar, ainda, que o Brasil possui um controle de constitucionalidade misto (difuso e concentrado), o difuso de origem norte-americana (país adepto do *common law*) e o controle concentrado. Com efeito, desde o início da república existiam entre nós mecanismos de ambas as tradições jurídicas.

Assim, há uma aproximação entre o *common law* e o *civil law*, no caso do ordenamento brasileiro. Primeiro porque o Brasil, em sua origem já demonstra uma miscigenação, ao adotar um sistema misto de controle. Segundo pelo fato de nas últimas décadas, as reformas ocorridas, especialmente a criação da repercussão geral como requisito de admissibilidade do RE e a Súmula Vinculante, darem força à jurisprudência, tornando-a verdadeira fonte primária do direito. Terceiro, porque a atividade do juiz brasileiro não está muito distante daquela desempenhada por um juiz do *common law*, devido ao destaque da atividade judicial na criação e evolução do direito.

4 DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

O sistema jurídico brasileiro, com o advento do Novo CPC, passa a prever mecanismos de formação de precedentes obrigatórios. Partindo de uma análise conceitual, precedente judicial em sentido lato “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR., 2015, p. 441).

Em sentido estrito, o precedente pode ser conceituado como os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão (*ratio decidendi*). Na verdade, o precedente é a própria *ratio decidendi*, uma vez que não é toda a estrutura da decisão judicial que poderá servir como base para julgamento de casos posteriores análogos. Nas palavras de Marinoni (2015, p.610) “os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são as razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial”.

O precedente pode ser visto como um fato, sendo certo que onde houver uma decisão judicial este fato ocorrerá, claro que nem toda decisão constitui um precedente judicial, apenas aquelas em que for possível a identificação da *ratio decidendi*, ou seja, em que haja fixação de tese necessária para a solução do caso, sem a qual o juiz não decidiria da mesma maneira que decidiu. Seguindo essa linha de pensamento, existem precedentes em todos os lugares do mundo, não apenas nos países da tradição do *common law*. Porém, a relevância ou valor que se dá aos precedentes é que vai definir o grau de vinculatividade e a importância que podem assumir na estrutura normativa do estado. No caso dos países do *common law*, os precedentes têm verdadeira força normativa, constituindo fonte por excelência do direito. No caso do Brasil, malgrado não se tenha a cultura de atribuir eficácia de lei aos precedentes, estes ganham cada vez mais importância (DIDIER JR., 2015).

A ideia de precedentes vinculantes muitas vezes está atrelada ao *common law*, em alguns casos os termos são utilizados como sinônimos, porém, a ideia de sistema de precedentes obrigatórios (*stare decisis*) é relativamente recente, tendo se consolidado na Inglaterra apenas no século XIX, não podendo ser confundida com o *common law*, uma vez que este existiu durante séculos sem a presença do *stare decisis*. Na concepção inicial do *common law*, o ordenamento era constituído pelos costumes gerais do reino, não existia o conceito de *ratio decidendi* (ideia basilar do *stare decisis*). Com efeito, a doutrina dos precedentes constitui apenas um elemento do *common law*, que veio à tona para solidificar e consolidar tal regramento (MARINONI, 2010).

Assim há de se reconhecer que os precedentes judiciais não existem apenas em países da tradição anglo-saxônica (*common law*), podendo fazer-se presentes, também, em países adeptos do *civil law*, especialmente no caso brasileiro, sistema marcadamente legalista, que com a evolução do seu ordenamento, passa a valorar ainda mais os precedentes como fonte do direito, com viés de melhorar a prestação jurisdicional, garantindo maior segurança jurídica, celeridade processual, bem como proporcionando isonomia entre os jurisdicionados.

