



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

IGOR DE SOUZA COELHO PEREIRA

**O USO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
APROXIMAÇÕES (OU NÃO) COM O SISTEMA ESTADUNIDENSE**

**JOÃO PESSOA
2022**

IGOR DE SOUZA COELHO PEREIRA

**OS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO:
COMMON LAW TROPICAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professor Doutor Paulo Henrique Tavares da Silva

JOÃO PESSOA
2022

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P436u Pereira, Igor de Souza Coelho.

O uso do precedente judicial no processo civil brasileiro: aproximações (ou não) com o sistema estadunidense / Igor de Souza Coelho Pereira. - João Pessoa, 2022.
50 f.

Orientação: Paulo Henrique Tavares Silva.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Common Law. 2. Civil Law. 3. Precedentes. I. Silva, Paulo Henrique Tavares. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

IGOR DE SOUZA COELHO PEREIRA

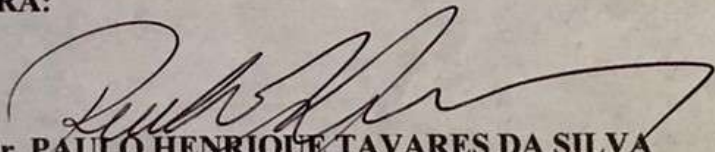
**OS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO:
COMMON LAW TROPICAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

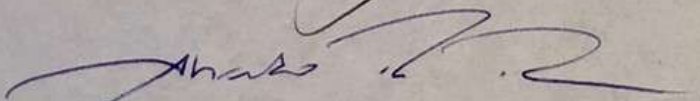
Orientador: Professor Doutor Paulo Henrique Tavares da Silva

DATA DA APROVAÇÃO: 12 DE DEZEMBRO DE 2022

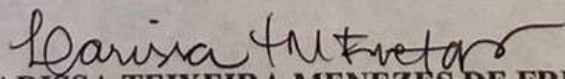
BANCA EXAMINADORA:



**Prof. Dr. PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
(ORIENTADORA)**



**Prof. Dr. ALFREDO RANGEL RIBEIRO
(AVALIADOR)**



**Prof. Dr. LARISSA TEIXEIRA MENEZES DE FREITAS
(AVALIADORA)**

Este trabalho é dedicado a todos aqueles,
que ajudaram a manter viva a Universidade Federal
durante este período de intenso ataque pelo qual a
instituição passou. Sobrevivemos e sobreviveremos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que de alguma maneira contribuíram para que este trabalho fosse desenvolvido, desde os amigos e familiares, que prestaram suporte emocional e necessário para as horas de ansiedade, até os professores que contribuíram para concretização deste trabalho oferecendo auxílio, atenção e compreensão.

De qualquer forma, o que quer digam... ter um método, um sistema. É ter uma coisa muito boa.

Andrei Tarkovsky

RESUMO

O Código de Processo Civil trouxe um modelo dogmático para a sistematização dos precedentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta estrutura desafiadora, tendo em vista que tal instituto não faz parte da tradição jurídica brasileira, isto é, a *civil law*, sendo na verdade um instituto importado de outra tradição, a *common law*. Reconhecer que reformas estruturantes são necessárias para que o ordenamento jurídico brasileiro possa recepcionar o sistema de precedentes baseado no praticado pelos Estados Unidos da América é parte fundamental para sua devida estruturação, associada a necessidade de reconhecimento das particularidades e individualidades oriundas da cultura jurídica brasileira, bem como, da sociedade para que assim possa ser construído um sistema efetivo, porém dotado de traços que atendem a realidade social da prática jurídica brasileira.

Palavras-chave: Sistemas jurídicos. Precedentes. *Common Law*. *Civil Law*. Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The Code of Civil Procedure brought a dogmatic model for the systematization of precedents within the Brazilian legal system, this structure being challenging, considering that such an institute is not part of the Brazilian legal tradition, that is, of civil law, being in fact an institute imported from another tradition, the common law. Recognizing that structural reforms are necessary so that the Brazilian legal system can accommodate the system of precedents based on that practiced by the United States of America is a fundamental part of its proper structuring, associated with the need to recognize the particularities and individualities arising from the Brazilian legal culture, as well as how, of society to build an effective system, but with traits that meet the social reality of Brazilian legal practice.

Key-words: Legal systems. Precedent. Common Law. Civil Law. Code of Civil Procedure

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

NCPC – Novo Código de Processo Civil

CPC – Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

EUA – Estados Unidos da América

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 <i>COMMON LAW E CIVIL LAW</i> – DIFERENÇAS E CONVERGÊNCIAS	13
2.1 <i>COMMON LAW</i>	14
2.2 <i>CIVIL LAW</i>	15
2.2.1 A CONVERGÊNCIA E A TRANSNACIONALIDADE ENTRE A <i>COMMON LAW</i> E O <i>CIVIL LAW</i>	17
3 OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	21
3.1 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	25
4 A <i>COMMON LAW</i> À BRASILEIRA	31
4.1 DIFERENÇAS ALÉM DA FILOSOFIA DO DIREITO	34
4.2 A PRIMEIRA INSTÂNCIA COMO DISTANCIAMENTO DA <i>COMMON LAW</i> AMERICANA.....	37
4.3 A ESTRUTURA DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL E O PONTO DE RUPTURA COM A <i>COMMON LAW</i> ESTADUNIDENSE.....	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

Em 2015 o Código de Processo Civil trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, diversas mudanças necessárias devido a natural evolução social, porém, uma das mudanças mais impactantes se deu pela recepção das decisões judiciais vinculantes, isto é, os precedentes.

Dentro desta perspectiva, os precedentes ascendem ao CPC como formas instrumentalizadas para resolução de questões complexas do Direito, a isonomia e a paridade de armas, as funções jurisdicionais e sua racionalização, assim como, a uniformidade na solução de casos, na qual casos iguais devem ser julgados iguais.

Remetendo à promulgação da Emenda Constitucional 45 – na qual incorporou a súmula vinculante ao ordenamento brasileiro -, foi se percebendo a oportunidade de iniciar estudos para aplicabilidade do sistema de precedentes ao sistema em vigor no Brasil.

As decisões judiciais vinculantes se tornaram a forma de determinar que as decisões dos tribunais superiores e de segunda instância, sejam adotadas como precedentes, sendo assim, os tribunais de primeiro grau tomariam estas decisões como precedentes para suas sentenças.

O que se buscou com esta atualização, foi uniformizar as decisões, a fim de garantir uma maior coerência as decisões judiciais e aprimorar o princípio da segurança jurídica. Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro segue a tradição do *civil law* em contraponto ao modelo de precedentes que é amplamente institucionalizado a tradição do *common law*, o questionamento que se faz é a respeito da maneira que estes precedentes oriundos de uma outra tradição jurídica, estão sendo absorvidos por outra tradição, assim como, a forma que está se dando sua aplicação.

Essa sistematização dos precedentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, se tornou desafiadora, tendo em vista que o sistema de precedentes não faz parte da tradição do sistema utilizado no Brasil, isto é, o *civil law*, mas sim é um sistema importado de outros sistemas, o *common law*. O Novo Código de Processo Civil oferece um modelo dogmático para tal sistematização.

A questão a ser tratada no presente trabalho terá como objetivos específicos compreender o processo de recepção dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, através de análise dos sistemas, não tendo como interesse avaliar questões referentes a constitucionalidade das alterações oriundas do Novo Código de Processo Civil, mas sim buscar compreender se dentro da tradição do *civil law* brasileira há espaços para a aplicação do sistema de precedentes importados do *common law* estadunidense. Dito isto, surge o presente

problema: Em que medida o sistema de precedente judicial introduzido no Brasil é distinto daquele existente nos Estados Unidos da América?

Com a globalização e os avanços da comunidade internacional enquanto instituição una, fica notória a flexibilização dos limites fronteiriços que antes separavam os dois grandes sistemas e modelos, o romano-germânico e o anglo-saxão cada vez mais se permitem recepções mútuas em seus ordenamentos, de forma que existe um aumento da codificação dentro do *common law*, em contrapartida há uma padronização crescente dentro das decisões no *civil law*. Este movimento encontrou condições favoráveis para ser recebido no ordenamento jurídico brasileiro.

Compreender as finalidades e particularidades do sistema de precedentes nos dois sistemas, servirá como linha auxiliar da explanação, tendo em vista que diferente do *common law* no qual o sistema de precedentes não buscou garantir a obediência da norma legal abstrata, mas sim, as garantias do princípio da igualdade e da segurança jurídica através da principal fonte de seu Direito, ou seja, a observância às decisões anteriores, através das vinculações obrigatórias dos precedentes, isto é, o *stare decisis*. Enquanto que no *civil law* se é vivenciado o chamado império da lei, sendo esta a forma de garantir e atribuir segurança jurídica ao ordenamento, de forma que a vinculação da decisão judicial ao texto legal permite tal possibilidade de garantia e observância aos princípios da igualdade e da segurança jurídica, através da elaboração de leis claras o suficiente para abarcar diferentes áreas possíveis e até não previsíveis da animosidade do indivíduo, para que deste dispositivo legal a norma possa ser extraída, isenta de uma margem interpretativa ou criativa.

Diante do exposto acima, se é deparado com a presente hipótese: A diferença essencial na aplicação dos precedentes dentro dos dois sistemas citados, reside em sua finalidade e não em sua concepção geral. Aqui no Brasil - no *civil law* – o termo precedentes tem como sua finalidade ampliar a aplicação de decisões judiciais que possuem força vinculante obrigatória aos demais órgãos do judiciário, diferenciando do modelo estadunidense, no qual o sistema de precedentes vem como imposição da obediência ao direito costumeiro, sendo o *stare decisis* o mecanismo necessário para criação da norma jurídica a ser aplicada na decisão.

O presente trabalho será elaborado através de pesquisa bibliográfica em livros, sítios eletrônicos, artigos e demais trabalhos acadêmicos, a fim de conferir substância ao conteúdo, associado ao método dedutivo, para que desta forma a hipótese apresentada se encontre devidamente fundamentada.

Com base nos objetivos específicos, dividiu-se este trabalho em 5 capítulos. Neste primeiro capítulo introdutório se faz a apresentação de forma geral da problemática a ser analisada, assim como, os motivos que levaram a levantar a hipótese citada.

No segundo capítulo, se é desenvolvido uma conceituação a respeito dos dois grandes sistemas jurídicos ocidentais, para a devida promoção informativa a respeito das características específicas de cada um e como se deu o movimento de aproximação entre ambos.

Para o terceiro capítulo, são estudadas as formas da aplicação do sistema de precedentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, assim como, sua normatização e sistematização.

No quarto capítulo, serão expostas as aproximações e diferenças de fato que os sistemas de precedentes brasileiro e estadunidense apresentam, através de análise doutrinária, associada ao disposto no Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, no quinto capítulo serão feitas as considerações finais a respeito do tema escolhido, bem como, a sintetização das conclusões percebidas ao longo do estudo e fundamentadas com a bibliografia escolhida, que constará referenciada ao final do trabalho.

2 COMMON LAW E CIVIL LAW – DIFERENÇAS E CONVERGÊNCIAS

O Direito inicialmente pode ser tido como manifestação cultural, isto é, algo que está inerente a atividade humana, existindo somente enquanto produzido. É a manifestação da natureza cultural de uma sociedade, como disse Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p.22-23):

“Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da 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”

O ordenamento jurídico encontra no sistema sua fundamentação, esta ordem tem como principal finalidade sistematizar e instrumentalizar o Direito a ser desenvolvido dentro da dimensão hierárquica de suas normas e princípios do direito de Estado, obedecendo uma unidade, coerência e completude. Diante dessa necessidade de um sistema para sua fundamentação, o panorama mundial se fundamenta, entre outros, sobre dois grandes sistemas, o *Civil Law* e o *Common Law*, estes são sistemas distintos, porém com a expansão da comunidade internacional e o fenômeno da globalização judiciária, os limites que antes era intransponíveis, cada dia encontram maior flexibilidade para uma recepção mútua de elementos e particularidades oriundas de cada um dos.

