

A INSTAURAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS SEUS PERCALÇOS

THE INTRODUCTION OF SYSTEM OF PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND THEIR MISHAPS

Gabriela Eulálio de Lima¹

gabrielaeulalio.adv@hotmail.com

Wilton Sobrinho da Silva²

gabrielaeulalio.adv@hotmail.com

Bruno Teixeira Andrade

gabrielaeulalio.adv@hotmail.com

RESUMO

O trabalho em tela teve como objetivo basilar e investigar o papel que os precedentes judiciais passaram a desempenhar no Direito Brasileiro com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, validando que embora o conceito jurídico da jurisprudência já tenha recebido uma importância significativa nos aportes jurídicos nacionais, a sua abrangência no novo cenário processual, promete conferir verdadeira centralidade a criação e a aplicação de precedentes na operação do Direito, trazendo um significado de uma ciência mais justa e equilibrada. O foco da pesquisa recaiu sobre a necessidade de compreender a essência da ideia dos precedentes e a problemática relacionada ao alcance da efetividade de tal sistema diante da realidade social, concluindo que o alcance da concretização coesa do sistema de precedentes, na verdade, se validará por meio de técnicas da tradição *Common Law*. Quanto ao método de investigação, a base de pesquisa foi a bibliográfica e a documental.

PALAVRAS-CHAVE: Motivações das Decisões Judiciais; Precedentes judiciais; Técnica da *Distinguishing*.

ABSTRACT

¹ Doutoranda e Mestre em Direito, com a área de concentração Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas pela Universidade de Marília - UNIMAR (2016). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP (2015). Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, campus de Frutal (2010). Autora do livro "O Consumo Colaborativo no Contexto da Sociedade Líquida: uma análise sociológica, econômica e jurídica" (2017). Coordenadora e Docente Superior de curso de graduação em Direito. Associada do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI desde 2014. Editora de Seção na Revista Científica da Faculdade de Educação e Meio Ambiente - FAEMA, área de conhecimento Direito. Avaliadora de manuscritos submetidos a Revista de Direito da Cidade - Qualis A1, a Revista da Faculdade Mineira de Direito PUC Minas - Qualis A1, a Revista da Faculdade de Direito da UFG - Qualis A2 e a Revista Brasileira de Sociologia do Direito - Qualis B1. Advogada regularmente inscrita na OAB/MG n.º 138.790, desde 2012. Bolsista na qualidade de pesquisadora, pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais - FAPEMIG, com o trabalho de iniciação científica "Dignidade da Pessoa Humana sob a Incumbência do Estado" (2009/2010).

² Doutorando em Direito e Mestre em Ciências Contábeis pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em gestão estratégica de recursos humanos. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC (2007) e em Administração de Empresas, também pela UESC (2010). Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

The work had as objective to the core and to investigate the role that judicial precedents began to play in the Brazilian Law with the entry into force of the New Code of Civil Procedure, validating that although the legal concept of jurisprudence has already received a significant importance in the contributions to the national legal, their coverage in the new scenario of procedure and evidence, promises to give the true centrality of the creation and application of precedents in the operation of the Law, bringing a meaning of a science fair and more balanced. The focus of the research rested upon the need to understand the essence of the idea of the precedents and the issues related to the scope of the effectiveness of such a system in the face of social reality, concluding that the scope of achieving cohesive system of precedents, in fact, if validated by the techniques of the tradition of Common Law. As for the method of research, based research was bibliographical and documentary.

KEY-WORDS: Motivations of Judicial Decisions; judicial Precedents; the Technique of Distinguishing.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. AS PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO OCIDENTE: *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

2.1 AS ARESTAS DO *CIVIL LAW* E O SEU AMADURECIMENTO EM ASPECTOS DO *COMMON LAW*

2.2 A CRESCENTE APROXIMAÇÃO E A MÚTUA INFLUÊNCIA ENTRE OS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

2.3 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O SISTEMA *COMMON LAW*

3 O SISTEMA DE PRECEDENTES, AS SUAS PARTICULARIDADES E A SUA POSSIBILIDADE DE ESTRUTURAÇÃO NO BRASIL

3.1 A *RATIO DECIDENDI* E O *OBTER DICTUM*

3.2. DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL DE PRODUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E CONCEITOS DE PRECEDENTE E DE *RATIO DECIDENDI*

3.3 A ADERÊNCIA DE ELEMENTOS DA TEORIA DOS PRECEDENTES PELO DIREITO BRASILEIRO

4 A RESTRUTURAÇÃO INTERPRETATIVA E ESTRUTURAL DO PODER JUDICIÁRIO E A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA *DISTINGUISHING* COMO SOLUÇÃO PARA A EFETIVIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

4.1 *DISTINGUISHING* COMO DIREITO SUBJETIVO DA PARTE

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

A INSTAURAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS SEUS PERCALÇOS

THE INTRODUCTION OF SYSTEM OF PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND THEIR MISHAPS

1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro sempre se fundamentou na escola *Civil Law*, a qual tem como essência considerar a lei como fonte primária no exercício da atividade jurisdicional do Estado, sendo, portanto, o principal instrumento utilizado na solução de conflitos judiciais suscitados ao Poder Judiciário.

Dessa forma, as jurisdições dos Estados Soberanos que adotam o sistema da *Civil Law* são organizadas principalmente com o escopo de aplicar o direito, positivado, ao caso concreto, estabelecendo a pessoa do juiz estritamente como interprete e aplicador da lei, toda via, não lhe reconhecendo os poderes de criador de direitos.

No Brasil tal entendimento não é diferente, a Constituição da República comprova a existência do sistema legal adotado, é o que se observa da redação do artigo 5, inciso II: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]” (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Referido dispositivo aclara a pujança do princípio da legalidade, que além de proteger o indivíduo do Estado (legitimando para punir apenas as ações que violem as leis), também serve como instrumento norteador da atividade jurisdicional.

Ocorre que, por mais que o ordenamento jurídico brasileiro tenha se firmado no sistema *Civil Law*, não anulou a importância dos métodos relacionados a tradição *Common Law*, tanto que considera a possibilidade do uso de institutos oriundos desse sistema, como v.g., súmulas vinculantes, jurisprudências e repercussão geral dos recursos repetitivos, implementados pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, perante os excelsos tribunais superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, e com a instauração do Novo Código de Processo Civil, completou com o sistema de precedentes.

