

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

FUNÇÃO E VALOR DO PRECEDENTE JUDICIAL

SERGIO GONDIM DA CUNHA MARTINS

Rio de Janeiro

2019/2

SERGIO GONDIM DA CUNHA MARTINS

FUNÇÃO E VALOR DO PRECEDENTE JUDICIAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira.**

Rio de Janeiro

2019/2

CIP - Catalogação na Publicação

M379t	Martins, Sergio Gondim da Cunha Trabalho de Conclusão de Curso / Sergio Gondim da Cunha 50 f. Orientador: Fabio Perin Shecaira. Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019. 1. Precedentes judiciais. 2. fontes do direito. 3. stare decisis. I. Shecaira, Fabio Perin, orient. II. Título.	Martins.
-------	---	----------

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

SERGIO GONDIM DA CUNHA MARTINS

FUNÇÃO E VALOR DO PRECEDENTE JUDICIAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fábio Perin Shecaira.**

Data da Aprovação: / / 2019.

Orientador

Membro da banca

Rio de Janeiro

2019/2

SUMÁRIO

ABREVIATURAS E SIGLAS	8
1 INTRODUÇÃO	9
2 O QUE É UM PRECEDENTE?.....	12
3 PRECEDENTES VINCULAM?.....	24
4 É BOM QUE VINCULEM?.....	32
5 CONCLUSÃO.....	42
6 REFERÊNCIAS	45

RESUMO

O trabalho a seguir corresponde a uma análise crítica do conceito jurídico de precedente judicial. Discute-se o que é um precedente, em que medida precedentes são vinculantes – isto é, fontes obrigatórias do direito – e se é bom que os precedentes sejam considerados vinculantes. O estudo baseia-se em uma análise da doutrina nacional e estrangeira, sobretudo, da obra de Frederick Schauer, um autor cuja obra tem sido bastante influente entre autores brasileiros interessados em entender a experiência norte-americana com a interpretação e aplicação de precedentes.

Palavras-chave: precedentes; fontes do direito; efeitos vinculantes.

ABSTRACT

The following work corresponds to a critical analysis of the legal concept of judicial precedent. The work discusses what a precedent is, the extent to which precedents are binding – that is, mandatory sources of law – and whether it is good for precedents to be considered binding. The study is based on an analysis of national and foreign doctrine, especially the work of Frederick Schauer, an author whose writings have been very influential among Brazilian authors interested in understanding the American experience with the interpretation and application of precedents.

Keywords: precedents; sources of law; binding effects.

ABREVIATURAS E SIGLAS

- ARE - Agravo em Recurso Extraordinário
- Art. - Artigo
- CPC - Código de Processo Civil
- CPP - Código de Processo Penal
- CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil
- Des. - Desembargador
- DJe - Diário de Justiça Eletrônico
- EDcl - Embargos de declaração
- HC - Habeas Corpus
- IAC - Incidente de Assunção de Competência
- IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
- Min. - Ministro
- MP - Ministério Público
- QO - Questão de Ordem
- Recl. - Reclamação
- Reclte. - Reclamante
- RE - Recurso Extraordinário
- rel. - Relator
- REsp - Recurso Especial
- RISTJ - Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
- RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
- STF - Supremo Tribunal Federal
- STJ - Superior Tribunal de Justiça
- TJ/SP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1 INTRODUÇÃO

Com a justificativa de uniformidade de sentenças, equidade de julgamentos e agilidade processual, entre outras coisas, o ordenamento jurídico brasileiro vem utilizando os precedentes para decidir questões e direcionar solução de lides.

Mesmo sendo uma característica tradicional de sistemas jurídicos da Common Law, julgamentos pretéritos passaram a servir de referência para decisões presentes, também nos sistemas do Civil Law.

As súmulas vinculantes, os julgamentos repetitivos e demais formas de condicionar julgamentos atuais às sentenças proferidas anteriormente foram contempladas no novo Código de Processo Civil, trazendo à tona a questão de que não compete ao judiciário a responsabilidade pela instituição de normas, prerrogativa exclusiva do legislativo.

A reflexão sobre se o princípio do Stares Decisis representaria novas normas ou simplesmente uma regra de utilização das mesmas, através da visão dos operadores do Direito no Brasil, talvez possa iluminar o caminho para uma melhor aplicação da justiça diante de questões com similares.

Como a adoção dos precedentes vinculantes pelo novo CPC de 2015 irá ser recepcionada e compreendida pelos envolvidos na aplicação das normas, é uma questão importante não só para a solução de problemas atuais, baseados em julgamentos anteriores, como para julgamentos futuros, fundamentados nos atuais.

Esta pesquisa abordará a opinião dos operadores do direito brasileiro no sentido de como utilizar os precedentes, previstos no novo CPC, observando as eventuais vantagens ou desvantagens de sua aplicação. A temática da pesquisa será a análise do momento atual, diante da nova forma de aplicar decisões pretéritas nos julgamentos presentes e futuros.

O presente trabalho não pode determinar qual será o resultado real da adoção do Stare Decisis pelo novo CPC de 2015. Muitas dúvidas persistirão. Teremos uma aplicação fria e literal da norma? Será que aqueles que discordam da aplicação da sua implantação mais abrangente encontrarão meios de fugir da sua utilização? Apesar dessas respostas só aparecerem com o passar do tempo, podemos obter desde já uma diretriz de como a comunidade jurídica irá se posicionar.

A necessidade de redução do tempo duração dos processos, o clamor por decisões mais uniformes para questões notadamente similares tendem a criar condições para que a aceitação do Stare Decisis seja recepcionada de forma ampla e abrangente. A possibilidade de revisão das jurisprudências, visando adequá-las a novas realidades do momento, apresenta-se como forte argumento diante daqueles que temem pelo fato de decisões passadas, não observarem realidades futuras.

Quanto ao questionamento de não ter o judiciário competência para legislar, vislumbra-se que o cuidado com uma exposição explícita das normas e princípios abordados na decisão vinculante deixa claro que se trata de uma interpretação do ordenamento e não de uma nova norma.

Assim sendo, é possível e talvez desejável que o novo CPC de 2015 seja realmente acolhido, nesse aspecto, como um ganho real na solução de questionamentos que já tenham sido propostos anteriormente.

Desde a entrada em vigor do novo CPC, vários operadores do Direito vêm levantando questionamentos sobre de que maneira a adoção de precedentes, como orientadores das decisões judiciais, será aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Essa pesquisa objetiva analisar como a doutrina e juristas pretendem recepcionar as novas regras, partindo de considerações prós e contra tais mudanças e do que representa realmente o Stare Decisis em regimes jurídicos do Common Law e do Civil Law.