Para o direito comparado é reconhecida a existência destas duas tradições, que podem ser tidas como antitéticas, tendo em vista suas fontes principais, uma fincada no empirismo e outra no racionalismo. Para a *civil law* se atribuem além da racionalidade já citada, o caráter dogmático, o apriorismo, a construção do pensamento teórico e o exercício dentro do método dedutivo, enquanto que para a *common law* o empirismo é sua base, a menor importância da aos dogmas vem a complementar seus fundamentos, associados a experiência adquirida com a história através do pensamento prático, sob a perspectiva do método indutivo. Dois sistemas que aparentam ser muito distintos, porém que caminham para uma troca cada vez mais constante de influências e métodos.

O sistema jurídico conhecido como *common law*, foi pioneiro na adoção do sistema dos precedentes, tendo em vista seu desenvolvimento histórico-social, devido ao presente trabalho tratar sobre a recepção dos precedentes por um outro sistema, o *civil law*, se faz necessário dedicar este capítulo a uma explicação conceitual de ambos os sistemas, não se fixando em problematizar exatamente suas origens, critérios particulares, tampouco processos

evolutivos, mas entender suas diferenças até chegar em sua convergência, isto é, o sistema de precedentes recepcionado pelo Código de Processo Civil.

2.1 COMMON LAW

O *common law* tem como seu ponto de origem o direito inglês, tendo como o direito fundamento nos costumes a sua base, neste sistema as decisões judiciais assumem o lugar da norma ditada devido ao fato da real necessidade – social e cultural – em se extinguir conflitos que possam existir diante daquele caso julgado.

O poder real vem a ser o marco zero do surgimento do *common law*, a partir do momento que uma lei comum precisa ser estabelecida, a fim de substituir o sistema tribal que era praticado na Inglaterra, ou seja, no século XIII com a implantação dos Tribunais Reais de Westminster, o direito comum passa a vigorar em toda a Inglaterra e seus territórios conquistados. A chamada Revolução Gloriosa ocorrida na Inglaterra, colocou em uma linha horizontal os juízes e os legisladores, que aplicaram o direito costumeiro do povo inglês, a fim de centralizar as decisões judiciais e alcançar a segurança jurídica necessária para o momento que o reino estava passando, ou seja, foi o início da estruturação judiciária da Inglaterra medieval, que a *common law* encontrou seu firmamento, associado a atividade jurisprudencial iniciou o desenvolvimento da fundamentação de suas fontes do direito, os precedentes.

A supervalorização da jurisprudência em comparação a lei escrita, pode ser dita como a principal característica do *common law*, tendo em vista que no sistema a lei escrita, ou *statutes* como denominado é tido como fonte secundária, porém resguarda sua devida importância dentro do âmbito processual. O exercício hermenêutico e a problemática envolvida no raciocínio, são bases para construção de uma decisão concreta, de modo que tal decisão assuma uma postura de hierárquica que virá ser chamada de precedente. Sendo assim, o precedente vem a ser a principal fonte do direito dentro do *common law*.

Por razões de seu processo colonizatório, os Estados Unidos da América desenvolveram seu ordenamento jurídico baseado no *common law* inglês, no qual o poder judiciário assume a função central dentro da construção de um sistema positivista, porém os juízes são norteados e vinculados as normativas ditadas por decisões anteriores e os chamados precedentes. Se faz importante destacar, que nem toda coisa julgada por vir a se tornar um precedente, pois, o precedente deve ser encarregado de uma decisão que venha a tratar de uma matéria de direito, não apenas uma matéria de fato. Durante o processo de construção do precedente, toda a argumentação deve ser associada ao caso concreto, para que o resultado deste

processo seja uma tese jurídica, delimitando com autoridade as questões de direito presentes no caso concreto, para que esta tese se encontre pura e além de seu conteúdo, isto é, ser o chamado *point of Law*, em tradução livre e conceituada, seria a teorização de um direito, para que a partir deste ponto possa ser aplicado a demais casos concretos.

Então, para o *common law* a decisão judicial de um caso concreto, que encontre uma devida construção teórica do direito de fato ali discutido, encontrará as devidas condições de se tornar um precedente e conseqüentemente, assumirá a forma de fonte de direito, onde produzirá efeitos vinculantes a casos semelhantes que futuramente, possuam características particulares fixadas pelo caso anterior. Diante do exposto, fica perceptível que o precedente está mais associado as semelhanças e particularidades encontradas em um caso concreto, se distanciando mais da aspiração de produzir efeitos gerais ou sistêmicos.

O sistema estadunidense vem a ser a cristalização de forma efetiva daquilo que se é decidido pelos tribunais, de formas expressas em suas decisões. Desta forma, os juízes possuem autonomia e liberdade de criar ou aperfeiçoar o direito, observando as particularidades existentes em cada caso e através de um exercício hermenêutico, compreender de qual forma aquela decisão poderá a ser utilizada e aplicada em casos futuros, estabelecendo um precedente e vinculando futuras decisões de casos semelhantes.

2.2 CIVIL LAW

A necessidade de um direito único para unificar a zona de influência do Império Romano, fez com que o Direito Romano sobrepujasse em maioria o direito praticado em suas colônias e países, desta unificação se iniciou a atividade legislativa do império com a elaboração de leis, a codificação e a elaboração de constituições.

A codificação iniciada serviu como base para se construir as Fontes de Direito a serem praticadas pelo Império, posteriormente, o sistema chamado de *civil law* se propagou pela Europa além da zona de influência romana, atingindo países como Alemanha, países nórdicos, a Península Ibérica, França, Holanda e conseqüentemente os países colonizados por estes durante a era dos descobrimentos.

A necessidade de codificar as leis, associada com o desenvolvimento da atividade jurídica nas universidades, fez com que o direito passasse a ser estudado como matéria, deixando de ser tratado como uma tradição da sociedade. O *Corpus Iuris Civilis* serviu como base de estudos para construção do pensamento jurídico e o desenvolvimento do Direito enquanto ciência.

Diante da Revolução Francesa e seu impacto nos sistemas de governo, foi o ponto de partida para separação dos poderes, no qual parlamento e judiciário se encontravam em pontos opostos, assim como, a posição do governante não concentrava mais todo o poder. Neste estágio ocorre uma limitação do poder judiciário, ficando este subordinado ao parlamento, tendo em vista a necessidade de se aplicar literalmente o texto legal, não havendo espaços para interpretações, analogias ou evolução do entendimento por parte do magistrado.

Sendo o desenvolvimento do Direito enquanto ciência um reflexo da evolução social, o modelo de aplicação da letra lei foi se mostrando obsoleto, assim como, se percebeu o envelhecimento dos códigos, com isto, a doutrina e a atividade jurisprudencial, associadas a evolução do exercício hermenêutico, passaram a conquistar espaço dentro do *civil law*, sem que isto abalasse a segurança jurídica e a previsibilidade.

A recepção das chamadas cláusulas gerais com o advento das constituições, impulsionou a atividade interpretativa e criativa dos magistrados, fornecendo autonomia para que a interpretação e aplicação da lei não se prendesse a sua letra, mas sim aos fatos narrados e envolvidos. As constituições vêm para assumir o topo da pirâmide hierárquica das fontes do direito, sendo a fonte principal com força vinculante, agregando o conjunto de valores e princípios fundamentais para a operação do direito, garantindo que a legislação infraconstitucional possa ser interpretada pelo juiz, desde que em obediência a constituição.

Com o advento do constitucionalismo, se inicia o movimento de convergência entre o *common law* e o *civil law*, a partir do momento que o juiz deixa de ser mero aplicador do direito, mas é conferido da atividade de interpretação da lei, associado ao controle de constitucionalidade que permite questionar a atuação legislativa contrapondo com o determinado pela constituição. Também é neste momento que o poder judicial surge como fonte de direito, diante da omissão legislativa, cabendo ao judiciário a função de suprir esta lacuna e garantir a aplicação dos direitos fundamentais.¹

Fica percebido que a posição conferida ao poder judiciário neste momento, deixando ser coadjuvante do legislativo e passando a ser atuante no desenvolvimento do Direito, marca a aproximação entre os sistemas até então tão distintos, a atividade do juiz no *civil law*

¹ “Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. De modo que o *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação de poderes” (MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Apresentação. In: _____ (coord.). A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 08).

passa a ir de encontro com a atividade encontrada no *common law*, porém, ainda existe algo que fixa uma separação ainda mais clara dos sistemas, o sistema de precedentes.

Contudo, se é percebida uma aproximação dos sistemas decorrente da própria evolução das sociedades e, conseqüentemente do direito e de seus sistemas jurídicos. Sendo assim, ocorre a oportunidade de conhecer as características dos institutos jurídicos e de outros fundamentos para a solução de conflitos, oriundos de cada uma das tradições, a fim de conferir uma maior efetividade quanto a segurança jurídica das decisões jurídicas e também como proveito da própria sociedade, associado a evolução do direito enquanto ciência e pilar do ordenamento jurídico.

2.2.1 A CONVERGÊNCIA E A TRANSNACIONALIDADE ENTRE A *COMMON LAW* E O *CIVIL LAW*

Os sistemas jurídicos não são patrimônio ou propriedade de único país ou nação, para Carlos Ferreira de Almeida (2013, p.3):

Para este efeito, sistemas jurídicos (ou ordens jurídicas) são conjuntos coerentes de normas e de instituições jurídicas que vigoram em relação a um dado espaço e/ou a uma certa comunidade. O critério que na atualidade confere unidade a cada um dos sistemas jurídicos e permite distingui-los é geralmente o da organização política estadual (Estado unitário, Estado Federal ou Estado Federado), mas pode ainda derivar da subsistência de autonomia jurídica no interior de um mesmo Estado Soberano(por exemplo, os direitos inglês e escocês no âmbito do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte) ou de direitos de comunidades tradicionais no âmbito de Estados recentemente constituídos (por exemplo, direitos locais de base consuetudinária em países africanos).

É percebido que os contrapontos entre o *common law* e o *civil law* não se resumem ao conteúdo dos seus direitos ou ao sistema jurídico que os compõe, mas a formalidade envolvida, suas metodologias, suas fontes, estruturas e procedimentos. Ainda que sejam observados estes aspectos distintos em cada tradição, suas diferenças constantemente vêm se reduzindo através de uma aproximação de influências mútuas entre os dois sistemas.

Mesmo que não tenha ocorrido o fenômeno da codificação no sistema *common law*, não se é possível atribuir aos sistemas a característica de utilizar ou não códigos escritos como ponto crucial para sua diferenciação sendo necessário compreender e conhecer o critério político-social, no qual se verifica qual a importância do código dentro daquela civilização. Sobre este ponto de aproximação além da codificação, René David (1996, p. 20) diz:

“Países de direito romano germânico e países de *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a

noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romanos germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra do direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito.”

Dentro da composição dos sistemas jurídicos, são encontradas particularidades que se sobrepõe as limitações fronteiriças, a globalização judiciária demonstra que essa convergência entre os sistemas é recebida como normalidade, tendo em vista, a evolução de acordos recepcionados como legislação, a complementação de fontes através de uma ligação entre os sistemas e o reconhecimento das decisões estrangeiras positivadas em legislação, demonstram uma fonte pode não ser mais exclusiva do *civil law* ou do *common law*.