Especificamente sobre o Novo Código de Processo Civil, vê-se na seção “Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença” uma certa obrigatoriedade da aplicação do instituto de precedentes no nosso ordenamento jurídico, exigindo a uniformização das decisões judiciais, surgindo uma perseguição de uma estruturação do instituto de forma harmônica e compatível

com a atual situação do ordenamento jurídico brasileiro e a sua sociedade multicultural. (BRASIL, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, art. 489, §1º, VI)

A estruturação de um sistema de precedentes capaz de harmonizar as tendências jurídicas universais – própria da concretização do princípio da igualdade – e individualizadora – decorrente, sobretudo, do respeito a diversidade no contexto de uma sociedade multicultural –, constitui um desafio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista, que esse sistema de precedentes não nasceu e se desenvolveu no país em que está sendo estruturado, mas, sim, foi retirado de sistema jurídico integrante de outra tradição, o *Common Law*, que exige uma linha de raciocínio técnico-didático distinto daquele que é pregado nas universidades brasileiras e é essencialmente aplicado no judiciário, gerando dúvidas quanto a sua eficácia jurídica, isto é, da sua eficaz aplicabilidade.

Nesse diapasão, o presente trabalho objetivará contribuir para o debate esclarecedor sobre a inserção e a importância da teoria dos precedentes no Brasil, demonstrando que o escopo principal desse sistema é estabelecer comandos mais compatíveis com a realidade judiciária brasileira, apto a atingir o objetivo harmonizador para fundamentação do Direito enquanto ciência.

A pesquisa será exposta em três momentos: Inicialmente buscar-se-á apresentar um estudo comparativo das duas principais tradições jurídicas existentes no mundo ocidental: a *Civil Law* e a *Common Law*, salientando suas principais características, bem como evidenciando a principal diferença havida entre elas, a divergência do raciocínio jurídico. Na sequência, se dedicará a analisar o sistema de precedentes e da *ratio decidendi*, discorrendo sobre os seus conceitos, suas definições e suas técnicas peculiares, diferenciando o precedente dos institutos da jurisprudência, da decisão judicial e do enunciado de súmula. Finalmente, será feita uma análise dos problemas enfrentados na transposição da teoria dos precedentes – de origem anglo-saxônica – a realidade brasileira, apresentando um esboço de solução para o equilíbrio das decisões através da aplicação do princípio da igualdade e da técnica de distinção, transformando em um direito subjetivo do preso.

O tema proposto será desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica e documental.

2. AS PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO OCIDENTE: *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

O Direito é a manifestação cultural que surge em cenários políticos e culturais peculiares,

tendo como consequência lógica a formação de tradições e de padrões jurídicos diferentes, com conceitos próprios para cada sistema. Lorena Miranda Santos Barreiros reflete que a natureza cultural expõe o direito a influência dos usos e valores concorrentes em determinado momento em uma dada sociedade; e, portanto, tais usos concorrerão na definição do sistema jurídico que regulará o tecido social, entendido tal sistema como o conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes, em um dado grupo humano. (BARREIROS, 2015, p. 183)

Essa concepção leva a reflexão de que apesar da multiplicidade de sistemas existentes no mundo (os sistemas de cada país, os sistemas dos entes federativos dos países – a exemplo, no Brasil, dos estaduais, municipais e distrital – e os sistemas supranacionais) guardam eles elementos que os aproximam ou distanciam uns dos outros, permitindo que os diferentes sistemas jurídicos possam ser agrupados em um mesmo tronco, ao qual se confere a denominação de tradição jurídica. (FEITOSA, 2006, p. 499)

Doutrinadores como John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, discorrem a definição sobre a tradição jurídica:

Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito de natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada de organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão. (MERRYMAN; PEREZ-PERDOMO, 2010, p. 22/23)

Tal esclarecimento leva a compreensão de que o direito comparado reconhece a existência de duas tradições prevaletentes no Ocidente: a *Common Law*, advinda da tradição anglo-saxônica e a *Civil Law*, decorrente da tradição romano-germânica; conceitos que serão contextualizados a seguir.

2.1 AS ARESTAS DO *CIVIL LAW* E O SEU AMADURECIMENTO EM ASPECTOS DO *COMMON LAW*

A histórica tradição romano-germânica, então originada o sistema *Civil Law*, coliga os países em que a ciência do Direito foi concebida com a fundamentação do Direito Romano. Sinteticamente, esse sistema firmou suas características no desenvolvimento do Direito estar arquitetado nas regras de conduta, ou seja, preocupações de cunho moral e de abstração da justiça, ordenando o Direito a partir da regulação das relações entre as pessoas. (DAVID, 2002, p. 23)

Apesar da tradição romano-germânica ter se expandido pela Europa, conquistando diversos países, nem todos receberam a ideologia *Civil Law* de forma completa, isso levando em conta que já prevalecia uma civilização autóctone, imersa em concepções de agir e de viver próprias, restritas a guardarem e a procriarem princípios tradicionais. (DAVID, 2002, p. 24)

A propósito do Brasil, típico caso colonizado por país europeu – Portugal, esclarece René David que: “[...] as colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América aceitaram de modo natural as concepções jurídicas típicas da família romano-germânica [...]” (2002, p. 77). Completando que: “[...] somente a de saber em que medida as condições próprias da América, muito diferentes das do meio europeu, podem conduzir [...].” (DAVID, 2002, p. 79)

Em solo brasileiro, os primeiros operadores do Direito – legisladores e juristas –, manifestaram a ciência jurídica partindo da mais pura ideologia portuguesa, isso levando em conta que o Brasil não tinha escolas de Direito e a formação desses operadores deu-se em Portugal, na cidade de Coimbra. (AGUIAR; MACIEL, 2008, p. 96)

Portanto, não é demais lembrar que o ordenamento jurídico tupiniquim, teve a sua filiação basilar no sistema romano-germânico – em que registra-se em Roma (berço do sistema em discussão) a adoção de uma série de textos como fonte do direito, que compreendiam legislação e doutrina. Destarte, o movimento romano-germânica é assinalado pelo seu vigor na ideia construída sob um direito codificado e/ou positivado.