Destaca-se ainda a distinção existente entre precedente, súmula e jurisprudência. A jurisprudência pode ser considerada a interpretação dada ao texto legal pelos tribunais ao analisarem os casos concretos, que, ao se tornar constante e reiterada, gera unidade ao direito, não possuindo caráter vinculante, mas apenas o poder de persuasão. Por seu turno, a súmula consiste em um meio pelo qual os tribunais, após reiteradas decisões e em matérias de certa relevância, unificam em um texto o entendimento dominante, há de se considerar que existem súmulas vinculantes, aquelas oriundas do STF, e outras com caráter persuasivo. Por derradeiro, o precedente pode ser conceituado como as razões que levaram o magistrado a decidir determinado caso concreto que lhe fora submetido, pode ser originado de apenas um caso, não necessitando de reiteração (MARINONI, 2015).

Não obstante o fato de conceitualmente não poderem ser considerados termos idênticos, precedente, jurisprudência e súmula estão intimamente ligados. No caso dos precedentes, estes são formados tendo como base as circunstâncias envolvidas na lide (fatos) confrontadas ao ordenamento vigente, tal análise faz surgir uma norma geral, que em verdade é a *ratio decidendi* daquele caso, núcleo do precedente. A partir do momento em que há reiteração de decisões ratificando aquele precedente este se torna jurisprudência dominante no tribunal. Por seu turno, a súmula exterioriza a jurisprudência dominante.

4.1 A Estrutura do Precedente Judicial: *Ratio Decidendi* x *Obiter Dictum*

Os precedentes são exteriorizados na parte da fundamentação jurídica das decisões, em sentido estrito, são os fundamentos determinantes sem os quais o juiz não decidiria da forma que decidiu. Nas decisões em que são firmadas teses é possível identificar o precedente, que é composto por duas partes: a primeira é o conjunto de circunstâncias fáticas que embasam a controvérsia; a segunda são as próprias razões de decidir, a tese fixada, os motivos determinantes. Com efeito, há de se considerar que o precedente é a tese fixada na motivação (fundamentação)

somada às circunstâncias fáticas envolvidas na lide. Não é todo o corpo da decisão judicial que constituirá o precedente. As decisões judiciais contêm em sua estrutura: o relatório, os fundamentos e o dispositivo, estando o precedente situado na parte da fundamentação das decisões.

Importante se considerar que são criadas duas normas pelo magistrado ao julgar determinado caso concreto. A primeira delas, de caráter geral, seria criada a partir da interpretação do caso (dos fatos frente ao ordenamento jurídico), ou seja, em juízo de subsunção, no qual ocorre a verificação de se os fatos se encontram amparados por determinado diploma legal, para a correta aplicação da lei ao caso concreto posto em juízo, esta aqui seria a parte da fundamentação da decisão. A segunda norma, de caráter individual, seria a decisão para o caso (parte dispositiva da decisão) (DIDIER JR, 2015).

A *ratio decidendi* encontra-se na norma geral criada a partir da fundamentação da decisão e pode ser conceituada como “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”. São os motivos determinantes, as razões que levaram o juiz a decidir de certa forma (DIDIER JR, 2015, p. 442).

A norma individual constante na parte dispositiva da sentença trata na verdade do julgamento das questões que foram submetidas à apreciação judicial, com poder de vincular apenas as partes envolvidas no processo. Por seu turno, a norma geral expõe as razões que levaram o magistrado a aplicar determinado texto legal ao caso concreto, geral porque tem a capacidade de expandir efeitos para outros processos, uma vez que se trata de interpretação jurisdicional do ordenamento, este último composto por leis e atos normativos marcados pela universalidade de aplicação. Assim, a interpretação dada a uma norma considerada universal pode ser aplicada em situações análogas.

Por outro lado, o *obiter dictum* ou no plural *dicta* pode ser considerado como um elemento constante da fundamentação como a própria *ratio decidendi*, mas que não tem influência ou relevância sobre a decisão proferida. Trata-se de elemento secundário, nas palavras de Didier Junior (2015, pp. 444-445) “trata-se de colocação de opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão”.