Como dito pelo jurista, Miguel Reale (1995, p. 142):

Se alardearmos as vantagens da certeza legal, podem os adeptos do *common law* invocar a maior fidelidade dos usos e costumes às aspirações imediatas do povo. Na realidade, são expressão culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no direito de tradição romanística.

É percebido para o jurista citado, que ocorre uma troca de influência entre os sistemas, o crescimento da norma legal dentro do *common law* vem ganhando força e influência nas decisões, em contrapartida o sistema de precedentes vem encontrando aceitação dentro do ordenamento jurídico fundamentado no *civil law*. A associação da oralidade para o sistema estadunidense e a escritura para o brasileiro, vem ficando rasa dentro do processo de evolução que ambos os sistemas se encontram, essa evolução está marcando a desconstrução de dogmas que se demonstraram estagnados no tempo e passa a construir uma maior efetividade na busca pela segurança jurídica, resolução de conflitos e redução nos casos de decisões desiguais para casos iguais.

Mesmo que a codificação no *common law* não tenha sido tão presente em comparativo com o *civil law*, não é apenas este fator que diferencia os sistemas, mas sim o valor e importância que cada sistema confere a sua fonte de direito, assim como, a função atribuída aos poderes judiciário e legislativo dentro do ordenamento jurídico, pois é conhecido que produção legislativa é algo presente em ambos os sistemas, sendo este ponto algo insuficiente para se determinar e pontuar como diferença.

Enquanto que no *common law* coube ao poder judiciário exercer uma função central na elaboração das fontes do direito, associado ao fato de que a decisão judicial é peça fundamental para resolução dos conflitos, para o *civil law* esta função de legislar cabe ao poder

legislativo, a codificação e a constitucionalização do direito partem deste poder. O movimento que se tem observado entre os poderes judiciário e legislativo, contribui para essa aproximação entre os sistemas jurídicos, tendo em vista que mesmo em rota de colisão, o que se é impactado está expressamente delimitado e determinado, evitando a descaracterização dos fundamentos do próprio ordenamento jurídico.

A tradição racionalista do *civil law* começa um movimento de aproximação com o empirismo e a realidade histórica, tanto por parte do surgimento das leis extravagantes e o papel principal assumido pelas constituições, quanto pela adoção das cláusulas gerais, ampliando a participação do magistrado na construção do direito. No mesmo passo que em 1999 a Inglaterra, berço da *common law* adotou um Código de Processo Civil, demonstrando uma forte influência do direito legislado dentro do sistema baseado no direito costumeiro.

Diante do estágio que os dois sistemas se encontram de miscigenação e trocas de influências, ainda que distante, pode se observar a construção de um processo de unificação, se tratando não mais de duas tradições opostas, mas sim de dois aspectos jurídicos diferenciados dentro da mesma tradição jurídica ocidental.

A afirmação da aproximação entre as duas tradições não se limita ao direito brasileiro. Nos estudos de direito comparado, se aponta que os países de origem romano-germânica têm apresentado uma tendência evidente no que tange a matéria constitucional, a evoluir para a implementação de precedentes vinculantes. No mesmo ritmo que paralelamente, os países que adotam a tradição do *common law*, também têm demonstrado uma codificação crescente, recorrendo à lei como forma de implementar mudanças sociais que demandam agilidade, a fim de assegurar prestações relacionadas ao *welfare state* ou de cumprir acordos decorrentes do ingresso em comunidades internacionais². Devido a isto, sugere-se que há, um processo de convergência entre os dois sistemas, marcado por uma crescente troca de conceitos e de institutos.

Esta aproximação dos sistemas é derivada diretamente da constante evolução da sociedade, no Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 traz como fonte do direito a utilização do precedente, demonstrando que a crença de que apenas a lei codificada dentro do *civil law*

² Nessa linha, os Estados Unidos da América aprovaram a Lei de Proteção ao Paciente e ao Tratamento a Custo Acessível (Patient Protection and Affordable Care Act), com o propósito de garantir o acesso da população à saúde. E a Inglaterra editou a Lei de Reforma Constitucional de 2005 (Constitutional Reform Act), pela qual criou uma Suprema Corte, situada fora do Parlamento, com a finalidade de reproduzir o sistema tradicional de tripartição de poderes adotado pela Comunidade Europeia. Informações disponíveis em: <ppacacon.pdf (house.gov)> e <Constitutional Reform Act 2005 (legislation.gov.uk)> Acesso em: 01 nov. 2022

seria o suficiente para garantir a isonomia das decisões e a segurança jurídica necessária, se demonstrou obsoleta dentro do atual cenário social, político e econômico do país.

A busca por soluções diferenciadas para conflitos contribuiu para a recepção dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, desta forma o que se importa do *common law* para o sistema brasileiro, deve observar a norma constitucional, pois, mesmo que uma fonte de direito seja buscada fora do ordenamento, esta deverá obedecer e está alinhada com o que diz a fonte principal do direito brasileiro, ou seja, a Constituição Federal de 1988.

3 OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

A tradição da *civil law* brasileira, não ficou intacta ao movimento de convergência dos sistemas franco-romano-germânico e anglo-saxão, desde a promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro vem acelerando sua evolução diante da recepção e adoção dos precedentes, com a instituição da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, se ampliou as hipóteses de atuação do controle concentrado de constitucionalidade das leis, neste momento, já se foi atribuído o efeito formal vinculante para a Administração Pública e todos órgãos do Judiciário no tocante as decisões prolatadas destes mecanismos de controle e na já existente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

O Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988 vem demonstrado, uma tendência continua à adoção dos precedentes judiciais vinculantes³. A Constituição trouxe um sistema híbrido de controle da constitucionalidade, mantendo o controle difuso de inspiração estadunidense, possibilitando assim uma discussão da matéria constitucional dentro do âmbito de litígios concretos, prevendo de maneira expressa a possibilidade de apreciação final da questão pelo Supremo Tribunal Federal, através de recurso extraordinário. A decisão do Supremo Tribuna, inicialmente produzia efeitos apenas entre os postulantes, mas existia a possibilidade de suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal⁴. A Constituição de 1988 promoveu uma notável expansão do controle concentrado da constitucionalidade, oriunda dos sistemas da Europa continental, através de ações propostas diretamente no STF, cujo objeto principal, como regra, é analisar a compatibilidade em tese de

³ Toda decisão judicial produz efeitos vinculantes. A maior parte das decisões vinculam apenas aqueles que foram parte na ação. Algumas delas, contudo, além de vincularem as próprias partes estabelecem entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelos demais órgãos judiciais, no julgamento de casos futuros e semelhantes. É com este último sentido que se aludirá a precedentes vinculantes neste trabalho. Ainda que o termo vinculante não implique necessariamente, do ponto de vista estritamente técnico, a produção de efeitos para além do processo em que a decisão foi proferida, a prática jurídica consagrou o uso da expressão precedente vinculante para aludir a julgados que produzem efeitos impositivos e gerais para além dos casos em que proferidos e, por isso, é com essa conotação que será utilizada aqui. Em razão da falta de uma cultura de respeito voluntário aos precedentes no Brasil, só se consideraram incluídos nesta categoria aqueles precedentes cujo descumprimento possibilita a propositura de reclamação diretamente no Supremo Tribunal Federal, para cassação da decisão divergente. É que somente nesses casos o caráter impositivo do precedente alcança efetividade, como já observou a doutrina sobre a matéria. É, portanto, com esse significado que o termo precedente vinculante será utilizado neste trabalho. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 160-161; 235-248; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 74-113.

⁴ Art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 04 nov. 2022.

um ato com a Constituição⁵. Esse tipo de controle, se atribui às decisões eficácia vinculante e geral - caráter *erga omnes* -, cuja observância é obrigatória para todos os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário. A não obediência, tanto pelo Poder Judiciário, quanto pela Administração Pública, às decisões com tal eficácia vinculante se sujeitava desde a origem, à anulação, através de reclamação proposta diretamente ao STF⁶.

Durante os últimos 20 anos, se implantou no ordenamento brasileiro diversas reformas processuais do direito jurisprudencial, inicialmente nos enunciados de súmulas – inicialmente aplicado aos regimes internos dos tribunais e posteriormente ganhando forma legislativa pela Lei 8756/98 – e por fim chegando a Emenda Constitucional 45 que introduziu as técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos e a Súmula Vinculante, passando pelo julgamento liminar de demandas repetitivas.

Somado a tais processos que foram se aperfeiçoando ao longo dos anos, no Brasil ocorre a previsibilidade de instauração de controle abstrato de constitucionalidade em âmbito judicial. Com esse tipo de controle, a discussão sobre a constitucionalidade da norma não será realizada no âmbito de um caso concreto ou sob luz da particularidade de seus fatos, tal como se dá no *common law*, no sistema brasileiro seu objeto é a compatibilidade da lei em tese com a Constituição Federal, sem ter como plano de fundo a necessidade de um caso específico envolvendo duas partes.

O Novo Código de Processo Civil, além de manter essas reformas, ele se propõe em ir além, pois traz o sistema dos precedentes judiciais como instrumento de solução aos problemas mais complexos do Direito, diante da busca pela uniformização dos casos e a isonomia que tange o tratamento das partes intraprocessuais e intrajudiciais. O artigo 926 estipula expressamente que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”. Neste sentido, o artigo 926 serve como a norma que vem sistematizar a utilização dos precedentes, porém, se é compreendido ser difícil criar via legislativo um sistema de precedentes dentro do *civil law* que esteja genuinamente próximo ao *common law*, isto se deve ao fato do sistema de precedentes oriundo do direito inglês ser futuro do desenvolvimento social e evolução histórica.

⁵ Afirma-se que a apreciação da constitucionalidade ocorre em tese porque a discussão não nasce de um litígio concreto, entre partes que disputam determinado bem. De fato, no Brasil, o controle concentrado é, como regra, associado ao controle principal e abstrato. Mas há exceções, como, por exemplo, a representação interventiva, que instaura controle concentrado no STF, porém realizado em concreto e incidentalmente, tendo por objeto um conflito federativo. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1306-1307.

⁶ As decisões proferidas em controle concentrado da constitucionalidade pelo STF produzem efeitos vinculantes e gerais oponíveis não apenas aos demais órgãos judiciais, mas também à administração pública (CF/88, art. 102, I, I, c/c §2º).

A busca pela padronização decisória, seja ela horizontal, seja ela vertical, faz parte dos pilares que sustentam a teoria dos precedentes utilizadas no Brasil, formando um tecido próprio brasileiro, costurado com elementos da *common law* e da *civil law*. Importante destacar que a busca pela padronização decisória no Brasil, foi sendo incorporada gradualmente ao ordenamento jurídico brasileiro ao longo de seu desenvolvimento, o Código de Processo Civil de 2015 veio de forma expressa conceituar isto, em seu Livro III, Título I, Capítulo I é instituída e regulamentada a utilização dos precedentes como ferramenta desta padronização.

O artigo 927 elenca os procedimentos vinculantes:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

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

Perceba que é neste ponto que o sistema de precedentes passa a assumir identidade nacional, ou seja, se abrigar. Diferentemente dos precedentes no *common law* que são criados a partir da decisão – o precedente não é previamente definido textualmente – no

ordenamento jurídico brasileiro as súmulas vinculantes e as decisões de caráter vinculante já se encontram definidas em texto de lei, associado ao fato, de que em o NCPC não proíbe ou dispensa o magistrado de utilizar de sua atividade hermenêutica a fim de interpretar a melhor forma de aplicação ao provimento vinculante. O que o código deixa expressamente definida é a obrigatoriedade de os magistrados e tribunais se utilizarem destes provimentos vinculantes como força motivacional de suas decisões, a fim de assegurar a estabilidade, a integridade e a coerência da atividade jurisprudencial, ou seja, o artigo 927 normatiza o procedimento para que o determinado pelo artigo 926 possa ser alcançado.