Originado desse movimento, o sistema *Civil Law* destaca um juízo de segurança jurídica a partir da observância pura e simples aos comandos da lei, de forma tal que a subordinação e a vinculação do julgador à lei constituem metas necessárias à concretização desse ideal. (RODRIGUES, 2015, p. 8)

Apresentando argumentos formais sobre esse sistema, destaca Luiz Guilherme Marinoni:

O *Civil Law* carrega, a partir das bandeiras da Revolução Francesa, dogmas que ainda servem para negar conceitos e institutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mostram-se indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei. (MARINONI, 2008, p. 12)

O fundamento sob o pálio da legalidade é pensado como uma metodologia que, teoricamente, tende a demonstrar aos jurisdicionados um sentimento de garantia, uma espécie de segurança no julgamento das demandas jurídicas, tal quanto o magistrado se restringiria a

atuar nos limites estabelecidos pela lei. Esse destaque faria com que as decisões prolatadas trariam concepções livres de interpretações variadas e individualizadas.

A esse respeito Rafaela Possera Rodrigues apresenta um contraponto:

[...] o idealismo conceitual se mostra falacioso em sua aplicabilidade, sendo certo que a aplicação da lei sobre constantes influências dos vários modos de interpretação, não se mostrando o regime da *civil law* suficiente para assegurar aos jurisdicionados a mínima segurança jurídica que se espera de um Estado democrático de direito. (RODRIGUES, 2016, p. 10)

O fato é que numa conjuntura mais atualizada sobre os arquétipos de jurisdição e de direito, o sistema do *Civil Law* careceu transpassar por uma certa transformação, que mais pode ser reconhecida como um processo de amadurecimento, que permitiu a perfilhação de um sistema de precedentes, cuja finalidade primeira foi a de abonar a adequação de recursos similares para casos similares e julgamentos análogos para questões com o mesmo fundamento jurídico.

Essa maturidade jurídica só foi possível graças a imperiosa importação de conceitos e de arranjos característicos do sistema do *Common Law*, que apenas para fundamentação dessa pesquisa, relembra-se tratar do firmamento de direitos a partir do exame básico de usos e de costumes dos jurisdicionados.

É de se notar que, a diferença entre as tradições do *Common Law* e do *Civil Law* não tem por objeto principal os conteúdos dos direitos atinentes aos sistemas jurídicos que as compõem, mas sim, os aspectos formais das suas escolas, ou seja, aquele relacionado aos enfoques, a metodologia, as fontes do direito, a estrutura e ao procedimento. Ocorre que, mesmo segundo tais aspectos, as distinções observadas entre as tradições vêm sendo progressivamente mitigadas, em um movimento que testifica a crescente aproximação e a mútua influência entre ambas.

2.2 A CRESCENTE APROXIMAÇÃO E A MÚTUA INFLUÊNCIA ENTRE OS SISTEMAS *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Analisando detidamente os elementos carreados nos sistemas *Civil Law* e *Common Law*, verifica-se que há uma gradativa aproximação entre eles ao longo dos anos.

De um lado do palco jurídico, o *Civil Law*, tradicionalmente racionalista, que vem sendo operado com base na sua força real histórica e na doutrina de conhecimento empírico, haja vista o fenômeno de decodificação que passou a proliferar nesse sistema a partir do Século XX; em

se percebe o surgimento de leis extravagantes e de microssistemas que estabeleceram a possibilidade dos juízes atuarem de forma mais construtiva em prol do Direito, pautando na técnica legislativa das cláusulas gerais; tais ações acarretam na abertura do sistema, que por sua vez outorga lugar para a interpretação do magistrado aonde houver lacunas na lei, podendo valer-se da fundamentação do *arbitrium* nos princípios jurídicos, nas jurisprudências e nos costumes das sociedades. (BARREIROS, 2015, p. 185)

A *Common Law* de uma outra vertente, vivencia a crescente influência do direito legislativo, ao ponto da Inglaterra, país extremamente voltado a tradição anglo-saxônica, haver adotado, no final do Século XX, um código de processo civil (as RCP – *Rules of Civil Procedure*, de 1999), uma vez que a codificação tem uma característica de alcance totalitário, que o sistema *Common Law* jamais terá. (BARREIROS, 2015, p. 187)

A essa razão exposta, verifica-se um elevado nível de miscigenação entre os sistemas, de tal forma que parte dos doutrinadores afirmam está ocorrendo um processo unificador, de modo que os sistemas *Common Law e Civil Law* representariam, hoje, menos duas tradições contrapostas e mais dois aspectos de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental. (BARREIROS, 2015, p. 187)

Uma vez apresentadas as duas tradições jurídicas ocidentais e destacada a principal distinção havida entre elas, faz-se importante analisar o sistema jurídico brasileiro e o seu relacionamento com as escolas romano-germânica e anglo-saxônicas, iniciando com o exame do modo como se vem tentando construir no direito pátrio, uma teoria de precedentes judiciais, com fundamento das noções provenientes, sobretudo, dos direitos inglês e norte-americano. (BARREIROS, 2015, p. 187)

2.3 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O SISTEMA *COMMON LAW*

Indiscutivelmente, os elementos segurança e previsibilidade para os casos práticos são importâncias relevadas por qualquer dos dois modelos discutidos, por certo, cada um com as suas características e com veneração as suas bases.

Tratando propriamente do ordenamento jurídico brasileiro, somada a concepção da formação do Direito brasileiro sob a influência do Direito português, há uma razoável sedimentação na doutrina pátria de que o sistema pátrio filia-se a tradição romano-germânica. Há uma consagração prevalente no Direito nacional de se perpetuar a validade e a “eficácia”

jurídica do texto das leis, consagrando, portanto, tal como o sistema do *Civil Law*, a lei como a fonte essencial do direito e do predomínio do raciocínio teórico-dedutivo. (AGUIAR, 2008, p. 120)

Dá-se que, o enquadramento do Brasil na tradição romano-germânica, resta questionada na atualidade por outra parte da doutrina, que se manifestam com base na adoção pelo ordenamento pátrio de institutos próprios da tradição *Common Law*, como *v.g.*, o controle difuso de constitucionalidade, a aplicabilidade dos princípios constitucionais e a crescente eficácia atribuída aos precedentes judiciais.

