

## ESTRUTURAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL E CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE: DESAFIOS NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE MULTICULTURAL

Lorena Miranda Santos Barreiros<sup>1</sup>

### RESUMO

Este artigo enfoca o papel assumido por um sistema de precedentes no contexto de uma sociedade multicultural: o de harmonizar a tendência universalizante decorrente da concretização do princípio da igualdade e a necessidade de respeito à diversidade. Partindo do exame das tradições jurídicas da civil law e da common law e após demonstrar a histórica permeabilidade do direito brasileiro aos institutos desenvolvidos na tradição anglo-saxônica, o trabalho expõe as principais dificuldades e percalços dessa importação no tocante ao sistema de precedentes judiciais e destaca o papel do distinguishing – um dos institutos transplantados – na concretização do desafio de equilibrar as forças contrapostas antes referidas: igualdade e diferença.

Palavras-chave: Tradições Jurídicas. Precedentes judiciais. Brasil. Distinção. Multiculturalismo.

### ABSTRACT

This article focuses on the role played by a system of precedent in the context of a multicultural society: to harmonize the universalizing tendency resulting from the implementation of the principle of equality and the need to respect diversity. It examines the civil law and common law legal traditions and further demonstrates historical permeability of Brazilian law to institutes developed in the Anglo-Saxon tradition. Then, the work exposes the main difficulties and mishaps of this import with respect to the system of judicial precedents and highlights distinguishing role – one of transplanted institutions – in achieving the challenge of balancing the opposing forces before mentioned: equality and difference.

Keywords: Legal traditions. Judicial Precedents. Brazil. Distinguishing. Multiculturalism.

<sup>1</sup> Doutoranda e mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades Jorge Amado (UNIJORGE) em parceria com o curso Juspodivm. Procuradora do Estado da Bahia. Advogada.

## 1 INTRODUÇÃO

A estruturação de um sistema de precedentes capaz de harmonizar as tendências jurídicas universalizante (própria da concretização do princípio da igualdade) e individualizadora (decorrente, sobretudo, do respeito à diversidade no contexto de uma sociedade multicultural) constitui-se em verdadeiro desafio. Some-se a tal escopo a circunstância de que esse sistema de precedentes não nasceu e se desenvolveu no país em que está sendo estruturado, mas, sim, foi tomado de empréstimo de sistemas jurídicos integrantes de outra tradição: a *common law*. Ter-se-á, assim, um breve quadro da tentativa que vem sendo empreendida no Brasil para construir um sistema de precedentes verdadeiramente justo para a sua sociedade.

O presente artigo objetiva contribuir para o debate acerca da teoria dos precedentes no Brasil, especialmente no tocante à organização de um sistema de precedentes capaz de atingir o objetivo harmonizador antes referido. Para tanto, sua exposição foi dividida em três partes.

Inicialmente, na primeira parte, serão examinadas as duas principais tradições jurídicas atualmente existentes no mundo ocidental: a *civil law* e a *common law*, destacando-se a crescente aproximação observada entre elas pelos comparativistas e sobrelevando-se o principal traço que as diferencia: o raciocínio jurídico.

Em seguida, o sistema jurídico brasileiro será analisado, tecendo-se considerações acerca do seu efetivo pertencimento à família jurídica da *civil law* e destacando-se sua histórica permeabilidade a institutos jurídicos desenvolvidos em países integrantes da tradição da *common law*. Tomar-se-á como parâmetro dessa influência a tendência atual de valorização e de crescente atribuição de eficácia aos precedentes judiciais no Brasil.

A segunda parte do artigo volver-se-á à análise da tentativa que vem sendo levada a efeito no sentido de se estruturar um sistema de precedentes no Brasil. Após a delimitação dos conceitos de precedente e de *ratio decidendi* e de serem tecidas considerações acerca do devido processo constitucional de produção da decisão judicial, serão trazidos à baila alguns elementos que compõem a teoria dos precedentes dos países integrantes da tradição da *common law* e que têm sido importados pelo direito brasileiro, assim como explicitados os problemas enfrentados nessa transposição.

A terceira parte do trabalho dedica-se a apresentar um esboço de solução para que o sistema de precedentes em construção no Brasil possa lograr êxito na tarefa de equilibrar o princípio da igualdade e o direito à diferença, verdadeiro desafio a ele posto pela pluralidade cultural da sociedade em que está sendo edificado. Para o alcance de tal finalidade, o artigo examina, inicialmente, o multiculturalismo enquanto arena de debate ideológico, os principais temas por ele tratados, destacando, empós, a formação multicultur-

tural da psicologia brasileira e a influência positiva dessa herança histórica para que as questões subjacentes ao debate multicultural sejam tratadas de modo mais natural no Brasil.

Em sequência, será cotejada a tendência universalizante própria da concretização do princípio da igualdade com a necessidade de se promover o adequado respeito à diferença, evitando-se a aplicação indiscriminada e arbitrária de precedentes judiciais a casos com os quais não guardam a necessária similitude. Apresentar-se-á o sistema de precedentes como uma soma vetorial capaz de equilibrar essas tendências contrapostas. Em especial, será destacado o papel fundamental do *distinguishing*, tipificado como direito subjetivo da parte, nessa tarefa conciliatória.

O objetivo deste artigo não é o de delinear um sistema de precedentes no Brasil, mas, sim, o de verificar os problemas hauridos do transplante da sistemática de precedentes norte-americana para o Brasil e, em especial, destacar o papel do instituto do *distinguishing* na harmonização entre igualdade e diferença, questão crucial no âmbito da sociedade multicultural pátria.

## 2 TRADIÇÕES E INSTITUTOS JURÍDICOS: O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A CRESCENTE IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

309

### 2.1 PRINCIPAIS TRADIÇÕES JURÍDICAS DO OCIDENTE: *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

O direito é manifestação cultural, inserindo-se na espécie dos objetos do conhecimento que, sendo criados pelo ser humano, não se reificam, existindo somente se e enquanto produzidos.<sup>2</sup> Sua natureza cultural expõe o direito à influência dos usos e valores correntes em determinado momento em uma dada sociedade. Tais usos e valores concorrerão na definição do sistema jurídico que regulará o tecido social, entendido tal sistema como o “conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes”<sup>3</sup> em um dado grupo humano.

Há de se destacar, no entanto, que, apesar da multiplicidade de sistemas existentes no mundo (os sistemas de cada país, os sistemas dos entes federativos dos países – a exemplo, no Brasil, dos estaduais, municipais e distrital – e os sistemas supranacionais), guardam eles elementos que os aproximam ou distanciam uns dos outros, permitindo que os diferentes sistemas jurídicos possam ser agrupados em um mesmo tronco, ao qual se

<sup>2</sup> Para Calmon de Passos, “o direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana” (PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 23).

<sup>3</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. p. 21.

confere a denominação de tradição jurídica.<sup>4</sup> Nas palavras de Merryman e Pérez-Perdomo:

uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada de organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão.<sup>5</sup>

O direito comparado reconhece a existência de duas tradições preva-  
lentes no Ocidente: a *civil law* (ou tradição romano-germânica) e a *common law* (ou tradição anglo-saxônica). Abstraídas as características relacionadas ao surgimento histórico dessas tradições (a exemplo da maior ou menor influência do direito romano ou, ainda, do ramo do direito que primeiro se desenvolveu), é especialmente sob o ponto de vista do raciocínio jurídico, do enfoque conferido ao direito por cada uma dessas famílias, que se pode traçar a principal linha distintiva entre elas, útil até os presentes dias para divisá-las, a despeito das constantes influências recíprocas que são sentidas nessa seara pelos comparativistas.

Pietro D'Amico assevera que as tradições da *common law* e da *civil law* são antitéticas, haja vista achar-se a primeira calcada no empirismo e a segunda, no racionalismo.<sup>6</sup> Esta contraposição confere a cada uma das tradições pilares igualmente díspares. À *civil law*, ligam-se, além do racionalismo, o dogma, o apriorismo, o pensamento teórico e o método dedutivo; já a *common law*, de cunho empirista, é antidogmática, valoriza a experiência histórica, o pensamento prático e o método indutivo.<sup>7</sup>

É de se notar que o contraste entre as tradições da *civil law* e da *common law* não tem por objeto principal os conteúdos dos direitos atinentes aos sistemas jurídicos que as compõem, mas, sim, o aspecto formal dessas famílias, ou seja, aquele relacionado aos enfoques, à metodologia, às fontes

<sup>4</sup> Utilizar-se-ão, neste trabalho, como sinônimos, os termos tradição e família. Apenas com o intuito de evitar confusões terminológicas, o termo sistema será invocado em referência a um ordenamento particular (ex.: sistema jurídico brasileiro, sistema jurídico francês) ou a um elemento dele (ex.: sistema processual brasileiro) e não, como o faz René David, como sinônimo de tradição jurídica (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 21-23).

<sup>5</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. op.cit., p. 22-23.

<sup>6</sup> “*Common law e civil law costituiscono il binomio antitetico e parallelo di giuridicità che governano tutto il diritto sul nostro pianeta, riflesso dell’antitesi empirismo/razionalismo*” (D’AMICO, Pietro. *Common law*. Torino/Italia: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 222). Em tradução livre: “*Common law e civil law representam o binômio antitético e paralelo de legalidade que rege todo o direito em nosso planeta, reflexo da antítese empirismo/razionalismo*”.

