



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Aplicação de Precedentes como forma de Efetivação da Prestação Jurisdicional, e as Ferramentas de Delimitação do *Common Law* (*Overruling e Distinguishing*)

Luiz Filipe Pimentel

Rio de Janeiro
2015

LUIZ FILIPE PIMENTEL

A Aplicação de Precedentes como forma de Efetivação da Prestação Jurisdicional, e as Ferramentas de Delimitação do *Common Law* (*Overruling e Distinguishing*)

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Professores Orientadores:

Prof^a. Mônica Areal

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2015

A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, E AS FERRAMENTAS DE DELIMITAÇÃO DO *COMMOW LAW* (*OVERRULING E DISTINGHISHING*)

Luiz Filipe Pimentel

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá e em Administração de Empresas pela Universidade Mackenzie Rio. Analista Judiciário Especialidade Execução de Mandados (Oficial de Justiça Avaliador).

Resumo: Atualmente, com a necessidade de prestar uma tutela jurisdicional de forma célere, aplica-se cada vez mais precedentes do STF, STJ, TRF's e TJ's, o que afasta de forma paulatina de práticas puramente legalistas as quais eram mais próximas do *sistema civil law*. Porém, observa-se que não há uma preocupação, em muitos casos, em se utilizar métodos para sua correta aplicação, já existentes no *commow law*, a fim de evitar aplicações errôneas, seja pelo intérprete, seja pelos próprios julgadores. O que se busca com esse trabalho é analisar as técnicas já existentes no sistema brasileiro, e as existentes no direito anglo saxônico a fim de realizar um diálogo extraindo o que cada uma tem de melhor para uma prestação jurisdicional em prazo razoável, e justa.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Precedentes. *Commow Law*. Princípio da Duração Razoável do Processo. Efetividade da Prestação Jurisdicional. *Overruling*. *Distighishing*.

Sumário: Introdução. 1. Histórico *Civil Law* e *Common Law* e Princípios Constitucionais correlatos. 2. A força dos precedentes no Direito Brasileiro. Um novo sistema jurídico ou um civil law temperado? 3. Os métodos do *Overruling* e *Distighishing* e a sua aplicação no direito brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Tal tema trata da aplicação de precedentes no Direito Brasileiro como forma de efetivação da prestação jurisdicional, e as principais ferramentas de delimitação do *Commow Law* denominadas *Overruling* e *Distighishing*.

Atualmente com a necessidade de prestar uma tutela jurisdicional de forma célere aplica-se cada vez mais precedentes do STF, STJ, TRF's e TJ's, o que nos afasta cada vez mais de práticas legalistas que eram mais próximas do *sistema civil law*. Porém, não há uma preocupação, em muitos casos, em se utilizar métodos para sua correta aplicação, já existentes no *commow law*, a fim de evitar aplicações errôneas, seja pelo intérprete como pelos próprios julgadores. Muitas vezes aplicando o *obter dictum* no lugar da *ratio decidendi*. O que se busca com esse trabalho é analisar as técnicas já existentes em nosso sistema, e as existentes no direito anglo saxônico a fim de realizar um diálogo extraíndo o que cada uma tem de melhor para uma prestação jurisdicional em prazo razoável, e justa.

O trabalho tem como finalidade a análise da aplicação dos precedentes e efetividade da prestação jurisdicional brasileira, essa última não só na questão tormentosa relativa à celeridade, mas também no tocante à qualidade e segurança jurídica, dialogando com técnicas já existentes como a súmula vinculante, repercussão geral, súmula impeditiva de recursos e as já aplicadas no direito Anglo Saxônico por décadas.

Ao longo do artigo serão analisados se o Direito Brasileiro está caminhando para um processo de mudança do sistema civil law para o commow law e a importância para a segurança jurídica. E será observado se as ferramentas existentes são suficientes para a aplicação de precedentes de forma segura ou necessitamos aprender e internalizar sistemas já existentes no sistema Anglo-Saxônico, em especial o *Overruling* e *Distinguishing*.