Assim, chega-se à conclusão de que nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente. Apenas aquelas em que for possível a identificação da *ratio decidendi*, ou seja, em que haja fixação de tese jurídica necessária à resolução da lide. Vale ressaltar, ainda, que nem toda a fundamentação pode ser considerada *ratio*, mas somente a parte onde se encontram os fundamentos necessários à resolução da lide e que as questões secundárias (*dicta*) não constituem o precedente, embora possuam alguma importância, como no caso de indicarem possível entendimento futuro do tribunal.

4.2 Da aplicação dos Precedentes: Distinguishing e Overruling

Para a aplicação e incorporação de um sistema de precedentes a determinado ordenamento jurídico existem algumas técnicas que são consideradas fundamentais. A correta compreensão deste sistema é essencial para se trabalhar

com precedentes, ainda mais em países ligados à tradição romano-germânica, nos quais os precedentes, por longos períodos da história, não recebiam a devida relevância.

A técnica de aplicação do precedente consiste na verificação de identidade entre os casos, as circunstâncias fáticas devem ser idênticas. Após essa análise de identidade entre os casos, parte-se para averiguação da *ratio decidendi* do precedente, para, só então, aplicá-lo. Existe também a técnica de não aplicação do precedente, que consiste na verificação de que as circunstâncias fáticas são diferentes ou ainda, em sendo idênticos os casos, existe alguma peculiaridade no caso em análise que o distancie do caso paradigma, não podendo aquele precedente ser aplicado ao caso, a tal técnica dá-se o nome de *distinguishing*. Por fim, existe ainda a possibilidade de alteração do entendimento anteriormente fixado através da técnica do *overruling* (DIDIER JR., 2015).

Com efeito, o Magistrado ao se deparar com a existência de determinado precedente terá a opção de aplicá-lo ao caso, se considerar que as circunstâncias fáticas são idênticas, poderá ainda deixar de aplicá-lo sob a alegação de que os casos são diferentes (*distinguishing*) ou, ainda, superar a tese anteriormente fixada (*overruling*).

4.3 O sistema de Precedentes obrigatórios no NCPC

O novo diploma de Processo Civil, com a intenção de melhorar a prestação jurisdicional, traz à tona novas ferramentas de uniformização e estabilização de jurisprudência, além de manter vários institutos do código anterior, como é o caso do julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, que foram mantidos e aperfeiçoados. Foram criados o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto nos artigos 976 a 987 do NCPC, e o Incidente de Assunção de Competência (IAC), previsto no artigo 947 do NCPC.

O que se intencionou com a edição do novo diploma processualista foi acabar com a imprevisibilidade das decisões judiciais. Não há que se admitir que casos idênticos sejam julgados de forma diferente, que a interpretação que se dá à lei e aos atos normativos pelos tribunais não seja uniforme, sob pena de grave comprometimento da segurança jurídica e também violação ao primado constitucional da isonomia. Nesse sentido a exposição de motivos do anteprojeto do NCPC:

O Novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas [...]. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta [...]. Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de

uniformização do entendimento dos tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia (BRASIL, 2010)

Resta clara a intenção de garantia da isonomia e da segurança jurídica, já no início do Título IX - DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS, o NCPC em seu artigo 926 dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Para tanto os juízes observarão, como prega o artigo 927 do NCPC:

Art. 927: (...)

- 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 recurso extraordinário e especial repetitivos;
- IV- os enunciados das súmulas do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V- a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015)

Com relação à vinculatividade de determinados precedentes, o NCPC expõe que os juízes observarão as decisões do STF em controle concentrado, bem como as súmulas vinculantes deste tribunal, mas vai além e inova, ao estabelecer que os tribunais devem observar os acórdãos em IRDR e IAC, bem como os oriundos do julgamento de Recursos Especiais e Extraordinários repetitivos, neste ponto, verifica-se que a utilização do termo “observarão” denota um dever para os tribunais.