<sup>7</sup> D’AMICO, Pietro. *Common law*. Torino/Italia: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 222.

do direito, à estrutura e ao procedimento.<sup>8</sup> Mesmo segundo tais aspectos, as distinções observadas entre as tradições vêm sendo progressivamente mitigadas, em um movimento que testifica a crescente aproximação e a mútua influência entre ambas.

De um lado, a *civil law*, tradicionalmente racionalista, vem sendo aproximada da realidade histórica e do empirismo, o que é possível de ser observado, por exemplo, com o fenômeno da decodificação, conducente, no Século XX, à proliferação de leis extravagantes e ao surgimento de microsistemas jurídicos, aos quais as codificações oitocentistas tiveram de ceder espaço. Também contribuem decisivamente para essa mudança o papel central assumido pelas Constituições (e a necessidade de concretização dos valores nela inseridos) e a adoção, em larga escala, da técnica de legislar por meio de cláusulas gerais, ampliativa do papel do juiz na construção do direito.

Por outro lado, a *common law* vivencia a crescente influência do direito legislado, ao ponto de a Inglaterra, país no qual teve origem a tradição anglo-saxônica, haver adotado, no final do Século XX, um Código de Processo Civil (as *RCP – Rules of Civil Procedure*, de 1999), a despeito de, sabidamente, as codificações não possuírem, nos sistemas da tradição de *common law*, o sentido totalizante que alcançaram na tradição romano-germânica oitocentista.

Tamanha é a miscigenação entre as famílias que há quem chegue mesmo a afirmar que se vivencia um processo unificador, de modo que *common law* e *civil Law* representariam, hoje, menos duas tradições contrapostas e mais dois aspectos de “uma mesma e grande tradição jurídica ocidental”.<sup>9 10</sup>

Apresentadas as duas tradições jurídicas ocidentais e destacada a principal distinção entre elas havida, imperioso que se analise, em seguida, o sistema jurídico brasileiro e seu relacionamento com as famílias romano-germânica e anglo-saxônica, como premissa para que seja examinado o modo como se vem tentando construir, no direito pátrio, uma teoria dos precedentes judiciais, com aporte de noções hauridas sobretudo dos direitos inglês e norte-americano.

<sup>8</sup> MACHADO FILHO, Sebastião. O sistema da *common law*. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, Faculdade de Direito, n. 4, p. 21. ago./dez. 1997.

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Apresentação. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 07.

<sup>10</sup> No mesmo sentido, Hermes Zaneti Júnior: “Os ordenamentos jurídicos, em ambas tradições, evoluíram muito, no sentido de diminuir a tensão original, de tal sorte que já não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas entre os dois grandes ramos do direito ocidental. Afastada essa incompatibilidade, cresce a olhos vistos o movimento de harmonização entre o *common law* e a tradição romano-germânica” (ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 247).

## 2.2 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA HISTÓRICA PERMEABILIDADE A INSTITUTOS ORIUNDOS DE SISTEMAS DA TRADIÇÃO DA *COMMON LAW*: A TENDÊNCIA DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Encontra-se razoavelmente sedimentada, na doutrina pátria, a premissa de que o sistema jurídico brasileiro filia-se à tradição romano-germânica. Tal posição, quando não explicitamente defendida por certos doutrinadores,<sup>11</sup> é extraída à vista da similitude entre algumas características norteadoras do sistema nacional e aquelas atribuídas à *civil law* (a exemplo da influência do direito romano, da lei vista como fonte primordial do direito e do predomínio do raciocínio teórico-dedutivo). Tanto mais se justifica esse enquadramento quando se observa a decisiva influência do direito português na formação do direito brasileiro, fruto do fenômeno colonizatório.<sup>12 13</sup>

O enquadramento do Brasil na família romano-germânica, sobretudo na atualidade, é, todavia, objeto de questionamento por parte da doutrina.<sup>14</sup> A adoção, no país, de institutos típicos da *common law* (o controle difuso de constitucionalidade, presente no ordenamento brasileiro desde a Constituição Republicana de 1891; a tutela de direitos supra-individuais; a cláusula geral do devido processo legal; a crescente eficácia atribuída aos precedentes judiciais) revela, quando menos, profunda mitigação das características típicas da tradição da *civil law*.

Em verdade, o sistema jurídico brasileiro convive com um paradoxo metodológico: a necessidade de compatibilizar uma tradição constitucional extremamente influenciada pelo direito norte-americano (*common law*) e uma tradição infraconstitucional sustentada em influências oriundas da Europa continental (*civil law*).<sup>15</sup>

De todo modo, os propósitos e limites deste trabalho não permitem que se aprofunde a perquirição acerca da questão de pertencer o Brasil à *civil*

<sup>11</sup> Dentre os defensores dessa posição, por todos: SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 31; RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: teoria geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 97.

<sup>12</sup> AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 120.

<sup>13</sup> Segundo testifica Mário G. Losano, “a assimilação do direito português no Brasil foi total e simultânea, porque Portugal se transferiu para o Brasil, eliminando assim a distinção entre colônia e metrópole” (LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 252).

<sup>14</sup> Defendendo o modelo brasileiro como integrante de uma tradição peculiar, híbrida, irredutível à romano-germânica ou à *common law*: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 1, p. 41-43; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional*: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

<sup>15</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional*: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17. O autor afirma que a tradição brasileira é híbrida, misturando-se aspectos das tradições romano-germânica e de *common law*.

*law* (com profunda mitigação das características específicas daquela família) ou de constituir ele um ordenamento jurídico *sui generis*, não enquadrável em nenhuma das duas tradições.

O que sobreleva destacar, no particular, é que, num caso ou noutro, o sistema brasileiro sempre se mostrou permeável à recepção de institutos e ideias oriundos da *common law* e, atualmente, tem se conduzido rumo à crescente atribuição de eficácia e importância aos precedentes judiciais. Muito embora não possa o Brasil ser considerado como um país que perfilhe a cultura do *case law*, a produção legislativa recente reflete uma clara intenção de fortalecer o papel dos precedentes no direito pátrio, conferindo-lhes inédita força no país (a exemplo da súmula vinculante, dos precedentes com poder obstativo de recursos ou de remessa necessária e, ainda, de precedentes com carga persuasiva, tais como aqueles que justificam a improcedência *prima facie*).

A rapidez com que foram criadas novas regras conferindo progressiva carga eficaz aos precedentes judiciais no Brasil não se faz acompanhar, no entanto, ao menos no que diz respeito do Código de Processo Civil de 1973, de uma adequada sistematização do instituto recepcionado.<sup>16</sup> Como resultado dessa lacuna, é comum no sistema brasileiro o uso aleatório, improvisado e descontextualizado de precedentes para solução de casos concretos.<sup>17</sup>

O anseio pela uniformização das decisões judiciais (soluções iguais para casos análogos), até mesmo em respeito ao princípio da isonomia, encontra na teoria dos precedentes forte aliado. No entanto, a assistematização do uso desses precedentes e o crescimento vertiginoso do número de processos<sup>18</sup> são fatores que contribuem para subverter a própria lógica do instituto utilizado. O julgamento de causas converte-se em julgamento de teses;<sup>19</sup> sob a justificativa de concretização do princípio da isonomia, julgam-se casos distintos como se iguais fossem; a duração razoável do processo converte-se em luta para o atingimento de metas numéricas de julgamento de processos.<sup>20</sup>

Nesse contexto, a imponderada utilização de precedentes judiciais no Brasil tem resultado, não poucas vezes, em verdadeira denegação de justiça,

<sup>16</sup> A Lei nº 13.105/2015 (NCPC) contempla regramento inovador em relação ao ordenamento vigente na temática dos precedentes judiciais, como se observa, por exemplo, dos seus arts. 926 a 928.

<sup>17</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 31.

<sup>18</sup> Fruto, principalmente, de uma cultura demandista que floresceu no seio de uma sociedade de consumo massificada e globalizada e à luz de uma substancial explosão legislativa.

<sup>19</sup> STRECK, Lênio Luiz. À guisa de prefácio. In: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11-12.

<sup>20</sup> Traçando um panorama dessa “crise numérica dos processos judiciais”, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011, *passim*.



sobrelevando-se a força uniformizadora daquele instituto em detrimento da necessária consideração dos aspectos peculiares do caso concreto, sem o que não se logra alcançar o acesso à ordem jurídica justa, vista como aspecto inerente ao acesso à justiça.<sup>21</sup>

É imperioso notar que o conceito jurídico indeterminado “acesso à justiça” é plurissignificativo, representando, de um lado, a igualdade de acesso ao sistema jurídico e, de outro, que esse mesmo sistema seja capaz de produzir resultados justos individual e socialmente.<sup>22</sup>

Um sistema de precedentes eficaz haveria, pois, de garantir a justiça social do resultado da prestação jurisdicional (conferindo, tanto quanto possível, respostas iguais para casos análogos), sem, no entanto, descurar das particularidades do caso concreto (resultado individualmente justo), evitando-se ou minorando-se, ao menos, os deletérios efeitos da equivocada incidência de um precedente a situação jurídica a ele não ajustável.