Verifica-se o aumento da importância conferida a jurisprudência e ao Poder Judiciário, tendo em vista, que este poder passa a promover o dimensionamento de diversas espécies de litígios. Porém, a aplicação do precedente não deve ser mecânica, em nenhum artigo fica vetada a atividade interpretativa do magistrado e é sob este entendimento que a aplicação dos artigos 926 e 927 devem ser guiadas. A aplicação das decisões vinculantes não possuem a pretensão ou uma prévia capacidade de solucionar conflitos futuros por efeito cascada, sem que exista a interpretação do julgador em precisar sua aplicação de acordo com o caso concreto, mesmo as súmulas vinculantes estão sujeitas a tal examinação, tendo em vista a necessidade de se assegurar e resguardar o devido processo legal ao litigantes, garantindo a eles a possibilidade de manifestação acerca do provimento vinculante incidido sobre o caso em questão.

A harmonização do sistema de precedentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro encontra dificuldades, quando se trata das tendências jurídicas universalizantes e individualizadora, isto porque, não se trata de um sistema nascido e desenvolvido no Brasil, mas de um sistema importado de uma outra tradição jurídica. Tradição esta que se desenvolveu junto com a própria sociedade, no caso em questão a sociedade dos Estados Unidos da América, este país desenvolver seu sistema de precedentes desde sua aplicação, até incorporação no ensino e atividade jurídica do país.

O direito brasileiro de fato se enquadra na família franco-romano-germânica, porém, é notada uma forte influência do sistema estadunidense no ordenamento nacional, pois se é percebida uma grande quantidade de institutos adotados oriundos da *common law* como o controle difuso, cláusulas gerais e a tutela de direitos supraindividuais. Fica claro que uma tradição jurídica não pode ser modificada apenas pela via legislativa, quando se trata da prática sistematizada dos precedentes é necessária a construção de uma prática argumentativa e a construção de um ambiente favorável para que os tribunais possam exercer da interpretação individual, a fim de evitar a mecanização da utilização dos precedentes, precisando manter a premissa de “decisões iguais, para casos iguais.”

O Código de Processo Civil dentro dos artigos 926, 927 e 928, tenta construir estas condições para formatação de um sistema de precedentes adequado a tradição da *civil law* brasileira, porém, importar um instituto de uma tradição diferente, requer cuidados em sua aplicação, no intuito de evitar a descaracterização do instituto e assim prejudicar o intuito do artigo 926, ou seja, provocar a perda da estabilidade, da integridade e da coerência jurisprudencial.

3.1 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO

O Código de Processo Civil de 2015 em seus artigos 1037, §9º e 489, §1, VI, traz expressamente a estruturação de uma técnica necessária para o sistema de precedentes, a distinção ou *distinguishing*, técnica esta que possibilita a demonstração de que o caso se diferencia do precedente ou dos demais padrões decisórios que tratam da matéria abordada.

A incorporação dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro pode ser compreendida sob a perspectiva da necessidade da viabilização de três valores fundamentais: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. A observância destes entendimentos firmados pelos tribunais promove, inicialmente, uma maior previsibilidade, estabilidade e continuidade do direito, atentando ao fato de que a solução aplicada a um caso norteará a solução dos demais casos análogos, reduzindo assim a discricionariedade dos juízes. O respeito e observância aos precedentes assegura, em segundo momento, que casos idênticos receberão o mesmo tratamento, desta forma os diferentes jurisdicionados serão tratados com isonomia⁷. Sendo assim, a final, se tornará mais racional o trabalho jurisdicional e a utilização de seus recursos, dedicando a atividade dos magistrados para as questões que ainda não foram assentadas, diminuindo a quantidade de reformas de decisões pelos tribunais, assim como, reduzindo demandas e recursos aventureiros. Esses são os valores que, de forma geral, fundamentaram o desenvolvimento dos precedentes vinculantes no *common law*⁸

O novo código vem evidenciar a importância do direito jurisprudencial dentro do ordenamento jurídico brasileiro, através do dimensionamento de um microssistema de litigiosidade repetitiva, que traz um novo regramento para a aplicação dos precedentes no Brasil. A fim de suprir a carência normativa e a ausência de técnicas de distinção, o CPC traz

⁷ Sobre a relação entre isonomia e processo civil. GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 69-74

em seus dispositivos a necessidade de se observar o *distinguishing* oferecendo a normatização necessária para seu desenvolvimento.

Se faz importante compreender que o precedente não é apresentado em sua forma completa e única, o CPC ao recepcionar a técnica da distinção, fornece a oportunidade de ampliar ou reduzir o alcance dos precedentes, a fim de refinar via poder judiciário sua aplicação. Enquanto o processo original vem para estabelecer a jurisprudência, conforme novos casos forem sendo julgados irão contribuir para seu delineamento, confirmando sua aplicação, especificando sua matéria e conferindo estabilidade em sua decisão, sendo a técnica da distinção essencial para esse processo de amadurecimento do trabalho jurisprudencial.

Dentro desta lógica, o código não parte do pressuposto que o direito jurisprudencial deva ser aplicado sempre sob a influência dos casos sumulados ou originais, pelo contrário, se busca um processo de individualização do Direito, fornecendo subsídios normativos para que o magistrado através do exercício hermenêutico possa traçar os limites da dimensão subjetiva construída na fase probatória, a fim de garantir que a universalização da decisão, não seja mecânica e decida igualmente para um caso desigual. O desenvolvimento de analogias e contra-analogias, se faz necessário nesse momento tendo em vista ser um questionamento importante a fim de determinar se aquele caso é subsumível no precedente.

A partir do artigo 926 o Código de Processo Civil passa a oferecer as premissas da aplicabilidade dos precedentes, enquanto que o artigo 927 não possui caráter exaustivo, isto é, as premissas podem ser buscadas em outros tipos de decisões, desde que seus princípios possam ser úteis ao desenvolvimento da atividade interpretativa do magistrado em outros casos.

Mesmo que o dispositivo esteja se referindo aos tribunais, os magistrados da primeira instância se encontram igualmente amparados pela premissa, ficando estes sob a obediência de que suas decisões emanem um entendimento estabilizado, uma decisão coerente e íntegra ao sistema jurídico, pois é a partir da decisão de primeiro grau que o fundamento para construção da jurisprudência começa a ser construído e consequentemente passará a integrar a jurisprudência das demais instâncias.

Os dispositivos encontrados nos artigos 926 e no §1º do artigo 489, servem como construção do núcleo normativo para que se possa desenvolver e praticar a atividade jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. O direito jurisprudencial não pode servir como uma forma generalizada de decisões, não é um sistema de atacado para resolver massivamente todos conflitos do poder judiciário, o aprimoramento das teses e dos enunciados sumulares por mais que favoreçam a uniformidade, previsibilidade e confiança da jurisdição, não podem servir com atalhos para que os tribunais – mais uma vez no sentido amplo que

envolve juízes de primeiro grau – evitem analisar profundamente e exercer a atividade interpretativa nos caos que lhe são submetidos.

A aplicação dos precedentes no direito brasileiro, associada a técnica da distinção provou que existe a possibilidade da adoção de técnica oriundas de uma tradição estrangeira pela prática judiciária brasileira, respeitando a adequação necessária à realidade jurídica nacional, ou seja, a quantidade de processos devidos a um aumento da judicialização e a forma que os precedentes são construídos no ordenamento jurídico brasileiro, originários nos tribunais superiores ou na forma de padrões decisórios partindo de tribunais de segundo grau.

A atribuição de força obrigatória aos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, parte do pressuposto de não ser apenas um mecanismo de busca pela celeridade nas decisões judiciais, mas sim uma estruturação do sistema hierárquico dos tribunais, a fim de se construir a compreensão sobre quando uma decisão será obrigatória dentro de cada instância, além da obtenção de um repositório de jurisprudência que ofereça segurança jurídica. Ao reunir estes aspectos, se é possível aproximar o modelo de precedentes da *common law* ao ordenamento brasileiro, que é da tradição da *civil law*.

Como ferramentas para essa estruturação, o Código de Processo Civil regulou técnicas necessárias – básicas para o funcionamento do sistema de precedentes – oriundas do sistema estadunidense, sendo elas: *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*.

O Código de Processo Civil em seu artigo 926 estabelece o dever geral de tutela da segurança jurídica, direcionado ao posicionamento dos tribunais, em seu texto diz expressamente:

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

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

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

O artigo busca um sistema no qual os tribunais possam seguir razoavelmente uma linha decisória em comum, evitar conflitos de posicionamentos e instabilidade (resguardando as hipóteses de *overruling*), para que assim possa ser possível a operacionalização dos precedentes. Porém, garantindo aos tribunais – assim como juízes de primeiro grau – a autonomia para o exercício da atividade interpretativa, a fim de evitar que a uniformização e a

padronização se convertam em imutabilidade do direito, mas que assumam o caráter de estabilidade e previsibilidade.

O acervo ou repositório de jurisprudência, dentro do direito brasileiro assume a forma de enunciados de súmulas das jurisprudências dominantes, editados pela forma praticada por seus tribunais e dentro do determinando por seus regimes internos.

Os incisos do artigo 927 trazem uma ordem de apresentação dos precedentes devidamente regulamentados pelo Código de Processo Civil:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados..

Cada precedente segue uma ordem de apresentação, demonstrando que existe uma hierarquia a ser obedecida durante o processo de julgamento. O controle de concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal está no topo da hierarquia, seguido das súmulas vinculantes, em sequência os precedentes decorrentes de acórdãos em incidente assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal que tratam de matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça que tratam de matéria infraconstitucional e por fim as orientações de plenário ou de órgão especial aos quais as instâncias estiverem vinculadas.

Tendo em vista que os órgãos fracionários do STF e STJ não encontram impeditivos legais para originarem precedentes, na ausência de precedente originário do plenário do STF ou da corte especial do STJ, fica o magistrado permitido buscar a existência em órgão fracionado de cada tribunal, desde que obedecendo a premissa que matéria constitucional parte do plenário do STF e matéria infraconstitucional da corte especial do STJ. Esta pesquisa exige do julgador respeito ao precedente anterior, porém, não o limita a utilizar dos institutos da *ratio decidendi* – o *holding* na *common law* – e *obiter dictum*, para decomposição do precedente, a

fim de obter apenas o *binding precedente*, isto é, o caráter obrigatório e vinculante ao caso concreto.

Entendesse como *ratio decidendi* a teoria jurídica essencial ao julgamento do caso precedente, ela é propriamente a norma extraída do caso julgado e vinculada aos tribunais inferiores, sendo esta a força obrigatória e vinculante a todos os demais. Enquanto que os argumentos dispensáveis à tomada de decisão do julgador, por se tratarem de reforço argumentativo e que não possuíram força ou condição de sustentar o resultado obtido, constituem o *obiter dictum*. Estes argumentos abordados não serão dotados de força vinculante, por razão de não se referirem ao objeto da matéria. Por isso se exige cautela do julgador ao examinar a *ratio decidendi* e sua aplicabilidade ou compatibilidade com o caso a ser julgado, assim como, a força dos argumentos utilizados na decisão que segue ou decidirá por não seguir.

Diante da necessidade de buscar uma coerência nas decisões, o Código de Processo Civil em seu artigo 489, §1º diz:

§ 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.

O artigo supracitado traz o esforço argumentativo nas decisões judiciais, a fim de conferir legitimidade democrática à função jurisprudencial, garantindo que a fundamentação da decisão seja referenciada à *ratio decidendi*, a técnica da autorreferência busca evitar um engessamento nas decisões ao se buscar uniformização, fazendo com que a análise referencial apurada garanta que após tal filtragem, aquele precedente escolhido possa ser o melhor aplicado ao caso em questão.

