



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

ELIS COSTA MENEZES

DISTINGUISHING: INSTITUTO NECESSÁRIO À APLICAÇÃO
DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Salvador
2013

ELIS COSTA MENEZES

***DISTINGUISHING: INSTITUTO NECESSÁRIO À APLICAÇÃO
DOS PRECEDENTES JUDICIAIS***

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Matheus Barreto Gomes

Salvador
2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

ELIS COSTA MENEZES

***DISTINGUISHING: INSTITUTO NECESSÁRIO À APLICAÇÃO
DOS PRECEDENTES JUDICIAIS***

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013.

Aos meus pais. Aqueles que se dedicaram a mim e, de maneira sutil, me possibilitaram a dar os primeiros passos rumo à minha caminhada. Eles que, com apoio incondicional, me mostraram que o mundo é cheio de escolhas e que eu deveria fazer as minhas. Para tanto, me ensinaram tudo que sabiam sobre valores. Valores de amor, valores de dor, valores de gente, valores da vida. Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, pois não tenho dúvidas da Sua real presença na minha vida. Por toda força, coragem e perseverança, por se fazer o meu solo firme e me proporcionar alegrias que não teriam outra explicação senão Ele.

Agradeço à minha família, em especial à Alice, minha pequena, minha irmã, presente que Deus me enviou para tornar a minha vida mais completa.

Minhas amigas-irmãs, Dora Menezes, Nathaly Maron, Lorena Damásio e Michele Bury, pelo apoio e incentivo durante todo o processo de elaboração deste estudo. Por entenderem a minha ausência e, ainda assim, me retribuírem com presença.

A Rodrigo Godinho, pelo companheirismo, amor, carinho e compreensão da importância dos estudos na minha vida.

A Maria Pitta Lima, minha companheira de graduação, amiga amada, mais uma benção na minha vida.

Ao Professor Matheus Barreto Gomes, meu orientador, que contribuiu, essencialmente para a elaboração do presente trabalho, com toda sua jovem inspiração e muito conhecimento.

A todos os professores que, direta ou indiretamente, ofereceram material de pesquisa para este trabalho, e deram sugestões e ideias para o seu aprimoramento. Também, agradecimentos especiais à Professora Cláudia Albagli Nogueira, meu grande exemplo de profissional.

A minha tia, amiga e professora, Mariana Lícia Araújo Rocha pela imprescindível colaboração.

Ao meu primo e grande amigo professor Silvio Costa Sampaio, pelas conversas, conselhos e presteza durante a graduação.

Aos meus colegas, que compartilharam com boas ideias durante o curso e desenvolvimento deste estudo.

"Tudo depende de como você vê as coisas."

(Norton Juster)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo provocar reflexão sobre o mecanismo do *distinguishinshing*, enquanto instrumento imprescindível à aplicação dos precedentes judiciais. A discussão sobre os precedentes judiciais se mostra em destaque, principalmente pela repercussão que os entendimentos dos Tribunais trazem para a vida de toda a comunidade, seja ela jurídica ou não. Para a melhor compreensão do trabalho proposto, uma breve evolução histórica dos sistemas *common law* e *civil law*, bem como a Teoria do *stare decisis* no Brasil é apresentada. Além destes, outros conceitos como precedente, súmula e jurisprudência, bem como em vários momentos, considerações sobre a importância da instituição de um adequado sistema de precedentes judiciais, são introduzidos à discussão do tema principal. Posteriormente, convidar-se-á o leitor a mergulhar no tema do *distinguishinshing* através do uso de conceitos e exemplos, alguns clássicos e outros nem tanto. Nesta oportunidade, tratar-se-á também de outros mecanismos de dinamização do precedente, como, por exemplo, o *overruling*. Noutro momento, convidar-se-á o leitor novamente a pensar no funcionamento das Cortes brasileiras na ausência do mecanismo de *distinguishing*, desta vez, entretanto, com a adoção de institutos consagrados no atual Código de Processo Civil. Neste sentido, abrirá espaço para a discussão da fundamentação das decisões como instrumento potencial para se concretizar o *distinguishing* e a aplicação dos precedentes. Não se deixará de fora, contudo, observações realizadas acerca do projeto de Lei que instituiria o novo Código de Processo Civil no Brasil, que, ainda de forma modesta, apresenta uma preocupação com os princípios norteadores dos precedentes judiciais, constituindo um considerável avanço jurídico.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Dinâmica. *Distinguishing*. Fundamentação.

ABSTRACT

This work aims to provoke reflection on the *distinguishing* mechanism, as an essential instrument to application of judicial precedents. A brief discussion about the judicial precedents is highlighted mainly due to their repercussion that the courts' understandings on the entire community life, whether legal or not. In order to better understand the proposed work, a brief historical evolution of *common law* and *civil law* systems, and the theory of *stare decisis* in Brazil are initially presented. Furthermore, other concepts are introduced to the main discussion, such as precedent, precedent case law, and jurisprudence, as well as many times, considerations about importance of establishing a proper system of precedent. The reader will be further invited to tackle into *distinguishing* concept, by using both concepts and examples, some of them classic and other not so. On this occasion, other precedent's boost mechanisms will be approached, such as the *overruling*. In another moment the reader will be invited again, to tackle into the lack of the *distinguishing* mechanism on the brazilian's courts, but this time with adoption of established institutes in the current brazilian's civil code. In this sense, a proper space for discussion of the reasons for decisions as potential instrument to achieve the *distinguishing* and applying precedents will be opened. Nevertheless, observations about the law's project for a new brazilian's civil code, that, albeit modestly, presents concerns with the guiding principles of judicial precedents, constituting a considerable legal advance.

Keywords: Judicial Precedent. Dynamics. *Distinguishing*. Grounds.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
Inc.	Inciso
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
Rcl.	Reclamação
Rel.	Relatoria
REsp.	Recurso Especial
REx.	Recurso Extraordinário
Min.	Ministro (a)
n.	Número
NCPC	Novo Código de Processo Civil
p.	Página
PL	Projeto de Lei

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A TEORIA DOS PRECEDENTES	15
2.1 EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES – A <i>COMMON LAW</i> E A <i>CIVIL LAW</i> – BREVE HISTÓRICO	16
2.1.1 <i>Common Law</i>	17
2.1.2 <i>Civil Law</i>	24
2.2 PRECEDENTES NO BRASIL – STARE DECISIS	27
2.3 PRECEDENTES – CONCEITO.....	34
2.3.1 Precedentes X Jurisprudência X Súmula.....	41
3 <i>DISTINGUISHING</i> E A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	47
3.1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS	48
3.1.1 A <i>ratio decidendi</i> (ou <i>holding</i>).....	48
3.1.2. O <i>obiter dictum</i>	55
3.2 O <i>DISTINGUISHING</i>	57
3.2.1 Conceito	59
3.2.2 Os fatos relevantes	62
3.2.3 A analogia	69
3.3 OUTRAS FORMAS DE DINAMIZAÇÃO DOS PRECEDENTES.....	72
3.3.1 <i>Technique of signaling e Transformation</i>	73
3.3.2 <i>Overriding</i>	74
3.3.3 <i>Overruling</i>	76
4 A DINÂMICA DO <i>DISTINGUISHING</i> NO BRASIL	80
4.1 COMO VEM SENDO REALIZADO	82

4.1.1 Sobre o julgamento dos recursos repetitivos	84
4.1.2 A suspensão das demandas no juízo ordinário	89
4.2 DISTINGUISHING NO PROJETO DO NOVO CPC	95
4.3 COMO DEVE SER REALIZADO	98
4.3.1 O aspecto legal da fundamentação	101
4.3.2 Fundamentação enquanto Direito Constitucional.....	102
4.3.3 A fundamentação à luz do NCPC	107
5 CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS.....	112

1 INTRODUÇÃO

Pensar: verbo que parece não fazer sentido até a possibilidade de exercitar. O ser humano, diante de todas suas interações sociais, esquece que possui o poder de pensar, o poder de conhecer e também o de descobrir. Na busca de satisfazer suas necessidades físicas, psicológicas e afetivas o homem foi capaz de criar coisas incríveis e, ainda que não se queira admitir, as normas foram uma delas. Seja a norma moral ou jurídica, terá ela grande influência na vida dos sujeitos que prezam pela convivência em sociedade.

É certo que de certeza nada tem as ciências humanas, em especial a jurídica, por mais contrassenso que isso possa parecer. São muitas as discussões desenvolvidas no âmbito acadêmico e que, por mais teórica e filosófica que se apresente, a única pretensão que se tem é buscar respostas para o mundo complexo em que os homens coabitam.

Essas respostas não são, na maioria das vezes, lógicas. Isso decorre de fatores externos e, principalmente, internos de quem está visualizando o fenômeno à sua volta. Diante disso, as descobertas se tornam mais prazerosas e importantes da vida dos cidadãos, embora, algumas vezes, frustrantes. Afinal, em algum determinado momento se descobre que nem mesmo as ciências mais exatas, como a matemática, são de fato exatas e, as ordens dos fatores alteram o produto.

Com a complexidade das demandas, volume e repetição de questões similares, os precedentes judiciais se revelam como solução para efetivar a celeridade processual e amenizar o problema da morosidade do poder judiciário. Além da celeridade, vê-se a estabilidade, a previsibilidade ou certeza do direito, segurança jurídica e igualdade, esta última, verdadeiro fundamento de justiça.

O tema do *distinguishing* se revela como um verdadeiro problema dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Desconfia-se de que ele configura um instituto praticamente desconhecido quer seja pelos magistrados, quer seja pelos jurisconsultos e até mesmo pelos estudantes. Costuma-se, desta maneira, reparar que três são as posturas dos magistrados de primeiro grau quando perguntados sobre “o que é o *distinguishing*?”: primeiramente, aqueles que não aplicam a técnica, mas acreditam que aplicam; em seguida, aqueles que a aplicam de maneira

inadequada; e, finalmente, aqueles que fingem que aplicam, pois não se dão ao trabalho de pesquisar suas peculiaridades.

Ao contrário do desconhecido *distinguishing*, a teoria dos precedentes judiciais já está consolidada no universo jurídico, onde todos, ou a maioria dos sujeitos, têm a plena convicção de que os precedentes possuem força normativa capaz, inclusive, de vincular. Desta forma, admitindo os precedentes e a sua aplicação, não se mostra inconcebível desconhecer o instituto do *distinguishing* já que ele é essencial para a aplicação dos precedentes.

Para introduzir o tema da aplicação dos precedentes judiciais, assim como seria ao discorrer sobre qualquer outro tema, é necessário transportar-se às suas origens. A origem dos precedentes se fez presente nos países que aceitaram os costumes, o *common law* como algo necessário para a construção de sua ordem jurídica, ou seja, possuíam outra maneira de constituir os seus direitos que não a partir de compilação de leis (*stricto sensu*). O Brasil, por outro lado, não foi um destes países. Nesta pátria amada, a força imperativa da lei se fez, a priori, como único caminho para o alcance de soluções justas nos casos concretos.

No entanto, este quadro da força normativa vem sendo alterado gradativamente, possibilitando se falar na presença dos precedentes judiciais no Brasil, e mais ainda, na necessidade de se firmar uma Teoria dos Precedentes, com seus institutos e prerrogativas, de forma a dar mais efetividade às decisões dos Tribunais.

É importante esclarecer que o presente trabalho não tem por escopo o estudo do direito comparado. Não se pretende trazer aqui diferenças, semelhanças e especificidades de cada Sistema Jurídico mencionado, mas sim, buscar em outros sistemas alicerce para aperfeiçoar o direito nacional. Assim, com o desejo de melhorar a aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, através da efetiva técnica *distinguishing*, é o que propõe este estudo, ao trazer à baila outros ordenamentos jurídicos, como o dos EUA e Inglaterra.

Para que se saiba pisar firme no solo chamado precedentes judiciais é preciso que se conheçam bem os institutos que são próprios dessa teoria, para que ela seja compreendida de maneira adequada, e o *distinguishing* é um deles. No Brasil, o que há, de fato, é a ausência de compreensão sobre esse ponto de vista, ou seja, compreender que existem institutos que são próprios da teoria dos precedentes e

que nunca foram estudados por aqueles que apesar de lidarem com o direito, não estudam a teoria dos precedentes. Os ensinamentos jurídicos no Brasil, até recentemente, eram fundados na teoria de que ainda se vive em um sistema de Civil Law. Não se falava, por exemplo, em *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overriding* e *overruling*. Isso não se aprendia na faculdade em curso de graduação, e, ainda hoje, tais institutos são pouco explorados. No entanto, com as mudanças jurídicas processuais, principalmente com a necessidade de se desafogar o Judiciário e Tribunais Superiores com matérias simples, torna-se impossível não falar desses institutos.

Visando melhor desenvolver um estudo como este apresentado, é importante que se aponte um caráter sociológico do problema. A priori, um tema que se refere à seara processual, não teria conteúdo social, e sim, predominantemente prático e que seria reconhecido pelos seus aplicadores. Isto, no entanto, não é a realidade. O *distinguishing* possui um lado social, e não seria difícil de enxergá-lo ao pensar, por exemplo, que todos os jurisconsultos, todos os cidadãos (concretizando a isonomia) que possuem acesso à justiça, esperam ter seus direitos assegurados, tendo em vista outra situação semelhante, vivenciada por um sujeito conhecido.

Dizer-se que o precedente vincula e que se deve respeitá-lo é fácil. As críticas como o contraditório, por exemplo, quando um cidadão pensa: “como é que eu vou poder ser atingido por uma decisão de um processo do qual não fiz parte?” Ou ainda, “eu não tive o poder de influenciar naquela decisão, como é que mesmo sem ter feito parte do processo, vou ser atingido por tal decisão?” Esse é um dos problemas centrais dos precedentes - a questão do engessamento dos magistrados e seus indiscutíveis reflexos sociais. As críticas que giram/giraram em torno dos precedentes, todas elas são combatidas através de um processo de se entender que essa vinculação tem que ser feita de uma forma em que haja uma legitimidade e para isso existem alguns mecanismos, como o *distinguishing*, que quando entendido poderá ser possível contornar mesmo em questão do contraditório.

O *distinguishing*, enquanto técnica pensada para auxiliar a aplicação dos precedentes judiciais, como vêm sendo aplicado, está se mostrando um vilão para os jurisconsultos bem como para os juristas que acreditam em soluções justas. Isso se percebe, em especial, no juízo de primeiro grau, onde, ainda hoje há, muitas vezes, resistência em aceitar a força obrigatória dos precedentes de tribunais. Por

isso que o presente estudo propõe abrir os olhos para a atual aplicação da distinção, fazendo uma denúncia da cômoda prática de muitos magistrados.

O tema dos precedentes judiciais é muito envolvente e persiste em todos os ramos do direito, assim como na vida das pessoas em sociedade. O presente trabalho é, de fato, uma pesquisa, mas a abordagem dada ao tema pretende também trazer reflexões sobre o tema, notadamente pela sua importância diante das inovações que serão trazidas com o futuro Código de Processo Civil.

2 A TEORIA DOS PRECEDENTES

Os precedentes judiciais já são uma realidade no cotidiano de quem se faz presente no sistema jurídico, bem como daqueles que são tutelados por esta ordem. Ou seja, os precedentes fazem parte da vida de todos os sujeitos, claro que nas suas devidas importâncias e proporções. Há algum tempo, as discussões sobre o tema eram somente baseadas na sua legitimidade ou não, no entanto, passou-se a se conformar com a sua presença e estudar a fundo algumas questões com a finalidade de se melhorar a teoria quando aplicada empiricamente.

A teoria dos precedentes pode ser entendida como aquela desenvolvida ao redor da fundamentação de uma decisão e que usa como pano de fundo outra questão já decidida. Essa teoria que não teve surgimento no Brasil e sim nos países de tradição *common law* se consolida no país, como diferenças apenas do desenvolvimento e forma que é encarada no seu âmbito de aplicação (BUSTAMANTE, 2012, p.2).

Todas as teorias, por mais clichê que possa parecer, encontram dificuldades no momento de serem postas em práticas. A teoria dos precedentes é recheada de vários institutos (dentre eles o *distinguishing*) que conjugados visam atribuir ao ordenamento jurídico maior segurança jurídica. Sendo possível aplicá-la da maneira como foi pensada, sem dúvidas, alcançaria seu fim máximo.

A jurisprudência, a uniformidade de decisões, todavia, não serão sempre sinônimos de justiça, em especial quando se mostrarem ultrapassadas em relação à realidade social vigente. Ainda assim, dentro do seu contexto histórico-social, o precedente se mostra adequado dentro da igualdade, objetiva ou substancial.

Todavia, o mais difícil está em estabelecer critérios objetivos capazes de dar efetividade à teoria dos precedentes, uma vez que todo o processo depende do hermeneuta que é, antes de tudo, um ser humano pensante. Mesmo assim, a tentativa nunca será em vão, pois os benefícios trazidos serão maiores. Imperioso entender, antes de mais nada, o surgimento da teoria dos precedentes.

2.1 EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES – A *COMMON LAW* E A *CIVIL LAW* – BREVE HISTÓRICO

Em que pese o sistema de direito do Brasil ser fundamentado dentro de uma teoria *civil law*, em que as leis – textos normativos – seriam a verdadeira e primária fonte do direito, vê-se que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário são capazes de servir como fonte de direito, característica até então de um sistema eminentemente *common law*.

Dessa forma, para se entender a evolução histórica dos precedentes judiciais, e também os seus reflexos dentro do ordenamento brasileiro, é imprescindível lembrar-se de algumas peculiaridades de dois grandes sistemas jurídicos, ou “famílias jurídicas”, do mundo ocidental – *civil law* e *common law*.

O uso das expressões *civil law* e *common law* comporta tanto referências no gênero feminino, quando entendidas como “famílias” ou “tradição”, como também no masculino. Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p.14), por exemplo, prefere a designação no gênero masculino por compreender que se referem a sistemas de direito ou ramos do direito. Por outro lado, Paulo Henrique Dias Drummond e Priscila Soares Crocetti (2011, p.11-12), e também outros autores, defendem que referir-se ao *common law* e ao *civil law* como “sistemas” estar-se-ia a restringir o estudo à “análise objetiva, como sistemas expressos em instituições, normas e práticas concretas passíveis de uma didática descrição”, o que não se adéqua ao propósito de analisar-se a forma de pensar, entender e criticar o direito e sua aplicação. Diante disso, vê-se a *common law* e a *civil law* como “tradições”.

A referência aos termos, independente do gênero, não prejudica o propósito da análise que se pretende. A diferença crucial da *common law* e da *civil law* está na forma como se aplica o direito, e por isso, na importância que se dá aos precedentes judiciais dentro dessas tradições.

Por tanto, a realidade é que o precedente judicial, por si só, está presente em todos os sistemas jurídicos, independentemente da sua filiação a uma ou outra família, a diferença estaria, no entanto, no grau de aplicabilidade e eficácia que o precedente possui (SOUZA, M., 2011, p.1). A aplicação de um instituto e a produção de seus efeitos estão também, intimamente ligadas ao poder que é conferido ao sujeito

dotado de prerrogativas para tanto. Noutras palavras, dependerá também do intérprete do direito, seja ele concentrado na figura do magistrado ou não.

De extrema importância se faz os ensinamentos de Francisco Rosito (2012, p.76) sobre o que foi dito:

A diferença entre as duas famílias não reside no conteúdo do Direito, que, em razão de estreitas afinidades econômicas, culturais e políticas, é similar nos aspectos gerais. A diferença consiste, ao invés, na forma de individualização dos direitos. Disso resulta que tradicionalmente a lógica judiciária, no primeiro caso, é do tipo indutivo, ou seja, de casos individuais extrai-se uma regra geral a ser aplicada para casos futuros. O processo serve, nessa perspectiva, de instrumento técnico para a constituição do próprio direito. No segundo caso, a lógica judiciária é diversa; é do tipo dedutivo, pois da regra geral (lei) deduz-se uma regra particular ao caso concreto.

A visão tradicional e caricaturada de que no *common law* utiliza-se o processo racional puramente indutivo, em contrapartida, no *civil law* o método lógico racional é dedutivo, foi desmistificada por Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p.105-106). Este autor percebeu que ambos os sistemas (tanto o *common law* quanto o *civil law*) se utilizam de ambos os métodos. Primeiramente tem-se um trabalho indutivo para traduzir (extrair) a *ratio decidendi* dos casos que seja útil para solucionar casos futuros, já a indução é usada pelo intérprete quando existir uma regra geral ao qual possa se compatibilizar os casos analisados por meio da subsunção, ou seja, para determinar o sentido da *ratio*.

Assim, não importa o sistema jurídico, nos dois utilizam-se, em menor ou maior grau, o raciocínio dedutivo e o indutivo. Afinal, “não seria crível supor que no Direito continental o juiz apenas interpretasse regras gerais e abstratas previstas pelo legislador e que no *common law* o juiz apenas aplicasse, entendesse ou modificasse regras jurisprudenciais” (BUSTAMANTE, 2012, p.106).

Os métodos interpretativos, assim, sempre se farão presentes quando o tema que estiver sendo tratado seja o dos precedentes judiciais.

2.1.1 Common Law

As diretrizes basilares da “família” *common law* são de fundamental relevância para entender o tema dos precedentes judiciais. Daí, então, pretende-se verificar sua

evolução e sua importância na efetivação de direitos a partir do proferimento de uma decisão judicial.

O *common law*, como a própria tradução desta expressão para a língua portuguesa já sugere, significa “lei comum”, ou melhor adequando-a, “direito comum”. E não poderia ser diferente, pois é um sistema jurídico em que a aplicação de normas e regras é sancionada pelo costume ou pela jurisprudência e não pelas vias legislativas que, primariamente, são/eram adotadas no Brasil, país que, pelo menos em tese, filia-se a tradição *civil law*.

Esta tradição jurídica tem origem expressiva no direito medieval Inglês e, logicamente, também nos países que foram colonizados pela Inglaterra, como EUA, por exemplo. Embora não se possa dizer que o “*common law*” e o “direito anglo-saxão”, são conceitos sinônimos, já que este último é parte daquele, ele surgiu com se direito inglês fosse até se expandir para outros ordenamentos (FRAGA, 2012, p.2).

Existem registros de que o *common law*, começou a se desenvolver, embora com muitos obstáculos, no Reino da Inglaterra a partir da conquista normanda por volta de 1060. O *common law*, pensado para ser exercitado exclusivamente pelos Tribunais Reais de Justiça (os tribunais de *Westminster*), entrou em conflito com diversos costumes já existentes no país. As decisões proferidas pelos juízes e tribunais passaram a criar um direito jurisprudencial, passando de um direito de “mero costume” e difícil aplicabilidade, para um direito pautado, essencialmente em precedentes (SOUZA, M., 2011, p.37). Viu-se assim, uma evolução do *common law* que era anteriormente compreendido somente como a expressão dos costumes em geral.

Em um momento, por volta de 1485 a 1832, foi exercido, paralelamente a *common law*, um sistema de equidade, o *equity*. Neste momento o Rei, através de seus chanceleres, “produzia decisões de equidade, de forma a flexibilizar a rigidez do sistema” (MELLO, 2008, p.18).

Era uma jurisdição administrada pelas Cortes Reais e que refletia os costumes comuns dos indivíduos que viviam no Reino. A partir da jurisdição exercida por essas Cortes Reais, ou Tribunais, várias sentenças judiciais sobre situações semelhantes foram reunidas e catalogadas nos *statute books* (TUCCI, 2004, p.152).

Foi-se com isto dando origem a um corpo de julgados uniformes (conjunto de precedentes), que permitiam que os magistrados extraíssem deles elementos para julgamentos futuros, em casos análogos.

Ainda importante se faz a observação de José Rogério Cruz e Tucci, quando percebeu que os primeiros estudiosos do *common law*, já teciam comentários sobre a preocupação de existirem julgamentos contraditórios e a importância de se filiarem à decisões de casos análogos anteriormente decididos (TUCCI, 2004, p.153). O que transmite a ideia de que a essência da segurança jurídica era anseio do sistema *common law*, embora, à época ainda não existisse qualquer regra que impusesse efeito vinculante ao precedente.

A eficácia vinculante do precedente judicial só foi reconhecida na Inglaterra em 1898 com o julgamento do caso *London Tramways Company v. London County Council*, que fez surgir a *doctrine of binding precedent*, quando se reconheceu o efeito vinculante dentro do próprio órgão julgador, bem como dos órgãos de menor hierarquia (GOMES, 2009, p.24).

Dentro de toda a sistemática da *common law*, muito se questionou, sobre se o juiz, ao proferir uma decisão, estaria criando um Direito (teoria constitutiva da decisão judicial) ou apenas declarando um Direito pré-existente (teoria declaratória ou ortodoxa). Estava-se, pois, naquele momento, a se discutir a própria definição e natureza jurídica do precedente judicial. Embora essa discussão, espécie de disputa entre as duas teorias, tenha rendido trabalhos doutrinários e muitas críticas, o que se pode extrair, em verdade, é que por trás de toda essa problemática, encontra-se o que se chama de “autoridade da decisão judicial”. É o que pensa Luiz Guilherme Marinoni (2010b, p.26), quando leciona:

O problema, portanto, consiste em saber se o juiz tinha autoridade para criar ou apenas para declarar o direito. Qualquer que seja a justificativa teórica empregada no instituto de se concluir que o juiz possui autoidade para criar o direito, há, antes, a necessidade de conhecer a realidade em que o Estado inglês se formou ao admitir a *law-making authority*. Aqui não importa saber se a decisão declara ou cria o direito, mas sim conhecer o motivo pelo qual o *common law* admitiu, ao inverso do *civil law*, que o juiz pode criar o direito.

Majoritariamente a posição que prevalece, sobretudo nos Estados Unidos, é a Teoria Constitutiva firmando o entendimento de que a partir da prolação de uma sentença judicial estar-se-á criando um Direito. Essa conclusão de que uma decisão é sim capaz de criar um Direito decorre da própria evolução jurídica que

compreende os precedentes, ao lado das normas e costumes, como fontes jurídicas. Isso porque, “se a sentença revela um Direito, o precedente tem a tendência a tornar-se fonte do Direito” (ASCENSÃO, 1994, p.9).

Embora, se entenda que a Teoria Constitutiva é a que prevalece, é de muita importância se entender os argumentos que ensejaram tal conclusão. Os argumentos, todavia, se baseiam principalmente nas críticas proferidas aos pensamentos da Teoria Declarativa que, por sua vez, também possui relevantes justificativas. Para os constitutivistas é errôneo, ou mesmo ingênuo, acreditar que o Direito sempre existiu e ao magistrado caberia somente declará-lo, uma vez que o Direito deve acompanhar a evolução e necessidades da sociedade e, por isso, muitas decisões proferidas por magistrados atualmente possuem temas e situações que sequer foram cogitadas no passado (SOUZA, M., 2011, p.44).

Muitos exemplos podem ser citados nas diversas searas do direito, sobretudo em razão do fenômeno da Constitucionalização do Direito, onde a lei fundamental (a Constituição) e seus princípios deram novo sentido e alcance ao Direito Civil, ao Direito Processual, ao Direito Penal, enfim, a todos os ramos jurídicos.

Por outro lado, a Teoria Declarativa também possui fundamentos que se sustentam no princípio constitucional da Separação de Poderes. Este princípio presente na Constituição Brasileira é visto como um aspecto importante na estrutura organizacional política do Estado, porque, visa a impedir a concentração de prerrogativas a um único ente estatal, evitando arbitrariedades. A doutrina da separação de poderes tem como essência a separação funcional (cada órgão deverá exercer sua função da maneira mais especializada possível) e a separação orgânica (os órgãos devem se encontrar em idêntico patamar de igualdade e possuir independência entre eles). A separação de poderes se esquematiza em três poderes, na tríplice divisão funcional, onde basicamente é o Legislativo responsável por fazer a lei; o Executivo por executá-la; e, o Judiciário incumbido de aplicar a norma contenciosamente (DIDIER JR., 2013, p.521-522).