Objetiva-se discutir a aplicação dos precedentes como delineadores das decisões jurídicas para casos semelhantes poderá ser recepcionada pelos operadores do direito, ou se há indícios doutrinários de que serão usados de forma, restrita e limitada. Mais especificamente, os objetivos deste trabalho são:

- a) Identificar como se apresentam os precedentes nos regimes do Common Law e Civil Law.
- b) Analisar, como surgiram os precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.
- c) Especular sobre como serão, realmente, aplicados os precedentes nas decisões judiciais.

As principais referências estrangeiras usada neste trabalho são Frederick Schauer e Neil Maccormick, autores bastante influentes no Brasil e responsáveis por muitas das informações de que dispomos sobre como o Stare Decisis funciona nos EUA e no Reino Unido.

2 O QUE É UM PRECEDENTE?

Inicialmente o presente trabalho pretende conceituar o seu objeto de estudo, isto é, foca em explicar o que é um precedente. De maneira simplificada, podemos afirmar que apelar a um precedente se caracteriza como uma forma de argumentação. Sua estrutura básica é dada por uma situação base pretérita que se projeta a uma situação alvo semelhante no presente. Esquematizando essa ideia, temos que o raciocínio utilizado nesse tipo de argumentação é a seguinte: “o tratamento prévio de uma ocorrência X na forma Y constitui, unicamente por seu caráter histórico, uma razão para tratar X de forma Y se e quando X ocorrer novamente” (SHAUER, p. 49). Em outras palavras, o precedente é uma decisão anterior considerada como fonte do direito em um caso posterior na medida em que se encontra atrelada a própria noção de justiça e equidade que devemos tratar casos semelhantes de forma igual.

Dessa forma, portanto, podemos afirmar que o precedente é uma forma de argumentação, assim como a argumentação baseada em analogias ou princípios por exemplo.

Importante frisar que a utilização argumentativa com base em precedentes não é uma prerrogativa exclusiva dos tribunais ou de forma mais geral, do Direito. Sendo encarados como técnica hermenêutica, esse tipo de argumentação pode aparecer em diferentes discursos da vida cotidiana, desde que haja a comparação de uma situação pretérita com uma situação presente e análoga. Dessa forma, pode ser reproduzido por vários campos extrajurídicos, inclusive na vida cotidiana e até mesmo no discurso de uma criança que recorre para convencer seu pai de alguma coisa a um fato do passado, uma permissão cedida ao seu irmão

mais velho na época que tinha sua idade para fundamentar um tratamento igual que ela espera no presente.

O que nos interessa neste trabalho, entretanto, é exclusivamente os chamados precedentes jurídicos. Em definição simples, são fundamentos jurídicos que sustentam a decisão do magistrado que através da hermenêutica adota um posicionamento em sua sentença baseando-se em uma decisão pretérita aplicada a um caso semelhante. Em outras palavras, precedente judicial se refere a um pronunciamento judicial proferido no passado e identificado, em um momento posterior, como sendo um parâmetro relevante ou decisivo para a resolução de novos casos que apresentam condições semelhantes ou até análogas daquelas que já foram discutidas judicialmente no passado. Nesse sentido tradicional, o precedente é identificado como tal não no momento em que é emitido, mas depois, quando invocado, interpretado e utilizado como subsídio ou baliza para uma nova decisão. Ou seja, nessa acepção, é uma visão retrospectiva que nos permite identificar os precedentes.

Podemos apontar facilmente alguns benefícios de reproduzir decisões judiciais passadas em sentenças e decisões judiciais presentes. O mais evidente é a questão da imparcialidade e previsibilidade. Imaginemos por exemplo que uma pessoa da classe política tenha uma conduta no passado a qual não gerava para ela qualquer tipo de responsabilização judicial (dirigir acima da velocidade em determinada rodovia, por exemplo). Um cidadão que reproduza exatamente essa mesma conduta nas mesmas situações (não houve qualquer alteração legal e.g.) certamente se sentira injustiçado ao ser punido em virtude de sua ação, na medida em que, no passado ou em relação a outro grupo de pessoas, essa mesma ação nunca gerou tal responsabilização.

Nesse sentido, leciona MacCormick, “conectado a essa razão está a ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça para todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando” (MACCORMICK 2006, p. 191)

Outro benefício do uso de precedente É a economia de esforço e dinamização de processos judiciais. Em um país como o Brasil em que a as instituições do poder judiciário não suportam a grande demanda de processos em tramite acaba por ocasionar uma excessiva demora na resolução de lides. É evidente que o uso da argumentação baseada em precedentes é benéfica em relação à celeridade processual uma vez em que casos iguais seriam resolvidos mais rapidamente uma vez em que não seria necessário realizar todo o desenvolvimento teórico para resolução do litigio novamente, e sim aproveitar os argumentos já criados e amplamente debatidos nos tribunais.

uma terceira razão para aderir a precedentes é a economia de esforço- juízes e advogados não precisam realizar novo esforço argumentativo sobre as mesmas circunstâncias. Uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração (MACORMICK 2006, p. 191)

Feita essas considerações iniciais, adentraremos uma discussão mais polemica ao decorrer da história: os precedentes constituem fonte direta de direito no Brasil?

Inicialmente deve-se atentar a distinção que faço entre fontes formais em contraposição às fontes materiais. As fontes materiais entendo como todo fato ou circunstância que, reconhecidamente ou não, influenciam nas decisões das autoridades, especificamente dos magistrados quando o assunto é a observação de precedentes, no exercício de criação de normas gerais e decisões judiciais. Apesar de influenciarem os operadores do direito, essas fontes não são consideradas oficiais e por isso não é raro serem omitidas nas decisões. Alguns exemplos de fontes materiais são a conjuntura e acontecimentos políticos- econômicos, a opinião vinculada pela imprensa dentre outras.

As fontes formais são aquelas que oficialmente os operadores de direito buscam fundamentar suas normas e decisões. O exemplo clássico desse tipo de fonte é a Legislação positivada.

As fontes formais por sua vez se dividem em fontes diretas (ou obrigatórias) e indiretas (opcionais). As diretas são aquelas que o juiz não pode ignorar ao produzir sua decisão, e se o fizerem estarão descumprindo seu dever. Enquanto as indiretas, apesar de contribuir para a fundamentação, não são essenciais e podem ser deixadas de lado. Dessa forma, o exemplo claro de fonte direta é a lei e de fonte indireta é a doutrina. Ressalta-se que essa é uma distinção de grau, e a jurisprudência, que no presente trabalho interpretaremos como um conjunto de decisões judiciais uniformes, isto é, de precedentes judiciais que aplicam as mesmas normas a casos semelhantes, estaria dessa forma no meio do caminho entre direta e indireta (pelo menos até o momento atual do ordenamento brasileiro em que as mudanças propostas no NCPC ainda não estão totalmente consolidadas).