O NCPC prestigia o julgamento coletivo de ações e recursos, isso ocorre devido à possibilidade de suspensão dos demais processos em andamento que versem sobre idêntica controvérsia, selecionando determinados feitos que representem tal controvérsia para julgamento, uma vez julgado o caso a decisão proferida será aplicada a todos os processos que estavam suspensos. Na verdade, o IRDR, o IAC e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos estruturam o “MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO CONCENTRADA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS”, que tem por escopo uma dupla finalidade, a primeira delas seria a de formar um precedente vinculante, a segunda e não menos importante, seria a de servir como mecanismo para julgamento coletivo de ações e recursos, uma vez julgado o recurso selecionado, aquela decisão se estenderia aos demais processos ou recursos suspensos. (DIDIER JR, 2015).

Assim, o NCPC com viés de garantir a segurança jurídica e de melhorar a prestação jurisdicional, propiciando a isonomia entre os jurisdicionados e a celeridade processual, estruturou um sistema de resolução coletiva de demandas e formação de precedentes obrigatórios no IRDR, IAC e no julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos.

4.3.1 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR

Os juízes e tribunais se veem diante da difícil missão de julgar inúmeras vezes as mesmas questões de direito, isso se deve ao fato de as decisões não possuírem eficácia *erga omnes*, aplicando-se somente às partes. Tal fato tem gerado morosidade do judiciário, bem como tornado imprevisíveis as decisões, comprometendo a segurança jurídica e a isonomia de tratamento aos jurisdicionados. Para combater tudo isso, o NCPC criou o IRDR, previsto nos artigos 976 a 987 do NCPC, que se mostra importante ferramenta para alcançar a unidade do direito, bem como para tornar mais célere a prestação jurisdicional.

Inicialmente insta destacar que não se trata de um novo recurso, mas apenas de um incidente processual cuja finalidade precípua é de uniformização de entendimento acerca de determinada matéria, exclusivamente de direito, bem como a resolução de forma coletiva das ações. Segundo o artigo 976 do NCPC, são requisitos de admissibilidade do IRDR “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “o risco à isonomia e segurança jurídica”. Será aplicado a recurso, remessa necessária ou processo de competência originária no Tribunal. Destaca-se, ainda, que quando já houver afetação de recurso para decisão de tese repetitiva pelos tribunais superiores, não caberá o IRDR (art. 976, §4º, NCPC).

Com efeito, o IRDR deverá ser interposto perante os tribunais de segunda instância, especificamente deve ser dirigido, por petição ou ofício, ao presidente do tribunal, sendo que o instrumento de instauração deve ser acompanhado de prova pré-constituída do atendimento aos requisitos de admissibilidade. Será julgado pelo órgão colegiado indicado no regimento interno do respectivo Tribunal. São legitimados a propor o IRDR: o juiz ou relator, por ofício; as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por meio de petição (art. 977 e 978, NCPC).

O IRDR deve ser julgado no prazo máximo de 1 (um) ano e terá prioridade com relação aos demais, com exceção do Habeas Corpus e processos que envolvam réu preso (art. 980, NCPC), sendo que, uma vez distribuído, será feito o juízo de admissibilidade pelo órgão colegiado competente, e tendo sido admitido, o relator determinará a suspensão dos demais feitos, individuais ou coletivos, em andamento no estado ou região (art. 481 e 482, NCPC). Tal suspensão se justifica pela própria intenção do IRDR, qual seja: dar igual tratamento aos processos em trâmite, que tratem de igual controvérsia acerca de determinada matéria exclusivamente de direito.

A suspensão atinge apenas os processos em trâmite nos limites territoriais do Tribunal no qual caminha o IRDR (fato que gera apenas uniformidade ao direito local), porém o artigo 982, § 3º, NCPC, prevê a possibilidade de requerimento ao tribunal competente para julgar o Recurso Especial ou Extraordinário, no sentido de que este suspenda todos os processos em trâmite no país, até o julgamento do IRDR. Com efeito, um caso suscitado perante um Tribunal local (âmbito estadual) ou Justiça Federal Regional (âmbito regional) poderá ocasionar a suspensão de feitos em todo o território nacional. Tal suspensão cairá diante do julgamento do IRDR, caso não seja interposto o RE ou RESP. Caso haja interposição de RESP ou RE do julgamento de IRDR, o STF ou STJ poderão diante de razões de segurança jurídica,

e havendo o pedido para que se estenda a suspensão a todo o território nacional, desde que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, estender a suspensão à esfera nacional, até o julgamento do recurso. (NEVES, 2015).