Dentro desta perspectiva da separação dos poderes entre os órgãos estatais, a Teoria Declarativa consegue ganhar atenção, pois, os juízes não poderiam “criar” um direito, vez que esta função seria de prerrogativa exclusiva do Legislativo e não do Judiciário. No entanto, entende-se que a separação de poderes e funções não

pode ser visualizada de uma forma rígida, pois, os entes possuem suas funções *predominantes*, de, por exemplo, criar normas, executá-las e aplicá-las, mas não só e exclusivamente essas funções. Nesse sentido, bem ensina Dirley da Cunha Jr. (2010, p.521-522):

O que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas, sim a predominância no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, *predominantemente*, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, mas sim subsidiariamente, por aqueles poderes como garantidores de sua própria autonomia e independência.

Com isso, embora a Teoria Declarativa possua argumentos, estes podem ser questionados diante da realidade funcional do Poder Judiciário, já que os juízes realmente possuem a prerrogativa de criar direitos a partir da prolação de uma sentença, ao passo que desempenham atividade interpretativa normativa conferida pela própria carta magna. Tal atribuição possibilita aos tribunais, inclusive, declarar normas ou atos jurídicos inconstitucionais. Contudo, importante se faz advertência de Mauro Cappelletti (1999, p.26), para quem “a criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre””. Ou seja, embora exerça função criativa, esta possuirá sempre limites substanciais.

Dentro do sistema *common law* tem-se que uma das suas principais características é que as questões devem ser resolvidas tomando-se como base sentenças judiciais anteriores, daí porque ser entendido como um sistema de Direito Jurisprudencial. Assim, o precedente, neste sistema constitui fonte do Direito, de observância, quase sempre, obrigatória (POUND, 1999, p.4). Isso porque, a obrigatoriedade da utilização do precedente, norteadado pela doutrina da *stare decisis*, é a “regra” nos países que adotam o sistema do *common law*. É o que se extrai do ensinamento que segue:

O fundamento dessa teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas. Não é suficiente que o órgão jurisdicional encarregado de proferir decisão examine os *precedentes* como subsídio persuasivo relevante, a considerar no momento de construir a sentença. Estes *precedentes*, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior (TUCCI, 2004, p.12-13).

Uma das formas de vê, portanto, a tradição jurídica da *common law* é como aquela que é seguida por alguns países e que se opõe à tradição da *civil law*, seguida, obviamente, por outros países. Mas isso não é suficiente, devendo ser compreendido também que existia o reconhecimento por parte dos Tribunais de Direitos baseados nos costumes, passíveis de gerar entendimentos jurisprudenciais que acabavam possuindo, neste sistema jurídico, o caráter de lei, vez que os Tribunais se pautam em julgados anteriores para tais entendimentos. (SOUZA, M., 2011, p.39).

Dito isto, forma-se a ideia de que a utilização do precedente nos sistemas jurídicos que adotaram o *common law*, decorre principalmente da preocupação com a “igualdade, previsibilidade, economia e respeito” (CAMARGO, 2012, p.92). A igualdade se perfaz quando da ideia de que casos análogos devem ser julgados de forma idêntica; a certeza e a previsibilidade se fazem diante dos jurisdicionados que podem ter mínima noção da resolução que será dada pelo magistrado para o caso específico; em relação à economia processual se vê a celeridade das decisões quando para aquela matéria da demanda já existiu uma fundamentação exaustiva em caso anterior; e, por fim, e não menos importante, está no respeito dos Tribunais de hierarquia inferior bem como de outros magistrados, pela decisão prolatada pelo Relator do primeiro processo.

Em tempos recentes, não se pode aceitar a ideia de sistemas isolados que seguem exclusivamente a *common law* ou *civil law*. Isto em razão de que, mesmo em países adeptos à tradição *civil law*, como o Brasil, existe a presença dos precedentes judiciais com força, inclusive, vinculante. Além disso, não tem como se pensar em um sistema que seja baseado exclusivamente nos costumes, vez que estes são, por muitas vezes, incertos e de difícil aplicação aos casos concretos, motivo pelo qual o *common law* já passou por longas transformações desde a sua origem.

Desta maneira, não se tem dúvida sobre a existência dos precedentes no Brasil, e, portanto, influência do *common law* que originou-se na Inglaterra, com fortes afluentes nos Estados Unidos da América. Trata-se do direito anglo-americano. Os EUA, já que foi, essencialmente, colonizado pelos ingleses, assumiram o *common law* inicialmente. Com a declaração da independência das primeiras colônias, novas leis que divergiam em algumas ocasiões da pura tradição do sistema inglês foram

elaboradas. Mas, como existiam muitos colonos ingleses, a opção pelo *common law* prevaleceu nos Estados Unidos, no entanto, com características próprias.

Assim, o *common law* da Inglaterra não foi, em todos os aspectos, adotado nos Estados Unidos. Seus princípios gerais foram adotados apenas na medida em que se adequassem e fossem aplicáveis à situação concreta norte-americana (BOUVIER, 1856)¹. Muitos dos conceitos do *common law* inglês permaneceram nos EUA até os dias atuais, no entanto, encontram-se peculiaridades, que inclusive, se aproximam do direito romano-germânico, a raiz do *civil law*. (DAVID, 2002, p.454).

O sistema jurídico nos Estados Unidos é considerado um sistema de direito comum, com base no sistema da Inglaterra, a partir do qual os Estados Unidos incorporou fortemente em seu direito civil e na construção de sistemas de direito administrativo e criminal em um estatuto, um modelo orientado. Em ambos os sistemas, de direito civil e penal, existe a confiança em precedentes e adesão das decisões dos juízes e suas interpretações de leis feitas em casos anteriores (HAZELBAKER, 2007, p.2)².

Atualmente, somente o Estado da Luisiana que não segue o *common law*, possui um sistema híbrido que combina sistema Civil Frances com o Criminal Inglês. Além dos sistemas ligados à tradição anglo-americana, incluem países como a Nova Zelândia, a Austrália e Canadá, exceto a província de Quebec, onde prevalece o sistema de direito civil francês (POUND, 1999, p.4).

¹ No original: "The common law of England is not in all respects to be taken as that of the United States, or of the several states; its general principles are adopted only so far as they are applicable to our situation." (BOUVIER, 1856). Tradução livre: "A lei comum da Inglaterra, não é em todos os aspectos a serem tomadas quanto a dos Estados Unidos, ou de vários Estados; seus princípios gerais são adotados apenas na medida em que forem aplicáveis à nossa situação". Trata-se de conceito de "Law, Common", adotado em Dicionário Jurídico norte-americano, daí porque a utilização de pronomes possessivos.

² No original: "The legal system in the United States is said to be a common-law system, based upon the system of England from which the United States borrowed heavily upon its establishment. In fact, the U.S. is a hybrid, heavily incorporating the common law system in its civil law and building its criminal and administrative law systems on a civil law (or statute) driven model. Underpinning both the civil and criminal law systems is the reliance on precedents and adhering to the decisions of judges and their interpretations of statutes made in previous cases." (HAZELBAKER, 2007, p.2). Tradução livre: "O sistema legal nos Estados Unidos é considerado um sistema de direito comum, com base no sistema da Inglaterra de onde Estados Unidos tomou emprestado as bases para a sua criação. Na verdade, o sistema nos EUA é híbrido, que incorpora fortemente o sistema de direito comum em seu direito civil e na construção de sistemas de direito administrativo, criminal e em um estatuto, modelo orientado. Subjacente, ambos os sistemas de direito civil e penal possuem a confiança em precedentes, aderindo às decisões dos juízes e suas interpretações de leis feitas em casos anteriores."

Sobre toda a influência *common law* no Brasil, que se mostra com a aplicação de precedentes pelos tribunais jurisdicionais e também, já adentrando ao tema destaque, o *distinguishing*, oportuna se faz a lição de Sérgio Porto (2003?, p.7):

Em face da afirmativa de que o crescente valor atribuído à jurisprudência na *civil law* brasileira representa, de certa forma, a influência da *common law* no sistema nacional, em face da globalização - que a fonte primeira do direito da *common law* é a jurisprudência, eis que este sistema é absolutamente pragmático, formando-se o direito através das decisões jurisdicionais. Há nele, pois, um compromisso prévio de prestigiamento do caso antecedente na decisão futura - circunstância operada através do *distinguishing* efetivado pelo magistrado posterior.

Dessa maneira, também existiram transformações no Brasil que desencadearam no uso dos precedentes, como forma, sobretudo, de melhor suprir as deficiências do judiciário como a morosidade e elevadas demandas, mas também de buscar a concretização da isonomia para os jurisdicionados.

2.1.2 Civil Law

Tem-se que o sistema jurídico do *civil law* é a estrutura jurídica oficialmente adotada no Brasil onde a principal fonte do Direito é a Lei, o texto. Isso, no entanto, não pode ser visto como uma verdade absoluta, caso contrário, sem sentido seria tudo que já foi abordado até o momento, e, até mesmo, o presente estudo.

Há quem diga que o Brasil é seguidor do sistema jurídico *civil law*, desde sua colonização por Portugal, nos anos de 1500 (CASTRO; GONÇALVES, 2012, p.1). Mas, quanto ao surgimento do sistema na sua totalidade, a sua gênese é encontrada em berços romanos.

O Direito Civil é um sistema legal de destaque no mundo ocidental que é derivado do Império Romano. A formação deste sistema teve seu início na Europa Continental, no século XIII, antes disso não se sabia de fato qual o direito se aplicava na Europa (DAVID, 2002, p.35). Trata-se de sistema de Direito Civil descrito em que a lei do país deriva da autoridade civil ou do Estado.

A partir do século XVIII, o direito público passou a fazer parte da preocupação dos juristas e passou-se a ser construída uma visão pública do direito em detrimento da privada. Além disso, ocorreu o aparecimento da codificação que adequou, em sua

medida, o direito à sociedade moderna. O nascimento desta codificação se deu na França, devido às condições favoráveis derivadas pela Revolução Francesa.

Com o lema revolucionário de “Liberdade, igualdade e fraternidade”, a Revolução Francesa possibilitou grandes avanços, inclusive, a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (DECLARAÇÃO...,1978), que em seus artigos deixavam transparecer a importância da lei, sobretudo, como limitadora de poder e como fonte de direito. Como pode se vê, tal ideia estava presente nas normas compiladas, dentre outros, o artigo 6º dispõe que: “[...] A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. [...]” (BRAICK; MOTA, 2007, p.346).

Para os revolucionários nesse momento, os seus ideais somente poderiam ser concretizados a partir da lei, pois esta iria refletir segurança jurídica e não poderia ser interpretada de qualquer maneira pelos juizes ou aqueles que desempenhavam a função jurisdicional. Esta ideia com o passar do tempo se mostrou um tanto quanto ingênua, vez que atuações judiciárias acabaram com a ilusão de que os magistrados estão adstritos ao que prescreve a lei, pois esta não é capaz de prever soluções para todos os casos da vida cotidiana.

Importante se faz perceber que tanto a segurança jurídica como a previsibilidade é o que se almeja tanto no sistema *civil law* quanto no *common law*. Mas, no *common law* se enxerga, inegavelmente, que o magistrado exerce um papel interpretativo sobre a lei e podem proferir decisões diferentes, a “segurança jurídica e a previsibilidade foram ser buscadas nos precedentes, ou mais precisamente, no *stare decisis*.” (MARINONI, 2010a, p.84).

Dessa forma, entende-se que o *civil law* carrega, a partir da revolução francesa, dogmas que ainda servem para negar conceitos e institutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mas sim a do *common law*, mostram-se indispensáveis diante da prática e da realidade destes países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei (MARINONI, 2010b, p.23-24).

O sistema de Direito Civil, *civil law*, é o sistema fundamental em muitas partes do mundo, incluindo a Europa Continental e na América Latina, sobretudo, no Brasil. Mas, mesmo nestes países, pode-se perceber que reformas ocorrem no sentido de melhor aplicar a lei, conferindo melhor eficiência e efetivação das normas dentro sistema. Com essas mudanças, o *civil law*, se aproximou do *common law* e de suas vertentes, no intuito de melhor se adequar à realidade e aos anseios da evolução da sociedade.

Como já dito, o que estas reformas sugerem em sua concretude, é uma aproximação do Direito brasileiro com alguns dos tradicionais princípios da *common law*. Os sistemas se entrelaçam de forma que trocam entre si características para melhor se aperfeiçoarem. Essa ideia não é, contudo, algo inédito, Miguel Reale, em suas “Linhas Preliminares de Direito”, já lecionava a respeito:

Na realidade, são expressões 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 (REALE, 1994, p.142).

Entretanto, diante dessa influência que os sistemas do *common law* e do *civil law* vêm compartilhando, a ideia de que não somente as leis (*stricto sensu*), mas também as suas interpretações nos casos concretos são fontes de direito é o que se mostra como enriquecedor na necessidade de se buscar soluções aos conflitos do dia a dia. Este fenômeno é tão importante e intrigante que juristas, a exemplo de Sérgio Porto, tem convencido chamar este acontecimento de “*commonlawlização*” do Direito brasileiro. Percebe-se que os magistrados, operadores do direito, possuem uma tendência em seguir pensamentos comuns, sobretudo, diante das facilidades de comunicação do mundo globalizado. Com a possibilidade de acesso aos julgados de todo o país, quiçá, do mundo, os juízes podem acompanhar a fundamentação dos tribunais e outros operadores de forma a caminharem para um posicionamento comum. A importância da jurisprudência, e em especial a função criadora do juiz são aspectos que contribuem ainda mais para a utilização de precedentes, atribuindo outra feição ao sistema nacional. Neste sentido, explana o jurista:

[...] parece inegável a identificação de um movimento claro de reconhecimento da necessidade de atribuir-se, nesta quadra da história, ao menos a certas decisões judiciais, um prestígio superlativo e, nesta medida, passa a existir clara identificação com o propósito da doutrina do *stare decisis*, cujo seu assento principal está - exatamente - no necessário

prestigiamento das decisões judiciais. Isto decorre de vários fatores e dentre esses, máxima vênia, inclui-se a facilidade de acessos a outras culturas, via globalização, ou seja, a facilidade de comunicação facilitou o diálogo entre famílias jurídicas distintas e, por decorrência, intensificou aquilo que denominamos *commonlawlização* do direito nacional, pois consequência das experiências colhidas junto a *common law*. (PORTO, 2003?, p.21).

Também por isso é que hoje não se encontram maiores razões para não admitir os precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro já que, mesmo de origem *civil law*, somente se acrescenta e desenvolve quando da aceitação da teoria dos precedentes e dos seus institutos de aplicabilidade. Por outro lado, há grande insistência em se dizer que nos sistemas *civil law*, diferentemente do *common law*, o precedente possui eficácia meramente persuasiva e argumentativa.

É bem verdade que teoricamente existe a “predominância” desta eficácia no âmbito *civil law*, mas não há como se negar a existência da eficácia vinculante dos precedentes, pois seria o mesmo que negar a necessária aplicação de uma “Súmula Vinculante” do STF.

2.2 PRECEDENTES NO BRASIL – STARE DECISIS

Fácil entender a dinâmica dos precedentes judiciais dentro de um sistema *common law* em razão das suas características próprias que se coadunam com a possibilidade de decisões judiciais já proferidas serem utilizadas em casos análogos futuros. Por outro lado, maior sacrifício é feito na tentativa de se entender os precedentes no *civil law*, que se consolidou a partir dos anseios revolucionários francês e possuía idealistas que pensavam que somente a lei seria o veículo de concretização da igualdade e da segurança jurídica. A exemplo destes idealistas, encontrava-se Montesquieu, que em sua obra “O Espírito das Leis”, firmou o famoso estereótipo de o juiz como “*la bouche de la loi*”, como mero reproduzidor e aplicador da lei pronta e acabada.

A visão engessada de que os magistrados somente reproduziriam a lei, decorrente do processo histórico, foi superada, em especial pelo reconhecimento do papel interpretativo do magistrado e de sua importância, quando este se faz também, ao lado das partes (autor e réu), partícipe do processo. Dentro desta nova perspectiva

hermenêutica conferida aos juízes, Piero Calamandrei (2000, p.11) declara, de forma um tanto quanto poética, que “o juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstrato a lei me promete”.

Assim, as duas famílias tanto *common law*, quanto *civil law*, se assemelham nos dias atuais, em especial pela demasiada confiança que é depositada no judiciário (“terceiro poder”) para resolver determinados litígios, e, conseqüentemente, formar e transformar o direito. (CAPPELLETTI, 1999, p.133).

Os precedentes judiciais no Brasil eram utilizados antes mesmo da Constituição Federal de 1988. O Decreto-Lei n. 4.707 de 4 de setembro de 1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que embora alterada parcialmente em 2010 e atualmente se chama Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no seu artigo 4º já previa e continua prevendo, por exemplo, que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

Desse modo, esse artigo se ocupou em desmistificar a posição que o juiz ocupava, o de mero aplicador da lei, abrindo espaço para uma interpretação e, mais ainda, admitindo que a lei, poderia sim, ser omissa. O magistrado, por analogia, ou seja, fazendo relação por semelhança, decidiria a questão a ele incumbida. O artigo revela, não só o poder criativo do magistrado, como a busca que deveria/deve ser feita para decidir situações com base em outras questões já decididas, possibilitando segurança jurídica aos juriconsultos.

Ademais, somente com a Magna Carta de 88 que significativas mudanças no âmbito dos precedentes realmente ocorreram, sobretudo, com a densidade do seu conteúdo normativo. A Constituição Federal de 1988 (CF/88), com suas regras e princípios norteadores, trouxe consigo a necessidade de se enxergar a legalidade não somente de maneira formal, mas também substancial, onde todas as leis deveriam, ou melhor, devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, dando espaço a juridicidade em detrimento do mero texto legal. O papel do magistrado, diante deste contexto, é exercido criativamente, devendo conformar o direito com a Constituição. Não é diferente o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni, quando diz:

O Estado Constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos

princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe adequado sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. Isso para não falar do dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto (MARINONI, 2013a, p.143).

O decodificar do Direito, com a exigência de maior desempenho da atividade interpretativa exercida pelo magistrado, mostra-se como reflexo de colocar-se a “Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o Direito”, como expresso por Luís Roberto Barroso (2005, p.2).

O que confirmou o fenômeno revelado foi o advento das “Súmulas Vinculantes”, com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que estatuiu a inclusão do artigo 103-A na Carta de 88. Sobre este dispositivo tem-se que:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (BRASIL, 1988).

Este dispositivo, em suma, trouxe a observância obrigatória dos preceitos fundamentais constitucionais em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, englobando todos os entes federativos, viu-se então que “há evidente intenção de se unificar a compreensão constitucional tornando-a obrigatória.”. (BEGGIATO, 2010, p.1).

Por outro lado, importante esclarecer, que em 1973, quando o atual Código de Processo Civil (CPC) foi pensado, não se falava na possibilidade de precedente com efeitos vinculantes. O CPC foi remendado e diversas vezes enxertado, razão pela qual muita coisa a respeito dos precedentes judiciais está previsto no código de maneira não organizada, existindo, inclusive, dificuldade para que se pesquise amparo legal sobre precedentes.

Com isto, a figura do *stare decisis*, na interposição dos sistemas *civil law* e da *commom law* e no entendimento jurisdicional dado ao ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo aparece,

[...] onde a constitucionalidade das leis, e mais ainda, a tutela de Direitos, não requer a presença de normas positivadas, e, tampouco, a existência de

uma Constituição rígida e positivada, mas sim, a presença de limites materiais que se fundamentam nos direitos e garantias fundamentalmente presentes no seio da sociedade humana, e, sobretudo, da sociedade em que se insere; assim como uma leitura moral da Constituição e do Direito. (CASTRO; GONÇALVES, 2012, p.8)

Diante da importância que foi se dando ao longo dos tempos às constituições, e a submissão de todos os ramos jurídicos a ela, vê-se que é dela também que se fez surgir a doutrina do *stare decisis*. Não foi à toa que Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2007, p.21), se ocuparam de mencionar que a origem desta doutrina tem foro constitucional. Entende-se que a *stare decisis* tem forte ligação com o princípio do Estado de Direito (*Rule of law*) nos Estados Unidos (EUA).

A teoria do *stare decisis* preconiza a necessária obediência aos precedentes e surgiu da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere* que significa, noutra língua, “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” (TUCCI, 2004, p.160).

Trata-se a teoria de atribuir a eficácia vinculante aos precedentes e, embora este conceito sempre apareça ligado ao sistema *common law*, percebe-se que não são a mesma coisa, são conceitos distintos que não podem confundir-se. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, ao citar Simpson (1973, p.77 apud MARINONI, 2010b, p.33), descreve que:

[...] qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação de sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda.

Embora não se confundam, a teoria do *stare decisis* foi de fundamental importância para a evolução do *common law* até os dias atuais. A teoria do *stare decisis* possui como premissa básica a imposição ao magistrado de que adote ao caso posterior a mesma solução encontrada, no julgamento do caso *sub judice*, ao tratar-se de casos análogos (TUCCI, 2004, p.164).

Dentro desse contexto doutrinário, evidenciou-se que o precedente judicial, principalmente o emanado de Corte Superior possui eficácia vinculante não só dentro da própria Corte, mas também para os juízos inferiores. No entanto, esta descoberta é recente quando comparada com o surgimento dos primeiros resquícios do sistema *common law*, uma vez que a chamada *doctrine of binding precedent*, que

somente surgiu nas primeiras décadas do século XIX. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p.390).

Quando o precedente possui eficácia vinculante para o próprio Juízo ou Tribunal, convencionou-se chamar a isto de eficácia vinculante horizontal. Noutras palavras, trata-se de obrigação de seguir uma decisão proferida por uma instituição de mesma hierarquia. Segundo bem leciona Frederick Schauer (2011, p.5)³, na dimensão horizontal, a obrigação de seguir precedentes de uma decisão anterior, dá-se apenas porque ele veio mais cedo. Neste contexto, a vinculabilidade dos precedentes, será literalmente pela sua “precedência”, por existir previamente uma decisão a respeito do mesmo núcleo material em um mesmo ente, ou, como também, por um órgão, de instância superior ter proferido a decisão, neste último caso, eficácia vinculante vertical.

De um ponto de vista prático, a *stare decisis* em sentido horizontal corresponderia à coisa julgada *erga omnes* em matéria constitucional, uma vez que impede a rediscussão da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. Já a *stare decisis* em sentido vertical, seria efeito vinculante que emana das decisões do Plenário do STF em matéria constitucional. (MARINONI; ARENHART, 2011, p.96).

A imposição do uso dos precedentes em algum momento desperta angústia, porque se poderia pensar, por exemplo, na violação ao princípio da livre convicção do magistrado. A independência do magistrado para resolver as demandas se dá justamente por ser ele o sujeito mais próximo do conflito e capaz de encontrar uma solução que se aproxime ao máximo do justo e dos contornos normativos existentes. Então, dentro de uma margem de discricionariedade, eles poderiam decidir de maneira racional os casos concretos, mas a obrigatoriedade de seguir um precedente acabaria extirpando qualquer convencimento do juiz.

Essa angústia, no entanto, só tem fundamento para existir quando não se conhece os institutos da teoria dos precedentes. Isso porque, ainda que já exista uma solução pronta a ser aplicada, o juiz terá que analisar detidamente o caso para adequar ou

³No original: “Rather, the obligation to follow precedent in its horizontal dimension is, in essence, about treating a prior decision as if it came from above, even if it did not, and is accordingly about following an earlier decision solely because it came earlier.” (SCHAUER, 2011, p.5). Tradução livre: “Em vez disso, a obrigação de seguir precedentes na sua dimensão horizontal é, em essência, sobre o tratamento de uma decisão prévia como se viesse de cima, mesmo que isso não aconteceu, é, portanto, sobre seguir uma decisão anterior apenas porque ele veio mais cedo.”.

não o precedente. Assim, o magistrado, ao realizar o *distinguishing*, perceberá se a sua aplicação será enquadrada.

Desta forma, pode entender-se que a *stare decisis* é a principal doutrina dos precedentes, onde as decisões já proferidas pelos tribunais para casos anteriores serão citados, futuramente, para casos análogos. Isso, por outro lado, trata-se de um poder-dever do magistrado, que, entendendo que não se mostrar cabível aplicar-se o precedente, deverá fundamentar a sua decisão para o caso específico.

Existem ainda diversas outras críticas que recaem sobre a utilização dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, uma delas, inclusive, já foi abordada anteriormente e esclarecida, que foi sobre a separação de poderes e compreensão a partir da cooperatividade entre os três poderes. Mas, existe também a questão do engessamento do direito, que é desmistificada quando se conhece a existência de instituto com finalidade de não imobilizar o direito e promover a superação do precedente, o *overruling*.

Tanto a teoria dos precedentes, como a prática destes, não é algo simplório de conhecer, e, embora com muitos problemas, ainda existem maiores vantagens de tentar aplicá-la adequadamente no território brasileiro. Os precedentes e os seus institutos, diga-se de passagem, o próprio *distinguishing* possuem um lado social, e não seria difícil de enxergá-lo ao pensar, por exemplo, que todos os cidadãos que possuem acesso à justiça, esperam ter seus direitos assegurados, tendo em vista outra situação semelhante, vivenciada por um conhecido. É o verdadeiro anseio de se concretizar a isonomia.

As normas são reguladoras de conduta, e, portanto, uma decisão que tem caráter de norma também será regulamentadora de conduta. Isso influenciará na forma como os sujeitos de direito, pessoas físicas bem como pessoas jurídicas, irão se comportar a fim de evitar sanção judicial, por exemplo.

“Atenta-se, ainda, para o fato de que a eficiência da justiça e a constância da jurisprudência em relação a determinadas questões de natureza empresarial trazem significativos reflexos no contexto econômico” (TUCCI, 2004, p.17). Os precedentes trazem consigo a ideia de previsibilidade. A previsibilidade de um posicionamento jurídico irá refletir no planejamento de vida dos sujeitos bem como em seus negócios. Como exemplo disso, tem-se o impacto das decisões dos Tribunais

Superiores do Trabalho na estruturação das Sociedades Empresariais ou, até mesmo, no receio de se constituir uma. As decisões que se mostram demasiadamente protetivas ao trabalhador (a discussão de vulnerabilidade ou não destes não é relevante no momento), têm causado grandes impactos na Economia Privada do país, e conseqüentemente, também geram danos sociais, quando da diminuição de ofertas de emprego.

Os precedentes também são importantes para os causídicos que vão se guiar a partir dos entendimentos já proferidos e utilizarão estes, inclusive, para embasar os seus pleitos. Além disso, a forma como os tribunais enxergam determinada demanda servirá para que o advogado oriente seu cliente na forma como deve proceder e até evitar verdadeiras aventuras jurídicas daqueles que pensam ter algum direito, quando na verdade não o tem.

Há de se convir ainda, que os precedentes judiciais foram excelentes para o cenário do judiciário lento, afinal, “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”, como evidenciou marcante frase de Rui Barbosa (1997, p.675). De fato, verifica-se que o judiciário passou/passa por um problema sério decorrente da morosidade para solução das demandas que são muitas e intermináveis. Mesmo assim, existe a confiança da sociedade como um todo de que judiciário poderá resolver os problemas de forma a pôr fim nos litígios, e não poderia existir “mecanismo mais perfeito” que o dos precedentes, aptos, sem dúvidas, para permitir maior celeridade.