Nesse sentido Lorena Miranda Barreiros discorre que:

[...] em verdade, o sistema jurídico brasileiro convive com um paradoxo metodológico: a necessidade de compatibilizar uma tradição constitucional extremamente influenciada pelo direito norte-americano (*Common Law*) e uma tradição infraconstitucional sustentada em influências oriundas da Europa continental (*Civil Law*). (BARREIROS, 2015, p. 188)

Assim sendo, sendo um caso ou outro, não é leviano afirmar que o sistema brasileiro tem se mostrado suscetível a recepção de institutos e ideias oriundos do *Common Law* e não é de hoje; compreendendo ademais, uma ampla inquietação da pertinência eficaz e da importância aos precedentes judiciais, discussão que alvoraçou os sentidos jurídicos com o advento da Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015.

Analisando os institutos em vigor no Brasil nas últimas décadas, é possível notar uma certa agilidade na criação de regras, que tinham como fundamento conferir uma carga progressiva de eficácia aos precedentes judiciais, mas que sofreram com a inobservância da adequação das regras introduzidas no ordenamento jurídico; de forma a destacar uma indignação de se banalizar o uso de precedentes dentro do sistema brasileiro, sendo aplicado de forma aleatória, improvisado e descontextualizado para a solução de casos concretos.

Sobre esse ponto releva Rodolfo de Camargo Mancuso:

[...] o anseio pela uniformização das decisões judiciais (soluções iguais para casos análogos), até mesmo em respeito ao princípio da isonomia, encontra na teoria dos precedentes forte aliado. No entanto, assistematização do uso desses precedentes e o crescimento vertiginoso do número de processos são fatores que contribuem para subverter a própria lógica de instituto utilizado. O julgamento de causas converte-se em julgamento de teses; sob justificativa de concretização do princípio da isonomia, julgam-se casos distintos como se iguais fossem; a duração razoável do processo converte-se em luta para o atingimento de metas numéricas de julgamento de processos. (MANCUSO, 2011, p. 101)

Pode-se falar, portanto, numa irresponsabilidade técnica na aplicação de precedentes

judicias no Brasil tem resultado, que, na maioria das vezes, opera uma verdadeira denegação da justiça, colocando como alvo principal o instituto da uniformização das decisões, ignorando a observação necessária dos aspectos peculiares dentro do caso concreto, tendo como escopo alcançar não um acesso a ordem jurídica justa, mas somente um acesso a justiça no seu sentido formal.

O acesso à justiça, portanto, destaca-se tanto no aspecto formal como no material ou substancial. O seu sentido formal valida apenas uma igualdade de acesso dos jurisdicionados ao sistema jurídico e a atividade jurisdicional; já o material, dá uma roupagem a uma justiça que tem por finalidade a busca da efetivação dos direitos ora pleiteados, através de um sistema capaz de produzir resultados justos individual e socialmente. (BARREIROS, 2015, p. 189)

Nesse diapasão, para consagrar um sistema de precedentes eficaz, haveria, pois de garantir a justiça social do resultado de prestação jurisdicional, conferindo tanto quanto possível, respostas iguais para casos análogos, sem que, para tanto, fosse necessário desamparar as minudências do caso concreto, esquivando ou suavizando ao menos, os danosos efeitos da errônea incidência de um precedente a situação jurídica que a ele não seria aplicável.

Logo, a experiência de um sistema de precedentes bem aparelhado é fator de extraordinário valor para a garantia da efetiva justiça em uma sociedade, capaz de instituir um sistema de instrumentos capazes de identificar e de conferir tratamento caracterizado as situações de *per si*. Em outras palavras, a administração de um sistema de precedentes deve se manter unido a realidade cultural no qual está sendo chamado para ser aplicado, demonstrando que as complexidades sociais devem ser reconhecidas e ponderadas, a fim de que possa-se garantir o necessário equilíbrio entre a igualdade e a diferença. (BARREIROS, 2015, p. 190)

Para alcançar um sistema de precedentes organizado e em consonância com a realidade social e cultural do ambiente para o qual será aplicado, faz-se necessário estudar o sistema de precedentes de forma profunda, salientando todos os seus institutos, o diferenciando dos outros institutos que já vigoram no ordenamento jurídico brasileiro.

3. O SISTEMA DE PRECEDENTES, AS SUAS PARTICULARIDADES E A SUA POSSIBILIDADE DE ESTRUTURAÇÃO NO BRASIL

Partindo da compreensão de Fredie Didier Júnior (2013, p. 43), a definição do conceito de precedentes seria “[...] a decisão judicial tomada a luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

3.1 A *RATIO DECIDENDI* E O *OBTER DICTUM*

Para falar da composição dos precedentes, José Rogério Cruz e Tucci discorreu sobre a estrutura de um instituto de precedentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro:

[...] a composição dos precedentes se dá pelas circunstâncias de fato que irá embasar a controvérsia do processo, bem como o precedente será composto pela *ratio decidendi*, que são os fundamentos jurídicos que sustentam aquela decisão. (TUCCI, 2015, *n.p.*)

Um precedente, portanto, será composto pelas circunstâncias fáticas e fundamentais do Direito, validas pelo magistrado para resolver aquela controvérsia colocada a seu exame e a seu julgamento.

Dentro de uma apreciação futura de uma decisão pretérita, que pode ser um precedente, o juiz irá analisar os fatos que formaram a controvérsia de cada caso, bem como fará uma ponderação dos fundamentos jurídicos disponíveis para solução daquela controvérsia. E essa análise conjunta de circunstâncias fáticas com fundamentos jurídicos, é o que vai formar o precedente.

Avesso a súmula ou ao enunciado de súmula, o precedente demanda um empenho interpretativo muito maior, pois ao aplicar em uma decisão atual um entendimento expressado anteriormente, em um precedente, é imprescindível que o julgador articule o seu senso interpretativo para verificar se aquelas circunstâncias que geraram o precedente, têm relação com as circunstâncias do caso que está disponível para ser julgado. E mais, se aqueles fundamentos jurídicos que deram embasamento para o julgamento no caso do precedente são aplicáveis ao caso atual. Então, o esforço interpretativo é muito maior e isso deve ser considerado.