Tal artigo, portanto, tem como objetivo geral analisar a necessidade de uma melhor prestação jurisdicional e extrair do ordenamento jurídicos os métodos e normas que visam a efetivá-la e analisar sua real eficácia, comparando com outros métodos

existentes em outros ordenamentos jurídicos, bem como a forma como alguns precedentes tem sido aplicados no Brasil.

No tocante aos objetivos específicos o trabalho se propõe a analisar a preocupação cada vez maior em aplicar precedentes judiciais, seja nos julgados, quanto nos trabalhos doutrinários, e como o ordenamento jurídico brasileiro tem evoluído, extraindo alguns métodos já existentes de aplicação de precedentes judiciais. Comprovar que tais métodos, por si só, não são suficientes para uma melhor efetividade da prestação, pois os julgados paradigmas são muitas vezes complexos envolvendo outras questões, não podendo tal aplicação ser rígida demais, nem muito flexível sob pena de macular a segurança jurídica, não estando os operadores do direito ainda preparados para tal mudança. Defender a necessidade de aplicação de novas técnicas largamente utilizadas em sistemas com tradição na aplicação de precedentes, e realizar uma comparação com alguns julgados em que a aplicação dos precedentes não foi correta e que poderiam ter sido evitados tais equívocos com o uso de tais métodos.

1. HISTÓRICO CIVIL LAW E COMMON LAW E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS

Inicialmente se faz necessário distinguir os dois tipos de ordenamento jurídico mais tradicionais, o *Civil Law* e o *Common Law*. O primeiro é de tradição romanística comumente utilizado nas nações latinas e germânicas, motivo pelo qual também é chamado de romano-germânico. Já o segundo é oriundo de tradição anglo-americana tendo como expoente a Inglaterra e os países do Reino Unido e Os Estados Unidos, e traduzindo para o português significa Direito Comum. A origem de tais sistemas é tão flagrante que o Estado da Lousiana possui raízes em seu Direito Civil no Código Napoleônico, motivo pelo qual nesse aspecto adota o *Civil Law*.

No que toca ao *Civil Law*, esse passou a ter maior importância com o fim da revolução francesa, na qual a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação¹.

A distinção mais importantes entre os dois sistemas são as fontes do Direito em que se baseiam.. A fonte mais importante do Sistema Romanista é a Lei, que é o trabalho realizado pelo parlamento, e as características mais marcantes da lei são a abstração e a generalidade. Por sua vez , No sistema anglo-saxão o Direito é construído com base nos usos costumes e pela jurisdição, sendo que esta última consolida os primeiros em decisões judiciais reiteradas.

Ocorre que em um mundo globalizado, cada vez mais são realizados contratos nos quais tais fontes se interligam, além da tecnologia tornar o acesso às informações algo quase que instantâneo. Logo, os dois sistemas possuem características que de alguma forma são interessantes , e não se pode dizer que o uso de somente um deles é o mais adequado. O *civil law* traz a rigidez da lei, a certeza legal daquilo que está escrito, porém, o *common law* apresenta a fidelidade dos usos e costumes e a realidade dos jurisdicionados.

A lei ainda é, em muitos casos, ligada aos costumes, já que esses são anteriores à produção legislativa, a originando, e são consolidados em um texto legal, dotado de imperatividade, generalidade e abstração. E de igual forma surgiu a jurisdição, oriunda da palavra *jurisdicere* dizer o direito, já que no Direito Romano cabia aos magistrados , mesmo antes da existência de leis escritas, dizer o que era de Direito naquela situação apresentada baseados nos usos e costumes. Ou seja, em ambos os casos há uma ligação umbilical com a mesma fonte do direito, tanto a jurisdição quanto a lei se originam da mesma fonte e a partir dela constituem o Direito.

¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27.ed .São Paulo: Saraiva, 2004, p. 142.