A decisão que é proferida, seja ela monocrática ou colegiada, tem repercussões amplas para toda sociedade, bem como, especificamente para quem se relaciona diretamente com o problema que foi analisado e às próprias partes.

O surgimento da ideia dos precedentes vinculantes se deu justamente com o objetivo de “limitar a discricionariedade judicial, evitando-se incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na prestação jurisdicional, a fim de buscar maior segurança jurídica na aplicação do direito” (ROSITO, 2012, p.85).

Devido à influência cada vez maior dos precedentes judiciais que surgiram dentro de um contexto *common law*, no ordenamento jurídico brasileiro é que se encontra a importância cada vez maior de se estudar os precedentes e a sua aplicabilidade.

Sobre a aplicação dos precedentes, existe um processo de construção que vai desde se perceber sobre o que trata a demanda, até a aplicação do precedente pelo magistrado ao caso concreto.

Não se propõe aqui vangloriar a existência dos precedentes judiciais e sua obrigatoriedade. É claro que toda sua teoria possui muitas vantagens, o problema, sobretudo, está na aplicação dos precedentes, na ausência de se conhecer os institutos ou de deturpar a sua aplicação.

Então por isso, merece reflexão o ensinamento que segue:

O advogado se dá conta (pois se trata de seus instrumentos de trabalho) das inexoráveis exigências da lógica jurídica e das razões de ordem geral que aconselham a manutenção, na medida do possível, da uniformidade da jurisprudência, garantia da certeza do direito e da igualdade de todos os cidadãos perante a lei. Mas, em certos casos, como pode conseguir explicar a seu cliente, especialmente se este é uma pessoa humilde e ignara das coisas jurídicas, que a uniformidade da jurisprudência às vezes pode servir para justificar as mais impiedosas injustiças? (CALAMANDREI, 2000, p.187).

Como é de se esperar, ainda que existam os melhores e bem feitos fundamentos teóricos, a prática pode não corresponder às expectativas. Dessa maneira, tem-se no cenário atual, que a teoria do *stare decisis* que direcionou o *common law*, a partir principalmente de 1898 foi recepcionada pelo direito brasileiro e ainda necessita de mais esclarecimentos para ser operada, com a finalidade de se evita injustiças.

2.3 PRECEDENTES – CONCEITO

A palavra precedente, de acordo com dicionário da língua portuguesa, deriva do verbo latim *praecedere*, “preceder”, e quer referir-se àquilo ocorrido previamente. Significa “fato que permite entender um outro fato análogo e posterior; decisão ou modo de agir que serve de referência para um caso parecido; exemplo” (HOUAISS; VILLAR, 2009, p.1537).

Também é no mesmo sentido que o famoso Dicionário Jurídico Piragibe, traz as primeiras noções do que quer significar a palavra precedente: “O que ocorreu anteriormente. Ex.: a solução desta demanda tem muitos precedentes na

jurisprudência, isto é, já foram julgados vários casos da mesma espécie” (MAGALHÃES; MAGALHÃES, 2011, p.1069).

Com as referências mencionadas, e o que já fora estudado até aqui, entende-se que os precedentes judiciais, basicamente, consubstanciam decisões jurídicas fundamentadas, que foram proferidas no âmbito das funções do Poder Judiciário, e que poderão ser usadas para fundamentar decisões futuras, justamente porque precedem a nova decisão que está por vir.

Em regra, as decisões proferidas devem servir como norte para novas decisões futuras, no entanto, há quem entenda que nem toda a decisão prolatada possuirá essa função, ou seja, nem toda decisão será um precedente. Para que uma decisão seja considerada um precedente ela não poderá tratar acerca de uma matéria meramente de fato, devendo, necessariamente exaurir uma questão de direito (mérito). Além disso, não pode a decisão se limitar a reproduzir o texto da lei, “é preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto.”. (MARINONI, 2010b, p.215-216).

Essa visão supracitada não é de toda majoritária, uma vez que é possível que decisões sobre questões de admissibilidade, sejam invocadas como precedente na solução de uma futura ação. Isso porque, se exige a presença da motivação acerca da matéria analisada em qualquer decisão jurídica, então existe sim a possibilidade desta motivação possuir fortes razões para ser invocada como precedente mesmo quando se resolve questões de admissibilidade, como a questão da competência, por exemplo (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p.437). Desta forma, parece mais coerente, entender que um precedente pode surgir de qualquer decisão (seja de cognição sumária ou exauriente), desde que no conteúdo de sua fundamentação se encontre uma matéria nova que não foi decidida anteriormente, e mais, que seja utilizado em uma decisão subsequente.

Os precedentes, de forma geral, seriam as decisões proferidas por qualquer órgão julgador de um sistema jurídico, independente de ser aquele o tribunal que primeiramente irá analisar a questão, ou já analisará as razões recursais (tribunais de primeira, segunda ou terceira instâncias), bem como, se o resultado teria ou não efeitos vinculante (GOMES, 2009, p.17).

Há também nos dias atuais, grande tendência da doutrina brasileira em entender que “é suficiente uma decisão para constituir precedente, que será a primeira decisão a elaborar a tese jurídica ou que definitivamente a delineará” (ROSITO, 2012, p.94). Essa ideia somente era verificada em países tradicionalmente seguidores da *common law*, no entanto, superada a problemática filiação brasileira por uma ou outra tradição, se percebe que o art. 105, III, c, da CF/88⁴ admite que seja analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), recurso especial que verse sobre somente uma decisão contrária a interpretação de outro tribunal.

De uma decisão, de onde se poderá extrair um precedente, ainda se percebe que nem todas as suas partes terão a capacidade de vincular. Isso porque, a decisão judicial, mas especificamente, a sentença ou o acórdão se constituirão a partir de três elementos: relatório; fundamentação (ou motivação) e dispositivo, como prevê o art. 458 do Código de Processo Civil de 73 cujo *caput* é: “São requisitos essenciais da sentença” (BRASIL, 1972). É justamente na fundamentação onde está a análise jurídica capaz de gerar ao precedente um caráter obrigatório/persuasivo. Nas precisas palavras de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p.385): “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. É em verdade, o “núcleo essencial” retirado da fundamentação referida, que também é conhecido na teoria dos precedentes como *ratio decidendi* (expressão utilizada mais pelos ingleses) ou *holding* (utilizada entre os norte-americanos).

A parte da decisão judicial capaz de vincular, que se encontra na fundamentação, é também chamada de norma jurídica abstrata, ou seja, é norma geral identificada a partir de um problema concreto, e, será essa interpretação jurídica que necessariamente servirá como resolução para demais processos.

Dessa maneira, conclui-se que nem toda decisão será um precedente, bem como, nem todos os elementos deste precedente serão vinculantes (terão efeitos obrigatórios) para um caso futuro, somente a sua *ratio decidendi*. Daí porque, ainda

⁴ “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal [...]” (BRASIL, 1988).

no sentido de conceituar precedentes, leciona José Rogério Cruz e Tucci (2004, p.11-12): “O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”.

Mesmo com a ressalva, não há dúvidas de que é a partir da decisão que surge o precedente. E quanto ao efeito jurídico, existem basicamente duas categorias de precedentes: os vinculantes/obrigatórios, como mencionado (ex: Súmulas Vinculantes), onde se aplica fielmente a teoria do *stare decisis*; e os persuasivos que são aqueles seguidos, não pela sua eficácia vinculante, mas porque existe no juiz do atual caso a convicção de que o precedente foi acertado e se adéqua ao novo caso analisado.

Este último precedente possui somente, mas, não menos importante, autoridade persuasiva (*persuasive authority*) (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p.444). É o que se depreende do art. 285-A⁵ do CPC, que faculta ao magistrado incumbido de analisar a lide que contenha matéria “exclusivamente de direito”, julgar de logo a ação, sem necessidade de citar as partes, quando já tiver sido proferido outro julgado improcedente em caso idêntico anterior, reproduzindo então a mesma sentença já previamente prolatada. É o julgamento liminar, declarando, de logo, improcedente os pedidos feitos pelo autor.

O art. 285-A é passível de críticas por entender que o dispositivo viola muitos princípios constitucionais processuais, a exemplo, do contraditório e da ampla defesa, duplo grau de jurisdição, devido processo legal e do acesso à justiça. Lenio Luiz Streck (2006, p.20) indaga:

Como interpretar o enunciado “e no juízo já houver sido proferida sentença”? E o que são “casos idênticos”? Se são “casos”, não podem ser somente “de direito”, pois não? E o que é proferir “sentença reproduzindo o teor da anteriormente prolatada”? E o que dizer da nova figura jurídica criada: o juiz profere sentença “reproduzindo” a anterior, rechaçando o pedido; o autor reclama e o mesmo juiz pode revogar a sua própria decisão...! Ou seja, o novel dispositivo permitirá que o juiz – de primeiro grau – decida de forma terminativa duas vezes...!

Bom, a realidade é que o referido artigo traz sim muitas inquietações diante da sua aplicação. O que parece é que o único beneficiado com o instituto é o “pseudoréu”,

⁵ Trecho incluído pela Lei nº 11.277, de 2006: “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada” (BRASIL, 1973).

já que este sequer toma consciência de que seria demandado, neste caso não seria tolhido o seu direito de contraditório e da ampla defesa. Ademais, caso existindo recurso, este seria citado para exercer os atos cabíveis na ação.

Diante da dificuldade e incerteza da aplicação do artigo, sobretudo porque as consequências são muito drásticas, uma vez que põe fim ao processo antes mesmo que ele se inicie propriamente, o STJ no julgamento do REsp.1225227/MS, em 28 de maio do ano de 2013, esclarecendo questões acerca desta “técnica de aceleração”. (BRASIL, 2013d)

A decisão foi proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao decidir o recurso em que uma instituição financeira pleiteava que fosse inalterada a decisão de primeiro grau que aplicou o disposto no artigo 285-A do CPC e julgou improcedente ação revisional de juros ajuizada por cliente. O autor alegava que o contrato bancário continha cláusulas prevendo a cobrança de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, devendo, portanto, ser revistas tais previsões (BRASIL, 2013c).

Recorrida à decisão de improcedência com base no art. 285-A do CPC, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) deu provimento à apelação para cassar a sentença e determinar prosseguimento da ação. O TJMS entendeu que a aplicação do artigo não pode inovar, devendo estar condicionada à certeza de que a questão já se encontra pacificada, tanto no primeiro quanto no segundo grau de jurisdição, devendo, ainda, a demanda versar sobre matéria unicamente de direito.

Segundo a relatora Ministra Nancy Andrighi, ao transcrever o seu voto, entendeu que:

Note-se que, se o juiz de primeiro grau julga improcedente o pedido e o seu tribunal correspondente julga de forma diversa, mesmo que o tribunal superior siga a mesma linha de entendimento adotada pelo juiz, este não deverá utilizar a técnica de aceleração do processo, posto que, seguramente, o seu tribunal mudará o entendimento e abrirá as portas para a morosidade desnecessária do processo (BRASIL, 2013d).

O que restou evidenciado, que o artigo foi criado para acelerar o processo diante de toda morosidade, e, uma vez aplicado de forma arbitrária, tende ainda mais a demorar, quando deverá se analisar todos os recursos interpostos. Ficou ainda sedimentado o entendimento de que para aplicação da improcedência liminar, mais importante do que existir sentenças de improcedência em “casos idênticos” é a

conformidade delas com a jurisprudência sumulada ou dominante do respectivo tribunal local e dos tribunais superiores (BRASIL, 2013d).

Dessa forma, o art. 285-A do CPC já é consagrado pela doutrina como um precedente impeditivo de instância ou, também, uma hipótese de improcedência *prima facie*, possibilita que o magistrado utilize a sentença de um processo anteriormente decidido. No entanto, o que se pretende com isso não é simplesmente que ele “copie e cole” a sentença fielmente, mas que ele se aproveite do conteúdo da antiga sentença. Como ensina Fredie Didier Jr. (2013, p.517): “É preciso demonstrar que a *ratio decidendi* da sentença-paradigma serve à solução do caso ora apresentado ao magistrado”.

Na tentativa de pacificar a improcedência liminar, o projeto do Novo Código de Processo Civil (NCCP) trará no art. 333⁶ critérios mais específicos para adoção do precedente no momento do julgamento. No entanto, como alerta Iure Pedroza Menezes (2011, p.189), esses incisos limitam o poder criativo do magistrado de primeiro grau, quem acompanhou todos os atos processuais de perto, objetivando a suposta melhor decisão. Ainda segundo o autor, foi esse mesmo o propósito da comissão legislativa, de afastar “a livre convicção do magistrado” quando decidir pela improcedência no primeiro momento processual, chamando atenção que em verdade, todas as decisões são julgadas conformes as convicções do judiciário.

Há ainda outra espécie de precedentes, aqueles chamados de “relativamente obrigatórios”, que seria quando da existência da possibilidade de se afastar o uso de um precedente, desde que justificando o motivo pelo qual não foi utilizado. Há quem entenda que “para ser afastado é necessário que seja claramente incorreto” (SOUZA, M., 2011, p.54).

⁶ Diz o art. 333, que “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que: I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência; IV – for manifestamente improcedente por contrariar o ordenamento jurídico; V – contrariar enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desdelogo, a ocorrência de decadência ou prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em cinco dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu para apresentar resposta; se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de quinze dias. § 5º Na aplicação deste artigo, o juiz observará o disposto no art. 521” (BRASIL, 2013a).

Pode-se ainda visualizar a existência de “precedente obstativo de revisão das decisões”. Estes são os precedentes que impedem recursos ou remessa necessária, já que a própria lei autorizou aos magistrados a negativa de seguimento a essas demandas. Seria uma espécie de “desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes”. (DIDIER JR.; SARNO; OLIVEIRA, 2013, p.444). Existem artigos elencados no Código de Processo Civil que, inclusive, confirmam a existência desses precedentes e conferem legitimidade à aplicação pelos magistrados desses institutos. Exemplo disso é o art. 518, § 1º do CPC que atribui ao juiz *a quo*, quando da análise dos pressupostos de admissibilidade de um recurso, a possibilidade de negá-lo seguimento quando a sentença prolatada, ora recorrida, estiver de acordo com entendimento que já foi pacificado e sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal.

Além desse exemplo supracitado, existe ainda o artigo 557, caput, do CPC que, imperativamente, estabelece que o juiz relator de um recurso irá negar seguimento, dentre outras hipóteses, quando estiver confrontando súmula ou jurisprudência pacífica do próprio tribunal, do STJ, STF ou de Tribunal Superior.

Pertinente se faz os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011, p.100) sobre o tema:

Não obstante, o juiz não está obrigado a decidir de acordo com súmula do Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, ele tem apenas o dever de não admitir a apelação que se dirige contra sentença em conformidade com tal súmula.

Claro que para o uso dos precedentes com um efeito ou outro, depende também de fatores externos, como o tribunal que está julgando e a semelhança entre os casos, por exemplo. (SOUZA, M., 2011, p.56).

Mesmo com todas essas classificações, há quem entenda que a classificação dos precedentes quanto a sua autoridade, só possui sentido, ou seja, tem utilidade, quando se divide em duas categorias: precedentes obrigatórios (*binding precedent*) e precedentes persuasivos (*persuasive precedent*).⁷ (SOUZA, M., 2011, p.56). Trata-se da maneira como irá ser percebida a autoridade do precedente para o caso em discussão.

⁷ Assim pensa não somente Marcelo Alves Dias de Souza, mas também outros autores. Sobre o assunto, vide: FARNSWORTH, Edward Allan. **Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos**. Tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

Por outro lado, embora existam variadas classificações, de uma maneira ou outra, não se pode negar que a decisão judicial, que trate de matéria de direito, ou seja, aquela que se proponha a ser um precedente possuirá sim caráter vinculante, mesmo que enxergada de forma obrigatória ou persuasiva. Existe a vinculabilidade nas decisões porque a utilização adequada da decisão anterior (do precedente) pelo magistrado, diante de uma decisão concreta, somente irá dar maior efetividade às decisões quando garante a concretização de um devido processo legal, respeitando por consequência, princípios como a duração razoável do processo, igualdade e segurança jurídica.

Resta entender até que ponto um dado precedente influencia a decisão judicial de um caso semelhante.

2.3.1 Precedentes X Jurisprudência X Súmula

Dito, em síntese, o conceito de precedente, embora o conceito não chegue perto do que a sua aplicação significa, percebe-se que existe grande confusão terminológica com três termos que estão, inegavelmente, entrelaçados. Quais sejam: precedente, jurisprudência e súmulas.

O termo precedente, que não se confunde com decisão, como já visto, pode ser entendido como decisões prévias que são consideradas para uma demanda subsequente em que se discute a mesma ou semelhante questão jurídica, e que pode, ou não, ser necessariamente usado (vinculante). Ainda em uma mesma linha de raciocínio, entende-se a presença da famosa jurisprudência, mas esta, por sua vez, significa o conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto.

Para Michelle Taruffo (2007, p.87-88) a jurisprudência se diferencia do precedente, justamente pela existência de um caráter quantitativo, uma vez que esta se refere a uma pluralidade, frequentemente ampla, de decisões sobre os mais diversos casos.⁸

⁸ No original: “Antes que nada, existe una distinción de carácter, por así decirlo, cuantitativo. Cuando se habla del precedente se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos.” (TARUFFO, 2007, p 87-88). Tradução livre: “Antes de tudo, uma distinção de caráter, por assim

Com isto, percebe-se que a expressão precedente judicial é mais abrangente que jurisprudência, contendo dentro dele esta última. Assim, a jurisprudência seria a aplicação reiterada de um determinado precedente.

Há ainda, nas lições de Michelle Taruffo (2007, p.88, tradução nossa), uma diferença qualitativa entre o precedente e a jurisprudência, afinal, “como acontece com frequência, a quantidade condiciona a qualidade”, noutras palavras, o que pretende explicar o jurista é que não existe uma interpretação já firmada quando se aplica um precedente, o que requer do juiz uma maior análise do caso para decidir ou não se existe o precedente para o caso⁹.

O precedente, dessa forma, é um julgado individual que poderá vir a interagir com outros julgados semelhantes formando, ou não, uma jurisprudência.

Sobre as súmulas, como ensina Marcelo de Souza (2011, p.253): “quer significar o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, abrangendo os mais variados ramos do nosso Direito, organizado por verbetes numerados sem compromisso com a tentativa do assunto”. O que se quer dizer, é que súmula é o entendimento predominante de um tribunal sobre determinada matéria, a predominância de determinada jurisprudência, e não o enunciado. O enunciado da súmula, nada mais é do que a forma como o entendimento vem traduzido e organizado. (NERY JUNIOR, 2004, p.109).

dizer, quantitativo. Ao falar do precedente é geralmente referido a uma decisão sobre um caso particular, enquanto que quando se fala de jurisprudência geralmente feita referência a uma pluralidade, muitas vezes, bastante ampla, a partir de decisões em vários casos específicos.”.

⁹ No original: “De otra parte, como sucede a menudo, la cantidad condiciona la calidad, lo que lleva al punto de establecer una diferencia cualitativa entre precedente y jurisprudencia. El precedente provee una regla – susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos. Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, “crea” el precedente” (TARUFFO, 2007, p 88). Tradução livre: “Além disso, como muitas vezes acontece, a quantidade determina a qualidade, o que leva ao ponto de estabelecer uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência. O precedente proporciona uma regra - que pode ser universalizada, como já foi dito, pode ser aplicada como um critério de decisão, no caso referido, dependendo da identidade, ou, como ocorre regularmente, a partir da analogia entre os eventos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia entre os dois casos é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo segundo se retenha aos elementos de identidade ou elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, juiz do caso sucessivo que estabelece ou não o precedente, então, por assim dizer, ‘cria’ o precedente”.

Desta maneira, didática e interessante é a conclusão de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2013, p.450), quando afirmam: “Há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. São noções bem ligadas”.

Nesse diapasão, está o posicionamento de Lenio Luiz Streck, que é conciso ao afirmar que “súmula não é precedente”. No entanto, embora tal entendimento corrobore com o que já fora dito, as razões e radicalismo em separar as duas ideias parece equivocada. Senão vejamos:

Precedentes são “feitos” para decidir casos passados; sua aplicação em casos futuros é incidental. [...] Precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas (ou os ementários em geral, coisa muito comum em *terrae brasiliis*), ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos”- características presentes na lei – que são editados visando à solução de casos futuros (STRECK; ABOUD, 2013, p.30-31).

Em uma primeira análise, essa forma de conceituar precedentes poderá acabar igualando, terminologicamente, os conceitos de precedente e a própria decisão que, potencialmente, servirá de paradigma ou não. E isso porque, o precedente só nasce quando outro caso futuro vem a ser apreciado, sendo este último essencial para dar o status de precedente ao primeiro. Deixado de lado qualquer denominação específica, é de uma perspectiva transcendental que se deve visualizar o precedente, pois os seus efeitos se projetam para além das partes propriamente ditas do processo e estende-se à coletividade. O que não se percebe, por derradeiro, nas decisões que, na maioria das vezes, não transcendem sua relevância para outros processos (ROSITO, 2012, p.92-93).

Ora, não parece coerente toda a afirmativa, pois somente identificaria uma função restritiva exercida pelos magistrados ao resolverem as demandas, uma vez que estariam eles unicamente ocupados em solucionar os fatos concertos imediatos e não pensando no futuro. Essa postura, no entanto, não se faz coerente dentro de um sistema integrado de direitos e garantias, onde não existe novidade em se afirmar que a segurança jurídica é fundamento da própria ordem jurídica e as decisões, por si só, carregam expectativas de direito formando, em última análise, normas gerais e abstratas. Nas palavras de Daniel Mitidiero (2012, p.91): “a decisão judicial dá lugar à construção de uma linguagem específica visando à obtenção da unidade do direito. O seu endereço é institucional e direcionado à sociedade em geral.”. Desta forma, os tribunais quando decidem uma questão estão cientes de que ela poderá

servir como precedente, pois uma decisão é, antes de tudo, reflexo da maneira como um juiz ou corte pensa a respeito de uma situação concreta.

Quanto ao conceito de súmulas, a ideia apresentada é perfeita já que a súmula realmente tem a pretensão de solucionar casos futuros, mas, por outro lado, não se pode deixar de perceber que a edição daquela súmula foi em virtude de precedentes reiterados (jurisprudência) dominantes dentro de um tribunal. Ademais, embora não sejam sinônimos, precedentes e súmulas são conceitos que estarão sempre associados, e não em lados diametralmente opostos.

Para sumular é preciso que se passe por um procedimento interno de cada tribunal chamado de procedimento de uniformização de jurisprudência. O artigo 479 do CPC é muito claro ao dispor que: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência” (BRASIL, 1973). Com isso, extrai-se dessa uniformização, um enunciado que irá fazer parte da súmula que são vinculantes para o próprio tribunal emitente.

Já a súmula pode ser entendida como a interpretação dada pelo Tribunal à determinada questão jurídica, e, muitas vezes, aparece como uma forma de preencher lacunas legais. Ela não merece uma reinterpretação do enunciado com o caso concreto, já que a pretensão era justamente sanar qualquer dúvida quanto à aplicação das normas. A segurança jurídica visada pela súmula exige a observância, quando o caso se amoldar ao enunciado, da sua integral aplicação.

A ideia que se tem das súmulas é que elas funcionam como uma advertência do tribunal, como se o enunciado quisesse fazer constar a interpretação adequada que deve se dá para determinados casos. E é justamente assim que ele deve ser visto no futuro, como orientação a ser seguida para concretização de segurança jurídica.

As súmulas editadas, ainda, transcendem o tribunal que a emitiu. É assim que acrescenta Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p.259):

[...] o ordenamento jurídico pátrio passa a prever, além da já referida vinculação interna (o tribunal necessariamente vinculado à sua própria súmula ou jurisprudência vinculante), o que se pode chamar vinculação externa indireta, pois os tribunais não ficam vinculados somente às suas próprias súmulas ou jurisprudência dominante, mas também às do Supremo e dos Tribunais Superiores.

Quando se fala de Súmula Vinculante propriamente dita, pretende-se referir à súmula que foi constitucionalmente regulada com a EC 45/04, acrescentando o art. 103-A¹⁰ na Constituição Federal de 88 e que conferiu somente ao Supremo Tribunal Federal a edição destes enunciados de Súmula Vinculante. A alteração legislativa trouxe todo o procedimento que deve ser observado para aprovação da referida Súmula, os objetivos a serem alcançados, os mecanismos para o seu eventual cancelamento, bem como o recurso cabível quando da sua não observância ou observância indevida pelos demais órgãos da administração.

Como para a criação da súmula, para sua aprovação, é necessário o voto da maioria dos Ministros, se percebe que elas verdadeiramente significam o posicionamento dominante do tribunal. A súmula, que não deixa de ser um precedente qualificado, demonstra para sociedade a forma como pensa o tribunal sobre determinados aspectos, evidenciando, por assim dizer, a cara do tribunal, ou seja, corporificando os pensamentos que antes eram internos.

Desta maneira, tem-se que os conceitos de precedente, jurisprudência, súmulas, enunciado de súmulas e as súmulas vinculantes não se confundem, embora seja muito comum a confusão terminológica. Esse trocadilho por assim dizer, pode até parecer irrelevante no mundo concreto, mas não é, sobretudo, quando se está diante de decisões abomináveis proferidas por juízos isolados e que não podem ser invocadas, sem qualquer pudor, como jurisprudência.

Toda essa confusão terminológica perpassa pela maçante afirmação já proferida neste estudo algumas (se não muitas) vezes, de que ainda há o desconhecimento tanto dos magistrados e tribunais, como dos juristas, estudantes e jurisconsultos, da aplicação dos precedentes judiciais (*lato sensu*). E o problema disso fica evidente,

¹⁰ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

quando, para todas, ou quase todas, existem um tipo de solução evidenciada através de jurisprudência. Não raras são as vezes que, para justificar situações até então tida como manifestamente antijurídica, é invocada uma decisão isolada da “terra do nunca” e sustentar a plausibilidade do pedido. Cabe então, principalmente aos que convivem no mundo jurídico, bom-senso ao se referir aos termos com suas devidas cautelas.

Diante de tudo já dito é importante perceber, que o termo precedente utilizado no corpo deste trabalho, é usado de forma ampla para designar, em última análise, também jurisprudências e súmulas dos tribunais a depender do contexto inserido.

3 *DISTINGUISHING* E A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Preliminarmente, cumpre esclarecer que não haveria por que trazer no presente trabalho uma seção que somente abordasse sobre a aplicação dos precedentes e outra sobre o instituto do *dinstinguishing*, e isso se dá por uma razão muito simples: ambas as ideias caminham juntas. Ou seja, não há como aplicar uma jurisprudência existente sem utilizar-se da técnica da distinção. Afinal, é esta que permite o magistrado analisar a congruência entre a norma preexistente e o caso em apreciação.

Já fora dito que os precedentes podem ser seguidos pelo magistrado, como é o caso do art. 285-A do CPC, como também devem ser seguidos, no caso das súmulas vinculantes, por exemplo. Em ambos os casos, havendo a possibilidade ou a imposição de se seguir, é preciso conhecer a dinâmica para utilizá-lo de maneira adequada. Esta maneira adequada deve ser entendida como aquela que busque maior efetividade, em decorrência, sobretudo, dos princípios processuais constitucionais, posto que ao magistrado caiba exercer sua tutela jurisdicional buscando o fim último da justiça e concretização de direitos, ponderando também as desigualdades de cada caso fático.