Não há dúvidas, portanto, que a jurisprudência é fonte formal. Entretanto ainda pode-se questionar se é fonte obrigatória (direta) e em que grau seria. Em outras palavras, pode-se indagar se o precedente realmente vincula a decisão do magistrado. Em resposta breve poderíamos dizer que até então os precedentes podiam ser vistos como fontes formais mas meramente opcionais. Para comprovar isso, argumento que a jurisprudência nem sequer era citada no artigo 4 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) nos casos de necessidade de resolução de algum litígio em casos de omissão da lei (lacunas). Diz o dispositivo: “Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (LINDB)

Antes de discutir mais atentamente essa questão devemos nos atentar que a aplicação dos precedentes tem alarmante diferença entre os países de Common Law e de Civil Law.

Nos países que adotam a tradição jurídica da Common Law, como os Estados Unidos e a Inglaterra, podemos dizer que impera o princípio do Stare Decisis et non quieta movere ("mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido" em tradução livre). Isso significa que os precedentes firmados por um tribunal superior são vinculantes para todos os órgãos jurisdicionais inferiores dentro de uma mesma jurisdição. Em outras palavras, podemos afirmar sem dúvidas que nos países que seguem essa tradição jurídica é uma fonte direta do Direito, isto é, uma fonte obrigatória que deve necessariamente ser observado no ato decisório e de aplicação do direito em forma geral. Nesses casos, o uso do precedente é decerto vinculante e o juiz não pode ignorar ou afastar o que já foi decidido a fim de promulgar um decisão diversa à um caso semelhante.

Entretanto, ao voltarmos os olhos aos países que seguem a tradição jurídica da Civil Law, como é o caso do Brasil, não podemos fazer a afirmação de forma não cautelosa de que impera tal princípio. Apesar de haver extensa discussão, a conclusão lógica é que não havia tal obrigatoriedade em se observar os precedentes, podendo-se fazer a ressalva apenas que aqui existem as súmulas vinculantes produzidas pelo STF que resguardavam em parte esse princípio.

O advento do Novo Código de Processo Civil entretanto deu novos contornos a essa discussão. Podemos dizer que os precedentes possuíam uma eficácia meramente argumentativa, não tinham de ser obrigatoriamente seguidos. Essa situação se alterou após a Lei nº 13.105/15 como veremos.

Sobre isso, afirma MacCormick:

Em algumas tradições jurídicas, precedentes são reconhecidos apenas como indicadores da melhor maneira de interpretar o Direito codificado ou legislado. Essa visão depende de um entendimento estrito da separação de poderes como elemento que sustenta o Estado de Direito. Como juízes não são legisladores, suas decisões não podem ser aceitas como algo mais do que o Direito produzido pelo legislador. Em outros sistemas e tradições, outra visão prevalece. Precedentes são reconhecidos como uma fonte a partir da qual deriva um certo tipo de Direito, o Direito jurisprudencial (case-law). Nos tempos recentes, pelo menos, é preciso alertar que, mesmo nos países de common law, Direito jurisprudencial puro é relativamente raro (MACCORMICK 2006, p.192)

Conclui-se que, a depender do sistema jurídico, será conferida maior ou menor importância ao precedente judicial, podendo dizer de forma simplificada que nos países de

common law os precedentes tem maior grau vinculatório e nos de Civil Law esse aspecto é reduzido e os precedentes teriam caráter meramente persuasivo.

Deve-se ressaltar entretanto que não é de hoje que se observar uma aproximação entre os sistemas da civil law e da common law: cada vez é maior a relevância que a jurisprudência assume na civil law; são cada vez mais frequentes as normas jurídicas, na common law, que advêm de textos legais positivados. Apesar de afirmar que o NCPC trouxe um novo paradigma em relação a importância dos precedentes e de seu caráter, não estou afirmando que houve uma mudança abrupta e os precedentes passaram de uma hora para outra a ter maior força vinculante. Houve um processo gradual em que a jurisprudência foi ganhando cada vez mais importância no que cominou em um “reconhecimento” desse fato no novo diploma.

O papel que os precedentes têm na common law não deriva de uma simples atribuição de especial eficácia a eles e sim de um longo processo de valorização histórica que vem desde o início da história do ordenamento jurídico Inglês. O direito inglês consolidou-se dessa forma: com um conjunto de costumes, decisões judiciais que acarretaram na “lei da terra” ou “lei comum”. A ideia de que o direito é aquilo que os tribunais decidiam no passado, que os antepassados tinham por correto, está arraigada nessa tradição jurídica. Isso também ocorreu historicamente nos Estados Unidos, que supervalorizam seu passado histórico, idolatram os chamados “pais fundadores” e a título de exemplo promulgaram uma única constituição em toda sua história.

Na civil law, modelo em que se enquadra o Brasil, o primado é da lei positivada. Isso, porém não significa que as decisões judiciais limitem-se a declarar ou descobrir o sentido da

lei. O direito é fato, valor e norma. Não ocorre uma mera extração de significado literal dos dispositivos legais. O sentido da lei é na verdade construído a partir não somente de um significado gramatical de palavras dispostas em códigos, mas também dos valores sociais, políticos, econômicos, culturais reinantes na sociedade.

Trataremos mais detalhadamente dessa questão da obrigatoriedade dos precedentes no sistema jurídico Brasileiro nos capítulos a seguir, tendo em mente que o Novo Código de Processo Civil de 2015 abre as portas para maior implementação desse instituto no nosso sistema jurídico.

Uma observação a ser feita é que as decisões judiciais costumam ser longas e complexas. Além disso, não são organizadas em dispositivos concisos e enumerados. Nesse sentido, pode-se indagar qual a parte das decisões judiciais que vinculam quando estamos falando de precedentes. Ora, uma decisão judicial geralmente contém muitas páginas, argumentos, fatos. Muitas vezes ultrapassam centenas de páginas podendo chegar até a unidade de milhar em casos mais complexos. Todo esse material seria vinculante no âmbito de aplicação de precedentes?