É sabido que o precedente é composto pelas conjunturas fáticas e pelas fundações jurídicas relevantes. Entretanto, em uma decisão passível de se encontrar um precedente, é comum que alguns argumentos utilizados pelo julgador não sejam essenciais para a construção dos precedentes, que é o caso do *obter dictum* – argumentos secundários e/ou acessórios, que não são fundamentais para solução do caso.

Quando se está diante de uma decisão em que se pode extrair um precedente, o intérprete – seja ele advogado das partes, membro do Ministério Público ou julgador da causa –, deve fazer uma análise a fim de separar os fundamentos que são determinantes para a busca de uma razão ou de uma diretriz que irá nortear a aplicação futura; e dos fundamentos secundários, que

compõem aquela decisão, mas que não são fundamentais para o julgador que analisou a decisão que gerou o precedente. São assim argumentos de passagem, secundários, que não compõem o precedente.

Por isso é de máxima importância diferenciar o que é um fundamento importante e o que é um fundamento acessório, vez que esse não convém para vincular decisões futuras, sendo meramente um *obiter dictum*. Dessa forma, quando for utilizado um fundamento acessório para ser utilizado como precedente, tal não deve ser desconsiderado haja vista que o mesmo não possui a força vinculante necessária.

3.2 DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL DE PRODUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL E CONCEITOS DE PRECEDENTE E DE *RATIO DECIDENDI*

Ao tratar do princípio do devido processo legal, José Joaquim Calmon de Passos o referencia intitulando de devido processo constitucional de produção de direito; extraído da sua concepção não apenas o processo legislativo, de que resultam os textos normativos, base para a extração de normas jurídicas, mas também, a própria produção judicial de norma jurídica. (PASSOS, 2010, p. 68/69)

No tocante ao processo jurisdicional, deve-se salientar, que o juiz ao julgar, produz não uma, mas duas distintas normas em sua decisão: a primeira de caráter individual, constante do dispositivo do julgado, intitulada norma de decisão que confere a solução ao caso concreto e se aplica as partes envolvidas na demanda; e a outra de caráter geral, que confere fundamento a norma individualizada e se situa na fundamentação do julgado, sendo conhecida como a *ratio decidendi*. A decisão de caráter geral decorre da interpretação de enunciados normativos (por técnicas de subsunção e/ou de concreção) a luz da necessidade de adequá-los a constituição, de concretizar normas de textura aberta, de efetivar direitos fundamentais. A chamada norma geral do caso concreto (*ratio decidendi*) pode ser, utilizada, por indução, para solucionar outros casos concretos. (BARREIROS, 2015, p. 191)

A observância do princípio do devido processo legal, portanto, integra a criação da norma jurídica, haja vista que o direito, conhecido como fenômeno cultural, só é produzido e aplicado de forma processual. Nesse sentido, o processo jurisdicional pode ser considerado para a construção da norma jurídica reguladora da situação concreta submetida a apreciação do órgão jurisdicional.

Nesse sentido, Lorena Miranda Santos Barreiros firma:

A luz das circunstâncias fático-jurídicas trazidas a sua apreciação pelas partes, em procedimento jungido ao princípio do contraditório, no qual sejam garantidos aos litigantes igualdade material de atuação em juízo e mesmo potencial poder de influenciar o conteúdo de decisão a ser proferida, o magistrado constrói, então, a norma geral do caso concreto regular a situação conflituosa judicializada conferindo lastro para edição da norma individualizada ou norma de decisão, constante do dispositivo do julgado. (BARREIROS, 2015, p. 191)

Em síntese Lorena Miranda Santos Barreiros realça que, essencialmente, o processo jurisdicional não difere do processo legislativo, sendo ambos instrumentos de produção do Direito, muito embora o primeiro volte-se precipuamente a concretização da norma jurídica, o segundo destina-se a produção judicial ou extrajudicial, uma espécie de esfera privada de normas jurídicas. (BARREIROS, 2015, p. 192/194)

Na perspectiva de análise dos precedentes judiciais, a importância da atividade judicial relaciona-se antes da norma jurídica geral, produzida pelo magistrado na fundamentação do julgado, sendo capaz de ser utilizada, por indução, a outros casos concretos similares (trata-se da *ratio decidendi*); é o que pode ser compreendida como o misto de normas individualizadas construídas no dispositivo do julgado, adstrita aos litigantes da demanda e cuja possibilidade de criação pelo juiz era já defendida por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. (KELSEN, 2006, p. 393)

Deve-se salientar, que o instituto do precedente combina-se com uma ideia básica de igualdade, segundo a qual casos iguais devem ser tratados da mesma forma. Assim, por exemplo, quando um irmão mais novo, reivindica tratamento ao de seus irmãos mais velhos, quando possuíam a sua idade, percebe-se na argumentação uma vinculação a um precedente, embora não de caráter jurídico.

Para Fredie Didier Junior o precedente é “[...] a decisão judicial tomada a luz de um caso concreto cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos [...]” (DIDIER JUNIOR, 2012, p. 385). O precedente se baseia então num ato-fato jurídico, em que é formado toda vez que o núcleo essencial pode servir uma decisão judicial.

Nessa toada nota-se que nem toda decisão judicial seria precedente, mas somente quando o núcleo pode servir uma decisão judicial. Em primeiro lugar, porque o precedente em seu sentido estrito, jungir-se-ia aquela decisão vinculante emanada de uma corte superior sobre dada matéria. Em segundo, porque ainda que se tome o termo precedente em seu sentido amplo,

há quem entenda, que nem toda decisão constitui um precedente, uma vez que, segundo ele, algumas decisões seriam despidas de transcendência potencial. (BARREIROS, 2015, p. 197)

Tadeu Cincurá de Andrade Silva Sampaio sanciona o conceito de que a *ratio decidendi* como sendo:

[...] a razão de decidir e a essência da resolução específica sobre determinada matéria decidida no tribunal, na qual estão contidos três elementos: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*). (SAMPAIO, 2014, p. 52)

A progressiva importância conferida aos precedentes judiciais pelo sistema jurídico brasileiro evidenciou a necessidade de se estruturar no direito interno uma teoria apropriada para os precedentes, sistematizado os regimes de sua criação, aplicação e superação. Os institutos desenvolvidos nos sistemas integrantes da *Common Law*, em especial no direito norte-americano têm sido largamente analisados e aplicados no sistema processual brasileiro.