Até recentemente, os ensinamentos jurídicos brasileiros eram embasados na ideia de que no Brasil se vive/segue a tradição da *civil law*. Nesta tradição, os precedentes judiciais, em regra, somente gozariam de força persuasiva e não obrigatória. Isto, no entanto, é um mito que não mais condiz com a realidade do cenário jurídico brasileiro, já que existem precedentes que obrigatoriamente devem ser seguidos. Assim, quando ao precedente vinculante é atribuída força cogente, é preciso verificar que haverá situações nas quais o precedente não será aplicado, ou até será afastado, pois ao sistema é conferida flexibilidade e não imutabilidade.

Talvez pela crença na filiação com o *civil law*, os estudos que tratem com mais naturalidade sobre os precedentes judiciais ainda são poucos, senão, raros. Não se encontram nos cursos de graduação em Direito, pelo menos na grande maioria, abordagem em temas como, por exemplo, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling*, que são conceitos imprescindíveis à aplicação prática dos precedentes e, ainda hoje, pouco explorados.

A utilização do precedente também está associada à ideia de dar maior celeridade na solução das demandas, que embora sejam muitas e infinitas, clamam por soluções mais rápidas para assegurar direitos de todas as naturezas. Desta maneira, tendo em vista as mudanças jurídicas processuais, conjuntamente com a atual visibilidade do Supremo Tribunal Federal na solução de problemas públicos e sociais, seria injusto não estudar estes institutos, em especial o *distinguishing*, para entender a utilização dos precedentes e avaliar a possibilidade, ou não, da sua aplicabilidade em um processo futuro.

3.1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

Antes de mais nada, alguns conceitos precisam ser trabalhados, para que então se possa chegar ao tema/problema do *distinguishing*. Tais conceitos, se mostram como premissas básicas para perceber como esse instrumento em verdade se tornou um vilão dos pliares principiológicos do ordenamento jurídico brasileiro, por ser realizado de qualquer maneira e ao “bem querer” do magistrado. Então, passa-se a estudar as noções que seguem:

3.1.1 A *ratio decidendi* (ou *holding*)

A *ratio decidendi* (para os ingleses), ou o *holding* (para os norte-americanos), constitui elemento imprescindível do precedente, pois é ela que possui efeito vinculante e, portanto, capaz de obrigar outros juízos a segui-lo. São elas expressões sinônimas e significam a razão que ensejou a conclusão do processo, é a “razão de decidir” (TUCCI, 2004, p.177). Trata-se, noutras palavras, dos fundamentos fáticos e jurídicos que levaram o juiz, após processo hermenêutico, a decidir a demanda daquela maneira e não de outra.

Pode-se dizer que a *ratio decidendi* seria a resposta para o questionamento mental, do porquê de ser aquela a solução da demanda, de todos os elementos que

caminharam para a solução específica. Desta maneira, dentro do modelo estrutural da sentença é na fundamentação o melhor lugar para encontrá-la. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2010b, p.221), “a razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra.”.

Nem sempre a *ratio decidendi* está evidenciada na decisão que formou o precedente e deverá ser definida por aquele órgão que irá se valer da aplicação do precedente para o caso que se analisa no momento. E, ainda que a *ratio decidendi* esteja desde logo posta no precedente, os juízes deverão identificá-la. Luiz Guilherme Marinoni diz que melhor se entende “as razões determinantes” de um precedente, quando se separa as ideias de texto e norma. Esta última, é a interpretação propriamente dita do caso concreto, é a conclusão que dá sentido ao direito (MARINONI, 2013a, p.194).

Embora se fale em encontrar a *ratio decidendi*, ela é formulada, de uma forma ou de outra, a partir de todos os elementos da decisão, ou seja, do relatório, da fundamentação e do dispositivo. Assim, explica Patrícia Perrone de Mello (2008, p.120), que para delimitar o *holding* é necessária a análise: “a) dos fatos relevantes do caso concreto, b) da questão posta em juízo, c) da fundamentação e d) do que restou decidido.”. Afinal, somente com o estudo desses aspectos, pode-se, satisfatoriamente, identificar o preceito vinculante e, se ainda assim subexistir dúvidas, irá analisar o resultado significativo ou não da conseqüente retirada do suposto *holding* do contexto da decisão. Desta forma, embora o *holding* possa ser basicamente extraído da fundamentação, todas as questões mencionadas devem ser interpretadas.

Identificar a *ratio decidendi*, que é o que vinculará decisões futuras, pode até parecer algo simples, mas não é a realidade, e será justamente essa primeira análise sobre as razões de decidir, do que realmente importa na resolução da demanda, que irá influenciar na dinâmica da aplicação dos precedentes, e de realização do *distinguishing*.

Alguns métodos foram criados ao longo dos tempos com a finalidade de se identificar o que seria o *holding*. Adverte, nesse sentido, Celso de Albuquerque Silva

(2005, p.210-211) que os métodos desenvolvidos tiveram como ponto de partida as discussões acerca da função exercida pelos julgadores.

O “método fático-concreto” se associa com função social restritiva desenvolvida pelas cortes judiciais, pois estaria limitada ao julgamento daquela lide específica e, portanto, preocupando-se somente com as situações fáticas do caso concreto. Seria uma função mínima, que não leva em consideração a possibilidade de servir de precedente para casos futuros. Por outro lado, o “método abstrato-normativo” segue a ideia de que existiria uma função ampliativa, já que a preocupação não seria somente com a solução do caso, porque a decisão ultrapassava as partes envolvidas e seria capaz de estabelecer normas gerais para toda sociedade.

O estudo mais restritivo de identificação do *holding*, que foi proposto por Goodhart, sugeria que existia a necessidade de separar os fatos materiais dos fatos imateriais e, posteriormente, verificar qual o mandamento que levou ao resultado da demanda. Os fatos materiais foram aqueles relevantes para o caso anterior e, normalmente, já existira alguma ressalva por parte do sentenciante. Este método-fático possuía a premissa de que casos iguais deveriam ser tratados da mesma maneira (*treat like cases alike*), mas se fazia importante notar que os casos sempre guardam peculiaridades, capaz, inclusive, de não tonarem-se idênticos a outros casos. (MARINONI, 2010b, p.228-229).

Como os fatos materiais eram os que verdadeiramente importavam, quanto mais fatos materiais existissem menor seria o grau de generalidade da norma. O que se percebeu por derradeiro, é que de um mesmo fato material várias interpretações poderiam ser concluídas, demonstrando muita generalidade e incerteza na aplicação do método. Para explicar o fracasso da metodologia fático-concreta, Celso de Albuquerque Silva (2005, p.217) evidencia que, o jurista Julius Stone (1959), crítico do método de Goodhart, trouxe o clássico exemplo do caso *Donoghue v. Stevenson*, muito conhecido por ter introduzido no âmbito jurídico a figura da responsabilidade civil por negligência. Tratava-se a problemática do evento em que a autora do processo havia adquirido e consumido parte de uma cerveja de gengibre quando percebeu que na garrafa existiam restos de lesmas, lhe ocasionando futuramente problemas de saúde. Então, somente de um fato material apenas, como, por exemplo, o veículo do dano, várias interpretações seriam postas. Poderiam ser: garrafas de cervejas de gengibre, garrafas em geral, recipientes de bebida, frascos

transparentes com líquidos ou somente frascos, enfim, existia generalidade nos próprios aspectos materiais, suficientes para não precisar especificadamente a *ratio decidendi*.

O que acontece com o problema supracitado é que conferir maior discricionariedade para os tribunais, no momento de se averiguar se deverá ou não seguir o precedente, não se compatibiliza com a ideia de vinculação inerente da própria *ratio decidendi*. Dizer que algo deve obrigatoriamente ser seguido, vai de encontro com as diversas possibilidades que este “algo” possa oferecer. A ampla margem de interpretação conferida a alguns fatos materiais acaba por se tornar o próprio refúgio da não adoção de um precedente. Assim, conclui Celso de Albuquerque Silva (2011, p.73): “É que, como uma questão prática, a força da doutrina vinculante é inversamente proporcional à discricionariedade que a corte vinculada possui para determinar qual é o *holding* do precedente”.

Era preciso a criação de critérios para estabelecer classes de fatos e encontrar a similitude dos casos, daí porque se entende que, ainda que se defenda um método fático-concreto, a fundamentação exarada pelas cortes é de extrema importância para encontrara o *holding*.

Já, por outro lado, o método abstrato-normativo, desenvolvido por Wambaugh, preconiza que o *holding* será uma regra geral, mas que o magistrado deverá se valer de enunciados normativos e seus fundamentos jurídicos. Trata-se de regra que no caso de sua ausência, o resultado ficaria prejudicado. Então, após formular “suposta proposição de direito”, deveria inverter o sentido desta última para verificar a sua essencialidade.

O defeito dessa experiência, que melhor se adéqua ao sistema de precedentes por pensar nos futuros casos, está justamente no fato de mais de uma proposição poder levar a um mesmo resultado. Como haveria a possibilidade de se chegar, por mais de uma maneira ao mesmo resultado, poder-se-ia concluir que todos os caminhos seriam em alguma medida descartáveis, e, portanto, desnecessários, já que outro fundamento poderia supri-lo para encontrar a solução final. (MARINONI, 2010b, p.224). Assim, imagina-se de forma muito prática e até esdrúxula, porque não há como o debate simplesmente se resumir a números, que: um magistrado ou tribunal, entendeu que a sentença de alguma demanda, levando como fundamentos a

proposição “ $2 \times 4 = 8$ ” e, também por, “ 2^3 ” ser igual 8, deverá, inevitavelmente ser 8. Ocorre então que, mesmo sendo uma das proposições fundamentadas excluída, o comando será fatalmente o mesmo, evidenciando que, caso existam dois fundamentos ou mais, o experimento não funcionará.

“A dificuldade para determinar a *ratio decidendi* de um caso qualquer decorre, em minha opinião, da pressuposição de que há *apenas uma ratio* em cada caso julgado.” Sábias são as palavras de Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p.270), resumindo os problemas apontados pelos críticos dos métodos fático-concreto e abstrato-normativo, que quando pensados, só teriam sucesso se somente existissem um *holding*, não atentando para a outra possibilidade (de coexistirem várias *rationes decidendi*), o que, diga-se de passagem, é muito comum.

Ensina Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p.138) que são duas as dificuldades para encontrar a *ratio decidendi* quando existem várias. A primeira se dá quando o tribunal exalta mais de uma razão para justificar sua decisão. Neste caso, embora haja pensamentos divergentes, majoritariamente se entende que, na análise do caso posterior, o julgador estará vinculado a todas as *rationes* depreendidas no antigo caso que será (ou não) tomado como precedente. A segunda dificuldade seria na hipótese de existirem, dentro de um órgão colegiado, diversas razões emanadas por cada magistrado, mas que levam a um único resultado. Neste caso: “falta razão discernível e, portanto, está a corte do caso posterior livre para decidir com base em outro parâmetro.”.

Inexiste consenso sobre a utilização de uma ou de outra metodologia apontada e, embora no *common law* existam críticas sobre ambas, entende-se que elas foram, em suas medidas, importantes para propiciar a busca da *ratio decidendi*, revelando os primeiros trilhos a serem percorridos. Isso porque, ao passo que um método chama atenção para a preocupação que deve se ter aos fatos do caso, outra se debruça sobre a fundamentação capaz de levar à conclusão.

Não restam dúvidas de que os fatos são extremamente importantes para relacionar o antigo caso com o que se está a decidir, mas o relacionamento entre os fatos possuirá, inevitavelmente, certo grau de generalidade. Isso se dá porque o fato em si deve ser percebido como pertencente à categoria, a um conjunto maior, e não como um fato realmente idêntico. É o fato gênero e não espécie.

Tomando o grau de generalidade dos fatos, explica Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p.136), ao citar McLeod (1996), que no caso *Donoghue v. Stevenson*, “da lesma na cerveja”, o princípio extraído deveria ser capaz de se aplicar a todos os produtos de comida e bebida. Isso porque, o substrato fático deve abarcar um conjunto de situações, já que se faz improvável que fatos literalmente idênticos ocorram com frequência. Principalmente um evento como o do precedente narrado, onde corpos estranhos estão depositados dentro de um recipiente de bebida. O limite racional existente é importante para que não se distinga os fatos, e, portanto, se aplique ou não o precedente quando isso não deveria ocorrer.

Importante ainda mencionar o maior e sério problema quando da aplicação de um precedente judicial: a falta de motivação das decisões. Embora a fundamentação seja parte da própria sentença e, portanto, um dever do magistrado de fazê-la, ainda comum se deparar com a sua ausência. Nestes casos, a decisão será desprovida de *ratio*, e, conseqüentemente, de efeito obrigatório.

Não parece desnecessário discorrer, ainda que breve, sobre a motivação das decisões judiciais, pois esta, mais do que pressuposto para verificação da *ratio* e da formulação de precedente, é um princípio processual constitucional inerente ao Estado Constitucional¹¹. (MITIDIERO, 2012, p.86). Sempre são bem vindas as lições de J.J. Calmon de Passos (1999, p.69), como seguem:

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim *um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que tem poder de decidir*. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões) a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade

¹¹ Como se depreende do art. 93, inciso IX da CF/88: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, 1988).

da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais.

Verifica-se assim, que a ausência da fundamentação\motivação, além de violação da ordem jurídica, é diretamente violação das partes do processo que possuem a garantia de exercer o seu contraditório. O discurso presente na fundamentação, capaz de gerar ou não um precedente, estaria de todo prejudicado. Em verdade, essa decisão sem fundamentação, não deveria sequer receber o “título de decisão”, não sendo considerada existente no mundo jurídico, todavia, o entendimento majoritário é que são estas decisões consideradas nulas. Tal entendimento, *mutatis mutandi*, deve servir para as decisões com fundamentações deficientes.

Mesmo com alguns dos problemas para a verificação do *holding* já mencionados, Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p.277-282.) compreende que a solução ideal seria a utilização de um *silogismo jurídico* que demonstraria todo o caminho seguido pelo magistrado na construção da decisão judicial. Nas fiéis palavras: seria uma “elucidação das premissas normativas tomadas como etapas de justificação de uma decisão judicial”, seria “a estrutura de raciocínio ‘premissa maior – fatos – decisão judicial’”¹².

Evidencia ainda que, para a “reconstrução ou identificação” da *ratio decidendi* se faz necessária a utilização de um “modelo adequado”, que seria a *subsunção* (BUSTAMANTE, 2012, p.369-370). A subsunção, neste sentido, seria a forma ideal para aplicar uma regra quando presente todas as circunstâncias fáticas descritas na lei, seria assim a maneira de encontrar a *ratio decidendi*. Adverte, no entanto, o autor que, diante de alguns casos, os chamados “casos difíceis”, a subsunção não será suficiente para resolver.

A ideia de “casos difíceis” é também de toda importância no âmbito dos precedentes, pois são também nesses casos que surgiria uma maior dificuldade de identificação do núcleo dos precedentes e, conseqüentemente, sua aplicação. Segundo Ronald Dworkin (2011, p.129), esses casos são aqueles em que não se identifica de logo uma regra pré-estabelecida exigindo do intérprete, maior

¹² Como anota Bustamante: “normalmente a premissa normativa em um silogismo judicial pode ser apresentada como uma regra estruturada segundo um esquema simples do tipo: “sempre que OF, então NC” – onde OF representa os fatos operativos (operative facts) e NC as respectivas conseqüências normativas (normative consequences)” (MACCORMICK, 2006, p.43 apud BUSTAMANTE, 2012, p.277-282, 2006, p.43).

razoabilidade, ao passo que lhe confere discricionariedade, no momento de se decidir. Adverte ainda, que a fatalidade de não existir previsão legal expressamente sobre determinada questão está longe de significar que não existe direito.

Thomas da Rosa de Bustamante propõe também (2012, p.369), que, outro método imprescindível no âmbito jurídico também precisa ser aplicado, desta vez não para identificar a *ratio*, mas sim para atribuí-la sua força, o seu “peso”, o método ponderativo. Claro que ambos os métodos, seja o subsuntivo quanto o ponderativo, devem ser aplicados a partir de um ponto de vista interno de diálogo entre o operador, a norma e o contexto social.

Diante de tudo já abordado, tem-se que o problema da *ratio* está justamente na compreensão da extensão do raciocínio interpretativo, sobretudo pelos magistrados, que, ao subverterem o sistema, acabam gerando mais insegurança aos cidadãos. Note-se que a definição do que é determinante dentro de um precedente judicial não é algo impossível, ou até que exija maiores esforços do magistrado, pelo contrário, deve ser encarado como uma prática do dia a dia de alguém, um juiz, que possui compromisso com a função que exerce.

Assim, como tudo tem duas faces, da mesma forma que a *ratio decidendi* possui extrema importância, pois é o núcleo da fundamentação, existem também fundamentos que podem ser descartados sem maiores prejuízos, o que se convencionou chamar de *obiter dictum*.

3.1.2. O *obiter dictum*

O *obiter dictum* é aquele “morto dizer”, ou seja, são as passagens de uma fundamentação que serão somente questões acessórias e que foram mencionadas como forma de complementar as ideias narradas. Seria, por exemplo, o caso de o juiz fazer menção a outros julgados como parâmetros analógicos no momento de julgar.

O *obiter dictum* não possui, em regra, força obrigatória, pois, trata-se em verdade, de considerações feitas pelo(s) julgador(es) na decisão que não eram necessárias para se chegar à solução da lide (MELLO, 2008, p.125-126). Ele possui uma

verificação subsidiária, uma vez que se encontra o *holding* e, somente depois, por eliminação conclui-se o que era *dictum*.

Sobre o tema, há algum tempo já existe “precedente”, ou melhor, decisão que trate do tema, no Superior Tribunal de Justiça, em voto proferido pela segunda Turma, de relatoria da Min. Eliana Calmon, como segue:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇAS. OBTER [sic] DICTUM. JUÍZO MERITÓRIO. – IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. EFEITOS INFRINGENTES. 1. Não se conhece do agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC se interposto diretamente no Superior Tribunal de Justiça, em descumprimento à regra do art. 544, § 2º do CPC. Precedentes desta Corte. 2. Uma das exigências para o conhecimento do agravo de instrumento é que ele esteja devidamente formalizado com a presença de todas as peças enumeradas no § 1º do artigo 544 do Código de Processo Civil. 3. A discussão em obter [sic] dictum não autoriza o agravante adentrar na matéria de mérito do recurso, pois a discussão foi feita apenas a título de esclarecimento, uma vez que sequer foi ultrapassado o juízo de admissibilidade do próprio agravo de instrumento que não foi conhecido. 4. Inexistente qualquer hipótese do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração com nítido caráter infringente. 5. Embargos de declaração rejeitados (STJ - EDcl no Ag no Ag: 1023599 SP 2008/0053778-3, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 19/08/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22.09.2008)

Como evidenciado, a matéria que foi suscitada em sede de recurso (*lato sensu*) mostra que não fazia parte das razões do recurso, sendo somente a discussão “feita apenas a título de esclarecimento”, e não adentrando ao mérito da questão. No entanto, em que pese possuir eficácia persuasiva, o *obiter dictum* pode, em algum momento, se tornar relevante, e, portanto transformar-se em *ratio decidendi*. Isso pode ocorrer, como explica Patrícia Perrone de Mello (2008, p.126), em uma demanda onde várias *questões de direitos* sejam levantadas simultaneamente, alguma das afirmações podem se tornar tão relevante, chegando a se consolidar como um *holding* alternativo.

Ainda neste sentido, evidencia Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p.272), que “aquilo que em tese e à primeira vista, é *obiter dictum*, pode se transformar em *ratio decidendi*”. Afinal, os fundamentos proferidos de passagem pelos magistrados, aparentemente sem intuito de serem eles os determinantes para o deslinde da discussão, pode tomar grau de aprofundamento tamanho a ponto de, em outra perspectiva, se tornar fundamental.

Não é à toa que Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2013, p.431) se ocuparam de ensinar que:

[...] o *obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado (exemplo de *obiter dictum*, como dito) tem sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente.

Ainda sobre o tema, alerta Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p.277) que essa maneira de visualizar o *obiter dictum* não seria frutífera em um ordenamento onde os precedentes como um todo somente tivesse eficácia persuasiva. Isso porque, não faria sentido se diferenciar o *dictum* da *ratio* já que ambos possuiriam a mesma eficácia no final das contas. Como a questão da eficácia¹³ deve ser visualizada não de forma impositiva (ou é vinculante ou é persuasiva), e sim como *graus*, a referência ao *obiter dictum* é ainda importante para entender a dinâmica dos precedentes judiciais.

O fato de o *obiter dictum* ser visto como elemento sem persuasividade está justamente no fato dele não se referir diretamente à causa de pedir o pedido, ou seja, objeto da demanda. E então, conclui Francisco Rosito (2012, p.113) que o *dictum* pode ser de duas espécies: útil ou inútil. A primeira delas serviria como complemento da argumentação jurídica usada para fundamentar a decisão, mas não “constitui premissa maior do silogismo que é objeto do conteúdo da sentença”. Por outro lado, a inútil seria o *dictum* facilmente descartável e que sua presença na fundamentação era realmente desnecessária.

3.2 O DISTINGUISHING

Finalmente chegou-se ao tema-problema deste trabalho, o *distinguishing*.

Muito se discutiu sobre a verificação e importância da *ratio decidendi*, inevitavelmente separando-a do *dictum*, mas, para além da verificação da parte essencial do precedente, estará à utilização ou não deste futuramente. Assim, será preciso observar a compatibilidade do novo caso com a *ratio* encontrada (do caso

¹³ Sobre eficácia, adota-se no presente trabalho o conceito utilizado por José Joaquim Calmon de Passos (1999, p.72): “aptidão meramente formal de produzir efeitos, especificamente jurídica e indissociável de toda decisão válida”.

anterior), o que poderá ser feito através da técnica do *distinguishg*. Desta maneira, o que foi visto anteriormente, como denominado no título, foram somente conceitos introdutórios, uma vez que, como sabiamente esclarece Luiz Guilherme Marinoni (2010b, p.326): “a necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente.”.

O *distinguishing* pode ser entendido como a capacidade de distinção. Isso porque, para que possa ser aplicado um precedente a um caso futuro é preciso que este caso gire em torno da mesma questão de direito do fato ocorrido no passado. Dessa maneira, o “*distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente.” (MARINONI, 2010b, p.326).

Como já debatido, o precedente judicial, que inegavelmente possui força normativa, precisa ser visto, assim como as leis, não de uma forma estática e engessada. É irracional pensar que os livros, doutrinas, leis, entendimentos jurisprudenciais e legislações são capazes de prever todas as circunstâncias fáticas da vida cotidiana e isso porque, a realidade e os acontecimentos, em suas medidas, são muito mais complexos do que as novelas, romances ou enunciados de súmulas. É neste sentido, que para Luiz Guilherme Marinoni (2010a, p.221),

[...] como o precedente é incapaz de contemplar a riqueza das situações conflitivas, um novo caso pode não se subsumir, perfeitamente, no precedente, ainda que este caso, dadas as suas particularidades, mereça igual solução consideradas as razões do precedente.

É por óbvio que não se descarta a importância da positivação como forma de regulação para possibilitar a convivência entre os homens em sociedade, mas para que isso ocorra de maneira a suprir os anseios coletivos, é preciso admitir-se também a flexibilidade dos precedentes, seja afastando sua aplicação para o caso em questão ou afastando definitivamente. A consequência do *distinguishing* poderá ser justamente o abandono do precedente diante de uma nova situação concreta, ao contrário do *overruling*, instituto que, embora não seja o cerne do trabalho, será visitado adiante. Este, para sanar curiosidades, seria, em linhas gerais, a superação do precedente por se entender que não mais possui validade, e, portanto, não deverá mais ser aplicado.

O mérito atribuído ao *distinguishing* está justamente quando se percebe a eficácia do precedente, em especial nos precedentes como eficácia vinculante. Pois, a

distinção aparece como a possibilidade de se afastar um precedente que, embora devesse ser necessariamente seguido (pela sua obrigatoriedade), não será. Daí porque, Michelle Taruffo (2007, p.92) entende que o sistema inglês conta com “técnicas sofisticadas de argumentação” para desconsiderar como vinculante o precedente que deveria ser seguido¹⁴. É, noutras palavras, maneira de oxigenar o sistema de precedentes e não de engessar normas.

Tanto é assim, que Francisco Rosito (2012, p.300) entende a técnica do *distinguishing*, como uma diferenciação entre os fatos do caso concreto e do caso paradigma. Desta maneira, conclui que a técnica “parte do pressuposto de que há fatos distintos que autorizam julgamento em sentido diverso do precedente”, afinal, “fatos diversos requerem julgamento diferenciado.”

A distinção e a conclusão de inaplicação do precedente não quer dizer que o precedente será afastado para sempre, ou seja, excluído do ordenamento, pois este somente não se coaduna com o novo caso. No entanto, como bem explica Luiz Guilherme Marinoni (2010b, p.328), quando o precedente passa a ser distinguido várias vezes e sua aplicação torna-se rara, se torna o precedente *very distinguished*, significa que ele estaria caminhado para perda de autoridade e credibilidade.

Desta maneira, ao se realizar o *distinguishing*, mesmo pronunciando uma decisão divergente da norma interpretativa vigente (da jurisprudência), esta última é mantida, mesmo que não se aplicando para o caso concreto analisado.

3.2.1 Conceito

¹⁴ No original: “Es notorio que también en el sistema inglés, que parece ser aquel en el que el precedente está dotado de mayor eficacia, los jueces usan numerosas y sofisticadas técnicas argumentativas, entre ellas el *distinguishing* y el *overruling*, a fin de no considerar como vinculante el precedente que no pretenden seguir” (TARUFFO, 2007, p.92). Tradução livre: É evidente que também no sistema inglês, que parece ser aquele em que o precedente está dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, entre elas o *distinguishing* e o *overruling*, com finalidade de não considerar como vinculante o precedente que não pretendem seguir.

Apontado o conceito introdutório de *distinguishing*, cumpre-se alertar que a técnica precisa ser compreendida não somente pelos magistrados ou tribunal, o que parece óbvio, já que cabe a estes a função de julgar a demanda, mas também pelos patronos, para que estes possuam alicerces básicos para seus pleitos. O que se quer dizer é que os advogados precisam também realizar a distinção, desde quando ingressam com uma ação, para embasar suas pretensões, bem como, quando irão, já em sede recursal, contestar qualquer eventual decisão que violem cruelmente suas expectativas e a de seus clientes.

É o que entendem Tatiana Maria Oliveira Prates Motta e Pedro Correa Pertence (2012, p.90) quando concluem:

Assim, o *distinguishing* é instrumento fundamental do juiz, e, também, do advogado, a quem incumbe, nos *agravos regimentais*, distinguir as lides e garantir que os artigos 518, §1º, e 557 do CPC sejam aplicados apenas em casos juridicamente idênticos. Pela análise de distinção dos casos verifica-se a possibilidade de aplicar-se (ou não) o precedente à lide em questão.

Os mencionados artigos que já foram tratados demonstram que os representantes das partes que litigam no processo precisam distinguir o caso, mesmo que isso ocorra em momento posterior ao proferimento da sentença, para, se for o caso, impugná-la. Seria, neste aspecto, uma espécie de possível controle da legitimidade de se aplicar a solução anterior.

Diferente do conceito que já foi introduzido sobre “a distinção”, para Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p.142), o *distinguishing* seria a técnica mais utilizada para não se aplicar um precedente. Ou seja, o instrumento processual criado no *common law* para afastar a aplicação do precedente quando indevida. Neste sentido, Júlia Schledorn de Camargo (2012, p.94), também disserta que, após análise específica dos dois casos, entendendo que seria o caso de afastar o precedente, isso se daria através do *distinguishing*.