A resposta dessa questão é que a parte que pode ser vinculante em uma decisão judicial é a norma geral a qual foi utilizada como base para a decisão que foi tomada. Essa norma geral nos referimos como *Ratio Decidendi*. Essa é a norma geral que pode ser extraída do precedente e ela que pode ser invocada em casos posteriores como norma de direito, como fonte formal de direito (em maior ou menor grau dependendo da tradição jurídica em que está inserida).

A ratio decidendi é a regra ou princípio de decisão para o qual um dado precedente empresta autoridade, seja essa regra ou princípio de decisão tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões semelhantes. (MACCORMICK 2006, p. 193)

Em contraposição, chamamos de obiter dictum todas as outras considerações marginais dessa decisão. São as partes da sentença que não são essenciais para a resolução da lide de fato e assim não formam uma norma geral que poderá ser invocada nos casos futuros.

Nos sistemas jurídicos de Civil Law, justamente por tradicionalmente não se atribuir eficácia obrigatória aos precedentes, não houve preocupação doutrinária de definir ratio decidendi ou obiter dictum. Isso ocorre no Direito Brasileiro. Todavia, a partir do momento que se opera com precedentes, especialmente com o CPC/2015, a problematização do que é efetivamente vinculante no precedente passa a fazer sentido e, assim, a discussão sobre ratio decidendi torna-se uma das mais revelantes. Realmente não é possível o funcionamento do stare decisis sem a identificação de qual elemento possui autoridade no precedente judicial. (MACCORMICK 2006, p. 216)

Deve-se ressaltar que nem mesmo nos países de tradição de comum law, os precedentes não são absolutos e podem ser superados uma vez que se demonstre diferenças relevantes da situação base que gerou o precedente e a situação alvo presente. Isso é chamado de Overruling, uma hipótese de afastamento dos precedentes. O overruling não ocorre quando os casos apresentam peculiaridades que resultam na inaplicabilidade do precedente, mas sim quando casos semelhantes são decididos de forma diferente em razão da superação do precedente judicial.

Outro conceito fundamental, que representa ponto-chave para a conclusão da análise do presente trabalho é o *distinguishing*. Sobre ele, leciona Patrícia Perrone Campos Mello em artigo publicado com o ministro e professor Luís Roberto Barroso intitulado “Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro”:

A distinção entre casos (*distinguishing*) deve ocorrer sempre que se demonstrar que a nova demanda apresenta peculiaridades de fato, suscita questão jurídica distinta e/ou não é perfeitamente solucionável com base nos fundamentos que justificaram a decisão do precedente. Em caso de distinção, não se aplicará a solução preconizada pelo precedente vinculante à nova demanda (MELLO e BARROSO 2016, p. 45)

O *distinguishing* (ou distinção de casos), portanto, tem função fundamental no ato decisório. Sua observação mostra que a observação da jurisprudência não pode ser ato mecânico. O juiz não pode aplicar cegamente precedentes sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto. A força vinculante do precedente introduzida no NCPC pode trazer diversos benefícios nos julgamentos, mas deve-se feita com responsabilidade, caso contrário o prejuízo em matéria de justiça no processo judicial seria enorme.

Ainda sobre a distinção de casos, diz os autores Barroso e Campos Mello:

Um terceiro conceito muito importante para a operação com precedentes diz respeito à distinção entre casos – o *distinguishing*, tal como concebido pelo *common law*. É que a aplicação de um precedente para a solução de novas demandas se dá por um mecanismo de associação ou de distinção entre antigas e novas ações. O que justifica

a aplicação de um entendimento anterior a novas causas é o fato de estas serem efetivamente semelhantes àquela em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção.(MELLO e BARROSO 2016, p.25)

Por fim, continuam:

O distinguishing é, portanto, uma espécie de exceção à ratio decidendi de um precedente. A um primeiro exame, o precedente e a nova ação são semelhantes e mereceriam o mesmo tratamento. Entretanto, a argumentação desenvolvida pelas partes pode demonstrar a existência de peculiaridades de fato ou de argumentos diferenciados que levem a uma discussão jurídica distinta. Quando isso ocorre, qualquer órgão judicial tem legitimidade para deixar de aplicar o precedente (MELLO e BARROSO 2016, p. 26)

A utilização dos precedentes sofreu significativa mudança no ordenamento jurídico Brasileiro com o advento do Novo Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Nota-se que o novo diploma normativo traz significativas mudanças na medida em que não dá o caráter vinculante e obrigatório apenas às sumulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal como ocorria antes. Antes do CPC/15, todos os casos de decisão com força vinculante concerniam a instrumentos previstos na Constituição, atinentes ao controle concentrado de constitucionalidade desempenhado pelo STF ou derivavam de Súmulas Vinculantes, mas nunca de um precedente judicial por si só.

Esse fato possibilita o aprimoramento da prática brasileira não apenas com precedentes vinculantes, mas igualmente com a jurisprudência de modo geral. Esse aprimoramento é fundamental para racionalizar o trabalho de Tribunais tão sobrecarregados, para assegurar maior previsibilidade jurídica, para promover o tratamento isonômico entre iguais.

A seguir trataremos dessas mudanças e desses já mencionados benefícios que ela pode acarretar.

3. PRECEDENTES VINCULAM?

Como já mencionado anteriormente, é evidente que antes do advento do Novo Código de Processo Civil os precedentes não tinham força vinculante, mas tão somente persuasiva. Apesar de serem considerados fontes formais do direito, ou seja, os juízes os incluem em suas decisões com o intuito de corroborar as suas teses e opiniões, sua observância não era imprescindível no ato decisório e portanto uma sentença manifestamente contrária à jurisprudência assentada era perfeitamente admissível. Observar precedentes não era um dever do juiz, mas sim um mecanismo argumentativo para fundamentar suas decisões. Portanto, é evidente que a jurisprudência era meramente fonte indireta de Direito e sua força era apenas persuasiva, e não vinculante.

Nesse âmbito, os professores Patrícia Mello e Luis Barroso analisam:

A partir das categorias acima, pode-se afirmar que, na vigência do CPC/1973, as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau e pelos tribunais produziam eficácia meramente persuasiva. Os entendimentos firmados nestas decisões obrigavam apenas as partes do processo e não determinavam como seriam julgados casos futuros, embora pudessem contribuir argumentativamente para a defesa da aplicação de solução semelhante em demandas análogas. No outro polo, as súmulas vinculantes e os acórdãos proferidos em controle concentrado eram dotados de eficácia normativa. De acordo com determinação constitucional expressa, as decisões que os desrespeitassem seriam cassadas, de forma imediata, por meio de reclamação. Não

seria preciso, portanto, aguardar a sua correção pela via recursal tradicional, sujeita a delongas e incertezas (MELLO e BARROSO 2016, p. 14)

Nesse seara, o que pretendo demonstrar nesse trabalho é que o novo CPC de 2015 mudou esse paradigma ao estabelecer um sistema de precedentes vinculantes, que devem ser necessariamente observado pelo juiz no momento de sua tomada de decisão.

