

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL

RICARDO CHAMON RIBEIRO II

**O *DISTINGUISHING* NO MODELO DE PRECEDENTES  
NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES**

VITÓRIA  
2019

RICARDO CHAMON RIBEIRO II

**O *DISTINGUISHING* NO MODELO DE PRECEDENTES  
NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior.

Linha de Pesquisa: Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

VITÓRIA  
2019

RICARDO CHAMON RIBEIRO II

**O *DISTINGUISHING* NO MODELO DE PRECEDENTES  
NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Aprovada em: 21 de junho de 2019.

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

---

**Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. (Orientador)**  
Universidade Federal do Espírito Santo  
(UFES)

---

**Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues (membro interno)**  
Universidade Federal do Espírito Santo  
(UFES)

---

**Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura (membro externo)**  
Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

---

**Prof. Dr. Lucas Buril de Macêdo Barros (membro convidado)**  
Universidade de São Paulo (USP)

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

---

R484d Ribeiro II, Ricardo Chamon, 1984-  
O distinguishing no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes / Ricardo Chamon Ribeiro II. - 2019. 271 f.

Orientador: Hermes Zaneti Júnior.  
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Processo civil. 2. Precedentes judiciais. 3. Direito - Filosofia. 4. Hermenêutica (Direito). 5. Jurisprudência. 6. Analogia. I. Zaneti Júnior, Hermes. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

---

*Aos meus pais, Ricardo e Maraci.  
À minha amada esposa, Isabela.  
À nossa filha Ana, presente que o Senhor nos deu.*

## AGRADECIMENTOS

Que poderia dizer que, ao final desses dois anos e meio, pudesse traduzir os sentimentos que borbulham o interior? Quantos livros seriam necessários para conter as experiências e expressar, em palavras, a gratidão de agora? Lembro, como se hoje fosse, da notícia, recebida com o telefonema da Adriele, de que meu projeto de pesquisa havia sido aprovado e, enfim, eu ingressaria no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Um sonho, começando a se realizar. Ainda sinto o peso do invencível sentimento de mora em relação às leituras semanais, lembro da deliciosa angústia na preparação dos seminários, de tantas vezes pensar que não daria certo e do alívio de, ao desabafar, descobrir que os companheiros sentiam o mesmo. Finalizo um período sem nenhum par, de muitas lutas e incríveis vitórias, de concretizações além das mais ousadas expectativas. Dias de pressão, mas de resultados, em que recorrentemente tivemos que nos reinventar, disciplinar, estudar, estudar e estudar. Foi um tempo de muitas superações e, hoje, ao olhar pra trás, não restam dúvidas de que há muito a agradecer.

Em primeiro lugar, Ao que é Autor e Consumador da minha fé. Não agradeço a um deus desconhecido, nem ao que ocupa um lugar meramente protocolar nos “agradecimentos” de manuais de conclusão. Minha gratidão é primeira e toda do Senhor Jesus, Rocha minha e Libertador meu. Deus cuja Palavra sustenta todo o universo e, ainda assim, se atentou para minha insignificância. Meu Amigo, meu Guia, Socorro bem presente na angústia. Sem Ele, não teria nem ingressado, muito menos concluído o mestrado. Todo meu amor, minha força, minha alma e meu serviço são dEle. Gratidão, glória e honra Àquele que vive eternamente.

À Isabela, minha amada esposa. Qualquer pretensão de descrevê-la aqui seria um reducionismo inaceitável. Depois da salvação, Isabela foi o maior presente que Deus me deu. Uma mulher, além de linda, temente a Deus, sábia, inteligente e, ao mesmo tempo, doce, meiga, delicada. À que me compreende, sem que eu explique. Sua diária demonstração de amor me fortalece. Minha gratidão e amor, por cuidar tão bem de mim, da nossa casa, do nosso casamento e, agora, por Ana.