Enquanto a *ratio decidendi* vincula os tribunais ordinários e juízes, a técnica denominada *distinguishing* delimita os limites de aplicação dos precedentes, nesta delimitação o julgador compreende as especificidades do caso em questão e identifica uma superficialidade por parte da *ratio decidendi* quando delineado o precedente em questão. Ou seja, o magistrado observa a distinção entre os casos - o em julgamento e o precedente invocado – para assim prosseguir ou não com a continuidade do precedente, não sendo uma revogação do precedente ou considerar o precedente como incorreto, mas reconhecer que casos desiguais precisam de julgamento desiguais, não podendo ser confundido com o *overruling*, que é quando se ocorre a mudança do entendimento por parte do tribunal a respeito de entendimento sobre tema jurídico já pacificado, seja por alteração no ordenamento jurídico, seja por evolução fática história.

Na observância da manutenção de um repositório jurisprudencial estável, íntegro e coerente, os Tribunais Superiores devem se atentar ao sentido e a unidade do Direito durante a fixação dos precedentes obrigatórios. Os precedentes não devem ser meios de declaração de vontades da Constituição ou legislação infraconstitucional, sua principal função é a de guiar futuras decisões judiciais, servindo como critério para que estas decisões possam melhor extrair a norma da legislação em vigor e assim promovendo um desenvolvimento do Direito que une judiciário e legislativo enquanto figuras principais deste processo evolutivo.

O reconhecimento as possibilidades de superação de distinção pelo Código de Processo Civil, representa um importante ganho enquanto ferramenta para o desenvolvimento e aplicação do sistema de precedentes dentro da realidade que o ordenamento jurídico brasileiro se encontra inserido. O modelo aqui adotado, permite ser relativizado os conceitos necessários a elaboração dos precedentes, a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*, mesmo que similares ao aplicado no sistema estadunidense, o modelo brasileiro conseguiu ir além, pois se é reconhecida a possibilidade de admissão de mais de uma *ratio decidendi* dentro de uma mesma decisão, sendo assim estabelecido o chamado *common law* à brasileira.

4 A COMMON LAW À BRASILEIRA

Com a flexibilização das fronteiras teóricas e práticas que delimitavam os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais, o ordenamento jurídico brasileiro passou a incorporar gradualmente elementos necessários para o desenvolvimento do atual sistema de precedentes. Instituído através do Código de Processo Civil em seu Livro III, Título I, Capítulo I traz de forma expressa como deverá ser a utilização da cultura dos precedentes pelos tribunais nacionais.

O sistema jurídico brasileiro desce da tradição de raiz romano-germânica, devido a colonização portuguesa. Portanto, é a norma de direito abstrata, geral e formulada pelo Poder Legislativo, a principal fonte do direito. Quando se trata de decisão dos conflitos de interesses, o juiz parte do amplo e do abstrato para o específico, ou seja, ele vai da lei para o caso concreto. Sendo assim, a solução para as demandas é tida por dedução. Dentro do ordenamento jurídico brasileiro a aplicação do direito é pautada por teorias hermenêuticas que orientam e/ou fundamentam a atribuição de significado ao texto. Percebe-se, que o conceito de norma jurídica e os tipos de exercícios hermenêuticos desenvolvidos pelos operadores do direito nos sistemas *civil law* e *common law* são diferentes⁹.

Diante disto o sistema jurídico brasileiro enquanto tradição da *civil law*, aprimorou o sistema de precedentes para a sua realidade, isto é, um ordenamento fundamentado na codificação. Desenvolver uma teoria própria, com identidade nacional e que atenda as particularidades brasileiras, não se faz possível apenas via poder legislativo. A cultura da padronização decisória, também deve partir de discussões do próprio poder judiciário e através das doutrinas dos juristas.

O Código de Processo Civil toca em aspectos necessários e de importância para a construção dessa cultura de precedentes, as especificações do Código evidenciam o reconhecimento da atividade judicial, se valendo de uma boa técnica legislativa delineando um arcabouço em total consonância com a Constituição Federal a fim de evidenciar as garantias necessárias para o instituto dos precedentes operar dentro do ordenamento brasileiro.

O artigo 10 do Código de Processo Civil, traz de forma expressa que:

“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

⁹ A descrição da atividade do juiz como mera subsunção do conflito concreto a uma norma objetiva pré-fixada é, atualmente, contestada inclusive no sistema romano-germânico. Grande parte da doutrina reconhece que a norma, regra de direito que solucionará a causa, é o produto da interação entre o enunciado normativo e os fatos da demanda, e que o juiz participa da sua formulação

Assim como o artigo 489, §1º, incisos I a VI segue a mesma ideia:

§ 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.

Com isso, ambos os artigos estabelecem os requisitos mínimos para fundamentação de decisões, evitando assim, que a padronização decisória seja confundida com aplicação genérica, inclusive servindo para que decisões iguais para casos diferentes sejam passíveis de anulação.

O artigo 7º traz em sua letra que:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Assim como o artigo 9º diz que “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, enquanto o artigo 493, em seu parágrafo único traz:

“Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.”

Os artigos 927 em seu parágrafo 1º determina que “Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo “.

Estes artigos em consonância, demonstram a preocupação voltada para o exercício do contraditório substantivo, reforçando com isso a dialeticidade dentro da atividade judicial, se distanciando do passado positivista e buscando proximidade com uma cultura de exercício hermenêutico voltado para a interpretação do precedente judicial.

O modelo brasileiro traz uma nova visão a respeito do significado de alguns princípios jurídicos. O princípio da igualdade é conceituado enquanto uma isonomia perante o Direito, não mais apenas em função de lei, tendo em vista a necessidade de se manter o mesmo posicionamento diante de situações concretas iguais, ou seja, o posicionamento estatal não poderá divergir. A segurança jurídica passa a ser concebida pelo respeito a consolidação das condutas adotadas, expectativas surgidas e situações consolidadas, isto é, a previsibilidade das decisões respeitará os contextos específicos em cada caso concreto ali posto. Enquanto o contraditório, se manifesta a partir da necessidade de construção da norma jurídica participativa, na qual as partes debatem suas dimensões gerais e individuais.

É no princípio do contraditório substantivo, que se percebe um distanciamento da *common law* estadunidense, aqui neste ponto, a cultura jurisdicional brasileira busca através das decisões normatizar e fundamentar fatos, a fim de conferir ao máximo o provimento da atividade jurisdicional para as especificidades de cada caso em questão, diferenciando o sistema referenciando que busca criar teses jurídicas através de suas decisões.

A construção de um sistema de precedentes que não vincule a interpretação da decisão judicial apenas ao *obiter dictum*, busca garantir que generalizações e abstrações não contaminem a decisão, garantindo que seja respeitada a especificidade do caso concreto em questão, neste ponto os precedentes brasileiros se aproximam do modelo americano.

Dentro da liberdade do exercício hermenêutico do julgador, se faz importante apontar que a construção judicial baseada no precedente dentro do ordenamento brasileiro, não se atém apenas aos fatos, isto é, existe uma análise de adaptabilidade dos precedentes judiciais em questão, a fim de averiguar dentro do seu histórico de aplicação se cabe ao caso concreto, remetendo ao normatizado pelo artigo 489, §1, V e VI¹⁰. Desta forma, a análise conjunta – artigo 10 - se faz de extrema importância, pois através dela surge a obrigação de decidir conforme os fundamentos submetidos ao princípio do contraditório, ou seja, sua aplicação deve ser fundamentada dentro do exame dos precedentes que formaram a decisão e daqueles que foram aplicados posteriormente, a fim de evitar que decisões repetidas baseadas em um mesmo

¹⁰ “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.”

precedente, acabem por atender casos diferentes, maculando o princípio da segurança jurídica e da isonomia.

Esse modelo de análise jurisprudencial, quando observado dentro da realidade praticada no Brasil, tem o rito de transitar entre dois extremos: ou se faz um exame exegético dos enunciados das súmulas, tanto tradicionais quanto vinculantes, ou se utiliza de um decisionismo desimpedido, sem seguir alguma vinculação horizontal das decisões.

Essa alteração que envolve a restrição máxima da discricionariedade e a aceitação de decisões extravagantes, de forma que, sem exageros e com devido equilíbrio, o sistema brasileiro promove um afastamento normativista da escola exegética na análise das decisões vinculantes, enquanto consegue estabelecer uma proximidade com o dever vinculativo vertical e horizontal, isto é, entre os órgãos jurisdicionais distintos e dentro do órgão ou pelo mesmo magistrado.

4.1 DIFERENÇAS ALÉM DA FILOSOFIA DO DIREITO

A formação acadêmica dos profissionais do Direito também se faz diferenciada nos modelos de precedentes comparados, neste caso os do Brasil e Estados Unidos da América. Na formação estadunidense, o conhecimento apreciado vai além de questões dogmáticas, não ficando fixado no ordenamento jurídico e na organização judiciária estatal, é necessário que o profissional do direito na *common law* vá além do ordenamento jurídico, sendo preciso que o mesmo conheça os casos paradigmáticos mais notórios e principais de sua área de atuação, assim como, compreender e conhecer com devida exatidão a metodologia das teses jurídicas que geraram a aplicação dos precedentes, sendo assim, a formação norte americana vai além dos códigos ou da necessidade de se decorar artigos¹¹.

Diferente da formação americana, no Brasil, o profissional do direito é ensinado sobre o ordenamento jurídico, legislação, organização judiciária e os devidos procedimentos processuais necessários para atuação de uma área específica. Conforme a tradição da *civil law* herdada dos períodos coloniais, o método expositivo é o mais praticado no ensino do Direito, ficando em segundo plano os estudos de casos, desenvolvimento de técnicas argumentativas, do exercício hermenêutico, a própria aplicação e análise de precedentes. Mesmo com todas

¹¹ Ao dizer que a cultura jurídica norte americana é excepcionalista, se entende que, embora tenha surgido a partir de uma base inglesa, desenvolveu-se levando em consideração seus próprios costumes e hábitos, não se fundamentando em outro sistema para encontrar soluções para os problemas advindos de sua própria sistemática jurisdiciona, impactando diretamente na formação acadêmica e atividade jurisdicional.

estas diferenças culturais para implantação de um sistema de precedentes, a casa legislativa optou por instituir um sistema de precedentes através do Código de Processo Civil.

Essa importação de um sistema que já existe há séculos, ignorou fatos importantes da construção do sistema de precedentes estadunidense, que já vem oriundo do sistema inglês. Portanto, se faz necessário a examinação a respeito de que até qual ponto o Código de Processo Civil, mesmo que sistematizando e regulamentando ferramentas necessárias, assim como, rito fundamentais para delimitação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, conseguiu chegar em sua aplicação, fugindo dos aspectos culturais já praticados e conhecidos na atividade jurisdicional.

Importante destacar que o sistema de precedentes originário na Inglaterra, encontrou nos Estados Unidos da América um desenvolvimento mais específico, se tornando um mecanismo complexo para solução de litígios, dotado de um sistema sofisticado dentro de sua aplicabilidade. Este sistema foi acompanhando as demandas sociais e se aperfeiçoando ao longo da história do país, de maneira que o fortalecimento dos precedentes, não provocou o esvaziamento da primeira instância, tendo em vista que as decisões tomadas nesta instância costumam ser baseadas em precedentes fortes, com teses originárias em tribunais ou pela própria Suprema Corte, portando, raramente ocorrem impugnações.