Outra aspecto importante, é a relação de tais sistemas com os princípios jurídicos, principalmente aqueles previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. O primeiro deles é o do Devido Processo Legal, previsto no art. 5º, LIV, CRFB, e deve ser ressaltado que sua origem se deu no Direito Inglês, na chamada Magna Carta, na qual os barões somente fossem julgados pelos seus pares, e os súditos do reino seriam submetidos as leis do reino. Tal princípio evoluiu, deixando de possuir um aspecto exclusivamente processual, como também um aspecto material, no qual a sociedade deverá ser submetida a leis razoáveis, além de efetivamente ser garantido.²

Outros princípios são relacionados diretamente com o Devido Processo Legal, porém, merecem ser destacados para a sua melhor compreensão. A Constituição Federal no art. 5º, XXXV, CRFB prevê o princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário para reconhecer lesões e ameaças de lesões e dar efetividade à norma constitucional lesionada. Porém, não basta dar o Acesso de maneira meramente formal, mas também material. Nesse caso, no que toca ao aspecto material, não adianta existir uma jurisdição que não seja acessível, daí surge a necessidade de ser comentado a respeito do Acesso à Justiça e das ondas renovatórias de Mauro Capelletti.³

O autor italiano desenvolveu a ideia de 3 ondas renovatórias, nas quais inicialmente previu que se deve superar o primeiro obstáculo, que era o financeiro, hoje sendo aplicado não só na isenção de custas como também pela prestação de assistência judiciária gratuita pelas Defensorias Públicas. A segunda onda renovatória se pauta na representação dos interesses difusos, também denominados como interesses coletivos ou grupais por Mauro Cappelletti.⁴

Porém, é a terceira onda que é mais relevante para este trabalho. Ela é denominada do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2013, p. 43.

³ CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002 ,p.91.

⁴ *ibid.* p. 49.

acesso a justiça. Um novo enfoque de acesso à justiça. Tal onda possui uma amplitude maior, pois é centrada no conjunto geral, focando-se nas instituições, procedimentos e pessoas a fim de processar ou até mesmo prevenir disputas inerentes a vida em sociedade.

Para tal, deve-se buscar de forma ampla uma grande variedade de reformas, que vão desde alteração da estrutura dos tribunais, com a adequação do número de membros para melhor atender ao número crescente de demandas que ali chegam, passando pelos demais profissionais do Direito, que muitas vezes pela má qualidade da prestação de seus serviços, incluindo os advogados das partes, prejudicam o bom andamento do processo, até chegar finalmente às mudanças no direito substantivo. Essas últimas devem ser criadas a fim de evitar a criação de litígios, e uma vez instaurados, facilitar a solução desses, ou seja, tal enfoque deve buscar inovações. Logo, abrangerá também formas de se aplicar a jurisdição o que nos remete a outros sistemas a fim de realizar uma comparação com o atual extraíndo o que há e melhor.

Por fim, outro princípio relevante é o da tempestividade da tutela jurisdicional, também chamado de razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, CRFB e originalmente no art. 8º, 1, Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678/1992. Surgiu como uma resposta ao apelo uníssono da sociedade por uma prestação jurisdicional mais célere, porém, essa celeridade deve estar em consonância com a complexidade do processo, pois cada demanda possui suas peculiaridades, e a celeridade não pode ser confundida com pressa, a ponto de gerar uma decisão injusta, pois conforme comparação realizada pelo Professor Alexandre Freias Câmara, o processo se assemelha a um automóvel que se estiver excessivamente rápido gera insegurança.⁵

⁵ CÂMARA, op. cit., p. 68.

Portanto, observa-se que tais princípios relacionados à jurisdição vão ao encontro da necessidade de se aplicar novas técnicas, que venham trazer segurança jurídica e celeridade para que não sejam apenas uma letra morta em na Constituição Federal.

E nesse ponto se faz necessário comparar o sistema brasileiro com o Anglo-Saxônico, pois no anseio da busca desenfreada pela celeridade, poderá o julgador *atropelar* a segurança jurídica com o automóvel da jurisdição.

A aplicação de precedentes não é uma tarefa simples, porém necessária, pois o Brasil é um país com extensões continentais o que gera diversidades, mas boa parte de nossa produção legislativa mais relevante é nacional, sendo aplicada indistintamente. Porém, os precedentes não podem engessar o sistema nacional, uma vez que cada caso concreto possui peculiaridades que podem ensejar outra solução jurídica a caso semelhante, mas não igual. Nesse ponto, faz-se necessário analisar o que já é aplicado no Brasil, e como as técnicas do *Common Law* podem ser úteis à realidade brasileira.