Dentro desse contexto, sobreleva notar que a existência de um sistema de precedentes bem organizado é fator de extremo relevo para a garantia de justiça em uma sociedade multicultural, munindo-se tal sistema de instrumentos capazes de identificar e conferir tratamento diferenciado a situações cujas particularidades assim o exijam. Em outras palavras, o manejo de um sistema de precedentes não pode se divorciar da realidade cultural no qual é aplicado; sendo ela multifacetária, haverá o sistema de reconhecer essa especificidade e garantir o necessário equilíbrio entre os direitos à igualdade e à diferença.

### 3 TENTATIVA DE ESTRUTURAÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL E SEUS PERCALÇOS

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

Ao tratar do princípio do devido processo legal, Calmon de Passos prefere a ele fazer referência intitulado-o de devido processo constitucional de produção do direito. Com tal expressão, Calmon faz referência não apenas ao processo legislativo de que resultam os textos normativos, base para a extração de normas jurídicas, mas, também, à própria produção judicial da

<sup>21</sup> A questão, porém, não é assim tão simples, na medida em que as ondas de acesso à justiça, mencionadas por Mauro Cappelletti (em especial a primeira – assistência judiciária gratuita aos pobres – e a segunda – garantia de acesso ao representante de interesses difusos e coletivos, para melhor tutela de tais interesses), também são responsáveis pelo agigantamento da função jurisdicional, alimentando o crescimento exacerbado de demandas judiciais e, pois, sendo, por via transversa, também concausas do problema examinado. (CAPPELLETTI, Mauro. *Accesso alla giustizia come programa di riforma e come método di pensiero. Rivista di diritto processuale*, Padova, CEDAM, v. 37, p. 241, 1982).

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.



norma jurídica, sem excluir, obviamente, os processos de produção privada do direito (ex.: contratos) e a atuação administrativa (ex.: atos e decisões administrativas), uma vez que o direito é e somente o é enquanto produzido e aplicado socialmente.<sup>23</sup>

No que tange ao processo jurisdicional, é cediço que o juiz, ao julgar, produz não uma, mas duas distintas normas em sua decisão: uma, de caráter individual, constante do dispositivo do julgado, intitulada norma de decisão, que confere a solução ao caso concreto e se aplica às partes envolvidas na demanda; outra, de caráter geral, que confere fundamento à norma individualizada e se situa na fundamentação do julgado.

Decorre essa última da interpretação de enunciados normativos (por técnicas de subsunção e/ou de concreção) à luz da necessidade de adequá-los à Constituição, de concretizar normas de textura aberta, de efetivar direitos fundamentais.<sup>24</sup> A chamada norma geral do caso concreto (*ratio decidendi*) pode ser, inclusive, utilizada, por indução, para solucionar outros casos concretos.

A construção dessas normas pelo juiz deve, entretanto, ser precedida de um “devido processo constitucional jurisdicional”, que consiste em um “complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir”. Daí a necessidade de estabelecimento prévio de regras de competência, o respeito ao contraditório (em suas vertentes formal e substancial), a publicidade processual e, sobretudo, a fundamentação das decisões proferidas, com a possibilidade de seu controle endo e exprocessual.<sup>25</sup>

Partindo-se, pois, das premissas de que o direito é fenômeno cultural; de que ele somente é se e enquanto produzido e aplicado e de que o direito produz-se e aplica-se processualmente, conclui-se que o processo jurisdicional serve à construção da norma jurídica reguladora da situação concreta submetida à apreciação do órgão jurisdicional.

À luz das circunstâncias fático-jurídicas trazidas à sua apreciação pelas partes, em procedimento jungido ao princípio do contraditório, no qual sejam garantidos aos litigantes igualdade material de atuação em juízo e mesmo potencial poder de influenciar o conteúdo da decisão a ser proferida, o magistrado constrói, então, a norma geral do caso concreto, na fundamentação do julgado, pesando, tanto quanto possível, todas as circunstâncias postas e o ordenamento jurídico. E esta norma geral do caso concreto regulará a situação conflituosa judicializada, conferindo lastro para a edição da norma individualizada ou norma de decisão, constante do dispositivo do julgado.

<sup>23</sup> PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando o que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 68-69.

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1, p. 100-103. No mesmo sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 7. ed. Salvador: Juspodivm. 2012. v. 2, p. 287-289.

<sup>25</sup> PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando o que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 69.

Em suma, interessa ponderar que, essencialmente, o processo jurisdicional não difere do processo legislativo, sendo ambos instrumentos de produção do direito, muito embora o primeiro volte-se precipuamente à concretização da norma jurídica, enquanto que o segundo destina-se à produção de textos normativos que servirão de base para a futura construção judicial ou extrajudicial (na esfera privada não contenciosa, por exemplo) de normas jurídicas.

Na perspectiva de análise dos precedentes judiciais, a importância da atividade judicial relaciona-se antes à norma jurídica geral produzida pelo magistrado, encontrável na fundamentação do julgado e capaz de ser utilizada, por indução, a outros casos concretos similares (trata-se da *ratio decidendi*), do que à norma individualizada construída no dispositivo do julgado, adstrita às partes da demanda e cuja possibilidade de criação pelo juiz era já defendida por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito.<sup>26</sup>

O instituto do precedente coaduna-se com uma ideia básica de igualdade, segundo a qual casos iguais devem ser tratados da mesma forma (*treat like cases alike*). Embora o presente estudo tenha como foco o precedente jurídico e, mais precisamente, o precedente jurisdicional (ou judiciário), impende destacar a observação feita por Schauer, no sentido de que o precedente é algo natural e faz parte da atividade decisória em geral. Assim, por exemplo, o autor evidencia a postura do irmão mais novo que vindica tratamento igual ao de seus irmãos mais velhos, quando possuíam a sua idade. Trata-se de argumentação vinculada a um precedente, embora não de caráter jurídico.<sup>27</sup>

Francisco Rosito acentua a equivocidade do termo precedente, destacando dois sentidos primordiais para ele: sob o ponto de vista amplo, precedente consiste em “uma ou mais decisões que funcionam como modelos para casos ulteriores”, enquanto que no sentido restrito, por ele não adotado, seriam entendidas como precedentes apenas as “decisões vinculantes providas de cortes superiores de uma mesma jurisdição sobre determinada matéria”. Conclui reconhecendo o precedente como “toda decisão anterior com relevância que pode projetar efeitos jurídicos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, o que denota a sua natureza normativa”.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> “De certo que existe uma diferença entre estes dois casos [legislador e julgador], mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 393)

<sup>27</sup> SHAUER, Frederick. *Precedent*. Maio/2011, p. 1. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1836384>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

<sup>28</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 91-92.

Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira conceituam o precedente judicial como sendo “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.<sup>29</sup> Para os autores, sendo o precedente um ato-fato jurídico, existiria ele sempre que se proferisse uma decisão judicial.<sup>30</sup>

Não é pacífica, no entanto, a conclusão de que toda decisão judicial seria precedente. Em primeiro lugar, porque o precedente, em seu sentido estrito, como visto, jungir-se-ia àquela decisão vinculante emanada de uma corte superior sobre dada matéria. Em segundo, porque ainda que se tome o termo precedente em seu sentido amplo, tal como o fazem Francisco Rosito, Fredie Didier Junior, Paula Sarno e Rafael Oliveira, há quem entenda, a exemplo de Rosito, que nem toda decisão constitui um precedente, uma vez que, segundo ele, algumas decisões seriam despidas de transcendência potencial.<sup>31</sup>

A exclusão, *a priori*, da transcendência potencial de um caso, ainda que ele se afigure aparentemente particularizado e pouco afeito à repetição em situações semelhantes não é conclusão albergada neste trabalho. Crê-se, na linha também defendida por Wambaugh, que todo caso pode fornecer um precedente.<sup>32</sup> E, por consectário lógico, se todo caso pode fornecer um precedente, é suficiente uma única decisão judicial para que ele esteja caracterizado.

Deve-se esclarecer, ainda, que a *ratio decidendi* integra o precedente, é o seu núcleo essencial,<sup>33</sup> a parte do precedente à qual, conforme o sistema se estruture, poder-se-á até mesmo conferir eficácia vinculativa (tal como ocorre na *common law*). Trata-se de conceito deveras discutido, elemento cuja identificação é, por vezes, tormentosa tarefa, como o é a fixação sobre quem deve defini-lo, se o órgão que institui o precedente ou o que o analisa.

Para Wambaugh, a *ratio decidendi* seria “uma proposição geral de direito da qual, tomada em conexão com as circunstâncias do caso, a decisão logicamente decorre, e na qual, expressada ou não na fundamentação, a corte baseia a sua decisão”.<sup>34</sup> Já para A. L. Goodhart, a *ratio decidendi* constituir-se-ia

<sup>29</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie, et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 385.

<sup>30</sup> DIDIER JUNIOR, *ibidem*, p. 386-387, 392.

<sup>31</sup> ROSITO, *op. cit.*, p. 93.