A lei positivada deixou de ser o único paradigma obrigatório que vincula a decisão do julgador. Os precedentes judiciais também vinculam as decisões judiciais atualmente, já que o novo CPC de 2015 estabelece que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que deixar de seguir precedente ou jurisprudência invocada pela parte, sem mostrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Essa é a redação do artigo 489, § 1º, VI, CPC, que diz:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (NCPC)

Notamos que é dispositivo jurídico é claro em afirmar que uma decisão judicial de qualquer natureza é considerada como não-fundamentada e por conseguinte não pode ser mais

admitida caso esta deixe de seguir um enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente que seja invocado pela parte sem demonstrar o *distinguish*. A partir dessa norma podemos compreender claramente o esforço do novo diploma legal em trazer uma força vinculante aos precedentes judiciais, que não mais podem ser ignorados ou considerados fontes meramente opcionais como ocorria outrora. Conclui-se que agora, não só a lei, como também os precedentes devem ser observados pelo magistrado no exercício de tomada de decisões.

Evidentemente a positivação de uma norma não muda todo um ordenamento e realidade jurídica de uma hora para outra. Não é raro existirem imposições legais que não correspondem à realidade social, acarretando, assim, na conversão do texto legal em “letra morta”. Uma mudança na legislação não é capaz por si só de transformar a realidade social e colocar os precedentes no ordenamento jurídico brasileiro em um mesmo patamar que nos países de *Common Law*, cuja importância deriva de uma longa evolução histórica desde o início de suas formações.

Em contrapartida, a promulgação do novo código de Processo Civil não simplesmente impôs de forma artificial uma total mudança na realidade jurídica. A redação do art. 489 CPC/15 não foi uma surpresa nem veio de forma a forçar que os precedentes ganhem uma força vinculativa nunca antes vista. Isso por que a valoração dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro já vinha acontecendo de forma gradual nos últimos anos. O novo diploma legislativo veio mais de forma a reconhecer um caminho que já estava sendo trilhado. O Código de Processo de 1973 já havia passado por pontuais mudanças que declaravam cada vez mais reconhecimento aos precedentes.

A título de exemplo, a Lei nº 10.352/2001 que incluiu o parágrafo 3º ao art. 475 dispensou o duplo grau obrigatório de jurisdição em decisões contra a Fazenda Pública que estivessem em consonância com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste ou do tribunal superior competente. No mesmo sentido, o art. 543-A, §3º, CPC, introduzido pela Lei nº 11.418/2006 regulamentou a exigência, estabelecida pela EC 45/2004, de “repercussão geral” como requisito necessário ao conhecimento do recurso extraordinário; e determinou-se que tal requisito estaria presente sempre que o acórdão impugnado, objeto do recurso interposto, contrariasse preceitos sumulados ou entendimentos consolidados na Corte Constitucional. Por fim, a existência do instituto de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) também já demonstrava a preocupação com a jurisprudência, ao menos nas cortes superiores.

Com a percepção de necessidade de um maior cargo de obrigatoriedade também nas decisões atinentes e temas infraconstitucionais, o sistema processual foi sendo atualizado e temos infraconstitucional, o sistema processual foi sendo atualizado por meio de diversões técnicas processuais, assimilados pelo CEC-73, como o recurso especial repetitivo (art. 543-C), o julgamento monocrático de recursos (art. 557), a repercussão geral para admissão de recurso extraordinária (art. 543-A e 543-B), a sumulo impeditiva de recUrsos (art.518,p1º), a sentença liminar de improcedência (art. 281-A) e a dispersa da reserva de plenário (art. 481, parágrafo único). (CAMBI e FOGAÇA 2015, p. 339)

Sobre a evolução histórica, a professora Patricia Campos Mello e Luis Roberto Barroso em seu artigo dizem:

A trajetória descrita acima completou-se com o Novo Código de Processo Civil. Nele se instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau. Nessa linha, o art. 927 do novo Código definiu, como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (vii) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau. (MELLO e BARROSO 2016, p. 11-12)

Podemos dizer que o NCPC concretizou essa já existente trajetória. Fato é que o Novo Código de Processo Civil veio para reconhecer essa gradual valoração dos precedentes que já ocorria nos últimos anos, bem como estabelecer um cenário legal ideal para que seja possível que a jurisprudência seja realmente introduzida e observado de maneira ampla e geral nos tribunais pelos juízes e desembargadores, como fonte obrigatória, que não pode ser ignorada.

No novo código de processo se instituiu um amplo e aprimorado sistema de precedentes vinculantes, trazendo sua eficácia não apenas mais no âmbito dos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de instancia inferior. Esse esforço é deveras importante pois o respeito aos precedentes traz enormes benefícios à democracia como veremos no capítulo a seguir.

Ainda analisando o recente estudo de Mello e Barroso, temos que:

Tal ambiente contribui para a redução do tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade. Tem ainda o condão de minimizar a sobrecarga experimentada pelas cortes e a aumentar a credibilidade e legitimidade do Judiciário, que são comprometidas pela demora na entrega da prestação jurisdicional e por aquilo que a doutrina convencionou chamar de jurisprudência lotérica: a produção de decisões díspares, conferindo tratamento desigual a jurisdicionados em situações idênticas, muitas vezes até em um mesmo tribunal (MELLO E BARROSO 2016, p.18)

Dessa forma, podemos responder à pergunta se os precedentes vinculam da seguinte forma: antes da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, era evidente que os precedentes não resguardavam força vinculante, mas tão somente força persuasiva e argumentativa. Eram vistos apenas como fontes opcionais do Direito, fazendo-se ressalvas às súmulas vinculantes. Nem mesmo a existência das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal eram capazes de tornar afirmativa a pergunta, pois essas se enquadram mais como lei posta do que propriamente como um precedente a ser observado, apesar de ter origem na jurisprudência dos tribunais.

Hoje, porém, o que dispõe o NCPC tenta justamente mudar de vez essa perspectiva. O novo diploma se esforça para enfim trazer força vinculante aos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. A lei deixou de ser o único paradigma obrigatório a ser levado em conta pelo juiz ou desembargador. Pela disciplina do NCPC, os precedentes judiciais também devem vincular as decisões judiciais, já que estabelece que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que deixar de seguir precedente ou jurisprudência invocada pela

parte, sem mostrar a existência de distinção no caso em julgamento (distiguinsh) ou a superação do entendimento.