A decisão de suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes, aqui um ponto importante merece ser destacado. O juiz pode verificar que não se trata de casos idênticos e não suspender o processo, aplicando a técnica do *distinguishing*, ou ainda, que a questão de direito, ora questionada, não abarca todo o mérito do processo em andamento, podendo suspendê-lo parcialmente, apenas no que se refere à questão objeto do IRDR. (MARINONI, 2015).

O sucesso do IRDR está atrelado à ampla divulgação das causas que assim serão decididas, bem como dos julgamentos já efetivados, nas palavras de Marinoni (2015, p. 577):

[...] quanto mais amplo o conhecimento desses dados, maior a possibilidade de que as decisões sejam observadas e de que não se dê prosseguimento a causa que deveriam estar sujeitas à solução por este incidente. Preocupado com isso, o novo Código determina que a instauração e o julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas devam receber a mais ampla publicidade possível, impondo-se ao Conselho Nacional de Justiça a criação de um cadastro específico por meio eletrônico para a divulgação dessas informações (art.979). Além disso, cada tribunal deve manter um banco de dados específico com informações a respeito das questões de direito submetidas a incidentes de resolução de demandas repetitivas, que de seu turno deve alimentar o sistema nacional criado pelo Conselho Nacional de Justiça [...]

O IRDR será julgado no prazo máximo de 1 ano, salvo decisão fundamentada do relator. O Acórdão do julgamento deverá conter todos os argumentos levantados com relação à tese discutida, tanto os favoráveis quanto os desfavoráveis. A decisão será aplicada aos processos suspensos, bem como aos que forem futuramente ajuizados, no território de jurisdição do Tribunal que proferiu a decisão, até que haja revisão das teses fixadas mediante provocação ao mesmo tribunal que fixou a tese (*overruling*) (NEVES, 2015).

A vinculatividade e/ou obrigatoriedade dos precedentes gerados no julgamento de IRDR está resguardada pela possibilidade de ingresso com Reclamação Constitucional, dirigida ao tribunal que fixou a tese, para fiel cumprimento do precedente, nos termos do artigo 985, § 1º, do NCPC.

Assim, o IRDR é um dos pilares do sistema de precedentes obrigatórios inseridos no ordenamento pelo NCPC, possuindo uma dupla finalidade, de um lado é ferramenta de resolução de demandas de forma coletiva, de outro é um mecanismo de formação de precedente obrigatório, força essa garantida pela possibilidade de Reclamação no caso de não cumprimento. Tudo isso com vistas a proporcionar a unificação do direito, a uniformização da jurisprudência e a isonomia de tratamento para com os jurisdicionados.

4.3.2 O Incidente de Assunção de Competência – IAC

O IAC encontra-se previsto no artigo 947 do NCPC e é admissível quando o julgamento de “recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”. Há ainda a exigência de que no caso se discuta relevante questão de direito e que haja interesse público na solução da controvérsia.

Por uma questão de lógica, não é cabível IAC quando houver repetição em múltiplos processos da questão de direito, uma vez que se trata de hipótese de cabimento de IRDR. A função do IAC é de compor ou evitar divergência entre os órgãos fracionários dos tribunais, função esta que era exercida pelo incidente de uniformização de jurisprudência no CPC de 1973, que foi abolido. Nas palavras de Marinoni (2015, p. 566) a função do IAC é:

[...] tornar unívoca a aplicação do direito no âmbito da corte (art. 947, § 4º) ou ainda simplesmente atribuir a um órgão representativo da opinião do tribunal o julgamento de alguma questão de direito que possua grande repercussão social (art. 947, caput.). Mais do que isso, seu propósito é oferecer decisão que se imponha também a todos os juízes sujeitos à competência do tribunal, gerando jurisprudência capaz de orientá-los a respeito da posição do tribunal a respeito da interpretação do direito.