<sup>32</sup> “In other words, every case ought to furnish a precedent for all other cases in which the circumstances, save as to unessential matters, are identical” (WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction*. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894. p. 14).

<sup>33</sup> ROSITO, *op. cit.*, p. 108.

<sup>34</sup> “Hence the doctrine of a case is a general proposition of law from which, taken in connection with the circumstances of the case, the decision logically follows, and upon which, whether expressed in the opinion or not, the court bases its decision” (WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction*. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894. p. 29).

dos fatos tidos pelo juiz como materiais (relevantes) e da decisão por ele tomada com base em tais fatos.<sup>35</sup>

No direito brasileiro, Francisco Rosito adota o conceito de que a *ratio decidendi* seria “a resolução específica sobre determinada matéria decidida no tribunal, na qual estão contidos três elementos: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*)”.<sup>36</sup>

A progressiva importância conferida aos precedentes judiciais pelo sistema jurídico brasileiro evidenciou a necessidade de se estruturar, no direito pátrio, uma teoria dos precedentes, sistematizando os regimes de sua criação, aplicação e superação. Os institutos desenvolvidos nos sistemas integrantes da *common law*, em especial no direito norte-americano, têm sido largamente analisados e aplicados na processualística do Brasil.

No entanto, a carga racionalista e lógico-dedutiva que acompanha as origens romano-germânicas do direito brasileiro e as suas peculiaridades culturais têm, não raro, desvirtuado os institutos transplantados, favorecendo antes o arbítrio judiciário do que a utilização, consciente e estruturada, de um sistema de precedentes.

318

### 3.2 IMPORTAÇÃO DE ELEMENTOS DA TEORIA DOS PRECEDENTES DOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ANGLO-SAXÔNICA PELO DIREITO BRASILEIRO

A aproximação verificada entre as tradições romano-germânica e anglo-saxônica contribui, sobremaneira, para o intercâmbio de institutos jurídicos entre sistemas jurídicos pertencentes a famílias jurídicas distintas. A importação desses institutos, no entanto, não pode ser feita sem observância das peculiaridades culturais de cada sistema, o que conduz, não raro, à recepção apenas parcial de institutos ou à sua transfiguração em institutos inteiramente diversos, face à necessidade de adaptação à realidade cultural do grupo social receptor.

Identificar os limites da transposição a ser feita e, por vezes, a transformação cultural demandada pelo instituto transplantado não é, porém, tarefa fácil. Por seu turno, a admissão indiscriminada de institutos alienígenas provoca, não raro, o surgimento de problemas viscerais concernentes à sua aplicação no sistema adotante. Há casos, inclusive, em que a efetivação do

<sup>35</sup> “I suggested that the principle of the case could be found by determining (a) the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them.” E, mais adiante, o autor complementa: “I placed all my emphasis in the material facts as seen by the judge, and not on the material facts as seen by anyone else” (GOODHART, A. L. *The ratio decidendi of a case. The Modern Law Review*, v. 22, n. 2, p. 119, mar. 1959).

<sup>36</sup> ROSITO, op. cit., p.107. E prossegue o autor: “Em outras palavras, constitui-se na razão jurídica ou nos fundamentos determinantes da decisão, o que não representa um preceito abstrato, senão uma regra ou princípio jurídico ditado pela controvérsia concreta. Trata-se, portanto, da norma concretizada em face dos fatos objeto do conflito de interesses, sendo fundamental à extração da *ratio decidendi* interpretar o núcleo fático da decisão sobre o qual incide a norma de direito”: (Ibidem, p. 107-108).

novel instituto enseja, por evidente desconformidade com princípios e regras inerentes ao sistema, flagrante violação àqueles e a essas.

No tocante à específica realidade brasileira, há de se analisar o impacto – positivo ou negativo – que a crescente eficácia que vem sendo conferida aos precedentes judiciais tem ocasionado na cultura judicial (impondo-se uma mudança do pensar do juiz)<sup>37</sup> e como os institutos de comum utilização no direito alienígena de países da *common law* (em especial os Estados Unidos da América) têm sido transplantados ao direito brasileiro.

Inicialmente, no que diz respeito à elaboração do precedente, há de se considerar que o desenvolvimento de um sistema que confere maior carga eficaz aos precedentes judiciais pressupõe uma reestruturação do conteúdo jurídico da regra da motivação prevista na Constituição Federal, art. 93, IX, da CF/88, que ganha ainda mais relevância nesse cenário. De fato, a fundamentação das decisões judiciais, a par de se constituir em requisito de validade do julgado, assume importância curial no tocante à criação do precedente, já que é dela que ele será extraído.

O juiz, ao decidir, deve estar preocupado não apenas em esclarecer às partes sobre as razões pelas quais proferiu esta ou aquela norma individualizada para o caso concreto; antes, haverá de ter em mente que a sua decisão possui uma inegável função extraprocessual, já que pode servir como precedente para julgamento de casos futuros cuja base fática seja semelhante àquela em que proferido o julgado.

Ainda no que concerne à formação do precedente, há de ser redimensionado o princípio do contraditório, ampliando-se o espectro de participação na construção da norma jurídica geral do caso concreto. Esse redimensionamento conduz, por exemplo, a que se redefina o que se entende por interesse recursal. Este conceito, tradicionalmente vinculado à sucumbência (e, pois, à parte dispositiva do julgado), ganha nova significação diante do entendimento de que ele abrange, também, a possibilidade de discussão da fundamentação do julgado, mesmo por quem tenha se sagrado vitorioso na demanda. Debate-se, aqui, a formação do precedente e não a decisão atribuída ao caso concreto.

Emblemático, nesse sentido, o julgamento havido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 647651. O caso diz respeito à demissão levada a efeito pela EMBRAER, em 2009, de cerca de 4.200 trabalhadores sem prévia negociação coletiva. O julgamento proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho concluiu que a EMBRAER estaria dispensada de proceder a essa negociação coletiva porquanto a jurisprudência à época consolidada assim a autorizava.

<sup>37</sup> “Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. De modo que o *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação de poderes” (MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Apresentação. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *A força dos precedentes*: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 8).

No entanto, o mesmo Tribunal Superior, sinalizando mudança de posicionamento, definiu, no seu julgado, que, dali em diante, para futuras demissões coletivas, a negociação coletiva prévia seria etapa indispensável. A EMBRAER interpôs recurso extraordinário ao STF não para discutir a solução do caso, que lhe foi favorável, mas, sim, para alterar o precedente que se formara. Este recurso extraordinário foi admitido pelo STF e teve sua repercussão geral reconhecida, estando no aguardo do julgamento de seu mérito.

A aplicação de precedentes no Brasil tem recebido forte influência da teoria dos precedentes norte-americana. A aplicação de um precedente a um caso pressupõe, inicialmente, que sejam confrontadas as bases fáticas do julgado paradigma e do caso em julgamento, utilizando-se o método intitulado de *distinguishing* (distinção). Por ele, serão levados em consideração os aspectos fáticos relevantes do feito sob julgamento e do precedente, de modo a se verificar se há entre eles similitude fática que possibilite/justifique a aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso concreto.

Desse confronto, o magistrado poderá concluir pela similitude entre os casos que justifique a aplicação do precedente; poderá, ainda, descartar tal aplicação, por conta de alguma especificidade fática do caso em análise capaz de afastar a tese jurídica exposta no precedente; ou, por fim, poderá conferir uma interpretação extensiva à *ratio* do precedente, aplicando-a ao caso a despeito de suas especificidades fáticas.

O *distinguishing* exerce, pois, papel fundamental no resguardo do direito da parte ao acesso à ordem jurídica justa, restando os excessos da tendência universalizante que subjaz à aplicação indiscriminada de precedentes judiciais para a solução de casos concretos, sobretudo quando se está diante de precedentes com força vinculante ou dotados de substancial carga persuasiva.

O método comparativo é de aplicação necessária em toda utilização de precedente judicial como diretriz para julgamento de outro caso, a fim de se perquirirem as similitudes e diferenças entre o julgado paradigma e a demanda a ser decidida. Já o *distinguish*-resultado é vislumbrado sempre que do confronto realizado se conclua pela inaplicabilidade do precedente ao caso concreto, face à diversidade de seus suportes fáticos.

O direito brasileiro também tem recepcionado, por influência norte-americana, institutos relacionados à superação de precedentes, em especial o *overruling* (substituição de um precedente por outro, que preferencialmente deverá ser expressa, mas que poderá ser tácita, a exemplo do que ocorre com as leis) e a técnica de sinalização ou aviso (*signaling*), por intermédio da qual o Judiciário, embora decida o caso concreto em conformidade com a *ratio decidendi* dos precedentes já consolidados, noticia a mudança de posicionamento. O ARE 647651, antes referido, é um exemplo de utilização dessa técnica.

A despeito, porém, de haver uma progressiva familiarização dos doutrinadores, julgadores e professores com a terminologia própria à teoria

dos precedentes desenvolvida na tradição da *common law*, o fato é que a importação desses institutos não tem sido feita sem deturpações. Ao revés, inúmeros são os problemas hauridos da praxe forense face à utilização acriteriosa e, mesmo, arbitrária de precedentes judiciais. Buscar-se-á apresentar um quadro dessa realidade no tópico seguinte.