Essa mudança de paradigma se orienta no objetivo de que as decisões judiciais sejam tomadas com coerência ou integridade, ou seja, não destoem de outras decisões sobre o mesmo tema. Esse objetivo se justifica com base nos próprios princípios de justiça e segurança jurídica em relação aos julgados. A intenção óbvia é que a Justiça seja a mesma para todos, independentemente de quaisquer fatores sociais como classe, gênero, etnia etc.

Quando presentes os requisitos dos artigos 489, 926 e 927 CPC, ou seja, invocando a parte um precedente judicial, que se enquadre no seu caso concreto específico, não há de se falar no livre convencimento do juiz. Se uma pessoa entra na justiça com uma causa de qualquer matéria, em que a jurisprudência que se encontra consolidada se encontra direcionada a essa pessoa ganhar a causa, pois as circunstâncias são exatamente iguais aos casos já julgados, é evidente que cairá sobre ela a sensação de extrema injustiça. Uma decisão que nega a jurisprudência de forma pura e simples, sem nenhum fundamento, é vista deve ser vista como arbitrária e não deve ser aceita em prol da justiça e equidade.

Considerando o que foi exposto, pode-se concluir que, dentre outras coisas, que com o advento do Novo Código de Processo Civil, as decisões judiciais passaram a não serem vinculadas somente à lei, mas também aos precedentes judiciais. Uma vez que a parte invoque um precedente que seja compatível ao seu caso concreto e o juiz não siga esse precedente e, ainda, não justifique a distinção do caso ao precedente, podemos afirmar que ele está sendo arbitrário e não está seguindo o princípio da equidade e segurança jurídica. Conclui-se que o

livre convencimento judicial não pode superar o dever de o juiz, num caso concreto, aplicar um precedente, quando caracterizada a mesma situação de fato.

O novo Código constitui mais uma etapa deste esforço de melhorar o funcionamento do Judiciário: de tornar a prestação da tutela jurisdicional mais previsível, mais isonômica, mais rápida e eficaz. Esses foram os propósitos e os valores que levaram à criação de um novo sistema de precedentes vinculantes pelo CPC/2015 (MELLO e BARROSO 2016, p. 19)

Entretanto, de mesma forma, o juiz não pode aplicar os precedentes de maneira indiscriminada sem analisar as distinções de casos, sob pena de recair nos mesmos problemas com princípios de justiça e moralidade. Deve-se, diante do atual cenário jurídico em que os precedentes têm força vinculante, força normativa, generalizar suas decisões e não levar em conta as peculiaridades de cada caso, e também as circunstâncias das partes envolvidas em um litígio judicial.

4. É BOM QUE OS PRECEDENTES VINCULEM?

Após detalhada conceituação do nosso objeto de estudo, o precedente judicial, além da contextualização do atual cenário jurídico em relação aos precedentes, trataremos do que eu julgo o objetivo central do trabalho: os prós e contras da observação da jurisprudência assentada no ato decisório. Trataremos nesse capítulo dos benefícios -e prejuízos- de se dar força vinculante aos precedentes judiciais e analisaremos possíveis implicações dentro de nosso atual contexto jurídico-social.

Frederick Schauer aponta três benefícios acerca da virtude da vinculação aos precedentes: o argumento sobre a equidade, o argumento acerca da previsibilidade, o argumento acerca da decisão fortalecida.

Sobre a previsibilidade, diz Schauer:

O motivo mais rotineiramente oferecido para a escolha da vinculação mais forte aos precedentes é o princípio da previsibilidade. Quando um julgador deve decidir o caso da mesma forma como a última, as partes poderão melhor anteciper o futuro. A habilidade de prever o que um juiz fará nos ajuda a melhor planejar nossas vidas, ter algum grau de descanso, e evitar a paralisia de prever apenas o desconhecido. (p.78)

Esse argumento diz respeito portanto à previsibilidade das sentenças. As mudanças introduzidas no NCPC torna possível que uma pessoa ingresse no Poder Judiciário já tendo o que esperar. Evita-se que a decisão lotérica de um litígio, uma sentença aleatória.

O argumento sobre equidade relaciona-se a questões de justiça no caso concreto, como já foi brevemente mencionado. Ainda nas palavras do autor norte americano:

Dentre as justificativas mais comuns para tratar precedentes como relevantes, está o argumento sobre equidade, por vezes tratado como argumento de justiça. O argumento é comumente expresso em termos de uma estrutura simples, “tratar casos iguais igualmente”. Falhar um tratar casos semelhantes semelhantemente, argumenta-se, é tido como arbitrário, e conseqüentemente injusto. Alcançamos a equidade por regras decisórias destinadas para assegurar a coerência dentre uma série de decisões. Quando coerência também está entre os indivíduos simultaneamente, expressamos esta regra decisória como “igualdade”. Onde a coerência entre decisões ocorre através do tempo, chamamos nossa regra de decisão de “precedente”. Igualdade e precedente são, assim, respectivamente, os ramos espacial e temporal do mesmo e maior princípio normativo da coerência. (p.76)

De igual forma, Patrícia Mello e Barroso também listam três razões para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes no já mencionado artigo, a saber:

Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência³³. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação

semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia. (MELLO e BARROSO 2016, p.17)

Da mesma forma que já mencionamos a qualidade da economia de esforço com a utilização dos precedentes, baseando-se naquela ocasião em MacCormick, continuam os autores Barroso e Mello:

Por fim, o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos já proferidos pelos tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes, mesmo que não concordem com eles, reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisam reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram (MELLO e BARROSO 2016, p.18)

Diante todos esses benefícios teóricos, vemos que a adoção dos precedentes com força vinculante no ordenamento jurídico brasileiro representa uma oportunidade de favorecimento da democracia. Isso porque essas mudanças possibilitam em suma racionalizar o trabalho de Tribunais, uma vez que vivemos em uma realidade de um Poder Judiciário sobrecarregado, assegurar maior previsibilidade jurídica favorecendo dessa forma a também chamada segurança jurídica, além de facilitar a promoção do tratamento isonômico entre iguais dentro dos processos e decisões judiciais.

A observância dos precedentes de relaciona com os conceitos de segurança jurídica e isonomia de justiça. É importante o juiz ter vinculação de precedentes judiciais, para assim buscar uniformidade no posicionamento jurídico nos tribunais, bem como igualdade nos tratamentos dos casos análogos. Não é admissível, que o mesmo tribunal adote posicionamentos completamente diferentes para casos perfeitamente idênticos, tendo em vista o tratamento jurisdicional deveria ser o mesmo para todos. A justiça deve ser “cega” e tratar todos como iguais na medida em que são iguais.