A rigor do que prega o artigo 947 do NCPC, o IAC poderá ser proposto pelo relator, de ofício ou após requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. O pedido deve ser feito ao órgão competente para conhecer do recurso, do reexame ou do processo originário, sendo que este órgão deliberará acerca do caso, e, em caso de entendimento favorável ao deslocamento, encaminhará o caso ao órgão colegiado competente, designado no regimento do tribunal, para que este, em caso de admissibilidade do incidente, realize o julgamento da questão, compondo a divergência. Com efeito, a priori, o órgão inicialmente competente delibera acerca do deslocamento, e em caso de atendimento, remete-se ao órgão colegiado, incumbido pelo regimento para julgar o IAC, que, após juízo de admissibilidade, resolverá a questão. (MARINONI, 2015).

Por derradeiro, o IAC exterioriza o que se denomina de *stare decisis* horizontal, que seria a vinculação do Tribunal (turmas/órgãos fracionários) aos seus próprios precedentes. Assim, há de reconhecer a importância desta ferramenta, que tem o condão de uniformizar o entendimento (interno) do tribunal e vincular os órgãos fracionários que o compõem, bem como os demais juízes e tribunais que lhe são hierarquicamente inferiores, estando resguardada a vinculatividade de tais precedentes pela possibilidade de propositura de Reclamação Constitucional.

4.3.3 O julgamento de Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos

O NCPC, dos artigos 1036 a 1041, define o procedimento para julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Já havia previsão no código de 1973, artigos 543-B e 543-C, para o julgamento de recursos por amostragem. Em síntese, se escolhiam determinados recursos representativos da controvérsia (recursos paradigmas, pilotos), enquanto os demais ficavam suspensos aguardando o julgamento e fixação da tese. No entanto, houve mudanças significativas.

O NCPC inova ao prever que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais possam escolher 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para remessa aos tribunais superiores, e determinar a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, que tramitem no estado ou região, sobre idêntica matéria (art. 1036, § 1º, NCPC), destacando-se, ainda, que a suspensão dos processos em andamento poderá ser elevada ao nível nacional pelo STJ ou STF (1037, II, NCPC). Anteriormente, a seleção e a suspensão, aqui só dos recursos (não havia norma que determinasse a suspensão de processos), ficavam por conta do STF ou STJ.

Importante é o fato de que a escolha do TJ ou TRF não vinculará as cortes superiores, podendo estas, se for o caso, escolher outros recursos representativos da controvérsia (1036, § 4º, NCPC), e que a decisão acerca da afetação dos recursos, bem como a decisão final sobre a suspensão dos processos é incumbência dos Tribunais Superiores, neste sentido Neves (2015, p.513):

É importante observar que a suspensão determinada pelo tribunal de segundo grau é provisória, porque dependerá de sua confirmação e eventual ampliação-ou revogação pelo relator no tribunal superior. Nesse sentido, o artigo 1.037, II, ao dispor que, sendo proferida decisão de afetação pelo relator do tribunal superior, será definida a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, enquanto o art. 1.037, § 1º, prevê que, se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou o vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão.

Conforme prega o artigo 1037, §8º, do NCPC, as partes deverão ser intimadas da decisão que determinou a suspensão dos seus respectivos processos. Neste caso, poderão alegar que o caso é diferente daquele paradigma submetido a julgamento, requerendo o prosseguimento do seu processo, aqui resta mais uma amostra da aplicação de instituto típico do *common law*, o *distinguishing*.

Por fim, decididos os recursos afetados, a tese então fixada será aplicada aos demais recursos sobrestados, sendo que se o acórdão proferido estiver de acordo com aquele fixado no julgamento do recurso paradigma, será negado seguimento

aos recursos extraordinários e especiais respectivos (decisão será monocrática), porém se o acórdão recorrido estiver divergente da tese fixada, deverá ser reformado aplicando-se a tese do caso paradigma, ora julgado (art. 1040, I e II, NCPC). Com relação aos processos suspensos, em primeira e segunda instâncias, retomarão o curso, para que a tese fixada seja aplicada à sentença.