### 3.3 PROBLEMAS ENFRENTADOS NA TRANSPOSIÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES, DE ORIGEM ANGLO-SAXÔNICA, À REALIDADE BRASILEIRA

Já se afirmou anteriormente que o transplante de institutos de um sistema jurídico a outro há de observar a necessidade de aferição da compatibilidade cultural entre os sistemas doador e receptor. As especificidades culturais, sobretudo as do sistema de destino, hão de ser levadas em consideração, sob pena de serem criadas, neste traslado, verdadeiras “aberrações”, institutos parcial ou inteiramente desvirtuados de seu sentido originário e, mais grave, que não se amoldam ao regime constitucional do país em que adotados.

Em parte, essa realidade é vivenciada no Brasil de relação à concessão de crescente carga eficaz aos precedentes judiciais. Não se desconhece que a cultura jurídica brasileira é, historicamente, fundada sob uma base racionalista e teórico-dedutiva. Tal afirmação é feita tomando-se em conta que a formação jurídica pátria, de um modo geral, confere importância primordial ao estudo da legislação, à sua interpretação e aplicação a casos concretos; o raciocínio empírico é posto em segundo plano, sobretudo pelos currículos universitários dos cursos de graduação em direito.

Ao lado dessa constatação, outra pode ser acrescida, também de fundamental relevo à análise crítica ora empreendida: o crescimento do número de demandas judiciais propostas nas últimas décadas, fruto, sobretudo, da expansão dos fenômenos de massa (ações envolvendo servidores públicos, consumidores, dentre outras), tornou ainda mais evidenciada a incapacidade do aparelho estatal de dar vazão aos pedidos de prestação de atividade jurisdicional que lhe são dirigidos, criando-se, em consequência, o desmedido culto à “celeridade processual” como meta a ser alcançada a todo custo, ainda que com evidente prejuízo à concretização do direito justo.

A conjugação desses fatores (citados sem pretensão de exaurimento das peculiaridades culturais brasileiras capazes de conduzir a uma deformação da utilização dos precedentes judiciais no país) produz quadro que se pode retratar pelo uso assistemático e indiscriminado de precedentes, inclusive a casos para os quais eles não seriam aplicáveis, acaso se fizesse o correto uso da técnica do *distinguishing*.

Um primeiro sintoma da deformidade encontrável da utilização dos precedentes no Brasil é a sua invocação em um caso concreto apenas pela transcrição de sua ementa. Não raro, decisões judiciais informam estarem



aplicando um dado precedente, de cujo teor apenas referem a ementa, sem a preocupação de fazer o cotejo fático necessário para que se afira se o caso a ser julgado se insere ou não na linha argumentativa da *ratio decidendi* do precedente utilizado. Casos distintos são, assim, inseridos em uma “vala comum”, como se iguais fossem.

Ora, se a parte, ao invocar, por exemplo, uma divergência jurisprudencial em sede de recurso especial (art. 105, III, “c”, da CF/88) está sujeita, para que seu recurso seja admitido, ao cumprimento de uma série de exigências quanto à confrontação fático-jurídica entre o julgado recorrido e o paradigma (art. 1029, §1º, da Lei n. 13.105/2015 – NCPC<sup>38</sup> e art. 255 do Regimento Interno do STJ),<sup>39</sup> o órgão judicial não poderá, simplesmente, ao aplicar um determinado precedente a um caso concreto, limitar-se a indicar o número do processo de onde o precedente foi extraído ou a transcrever a sua ementa. Muito menos imaginar que, ao assim agir, estaria promovendo justiça.<sup>40</sup>

Ainda mais comum é a utilização de enunciado de súmula vinculante (que constitui texto normativo que contempla a especificação da *ratio decidendi* de precedentes reiterados em matéria constitucional) como se de texto de lei se tratasse, olvidando-se que a sua criação não se faz dissociada de casos concretos, detentores de substratos fáticos que hão de ser considerados na aplicação do enunciado sumular.

A “ementocracia” e a excessiva abstrativização da súmula vinculante são indícios de desvirtuamento da utilização dos precedentes, impulsionados pela configuração teórico-dedutiva e racional do pensamento do jurista brasileiro (e, de uma forma geral, dos juristas de países associados à tradição da *civil law*).

Outro fator que obstaculiza a estruturação de um sistema de precedentes no país concerne à importância e ao respeito que se deveriam atribuir aos precedentes emanados dos Tribunais Superiores – e que, na prática, estão muito aquém do que se exige de um sistema que pretenda conferir tamanho grau de eficácia aos seus precedentes.

A constante alteração de posicionamento levada a efeito pelo STJ e pelo STF, por exemplo, testifica a falta de observância aos precedentes da própria Corte por seus integrantes. Mais grave, por vezes as decisões emanadas dos Tribunais Estaduais e Federais afrontam jurisprudência consolidada da(s) Corte(s) Superiores sem a devida fundamentação, que exigiria, logicamente, a demonstração, pela utilização da técnica do *distinguishing*, de que o precedente não deve ser aplicado ao caso concreto.

<sup>38</sup> Art. 541, parágrafo único, do CPC/73.

<sup>39</sup> Dentre elas, destaque-se a apresentação de um cotejo analítico entre o julgado paradigma (precedente) e o julgado recorrido, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

<sup>40</sup> É importante ter em mente que o precedente não deve ser visto como “técnica de aceleração do julgamento dos recursos”, mas, sim, como fonte de direito (NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 227).

Cria-se, pois, uma situação paradoxal, na medida em que o ordenamento jurídico pátrio, ao mesmo tempo em que confere progressiva eficácia aos precedentes judiciais, convive com a desconsideração desmotivada de precedentes emanados de Cortes às quais a Constituição Federal conferiu os papéis de uniformização da interpretação das normas constitucionais (STF) e infraconstitucionais (STJ, em particular). A teoria do *stare decisis* (vinculatividade horizontal e vertical dos precedentes), arraigado na tradição da *common law*, não encontra no Brasil similar projeção.

Há, decerto, uma razão histórica para essa constatação, profundamente associada às origens coloniais brasileiras. Na visão clássica da tradição da *civil law* (especialmente aquela colhida a partir do direito Francês pós-revolucionário), perpassada ao direito brasileiro por influência portuguesa, o padrão de certeza e de previsibilidade do ordenamento jurídico reside na lei; a igualdade perante as decisões judiciais é tema sem repercussão se comparado à igualdade perante a lei. O juiz era visto como mero aplicador da lei, limitando-se a declarar uma norma preexistente, que se confundia com o texto legal. Logo, não haveria sentido, nessa conjuntura, em se falar acerca de força de precedente ou em precedente vinculante.

É o reconhecimento da tarefa de interpretação judicial a premissa para que a igualdade perante as decisões judiciais passasse a ganhar relevo. Somente quando se dissociou texto de norma jurídica é que se atentou para o papel do juiz na construção do direito. Sendo o texto normativo dotado de uma plurivocidade semântica, o precedente passa a servir de norte para a identificação da norma jurídica aplicável. Daí se falar que há um deslocamento do eixo de previsibilidade do direito da lei para a decisão judicial, sobretudo à vista dos textos abertos, que demandam concretização judicial, e do neoconstitucionalismo, que exige que os textos legais sejam interpretados à luz da Constituição.

A percepção dessa mudança de eixo não é, porém, simples. As bases culturais profundamente arraigadas quanto ao modo de pensar o direito e a segurança jurídica repudiam a constatação de que o juiz pode ser criador do direito e que, portanto, as decisões judiciais são autênticas fontes formais do direito. Sem a consciência dessas circunstâncias, o sistema de precedentes, importado de modo desestruturado, não logra funcionar senão de modo defeituoso. Referidos defeitos conduzem, como consequência, à violação de princípios constitucionais, tais como os do devido processo legal (ou devido processo constitucional de produção das decisões judiciais), da segurança jurídica e da igualdade, além de se constituírem em óbices ao desenvolvimento de uma teoria dos precedentes capaz de se coadunar com a multifacetária e multicultural realidade social brasileira.