2. A FORÇA DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO. UM NOVO SISTEMA JURÍDICO OU UM *CIVIL LAW* TEMPERADO?

É inegável que o ordenamento jurídico processual brasileiro passa por mudanças, de forma muito mais latente no processo de execução, como em grau recursal. Tais mudanças visam claramente reduzir o tempo em que a prestação jurisdicional efetivamente é entregue, utilizando ferramentas distintas. O presente trabalho limita-se aos precedentes e técnicas aplicadas a eles, onde o essencialmente são observados no grau recursal.

Diversas mudanças foram implementadas, entre elas pode-se citar a sentença de improcedência sem citação, julgamento de recursos especiais repetitivos, e a súmula vinculante. Porém, muitas delas não alteraram significativamente a efetividade da prestação jurisdicional. Bem como nenhuma delas possui características puras de um sistema de precedentes puro, tal qual no *commow law*.

Inicialmente, é importante diferenciar decisão judicial e precedente. O primeiro é o pronunciamento do juiz, ou com o conteúdo do art. 267 e 269, CPC. Já o precedente é a decisão judicial, porém, verificada à luz de um caso concreto capaz de persuadir decisões futuras sobre temas iguais ou semelhantes, e para tal é necessário um tempo para serem seguidos ou não.

Outra diferença importante é a existente entre precedente e jurisprudência, essa última é o conjunto de decisões judiciais em um mesmo sentido, e difere do precedente, pois tem dimensão individual.

A aplicação dos precedentes é digno de muitas críticas, sendo contrário a tal aplicação Lenio Streck⁶. Um dos argumentos é no sentido de que a cultura brasileira é contrária ao sistema de precedentes, e as pessoas confundem o conceito de jurisprudência. Outros argumentos contrários já foram feitos contra a súmula vinculante, e novamente o fazem aqui, tal qual o engessamento do direito, pois sendo este último uma ciência humana, em constante movimento, estaria impedido de evoluir. Relevante também o fato de que poderia tal aplicação macular a independência dos juízes, e de forma mais grave, a própria democracia, pois nesse último caso os juízes das altas cortes do país poderiam interpretar a lei de a constituição de qualquer forma.

Ocorre que tais efeitos são oriundos de um sistema organizado, recursal, ou via competência originária dos tribunais, e de uma forma ou de outra tais decisões serão

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O Fahrenheit Sumular do Brasil: O controle Panóptico da Justiça*. Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/o-fahrenheit-sumular-do-brasil-lenio.pdf>. Acesso em 14 de março de 2015.

aplicadas, seja reformando as de graus inferiores, ou as mantendo. A força dos precedentes no Brasil já é uma realidade, conforme as técnicas já existentes que se aproximam de tal sistema, mas está longe de se tornar um sistema common law tal qual os países de tal cultura.

Os caminhos traçados pelos dois sistemas são diferentes, e aos poucos tomaram seus contornos e criaram alguns mitos. Conforme a lição de Luiz Guilherme Marinoni⁷, o sistema *Common Law* não se pauta no déficit de legislação, pois nos Estados Unidos não possui tal demanda, o que afastaria tal argumento. O que ocorre, conforme a lição do referido professor, é que o *civil law*, que possui raízes na revolução francesa, foi criado para ser rígido, limitando a interpretação dos magistrados. Porém aos poucos tal visão utópica foi mudando, e surgiu a necessidade de interpretar o Direito, como no caso das regras abertas, na força do constitucionalismo, o que afastou o *civil law* de sua noção original.

Porém, no que toca a precedentes, a história brasileira é diferente da dos países de tradição anglo-saxã. Isso se deve ao fato de que no Brasil na década de 60, foi introduzida a súmula de jurisprudência pelo trabalho do Ministro Victor Nunes Leal do STF. Ocorre que tais súmulas tinham como objetivo serem aplicadas em casos mais simples, possuindo um conteúdo genérico e abstrato e persuasivo, o que facilmente faz com que se afastem do caso que lhes deu origem, e o pior, podem ser aplicadas de forma equivocada. Já no sistema de precedentes, quem as cria são as instâncias inferiores, o que difere do sistema de súmulas vinculantes e do Recurso Especial Repetitivo, que seguem caminho inverso, começando nas instâncias superiores, de forma artificial. Logo, ainda são sistemas diferentes, porém, mais próximos quando se observa a questão relativa aos precedentes.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre As Jurisdições de Civil Law e Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. Curitiba. *Revista da Faculdade de Direito*, UFPR. n. 49. p. 54/55. 2009.