A suprema corte nos Estados Unidos da América, não é a principal fonte originária dos precedentes – diferentemente do Supremo Tribunal Federal –, ela age dentro dos moldes dos tribunais constitucionais. São as conhecidas Cortes de Apelação Federal ou dos Estados, quem melhor traz à tona como serão os julgamentos baseados nos precedentes.

Enquanto que no Brasil, a utilização dos tribunais superiores enquanto cortes necessárias para os precedentes, se dá pela importância de garantir a promoção da isonomia e da segurança jurídica, agindo assim como tentativa de institucionalização das regras trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, pretendendo criar uma cultura de precedentes própria do ordenamento jurídico brasileiro.

Devido a esta cultura desenvolvida, o meio mais tradicional para produção de precedentes vinculantes no Brasil, se deu pelo controle de constitucionalidade dentro do âmbito judicial, aqui se nota uma diferença fundamental entre o precedente vinculante brasileiro e o precedente vinculante do estadunidense: o precedente brasileiro não necessariamente precisa nascer ou se interligar ao litígio concreto. A tese jurídica que fundamenta o seu objeto é debatida dentro de um considerável grau de generalidade e não a partir do quadro delimitado ou dos limites de uma determinada situação fática. Porém, estas não são as únicas diferenças marcantes relativas ao precedente produzido pelos tribunais superiores no Brasil. Ocorre, ainda, um

importante debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal a respeito do conteúdo que efetivamente vinculará as demais instâncias. Como por exemplo, é debatido sobre a eficácia vinculante dos julgados proferidos a respeito do controle concentrado de constitucionalidade, se esta decisão se limita ao dispositivo da decisão proferida na ação direta (segundo o qual a norma em questão é ou não inconstitucional) ou se deverá alcançar também o fundamento jurídico que foi utilizado como premissa necessária para a utilização do dispositivo – se aproximando ao conceito da *ratio decidendi* do *common law*-.

A questão da fundamentação da decisão judicial, é um outro diferencial que distancia os sistemas de precedentes. Enquanto nos Estados Unidos da América, as decisões não necessitam de fundamentação baseada em primeiro ou segundo grau de jurisdição, para o ordenamento jurídico brasileiro essa fundamentação demanda de ordem constitucional conforme determinado pelo artigo 93, inciso IX, com entendimento ampliado pelo Código de Processo Civil em seu artigo 489, §1º no qual determina que a não obediência a este normativo tornará o julgamento nulo.

Outro ponto diferencial, se dá a respeito da necessidade de manifestação do voto, pois, nos Estados Unidos da América as Cortes de Apelação apresentam mais casos a julgar, que juízes a decidir, sendo assim, os juízes optam pela decisão sem a necessidade de proferir voto, tendo em vista a não obrigatoriedade legal para fundamentação de voto, nestes casos os juízes optam por votar de forma breve, sem a necessidade de publicação, informando apenas as partes a respeito da decisão. Diante disto, a maior parte da argumentação jurídica e do exercício hermenêutico ocorre nas cortes iniciais.

Bem diferente do que ocorre no Brasil, a primeira instância é de fato a porta de entrada dos juridiscionados ao Poder Judiciário, sua principal característica é o contato direto com os fatos do caso concreto, além do contato direto com o cidadão que requer uma prestação efetiva e adequada, além das respostas de sua demanda na esfera judicial. As súmulas vinculantes, promovem uma sobreposição mecânica, a fim de uniformizar a jurisprudência, a fim de solucionar a questão da alta demanda de problemas concretos. Porém, este movimento provoca o esvaziamento das funções da primeira instância, no momento que o CNJ através do artigo 5º e da Resolução nº 106/2006, determina que para o acesso aos Tribunais de Segundo Grau se análise as sentenças e se identifique o “respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores”, provoca esse ativismo judicial às avessas, fazendo com que as decisões de primeira instância se tornem genéricas, indo contra todo o conceito proposto para aplicação dos precedentes no que tange o respeito as particularidades de cada caso.

Segundo Silva (2012, p. 155), utiliza do livro “As aventuras de Alice no País das Maravilhas” como analogia de um ambiente imaginário:

“[...] cada caso apresenta nuances que não podem ser desconsideradas, fato que vem sendo relegado a um segundo plano através do tratamento massificante que o Judiciário vem adotando em relação às demandas. Como no mundo de Alice, muitas vezes sentimos a obrigação de “pintar rosas brancas de vermelho” com a finalidade de não nutrir esperanças descabidas aos litigantes, pois apenas curtirão aquele momento efêmero de ter em mãos, uma sentença favorável, que logo mais será desconstituída por um despacho monocrático de meia lauda, invocando a contrariedade de alguma súmula ou orientação jurisprudencial. Muitas vezes, de nada adianta revelar traços interpretativos até então desconhecidos para a hipótese e adotar uma postura mais proativa no cumprimento da sentença se mais adiante a instância revisora desfizer o trabalho do julgador como um castelo de areia [...]”

Em um sistema de precedentes, se faz necessário ir além das súmulas vinculantes ou dos procedimentos vinculativos, é de extrema importância garantir que o juiz de primeira instância possa se utilizar da sua atividade hermenêutica, para assim poder analisar os fatos das questões anteriores e delimitar até qual ponto o procedimento vinculativo cabe aquele fato do presente, as questões predecessoras e os motivos do órgão que proferiu a decisão, uma padronização decisória isenta de crítica, nada mais é que um atacadão de sentenças.

Enquanto nos Estados Unidos da América se é percebido as garantias de uma primeira instância exercendo sua função dentro da discricionariedade necessária, preservando a racionalidade em seus atos decisórios, no Brasil a função decisória da primeira instância se encontra minada, na tentativa de resguardar a segurança dos precedentes e promoção da unidade jurisdicional.

4.2 A PRIMEIRA INSTÂNCIA COMO DISTANCIAMENTO DA *COMMON LAW* AMERICANA

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, diante das normatizações oriundas do Código de Processo Civil, do CNJ e Tribunais Superiores, a atividade jurisdicional da primeira instância se encontra reduzida, assim como sua capacidade de influenciar na criação de tese jurídica para precedente. Desta forma, se parte do pressuposto que toda matéria apreciada na primeira instância, já foi reexaminada por instância superior, promovendo uma cultura de que toda decisão de primeira instância só possui validade, após seu reexame ou confirmação emitida por um tribunal.

A adoção do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, traz alguns questionamentos, porém, um dos mais pertinentes se dá sobre a função da primeira instância. Como manter a discricionariedade decisória da primeira instância, garantindo a devida

obediência a estabilidade e integridade proposta pelo Código de Processo Civil? Compreender que o modelo de precedentes judiciais importado dos Estados Unidos da América, se propõe a garantir uma efetivação do Poder Judiciário no que toca a solução de litígios, parte do pressuposto de reconhecer a necessidade de estruturar a primeira instância brasileira para que esta se assemelhe ao papel desempenhado pela primeira instância americana.

Importante apontar, que mesmo já explicado a respeito da superação dos precedentes se utilizando das técnicas de *distinguishing* e *overruling*, a regra determina que o órgão jurisdicional responsável pelo caso inicial, preferencialmente deverá ser o competente para futuras revisões do precedente, em devida concordância com o artigo 926 do Código de Processo Civil ao determinar que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”. A problemática ocorre, devido ao fato da primeira instância se encontrar impossibilitada de desenvolver a atividade hermenêutica na discussão dos precedentes, pois, separando casos distintos devido a questões materiais específicas do caso, na existência de precedente, súmula ou acórdão, o praticado pela lógica é de que a primeira instância deverá aplicar estes de forma vinculativa.

Aqui se faz importante destacar, que a primeira instância brasileira diferente da americana não será o local utilizado para argumentações ou devido exercício hermenêutico do julgador, pelo contrário, a primeira instância só discutirá o precedente tomando como base alguma hipótese de discussão legal, isto é, conforme a Constituição Federal ou ordenamento jurídico como um todo, caso esta discussão legal venha a contrariar o precedente, a mesmo não será aplicada, devendo ser respeitada a vinculatividade, além do fato de a preferência de superação do entendimento ser feita pelo órgão do qual o precedente foi originado.

Diante do reconhecimento das diferenças dos papéis desempenhados pelas primeiras instâncias brasileiras e estadunidense, além da necessidade de ambas para o processo de evolução do sistema de precedentes. Como garantir que a primeira instância possa analisar as particularidades de cada caso concreto, sem que isso afete a estabilidade e unidade do sistema, ou gere uma recorrência de *overruling* ocasionando insegurança jurídica? A partir destes questionamentos, a ressalva de entendimento ganha relevância e força, trata-se de uma técnica – *disapproval precedente* – na qual se admite a coerência e coexistência de que durante o curso da decisão, o juiz possa fundamentar as devidas razões que considere necessárias para a superação do precedente, sem necessariamente deixar de aplicá-lo. Desta forma, a técnica fornece uma metodologia estratégica para que o julgador de primeira instância consiga influenciar a reformulação do entendimento, sem que esta interferência seja negativa na perspectiva da segurança jurídica.

A principal fundamentação para aplicação da ressalva de entendimento, se faz na adequação do caso que está sob análise dentro da situação que ocasionou o precedente, sendo assim, não ocorre uma distinção, razão que garante a coerência sistêmica da decisão. Porém, é fundamental apontar que, uma fundamentação sob sentido diverso não resulta no descumprimento de procedimento vinculante, esta fundamentação possui como finalidade exclusiva uma potencial modificação posterior no entendimento do órgão originário, podendo levar a utilização da *overruling*. Ou seja, as partes e os precedentes seguem respeitados, porém o julgador de primeira instância garante o efetivo exercício de sua liberdade decisória.

O que se observa é uma tentativa de se remendar com retalhos um enorme tecido, o tecido em questão é o sistema de precedentes importado dos Estados Unidos da América sem que antes tenha sido criado um ambiente e uma cultura jurídica adequada para sua aplicação, os retalhos são as possibilidades abertas para as instâncias possam continuar exercendo suas funções, sem que desobedeçam aos dispositivos do Código de Processo Civil ou resoluções do Conselho Nacional de Justiça.

Enquanto é percebido o fortalecimento da primeira instância nos Estados Unidos da América, como corte aplicadora dos precedentes já decididos e resolvidos, além do fato de ser ambiente para questionamentos argumentativos e discussões teóricas, no Brasil o que ocorre é um esvaziamento funcional, gerando uma espécie de passividade judicial para esta instância, tendo em vista que a mesma passa a correr o risco de apenas replicar decisões, se valendo de ferramentas e técnicas importantes para manutenção de sua liberdade decisória.

A ressalva de entendimento vem possibilitar, ao mesmo tempo a continuidade e desenvolvimento que garante a aplicação do precedente e a manutenção do respeito às expectativas das partes, sendo esta ferramenta um fator determinante para que o sistema de precedentes brasileiro possa evoluir, se aperfeiçoar e de fato ser incorporado a cultura jurídica de forma orgânica e funcional.

Mesmo que diversas ferramentas técnicas estejam sendo recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, se faz necessária uma reestruturação organizacional, isto é, fornecer meios para que a primeira instância que já é a porta de entrada para o Poder Judiciário, possa desenvolver uma atividade argumentativa necessária para fundamentação do entendimento do precedente.

4.3 A ESTRUTURA DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL E O PONTO DE RUPTURA COM A *COMMON LAW* ESTADUNIDENSE

Se faz necessário apontar que o desenvolvimento de um sistema que confere maior eficácia aos precedentes judiciais, pressupõe uma reforma do conteúdo disposto no que tange a regra de motivação jurídica, conforme texto constitucional – artigo 93, inciso IX -, que adquire mais importância dentro deste cenário de construção do precedente, sendo este, o ponto de partida para a estruturação do sistema dentro do ordenamento jurídico brasileiro. É percebido, que a fundamentação se torna imprescindível às decisões judiciais, sendo esta requisito necessário para a validade do julgado, assumindo total importância à criação do precedente, já que será deste exercício hermenêutico que o precedente será extraído.