Sempre bem-vindos são os didáticos ensinamentos de Patrícia Perrone de Mello (2008, p.202), que verifica a técnica da distinção como sendo a “não-aplicação de um precedente, a despeito de o caso concreto aparentemente incluir-se no âmbito normativo de seu *holding*, ao argumento de que a nova hipótese possui especificidades que demandam um tratamento diferenciado.”. Enxerga também o *distinguishing* como instrumento utilizado na hipótese de não de se aplicar um precedente, afastando e dando ao caso discutido outra solução diversa.

Infere-se também do vocábulo *distinguishing*, quando da busca em dicionários, é que o famoso *Black's Law Dictionary*, o traduz como o ato de “notar significativa diferença fática, processual ou legal em (um caso anterior), usada para minimizar o efeito da aplicação do precedente do caso ou demonstrar que é inaplicável”. Ou simplesmente, em segunda análise, “fazer uma distinção” (GARNER, 2004, p.507)¹⁵.

Desta maneira, entende-se que esta técnica é usada para se verificar a compatibilidade fática do caso paradigma, e não somente para justificar a sua inaplicabilidade, esta última seria então o resultado, a consequência lógica, observada a partir da distinção. A técnica serviria para confirmar a não aplicação, mas não seria somente utilizada para isso, pois, não se descarta a possibilidade de após o *distinguishing* se constatar a aplicabilidade do precedente. Diante do confronto entre entender o *distinguishing* como uma técnica para afastar o precedente, ou como uma técnica para fazer verificação de compatibilidade, é preferível a consideração trazida por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2013, p.454), quando dizem:

Sendo assim, pode-se utilizar o termo “*distinguish*” em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se concluir haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado).

Será, assim, um método quando ocorrer a distinção entre as circunstâncias fundamentais dos casos, de modo a verificar a compatibilidade, podendo, em um segundo momento resultar no afastamento do precedente. No entanto, observa-se por outro lado que quando a técnica é vista como o fatal distanciamento do precedente, significaria criar uma exceção à regra geral de obediência ao precedente. Isso porque, como o objetivo seria afastá-lo, pressuporia que os casos analisados seriam correspondentes, daí por que, para Celso de Albuquerque Silva (2011, p.156), “a distinção só ocorre quando a regra fixada no precedente coloca sob seu âmbito normativo o caso atual e, ainda assim, o juiz decide contrariamente àquela regra.”.

¹⁵ Definição de “*distinguish*” do Dicionário Jurídico *Black's Law Dictionary*: “1. To note a significant factual, procedural, or legal difference in (an earlier case), used to minimize the case's precedential effect or to show that it is inapplicable. 2. To make a distinction” (GARNER, 2004, p.507). Em tradução livre: 1. Notar significativa diferença fática, processual ou legal em (um caso anterior), usada para minimizar o efeito da aplicação do precedente do caso ou demonstrar que é inaplicável. 2. Fazer uma distinção.

Embora sejam muitos os autores que entendam o *distinguishing* como o *resultado*, este trabalho embora não descarte essa postura, se filia impreterivelmente a verificá-lo como um *método*, método este que deve ser utilizado todas as vezes que se pretenda aplicar um precedente, e não somente quando existir dúvida. Daí porque se afirmar que o *distinguishing* é “um instituto necessário à aplicação dos precedentes”. Uma vez que ele se revela como o primeiro passo na verificação da possibilidade de aplicação de qualquer precedente.

Também por isso que José Rogério Cruz e Tucci (2004, p.183) explica que:

O juiz inglês, portanto, após examinar o mérito (assim entendido, o *thema decidendum*) da questão que lhe é submetida, parte de um processo mental indutivo e empírico, cotejando (*distinguishing*) o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* de casos já solucionados. Raciocina-se, pois, do particular para o geral.

Assim, o ensinamento exposto corrobora com a tese de que o *distinguishing* deve ser primordialmente entendido como um instrumento para verificação de aplicação ou não de um “caso já solucionado” em concreto, e não, posteriormente, no momento de justificação para a não aplicação de um precedente. O âmbito de atuação do *distinguishing* é mais abrangente do que as suas consequências. Assim, o *distinguishing* é uma técnica de confronto, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma (TUCCI, 2004, p.183).

3.2.2 Os fatos relevantes

Esse mecanismo de se verificar se a questão de um processo é idêntica a de outro que já há precedente, será primordialmente promovida pelo juiz que deve atuar com cautela. O *distinguishing* está longe de significar que o magistrado possui a faculdade de fazer, ou não, a distinção, e, mais ainda, quando for o caso de fazer, realizá-la como achar conveniente. É por isso que existem critérios que precisam ser observados pelos operadores, pois o poder dado ao juiz não pode ser arbitrário, para com isso se evitar as inconveniências e perigos de uma má aplicação dos precedentes (MARINONI, 2010b, p.327).

São quatro os elementos que devem ser observados no momento de se distinguir, segundo Patrícia Perrone de Mello (2008, p.202), quais sejam: “a) os fatos *relevantes* apresentados por cada um; b) os *valores e normas* que eles suscitam; c) a *questão de direito* em exame; e d) os *fundamentos* imanentes à decisão.” Com esse processo comparativo o magistrado colocaria o precedente já existente, ao lado do caso em cotejo, e verificaria a possibilidade de aplicar, ou não, o precedente existente. Observa-se, ainda, que todo o ato de inteligência do magistrado deverá ser fundamentado.

Por isto, opina Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p.143) que “o que é razoável de distinguir depende da análise do caso particular. E é importante lembrar que alguns juízes têm, mais do que outros, a inclinação para ‘distinguir’ os fatos do caso em julgamento dos fatos do precedente”. O que se percebe é que os tribunais (juízes) se dirigem a seguir os precedentes, ainda que sejam eles persuasivos, mas, por outro lado, existem aqueles juízes que se esforçam para afastar o precedente que não concordam por perceberem alguma injustiça, por exemplo.

O magistrado que realizará o método poderá ser tanto da corte vinculante (que proferiu a primeira decisão levada como precedente de força vinculante), como da corte vinculada (aquela que deve e pretende aplicar o precedente) (MELLO, 2008, p.202). Essa verificação, no entanto, tem muito a ver com o direcionamento da vinculabilidade, seja ele horizontal ou vertical, vez que o precedente deverá ser aproveitado tanto pela própria corte que o proferiu, como pelas demais. Mesmo assim, percebe-se que a realização da técnica faz mais sentido quando executada pelo juízo que irá utilizar o paradigma no caso concreto (vinculada), sendo realizado pela corte vinculante quando ela mesma for decidir questão idêntica já vista por ela em anterior oportunidade.

Sobre questões idênticas, é preciso ter em mente que não existem situações exatamente iguais, pois sempre, ou quase sempre, haverá circunstâncias que diferenciem determinados eventos. Isso não quer dizer, no entanto, que será impossível a aplicação dos precedentes para os casos semelhantes e próximos, mas, por outro lado, confirma a tese de que o *distinguishing* precisa ser visto como *método* utilizado em toda aplicação de precedentes para o caso sob análise.

Todo processo existe uma particularidade que modifica. Dentro de um microcosmo lógico que nenhum processo é idêntico a outro, assim como nenhum ser humano será igual a outro, e, ainda assim, no plano jurídico lhe são assegurados igualdade. Assim, mesmo que todo processo possua razões diferentes, poderá haver também similitudes que implicarão em soluções iguais para ambas as demandas, ou seja, para aplicar o precedente passado no caso presente.

Deve-se ter em mente que a aproximação entre dois casos deve ser uma aproximação jurídica e não meramente fática. Trata-se dos pontos de direito (*point of law*) que realmente importam em uma demanda, que são necessários para garantir a procedência dos pleitos de um autor que teve legítimo direito violado. (MARINONI, 2010b, p.250). Mesmo assim, não se descarta que diferenças fáticas relevantes façam surgir, diante de um novo caso, direito não verificado no caso que gerou um precedente.

Razão esta que leva Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p.471) afirmar que fatos e regras sempre estão conexos, não podendo se compreender cada um desses elementos separadamente. Isto é vislumbrado quando, em episódios corriqueiros, os fatos são determinantes para o deslinde de um processo. O *distinguishing* se faz também da análise das situações fáticas ocorridas.

Assim, imagina-se que um sujeito se dirigiu até uma agência bancária para fazer pagamentos mensais, mas até ser atendido esperou por tempo superior à uma hora. O cidadão tem ciência de que existe, na cidade de Salvador onde reside, Lei Municipal de n. 5.978/2001 que dispõe que o limite de espera para ser atendido em dias normais é de 15 (quinze) minutos, e em vésperas e após feriados prolongados de 25 (vinte e cinco) minutos. Esse sujeito então, tendo em mãos o comprovante da hora que adentrou na agência e o comprovante do protocolo dos pagamentos ingressa no judiciário para pleitear indenização decorrente de danos morais que acredita ter sofrido por toda a espera. Para sua surpresa, o juiz, ao analisar a demanda, entende que o sujeito não sofreu lesões na sua esfera extrapatrimonial, não fazendo jus, portanto, a indenização. Como fundamentação pela improcedência do pedido, o juiz utiliza simplesmente o seguinte argumento: meros aborrecimentos da vida cotidiana. E, para não proferir a sentença em uma única linha, ainda complementa o magistrado que: o tempo de espera na fila do banco configura irregularidade administrativa na relação banco/cliente que, uma vez ocorrida, gera

apenas multa a ser aplicada pelo Poder Público. Sendo breve, rechaça a pretensão do autor convicto de que haveria direito a ser resguardado, afinal, existe lei que inibe a conduta do banco e mesmo assim é desrespeitada.

Para fundamentar sua decisão, o juiz de primeiro grau sentenciante se valeu de acórdão do STJ (BRASIL, 2013e), como segue:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ESPERA EM FILA DE BANCO POR TEMPO SUPERIOR AO DE MEIA HORA FIXADO POR LEGISLAÇÃO LOCAL - INSUFICIÊNCIA DA SÓ INVOCAÇÃO LEGISLATIVA ALUDIDA - OCORRÊNCIA DE DANO MORAL AFASTADO PELA SENTENÇA E PELO COLEGIADO ESTADUAL APÓS ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO CONCRETO - PREVALÊNCIA DO JULGAMENTO DA ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1 - A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. 2 - Afastado pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas para configuração do dano moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ). 3 - Recurso Especial improvido.

Superado este episódio, outro sujeito ingressa com uma ação indenizatória no Judiciário, o seu pedido é o mesmo (reparação pecuniária), a causa de pedir é a mesma (espera demasiada na fila de banco). Mas, neste caso existe uma especificidade: trata-se de uma senhora, que permaneceu de pé na fila de espera, inclusive sem possibilidade de uso de sanitário, pois estes não existiam. Verifica-se então que, circunstâncias fáticas foram capazes de submeter à autora situação humilhante. Não se exclui a tese de que a legislação que determina o tempo máximo de espera tem cunho administrativo e trata da responsabilidade da instituição financeira perante a Administração Pública, que poderá aplicar sanções às instituições que descumprirem a norma. Mas, entendeu-se que o dano moral decorrente da demora no atendimento ao cliente não surgiu apenas da violação de legislação que estipula tempo máximo de espera, mas depende da verificação dos fatos que causaram sofrimento, além do normal, ao consumidor.

Vê-se acórdão do STJ (BRASIL, 2012) neste sentido:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESPERA EM FILA DE BANCO POR MAIS DE UMA HORA. TEMPO SUPERIOR AO FIXADO POR LEGISLAÇÃO LOCAL. INSUFICIÊNCIA DA SÓ INVOCAÇÃO LEGISLATIVA ALUDIDA. PADECIMENTO MORAL, CONTUDO, EXPRESSAMENTE ASSINALADO PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO, CONSTITUINDO FUNDAMENTO FÁTICO INALTERÁVEL POR ESTA CORTE (SÚMULA 7/STJ).INDENIZAÇÃO DE R\$ 3.000,00, CORRIGIDA DESDE A DATA DO ATO DANOSO (SÚMULA 54/STJ). 1- A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja

condenação por dano moral. 2 - A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para desejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. 3 - Reconhecidas, pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas do padecimento moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ). 4 - Mantém-se, por razoável, o valor de 3.000,00, para desestímulo à conduta, corrigido monetariamente desde a data do evento danoso (Súmula 54/STJ), ante as forças econômicas do banco responsável e, inclusive, para desestímulo à recorribilidade, de menor monta, anteaduidas forças econômicas. 5 - Recurso Especial improvido.

Dessa maneira, restou claro que o papel do magistrado quando, ao analisar uma demanda, distinguir se deverá ou não aplicar um precedente, precisar perpassar pela análise das minúcias, para, com cautela, aplicar a regra existente. Isto porque, uma única condição é capaz de diferenciar um caso de outro e gerar conclusões diametralmente opostas. A situação exemplificada, ocorrida cotidianamente nas agências bancárias do país, demonstra que fenômenos aparentemente simples precisam também de atenção, mesmo porque, casos como estes são os grandes responsáveis pelo sobrecarregamento de ações no Poder Judiciário.

Note-se que os dois entendimentos são atualmente precedentes, o que se conclui que de um mesmo episódio (a demora de espera na fila de banco) duas conclusões existem: uma capaz de gerar indenização a título de danos morais e outra não. É de se deduzir com isso, que, por exemplo, se um idoso, uma gestante ou pessoa com deficiência física, que deveria ter prioridade, mas não a teve, ao ser exposta a tal situação também se configura uma conduta ilícita, gerando responsabilidade a instituição financeira. Já que, de acordo com o precedente, não foi sequer uma característica atribuída à condição do sujeito, mas sim, ao local inadequado onde a senhora teve que aguardar que conduziu o entendimento.

Os precedentes são normas, e assim, poderão existir conflitos entre regras, no entanto, se percebe que os conflitos entre estas não gerarão, necessariamente, a revogação de uma delas, ou seja, é possível (leia-se necessário) se fazer uma ponderação para melhor resolver a questão. (SILVA, C., 2011, p.158). A situação em comento surgiu como uma exceção da regra (de sanção administrativa e casos de meros aborrecimentos), para uma possibilidade de se vislumbrar a necessidade de um dos efeitos da responsabilidade civil, ou seja, do dever de indenizar. A exceção criada, por sua vez, tornou-se regra para os eventuais casos que surjam no mesmo sentido. O que fica evidente, que do instituto do *distinguishing* surgirão consequências, como, por ex., a de gerar um novo precedente.

Por outro lado, não são todas as diversidades fáticas que geram consequências diferentes. O tratamento diferenciado em situações que não reclamam para tanto, é o que Patrícia Perrone de Mello (2008, p.206) convencionou chamar de “distinção inconsistente”. Assim explica: “certas diversidades fáticas não constituem diferenças juridicamente relevantes. Embora seja importante examinar as especificidades de cada causa, a excessiva particularização é um equívoco de desqualifica o teor normativo dos julgados” (MELLO, 2008, p.207).

No exemplo suscitado pouco importava o tipo de serviço que os clientes do banco desejavam fazer, se iriam pagar uma conta, retirar dinheiro ou qualquer outra solicitação. Seriam estes exemplos de distinções sem lógica, que não teriam capacidade de alterar significativamente o resultado. O que se levou em consideração, em cada um dos casos, foram eventos realmente determinantes para atribuir uma conduta ilícita perpetrada pela instituição bancária capaz de atingir a esfera íntima do seu cliente.

Mesmo perigosa a distinção inconsistente, já que conseqüentemente a nova decisão, agora diferente do caso anterior, tem a potencialidade de tornar-se uma inovação precedencial, existe uma função importante por detrás da sua aplicação. Isso porque, pode ser que a atitude de diferenciar o caso em cotejo do precedente queira demonstrar a resistência da corte de se subordinar a regra fixada e assim, indicar uma análise que conclua pelo equívoco da utilização do precedente.

Com isto, percebe-se que a distinção precisa ser realizada pelo magistrado, em quaisquer instâncias, seja no primeiro grau, seja nos tribunais superiores, mas sempre de forma fundamentada.

Após a distinção entre os fatos concretos e a hipótese normativa, o magistrado poderá entender que não se aplica o novo caso à *ratio decidendi* (*restrictive distinguishing*), ficando livre, após motivação, para dar “qualquer” outra solução. Ou, por outra vertente, poderá entender que, mesmo diante de algumas peculiaridades, será caso de aplicar o precedente (*ampliative distinguishing*) (TUCCI, 2004, p.171). Ou seja, o magistrado poderá restringir a margem do precedente, não o utilizando para o novo caso, ou, em sentido oposto, expandir a margem além do caso anterior, se entender que será a forma justa e correta de resolver a questão.

Ideia semelhante é a esposada por Thomas da Rosa de Bustamante, mesmo embora se posicione no sentido de ser *distinguishing* o afastamento de determinado precedente. Para o jurista, o *distinguishing* pode ser compreendido como uma *judicial departure*, ou seja, hipótese de afastamento de uma regra jurisprudencial. Desta forma, existiriam duas motivações que levariam o tribunal a se afastar de uma regra preexistente, primeiro quando “se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida” (redução teleológica); ou, quando se utiliza o “argumento a contrário” (BUSTAMANTE, 2012, p.473). Com essas duas diferenciações, portanto, traz à baila duas possibilidades de *distinguishing* como instrumento de análise da compatibilidade entre os casos.

No caso de “redução teleológica”, embora exista a exclusão de casos que antes eram entendidos como referência, se conclui pela subsunção do fato ocorrido ao precedente, já que mesmo não havendo uma compatibilidade no sentido literal, o que se espera é atingir a finalidade emanada da norma jurisprudencial. “A redução teleológica é uma espécie de retificação do Direito, quando este se apresenta injusto por excessivamente geral”, daí porque restringir o alcance da norma para atingir a finalidade maior, a partir do significado já existente, mas, no momento visualizado de forma microscópica (BUSTAMANTE, 2012, p.474).

Da *reduction*, infere-se que o precedente será superável toda vez que existir excepcionalidades capazes de distanciar sua influência para um novo caso. Entretanto, esta superabilidade (*defeasibility*), somente ocorrerá quando da existência de situações inimagináveis anteriormente à criação da norma precedente (BUSTAMANTE, 2012, p.477). Ainda assim, deve-se realizar juízo de razoabilidade para justificar a aplicação da jurisprudência para o caso que está sendo apreciado.

Por outro lado, no “argumento contrário”, chega-se a conclusão pela não aplicação das consequências do precedente para os fatos que não se encaixem na esfera de incidência normativa. Neste mecanismo, pensa-se o sistema jurídico de maneira fechada, de tal sorte que não se verificando claramente a hipótese normativa, não se aplicará a regra jurisprudencial (BUSTAMANTE, 2012, p.489).

Explica ainda o autor, que o argumento contrário poderá ser aplicado a depender da maneira como se interprete um enunciado, mas, sempre que for aplicado, a interpretação do precedente será no sentido literal, da maneira como realmente

disse o legislador. Considera-se que se outra hipótese existisse para se encaixar na norma já prevista o novo caso, o legislador expressamente teria evidenciado (BUSTAMANTE, 2012, p.495). É neste caso, uma forma simples de se visualizar o argumento contrário onde se nega a existência de qualquer lacuna na norma.

Existe ainda, maneira complexa da utilização do argumento contrário, neste caso, pensa-se na interpretação de mais de um dispositivo, envolvendo conflito entre norma geral e norma excepcional. Mesmo assim, explica que: “o uso do argumento contrário para distinguir um caso *C* de um precedente judicial *P* significa, destarte, a afirmação de uma regra geral segundo a qual os casos não previstos em *P* serão regulados de forma distinta” (BUSTAMANTE, 2012, p.502).

Assim, para o *distinguishing*, embora entendido como o afastamento do uso dos precedentes, acontecerá ou através da “redução teleológica” ou do “argumento contrário”.

Infelizmente, o que vem ocorrendo é, ao contrário do que se previa, o uso demasiado (leia-se inconsequente) das jurisprudências, ampliando, desta forma, o seu âmbito de aplicação. Seria, noutras palavras, a visão ampliativa da distinção que dilata tanto o sentido do precedente, que acaba por torná-lo “sem sentido”.

3.2.3 A analogia

Quando se fala de precedentes, não há como pensar que a sua interpretação é como a interpretação de uma lei propriamente dita, e isso se dá principalmente porque na jurisprudência o que se pretende é extrair o núcleo e elementos essenciais para encontrar o significado da solução para o caso real. Desta maneira, o magistrado deve buscar, quando conflitar os casos, saber se aquela hipótese se adéqua a *ratio* paradigma, razão pela qual afirma Luiz Guilherme Marinoni (2010b, p.223), que, mais do que interpretar, a Corte raciocina por analogia.

Existe grande problema quando se pensa em interpretar as súmulas, porque seria em verdade o caso de interpretação da interpretação, pondo em risco segurança jurídica esperada. O fato é que o STF faz isso, como bem exemplificou Patrícia Perrone de Mello (2008, p.219-221). Não somente o STF, mas outros tribunais,

como o Trabalhista, por exemplo, não raras às vezes fez questão de buscar sentido para os seus enunciados já sumulados. No entanto, tal prática não é vista com bons olhos, razão pela qual, essa interpretação precisa ser vista com cautela, sob pena de pôr em risco a própria legitimidade do instituto.

Bem por isso, questiona Lenio Luiz Streck (2006, p.21, grifo do autor):

Ora, as súmulas, a par de constituírem “conceitos” que pretendem aprisionar os “fatos”, não são também textos? Consequentemente, em sendo textos, não são, assim, interpretáveis? Mas, então, se isto é assim, qual o problema das súmulas? A razão principal pode estar na denúncia que Kaufmann faz acerca do modo como os juristas interpretam e aplicam as leis ainda nos dias atuais: *se examinarmos a prática judicial actual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX.*

No entanto, defende Patrícia Perrone de Mello (2008, p.222) que a realização da interpretação, e do *distinguishing* são necessárias para atuar com a súmula, pois algumas vezes são elas ainda genéricas. Pretende-se com isso, não afastar uma súmula do ordenamento como um todo, mas só para o caso em cotejo.

A analogia está presente na aplicação dos precedentes judiciais, e, consequentemente, no instituto *distinguishing*, vez que, se verifica a utilização da comparação entre duas situações fáticas para se chegar à conclusão de aplicação ou não de um precedente. Se, da análise realizada, diferenças podem ser encontradas, nada impede que semelhanças também sejam (BUSTAMANTE, 2012, p.503). O raciocínio por analogia, ainda que a priori pareça oposto à realização da distinção, terá, no final das contas, o mesmo efeito. Semelhanças ou diferenças serão encontradas.

Na aplicação da analogia, primeiramente há que se verificar a existência de lacunas jurídicas, ou seja, “ausência de solução, pelo sistema normativo, do problema jurídico enfrentado no caso concreto” (BUSTAMANTE, 2012, p.512). Neste aspecto, portanto, mostra-se diferente ao *argumento contrário*. Posteriormente, examina-se a existência de dispositivo análogo ao que se procura solução, como o dispositivo será um precedente, poderão existir muitos, ou até mesmo leis que se assemelhem ao caso, mesmo assim, deve-se buscar aqueles que mais cheguem a algo em comum (BUSTAMANTE, 2012, p.515).

A analogia é pensada, nos moldes da Introdução ao Código Civil, como técnica interpretativa subsidiária, a ser aplicada no caso da ausência de norma expressa

que verse sobre o que se discute. Assim, a analogia é pensada para um sistema, eminentemente *civil law*, sendo uma solução para a ausência do texto de lei. O *distinguishing* vai além da analogia, pois este não é método secundário de interpretação, mas sim primário e essencial para a aplicação dos precedentes.

Como a possibilidade de se encontrar várias possíveis soluções oriundas de precedentes para um mesmo caso é real, se mostra necessário perceber a relevância diante de cada situação e não confundi-los com os elementos acidentais. A análise da questão concreta precisa ser mais profunda, daí porque passará por uma ponderação. Essa ponderação mencionada é de princípios, com o encargo de explicar e justificar as regras jurídicas que se tornam mais coerentes com o ordenamento a qual pertence (BUSTAMANTE, 2012, p.522).

Para concluir a ideia, Thomas da Rosa de Bustamante (2012) recorre a um exemplo de um caso já muito conhecido aqui neste estudo, o *Donoghue v. Stevenson*, o “da lesma na cerveja”. Nessa ocasião, a Corte do Reino Unido entendeu que o fabricante da cerveja teria sim responsabilidade, pois a produção e o armazenamento lhe competiam, deveria, portanto o fabricante, preservar o consumidor que não tinha como prevê que o produto não estava em condições de consumo. Assim, o precedente fixava dois requisitos cumulativos e necessários para se chegar à responsabilidade extracontratual do fabricante, quais sejam: “(1) a impossibilidade de o consumidor examinar o produto para verificar sua nocividade; (2) conhecimento de que a falta de cuidado na preparação do produto pode lesionar o consumidor” (BUSTAMANTE, 2012, p.526).

No entanto, essa *ratio* pode ser reformada quando for possível a ponderação de princípios. Tem-se no caso anterior tanto o princípio de defesa aos consumidores, que fundamenta a responsabilidade do fabricante, quanto o da responsabilidade civil, uma vez que existe o dever de tomar as devidas precauções, sendo que o primeiro (proteção dos consumidores) preponderou no julgamento do tribunal.

Após o caso *Donoghue v. Stevenson*, existiram muitas tentativas de usar o precedente gerado para pleitear a responsabilidade do fornecedor de produtos, a exemplo disso, foi o processo *Kubach v. Holland* onde uma aluna pleiteava a responsabilidade do fornecedor de um produto químico que seu professor utilizou em sala de aula e causou uma explosão. Da explosão, a aluna ficou ferida e

ingressou com ação usando como paradigma o antigo caso que já havia reconhecido a responsabilidade do fornecedor do produto.

No entanto, para este novo caso, a corte entendeu que a aluna não tinha direito de responsabilizar o fornecedor, pois na embalagem da substância havia recomendação de teste do produto antes da sua utilização, o que não fora feito. Desta forma, ficou decidido que a empresa fornecedora se desincumbiu do seu dever de cuidado, quando orientou os consumidores para a melhor e segura forma do uso da mercadoria. Neste caso, então, os princípios foram invertidos, o dever de tomar as devidas precauções, o princípio da culpabilidade, embora sendo afastado, foi mais relevante do que o princípio de defesa aos consumidores. A mudança entre os casos, portanto, levou a não aplicação do precedente já firmado à outra situação (BUSTAMANTE, 2012, p.526-530).

Sendo assim, embora a analogia possa ser usada de forma ampla, pois ela não exige, como do *distinguishing*, a verificação da *ratio decidendi*, ela será, em *ultima ratio*, uma técnica sempre recorrida para solução de casos. No entanto, o *distinguishing* é específico e anterior a qualquer analogia aplicável nos casos da dinâmica dos precedentes judiciais.

3.3 OUTRAS FORMAS DE DINAMIZAÇÃO DOS PRECEDENTES

A realização do *distinguishing* em solos brasileiros se mostra como um verdadeiro problema na aplicação dos precedentes judiciais. Mas, para além da verificação de diferenças entre os dois eventos postos em comparação, existem também outras técnicas que, embora não se enquadrem como *distinguishing*, também não traduzem uma superação total do precedente, o *overruling* (MARINONI, 2010b, p.334). Todas as confusões geradas por essas técnicas fazem mais sentido quando se vê o *distinguishing* como *resultado* e não como *método*. Mesmo assim, é importante notar que antes de se revogar por completo um precedente, existem “meios termos” usados pelas cortes inglesas e norte-americanas conscientemente, e até no Brasil, a maioria das vezes, de forma inconsciente.