Lenio Streck e Georges Abbdoud ensinam:

Portanto, lá como cá, inexistente aplicação mecânica ou subjuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe dos casos mediante a utilização do processo judicial. Isso porque não existe uso previa e quanto regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Sob essa perspectiva que teve guiar a aplicação dos artigos 926 e 927 do CPC. Nem tudo que estiver contido numa decisão vinculante (seja uma súmula, um acórdão jurisprudência ou um precedente) é efetivamente vinculante, da mesma forma que o fato de estar previamente delimitado aquilo que é vinculante (por exemplo uma Sumula Vinculante (SV) nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso concreto. Mesmo a SV é passível de exame de seu “DNA”. Por fim, para resguardar o devido processo legal, aos litigantes deverá ser assegurada manifestação acerca do provimento vinculante que indicará no caso concreto.

Em termos simples, ao autor e ao réu deve ser garantida a possibilidade de externarem as razões acerca de que forma deverá ser aplicada determinada sumula vinculante ou acórdão paradigma, por exemplo, no bojo da lide por eles instaurada. Essa é a leitura

consentânea com o art. 10 do NCPC (proibição de decisão surpresa). Se toda a matéria de ordem pública, para serem aplicadas, demandam prévia possibilidade de as partes se pronunciarem sobre qual a correta forma de incidência do preceito vinculante em face de sua lide.(STRECK e ABBOUD 2014, p. 198)

Entretanto, mesmo diante todos esses benefícios, meu principal objetivo nesse trabalho de conclusão de curso é chamar a atenção a responsabilidade que essas mudanças introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil geram. Na minha visão um conjunto de casos decididos, isto é, uma jurisprudência assentada sobre determinado assunto, não pode ser empecilho para análise de todas as circunstâncias do caso concreto. As semelhanças entre um caso atual e o precedente nunca deve ser mais importante que as peculiaridades do caso concreto. Se assim for feito, o risco de recair em injustiça é enorme.

Cada caso deve ser analisado de forma minuciosa em suas peculiaridades, que sempre devem ter potencial de afastar o precedente em busca da melhor justiça. Mais fundamental do que tratar os “casos iguais igualmente” seria dar aos casos que apresentem peculiaridades importantes, como a condição financeira e física das partes, as circunstâncias que as levaram a determinada conduta por exemplo, um tratamento diferenciado.

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. Fazer justiça também é fazer prevalecer a máxima aristotélica de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

O exemplo que tenho em mente para ilustrar esse meu raciocínio seria o caso do INSS. Pode ocorrer o caso que a jurisprudência indique que não se deve pagar a aposentadoria integral a ninguém que não completou o período de contribuição mínima. Portanto dando a força normativa-vinculante aos precedentes, toda e qualquer pessoa que não tenha atingido esse requisito deve ter o pedido improcedente ao entrar com uma causa desse gênero.

Entretanto, aplicar cegamente esse precedente a uma pessoa que a vida toda trabalhou em um emprego fixo e faltando um ano para se aposentar ela se tornou completamente incapaz devido a um grave acidente, e sem avaliar essa peculiaridade dar perda de causa a essa pessoa que busca essa pretensão seria ao meu ver uma enorme injustiça. Ou, no mesmo sentido, aceitar uma decisão que reconhece uma demissão por justa causa pois o réu xingou seu chefe um dia após o falecimento de seu filho ou qualquer outra causa pessoal relevante.

Lenio Streck e Georges Abbdoud ensinam:

Não se trata apenas de avisar precedentes para” casos diferentes”, ou, menos ainda, de reconhecer que cada” caso é um caso”. Como afirma o mesmo autor,” o mero juízo de identificação entre calor, tido como semelhança entre fatos, não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente”, uma vez que não existe a separação cirúrgica entre a” questão de fato” e a” questão de direito” imaginado pela dogmática corriqueira. É possível que um caso X apresente uma situação” de fato” mais diferente daquele do precedente P do que o caso Y. mas que o precedente P seja aplicação ao caso X e não ao caso Y. A pedra de toque está na aplicada. ” É preciso ver o precedente caso a aplicação feita por um julgador a um situação concreta, o comande não pode ser entendido em sua literalidade, como se tivesse se descolado do sistema para a qual foi produzida, a existir e falar em uma abstração etérea” (2014, p. 177)

Em outra passagem da mesma publicação, os autores acrescentam que:

A doutrina dos precedentes funda-se nos seguintes aspectos; a seleção de quais precedentes são similares o suficiente o suficiente para confrontarem o caso e ser decidido as considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e articulação dos elementos condições dos precedentes, a fim de identificação, a fim de identificar qual a premissa jurídica contida nos casos anteriores (ratio decidendi) que pode ser utilizado para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particular o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz se abaste da aplicação do precedente permitem que o juiz se abaste da aplicação do precedente vinculante por meio de utilização do distinguishing. (2014, p. 177)

Em outras palavras, deve-se sempre ser levado em conta a distinção de casos (distinguish) como meio de superação de um precedente. Não podemos nos submeter a um cenário em que o formalismo extremo se encontra acima das necessidades dos indivíduos, dos princípios da dignidade humana. A força vinculante dos precedentes não pode servir de desculpa para produção de decisões de forma mecânica, como se todos os casos decididos no passado correspondessem com todas as circunstâncias, questões de fato ou de direito no presente.

Mello e Barroso afirmam:

Ainda segundo o CPC/2015, a distinção entre casos pressupõe um confronto: dos fatos relevantes de cada qual, das questões jurídicas que suscitam e dos fundamentos adequados para enfrentá-las. Um precedente só deve ser aplicado quando o caso

subsequente versar sobre a mesma questão de direito tratada no primeiro e desde que os fundamentos utilizados para decidi-lo sejam aplicáveis à nova demanda. Do contrário, deve-se proceder à distinção entre os casos, tal como ocorre no common law (art. 966, §5º, 985, §2º, c/c art. 966, §§ 9º e 12). (MELLO e BARROSO 2016, p. 46)

Conclui-se o assim o trabalho. Foi mostrado que o ordenamento brasileiro caminhou para um cenário mais próximo dos países de common law, em que o precedente jurídico, casos semelhantes julgados no passado, tem grande importância no sistema jurídico. Observa Morgana Henicka Galio em artigo intitulado “vinculação aos precedentes: crítica e reflexão acerca da segurança jurídica e eficácia do judiciário”

No entanto, não se trata apenas de adotar um instituto estranho ao seu ordenamento, o problema está na forma que se dá sua aplicação no direito nacional. A incompatibilidade entre os elementos copiados da common law e o sistema de civil law em que foram inseridos resulta em uma aplicação atípica do direito, que não está adequada ao molde de nenhum dos sistemas estudados. (GALIO 2014 p.17)

Essa trajetória foi concretizada com o advento do novo código de processo civil que deu força vinculante aos precedentes judiciais. Apesar dessa mudança apresentar pontos positivos, não podemos esquecer das ressalvas feitas para que o processo judiciário seja uma simples reprodução e repetição de precedentes judiciais de forma indiscriminada. É preciso sempre ter em mente as peculiaridades de cada caso e as necessidades e dramas de cada cidadão.