Não obstante as flagrantes diferenças, inclusive quanto à criação dos precedentes, percebe-se que em ambos sistemas eles já existiam, e o que muda são as formas de desenvolvimento e eficácia jurídica. Portanto, algumas técnicas são essenciais e podem ser aplicadas em ambos sistemas. São elas o *Overruling* e o *Distinguishing*, aplicadas independente da obrigatoriedade dos precedentes, pois estes podem ser aplicados erroneamente, ou não acompanharem a evolução do Direito, motivo pelo qual serão analisadas de forma mais detalhada a seguir.

3. OS MÉTODOS DO *OVERRULING* E *DISTINGUISHING* E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Muito embora tenham origem no sistema *Common Law*, existem distinções marcantes entre o *overruling* e o *distinguishing* tornando-os institutos distintos.

Overruling é a superação total do precedente por um tribunal, sendo semelhante a revogação de uma lei. O tribunal irá a partir desse momento deixar de aplicar uma regra de direito estabelecida por um precedente, e a partir daí a substituirá por outra, que possuirá outros fundamentos ou natureza⁸.

Apesar de tal técnica ser aplicada pelos tribunais, nada impede que o legislador o faça, e tal dinâmica pode ser observada quando um tribunal superior ou a Suprema corte ao interpretar um texto com base na Constituição, de forma reflexa faz com que o legislador acompanhe tal decisão, alterando ou simplesmente retirando o texto.

Muito embora o sistema brasileiro não preveja o *overruling* expressamente, há de forma semelhante no sistema jurídico atos praticados pelo parlamento visando a adequar o direito positivo às decisões do STF. Quando, o legislador cria outra lei

⁸ WOLKART, Eric Navarro. *Precedente Judicial no Processo Civil Brasileiro*. Salvador. Juspodium. 2013, p.189.

revogando aquela considerada inconstitucional, ou através de ato do Senado Federal, no qual conforme previsão expressa no art. 52, X, CRFB poderá suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, estará seguindo uma orientação de um Tribunal Superior. Logo, não deixará de estar praticando o *overruling* no que toca a sua essência.

Porém, tal instituto é essencialmente aplicado pelos Tribunais, e normalmente ocorre após uma mudança de composição. A corte é composta por indivíduos, mas suas opiniões pessoais nem sempre irão refletir a vontade daquele tribunal, uma vez que as decisões proferidas por ele são denominadas de *per curiam*, ou seja, pelo tribunal. Logo, para a alteração de um precedente se faz necessário o fator tempo, no qual se insere circunstâncias relativas às evoluções em questões políticas, econômicas, sociais e culturais, mas também pode se dar sem tais questões, com a simples alteração de forma de pensar, que em muitas casos somente ocorre com a mudança do julgador. Ora, isso também é observado de forma clara no Brasil, vide a composição do STF que foi modificada na última década a ponto de que provavelmente em 2016 possua somente um único ministro que não foi indicado pelo governo do PT, ou seja, em 14 anos a composição foi praticamente alterada em sua totalidade.

Outra questão relevante no sistema brasileiro é a superação das súmulas vinculantes. Essas são basicamente precedentes vinculantes, e por mais que em nome da segurança jurídica sua modificação ou cancelamento seja difícil, o STF poderá fazê-las. O procedimento de edição, revisão e cancelamento está previsto na Lei 11.417/2006⁹. Conforme previsto no art. 3º há um rol de legitimados para propor tais atos pelo STF, e nos termos do art. 2º §3º do referido diploma legal o quórum para a

⁹ Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=255151&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>. Acesso em 11 de março de 2015.

edição, revisão, cancelamento será o mesmo, 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal em sessão plenária. Portanto, observa-se mais uma vez um procedimento semelhante ao *overruling* positivado em nosso ordenamento jurídico.