Assim, o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos sofreu algumas mudanças com o advento do NCPC, destacando-se a possibilidade de suspensão de processos em andamento, independentemente de penderem de recurso, pelo próprio órgão jurisdicional de segunda instância. Resta clara a intenção de dar tratamento igual às controvérsias de mesma base legal, com ênfase na uniformização da jurisprudência, bem como na isonomia dos jurisdicionados.

5 DAS CRÍTICAS AO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

A adoção de um sistema de precedentes obrigatórios afeta de maneira significativa a atividade cognitiva exercida pelos juízes. Se de um lado podemos destacar a unidade do direito, a uniformização da jurisprudência, celeridade processual e isonomia de tratamento aos jurisdicionados como fatores positivos da aplicação dos precedentes judiciais, por outro lado, há que se verificar que a resolução de demandas de forma coletiva, bem como a vinculatividade dos precedentes afetam a atividade judicial, a ponto de se questionar se não restaria prejudicada a persuasão racional do juiz, se não estaríamos mecanizando a atividade jurisdicional e ferindo a independência funcional dos juízes, ou ainda se haveria um engessamento do direito.

De início, merece destaque o fato de que o sistema adotado no Brasil, para valoração das provas pelo juiz, é o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual todas as provas apresentadas no processo encontram-se no mesmo patamar, cabendo ao juiz a valoração de cada prova. Desta feita, o magistrado decidirá a lide, confrontando os fatos que lhe foram alegados às provas apresentadas, após juízo de valoração. O NCPC manteve essa previsão em seus artigos 371 e 372 (NEVES, 2015).

Com efeito, não obstante as críticas ao NCPC no que se refere a eventual limitação do princípio da persuasão racional, há de se verificar que este princípio se refere à apreciação das provas pelo juiz. Não há relação direta entre o sistema da persuasão racional e a aplicação dos precedentes obrigatórios. Assim, não se pode falar que o NCPC mitigou o sistema do livre convencimento do juiz, uma vez que se trata de mecanismo de valoração de provas e foi mantido nos artigos 371 e 372 do NCPC.

Os juízes gozam de independência funcional, o próprio texto constitucional lhes assegura isso no art. 95 da Constituição Federal, nos incisos de I a III, garantindo-lhes a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de seus vencimentos. O estado de direito em que vivemos assegura aos seus magistrados certa independência, uma vez que não correm o risco de serem deslocados para outra circunscrição ou ainda terem os seus vencimentos reduzidos como forma de coerção a decidirem de determinada maneira. Assim, a independência funcional dos

juízes está resguardada pela vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos.

O NCPC estabelece, em seu artigo 927, que os juízes e tribunais “observarão” determinados precedentes, destacando aqueles oriundos das cortes superiores, bem como os oriundos do julgamento de IRDR, IAC e a orientação do respectivo órgão especial. A palavra utilizada é “observarão”, que denota verdadeiro dever aos magistrados. O Magistrado estaria obrigado a decidir em conformidade com os precedentes. Há aqui um aspecto intrigante, ao passo que o juiz está vinculado a determinado precedente, restaria violada ou mitigada a sua independência funcional.

As críticas são feitas no sentido de que a função jurisdicional restaria “mecanizada” e que haveria violação ao princípio da independência funcional, uma vez que, ora submetida questão unicamente de direito, e caso já exista precedente obrigatório sobre a matéria, o juiz estaria obrigado a aplicá-lo. Também há de se destacar que o jurisdicionado também pode sofrer algum prejuízo decorrente de eventual “mecanização”, uma vez que pode ver as particularidades do seu caso ignoradas.