Para evitar esse cenário prejudicial para as partes como pessoas, é essencial se ter em mente o conceito de distinção de casos, que assim como a *ratio decidendi*, é elemento indispensável para a correta aplicação dos precedentes judiciais. Nesse campo, ensina Mello e Barroso:

O *distinguishing* é, portanto, uma espécie de exceção à *ratio decidendi* de um precedente. A um primeiro exame, o precedente e a nova ação são semelhantes e mereceriam o mesmo tratamento. Entretanto, a argumentação desenvolvida pelas partes pode demonstrar a existência de peculiaridades de fato ou de argumentos diferenciados que levem a uma discussão jurídica distinta. Quando isso ocorre, qualquer órgão judicial tem legitimidade para deixar de aplicar o precedente.

Nota-se, assim, que a *ratio decidendi* dos precedentes está sempre se redefinindo em alguma medida. Cada novo caso que a aplica pode ampliar o seu alcance. E os casos em que se produz uma distinção restringem a incidência de seu *holding*, excluindo-a em determinadas situações. (MELLO e BARROSO 2016, p. 26)

A pessoa dentro do processo judicial tem que ter as suas necessidades, condição e motivos da conduta levados em conta pelo juiz. Uma análise genérica baseada em precedentes não pode prevalecer quando o litígio em questão tem circunstâncias que fazem que seja necessário um reanálise do direito em questão. Quando se trata de uma pessoa deficiente ou enferma por exemplo, seu direito deve ser analisado com mais cautela e minúcia no processo judicial.

5. CONCLUSÃO

Dessa forma, finalizamos o presente trabalho de conclusão de curso. Em breve resumo, analisamos, sobretudo, o instituto do precedente jurídico. Conceituando novamente de forma analítica, o precedente jurídico é uma decisão judicial tomada à luz de um caso concreto no passado, cujo elemento normativo, o qual chamamos de *ratio decidendi*, pode ser usado de paradigma para o julgamento posterior de casos semelhantes. Em outras palavras, um litígio judicial perfeitamente semelhante e coincidente com um julgado anterior deve ser julgado da mesma forma que este, devido a fatores como segurança jurídica, previsibilidade, equidade, isonomia e necessidade de uniformização, integridade e coerência dos julgados. Deve-se tratar casos iguais igualmente, mas não podemos diante esse fato afastar as peculiaridades relevantes de determinado caso e usar esse cenário como desculpa para fazer do processo decisório um ato mecânico.

Vimos que desde a promulgação da Constituição de 1988, a cultura dos precedentes tem gradualmente ganhado força no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, o sistema jurídico brasileiro, que se enquadra com um sistema de Civil Law, caminhou em uma trajetória em que cada vez mais se aproximou da realidade dos sistemas de Common Law. Essa evolução histórica teve como marco de concretude a promulgação do Novo Código de Processo Civil que trouxe importantes mudanças na legislação em relação aos precedentes.

Podemos afirmar que agora o nosso sistema jurídico reconheceu a força vinculante dos precedentes. Durante a vigência do CPC/73 os precedentes tinham força apenas persuasiva, argumentativa. Esse reconhecimento pode ser muito benéfico, pois favorece diversos aspectos relacionados com a noção de justiça, equidade e segurança jurídica, além de economia de

esforço que é fundamental em nosso contexto de tribunais sobrecarregados. Buscou-se, assim, com o novo sistema de precedentes vinculantes, superar um cenário de incerteza e desigualdade que era gerado pela existência de decisões conflitantes em situações perfeitamente idênticas. Além disso, mostra-se a preocupação em superar também um quadro de sobrecarga excessiva dos tribunais e a realidade de alta morosidade da justiça uma que no Brasil um processo pode levar muitos anos até seu definitivo desfecho.

Por fim, ressaltamos a importância do conceito de distinção de casos (*distinguishing*) para a correta e justa aplicação de precedentes no Brasil. A meu ver, mais importante que tratar casos iguais igualmente é dar a devida importância aos casos diferentes e tratá-los de forma especial. O cenário de vinculação de precedentes não pode cegar o juiz e fazer com que ele, sob o condão de uniformidade e coerência dos julgados, enxergue nos precedentes como uma resposta padrão a ser aplicada, de forma mecânica que não analisa de forma minuciosa o caso em suas peculiaridades.

Após a demonstração dos fatores existentes nas novas propostas reais de julgamento para tornarem-nos mais unificado e coerente, introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil, conclui-se esse trabalho de conclusão de curso com o seu principal objetivo: analisar criticamente esse cenário introduzido.

Dessa forma, encerro demonstrando que a força vinculante que se deu aos precedentes judiciais é uma oportunidade de se buscar significativas melhorias no processo judicial. Mas essa novidade deve ser encarada como muita responsabilidade pelos juízes pelos motivos já citados. Caso contrário, em vez de aproveitar os benefícios que essa nova lógica

proporciona, nós reiteraremos as falhas de nosso sistema aprofundando ainda mais as situações de injustiça dentro do processo judiciário.

6. REFERÊNCIAS

AMBI, Eduardo; FOGAÇA, Matheus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 335-360. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3.

GALIO, Morgana Henicka. “Vinculação aos precedentes: críticas e reflexão acerca da segurança jurídica e eficácia do judiciário” Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68ff9c82826dcda9>>. Acesso em: 27 de novembro de 2019.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1-2.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad.: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MELLO, Patricia Perrone Campos; BARROSO, Roberto. “Vinculação aos precedentes: crítica e reflexão acerca da segurança jurídica e eficácia do judiciário” Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68ff9c82826dcda9>>. Acesso em 27 de novembro de 2019.

SCHAUER, Frederick. “Precedent” **Stanford Law Review**, v. 39. 1987, p. 571.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.