## 4 O EQUILÍBRIO ENTRE IGUALDADE E DIFERENÇA: DESAFIO POSTO AO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE MULTICULTURAL

### 4.1 O MULTICULTURALISMO COMO REALIDADE

O multiculturalismo é termo cunhado no Século XX, mais precisamente em 1965, no Canadá, “para descrever uma forma específica de se lidar com a questão da diversidade cultural”. Cuida-se de uma postura teórica cujo ponto central atrela-se ao apoio à diversidade dentro da unidade social.<sup>41</sup>

Trata-se de termo polissêmico, ao qual são atribuídos diversos significados, tanto descritivos quanto normativo. Andrew Heywood aponta que o termo pode ser descritivamente utilizado como referente à “diversidade cultural que surge da convivência em sociedade de um ou mais grupos cujas crenças e práticas geram um sentimento próprio de identidade coletiva”, ou seja, às diferenças de raça, de idiomas e étnicas de uma sociedade. Em outro sentido descritivo, vincula-se às “respostas governamentais a essa diversidade dentro da comunidade”, seja sob a forma de políticas públicas, seja sob a forma de projetos institucionais, em que se busca moldar a própria máquina estatal a questões atinentes à diversidade cultural.<sup>42</sup>

Do ponto de vista normativo, o termo multiculturalismo evidencia, para Heywood, uma “aprovação à diversidade dentro da comunidade, até mesmo uma celebração dela, em geral com base no direito de diferentes grupos culturais ao respeito e ao reconhecimento, ou nos supostos benefícios da diversidade moral e cultural para a sociedade como um todo”.<sup>43</sup> De todo modo, Heywood ***não caracteriza o multiculturalismo propriamente como uma ideologia, mas como um “espaço ideológico”, ou seja, uma arena de discussão sobre a diversidade e seu equilíbrio com a unidade cívica.***<sup>44</sup>

Como temas principais do multiculturalismo, Heywood<sup>45</sup> aponta os seguintes: a) pós-colonialismo; b) cultura e identidade; c) direitos das minorias e; d) diversidade. O cerne do pós-colonialismo consiste na contestação e subversão da visão de mundo eurocêntrica, demonstrando a existência de outras formas de pensar dela distintas. A relação entre cultura e identidade decorre do fato de ser o multiculturalismo uma forma de política identitária. No particular, a cultura é base para o reconhecimento público dessa identidade particular de um determinado grupo social. Busca-se a convivência

<sup>41</sup> HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do feminismo ao multiculturalismo*. Tradução: Janaína Marcoantônio e Mariane Janikian. São Paulo: Ática, 2010. p. 95.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 98-106.

harmônica entre diferentes grupos sociais, com reconhecimento mútuo e respeito à diversidade.<sup>46</sup>

Os direitos das minorias abrangem os direitos de autogoverno (delegação de poder político a certas minorias nacionais, de que Heywood cita como exemplo os povos aborígenes, na Austrália), direitos poliétnicos (direito de “expressar e preservar suas características culturais”) e direitos de representação (discriminação positiva, a exemplo do que ocorre com determinadas políticas públicas de inclusão social, tais como as cotas em universidades).

A diversidade, afirma Heywood, é vista pelo multiculturalismo como elemento que contribui para a higidez do sistema social, à semelhança do que ocorre com o ecossistema, que se beneficia da biodiversidade. Essa diversidade promove o intercâmbio cultural e, assim, estimula a tolerância e o respeito à diferença.

Não serão tratados neste trabalho, porque desbordantes de seus limites, os modelos de multiculturalismo e as críticas a ele dirigidas. Busca-se, ao revés, demonstrar que o Brasil é uma sociedade multicultural e que, nesse contexto, “a diferença é antes de tudo uma realidade concreta, um processo humano e social, que os homens empregam em suas práticas cotidianas e encontra-se inserida no processo histórico”.<sup>47</sup>

A diversidade cultural está presente no Brasil desde o momento de seu descobrimento, circunstância que, aliás, é apontada como fator crucial para a formação da psicologia do povo brasileiro. Segundo Emmanoel Fenelon Saraiva, “a psicologia do povo que viria a habitar esse novo mundo era também uma realidade inédita, resultante não apenas do especial contexto histórico, mas também da mistura de etnias. Índios, negros e brancos viriam a formar um povo com psicologia própria e inovadora”.<sup>48</sup>

Decerto que as circunstâncias históricas decorrentes desse entrelaçamento cultural<sup>49</sup> contribuíram para que a personalidade do brasileiro esteja fortemente carregada das funções de sentimento e intuição, típicas do “homem cordial” a que se refere Sérgio Buarque de Holanda. Esse “homem cordial”, capaz de conciliar as consciências patriarcal e matriarcal, possui um forte senso de alteridade<sup>50</sup> e convive com as diferenças de um modo mais natural do que se verifica em outras civilizações.

<sup>46</sup> O alcance desse objetivo correlaciona-se diretamente à sobrelevação da posição dialética de alteridade em detrimento de posições polarizadas matriarcal e patriarcal defensivas. Como afirma Byington, “o sistema político que expressa a posição dialética de alteridade é a democracia” (BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação*. São Paulo: Linear B, 2008. p. 267).

<sup>47</sup> SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução Laureano Pelegrin. Bauru, SP: EDUSC, 1999. p. 11.

<sup>48</sup> SARAIVA, Emmanoel Fenelon. *Dom Pedro II e a psicologia da identidade brasileira*. Brasília: Centro Hinterlândia, 2013. p. 16.

<sup>49</sup> Os filhos de pais portugueses e mães indígenas, por exemplo, não eram reconhecidos por seus pais e nem admitidos em sua cultura. Embora acolhidos por suas mães, tampouco eram integralmente inseridos na cultura indígena. Surgiam, pois, como verdadeiros “párias sociais”, desenvolvendo, ao longo da história, forte complexo de inferioridade e de menos-valia, a que Nelson Rodrigues intitulou de “complexo de vira-lata” (SARAIVA, Emmanoel Fenelon. *Dom Pedro II e a psicologia da identidade brasileira*. Brasília: Centro Hinterlândia, 2013. p. 16-17).

<sup>50</sup> SARAIVA, *op. cit.*, p. 18, 115.

Questiona Emmanoel Fenelon Saraiva se a contribuição do “homem cordial” seria a criação de uma sociedade fundada na alteridade.<sup>51</sup> Trata-se de pergunta à qual o autor não confere resposta. A despeito disso, pode-se afirmar que a diversidade cultural ínsita ao povo brasileiro desde as suas origens é fator que torna menos complexa (embora não elimine essa complexidade) a convivência com a diversidade e a busca de respeito pelas diferenças.

Essa particular psicologia brasileira e a estruturação do Brasil como um Estado Democrático de Direito (sistema político capaz de expressar a posição dialética de alteridade) são fatores que, conjugados, possibilitam o desabrochar de um pensamento multicultural no país, que deve permear, inclusive, a atuação estatal e, pois, do Poder Judiciário.

Volvendo à temática dos precedentes judiciais, o desafio, no particular, é conseguir conciliar a perspectiva multicultural (e seu apreço à diversidade e ao respeito à diferença) com a concretização do princípio da igualdade, que conduz – especialmente se feita de forma indiscriminada – ao caminho oposto: o da universalização. Ou seja: no quadro de um Judiciário que se vê às voltas com a progressiva atribuição de eficácia aos precedentes judiciais pelo sistema pátrio, com o apelo à igualdade e com o exponencial crescimento das demandas de massa, como impedir que esse movimento claramente voltado à uniformização das decisões judiciais aniquile o respeito à diversidade?

#### 4.2 SISTEMA DE PRECEDENTES: SOMA VETORIAL ENTRE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E RESPEITO À DIFERENÇA

Luiz Guilherme Marinoni alude à relação inexorável existente entre precedente e igualdade.<sup>52</sup> Fá-lo destacando que o Judiciário brasileiro, na qualidade de órgão exercente de poder no âmbito de um Estado Democrático de Direito, também sofre a incidência do princípio da igualdade. No entanto, o que se denomina de igualdade perante a jurisdição não é compreendido em sua inteireza por aquela função estatal, na medida em que, não obstante sejam, em geral, respeitadas a igualdade das partes no processo (tratamento igualitário, paridade de armas, dentre outros aspectos) e a igualdade ao processo (igualdade de acesso à jurisdição – de que é exemplo a assistência judiciária gratuita para os que dela dependam –, igualdade procedimental e igualdade de técnicas processuais), pouca importância é dada à igualdade perante as decisões judiciais.<sup>53</sup>

Marinoni salienta que o exercício da jurisdição é legitimado pelo conteúdo da decisão, no sentido de que deve haver, dentro do possível, uma linearidade nas decisões judiciais, tratando-se igualmente os casos similares

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 140-166.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 141-144.

(*treat like cases alike*) e respeitando-se os posicionamentos precedentes e aqueles emanados de cortes superiores.

Por certo que o respeito aos precedentes há de ser levado a efeito de modo racional e crítico. Um precedente não pode ser tomado em total abstração e em dissonância, pois, com as particularidades do caso no qual se pretende aplicá-lo. Não por outra razão, países integrantes da tradição da *common law* valem-se da técnica do *distinguishing*, fazendo a confrontação entre a base fática do caso concreto e os fatos de relevo que conduziram à criação do precedente, de modo que este somente será aplicável ao feito *sub judice* acaso seja evidenciada uma similitude entre os fatos do caso e os do precedente que justifique tal aplicação. Torna-se possível, assim, a realização da isonomia substancial sem prejuízo do respeito aos precedentes judiciais.<sup>54</sup>

A correlação entre precedente e igualdade, tomando-se o princípio da igualdade como um dos que fundamentam um sistema de respeito aos precedentes, conduz a uma tendência de uniformidade do ordenamento jurídico. A igualdade é um vetor de uniformização das decisões judiciais. A máxima *treat like cases alike*, de fato, determina que casos iguais recebam o mesmo tratamento jurisdicional, a mesma solução. Mas, afinal, quando dois casos podem ser considerados iguais? Referida máxima da *common law* é, em si, tautológica.