Contudo, a característica racionalista e lógico-dedutiva que acompanha as origens romano-germânicas do Direito brasileiro e as suas peculiaridades culturais tem por vezes, desvirtuado os institutos transplantados, favorecendo antes o arbítrio judiciário do que a utilização, consciente e estruturada, de um sistema de precedentes.

3.3 A ADERÊNCIA DE ELEMENTOS DA TEORIA DOS PRECEDENTES PELO DIREITO BRASILEIRO

Como debatido outrora, a aproximação das tradições *Civil Law e Common Law* foi crescendo ao longo dos anos, trazendo por consequência a influência mútua dos institutos jurídicos nas famílias diversas. Contudo, é preciso lembrar que cada sociedade detém costumes e culturas peculiares, evidenciando que para haver uma importação do instituto jurídicos de tradições diferentes, é primordial uma adaptação para a realidade cultural do grupo social receptor, importando o sistema de forma parcial ou havendo uma modificação do instituto.

Lorena Barreiros evidencia que identificar os limites da transposição a ser feita e a transformação cultural demandada pelo instituto transplantado, não é uma tarefa fácil. Por outro lado, a recepção desordenada de sistemas importados de tradições diversas tende a provocar o surgimento de problemas internos concernentes a sua aplicação no sistema adotante. Há casos, inclusive, em que a efetivação do novo instituto enseja, por evidente desconformidade com princípios e regras inerentes ao sistema, flagrante violação aqueles e a essas. Nesse sentido,

colocando em foco a realidade brasileira, deve-se analisar o impacto positivo ou negativo que essa importação alienígena tem ocasionado na cultura judicial (impondo-se uma mudança do pensar do juiz) e como os institutos de comum utilização no direito estrangeiro de países da *Common Law* (em especial os EUA) têm sido transplantados ao direito brasileiro. (BARREIROS, 2015, p. 195)

Intrinsecamente a elaboração do precedente, deve-se considerar o desenvolvimento de um sistema que confere maior carga de eficácia aos precedentes judiciais pressupõe uma reestruturação do conteúdo jurídico da regra do conteúdo jurídico da regra da motivação prevista no Texto Constitucional, no seu artigo 93, inciso IX³. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 93, IX)

De fato, a fundamentação das decisões judiciais, a par de se constituir um requisito de validade do julgado, assume importância curial no tocante a criação do precedente, já que é dela que ele será extraído. Portanto, o magistrado ao decidir, deve estar preocupado não apenas em esclarecer as partes sobre as razões pelas quais proferiu esta ou aquela norma individualizada para o caso concreto; antes, haverá de ter em mente que a sua decisão possui uma inegável função extraprocessual, já que pode servir como precedente para julgamento de casos futuros cuja base fática seja semelhante àquela em que proferido o julgado.

Ainda no que concerne a formação do precedente, há de ser redimensionado o princípio do contraditório, ampliando-se o espectro de participação na construção da norma jurídica geral do caso concreto, salientando o seu sentido substancial, também conhecido como o contraditório forte. Esse redimensionamento conduz, por exemplo, no que se entende por interesse recursal.

Com a reestruturação do contraditório, a parte dispositiva do julgado ganha novo sentido diante do entendimento de que ele abrange, também, a possibilidade de discussão da fundamentação do julgado, mesmo por quem tenha se sagrado vitorioso na demanda. Debate-se, aqui, a formação do precedente e não a decisão atribuída ao caso concreto.

O sistema de precedentes adotado pelo Brasil, tem sofrido forte intervenção e influência

³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

[...]

do sistema de precedentes norte-americano. Ou seja, só se aplica o precedente a um caso, após analisar as bases fáticas e constatar que o fato em questão demonstra-se semelhante ou análogo ao paradigma, ou seja o fato gerador do precedente. Esse procedimento metodológico é chamado de *distinguishing* ou distinção. (BARREIROS, 2015, p. 196)

Pode-se dizer, portanto, que a técnica de distinção, é uma técnica de confronto, em que haverá comparação entre os precedentes.

Ao analisar determinado caso, o juiz irá fazer uma comparação analisando a decisão que gerou o precedente, as circunstâncias fáticas, os seus fundamentos determinantes, desconsiderar os alicerces ditos de passagem e por fim, irá verificar qual a diretriz dada pela aquela decisão precedente. Ao fazer isso, se o magistrado quiser aplicar aquela decisão no caso em que está julgando, deve-se analisar as ocorrências fáticas em questão, bem como analisar os fundamentos jurídicos utilizados pelas partes para justificar seus respectivos pedidos, dessa forma, ele fará uma comparação entre o que ele encontrou no caso em que ele está julgando, as circunstâncias fáticas desse caso com as circunstâncias fáticas do caso que ele quer utilizar como modelo de precedentes. Ocorrendo tal comparação, utilizar-se-á a técnica de confrontação; contudo, percebendo discrepância entre as circunstâncias fáticas daquele caso precedente com as do caso que está para ser decidir, poderá não aplicar o precedente, porque há uma diferença fundamental que impede a aplicação daquela diretriz nesse caso concreto e ao fazer isso, o juiz estará promovendo a distinção.

Veja que essa distinção pode servir tanto para restringir a aplicação daquela diretriz, como também pode servir para ampliar a aplicação daquela diretriz.