Neste sentido, entende-se que antes da visualização de qualquer destas técnicas, o *distinguishing método* já fora realizado para analisar as peculiaridades do caso em questão e das jurisprudências existentes. Além disso, pode-se notar que todas elas se revelam como exceção da regra de obrigatoriedade do uso dos precedentes, mas, em suas medidas, para não enrijecer o sistema de precedentes.

3.3.1 *Technique of signaling e Transformation*

Como o próprio nome já sugere, a *technique of signaling* é uma técnica de sinalização. O magistrado, neste caso, não revoga o precedente, mas indica que isso acontecerá em um futuro próximo. Visa, nesse sentido, atribuir segurança jurídica ao não revogar de pronto uma norma que era de conhecimento inequívoco da sociedade.

É o que explica Luiz Guilherme Marinoni, quando diz que nas situações de sinalização, o Tribunal tem consciência de que não se deve surpreender os litigantes, bem como os advogados, respeitando a “confiança e autoridade dos precedentes judiciais” (MARINONI, 2010b, p.336). Existiria uma preservação, ainda que temporária, do precedente a fim de dar conhecimento de novo entendimento que seria aplicado brevemente. Como já mencionado, a forma como os tribunais decidem as questões jurídicas vão condicionar a vida das pessoas, bem como seus negócios, investimentos e pretensões.

Trata-se de uma zona cinzenta onde é possível perceber que o precedente não mais se adéqua com a realidade, mas ainda está sendo aplicado para não gerar tensão aos jurisdicionados. Esta técnica, busca a preservação da boa-fé no âmbito jurídico.

Assim, o *distinguishing resultado* não é aplicado, mas o *método* sim, que foi o que levou a se chegar a tal conclusão.

É um caminho para a superação do precedente, que traduz a pretensão dos tribunais em não mais aplicar o precedente, mas continua ainda aplicando-o.

Sobre a *transformation*, esta é outra técnica onde não se verifica o *distinguishing resultado*, como também não acontece o *overruling* propriamente dito. Neste caso, o tribunal reconhece que o conteúdo do precedente não é mais compatível com o sistema jurídico, mas para tentar compatibilizar os casos e manter a suposta estabilidade do precedente, realiza uma reconfiguração, mas sem revogá-lo. (MARINONI, 2010b, p.343). Mudam-se as razões (*rationes*) e mantêm-se o status de precedente.

Aqui o precedente é abandonado, mas de forma sutil e não expressa (como ocorre no *overruling*) (MELLO, 2008, p.235). Em termos práticos as técnicas seriam equivalentes, já que a transformação modifica substancialmente o precedente, a ponto de se dizer que seria um novo precedente. Por isso, se pode dizer que a compatibilização, a transformação do precedente se dá de maneira forçada e não natural, uma vez que se prende em pontos que não foram anteriormente levados como relevantes.

Existem razões para se realizar esta técnica em detrimento do próprio *overriding* ou *overruling*, já que, por exemplo, a transformação não admite que o Tribunal tenha cometido um erro ao julgar o caso que originou o precedente. (MARINONI, 2010b, p.344). Além disso, passa a falsa ideia de respeito aos precedentes, já que o precedente não foi explicitamente revogado. Daí porque, dizer-se que é uma técnica sutil de revogação.

3.3.2 Overriding

É também o instituto, ao lado de alguns outros já mencionados, uma das formas de superação de uma jurisprudência que surge da necessidade de adequá-la a um novo entendimento surgido após sua formação (MELLO, 2008, p.234-235).

O *overriding*, como ensina Luiz Guilherme Marinoni (2010b, p.347), “apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, neste sentido, de uma revogação parcial”. O autor, desta maneira, entende que não se trata propriamente de uma revogação, seria o abandono de um precedente, não aplicando para o caso

em apreço, daí porque o autor entende que o *overriding* se aproxima mais com o instituto do *distinguishing* (resultado) do que do *overruling*.

O que ocorre neste caso é o surgimento de uma norma superveniente que afastaria em parte o âmbito de aplicação do precedente. Segundo Francisco Rosito (2012, p.303), o *overriding* seria a técnica através da qual se modificaria a *ratio decidendi* de um precedente, neste caso limitando o alcance da *ratio*.

Para ilustrar a técnica em apreço, pode-se levar em conta a nova interpretação sobre as prisões civis, inserida no ordenamento pátrio brasileiro com o tratado internacional conhecido como Pacto de São José da Costa Rica. Este pacto trouxe novo entendimento ao previsto no art. 5º, LXVII, da CF/88, que dispõe que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Entendeu-se que a aderência ao pacto, restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, ou seja, não cabe mais a prisão civil do depositário infiel.

Entretanto, até 2008, havia súmula no STF de n. 619 que dispunha que: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito” (BRASIL, 1984, p.18115). Tal súmula de conteúdo processual civil previa que prisão somente não seria decretada no caso do depositário provar caso fortuito ou força maior. O STF, então, no ano de 2008 revogou a Súmula n. 619 para somente admitir a prisão no caso de devedor de débitos de natureza alimentícia (PADILHA, 2009, p.6). O Informativo n. 531¹⁶ do STF explica a matéria, bem como o próprio Supremo editou a

¹⁶ O Informativo diz que: “Prisão Civil e Depositário Infiel – 3. Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu habeas corpus em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expendido pelo primeiro no

Súmula Vinculante 25, de redação: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (BRASIL, 2009, p.1). Ainda, para tentar sanar discussões sobre a matéria, o STJ sumulou o seu entendimento na Súmula n. 419, de seguinte teor: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel” (BRASIL, 2010).

Com isto, existiu uma evolução no pensamento jurídico para se seguir tratado de direitos humanos, havendo para tanto, mudança limitadora da incidência da hipótese do precedente. Neste sentido, fica evidenciado que essa modificação deve ser pensada como derrogação, ou seja, como espécie de revogação parcial já afirmada anteriormente (ROSITO, 2012, p.304).

Nesta esteira, parece óbvio que para limitar o alcance da *ratio*, em virtude do surgimento de nova postura acerca de algum tema, precisa-se verificar os dois casos para saber qual o melhor resultado para a questão, noutras palavras, antes de se optar pela limitação, fará o magistrado a *distinção* entre os fatos. Desta forma, utiliza-se o *distinguishing* enquanto técnica para chegar-se ao resultado de incompatibilidade com o antigo precedente (MARINONI, 2010b, p.347).

3.3.3 Overruling

Esta é outra técnica também fundamental na aplicabilidade dos precedentes. Infere-se na possibilidade de superação dos precedentes que permite atribuir dose de maleabilidade ao sistema jurisprudencial. Ela acaba por dar a resposta a uma das grandes críticas que sempre foi feita contra a teoria dos precedentes, que é, justamente, a do engessamento ocasionado ao sistema judiciário. É a ideia de que no momento em que se passa a ter um sistema onde Tribunais Superiores ditam as normas jurídicas, para os órgãos inferiores, haveria um cenário jurídico em que os juízes deveriam de “olhos fechados” apenas reproduzir decisões destas cortes.

Seria possível que o juiz, em todo caso concreto, tivesse condições de influenciar a decisão a partir daquilo que ele sente? O SFT e o STJ dentro da esfera cível teriam

voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento.”. (BRASIL, STF, 2008)

melhores condições de atestar o qual é direito questionado do que o juiz de primeiro grau que teve contato com as partes? O juiz que teve contato com as partes, e, portanto, aparentemente teria melhores condições de proferir um julgamento teria que se ver tolhido dessa possibilidade em razão da teoria dos precedentes? São estes os questionamentos feitos diante da teoria do *stare decisis*, dos precedentes obrigatórios que encontram resposta, assim como no *distinguishing*, aqui neste outro instituto (ROSITO, 2012, p.305).

Dito isso, percebe-se que existem mecanismos de flexibilização dos precedentes capazes de atribuir maior efetividade ao sistema jurídico e garantir os direitos dos jurisdicionados, através da sua dinamicidade, como, por exemplo, o *overruling* que significa, em linhas gerais, a superação total de um precedente.

O *overruling* vai além de um afastamento do precedente para o caso concreto. Ele significa a invalidação do precedente, como ensina Thomas da Rosa de Bustamante (2012), que entende ser o *overruling*, ao lado *distinguishing*, meios de abandono de uma regra jurisprudencial:

O que diferencia o *overruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não-ocorrência de suas consequências no caso concreto -, mas vai bem além disso, já que representa uma *ab-rogação* da própria norma adscrita aceita como precedente. O *overruling* apresenta-se como o resultado de um *discurso de justificação* em que resulta infirmada a própria *validade* da regra antes visualizada como correta. Por isso, as razões que o justificam devem ser ainda mais fortes que as que seriam suficientes para o *distinguishing* (seja interpretação restritiva ou a redução teleológica do precedente judicial) (BUSTAMANTE, 2012, p.388).

Claro que a visão esposada trata o *distinguishing* como resultado e não como método, mesmo assim é brilhante ao evidenciar que o precedente será revogado do âmbito normativo e, para tanto, existirá a necessidade de motivação da decisão que afasta o precedente para o caso em questão. Isso se dá porque os motivos que levam à revogação precisam ser bem explanados, para que, não se gere, ao contrário do que preconiza todo o sistema de precedentes, insegurança jurídica gerada pela alteração no direito. Além disso, existe o prejuízo que se pode causar no caso da retroatividade da norma precedente em situações jurídicas já consolidadas (MARINONI, 2013a, p.260).

A revogação do precedente ocorre diante de uma evolução dos próprios contextos social e jurídico. Não é a mudança da opinião do juiz, ou alteração da composição da corte ou colegiado que permite a alteração do precedente. Essa anulação do

precedente somente é possível quando se visualiza alguns critérios. É critério, por exemplo, a alteração de valores sociais, de condutas morais e políticas do país. Existe também possibilidade de alteração do precedente quando a concepção geral acerca do direito se modifica, ou quando acontece uma evolução tecnológica, ou, ainda, quando se verifica que os efeitos que se queria obter com os precedentes não foram obtidos. Há ainda, a possibilidade de um erro crasso de forma muito clara no precedente (MARINONI, 2010b, p.394-396).

Quanto ao seu efeito, poderá ser retrospectivo, operando efeito *ex tunc*, e então aos casos que ainda aguardam julgamento não pode ser aplicado o precedente revogado. Assim como poderá ter efeito prospectivo (*ex nunc*), onde os efeitos da revogação ocorrerão para os novos casos (TUCCI, 2004, p.180).

A superação é revogar o precedente, mudar o precedente. Para que se supere tem que começar de algum lugar, deve haver uma espécie de impulso, no entanto, no sistema brasileiro atualmente não há regulamentação para a superação de todos os precedentes.¹⁷ Mesmo assim, há a teoria que permite que na prática, tanto as partes possam suscitar a revogação em primeiro grau, como também o juiz de primeiro grau e os juízes dos Tribunais Superiores podem fazer de ofício.

Explica Francisco Rosito (2012, p.307), que a decisão que revoga o precedente somente pode ser proferida pelo órgão que o estabeleceu em oportunidade anterior. Desta forma, a Corte torna sem efeito ato próprio, e não de um outro Tribunal diverso. Este outro Tribunal, por sua vez, poderá proferir decisão diversa do precedente fixado, mas esta postura não é o *overruling* propriamente, pode ser chamado, de uma antecipação revogatória (*anticipatory overruling*), que somente será confirmado se o Tribunal Superior reconhecer.

O *overruling* antecipado, como salienta Luiz Guilherme Marinoni (2010b, p.404) acontece normalmente por três razões: “i) o desgaste do precedente; ii) as novas tendências das decisões da Suprema Corte; e iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente.” A revogação desta maneira, não pode ser vista com uma crítica ao Tribunal Superior, e sim como o dever de cooperação da Corte inferior em zelar pelo melhor

¹⁷ O único que há é a Súmula Vinculante que regulamentou o art. 103, a, § 2º da CF/88.

funcionamento do sistema, mostrando para o ente hierarquicamente superior a realidade sobre o precedente inferido.

Vista a técnica do *overruling*, que não se confunde com o *distinguishing*, mas dele também precisa para se chegar à conclusão de revogação, se percebe que o problema que circunda a técnica do *distinguishing* no Brasil está, justamente, na sua incompreensão essencial, e, conseqüentemente, na sua inutilização (ou má utilização) para diferenciar casos em que a aplicação de um precedente se tornaria adequada. O que se mostra realmente preocupante é o fato de que o resultado decorrente do *distinguishing* gerará também precedentes, estes últimos serão, por derradeiro, viciados assim como a técnica que os originou.

4 A DINÂMICA DO DISTINGUISHING NO BRASIL

Muitas foram/são as tentativas de incorporar dentro do ordenamento brasileiro a autoridade dos precedentes. Isso por uma questão muito óbvia, o precedente é a forma como o judiciário interpreta determinadas questões tuteladas pelo direito. É, então, o entendimento do tribunal e que, por uma exigência não só dos tutelados, mas também de sistematização do próprio ordenamento, precisa/deve ser uniformizado. No entanto, a colaboração constante do Judiciário, em todas as instâncias, é fundamental para instituir a autoridade do precedente (MARINONI, 2013b, p.155).

Não existem dúvidas de que o STF é órgão de cúpula competente para dar o último parecer sobre divergências constitucionais. Mas, de acordo com a CF/88 no art. 105, III¹⁸, a função de interpretar, e, portanto, dar sentido às Leis Federais, é própria do STJ. A carta magna, desta maneira, atribui ao Superior Tribunal a incumbência de proferir decisões com fito de unificar os entendimentos e orientar, tanto a sociedade, quanto os outros tribunais. Não por outra razão que o recurso especial tem como pressuposto de admissibilidade a contrariedade à lei, o que, de fato sugere uma interpretação do texto legal (MARINONI, 2013b, p.109).

A discussão sobre a consciência da incorporação dos precedentes judiciais como obrigatórios e vinculantes é, sem dúvidas, a pauta dos estudiosos sobre o tema. Mas, para além disso, se fazem necessários esclarecimentos sobre que rumo tomar para aplicar uma regra já fixada no novo caso. Noutras palavras, a realização da técnica do *distinguishing* deve, imprescindivelmente, ser realizada, de antemão, ao uso do caso paradigma.

¹⁸ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Parágrafo único. Funcionário junto ao Superior Tribunal de Justiça: I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante (BRASIL, 1988).

Não por outro motivo, Marcelo Alves Dias de Souza (2011, p.286), em seu estudo *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*, já alertava que um dos grandes defeitos da aplicação da teoria do *stare decisis* seriam as distinções ilógicas. Nas palavras do autor:

O uso exagerado do poder de distinguir pode levar a que certas questões do direito se tornem complexas demais. Isso porque as diferenças entre certos casos se tornam muito sutis, e as decisões tomadas parecem, de certo modo, ilógicas.

São episódios raros, mas é uma verdade que não pode ser escondida. (SOUZA, M., 2011, p.286)

Ressaltou, então, o autor que a distinção dos casos, tendo como consequência o afastamento do precedente guia (*distinguishing* resultado), seria um problema na medida em que se encontrariam soluções diversas baseadas em pequenos detalhes que não mereceriam a conclusão de não aplicação dos precedentes. No entanto, ao contrário do exagero, o uso tímido ou não uso do instituto da distinção é problema para o qual se chama atenção neste trabalho. É necessária a razoabilidade, o meio termo, na hora de analisar o conjunto de questões postas em comparação.

Por derradeiro, a teoria da obrigatoriedade da jurisprudência causaria o fenômeno contrário a todos os princípios norteadores do sistema, incansavelmente citados ao longo deste trabalho, como a igualdade, a segurança jurídica, a estabilidade e a coerência do direito. Isso porque, traria para o magistrado a responsabilidade de aplicar, a qualquer custo, um precedente já firmado, justamente para dar continuidade às falsas pretensões do ordenamento aos princípios ora supramencionados.

Segundo Alexandre Bahia, Humberto Teodoro Junior e Dierle Nunes (2010, p.42, grifo nosso), uma das premissas essenciais para aplicabilidade legítima e eficiente (efetiva) do precedente é perceber que:

A relação é dinâmica, de construção do direito e não estática de quem toma os precedentes como um dado do passado a que se deva repetir sem mais. Não bastasse, há duas técnicas que nos interessam em particular. Uma delas é o método de superação dos precedentes (*overruling*): os demandantes podem postular, junto à Corte que emitiu o precedente (ou esta pode fazê-lo, de ofício), a abolição/releitura do antigo precedente mostrando a alteração nas hipóteses fáticas/jurídicas que lhes deram origem. **A outra é o *distinguishing*, uma forma de se fugir ao rigor dos precedentes; pode-se mostrar que o caso possui particularidades que o diferenciam, isto é, para além das similaridades, advoga-se para que o Tribunal julgue o caso em razão de novas questões jurídicas (ou de particularidades fáticas) não pensadas/discutidas no precedente.**

Não se pode, contudo, esperar eficiência quantitativa em prol da qualitativa. O uso das decisões prontas para casos similares traz sim maior celeridade para resposta das questões, no entanto, deixam de lado a qualidade da análise que os casos merecem.

Percebe-se então, que para todos os casos, os juízos, sobretudo estaduais cíveis, encontram uma jurisprudência, ou até algumas, que podem ser aplicadas para os casos que lhes foram incumbidos a função de decidir. O instituto do *distinguishing* precisa ser entendido como um ato de inteligência do magistrado que exige dele, além do que se exige de todas as pessoas comuns (aquelas que não têm o mesmo compromisso com a sociedade e a justiça), como atenção e dedicação, maior senso e coerência para utilização apropriada do precedente, sempre projetando as consequências futuras do paradigma gerado.

Conclui-se o raciocínio com a breve afirmação de que no sistema brasileiro não existe o *distinguishing*. Mas como não existe *distinguishing*? Se existe demasiada aplicação de precedentes e não há como aplicar um precedente sem o *distinguishing*? Neste ponto, reformula-se o raciocínio em um único aspecto: não existem “técnicas de *distinguishing* no Brasil hábeis a permitir uma discussão mais efetiva e democrática dos casos” (NUNES et al., 2013, p.6).

4.1 COMO VEM SENDO REALIZADO

Notadamente, a onda dos precedentes tomou conta dos olhares jurídicos, uma vez que o direito é aperfeiçoado pelas decisões proferidas pelo Judiciário, capazes de orientar a sociedade. Parece óbvio, no entanto, que não é somente de doutrina que vive o direito. A prática revela mais que qualquer outra coisa, as impurezas e defeitos do sistema.

Bem por isso, Carlos Maximiliano (2011, p.149), instruiu que é verdade que a jurisprudência constitui bom auxílio para lograr êxito os advogados, bem como para os magistrados profiram suas decisões. No entanto, não há como se valer somente do resultado sem estudar a matéria de forma ampla, comparar os casos, adequar

aos princípios constitucionais e também estudar doutrina sobre o tema. O que deve ser feita é uma análise sistêmica do que se vai a julgamento, afinal, “a citação mecânica de acórdãos não pode deixar de conduzir a erros graves”.

Ora, não há dúvidas de que a aplicação dos precedentes resolveria a questão do excesso de processos judiciais e de sua longa duração. Todavia, a maneira como a distinção entre os casos vem se configurando não é solução mais acertada, já que muitas ações reclamam atenção especial para pontualidades. Assim, quando um erro como este é cometido, o efeito é totalmente diverso. As demandas demoram ainda mais, e, inevitavelmente, as partes tentarão recorrer das decisões proferidas.

Ronald Dworkin (2011, p.175) na tentativa de levar os direitos a sério, sabiamente explicou que os juízes tenderiam a concordar com as decisões anteriores, ainda quando muitas divergências tivessem. Embora o magistrado possua total independência para explicar a coerência da sua decisão, são poucos que assim o fazem, pois, “tentará, sempre, associar a justificção que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado.”.

Também por conta desta problemática, em contexto muito atual se encontram as palavras de Piero Calamandrei (2000, p.185):

Mas eis que ao juiz, que vivia tranquilo com a convicção de ter pronto para todos os casos o compartimento apropriado dentro dos lúcidos esquemas da jurisprudência consolidada, apresenta-se um caso imprevisto que perturba sua tranquilidade, porque dele percebe que, se quisesse encaixá-lo a qualquer preço naqueles esquemas, resultaria uma solução contra a qual seu sentimento se rebela.

O grande problema mencionado está justamente na possibilidade de, mais uma vez, pensar que o direito já foi capaz de tutelar todas as situações complexas da vida cotidiana. Algo que as leis são incapazes, bem como a interpretação delas, os precedentes (*lato sensu*), conseqüentemente, também o são.

Atualmente, a prática mais comum e que pode ser visualizada em poucos minutos dentro de um gabinete de um magistrado, é que ele recebe o processo, extrai o tema, e insere etiquetas com as supostas matérias de direito. Após isso, vai ao computador, busca um modelo, altera os nomes das partes e a data do julgamento. E ali está pronta a decisão. Afinal, os casos são idênticos a tantos outros que já foram decididos. O que realmente vem ocorrendo, hodiernamente, é o uso demasiado do precedente, até mesmo quando ele deveria ser distanciado.

Sobre o *distinguishing*, já foi afirmado anteriormente que a inexistência dele no ordenamento jurídico é a regra. Raras as exceções que o instituto é aplicado de maneira clara aos cidadãos e com a possibilidade de debates. Dessa maneira, cabe então verificar situações concretas onde não existe a técnica.

4.1.1 Sobre o julgamento dos recursos repetitivos

No Brasil, um dos usos do *distinguishing* que verdadeiramente incomoda os juristas é o utilizado na seleção dos casos similares que deveriam constituir os blocos do julgamento dos recursos especiais repetitivos, também conhecidos como julgamento por amostragem, presente nos artigos 543-B¹⁹ e 543-C²⁰ do CPC.

¹⁹Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

²⁰Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

O art. 543-B se dispõe a regular o julgamento da multiplicidade de recursos extraordinários que existam conflito sobre a mesma questão jurídica, no âmbito do STF, regulado também pelo regimento interno deste Tribunal. O procedimento positivado tem por finalidade atribuir maior coerência às demandas, quando seleciona alguns casos “pilotos” para serem julgados da mesma forma e sua decisão servirá de modelo para outros futuros. Do ponto de vista da vinculabilidade das decisões, o próprio texto legal traz a inequívoca necessidade dos demais tribunais seguir o decidido pelo máximo órgão de cúpula, seja quando este reconhece a existência de repercussão geral ou não (MEDINA, 2012, p.670).

A adoção do julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ, introduzido com a Lei 11.672/2008, que acresceu o art. 543-C ao CPC, como explica Francisco Rosito (2012, p.436), teve por objetivo diminuir o número físico das demandas levadas ao Superior Tribunal, para que esta corte pudesse otimizar sua produção e se dedicasse a exercer sua função, hoje primordial, de uniformização de jurisprudências. Claro, que, em última análise, o julgamento por amostragem, inevitavelmente, também gerará precedentes. Então, não há como ignorar outro propósito dos recursos especiais, o de garantir a conformidade das decisões de todos os recursos similares. Afinal de contas, a função primordial do STJ é a de garantir a interpretação e uniformização na aplicação do direito brasileiro, no que tange, ao menos, às Leis Federais (ROSITO, 2012, p.434).

No NCPC, o julgamento dos recursos por amostragem, além dos recursos especiais e extraordinários já previstos no código vigente, comportará o chamado “incidente de resolução de demandas repetitivas” (MEDINA, 2012, p.670). Surge a possibilidade de umas das partes, bem como do Ministério Público ou Defensoria Pública (os legitimados em geral) provocarem o reconhecimento da necessidade de uniformização para casos repetidos divergentes. O surgimento do incidente,

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

entretanto, não pode ser pensado como literalmente preventivo, pois é necessário que já existam casos divergentes (CUNHA, 2011, p.274-275).

Explica Antonio Adonias Aguiar Bastos (2011, *passim*) que o projeto do NCPC prevê a potencialidade de futuras discussões sobre demandas que versem sobre a mesma questão de direito. A prevenção trazida com o incidente, não pode privar a controvérsia de passar por todos os graus de jurisdição até que a matéria chegue às últimas instâncias de forma madura. Ao abrir espaço para o contraditório (participação e influência), se pretende também garantir a democracia processual. Por outro lado, é necessário ter cautela quanto à mera possibilidade do surgimento de outras demandas sobre o tema, ainda mais quando o incidente ainda não passou pelas outras instâncias, carecendo de amadurecimento. Afinal, o instituto desde o começo foi pensado para proteger a segurança jurídica, isonomia, duração razoável do processo, moralidade, boa-fé objetiva e a liberdade.

Trata-se do mecanismo da concentração de todos os recursos que cuidam de “idêntica questão de direito”, para que sejam decididos da mesma forma. Assim, explica Luiz Guilherme Marinoni (2013b, p.227): “fala-se que a via do recurso repetitivo está aberta quando há “multiplicidade de recursos” tratando da mesma questão jurídica.”. Desta maneira, até que a decisão que influenciará todos os casos seja tomada, ficarão os demais processos que tratem da mesma matéria suspensos.

Como exemplo de julgamento de recursos repetitivos, ainda hoje paira a discussão sobre a legalidade ou não dos juros fixados em contratos bancários, bem como a possibilidade de declará-los abusivos quando presente em expressa cláusula contratual. A pretensão se baseia também na Lei de Usura de 93, onde se limitou a taxa de juros contratuais a 12% ao ano. No entanto, o STF pacificou o entendimento, a partir da edição da Súmula n. 596 que tem como redação: “As disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.”.

Em maio de 2011, foi recebido pelo STJ a Rcl. n. 5786/MT, cuja relatoria pertencia ao Min. Sidnei Beneti. A Rcl. foi proposta pelo Banco Bradesco S/A, contra decisão emanada pela Terceira Turma dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Mato Grosso, que teria fixado juros de forma distinta do permitido pela jurisprudência do

Superior Tribunal. O banco alegou que já existia entendimento consolidado na própria Corte, determinando a aplicação da taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central, tanto nos casos de não existirem cláusulas contratuais sobre o percentual de juros remuneratórios, quanto nos casos em que ficou constatado abuso na taxa pactuada entre as partes (BRASIL, 2011).

Segundo a decisão proferida pelo Relator Min. Sidnei Beneti:

O agravante não trouxe argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, que está em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos. (BRASIL, 2011)

Dessa forma, a questão não foi decidida em suas minúcias, pois o STJ entendeu que não haveria controvérsia sobre as cláusulas de juros nos contratos bancários, uma vez que se fossem previamente estipulados os juros, contratualmente não haveria o porquê de se falar em abusividade.

A referida reclamação foi arquivada em janeiro de 2013, mas ainda hoje, por força da decisão proferida pelo STJ na Rcl. 5270/BA, da lavra do Min. Aldir Passarinho Júnior, estão suspensos todos os processos em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis do país até o julgamento final da matéria (BRASIL, 2012).

Existe ainda, quando no âmbito dos recursos repetitivos, a necessidade de se discutir a matéria de direito para se exaurir qualquer controvérsia para que se chegue, por fim, a uma decisão uniformizada. Para tanto, existe a responsabilidade com a “adequada compreensão da questão de direito”, momento em que se abre espaço para se verificar a essencial presença do *amicus curiae*, como forma de atribuir legitimidade às decisões proferidas pelo STJ (MARINONI, 2013b, p.229).