A construção do sistema de precedentes no ordenamento jurídico do Brasil recebeu grande influência da teoria dos precedentes estadunidense. O pressuposto para aplicação inicial de um precedente, necessita que sejam questionadas as bases concretas do paradigma em questão e do caso que se está julgando, utilizando-se do *distinguishing* como ferramenta necessária para a realização desta distinção entre situações. Através deste ponto de partida, os pontos fáticos de importante relevância do caso sob julgamento deverão ser levados em consideração para o precedente, de modo que, seja possível verificar a existência entre o caso em questão e o precedente, de similaridade necessária que justifique a aplicação da *ratio decidendi* do precedente como justificativa para o caso concreto em questão.

As ferramentas conhecidas como *overruling* e *signaling*, também foram importadas do sistema de precedentes estadunidense, estas técnicas possibilitam ao Poder Judiciário, evoluir seu entendimento, ou seja, mesmo que decida o caso concreto em consenso com a *ratio decidendi* dos precedentes já consolidados, o órgão julgador poderá estabelecer uma nova aplicação ou não para os precedentes, alterando sua aplicabilidade em futuros casos.

Como já afirmado anteriormente, a importação de institutos oriundos de um sistema jurídico para outro, deverá observar a necessidade de uma análise da compatibilidade cultural entre os sistemas importador e exportador. Quando se fala sobre estas especificidades culturais, principalmente as do sistema que adotará, deverão ser levadas em consideração para a construção do sistema de precedentes dentro do novo ordenamento jurídico, pois, a indevida mera importação ou normatização puramente legislativa sem a devida obediência a uma nova cultura jurídica, poderá acarretar em institutos de forma parcial ou integral, desvirtuados de seu sentido primordial, ou seja, anomalias jurídicas, no mesmo compasso que estas questões mal recebidas, correm o risco de não se moldarem ao regime constitucional do país em questão. Contudo, essa realidade ainda é vivenciada em partes dentro do Poder Judiciário brasileiro, no que toca em relação a utilização dos precedentes judiciais enquanto celeridade na busca de uma justiça com maior eficácia. Não que seja desconhecido que a filosofia e a cultura do

ordenamento jurídico brasileiro, estão historicamente fundamentadas sob uma pedra angular de ideologia racionalista e teórico-dedutiva, ainda com fortes raízes positivistas. Como também já mencionado, a formação jurídica brasileira, sob um ponto de vista geral, afere maior importância ao estudo e compreensão da legislação, sendo esta a base primordial dos currículos educacionais, assim como sua interpretação e aplicação dentro da realidade concreta. Desta forma o exercício hermenêutico necessário para o estudo empírico é posto em segundo plano, tanto pelos currículos de formação, quanto pela cultura em questão da profissão.

A utilização dos precedentes no Brasil, apresenta um sintoma que aponta para essa anomalia, a partir do momento que encontra sua invocação em um caso concreto, valendo-se apenas de sua ementa transcrita. De forma costumeira, decisões judiciais fundamentam estarem aplicando um determinado precedente, sob um caso em questão, apenas referindo sua ementa, sem a devida análise necessária de fazer uma comparação fática, a fim de aferir se o caso em julgamento se insere ou difere da linha argumentativa da *ratio decidendi* do precedente utilizado. Casos distintos inseridos em uma blocagem como se iguais fossem, foge da essência do sistema de precedentes estadunidense, que tenta ao máximo evitar sua ocorrência.

Uma outra peça nessa estruturação de um sistema de precedentes brasileiro, que difere do sistema de precedentes dos Estados Unidos da América, dizer respeito à importância e a obediência que se devem atribuir aos precedentes provindos dos Tribunais Superiores, que se encontram muito abaixo, em questões práticas, do que se é exigido para um sistema que tenha como presunção conferir um determinado - e elevado - grau de eficácia aos seus precedentes. Devido aos excessos de utilização do *overruling* por parte do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, se é direcionado ao entendimento que existe uma falta de obediência aos precedentes, mesmo os oriundos da própria Corte em questão. Enquanto decisões oriundas dos tribunais, sejam estes federais ou estaduais, destoam e não seguem jurisprudência já consolidada pela(s) Corte(s) Superiores sem que se ofereça uma necessária fundamentação, atenua de forma mais nítida tal distanciamento entre os sistemas de precedentes das tradições jurídicas em questão, tendo em vista, que partindo de um pressuposto lógico, deve seguir uma devida fundamentação se utilizando da técnica conhecida como por *distinguishing*, para que seja apontado os motivos pelos quais o precedente não deve ser aplicado ao caso em julgamento. Desta forma se origina uma circunstância paradoxal dentro da justiça – enquanto Poder Judiciário -, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo tempo em que fornece meios possíveis para uma progressiva eficácia aos precedentes judiciais, coexiste com uma desobediência, não fundamentada ou motivada de precedentes emanados por Tribunais aos quais a Constituição Federal, reafirmada pelo Código de Processo Civil, investiu

o dever de uniformizar a interpretação das normas constitucionais (Supremo Tribunal Federal e os controles de constitucionalidade) e infraconstitucionais (Superior Tribunal de Justiça dentro de suas competências). A vinculação, seja ela horizontal ou vertical dos precedentes, isto é, o *stare decisis* intrínseco a tradição da *common law* e principalmente ao sistema norte-americano, não se encaixa no Brasil mesmo que de forma similar ou análoga.

A uniformidade e estabilidade de decisões judiciais, enquanto uma tendência incorporada pela teoria dos precedentes, quando utilizada sem critério, pode vir a fator decisivo para o direito da parte ao acesso à ordem jurídica justa, assim como, quando utilizado sem os devidos critérios necessários, esta busca por uma uniformidade e estabilidade, pode produzir o efeito inverso, isto é, privar a parte do acesso à ordem jurídica justa. Este apontamento se faz diante da possibilidade, na qual o demandante poderá ver sendo aplicado ao seu caso em questão um determinado precedente, no qual não se apresentam similaridades fáticas, devido ao fato de não ter sido submetido ao exercício hermenêutico necessário para a confrontação entre o caso fático que fundamentou o precedente e aquele que caso no qual buscam à sua pretensão, sem que haja fundamentação concreta que os tornem iguais. Dentro do chamado *case law* estadunidense, sendo este o paradigma utilizado como norte do qual o ordenamento jurídico brasileiro optou por basear a importação do sistema de precedentes, a técnica do *distinguishing* é adotada como meio para se alcançar o embate do fundamento fático do precedente com o do caso em julgamento. Como resultado deste confronto buscando a distinção, poderão ocorrer duas hipóteses, a primeira se dará pela condução de aplicar o precedente ao caso concreto, desde que as eventuais diferenças entre os casos comparados não sejam consideradas relevantes o suficiente para que se afaste o precedente, não o aplicando ao caso em questão, ou como segunda hipótese, será a de impedir tal aplicação do precedente, em caso das discordâncias fáticas entre os elementos apontados apresentarem grau de importância suficiente para que se afaste a aplicação do precedente ao caso em julgamento.

A técnica da distinção dentro do ordenamento jurídico brasileiro, vem a ser parte importante para contribuição substancial na promoção do equilíbrio dos fatores necessários para a uniformização e a individualização, das decisões judiciais do Poder Judiciário, garantindo que haja o devido respeito a cultura jurídica da tradição da *civil law* brasileira, sem que haja perda a integração justiça-sociedade, reduzindo assim os efeitos problemáticos tratamentos iguais ou desiguais, decididos de forma centrada e autoritária pelo Poder Judiciário, sendo estas situações uma total falta de respeito para com o direito de acesso às decisões judiciais justas, garantido a todo aquele indivíduo que se busca dentro dos muros do Poder Judiciário a devida tutela de seus direitos.

A estruturação de um sistema de precedentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, encontra um obstáculo real ao momento que se confronta com a compatibilidade da realidade político-social brasileira, transcorre pela necessidade de afirmação da existência de duas questões antitéticas, que necessitam devida atenção durante este processo de recepção dos precedentes por parte do direito brasileiro. A primeira questão se dá, no que se refere à concretização do direito à igualdade, tendo em vista que, esteve deve ser um dos princípios necessários a fundamentação do sistema a ser estruturado, enquanto a segunda questão, diz respeito ao entendimento e observância, que a sociedade brasileira e sua construção, representa elementos do multiculturalismo, com respeito a diversidade e as referências, pilares necessários para o estabelecimento do Estado Democrático Direito brasileiro, conforme conhecido, estes pontos são necessários para que se evite que o pensamento igualitário, replicado dentro de decisões judiciais ao se buscar uma uniformização, acabem por distanciar e silenciar grupos minoritários que integram a sociedade brasileira, ou seja, que acabe ignorando as particularidades e diferenças reais que compõe o tecido social brasileiro.

O uso racional, associado a uma legitimidade jurídica, mostra que ocorre um aumento na eficácia outorgada ao sistema de precedentes no Brasil, a sistematização do instituto dos precedentes ainda se encontra em fase de construção, sendo necessário o debate sob a luz do direito comparado, para que as particularidades envolvendo as tradições jurídicas dos Estados Unidos da América e do Brasil, possam ser observadas e pontuadas, no sentido de fornecer subsídios para uma melhor adequação dos precedentes ao ordenamento jurídico brasileiro. Notadamente, se faz necessário desenvolver e normatizar instrumentos capazes de promover o equilíbrio quando se diz respeito a construção igualdade e a observância à diferença, aplicando ou rejeitando a utilização de precedentes conforme cada caso necessite. A qualificação e desenvolvimento da técnica do *distinguishing*, vem a ser um importante fator na busca da harmonização dessas particularidades oriundas de cada tradição, sendo utilizado não apenas enquanto uma ferramenta ou um método de confronto ou aplicação de precedentes judiciais, porém, principalmente na qualidade de um direito subjetivo da parte, possuindo caráter garantista no qual o sujeito passivo é a parte julgadora, sendo possível de se extrair da cláusula geral do devido processo legal. A partir do momento que existir a possibilidade, deste conteúdo ser minuciosamente construído, para que nele se encontrem apontamentos que informem a necessidade de o juiz consultar anteriormente as partes antes de escolher qual o precedente a ser utilizado no caso em julgamento, associada a necessidade de uma fundamentação particular direcionada à escolha do precedente e como este poderá ser aplicado ou afastado do caso em julgamento. Qualificar a técnica do *distinguishing* enquanto um direito

necessita ser acompanhada da estruturação e aperfeiçoamento dos mecanismos que permitam consolidá-lo adequadamente ao ordenamento, isto é, que seja efetivo em consonância com os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Se desenvolvida de forma adequada a realidade brasileira, mesmo que seja fator de distanciamento entre ordenamento importador e ordenamento exportador, isto é, tradição da *common law* estadunidense e tradição da *civil law* brasileira, a ferramenta da distinção tende a ser o ponto de equilíbrio necessário para o aperfeiçoamento do sistema de precedentes no Brasil, funcionando como método garantidor de direitos, assim como, adotando um caráter de direito à parte em seu julgamento, garantindo que as diferenças de cada caso serão respeitadas, sem que isto afete a uniformização das decisões, pois, como já informado no presente trabalho, a uniformização das decisões judiciais sob a luz do sistema de precedentes não pode ser confundida com padronização mecânica das decisões, afinal, o Poder Judiciário não é um mercado atacadista que profere decisões por lote, tampouco os indivíduos que o buscam são robôs padronizados dentro de uma única forma de realidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou inicialmente explicar a importância do ordenamento jurídico dentro de uma sociedade enquanto manifestação da cultura humana, pois compreender o caráter do Direito enquanto uma ciência inerente a atividade humana, é entender que este só pode existir enquanto for produzido pelas sociedades. Estes fatores culturais, acabam por se enraizar em suas sociedades e conforme o decorrer da história, tendem a se tornar uma tradição. A aplicação deste direito praticado pela sociedade, reproduzido durante sua linha de desenvolvimento, acaba por se tornar a tradição jurídica daquela sociedade em questão, ao se estruturar um sistema, o ordenamento jurídico oriundo daquela tradição desenvolvida vem a ser a peça fundamental para sistematização e instrumentalização do Direito que será aprimorado dentro daquela estrutura hierárquica estatal, isto é, o Direito encontrará sua unidade, coerência e completude. E é neste ponto inicial, que se faz importante dar atenção, tendo em vista que é a partir de dele, que o trabalho desenvolve sua metodologia, a pesquisa bibliográfica se faz importante para esta contextualização.