Portanto, o *distinguishing* exerce um papel fundamental na proteção do direito da parte ao acesso a ordem jurídica justa, restando os excessos da tendência universal de que o jurista da tradição *Civil Law* sofre; perpetrando a aplicação indiscriminada de precedentes judiciais para a solução de casos concretos, sobretudo quando se está diante de precedentes com força vinculante ou dotados de substancial carga persuasiva. (BARREIROS, 2015, p. 196)

Essa análise dos institutos dos precedentes denota que apesar de haver uma certa familiarização por parte dos operadores do Direito à teoria dos precedentes, o fato é que a importação desses institutos não tem sido feita sem deturpações. Ao revés, inúmeros são os problemas hauridos da praxe forense face a utilização irresponsável e indiscriminada e ainda, arbitrária de precedentes judiciais. (BARREIROS, 2015, p. 197)

Sobre esse ponto enigmático, para que se alcance uma efetiva aplicação de institutos

importados de um sistema jurídico diverso, é imprescindível que haja a análise da compatibilidade social e cultural entre os sistemas doador e receptor. As peculiaridades culturais, principalmente as do sistema importador, devem ser levadas em consideração, sob pena de desencadear, nesse traslado, verdadeiras “aberrações”, institutos parcial ou inteiramente desvirtuados do seu sentido originário e, mais grave, que não se compatibilizam ou se amoldam ao regime constitucional do país em que adotados. (BARREIROS, 2015, p. 197)

Tal defesa considerando que sem a consciência dessas circunstâncias socioculturais, a instalação do sistema de precedentes de modo desestruturado e negligente não funcionará, senão de modo defeituoso, desencadeando a violação de princípios constitucionais, tais como o devido processo legal (ou devido processo constitucional de produção das decisões judiciais), da segurança jurídica e da igualdade, além de se constituírem em óbices ao desenvolvimento de uma teoria dos precedentes capaz de se harmonizar com a realidade social (multifacetária e multicultural) do ordenamento jurídico brasileiro. (GALIO, [2010?], n.p.)

4. A RESTRUTURAÇÃO INTERPRETATIVA E ESTRUTURAL DO PODER JUDICIÁRIO E A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA *DISTINGUISHING* COMO SOLUÇÃO PARA A EFETIVIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

O que se observa atualmente é o fenômeno de aproximação entre os sistemas jurídicos, que se influenciam mutuamente, principalmente em razão da globalização judicial. Esta nova ordem jurídica, resultante das trocas de informações, produz consequências no direito brasileiro de origem romano-germânica, tanto quanto nos países em origens anglo-saxônicas.

No Brasil a importância que vem sendo atribuída à interpretação e às decisões judiciais, ao passo que no direito inglês se observa o grande aumento na produção legislativa, inclusive com a criação de um código de processo civil inglês. Entretanto, uma diferença entre os dois sistemas se manteve intacta, qual seja a valorização das leis e códigos em cada um deles; tendo em vista que no sistema da *Common Law* as leis não pretendem limitar a interpretação judicial, razão pela qual havendo conflito entre uma lei e um precedente, compete ao juiz decidir por qual será sua decisão.

Desta forma, com a crescente busca de soluções por meio da utilização de institutos oriundos principalmente do sistema *Common Law*, necessário conhecer a origem histórica e a constituição de tais institutos, a fim de impedir contradições, que atualmente podem ser observadas no sistema brasileiro e garantir a mais justa aplicação do Direito.

Logo, para que haja uma real estruturação e adaptação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, necessário que se motive uma ação conjunta dos poderes legislativo e judiciário, em uma total atualização de ações dos seus atores, a partir de processos de formação e amadurecimento da aplicabilidade do ordenamento jurídico brasileiro, o que viabilizará a apresentação de uma nova ótica interpretativa para os operadores de Direito, primando pela funcionalidade do conhecimento do instituto de precedentes de forma ampla e aplicável no fluxo de demandas no poder judiciário.

4.1 *DISTINGUISHING* COMO DIREITO SUBJETIVO DA PARTE

A tendência de uniformidade e de estabilidade das decisões judiciais, abraçada pela doutrina defensora dos precedentes, configura-se como vetor que, dada a sua grande força, pode conduzir, se utilizado sem critério, a uma destruição, em certos casos, do direito das partes ao acesso a ordem jurídica justa, referente ao acesso à justiça substancial. Tal afirmação procede, uma vez que o demandante poderá ver aplicado ao seu caso concreto um determinado precedente que com ele não se harmoniza, simplesmente porque não foi realizada a confrontação entre o resíduo fático que embasou o precedente e aquele que quer a sua proteção. (BARREIROS, 2015, p. 206)

A técnica de distinção se perfaz não apenas pelo método de confronto entre o precedente e o caso concreto, como, também, o resultado desse confronto, quando constatada diferença entre os elementos comparados.

O novo Diploma Processual Civil brasileiro, apresentou no seu artigo 489, §1,⁴ (BRASIL, Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil) o dever de se expressar motivação das decisões judiciais, considerando não fundamentadas, dentre

⁴ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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.

[...]

outras, as que invoquem precedente ou enunciado de súmula sem fazer a demonstração de que o caso concreto se ajusta aos seus fundamentos e ainda, aquelas que deixem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocando pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso a ser julgado ou superação do entendimento.

Argumento processual que veio a ratificar disposição constitucional, especialmente no tocante ao direito fundamental à motivação das decisões judiciais – artigo 93, inciso IX –, solidificando o direito ao acesso à justiça, no seu sentido substancial. (ZANETI JUNIOR, 2007, p. 88)

Nesse diapasão, verifica-se a possibilidade de alcançar, no contexto da teoria dos precedentes no Direito brasileiro à luz da concretização do devido processo constitucional de produção da decisão judicial, um verdadeiro direito subjetivo a distinção, de cunho prestacional, onde a parte é o titular e o órgão julgador é o sujeito passivo. (BARREIROS, 2015, p. 207)

Assim, Francisco Rosito defende que:

[...] o conteúdo jurídico do direito subjetivo a distinção/*distinguishing* contempla a imposição de deveres ao magistrado, dentre eles podendo-se destacar:

- a) o dever de consulta as partes antes de se definir o precedente a ser utilizado em um dado caso concreto, possibilitando-lhe, a semelhança com o tratamento atualmente dado a fixação dos pontos controvertidos no processo civil pátrio, a discussão quanto aos fatos relevantes ao julgamento da causa e ao precedente escolhido;
- b) a necessidade de fundamentação quanto a escolha do precedente e a sua aplicação ao caso concreto;
- c) a necessidade de fundamentação quanto a exclusão da aplicação do precedente no caso concreto. (ROSITO, 2012, p. 302)

Dessa forma, percebe-se que o direito subjetivo ao desfrute da distinção, confere as partes, a possibilidade de participar e de influenciar na construção das decisões judiciais, efetivando o princípio ao contraditório material, onde é imprescindível a consulta das partes, antes de escolher qual precedente deve ser utilizado, pondo-se em análise os fatos relevantes para o julgamento e ao precedente escolhido.