Estribando-se o vetor de uniformização das decisões judiciais – a igualdade – em uma tautologia, não lhe sendo preenchido o conteúdo essencial, pouca ou nenhuma utilidade lhe pode ser conferida na estruturação de um sistema de precedentes brasileiro. A invocação da igualdade apenas como a necessidade de se tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual na medida em que se desigualem pouco ou em nada contribui para o alcance de uma decisão judicial justa. É preciso que sejam delimitados os critérios para que situações fáticas possam ser aproximadas ou afastadas; para que se harmonize, enfim, a tendência universalizante e a busca do direito à diferença, do respeito à diversidade, tão prezada pelo pensamento multicultural.

Humberto Ávila define a igualdade como sendo a “relação ente dois ou mais sujeitos, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s), que serve(m) de instrumento para a realização de determinada finalidade”.<sup>55</sup> O autor procura, em sua obra, definir os elementos estruturais da igualdade, afirmando que pressupõe ela uma relação entre sujeitos. A comparação a ser empreendida entre os sujeitos deve objetivar o alcance de uma finalidade, de um estado de fato a ser atingido. Essa finalidade deve estar prevista na Constituição e deve ser indicada de modo claro, coerente e expresso.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 195-196.

<sup>55</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.42. As considerações que serão a seguir apresentadas estão explicitadas às p. 42-73 da obra do autor.

Além disso, Ávila destaca a necessidade de se identificar uma medida de comparação para avaliar essa relação. Referida medida de comparação deve estar vinculada à realidade (não podendo ser contrária à natureza das coisas), deve ser pertinente e relevante à finalidade que justifica a sua utilização e consentânea com a Constituição.

E, por fim, o cotejo a ser realizado tomará por base um elemento indicativo da medida de comparação, o qual deve ter relação fundada e conjugada com a medida de comparação. Dir-se-á que a relação entre ambos é fundada quando há uma correspondência estatística entre o elemento indicativo e a medida de comparação. A relação é, a seu turno, conjugada quando o elemento indicativo for o mais significativo dentre os elementos indicativos existentes e vinculados à medida de comparação. Esta segunda regra veda que um elemento indicativo da medida de comparação seja o escolhido quando houver outro mais próximo nesse sentido (mais significativo).

Ávila apresenta como exemplo o exercício de concretização do princípio da igualdade no que tange ao direito de votar. Tomando-se por base a necessidade de se promover uma diferenciação entre pessoas, a fim de identificar quais dentre elas poderão exercer o direito ao voto, Ávila destaca ser a finalidade subjacente a tal distinção a necessidade de se promover a participação democrática. A medida de comparação identificada, nesse contexto, é a capacidade de discernimento ou julgamento.

Sucedendo que, para verificar a capacidade de discernimento ou julgamento, vários critérios podem ser utilizados, tais como a idade, a educação e a renda. Todos esses critérios têm relação fundada com a medida de comparação. Dentre eles, porém, a idade é a que tem a melhor relação conjugada (elemento indicativo mais significativo dentre todos, aquele em que a relação é mais próxima – quanto maior a idade, estatisticamente, maior a capacidade de discernimento ou julgamento).

Tais critérios apresentados por Humberto Ávila contribuem, pois, para uma maior objetivação na utilização do princípio da igualdade no julgamento de casos concretos. Ao juiz caberá não apenas justificar a aplicação de uma solução a um caso concreto invocando, de modo lacônico e abstrato, o princípio em comento; antes, deverá, a fim de promover uma motivação adequada de seu julgado, indicar quais foram a finalidade, a medida de comparação e o elemento indicativo da medida de comparação considerados em sua decisão ao relacionar situações vivenciadas por pessoas diferentes, dando concretude à igualação ou desigualação promovida.

O sistema de precedentes em construção no Brasil deve, portanto, servir como uma verdadeira soma vetorial entre a concretização do princípio da igualdade (com tendência universalizante) e o respeito à diferença (com tendência individualizadora), promovendo o equilíbrio entre ambos. Essa soma vetorial deve representar um equilíbrio geral entre as forças contra-



postas, muito embora, em cada caso concreto, deva prevalecer a igualdade ou a diversidade, como resultado do confronto entre essas duas realidades.

#### 4.3 ESBOÇO DE SOLUÇÃO PARA O EQUILÍBRIO BUSCADO: DIREITO À DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING* COMO DIREITO SUBJETIVO DA PARTE)

A tendência de uniformidade e estabilidade das decisões judiciais, abraçada pela doutrina dos precedentes, configura-se como vetor que, dada a sua pungente força, pode conduzir, se utilizado sem critério, a um aniquilamento, em certos casos, do direito da parte ao acesso à ordem jurídica justa (corolário do acesso à justiça). Diz-se isso na medida em que poderá o demandante ver aplicado ao seu caso concreto um determinado precedente que com ele não se coaduna, simplesmente porque não realizada a confrontação entre o substrato fático que embasou o precedente e aquele que subjaz à sua pretensão.

No sistema de *case law* norte-americano, tomado como paradigma para importação de institutos relacionados à teoria dos precedentes pelo direito brasileiro, adota-se a figura do *distinguish* (ou *distinguishing*), que consiste em uma técnica de confronto do suporte fático precedente com o da demanda a ser julgada, cujo resultado poderá: a) conduzir à aplicação do precedente no caso concreto, se as eventuais dessemelhanças entre os casos confrontados não forem consideradas relevantes o suficiente para o afastamento daquele (*ampliative distinguishing*), ou; b) impedir a aplicação do precedente, acaso as divergências fáticas entre os elementos contrastados apresentem grau de importância capaz de afastar a incidência daquele (*restrictive distinguishing*).<sup>56</sup>

Por *distinguishing* (distinção) se entende não apenas o método de confronto entre o precedente e o caso concreto, como, também, o resultado desse confronto, quando constada diferença entre os elementos comparados.

No Código de Processo Civil de 1973, não há referência expressa ao *distinguishing*. Já a Lei n. 13.105/2015, que veicula o Novo Código de Processo Civil aprovado, prevê, no art. 489, §1º, o dever de motivação das decisões judiciais, reputando não fundamentadas, dentre outras, as que invoquem precedente ou enunciado de súmula sem fazer a demonstração de que o caso concreto se ajusta aos seus fundamentos e, ainda, aquelas que deixem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso a ser julgado ou superação do entendimento.

<sup>56</sup> Raimo Siltala afirma que “the use of analogy [que, no seu texto, corresponde ao quanto denominado neste trabalho como *ampliative distinguishing*] and *distinguishing* are the two sides of a same coin: resort to analogy signifies a disregard of any fact-based dissimilarities between the two cases which, in contrast, would have gained relevance, if the technique of *distinguishing* had instead been adopted by the court” (SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Portland Organ, 2000. p. 94).

A Constituição Federal de 1988 prevê um direito fundamental à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88), intrinsecamente relacionado com o direito de acesso à justiça, haja vista que a fundamentação é garantia contra a atuação arbitrária dos juízes.<sup>57</sup> A motivação que envolva a aplicação/exclusão de um precedente a um caso concreto não pode prescindir, por seu turno, do prévio confronto entre ambos.

É possível, pois, dividir-se, no contexto da teoria dos precedentes no direito brasileiro e à luz da concretização do devido processo constitucional de produção da decisão judicial, um verdadeiro direito subjetivo à distinção, de cunho prestacional, titularizado pela parte e tendo por sujeito passivo o órgão julgador.

O conteúdo jurídico do direito subjetivo ao *distinguishing* contempla a imposição de deveres ao magistrado, dentre eles podendo-se destacar: a) o dever de consulta às partes antes de se definir o precedente a ser utilizado em um dado caso concreto, possibilitando-lhes, à semelhança com o tratamento atualmente dado à fixação dos pontos controvertidos no processo civil pátrio, a discussão quanto aos fatos relevantes ao julgamento da causa e ao precedente escolhido;<sup>58</sup> b) a necessidade de fundamentação quanto à escolha do precedente e à sua aplicação ao caso concreto; c) a necessidade de fundamentação quanto à exclusão da aplicação do precedente no caso concreto.

O reconhecimento do direito à distinção (cujo conteúdo, como visto, não se exaure na motivação das decisões judiciais, embora esteja com esta intrinsecamente relacionado) conduz à imperiosidade de que sejam pensados mecanismos aptos a concretizá-lo de modo razoável (apuro técnico do *distinguishing*-método, com a previsão de incidente processual para a sua realização, por exemplo), sob pena de que seu uso excessivo acabe por “comprometer a autoridade inerente à teoria dos precedentes, comprometendo a sua funcionalidade”.<sup>59</sup>

Fixadas as bases do direito à distinção e o seu *modus operandi* no ordenamento jurídico-processual pátrio, ter-se-á formatado um modelo de aplicação de precedentes judiciais adaptado às peculiaridades do processo civil pátrio. A apresentação de proposições para aplicação do direito à distinção pautase, primordialmente, na ideia de adaptabilidade do procedimento,<sup>60</sup> sobretudo enquanto ainda em vigor estiver o CPC/1973, sem olvidar, entretanto, o exame crítico do regramento processual previsto no Novo CPC (Lei n. 13.105/2015).

<sup>57</sup> Sobre a profunda relação existente entre a fundamentação das decisões judiciais e o acesso à justiça, ver: SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011. p. 287-313.