Verifica-se que, de fato, é competência da Corte Superior dar significado ao direito, o que acontece em última análise, quando da interpretação da norma jurídica. No entanto, algo que sempre incomodou os estudiosos é a ausência de legitimidade do Poder Judiciário, para criar, inevitavelmente, normas jurídicas. Não por outro motivo, Ronald Dworkin (2011, p.132) evidenciou o problema de os juízes criarem leis, sem serem eleitos, não havendo, portanto, confiança direta depositada pelos cidadãos eleitores.

Essa indagação, por outro lado, pode ser facilmente respondida quando existe a possibilidade de trazer para o processo, a figura do *amicus curiae*, terceiro que

intervém sem interesse jurídico direto, já que não será afetado especificamente com o resultado daquela demanda, pois parte do processo em questão não é, mas, que, por outro lado possui interesse com a “causa que defende”. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2013b, p.230), ainda que o terceiro “amigo da corte” intervenha também para auxiliar o Tribunal suprindo a ausência de algum conhecimento específico na demanda, ele não pode ser visto como imparcial ou neutro, pois ele pretende que o deslinde do processo se dê a favor de uma das partes.

Dessa forma, tanto o § 4º do art. 543-C do CPC, como a Resolução 8/2008²¹ do STJ, no art. 3º, I, preveem a presença desta entidade que poderá esclarecer fatos, sejam eles científicos ou não, bem como oferecer argumentos jurídicos necessários para o melhor deslinde da mesma questão que foi posta muitas vezes, comumente vista quando o conflito está sob competência do STF.

Assim, havendo muitos recursos especiais que se refiram à mesma questão de direito, a autoridade máxima dos Tribunais, encaminhará ao STJ um ou mais recursos tidos como representativos do conflito, ficando os outros recursos especiais suspensos. Pode ocorrer também, de os recursos chegarem até o Superior Tribunal sem anterior pronunciamento dos tribunais ordinários, o que não impede, todavia, do Min. incumbido de relatar o caso verificar se está diante de uma questão que se repete em outros recursos com frequência, motivo suficiente para “submeter o recurso especial ao julgamento da Seção ou da Corte Especial” (MARINONI, 2013b, p.227).

Ainda nesta linha, critica Luiz Guilherme Marinoni a possibilidade de os tribunais ordinários apontarem matérias controversas, pois extrapolam a sua função que é eminentemente julgadora. Desta forma, não haveria por que se falar na concessão dada aos tribunais inferiores para identificar questão de direito, já que a estes a própria constituição federal reservou a atribuição de resolver conflitos concretos, o que por si só já não é uma tarefa simples (MARINONI, 2013b, p.228).

Mesmo assim, o STJ, através da Resolução 8/2008 (BRASIL, 2008), que estabeleceu alguns procedimentos referentes ao processamento e julgamento dos

²¹ Art. 3º. Antes do julgamento do recurso, o Relator: I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

recursos especiais repetitivos, já no seu primeiro artigo²², trouxe a previsão da “cooperação” dos tribunais ordinários no julgamento por amostragem. Além disso, a resolução ainda confirma a suspensão (ou sobrestamento) dos demais recursos que possivelmente serão influenciados com o julgamento final dos recursos selecionados.

Justamente na possibilidade de sobrestar os julgamentos é que está o maior perigo e constatação da ausência de utilização do instituto do *distinguishing* pelos tribunais ordinários. Muitos despachos são proferidos sem, de fato, se verificar o total contexto da demanda, fazendo, inclusive, com que matérias diversas sejam sobrestadas, ou ainda, aquelas que não deveriam, pois já havia ultrapassado a fase de conhecimento, restando somente a execução dos direitos reconhecidos com a sentença.

4.1.2 A suspensão das demandas no juízo ordinário

O maior problema do julgamento de recursos repetitivos é a forma simplória com que eles são sobrestados ainda pelos tribunais inferiores, através de um despacho padrão sem maiores explicações, bem como os mecanismos que as partes afetadas possuem para reverter à situação, quando se sentindo prejudicadas por entenderem que não se trata de caso idêntico aos que foram suspensos.

Ainda quando criticava a ausência de competência dos juízos de primeiro grau para identificar questões de direito que devem ser levadas ao julgamento piloto, Luiz Guilherme Marinoni (2013b, p.228), afirma que:

Por consequência, também dotada de equívoco é a regra que dá ao tribunal ordinário atribuição para suspender o curso dos recursos especiais. Há aí algo que beira ao curioso, pois um tribunal cuja função é de resolver conflitos não pode tratar de recurso voltado à definição do sentido do direito federal infraconstitucional.

²² Art. 1º. Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (CPC, art. 541) admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando os demais suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal.

Verdade é que não existe Lei que autorize a suspensão dos recursos pelos *juízos a quo* responsáveis pelo controle de admissibilidade, quando se fala de recursos especiais, ao contrário do procedimento previsto para o STF. Acredita Francisco Rosito (2012, p.444-445) que pecou o ordenamento jurídico neste sentido, afinal a repercussão geral reconhecida “representa interesses de transcendência coletiva”. No entanto, nada impede que o próprio STJ determine a mencionada suspensão.

Luiz Guilherme Marinoni (2013b, p.235), por outro lado, evidencia que errada é a prática de se suspender as demandas nos tribunais inferiores quando a matéria presente nos vários recursos encaminhados ao STJ, ainda não foram discutidas. Assim, afirma o autor que somente a corte superior pode dar início à discussão, momento este que determinará efetivamente a suspensão das outras demandas.

Entretanto, como demonstra José Miguel Garcia Medina (2012, p.674), o sobrestamento pode sim ser aplicado às apelações ainda não julgadas em instância local, como evidencia precedente que fora firmado no julgamento do REsp.1.111.743/DF pelo próprio STJ²³.

De toda sorte, é no sobrestamento das questões, ou melhor, no momento de apontar os recursos que deverão seguir o caminho dos que não foram decididos, que se encontra o maior problema de não se ter uma técnica de *distinguishing* no ordenamento brasileiro. Afinal, na maioria das vezes é difícil entender a similitude dos casos que levarão à decisão do magistrado.

Além disso, outro obstáculo para a legitimidade do sistema no que tange ao despacho de sobrestamento dos recursos está no fato de se buscar um instrumento processual efetivo para recorrer das decisões suspensórias. Dessa maneira, se verifica uma zona cinzenta nas técnicas processuais postas à disposição das partes para o controle das decisões que, erradamente, sobrestam recursos não idênticos (NUNES et al., 2013, p.6).

Os tribunais superiores já foram provocados por diversos meios processuais visando discutir a suspensão de um processo, por não se tratar este último de caso idêntico aos demais pilotos. Trata-se das possibilidades de suscitar nos tribunais a devida realização do *distinguishing*.

²³ STJ, REsp.1.111.743/DF, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgamento em 25 fev.2010.Publicado no DJe em 21 jun. 2010

A Reclamação que poderá ser interposta diante de uma das Cortes Supremas (STF e STJ), para conservar suas competências e garantir a autoridade das suas decisões não se mostrou remédio eficaz para se discutir a questão da falta de distinção entre o julgamento paradigma e o sobrestado. Para o STF²⁴ não poderia reconhecer a Reclamação, pois isso geraria o risco de criar um precedente para que nesta instância devesse demonstrar a distinção entre os recursos comparados. Para o STJ²⁵, a Reclamação não poderia ser apreciada, vez que seria clara violação ao pacto federativo se a decisão do tribunal inferior fosse revista naquela instância (NUNES et al., 2013, p.10-12).

No que tange à Medida Cautelar, o STJ em outubro de 2012, no julgamento da Medida Cautelar n. 17.226/RJ de relatoria do Min. Massami Uyeda, decidiu que também não é este o meio adequado para se analisar o *distinguishing* do recurso suspenso equivocadamente. Neste sentido, trecho da ementa do julgado:

MEDIDA CAUTELAR - DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE DETERMINA A SUSPENSÃO DA TRAMITAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - IRRECORRIBILIDADE, EM REGRA - ALEGAÇÃO DE SOBRESTAMENTO EQUIVOCADO (MATÉRIA CONSTANTE NO RECURSO ESPECIAL SUSPENSO NA ORIGEM DISTINTA DAQUELA CONSTANTE NO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA) - INSURGÊNCIA PERANTE ESTA CORTE - ADMISSIBILIDADE, SOMENTE APÓS A AFETAÇÃO DO JULGAMENTO AO ÓRGÃO COLEGIADO COMPETENTE - PEDIDO CAUTELAR A QUE SE NEGA SEGUIMENTO (BRASIL, 2010)

Nesse julgado foi reconhecido que, embora a indignação da parte para destrancar o processo suspenso afronte a celeridade e a duração razoável do processo, admite-se que ela deve recorrer e demonstrar a decisão equivocada. O STJ, no entanto, através do referido julgado, negou seguimento ao pedido, sob a alegação de que ainda não se tinha realizado o controle de admissibilidade das matérias repetitivas enviadas ao tribunal, privando-se a corte de decidir sobre a insurgência. (NUNES et al., 2013, p.13-14).

²⁴ Decidido no julgamento da Rcl. n. 7569/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, em 19 de nov. 2009, publicado no DJe em 11 dez. 2009.

²⁵ Decidido na Rcl. n. 3652/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, em 14 de out. de 2009, publicado no DJe em 04 dez. 2009.

Também, sobre o agravo de instrumento do art. 544 do CPC²⁶, entendeu-se não ser o recurso cabível para demonstrar a ausência de relação entre os processos, uma vez que não se trata de inadmissão de REsp. ou REx., pois a decisão proferida com o despacho de sobrestamento não possui cunho decisório e sequer chegou a analisar os requisitos de admissibilidade. (NUNES et al., 2013, p.15).

O entendimento do STJ foi o mesmo, quando negou conhecimento a Mandado de Segurança impetrado contra decisão de sobrestamento. Nesse caso, a sentença foi mais prática. A corte simplesmente invocou conteúdo da sua Súmula n. 41 cuja redação “o Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos”, caiu como luva ao problema que precisava ser enfrentado em algum momento, mas naquele não foi. (NUNES et al., 2013, p.15).

Restou, dentre os instrumentos legalmente previstos, a interposição de agravo interno para o próprio tribunal que proferiu a decisão que sobrestou erroneamente o recurso. Esse entendimento pode se dá, também, em decorrência lógica da Súmula já mencionada e das melhores condições que o próprio juízo proferiu.

O que se percebe, entretanto, é a resistência dos tribunais em rever suas decisões de suspensão, mesmo quando é evidente a existência de erro.

Volta-se para o exemplo dos recursos que se discute a matéria sobre juros. Imagina-se que um sujeito se viu prejudicado diante da impossibilidade de arcar com as dívidas que tinha perante um Banco, devido às altas taxas de juros cobradas. Em posse de um título executivo judicial, pois a sentença que julgou favorável a sua pretensão reconhecendo que os juros entabulados no contrato que firmara com a sua instituição bancária eram abusivos, já havia transitado em julgado, chega o momento de ser executado pelo banco para pagar o valor que estava devendo. Nesse tempo, interpõe-se impugnação à execução para questionar o excesso da execução na forma do art. 475-L, V²⁷ do CPC.

No momento de apreciar a impugnação, o magistrado reconhece logo que se trata de problemática envolvendo juros e se recorda de que os recursos nesse sentido

²⁶ Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

²⁷ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: V – excesso de execução;

estão suspensos, e então decide por suspender o recurso. Ora, o recurso já tinha sentença transitada em julgado, não haveria porque suspendê-lo, pois a decisão sobre os processos que serão julgados em bloco somente produzirá efeitos para os processos futuros. Assim, inclusive, decidiu o STF na Rcl. n.12748/DF, na ementa que segue:

RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO LEGÍTIMO DA PARTE RECLAMANTE. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. PEDIDO PREJUDICADO. Decisão: Trata-se de reclamação ajuizada em 10/10/2011, em face de decisão proferida pela 38ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao apreciar o Agravo Regimental nº 0087377-29.2011.8.26.0000, manteve o sobrestamento do feito, até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE nº 626.307, Rel. Min. Dias Toffoli. Os reclamantes sustentam, em síntese, afronta à autoridade da decisão desta Suprema Corte proferida no RE nº 626.307, uma vez que a hipótese dos autos se amolda a uma das exceções listadas pelo relator do referido recurso extraordinário, Min. Dias Toffoli, ou seja, não se aplica o sobrestamento aos processos em fase de execução definitiva. Consoante pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verificou-se que houve julgamento do Agravo de Instrumento nº 0087377-29.2011.8.26.0000, ocasião em que se levantou o sobrestamento. Assim, não mais subsiste interesse jurídico legítimo da parte reclamante a ser amparado na presente via. Ex positis, julgo prejudicada a presente reclamação, diante da perda superveniente de seu objeto (art. 21, IX, do RI/STF) (BRASIL, 2013b).

Dessa maneira, clara e evidente foi a ausência de distinção que deveria ser realizada pelo magistrado no momento de apreciar o recurso. A maneira superficial de somente analisar a matéria que se discute, deixando de lado todos os ritos do processo, fez surgir uma decisão errada que prejudica as partes por não poderem pôr fim ao processo.

Importante salientar que, embora o STJ tenha dito que o ato que suspende o processo, não tem cunho decisório, isso não é verdade. De fato os despachos são atos processuais sem conteúdo decisório, pois sequer adentram ao mérito, se utilizando deles o magistrado para impulsionar o processo (SOUZA, W., 2008, p.179). No entanto, é mais coerente entender que a decisão proferida, ao contrário de um despacho, é uma decisão interlocutória, e que, portanto, não pode dispensar a devida fundamentação.

Sobre as decisões interlocutórias, previstas no § 2º do art. 162²⁸ do atual CPC, estas consistem no ato através do qual o magistrado decide uma questão incidente. Ensinam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2009, p.285), que o a redação do código leva a crer que as decisões interlocutórias não poderiam resolver a questão principal (de mérito), se limitando às incidentais, aquelas que impreterivelmente deveriam ser decididas a priori da questão principal, o que não é o que se mostra com os exemplos concretos, como o deferimento de tutela antecipada.

De qualquer sorte, verifica-se que a decisão que suspende os processos por se tratarem de demandas repetitivas, não pode ser considerada despacho sem cunho decisório. São sim decisões interlocutórias e que pressupõem, de logo, a cognição da matéria processual.

Nota-se a grande celeuma por que passa as partes de um processo, quando, por ausência de distinção entre os recursos, o seu processo é suspenso. Remete-se este fenômeno a uma onda gigante que quando passa leva todas as coisas ao seu redor. O julgamento em bloco, devido à ausência do *distinguishing* prejudica a continuidade de muitas ações que não deveriam se prolongar quando não houvesse necessidade de esperar o último veredicto das cortes superiores.

Relevante são as previsões no projeto do NCPC sobre os recursos repetitivos. O capítulo VI que trata “Do incidente de resolução de demandas repetitivas”, traz importantes inovações sobre este aspecto, prevendo, inclusive a realização do *distinguishing*. O art. 990 do projeto (BRASIL, 2013a) prevê:

Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos no art. 988.

§ 4º O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 521 § 9º; ou, se for a hipótese, a suspensão de seu processo, demonstrando a que a questão jurídica a ser decidida está abrangida pelo incidente a ser julgado. Em qualquer dos casos, o requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo. A decisão que negar o requerimento é impugnável por agravo de instrumento.

²⁸ “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. [...] § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” (BRASIL, 1973).

Dessa maneira, além da possibilidade de o recorrente demonstrar o *distinguishing* através da adequada fundamentação também regulada pelo projeto, o artigo prevê o instrumento pelo qual será impugnada a decisão, dando, ao menos em tese, solução ao problema enfrentado nos tribunais.

A previsão normativa, todavia, demonstra a importância de os interessados no julgamento do processo estar conscientes da *ratio decidendi* de um precedente e da distinção que deverá ser realizada. O ideal seria que sequer fosse cogitada a suspensão equivocada de um recurso, pois aos magistrados caberia a função primária de realizar o *distinguishing*. No entanto, como todos os atos da vida são passíveis de erros, fundamental se faz abrir espaço para que a parte recorra da decisão.

4.2 DISTINGUISHING NO PROJETO DO NOVO CPC

O Projeto de Lei n. 8.046/10 (BRASIL, 2010) em trâmite na Câmara dos Deputados, trata da merecida reforma que será realizada no CPC, já que o vigente teve sua redação original instituída em 1973.

Muitas mudanças ocorreram desde a instituição do atual Código, não por outro motivo que interpretações foram realizadas, bem como algumas emendas consolidadas, modificando o texto original, com a finalidade de atribuí-lo maior coerência com as necessidades da ritualística do processo e a realidade contemporânea.

Bem verdade que os primeiros esboços do projeto do NCPC nada traziam sobre *distinguishing*, bem como os outros institutos (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overriding* e *overruling*). Não por outro motivo, que acreditava André Luiz Bitar de Lima Garcia (2011), ter se perdido a oportunidade de melhor tratamento do sistema de precedentes judiciais.

Há algum tempo Luiz Guilherme Marinoni (2009), demonstrou a inércia da doutrina e tribunais brasileiros mesmo diante do grande incômodo de se ver a todo o momento decisões diversas para casos semelhantes. Razão pela qual discorreu:

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a esta situação na doutrina e na praxe brasileira. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis (MARINONI, 2009, p.60).

Não havia outra razão plausível para não se levar a sério os precedentes judiciais no ordenamento brasileiro do que a fatalidade de acreditar que não haveria solução para o problema da insegurança jurídica.

O próprio Luiz Guilherme Marinoni (2010a) já haveria, inclusive, sugerido proposta de alteração do CPC com a finalidade de atribuir força aos precedentes judiciais. Na sua proposta, inclusive, estaria presente um artigo com a seguinte redação:

Os precedentes dotados de eficácia vinculante podem não ser adotados quando o Tribunal ou Juízo distinguirem o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não tratada no precedente, a impor outra solução jurídica (MARINONI, 2010a, p.281-282).

Tal artigo, que seria o 5º, no projeto do autor, prevê a dinâmica do *distinguishing* bem como a possibilidade de se afastar o precedente mediante utilização, por exemplo, do *overruling*. Mesmo abrindo espaço para se indagar “o que é argumentação racional e justificativa convincente”, a maneira sugerida, em princípio, seria satisfatória para, ao menos, positivar a ação que o magistrado deveria ter diante do precedente.

O projeto do NCPC, entretanto, embora tenha pecado no sentido procedimental, não pode ser desmerecido, uma vez que abriu portas para a importância e autoridade das jurisprudências.

Na Exposição de Motivos do projeto do NCPC (BRASIL, 2010, p.11-330), a Comissão formada fez questão de demonstrar a preocupação de se estabelecer um CPC coerente com a Constituição Federal e , mais do que isso, capaz de efetivar os princípios elencados por ela.

Do texto presente no anteprojeto, merece destaque a passagem que reconhece a importância dos precedentes judiciais no sistema jurídico, como segue:

Por outro lado, haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que **moldem** o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados (BRASIL, 2010, p.15, grifo do autor).

O anteprojeto do NCPC, desta forma, não fechou os olhos para a necessidade de buscar segurança jurídica, assim como atribuir autoridade às decisões dos tribunais superiores.

O maior avanço do projeto no que pertine ao tema em destaque, foi sem dúvidas, um capítulo referente aos precedentes judiciais. O Capítulo XV do projeto é justamente “Do Precedente Judicial”. Do primeiro artigo específico, art.520²⁹, se preconiza a uniformização da jurisprudência e procedimento de edição de enunciados, a ser adotado por regime interno.

O artigo seguinte, que é muito extenso, revela a necessidade de se manter a estabilidade da jurisprudência a ser seguida pelos outros órgãos, ou seja, a vinculabilidade dos precedentes sejam eles de corte superiores ou da própria corte.

Ademais, o artigo também se faz muito importante quando indica o procedimento a ser adotado quando tiver que se modificar um entendimento, prevendo a participação de outros órgãos e entidades e a realização de audiências públicas na formação do entendimento. Entrega aos Tribunais, assim, a partir de seus regimentos internos, a previsão de como a revisão da jurisprudência será realizada.

Sobre alteração dos precedentes, ainda, o §6º do art. 521³⁰ do Capítulo XV do projeto prevê a necessidade de fundamentação adequada e específica, como forma

²⁹ “Art. 520: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Parágrafo único: Na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, os tribunais devem editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante” (BRASIL, 2010).

³⁰ “Art. 521: Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas. §6º A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (BRASIL, 2010).

de concretização dos princípios norteadores, o que realmente é um problema verificado nas sentenças do Poder Judiciário.

E sobre o *distinguishing*, instituto de grande relevância para aplicação dos precedentes, o NCPD (BRASIL, 2010) não deixou de mencioná-lo. É o que se vê no §9º do art. 521:

§9º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fudamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

Assim, a versão de 09 de outubro de 2013 do PL n. 8.046/2010, se revelou um grande avanço sobre os precedentes judiciais e, mais ainda sobre a distinção a ser realizada.

Todavia, percebe-se que se está perdendo uma boa oportunidade, pois o que existe é a necessidade de uma melhor organização no que concerne à procedimentalização das técnicas para dinamizar os precedentes, o que atualmente, é realizado exclusivamente de forma empírica sem previsão concreta. Situação diametralmente oposta à ideia de segurança jurídica.

4.3 COMO DEVE SER REALIZADO

Este tópico tem por escopo trazer solução para o problema da realização do *distinguishing*, mas, para tanto, não buscará nenhuma solução mirabolante que careça de suporte fático e teórico.

A ideia que será abordada possui, inclusive, previsão legal, e, ao menos aparentemente, é algo simples. Trata-se, portanto, da fundamentação das decisões.

Ora, a questão de como se realizar o devido *distinguishing* está intimamente ligada à necessidade de se fundamentar a decisão. Isso se dá por uma questão muito simples. Pois, mais do que realizá-lo, deve o magistrado explanar como o fez para que as partes envolvidas e afetadas possam se convencer da melhor atitude ou, até mesmo, tentar recorrer, no caso de eventual arbitrariedade.

Primeiramente, entende-se que para realizar uma distinção coerente entre casos, deve o julgador agir com prudência para encontrar a *ratio decidendi*, bem como outras peculiaridades do processo.

Através da fundamentação então, é que o julgador demonstra como identificou o centro do precedente bem como, por exceção, evidencia aquilo que foi indicado somente como exemplo no caso anterior.

As especificidades que serão buscadas em cada processo não somente dizem respeito aos acontecimentos fáticos de cada um dos processos, mas também à ritualística do processo, como foi demonstrada no exemplo acima constatando, que a distinção é importante às causas que estão em processo de execução e, portanto, já objeto de sentença transitada em julgado.

Realmente se reconhece que há longo tempo a fundamentação da decisão judicial é objeto de estudo não somente nos vários estados do território brasileiro, como também internacionalmente. No entanto, mister se faz perceber que o procedimento adotado no decorrer da dinâmica do *distinguishing* também será importante para conferir, em última análise, senso de justiça às decisões.

No que diz respeito à procedimentalização do direito, se entende que antes mesmo de uma decisão que venha sobrestar um processo em decorrência de julgamentos repetitivos, ou até mesmo que julgue improcedente o pleito autoral de logo (como é o caso do art. 285-A, CPC), seria importante intimar as partes interessadas para se manifestarem.

Bem verdade que ao magistrado caberia a realização da adequada distinção, mas até pelo princípio da cooperação, não existe razão para que as partes não sejam previamente convidadas a se manifestar sobre a identidade dos casos. A possibilidade de abertura ao diálogo neste momento é essencial para conferir legitimidade ao *distinguishing* que antecede a decisão.

Chamar as partes para se manifestarem significa, em outros termos, criar um espaço onde o próprio juiz decisor tem a oportunidade de melhor refletir e amadurecer a decisão que irá proferir.

Pertinentes são as lições de Antonio do Passo Cabral (2013, p.391):

Os princípios que formam a constelação da boa-fé processual, como a máxima de cooperação e a proteção da confiança, todos atuam para que o

processo de torne, na medida do possível, um ambiente de colaboração em que a alteridade própria da influencia seja preservada. Nesse sentido, os atos processuais não são apenas atos “para si”, mas atos de autovinculação, atos “para o outro”, ou seja, condutas que implicam em autorresponsabilização. Portanto, as condutas voluntariamente tomadas no processo podem e devem ser valoradas como possíveis fontes geradoras de estabilidade.

Resta então evidente, que o magistrado necessita da participação dos sujeitos envolvidos no processo para desenvolver o seu convencimento. De tal maneira, é importante a argumentação desenvolvida pelas partes, como também se possa admitir, neste caso, a intervenção. Admitir terceiros técnicos que entendam especificamente do assunto, como o *amicus curie*, caso o entendimento não possa facilmente ser concluído.

Também sobre a necessidade de diálogo no espaço procedimental, explica Társis Silva de Cerqueira (2012, p.59):

Com efeito, o processo é conformado a partir de uma estrutura dialógica, o que significa que ele é um espaço comunicativo. Noutras palavras, o processo é concebido para permitir um diálogo racional muito próximo ao ideal pensado por Habermas, principalmente em um Estado e em uma sociedade permeados pelo valor democracia.

Restam evidentes os argumentos que levaram o legislador a positivar a abertura do diálogo no momento de se decidir o caso piloto. No entanto, afirma-se que o diálogo deve ser aberto muito antes da decisão mestra, no espaço reservado ao ato de proferir a decisão interlocutória de sobrestamento, ao ato do *distinguishing*.

Não se trata de precisionismos procedimentais que vão de encontro à celeridade processual, muito ao contrário, trata-se de prevenção às injustiças, bem como de prévia construção do entendimento sobre a matéria.

Entende-se com isso, que o procedimento prévio a ser adotado antes da decisão requerer-se-á a manifestação da parte sobre a compatibilidade do caso em cotejo e o precedente, abrindo espaço para um debate até mais complexo, quando necessária a participação dos entes e órgãos públicos.

Infelizmente a distinção realizada entre um caso concreto que está sendo decidido e o precedente que se pretende aplicar, inexistente de forma a concretizar os anseios das partes. Isso porque, muitas vezes, é visível que a postura do magistrado na realização da dinâmica da distinção não foi adequada, e, muitas outras vezes, não há sequer como saber se existiu o *distinguishing*, pois o que existe é meramente uma pseudofundamentação.

4.3.1 O aspecto legal da fundamentação

A fundamentação aparece no art.458, II³¹, do CPC como requisito essencial da sentença, ao lado do relatório e do dispositivo.

Sobre a sentença, ensina Wilson Alves de Souza (2008, p.184), que ela requer raciocínio do juiz e “tem natureza de norma jurídica individualizada, na medida em que o juiz decide certificando uma situação de incerteza jurídica entre os sujeitos em conflito num determinado caso concreto”.

No que se refere aos elementos estruturais da sentença, tem-se que o relatório é a parte da sentença que contém breve narrativa dos fatos e, de alguma maneira, demonstra que o magistrado conhece a questão que vai julgar. A fundamentação, por sua vez, aparece como a razão que levou o sentenciante a decidir de maneira x e não y. Já o dispositivo é o momento em que o juiz profere o comando do que realmente se decidiu, sendo esta parte que irá se tornar coisa julgada material. (MARINONI; ARENHART, 2011, p.412).

Nesse contexto, Antonio do Passo Cabral (2013, p.388) é sutil ao ensinar que o entendimento de que somente o dispositivo da sentença faz coisa julgada é fruto do pensamento de que somente ao comando do Estado é que deveria obter estabilidade e não o antecedente racional que antepôs a “vontade Estatal”, a vontade da lei, típico posicionamento dos sistemas de *civil law*.