Uma vez reconhecido o direito a distinção (cujo conteúdo, como visto, não se exaure na motivação das decisões judiciais, embora esteja com esta intrinsecamente relacionado) é imperioso o exercício de cautela em sua aplicabilidade, o desenvolvimento de mecanismos aptos a concretizá-lo de modo razoável e equilibrado (apuro técnico do *distinguishing*-método, com a previsão de incidente processual para a sua realização, por exemplo), sob pena de que

seu uso excessivo acabe comprometendo e desmerecendo a autoridade característica a teoria dos precedentes, comprometendo a sua funcionalidade. (ROSITO, 2012, p. 303)

Fixadas as bases do Direito na distinção e no seu *modus operandi* no ordenamento jurídico-processual pátrio, abre alas para a formação de um modelo de aplicação de precedentes judiciais adaptado as peculiaridades do processo civil pátrio. A apresentação de proposições para aplicação de direito a distinção se baseia, primordialmente, na ideia de adaptabilidade do procedimento dentro do ordenamento jurídico brasileiro, trazendo o exame crítico do regramento processual previsto no Novo Código de Processo Civil.

Por conseguinte, o desenvolvimento do direito à distinção no ordenamento jurídico brasileiro é tido como fator que contribuirá substancialmente para promover o equilíbrio entre os vetores de uniformização e de individualização expostos nessa pesquisa, promovendo a deferência dentro da realidade social nacional, a fim de minimizar os efeitos prejudiciais de igualações e não igualações eventualmente realizados arbitrariamente pelo poder judiciário, primando por um ditame sócio jurídico mais justo, anseio de todo aquele que se socorre do Poder Judiciário na busca de seus direitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto nessa pesquisa, percebeu-se que a inobservância da adequação das regras introduzidas no ordenamento jurídico, averigua-se na prática, uma banalização do uso de precedentes dentro do sistema brasileiro, que utiliza de um senso de aplicação aleatório, improvisado e descontextualizado para a solução de casos concretos.

O anseio pela uniformização das decisões judiciais – soluções iguais para casos análogos –, até mesmo em respeito ao princípio da isonomia, encontra na teoria dos precedentes forte aliado. No entanto, a assistematização do uso desses precedentes e o crescimento vertiginoso do número de processos são fatores que contribuem para subverter a própria lógica do instituto utilizado.

De tal modo que, devido a inobservância da adequação das regras introduzidas no ordenamento jurídico, bem como, a junção com fatores de forte enraizamento da doutrina racionalista teórico-dedutiva e da operabilidade das demandas judiciais – em um judiciário sem nenhuma infraestrutura para suportar a carga não resumida ao contexto legal –, percebe-se uma falsa segurança jurídica.

Com a instauração do sistema de precedentes, o julgamento de causas converteu-se em julgamento de teses; sob justificativa de concretização do princípio da isonomia, concretizando uma ideia de julgamento com a devida fundamentação; anseio que surge para aliviar aquele descrédito da justiça brasileira, colocando como mais importante o instituto da uniformização das decisões, do que a necessária observação dos aspectos peculiares do caso concreto, tendo como escopo alcançar não um acesso a ordem jurídica justa, mas somente um acesso à justiça no seu sentido formal.

Portanto, perceba-se a importância do sistema de precedentes no formato organizado e em consonância com a realidade social e cultural do ambiente que está sendo chamado para ser aplicado e, para tanto, importante que se reconheça a existência da concretização do direito à igualdade, aplicando um método baseado em estabelecer medida de comparação do precedente com um elemento indicativo na busca da igualdade das decisões judiciais – dessa forma, não poderá o juiz apenas justificar a aplicação de uma solução a um caso concreto invocando o princípio da igualdade de forma superficial, deverá promover a motivação adequada de seu julgamento.

Outrossim, instaurando no instituto da *distinguishing*, o direito subjetivo da parte, de cunho prestacional e tendo como sujeito passivo o julgador, reconhecendo não apenas o método de confronto de aplicação de precedentes judiciais, mas, sobretudo, conferindo as partes, a possibilidade de participar e influenciar na construção das decisões judiciais, efetivando o princípio ao contraditório material, em que é imprescindível a consulta das partes, antes de escolher qual precedente deve ser utilizado, pondo-se em análise os fatos relevantes para o julgamento e ao precedente escolhido.

Dessa forma, a qualificação do *distinguishing* em consonância com a efetividade de outros institutos legais, como o contraditório e a ampla defesa, dentro do devido processo legal estabelecido, servirão como importante instrumento para se enfrentar o desafio de harmonização posto para equilibrar a igualdade e a diferença no contexto da multicultural sociedade brasileira nesse novo mister do sistema de precedentes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fabio Rodrigues. **História do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARREIROS, Lorena Miranda. **Precedentes**. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: Desafios em um contexto de uma sociedade multicultural. Salvador: Jus podivm, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 nov. 2018.

BRASIL. **Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 10 nov. 2018.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *et al.* **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador: juspodivm, 2012.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Os sistemas de *common-law* e de *civil-law* na determinação do perfil atual dos contratos. Influências recíprocas ou dominação? **Verba Juris** ano 5, n. 5, jan./dez. 2006. Disponível em: www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/download/14857/8412. Acesso em: 17 nov. 2018.

GALIO, Morgana Henicka. **Vinculação aos precedentes: crítica e reflexão acerca da segurança jurídica e eficácia do judiciário**. [2010?]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=68ff9c82826dcda9>. Acesso em 18 nov. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/17031/11238>. Acesso em 10 nov. 2018.

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. Tradução de Cássio Casagrande. **A tradição da *civil law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Rafaela Possera. **Precedentes obrigatórios e o novo código de processo civil**. Monografia (Pós Graduação em Direito Processual Civil) – Instituto Brasiliense De Direito Público – IDP, Escola de Direito de Brasília - EDB. Brasília, 2016. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2105/Monografia_Rafaela%20Possera%20Rodrigues.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 nov. 2018.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá De Andrade Silva. **A reclamação no tribunal de justiça do estado da Bahia como instrumento pedagógico de efetividade do precedente judicial**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, p. 186. 2014. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15270/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Mestrado_Tadeu_Cincur%C3%A1_de_A._S._Sampaio.pdf. Acesso em 18 nov. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. **Revista Consultor Jurídico**, 7 de julho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>. Acesso em 17 nov. 2018.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.