Superada a compreensão de ordenamento jurídico e tradição jurídica, o texto prossegue ao seu objetivo, isto é, entender a respeito dos dois grandes sistemas jurídicos ocidentais – a *common law* e a *civil law* – a fim de compreender suas diferenças, além de apontar em quais aspectos estes sistemas se colidem, superando assim, as barreiras geográficas e iniciando um processo de troca de referências, fontes e institutos de forma mútua, fenômeno este possível devido a globalização da justiça, aliado ao multiculturalismo do mundo contemporâneo. Foi percebido aqui, dentro das trocas de institutos, que conforme a atividade humana a nível global foi se interligando, o Direito acompanhou este processo de democratização, do ponto de vista da *common law*, foi percebido um aumento em sua codificação, a Inglaterra berço do sistema, desde 1999 elaborou um Código de Processo Civil, a fim de positivar e normatizar institutos oriundos de seu direito costumeiro. Para a *civil law* coube a tarefa de trazer o ordenamento jurídico e a prática jurisdicional para a realidade histórica, aproximando-os do empirismo, assim como, aumentando de forma efetiva o papel dos tribunais – e seus magistrados – na elaboração do direito.

Esta aproximação dos sistemas não se deu de forma instantânea ou imediata, foi iniciada em processos que com o passar do tempo, passaram a ser incorporados e recepcionados pelos sistemas em questão. A necessidade de novas soluções para novos conflitos, assim como, uma real necessidade de previsibilidade, associada a uma uniformização das decisões judiciais, fez com que gradualmente o ordenamento brasileiro buscasse dentro de sua realidade,

normatizar através da legislação institutos que possibilitassem uma maior adequação da justiça aos anseios sociais. Inicialmente com o advento do constitucionalismo, a tradição da *civil law* brasileira começa a dar seus passos em encontro a *common law*, mais precisamente a tradição estadunidense, com a Constituição Federal de 1988 o já aplicado controle difuso de constitucionalidade inspirado no modelo norte-americano, ganha força como um sistema híbrido, trazendo uma nova possibilidade de discussão de matéria constitucional, posteriormente os Tribunais Superiores ganham força – Emenda Constitucional 45 – para produção de súmulas vinculantes e as técnicas necessárias para os julgamentos de recursos excepcionais repetitivos. Porém, as normatizações ainda não se faziam suficientes para o estabelecimento de um sistema de precedentes que colocasse o ordenamento jurídico brasileiro para o caminho o qual vinha buscando ao longo dos últimos 30 anos, ou seja, o sistema de precedentes estadunidense.

Em 2015 com o (Novo) Código de Processo Civil, além de mantidas as reformas já citadas, foi normatizado o sistema de precedentes como forma de solução para os conflitos mais complexos do Direito. Buscando assim garantir uma padronização decisória para ambas as perspectivas, vertical e horizontal.

Diversos dispositivos do Código de Processo de Civil foram redigidos para buscar fornecer as condições necessárias para implementação do sistema de precedentes, os artigos 926, 957 e 928, fornecem as condições normativas necessárias para uma inicial adoção deste sistema. Porém, como informado inicialmente pelo presente trabalho, o Direito é manifestação cultural de uma sociedade, sendo assim, importar institutos de uma outra tradição, buscando incorporá-lo a uma tradição distinta apenas via legislativo, não é a maneira mais adequada. Mesmo que os códigos e o Poder Legislativo se debrucem em buscar um texto legal mais claro e delimitado possível, incluindo a adoção de técnicas e ferramentas necessárias para o desenvolvimento do sistema – *distinguishing*, *overruling*, *ratio decidendi* e *obiter dictum* -, a cultura e a filosofia jurídica oferecerão obstáculos a serem superados.

Enquanto na tradição e cultura brasileira, a fonte principal do direito é a Constituição Federal, ou seja, a norma de direito abstrata e geral, elaborada pelo Poder Legislativo, sentido oposto do identificado na tradição estadunidense, pois o direito costumeiro inglês, foi aperfeiçoado para atender as necessidades da sociedade norte-americana, de forma que a principal fonte é o direito dito pelos Tribunais. Estas características se refletem além do direito enquanto objeto de estudo, ou seja, de sua filosofia, elas são percebidas desde a formação acadêmica, até sua aplicabilidade e atividade jurisdicional, tendo em vista que toda a sociedade passa a desenvolver o direito, conforme sua tradição.

Ainda que institutos e ferramentas sejam importados, reformas estruturantes são necessárias para que o ordenamento jurídico brasileiro possa recepcionar o sistema de precedentes baseado no praticado pelos Estados Unidos da América. A principal porta de entrada da sociedade para o Poder Judiciário se dá pela primeira instância, os Estados Unidos da América reconhecem essa realidade, ao ponto de garantir que seja nesta instância que ocorrerá o debate argumentativo, associado ao devido exercício hermenêutico necessário para desenvolvimento do precedente, ou seja, não fica a cargo da Suprema Corte o papel de fonte principal dos precedentes. O sistema de precedentes brasileiros se distancia do estadunidense, a partir do momento que se ocorre um esvaziamento das funções discricionárias da primeira instância, impossibilitando a atividade hermenêutica, cabendo a mesma apenas a replicação dos procedimentos vinculativos, mesmo com a adoção do *disapproval precedente*, o Brasil ainda possui uma primeira instância inerte no debate originário dos precedentes, em contrapartida Tribunais Superiores acumulando funções para decisões, que poderão ser aplicadas sob um efeito cascada, isto é, atingindo todos os tribunais que se encontrem abaixo.

Dentro desta pesquisa buscando identificar as aproximações dentre o sistema de precedentes aplicado na *civil law* brasileira e o sistema de precedentes aplicado na *common law* estadunidense, foi percebido que se ater ao caráter positivista, isto é, embasar o trabalho apenas conforme os códigos – Constituição Federal e Código de Processo Civil – não se faria possível identificar possíveis diferenças entre os sistemas, tendo em vista, que o processo legislativo ao se espelhar em um modelo pronto, apenas o reproduzia, delimitando e contornando pontos que extrapolavam as diferenças, a fim de moldá-los ao que já era praticado, aplicado e ensinado, desta forma, na busca pela padronização, a atividade legislativa ignorou um ponto fundamental para a possibilidade de um estudo comparado entre os sistemas, as individualidades das sociedades em questão.

O caráter da individualidade se faz necessário para uma devida boa estruturação do sistema de precedentes dentro do ordenamento jurídico, pois, quando o sistema de precedentes se propõe a fornecer uma unidade, coesão e integridade as decisões judiciais, em nenhum momento de sua teoria é apontado a necessidade de generalização enquanto fundamento, pelo contrário, as técnicas desenvolvidas sempre buscam identificar as particularidades e individualidades de cada caso, ora, ao se falar em individualidade e particularidade, se faz importante reconhecer a sociedade brasileira enquanto multicultural e diversa, para que a partir dessas peculiaridades, a técnica da distinção possa ser bem desenvolvida.

Portanto, a partir do momento que a adoção do sistema de precedentes por parte do ordenamento jurídico brasileiro, ignora a formação das particularidades da sociedade no qual

se está inserido, ele não apenas se distancia do modelo estadunidense, como define um ponto de ruptura com este sistema, tendo em vista que o mesmo foi utilizado enquanto espelho normativo e prático, porém foi-se ignorado o plano de fundo necessário para que este sistema chegasse ao patamar de segurança, coesão, unidade e integridade que se encontra na atualidade. As particularidades e individualidades inerentes a sociedade norte-americana foram fundamentais para sua construção, o modelo foi se desenvolvendo identificando essas particularidades em cada caso, possibilitando assim que os precedentes se refinassem de tal maneira, que sua aplicação ou rejeição fosse bem integrada a previsibilidade buscada pela atividade jurisdicional. A partir do momento que o ordenamento jurídico busca uma unidade nas decisões, porém, ignorando as diferenças necessárias a cada caso, que muitas vezes são oriundas de diferenças socioculturais, o que se está encontrando é um sistema de decisões mecânicas, loteadas e não fundamentadas, de forma que não apenas contraria a teoria do sistema de precedentes em si, como vai de encontro aos dispositivos legais que exigem devida fundamentação as decisões, assim como, observância aos Tribunais Superiores.

Reconhecer a necessidade do desenvolvimento e aprimoramento da técnica do *distinguishing* enquanto forma de alcançar e promover um direito que garantirá o acesso a uma decisão judicial justa, não é o suficiente para que os sistemas se aproximem. Mesmo na ocorrência desta evolução da técnica, o sistema de precedentes brasileiros necessitará de mais alguns anos de prática, aliado a possíveis reformas estruturantes do sistema jurídico que envolva desde sua formação, até sua atuação, para que neste ritmo se busque uma aproximação ao sistema de precedentes dos Estados Unidos da América.

Porém, como dito inicialmente, o Direito é manifestação cultural, produção inerente a atividade humana, enquanto ocorrer atividade humana o Direito estará sendo produzido, sendo assim, é arriscado dizer que ao seguir uma determinada normatização e reformulação o sistema brasileiro conseguirá se aproximar do modelo norte-americano, tendo em vista, que o sistema de precedentes estadunidense continua sendo desenvolvido e aperfeiçoado dentro de sua realidade social, ao sistema de precedentes brasileiro cabe a tarefa de se adequar a sociedade na qual está inserido, se desenvolver e buscar aperfeiçoar, este sistema que vem a ser um sistema híbrido (*hybrid law?*), ou mesmo uma *common law* tropical e porque não, *common law* tupiniquim. Sendo assim uma reforma judiciária que busque acrescentar esta nova cultura, sendo esta necessária para o desenvolvimento de um sistema de precedentes próprio do ordenamento jurídico brasileiro, que possa ser desenvolvido a partir das universidades enquanto instituições de formação, para que novas gerações de profissionais jurídicos possam conduzir os órgãos do poder judiciário conforme esta nova tradição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)] **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

CARVALHO, Mayara; TAVARES DA SILVA, Juliana Coelho. **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro**. In: Coleção Grandes Temas do Novo CPC: parte 3 - Precedentes. 2. ed., Fredie Didier Jr. *et. al.* – Salvador: Juspodivm, 2016, p. 753.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DIDIER JR, Fredie *et al.* **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: parte 3 - Precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Apresentação. In: _____ (coord.). **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Salvador: JusPodivm, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 142.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. **O julgamento do valete de copas: limites à criatividade no ofício dos magistrados trabalhistas de primeira instância no Brasil**. In: DANTAS,

Adriano Mesquita; CARNIATO, Marcelo Rodrigo; REIS, Sergio Cabral dos (Coord). Poder judiciário e desenvolvimento socioeconômico: obra em homenagem ao XVI CONAMAT. São Paulo: Ltr, 2012.