Também por isso, Wilson Alves de Souza (2008, p.220) conclui que, embora o dispositivo e a sentença sejam elementos imprescindíveis para o ato decisório, “não se pode confundir julgamento com dispositivo.”, pois, “só se pode falar em julgamento juridicamente existente se existir dispositivo motivado”.

Quando se fala de precedentes judiciais, por outra via, não há como deixar de se pensar na fundamentação, enquanto elemento capaz de gerar futura estabilidade.

³¹ “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito [...]” (BRASIL, 1973)

É na fundamentação que o julgador irá analisar as questões de fato e de direito esposadas nos autos do processo. Neste momento o magistrado poderá demonstrar o seu entendimento sobre a lide, assim como das provas que foram produzidas ao longo do processo.

Através da fundamentação, como explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011, p.411), é que existe a possibilidade de controle da atividade jurisdicional, assim como, a oportunidade de o recorrente e do tribunal de segundo grau, se for o caso de recurso, entenderem, de maneira adequada, os motivos que levou o julgador *a quo* a decidir daquela maneira.

Além do artigo mencionado, o art. 131³² do atual CPC também traz regramento sobre a fundamentação, evidenciando que o magistrado deve mostrar o modo como alcançou a decisão. Ensina José Rogério Cruz e Tucci (1989, p.223) que o artigo preconiza a “regra da persuasão racional” que é um limite imposto à própria discricionariedade do magistrado. Então, leciona o autor:

Assim concebida, afigura-se lícito asseverar que, do ponto de vista subjetivo, a motivação da sentença tem por escopo imediato demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo do que às partes, a *ratio scripta* que legitima o decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição (TUCCI, 1989 p.223).

Significa dizer que a motivação é o que concretiza a atuação do julgador que deverá evidenciar para as partes, em especial a vencida, que a sua decisão foi decorrente do esforço cognitivo. Não se quer dizer que a decisão será sempre a mais acertada, todavia, somente com a devida motivação que o sentenciante terá possibilidade de identificar os pontos que foram relevados.

4.3.2 Fundamentação enquanto Direito Constitucional

Durante todo este estudo, não raros foram os momentos em que se falou na fundamentação das decisões. A motivação, que tem previsão no do art. 93, IX, da CF, deve ser entendida como um direito fundamental dos cidadãos. Ela, mais do que

³² “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL, 1973).

dever do magistrado e requisito essencial de uma sentença, é direito da parte que precisa saber como o Judiciário entende o seu problema.

Explica Ovídio Araújo Batista da Silva (2007, p.737) que a necessidade da fundamentação da sentença, que passou, inclusive, a ter previsão constitucional, além de ser reflexo de um Estado democrático participativo, é também consequência da necessidade de mudança do pensamento de que a matéria processual não é ciência exata.

Verdade que o campo jurídico destinado a regular a dinâmica do processo, a sua ritualística, é matéria bem mais prática do que as de direito material. No entanto, não se pode pensar que o direito processual é instrumento perfeito e eterno, capaz de possibilitar o convívio entre os homens baseado na justiça, longe do resultado das mudanças culturais e sociais. (SILVA, O., 2007, p.738).

Pensar o direito, mesmo que na seara processual, como ciência exata e estática, capaz de por si só realizar alcançar a justiça, é o mesmo que pensar em uma justiça tirana, normativa e perfeita, o que não se coaduna, em *ultima ratio*, com o sentimento democrático de justiça. Neste aspecto, portanto, deve existir limites a serem impostos à discricionariedade conferida aos magistrados. Neste sentido, explica Ovídio Araújo Batista da Silva (2007, p.739):

O processo, cuja missão é administrar conflitos, representados pela *lide* – parcelas microscópicas da história humana – terá de ser pensado como uma realidade inconclusa; uma realidade a ser instituída pelo ato jurisdicional que o encerra. Essa é uma das fundamentais diferenças entre o juiz e o historiador. Enquanto este descreve o passado, enquanto passado, o juiz cuida de interpretar, hermeneuticamente, um passado, que é a *lide*, para construir, com justiça, uma solução adequada, segundo os padrões do Direito, sem dívida; mas igualmente conforme aos valores vigentes na respectiva comunidade social.

Dessa maneira, o resultado do processo é o que espera os juriconsultos, sendo a fundamentação, nesta esteira, a garantia de que o decidido fora compatível com os princípios e normas do ordenamento jurídico, de forma razoável para cada caso concreto.

Lenio Luiz Streck (2009, p.224-226), na sua obra “Hermenêutica Jurídica e(em) crise”, elucida que a hermenêutica jurídica tal como vista nos dias hodiernos, é reflexo dos pensamentos *gadamerianos* e *heideggerianos* que romperam com a relação marcada entre sujeito-objeto, e trouxeram a perspectiva de uma relação entre sujeitos (sujeito-sujeito). Isso porque, dentro deste conceito, o intérprete do

direito, não é algo externo à norma, mas sujeito que a compreende, mesmo que fadado de pré-compreensões.

Neste diapasão, explica:

A norma será sempre resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, o *texto não subsiste separadamente da norma*, d'onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma, com a necessária *diferença* (que é ontológica) entre ambos (STRECK, 2009, p.225).

Demonstra com isso a necessidade de se pensar a norma como resultado de um processo hermenêutico e racional realizado pelo julgador, mas que por trás deste processo, existe um impulso legalmente previsto. O precedente judicial, portanto, tem como pressuposto essa diferenciação básica, sendo, indiscutivelmente, produto interpretativo, logo, norma jurídica.

A fundamentação da decisão será igualmente importante, para o intérprete evidenciar a realidade dos fatos que ficaram provados nos autos. (SILVA, O., 2007, p.743) E sobre os fatos, como já dito, são estes determinantes para se distinguir o caso em apreço do paradigma que eventualmente será utilizado.

Robert Alexy (2008, p.556) explicou que:

As duas regras principais para a utilização de precedentes são:
 (1) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado.
 (2) Aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto.

As regras expostas evidenciam a aplicabilidade do precedente, sempre que possível, e, na impossibilidade de utilização deste, o dever de argumentação através de fundamentação. O autor, entretanto, ao menos nessa regra, deixou passar despercebida a necessidade de se argumentar também a aplicabilidade da decisão, mas ao longo de sua obra deixou transparecer que a argumentação é algo inerente à teoria dos direitos fundamentais. Os precedentes são fundamentos que servem para dar segurança à argumentação (ALEXY, 2008, p.559).

Explica Thomas da Rosa Bustamante (2012, p.216) que a regras expostas por Robert Alexy, ainda deixam o terreno do *distinguishing* na aplicação dos precedentes judiciais incerto, motivo pelo qual vê no argumento contrário, na redução teleológica e, quando o caso, na aplicação por analogia (ambos explicados no capítulo anterior deste trabalho) uma saída para o problema.

Verdade é que as mudanças paradigmáticas da ciência jurídica exigem sentenças fundamentadas. No entanto, para que a evolução seja acompanhada será preciso repensar algumas sérias impertinências.

Não há, por exemplo, que se admitir que ao magistrado seja conferida a possibilidade de motivar sua decisão, somente apontando a incidência de uma norma legal, é necessário que fique claro o sentido que foi atribuído à norma e o porquê deste sentido (SILVA, O., 2007, p.746). Normalmente, mais de uma roupagem a norma pode se valer diante dos eventos de um processo, e, não sendo apontado o sentido em que o magistrado se pautou, de nada serviu a fundamentação.

Fundamentação rasa é o mesmo que não fundamentação. Não quer dizer com isso, que se deseja ter respostas para o óbvio. Muito pelo contrário, não se quer respostas com mais perguntas.

Além disso, a fundamentação das decisões deve ser ampla para que abarque não somente os motivos e justificativas que levaram a procedência dos pedidos de uma das partes (a vencedora), mas também que “demonstre também com argumentos convincentes, a impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente” (SILVA, O., 2007, p.748).

Ademais, não existe mais como admitir que a fundamentação da sentença seja dirigida unicamente às pessoas com formação técnica jurídica. Não devem os intérpretes se valer de linguagem rebuscada e arcaica, ao ponto de tornar a decisão incompreensível. A democracia pode ser encontrada quando uma decisão é clara e totalmente compreendida pelos leigos para que entenda a tarefa que foi desenvolvida pelo Judiciário (SILVA, O., 2007, p.751).

A existência da fundamentação adequada como maneira de exteriorizar o *distinguishing* para as partes envolvidas, bem como a coletividade que espera compreender o posicionamento de um tribunal, parte do entendimento de enxergar a distinção não somente como técnica de conflito, tendo como resultado o afastamento de um precedente, mas como método primário de aplicação do precedente.

Não há como esperar que um caso idêntico anterior, um precedente, seja superficialmente invocado como fundamentação da nova decisão. Essa nova

decisão não será capaz de evidenciar as partes que realmente tiveram a melhor tutela jurisdicional. É preciso que se apontem os pontos específicos da análise realizada em paralelo com o paradigma existente.

Claro que não tem como se esquecer do quadro em que se encontra os tribunais, lotados de demandas e que a necessidade de acelerar a produção, pode ser um empecilho a realização da adequada fundamentação. No entanto, quando, mesmo que inevitavelmente, os precedentes judiciais viraram realidade no sistema brasileiro, haveria que se pensar na possibilidade de utilizá-los em consonância com todos os princípios já constitucionalmente previstos.

Todavia, mais uma vez, Lenio Luiz Streck (2007), já havia manifestado aflição sobre a fundamentação, no seu estudo em que defendeu que a solução para a crise do Judiciário não seria encontrada com a adoção de Súmulas de caráter obrigatório, como se vê:

Ou seja, na *common law* não basta dizer, como se faz aqui, que a solução da controvérsia é *x*, com fundamento no precedente *y*, isto porque o precedente deve vir acompanhado da necessária justificação (contextualização). Isto significa dizer que, *vingando a tese, surgirá no Brasil um perigoso eclétismo*: no sistema da *common law*, o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão. Já no sistema da *civil law*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei (ou com uma súmula). Assim, acaso vencedora a tese vinculatório-sumular, bastará que a decisão judicial esteja de acordo com um verbete sumular para ser válida (STRECK, 2007, p.4, grifo do autor)

Assim, o entendimento dos tribunais passaria a ter força de lei, o que se defende neste estudo, mas que não precisasse de maiores justificativas para a sua aplicação. A motivação das decisões precisa ser realizada independentemente da existência ou não de lei, súmula, jurisprudência ou precedente.

O sentimento que existe é o de que no Brasil, com todas as mudanças ocorridas, se faz *mister* a figura do juiz Hércules trazida por Ronald Dworkin. Explica o autor que este juiz é aquele capaz de decidir casos difíceis (casos não previstos anteriormente), e mais ainda, aquele que deve fundamentar suas decisões. Para tanto, explica o autor a atividade de Hércules:

Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas (DWORKIN, 2011, p.182).

Hércules, não é a figura ideal de julgador por ser fisicamente forte, como a leitura superficial do termo poderia sugerir. Hércules é um sujeito que luta contra o discricionarismo exacerbado (STRECK, 2009, p.372). As justificações deste magistrado devem sempre acompanhar as decisões tomadas pelo julgador, tanto em um plano vertical, no que concerne à autoridade do precedente, bem como no horizontal que requer os princípios que norteiam os fundamentos da decisão.

Assim, não restam dúvidas de que a fundamentação das decisões de maneira exaustiva e sem maiores cerimônias é um caminho duplo de se conseguir o *distinguishing* que se espera no Brasil.

A motivação, por si só, é o passo que leva o magistrado a analisar cautelosamente o caso, já que precisará apontar o caminho traçado para se chegar à aplicação ou não do precedente. Também, disponibiliza ao jurisconsulto uma efetiva resposta jurídica.

4.3.3 A fundamentação à luz do NCPC

Atualmente, a fundamentação se faz presente no CPC no art. 458, como parte essencial da sentença, assim como no art. 131. Ainda assim, é instrumento carente de efetivação.

Sabe-se, contudo, que um novo CPC brevemente estará em vigência e que nos fundamentos abarcados pela comissão, a preocupação com a fundamentação das decisões não ficou de fora, já que é matéria imprescindível, dentre outras coisas, para a aplicação dos precedentes judiciais.

A fundamentação virá no NCPC de maneira mais concisa, trazendo um tratamento da fundamentação como há muito já se esperava. Para tanto, o §1º do art. 499 do projeto (BRASIL, 2013a) prevê que:

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.

Ficou estabelecida a necessidade de o magistrado enfrentar todas as questões de direito contidas no processo que levou à melhor sentença o que, sem dúvidas, terá ótimos reflexos na identificação da *ratio decidendi* do precedente.

Ainda, pela disposição legal não basta que o julgador invoque um precedente ou enunciado de Súmula, para justificar sua decisão. Será, com isso, necessário que se identifique os fundamentos determinantes contidos nas regras preexistentes e mostre que o caso sob julgamento se enquadra aos mesmos fundamentos. Noutras palavras, o inciso V do artigo prevê o que este trabalho entende por *distinguishing* método.

Para felicidade de um ordenamento que acolheu a teoria do *stare decisis*, como o brasileiro, o inciso VI dispõe sobre o *distinguishing resultado* como o caminho para não se aplicar um precedente judicial vinculado. Demonstra, nessa perspectiva, a necessidade de o juiz demonstrar a interpretação que foi atribuída ao caso concreto.

Verdade é que a necessidade de fundamentação não é novidade para os magistrados, claro que de maneira expressa como o código trará sim, mas o seu dever como decisor de conflitos por si só, já exigiria dele tal prática.

Soma-se a função do juiz com a inequívoca previsão constitucional, que deveria bastar para que a devida fundamentação fosse regra e não exceção.

Mesmo com a implementação de novos dispositivos legais para a motivação das decisões, o que realmente se espera é a prática dos julgadores, para que se possa atribuir efetividade e celeridade ao sistema processual. Afinal, a fundamentação adequada das decisões é o que possibilitará identificar o adequado uso do *distinguishing* no ordenamento jurídico que já convive com a demasiada aplicação de precedentes judiciais.

5 CONCLUSÃO

O *distinguishing* é o mecanismo de comparação através do qual o julgador tem a oportunidade de verificar se um caso concreto é semelhante ao paradigma preexistente (*distinguishing método*), assim como se é o momento de não aplicar o precedente (*distinguishing resultado*). De qualquer maneira, aplicar um precedente judicial sem esta análise é o que não pode ser aceito.

Bem verdade, que a insegurança jurídica paira no ordenamento jurídico brasileiro e é o que tem levado, cada vez mais, os estudiosos voltarem os olhos para os precedentes judiciais, já que são instrumentos capazes de trazer estabilidade ao sistema.

O argumento de que o Brasil não aceita os precedentes judiciais por pertencer a uma tradição *civil law* já está superada, pois, inegável presença da teoria do *stare decisis*, sobretudo, quando se normatizou as súmulas vinculantes. Não somente pela normatização das súmulas vinculantes, mas também pelo uso constante da invocação de casos anteriores para fundamentar um novo caso é que não se pode negar a existência desse instituto.

Entretanto, se a utilização do precedente judicial surgiu como uma necessidade do ordenamento jurídico para garantia de princípios e também de eficiência, é preciso que se pense o instituto na sua totalidade e compreenda a sua adequada aplicação.

Não se clama somente por quantidade de decisões. Também se faz necessária a qualidade. Não se pode, portanto, aceitar a utilização do precedente de forma autômata sem a análise minuciosa de cada caso.

No ordenamento jurídico atual, formas agressivas de *distinguishing* são visualizadas diariamente nos tribunais. Seja como o art. 285-A, referente à improcedência *prima facie*, seja com a decisão que suspende os recursos repetitivos do art. 543-B e 543-C. E a sensação que se tem é a de que os magistrados, ao receberem uma demanda, separam por temas e instantaneamente vão buscar uma jurisprudência para adequar o caso. Se for suposta matéria suspensa, melhor ainda! Decisão pronta e se economizou tempo. Esse tempo economizado, nada tem a ver com a duração razoável do processo, indicando somente a economia no tempo particular do juiz enquanto sujeito e não profissional.

Sendo assim, tanto se deve modificar a maneira como o *distinguishing* se concretiza (a partir a fundamentação), como também o procedimento a ser adotado.

Antes mesmo da decisão, quando se trata de aplicação de precedentes judiciais, o magistrado deve abrir espaço para que as partes dialoguem sobre a distinção entre os casos. As partes devem ser intimadas antes da decisão que, por exemplo, suspenda um recurso com o pretexto de se tratar de matéria repetitiva, para que sejam prevenidos maiores transtornos. Os precedentes judiciais, como pensado também sob a ótica da segurança jurídica, deve garantir espaço para a discussão das causas que podem ter peculiaridades.

Atualmente é muito comum a comparação das decisões judiciárias com uma loteria, já que não sabe o que se esperar das decisões.

Aqui o que se defende, em linhas gerais, é que o vencedor do sorteio lotérico terá como prêmio a realização do adequado *distinguishing* para saber se realmente se aplicará um precedente para o seu caso.

Ao invés do bilhete premiado, terá uma sentença devidamente motivada que o fará compreender o resultado do jogo.

Não cabe em uma decisão nenhuma fundamentação que se limita à mera reprodução de um precedente. Não se pode permitir que um juiz se limite, em sede recursal, a confirmar a decisão do juízo *a quo*, “pelos próprios fundamentos”. É inaceitável, ainda, a automatização das decisões com base em elementos superficiais, sem a argumentação adequada para os juristas. Afinal, as partes, mais que respostas, esperam respostas fundamentadas.

Neste sentido, parece que o projeto do NCPJ irá preencher parte da angústia com a positivação acerca dos fundamentos da decisão. Diz-se parte da angústia porque é cediço que, embora a previsão normativa já seja um grande avanço, sua efetividade será um outro capítulo da história jurídica deste país que precisará, mais do que nunca, superar a prática costumeira da ausência de motivação.

Essa argumentação perpassa pelo ato de inteligência do juiz em proferir explicação do sentido atribuído à norma e o porquê atribuído; a maneira ampla que deve tratar ambos os sujeitos do processo; e, finalmente, tão importante quanto, a utilização de uma linguagem compreensível.

Dessa maneira, o *distinguishing* como vem sendo aplicado no país, longe de concretizar isonomia e segurança jurídica, está provocando tensão aos que esperam do sistema mínima democracia e justiça.

Espera-se que com o novo Código de Processo Civil, o problema do *distinguishing* nas decisões judiciais não fundamentadas seja superado, inclusive, como forma de demonstração de respeito aos jurisconsultos.

No entanto, no que diz respeito ao procedimento do *distinguishing*, aparentemente omissos no projeto do NCPC, percebe-se que é imprescindível a abertura do espaço procedimental para que as partes construam o diálogo e cooperem com o magistrado ajudando na solução dos problemas postos em juízo.

Essa discussão, todavia, revela o processo de amadurecimento da República democrática brasileira que espera maior comprometimento dos órgãos jurisdicionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASCENSÃO, J. Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BAHIA, Alexandre; JUNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle José Coelho. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação de direito brasileiro: análise da convergência entre *o civil law* e *o common law* e dos problemas de padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, nov. 2010, p.9-52.

BARBOSA, Rui. *Rui Barbosa*: escritos e discursos seletivos. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 20 maio 2013.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.) **O projeto do Novo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPodivm, 2011, p.21-40.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. Os precedentes judiciais no Brasil e a transcendência dos motivos determinantes em sede de fiscalização normativa abstrata. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2519, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14915>>. Acesso em: 24 maio 2013.

BOUVIER, John. **Common law**: a law dictionary, adapted to the Constitution and laws of the United States. 1856. Disponível em: <<http://www.constitution.org/bouv/bouvierl.txt>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

BRAICK, Patrícia Ramos; MOTA, Becho Myriam. **História das cavernas ao terceiro milênio**. 3ed. São Paulo: Moderna, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n.º 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 19 maio 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 maio 2013.

_____. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 4.707**, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 19 maio 2013.

_____. **Novo Código de Processo Civil**. Versão Câmara dos Deputados de 09/10/2013. Salvador: JusPodivm, 2013a.

_____. Superior Tribunal Federal. **Informativo 531**. HC 87585/TO. Rel. Min. Marco Aurélio. 3.12.2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm#Prisão Civil e Depositário Infidel – 3](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm#Pris%C3%A3o%20Civil%20e%20Deposit%C3%A1rio%20Infidel%20-%203)>. Acesso em: 30 jun. 2013

_____. _____. **Rcl. n. 12748/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 19/03/2013. Data de Publicação DJe: 21/03/2013b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23079860/reclamacao-rcl-12748-df-stf>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

_____. _____. **Rcl. n. 7569/SP**, Relator: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 11/12/2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6067866/reclamacao-rcl-7569-sp>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. _____. **Súmula n. 619**. Prisão do Depositário Judicial - Possibilidade - Decretação no Próprio Processo - Dependência da Propositura de Ação de Depósito. 17/10/1984 - DJe de 29/10/1984, p.18115. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 25**. Ilicitude. Prisão Civil de Depositário Infiel. Modalidade do Depósito. DJe n. 27/2010, Tribunal Pleno de 16/12/2009, DJe n.238, p.1, em 23/12/2009. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0025vinculante.htm>. Acesso em: 30 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. 1023599 SP 2008/0053778-3. Processual Civil. Agravo de Instrumento. Ausência de Peças. **Obter Dictum**. Juízo Meritório. Impossibilidade. Ausência de Omissão, Contradição ou Obscuridade. Efeitos Infringentes. Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 19/08/2008, T2 - SEGUNDA TURMA. Data de Publicação: DJe 22/09/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/781531/embargos-de-declaracao-no-agravo-de-instrumento-no-agravo-de-instrumento-edcl-no-ag-no-ag-1023599-sp-2008-0053778-3>>. Acesso em: 19 set. 2013.

_____._____. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **Aplicação do artigo 285-A do CPC exige que matéria esteja pacificada nos tribunais**. Publicado em: 21/06/2013c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110122&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=285-A>. Acesso em: 8 out. 2013.

_____._____. **Medida Cautelar n. 17.226/RJ**. Sobrestamento do processo. Formas. Art. 543-C do CPC. Relator: Min. Massami Uyeda. Data da decisão: 05/10/2010. Publicado no DJe em: 17/11/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201001441392&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____._____. **REsp.1225227 MS 2010/0223447-0**. 285-A. Aplicação. Relator: Min. Nancy Andrighi, Data De Julgamento: 28/05/2013, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe: 12/06/2013d. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201002234470>>. Acesso em: 8 out. 2013.

_____._____. **Resp.n. 1111743/DF 2009/0034507-7**, Relator: Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 25/02/2010, CE - Corte Especial, Data de Publicação: DJe 21/06/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19150358/recurso-especial-resp-1111743-df-2009-0034507-7-stj>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____._____. **Rcl. n. 3652/DF 2009/0176312-8**, Relator: Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 14/10/2009, S2 - Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 04/12/2009. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8636098/reclamacao-rcl-3652-df-2009-0176312-8-stj>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rcl. 5786/MT**. Direito Civil. Contratos Bancários. Estipulação de taxa de juros. Relator: Min. Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 29/02/2012. Data da Publicação DJe: 08/03/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=201100889810&pv=000000000000>>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. _____. **Rcl. 5270/BA**. Suspensão de processos sobre juros. Diário de Justiça do Estado da Bahia. DJBA de 30 janeiro de 2012, p.352. Caderno 2 - Entrância Final – Capital. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/33957717/djba-caderno2-30-01-2012-pg-352>>. Acesso em: 19 maio 2013.

_____. _____. **REsp.1218497 MT 2010/0184336-9**. Espera em fila de banco por mais de uma hora, indenização devida. Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 11/09/2012, T3 - Terceira Turma. Data da publicação no DJe em: 17/09/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22425663/recurso-especial-resp-1218497-mt-2010-0184336-9-stj>>. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. _____. **REsp.1340394 SP 2012/0148970-1**. Espera na fila de banco sem ocorrência de danos morais. Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data De Julgamento: 07/05/2013, T3 - Terceira Turma. Data de Publicação no DJe em: 10/05/2013e. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23151588/recurso-especial-resp-1340394-sp-2012-0148970-1-stj>>. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. _____. **Resolução n. 8, de 7 de agosto de 2008**. Procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=642&tmp.texto=88636>. Acesso em: 26 out. 2013.

_____. _____. **Súmula n. 419**. Cabimento. Prisão Civil. Depositário Infiel. 03/03/2010, DJe 11/03/2010. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0419.htm>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução de Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMARGO, Júlia Schledorn de. A divergência de interpretação dentro de um mesmo tribunal: análise comparativa do sistema do common law e da solução existente no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, jul./set. 2012, p.91-110.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11647>. Acesso em: 24 maio 2013.

CERQUEIRA, Tárisis Silva de. **O julgamento dos recursos repetitivos nos tribunais superiores**: uma nova leitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). **O projeto do novo código de processo civil**: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha. Salvador: Juspodivm, 2011, p.269-292.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. amp.e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. França, 26 de agosto de 1789. In: FERREIRA Filho, Manoel G. et. al. **Liberdades Públicas**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em: <http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, v.1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Bahia. JusPodivm, 2009, v.2.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 8. ed. Bahia. Jus Podivm, 2013, v. 2.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, abr./jun. 2011, p.11-51.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FRAGA, Vitor Galvão. O sistema do *Common Law*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3394, 16 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22816>>. Acesso em: 22 maio 2013.

GARCIA, André Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: uma oportunidade perdida. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.) **O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha**. Salvador: JusPodivm, 2011, p.13-20.

GARNER, Bryan. **Black's Law Dictionary**. 8. ed. Boston: West Beach Books, 2004.

GOMES, Matheus Barreto. **Precedentes judiciais: legitimação pelo procedimento**. 2009. 179f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10761>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

HAZELBAKER, Joseph. **Constitutional Contract Law**. Publicado em: 19 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.helium.com/items/220070-differences-between-common-law-and-civil-law>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MAGALHÃES, Esther C. Piragibe; MAGALHÃES, Marcelo C. Piragibe. **Dicionário jurídico Piragibe**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, out./dez. 2009, p.11-60.

_____. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2010a, p.248-282.

_____. **Precedentes obrigatórios**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria geral do processo**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Curso de processo civil; v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

MENEZES, Iure Pedroza. Improcedência liminar do pedido. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.) **O projeto do novo código de processo civil**: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha. Salvador: JusPodivm, 2011, p.183-206.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO Daniel; RIZZO, Guilherme (Coord.). **Processo civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p.85-99.

MOTTA, Tatiana Maria Oliveira Prates; PERTENCE, Pedro Correa. *Distinguishing*, súmulas e precedentes. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 19, 2012. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D19-08.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Dierle. et al. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. **Revista Libertas**, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n1/vol1n1-3.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2013.

PADILHA, Mariana Kuhn Massot. Prisão civil e o Pacto de San Jose da Costa Rica. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 66, jul. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6445>. Acesso em: 1º out. 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. [2003?] Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

POUND, Roscoe. **The spirit of the common law**. New Brunswick. New Jersey: Transaction, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

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

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em: 18 maio 2013.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.) **Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Noberto Ungaretti**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p.737-757.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro**. Salvador: Juspodivm, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Os dezoito anos da Constituição do Brasil e as possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p.?-?.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça**. Publicado em: 10 jul. 2007. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=25&dir=DESC&order=date&Itemid=40&limit=10&limits tart=10>. Acesso em: 12 out. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michelle. Precedente y jurisprudencia. Artigo traduzido do Italiano para o Espanhol por Claudia Martínez Vallecilla e Fernando Gandini. **Precedente**, 2007, p.85-99. Disponível em: <http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/2184/1/04.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. In: PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo**, ano 14, n. 56, 1989, p.223-233.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.