Dentro do instituto do *overruling* também há outro denominado *overriding*. Esse nada mais é que a superação parcial de um precedente, no qual o mantém com as devidas alterações pontuais.

Ainda no estudo do *overruling* há uma técnica de modulação de efeitos que recebe o nome de *prospective overruling*. Trata-se de uma modulação *ex-nunc*, não retroagindo seus efeitos por questões na maioria das vezes de segurança jurídica¹⁰. Para que um precedente seja superado com efeitos *ex-tunc* o Tribunal deve ser sensível a fim de respeitar decisões anteriormente tomadas. Logo, só irá retroagir sobre precedentes recentes, que não tiveram tempo de gerar a confiança e segurança perante a sociedade.

Outra técnica observada que tem estreita relação com a segurança jurídica é a de sinalização, *signaling*. Inicialmente é dada a publicidade de que o precedente foi modificado, mas não será aplicado agora, seria uma espécie de *vacatio* do *overruling*. Na Alemanha, há uma técnica semelhante denominada Decisão Aberta, na qual é comunicado que haverá mudança, chamando a sociedade para discutir.

Existem situações que a lei não contempla, daí a expressão o juiz é a boca da lei não é adequada na atual realidade, mas somente para o juiz positivista. Daí surge a necessidade da análise do segundo método a ser abordado nesse capítulo denominado *Distinguishing*. Tal mecanismo visa ao afastamento ou aplicação de precedentes pelo juiz pelo confronto entre o caso concreto e o precedente, . Inicialmente, deve ser salientado que o juiz do *common law* é analítico e em razão de tal característica poderá aplicar precedentes ou afastar casos assemelhados em razão de uma peculiaridade. Ou

¹⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 247.

seja, há casos que parecem ser idênticos, mas não são, e para evitar aplicar precedentes de forma equivocada surge a necessidade da aplicação do *distinguishing*. Portanto, deve-se primeiro confrontar os elementos caracterizadores entre as demandas, e após essa etapa deverá ser extraído o que realmente é a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica).¹¹ O primeiro, a razão de decidir, são os fatos fundamentais que basearam a decisão, é propriamente a tese jurídica principal aplicada ao caso que serviu de paradigma, já o segundo nada mais é que argumentos de reforço, porém secundários, que por si só não sustentam a decisão. Para tal deve ser observado o contexto fático entre o precedente paradigma e o caso a ser julgado.

Em muitas vezes tal técnica não é observada, fazendo com que precedentes sejam aplicados em sua parte relacionada ao *obiter dictum* ou em contextos totalmente díspares. Tal erro é muito comum no Brasil, até pelo fato de nossa cultura jurídica ser outra e não termos desenvolvido tal percepção.

Dentro do sistema de precedentes, observa-se que esses podem ser incluídos em 3 categorias, a dos precedentes vinculantes, obstativo da revisão de decisão e persuasivo. O primeiro, vinculantes, são observados nos institutos da súmula vinculante, decisões tomadas em controle concentrado e decisões tomadas pelo pleno do STF em processo individual, objetivação do processo. Já o segundo, obstativo da revisão de decisão, impede o recebimento de recursos quando a decisão for fundada em súmula do STF e STJ ou o reexame necessário em decisão tomada contra a Fazenda Pública fundada em decisão dos tribunais superiores. E a terceira categoria é o precedente persuasivo que poderá ou não ser seguido, tendo como exemplo o art. 285-A, CPC, no qual quando a matéria for unicamente de direito e no juízo já tiverem sido proferidas

¹¹ DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2014, p.406.

decisões de total improcedência em casos idênticos, poderá o magistrado dispensar a citação e proferir sentença

Há uma subcategoria denominada de precedentes magnéticos, que são vinculantes e persuasivos até certo ponto, previstos no art. 543 B e C, CPC, no qual tais recursos são selecionados por repercussão geral, e caso seja julgado o mérito do recurso repetitivo o Tribunal deverá aplicar a decisão se for diferente da sua ou mantê-la. O magnético será também persuasivo pois como a decisão é contrária a decisão dos Tribunais Superiores, esse último poderá modificá-la de plano monocraticamente.