O curso do mestrado teve uma pitada ainda mais especial com a chegada de Ana. Também recordo-me como se fosse hoje quando, no meio de um acirrado debate acadêmico entre os professores Zaneti Jr., Ricardo Gueiros e Tárek Moussalém, no EDV, recebi uma mensagem

de Isabela pedindo que fosse lhe encontrar no médico, razão que me obrigou a deixar o evento antes do fim. Seria, aquela, nossa primeira ultrassonografia, confirmando que, em breve, nossa Passarinha chegaria. Um forte motivo para agradecer...

Aos meus pais, Ricardo Chamon e Maraci Delunardo, pela boa condução, pelo amor e valores legados. Sempre, meus melhores e mais sinceros conselhos e a mais inusitada compreensão. Cada um à sua moda, são meus primeiros e mais influentes professores; também não teria conseguido sem vocês. Muito obrigado.

À Cláudia Corassa, pelo carinho, conversas e almoços compartilhados. Aos meus irmãos, Cláudio e Bernardo Chamon, que não me amaram menos, mesmo me vendo tão pouco nas reuniões de família, nesse período. À minha sogra, Norma, pela dedicação e fidelidade.

Agradeço à igreja, aos irmãos de fé, pelas batalhas travadas em orações; sem o Corpo, nada disso teria sido possível. Aos amigos e parceiros de trabalho, em especial, aos que compartilham a rotina diária, Lucas Prates, Nathielle Zanelato, Layza de Souza e Áquila Luz pela compreensão, apoio, sem o que, não conseguiria conciliar compromissos profissionais e acadêmicos. Meus sinceros agradecimentos.

Na Academia, como não poderia deixar de ser, meu primeiro e maior agradecimento é ao professor Hermes Zaneti Jr.. Nesses quase três anos, Zaneti foi, mais que um orientador, um pai intelectual. Como todo pai, há dias de afago e outros de correção e, como filhos, nem sempre compreendemos todos os propósitos, mas agora percebo quão valiosos foram e agradeço cada aperto, cada orientação, cada milha a mais que me instou a caminhar. Ainda na primeira semana do mestrado, o professor me advertiu que, embora ainda não compreendesse ainda, depois eu conseguiria perceber quantos benefícios seu método me proporcionaria. De fato, percebo como foram valiosos os compromissos, as cobranças, as reuniões, monitorias, revisões e...*churrasclasses*. Conviver com o professor Zaneti foi um grande privilégio, e sou muito grato por isso.

Também não posso deixar de expressar minha admiração por todos os demais professores afiliados ao Programa. É inestimável a honra de poder beber em tão rica fonte. Muito obrigado pelo excelente serviço que prestam ao meio acadêmico.

Destaque aos professores que compõem a minha Banca; ao professor Marcelo Abelha Rodrigues em quem, além de exímio acadêmico e referência profissional, pude conhecer ser

humano, sensível ao mundo que o cerca; ao professor Geovany Cardoso Jevaux, pelo compromisso e seriedade que dedicou à minha pesquisa e que resultou em arguições tão relevantes no exame de Qualificação.

Agradecimento especial aos professores Lucas Buril de Macêdo Barros e Alexandre de Castro Coura, que, mesmo em meio a tantos compromissos, tão gentilmente aceitaram o convite para compor a Banca final da dissertação, como membros convidado e externo, respectivamente.

Gratidão, também, ao professor Luiz Antônio Soares e à sua amável esposa, Zélia Soares, pelo incentivador apoio do início.

À minha turma, composta por colegas tão seletos e qualificados. Agradeço a cada um, pelo tempo, aflição e vitória compartilhados.

Menção especial, claro, à Instituição. A UFES é mais que uma Universidade, é uma escola de vida. Deixo, agora, seus muros, bem mais preparado do que quando por eles entrei. Agradecimento à Coordenação do Programa, que personifico nos professores Gilberto Fachetti Silvestre e Adriana Pereira Campos, bem como à Secretaria, sempre muito bem representados por Adriele Nascimento e Fernando Nascimento.