<sup>58</sup> Até porque “não é toda distinção que justifica o *distinguishing*. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais” (ROSITO, op. cit., p. 302).

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 303.

<sup>60</sup> Sobre a ampla possibilidade de adequação e de adaptabilidade procedimentais, ver: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Gênesis: revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 21, p. 530-541, jul./set. 2001.

Defende-se neste trabalho, portanto, o direito à distinção (e todo o seu conteúdo jurídico) como elemento capaz de compatibilizar duas tendências vetorialmente opostas: a tendência de uniformização das decisões judiciais, abraçada pela atribuição de eficácia aos precedentes judiciais no Brasil, e a tendência individualizadora, extraível do direito de acesso à ordem jurídica justa.

As reflexões hauridas do multiculturalismo deverão servir como parâmetros para a confrontação entre o precedente e o caso concreto, quando as temáticas multiculturalissem fizerem relevantes ao deslinde da questão judicializada. É o que se observa, por exemplo, na definição de conflitos de competência entre juízes de direito e juízes federais que têm como pano de fundo questões envolvendo direitos indígenas.

Ou seja: se um determinado índio é vítima de crime, é preciso verificar se o ato ilícito praticado macula a proteção dispensada genericamente aos seres humanos, seu patrimônio e outros bens jurídicos tutelados pela esfera penal ou se, ao revés, a proteção jurídica dirige-se à comunidade indígena enquanto grupo social que detém o direito de ver a sua diversidade cultural respeitada.

Essa temática foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Conflito de Competência n. 56.438, que buscou definir o juízo competente para processar e julgar pedido de busca e apreensão formulado pelo Ministério Público, em procedimento no qual é investigada a prática de crime de estelionato de que índios foram vítimas. A discussão girou em torno de se definir se a questão afetaria interesse individual ou do grupo indígena. Aplicar-se-ia, ao caso, o enunciado sumular n. 140 do STJ, segundo o qual “compete à justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima” ou os precedentes que deram ensejo a tal enunciado sumular seriam afastados por *distinguishing* diante das peculiaridades do caso concreto?

Valendo-se de análise que levou em consideração argumentos extraídos do pensamento multicultural, o Ministro Relator Felix Fischer reforçou a aplicação do enunciado sumular, reconhecendo como competente o juízo estadual. Por sua pertinência ao tema ora examinado, cumpre trazer à baila trecho da fundamentação da decisão monocrática em exame:

“Por esgotar a *quaestio*, adoto, com razão de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, *in verbis*:

‘A sua solução precisa ser situada na perspectiva que se instaura com a Constituição de 1988, que nitidamente assume o caráter pluriétnico e multicultural da nação brasileira, ao mesmo tempo em que assegura o respeito e proteção às diferenças daí decorrentes.

A reconfiguração da idéia de nação – ainda que única, plural – repercute inegavelmente na questão da competência, pois, havendo ameaça a esse modo particular de

vida que se assegura aos povos indígenas, há evidente interesse da União em intervir para restabelecer o pacto de convivência entre os diversos segmentos étnicos que formam a sociedade nacional.

Assim, equivocam-se aqueles que supõem que o dispositivo estaria a alcançar apenas direitos territoriais, pois os direitos indígenas não podem ser reduzidos a apenas essa dimensão.

A questão territorial é apenas mais um elemento caracterizador desta identidade diferenciada, que, todavia, àquela não se reduz.

De outro giro, ao estabelecer o art. 231 da CF a competência da União para demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e proteger e fazer respeitar todos os seus bens, resulta inegável que a proteção alcança os bens de natureza imaterial que se encontram dentro dos limites deste território.

Ademais, não parece razoável que a norma de competência esteja restrita às hipóteses de disputas coletivas. A relação indivíduo/grupo dá-se num de nível de complementariedade/polaridade, onde ambos os termos, apesar de não se identificarem e possuírem estatuto próprio, requerem um ao outro para a compreensão de cada qual. Assim, é o indivíduo índio que se compreende como tal porque inserido no seio daquela comunidade específica, e é a comunidade que se distingue das demais a partir dos próprios membros que a constituem.

Não há, portanto, como se pretender hermenêutica da norma de competência que a tenha como incidente apenas na hipótese de direitos coletivos, quando a distinção indivíduo/coletividade postula níveis diversos de compreensão, que não se resolvem em classificações rigorosas do tipo singular/plural.

A centralidade da questão da competência, a nosso ver, está exatamente nessa perspectiva da pluralidade étnica e cultural. Se há ameaça a esse elemento, a competência é da justiça federal. Se não, da justiça estadual.

No caso, ao que tudo indica, trata-se de um estelionato que sequer teve em vista a condição de índio das vítimas. O fato de o possível crime ter sido praticado em área indígena é irrelevante, se não configurada situação de ameaça à existência física e/ou cultural do grupo”.

As questões versadas pela temática multicultural e o enfoque a elas conferido reverberam largamente na atuação jurisdicional, servindo como fundamento para a relativização de direitos e de princípios (a exemplo da ponderação entre liberdade de expressão e práticas discriminatórias anti-semitas,

questão versada no julgamento do HC 82424 levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal), para o preenchimento de cláusulas abertas e como elemento integrante do processo de construção das normas jurídicas a partir de textos legais.

O desenvolvimento do direito à distinção no ordenamento jurídico brasileiro é fator que contribuirá substancialmente para promover o equilíbrio entre os vetores de uniformização e de individualização tratados neste artigo, promovendo o respeito à diversidade cultural sem que se perca a necessária unidade social e minorando os efeitos deletérios de igualações e desigualações feitas de modo arbitrário pelo Poder Judiciário, em franco desrespeito ao direito de acesso às decisões judiciais justas, titularizado por todo aquele que se socorre do Poder Judiciário na busca da tutela de seus direitos.

## 5 CONCLUSÃO

O desafio posto ao direito brasileiro, na estruturação de um sistema de precedentes compatível com a sua realidade cultural, perpassa pela necessidade de reconhecimento da existência de dois fatores contrapostos que devem ser considerados nessa tarefa. O primeiro deles concerne à concretização do direito à igualdade, à vista de ser esse princípio um dos fundamentos do sistema a ser organizado.

O segundo consiste na imperiosidade de respeito à diversidade, à diferença, pressupondo o reconhecimento do Brasil como uma sociedade multicultural e democrática, premissas que impedem qualquer pensamento igualitário que implique em aniquilamento ou desconsideração das particularidades culturais dos diferentes grupos integrantes da sociedade brasileira, especialmente os minoritários.

Sendo inegável a crescente eficácia que vem sendo atribuída aos precedentes no Brasil, o seu uso racional e juridicamente legitimado não pode ser feito com desconsideração à necessidade de sistematização dos institutos a ele referentes, evitando-se a utilização arbitrária e indiscriminada dos precedentes pelo Judiciário. Especialmente, não se delinear instrumentos capazes de equilibrar a concretização da igualdade e o respeito à diferença, aplicando ou afastando a aplicação de precedentes conforme o caso.

Um importante vetor de harmonização dessas tendências pode ser desenvolvido a partir da qualificação do *distinguishing* não apenas como um método de confronto e aplicação de precedentes judiciais, mas, sobretudo, como um direito subjetivo da parte, de cunho prestacional e cujo sujeito passivo é o julgador, sendo extraível da cláusula geral do devido processo legal (devido processo constitucional de produção das decisões judiciais). Seu conteúdo deve ser cuidadosamente construído, dele não podendo estar ausentes, no entanto, considerações como a necessidade de o juiz consultar

previamente as partes antes de definir o precedente a ser utilizado em um caso concreto, a necessidade de fundamentação específica quanto à escolha do precedente e à sua aplicação ou não ao caso concreto.

A qualificação do *distinguishing* como direito deve se fazer acompanhar da estruturação de mecanismos que permitam concretizá-lo adequadamente (ou seja, que ele se efetive com respeito ao contraditório e à ampla defesa, ao devido processo legal). Corretamente delineado, o instituto servirá como importante instrumento para se enfrentar o desafio de harmonização posto: equilibrar igualdade e diferença no contexto da multicultural sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

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

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação*. São Paulo: Linear B, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programa di riforma e come método di pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, v. 37, 1982.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

D'AMICO, Pietro. *Common law*. Torino/Italia: G. Giappichelli Editore, 2005.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 1.

\_\_\_\_\_. et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v.2.

\_\_\_\_\_. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Gênesis: revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 21, p. 530-541, jul./set. 2001.

GOODHART, A. L. The ratio decidendi of a case. *The modern law review*, v. 22, n. 2, mar. 1959.

HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do feminismo ao multiculturalismo*. Tradução Janaína Marcoantônio e Mariane Janikian. São Paulo: Ática, 2010.

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

LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACHADO FILHO, Sebastião. O sistema da *common law*. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, Faculdade de Direito, n. 4, p. 19-84 ago./dez. 1997.

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

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

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

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

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Staredecisisset non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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



SARAIVA, Emmanoel Fenelon. *Dom Pedro II e a psicologia da identidade brasileira*. Brasília: Centro Hinterlândia, 2013.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução Laureano Pelegrin. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Portland Organ, 2000.

SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. À guisa de prefácio. In: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction*. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894.

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