Por fim, destaca-se que para se evitar tal “mecanização” é necessária a correta aplicação dos precedentes, utilizando-se das técnicas de distinção e superação de teses, evitando que a atividade jurisdicional se torne engessada, e propiciando que a adoção desse sistema dê unidade ao direito, torne estável a jurisprudência e possa assegurar igualdade de tratamento aos jurisdicionados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho acadêmico foi desenvolvido com a finalidade de analisar a aplicação do sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, bem como as implicações que isso ocasiona sobre a prestação jurisdicional. Para tanto, foi analisada a evolução do pensamento jurídico e do ordenamento brasileiro, bem como as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

Constatou-se que apesar de o Brasil ser considerado um país adepto do *civil law*, tendo na lei a principal fonte do direito, a função desempenhada pelos juízes brasileiros não está muito distante daquela exercida por um juiz do *common law*, uma vez que com o advento do neoconstitucionalismo houve uma expansão na margem de interpretação da norma pelos tribunais, que passaram a ter a incumbência de aplicar os princípios e direitos fundamentais, que por vezes se exteriorizam como elementos indeterminados dependentes de complementação pelo intérprete (é o caso das cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados). Sendo assim, malgrado a produção normativa continue concentrada nas casas legislativas, a atuação do judiciário acaba por criar e desenvolver o direito, havendo verdadeira aproximação do Brasil às tradições do *common law*.

Verificou-se, ainda, que a caminhada normativa rumo ao reconhecimento de força vinculante aos precedentes culminou na edição do Novo Código de Processo Civil (NCPC), que imbuído de pretensões de estabilização de jurisprudência importou mecanismos típicos do *common law*, como é o caso dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* e os mecanismos do *distinguishing* e *overruling*. Foi estruturado um sistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, que

possui dupla finalidade de formar precedentes vinculantes e julgamento coletivo de ações e recursos. Integram este sistema o IRDR, o IAC, e o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos. As decisões assim proferidas tornam-se de observância obrigatória.

A adoção de um sistema de precedentes obrigatórios mostrou-se uma ferramenta muito importante no que se refere à estabilização da jurisprudência, possibilitando tratamento igualitário aos jurisdicionados diante da mesma norma e tornando as relações jurídicas mais seguras e previsíveis. Ficou claro que o uso da técnica dos precedentes requer alguns cuidados, com a finalidade de se evitar mecanização e engessamento da atividade judicial, as ferramentas de distinção e superação de teses devem ser corretamente utilizadas.

Por derradeiro, chega-se à conclusão de que o Estado Brasileiro, com a edição do Novo Código de Processo Civil, consolidou a aplicação da doutrina dos precedentes obrigatórios e que se as técnicas relacionadas forem utilizadas corretamente haverá grande progresso na prestação jurisdicional, no tocante à isonomia de tratamento aos jurisdicionados, à segurança jurídica e celeridade processual.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto, **O Novo Direito Constitucional e a constitucionalização do direito, Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos/** Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martorio Mont' Alverne Barreto Lima (orgs.). – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALADÃO, José Arildo, **A Nova função do Recurso Extraordinário**, Volume 8, Editora Gazeta Jurídica, 2013.

BASTOS, Antônio Carlos Pereira Lemos, **Precedentes Vinculantes e Jurisdição Constitucional**, ed. Lumen Juris, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. Rev. e Atual. Ed. Malheros editores, 2012.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckimin. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: análise dos princípios constitucionais aplicáveis**. Saraiva, 2012.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade moderno**. Ed. Impetus, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 3. ed. Rev. e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

BULOS, Uadi Lammégo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim-**Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law** - Teresa Arruda Alvim Wambier - Revistas dos Tribunais Online - Revista de Processo - vol. 172 - p. 121 – Jun., 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme – **Precedentes Obrigatórios** – 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm . Acesso em: 08 abril 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm . Acesso em: 08 abril 2016.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046. Acesso em: 08 abril 2016.

DIDIER Jr., Fredie – **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela – 10 ed. – Salvador – Ed. Jus Podivm, 2015 v.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Novo Código de Processo Civil-Lei 13.105/2015**, Rio de Janeiro, Ed. Método, 2015.

BRASIL, **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em : <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em : 02 de maio de 2016.