Em breve será observado um outro cenário pois o *distinguishing* será previsto expressamente no novo CPC, lei 13.105/2015¹² em capítulo denominado Precedente Judicial. O art. 520, caput, NCPC diz que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. E continuando, no §2º do referido disposto legal dispõe que será vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Ou seja, é a aplicação do *distinguishing* no campo dos enunciados de súmulas de jurisprudência.

Por outro lado, o novo CPC não se preocupou com a consolidação dos precedentes tal qual ocorre no *Common Law*. Ou seja, é inegável que aplicamos o sistema de precedentes, agora de forma expressa, mas adaptado ao nosso sistema jurídico.

CONCLUSÃO

Conforme mencionado, o acesso à justiça é uma realidade, que gerou o fenômeno da judicialização, em virtude do qual as pretensões deduzidas em juízo

¹² Novo Código de Processo Civil ainda está em período de *vacatio legis*. Disponível em : <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+++PL+8046/2010> Acesso em 27 de março de 2015.

aumentaram muito. É importante portanto criar mecanismos para que o judiciário se adeque a tal fenômeno, e mantenha a qualidade de seus julgados e a efetivação da prestação jurisdicional, sob pena da sentença se tornar um pedaço de papel.

Tal evolução é oriunda da necessidade de melhorar a efetividade da prestação jurisdicional, que em um plano maior envolve não só o a aplicação de precedentes para aumentar a segurança jurídica e a celeridade nos julgamentos e evitando recursos desnecessário. Evita a própria demanda que provavelmente será improcedente ou procedente, fomentando outras formas de composição dos conflitos, mais baratas e céleres.

Tais fenômenos demandaram uma alteração no sistema jurídico brasileiro, o que vem sido implementado aos poucos. Não obstante a distinção tradicional nesses dois sistemas tradicionais, observa-se que o fenômeno ocorrido no Brasil vai além, e não seria pretensioso dizer que atualmente há um sistema diverso do que tradicionalmente é visto denominado por alguns de *Brazilian Law*. Ou seja, muito embora o Brasil possua raízes romano-germânicas, com o decorrer da evolução de nosso ordenamento jurídico houve o rompimento de tal “ascendência genética” para criar um sistema peculiar. A tendência é tornar cada vez mais as decisões dos tribunais superiores vinculativas, o que demanda uma análise profunda, e uma revisitação dos institutos aqui tratados.

Não existe um melhor sistema, pois cada sociedade possui suas necessidades e os construiu a fim de saná-las. Muito embora algumas decisões possam parecer absurdas ao confrontá-las com a de outras sociedades diferentes, o senso de justiça é algo comum, e este vai ao encontro do que aquela comunidade construiu durante anos.

O tempo irá dizer se o caminho a ser trilhado está correto, mas sendo o direito uma ciência social, sempre haverá novas necessidades a serem supridas. Mas um

detalhe deve ser salientado, toda a evolução deve, ou deveria, ser trilhada com base na moralidade e no alcance do bem comum, já que a atividade jurisdicional é Estatal. Da mesma forma a do legislador que cria as normas, em especial o Congresso Nacional pois trata-se de Direito Processual. Logo, precedentes que vinculam não podem tornar as decisões injustas, pois conforme dito, seria um retrocesso e não uma evolução, gerando um custo desnecessário para elaborar normas que não vão ao encontro do senso de justiça nacional.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 11 mar. 2015

BRASIL. Decreto n. 678, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 19 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm> Acesso em: 11 mar.2015

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 19 ago.2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodium.. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre As Jurisdições de Civil Law e Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil*. Curitiba: *Revista da Faculdade de Direito, UFPR.*. 2009.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27.ed .São Paulo: Saraiva. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O Fahrenheit Sumular do Brasil: O controle Panóptico da Justiça.* Disponível em: <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/o-fahrenheit-sumular-do-brasil-lenio.pdf>. Acesso em 14 de março de 2015.

WOLKART, Eric Navarro. *Precedente Judicial no Processo Civil Brasileiro.* Salvador: Juspodium, 2013.