Enfim, sou francamente muito grato. Embora feliz pela conclusão de um ciclo, deposito a pesquisa com o peito apertado, pela saudade que já povoa o coração. Mas convicto, também, que não é um fim, senão o início de uma escada que, independentemente de quantos degraus subir, sempre terá um nome, uma referência: PPGDIR/UFES.



“O que foi, isso é o que há de ser; e o que se fez, isso se tornará a fazer; de modo que nada há novo debaixo do sol. Há alguma coisa de que se possa dizer: Vê, isto é novo? Já foi nos séculos passados, que foram antes de nós. Já não há lembrança das coisas que precederam; e das coisas que hão de ser também delas não haverá lembrança, nos que hão de vir depois”  
(Eclesiastes 1:9-11)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BÍBLIA, A. T. Eclesiastes. In BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamentos*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 4 ed. rev. e corrigida no Brasil. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009, p. 560.

## RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 redimensionou o “direito jurisprudencial”, propondo um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes vocacionado a tratar a temática dos precedentes a partir do imperativo de racionalidade. O presente estudo, nesse contexto, busca diferenciar o paradigma inaugurado pelo Código de 2015, demonstrando sua acomodação às conquistas pós-positivistas e, assim, propõe que, se adequadamente dogmatizado, o modelo possui aptidão para sanar as principais disfunções legadas pela vigência passada. Ao contrário do que sugerem algumas objeções, o modelo não tenciona à estagnação do Direito, já que, além de recomendar a identificação esmerada da *ratio decidendi*, garante meios de promoção de *departures* que asseguram tratamento autônomo sempre que o caso recomende, em que pese aparente similitude entre caso-precedente e caso-atual. Sob a exigência de fundamentação analítica e substancial, o núcleo dogmático (art. 926, 927 e 489, §1º) apresenta o *distinguishing* não apenas como meio de defesa da estabilidade, isonomia e segurança jurídica ao jurisdicionado, mas como contributo para o desenvolvimento e oxigenação do próprio Direito, uma vez que a identificação adequada de diferenças fáticas ou jurídicas pode refinar e concretizar os fundamentos determinantes originalmente formados. Neste particular, a pesquisa propõe decompor a técnica em “*distinguishing* declaratório”, como método e resultado de comparação entre os casos e “*distinguishing* constitutivo”, processo argumentativo por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se desenvolve. É necessário, contudo, definir critérios, para evitar a subversão do instituto. A partir da análise de casos já alçados ao crivo do Poder Judiciário e de uma releitura de parte da doutrina relacionada, a pesquisa procura tangenciar parâmetros de legitimidade da aplicação e da distinção, defendendo que o *distinguishing* ilegítimo deve ser, ao máximo, evitado, sob pena de erosão do modelo arrojado. Ao final, após um apanhado sobre as principais ponderações sobre o tema – sobretudo, no tocante ao problema dos *material facts* -, o estudo sugere uma proposição dogmática para tangenciar a aplicação e distinção dos precedentes de forma idônea, procurando inter-relacionar as fases (formação e interpretação), para alcançar, com isso, o equilíbrio entre a fidelidade ao significado originário do precedente e a flexibilização da norma na cadeia de ressignificações posteriores, posta a inerente natureza discursiva do Direito.

**PALAVRAS-CHAVES:** processo – precedentes judiciais – *ratio decidendi* – *material facts* - *distinguishing*

## ABSTRACT

The Civil Procedure Code of 2015 redimensioned "jurisprudential law", proposing a model of formally binding normative precedents aimed to face the issue of precedents from the imperative of rationality. The present study, in this context, seeks to differentiate the paradigm inaugurated by the Code of 2015, demonstrating its accommodation to the post-positivist achievements and, thus, proposes that, if adequately dogmatized, the model has the ability to remedy the main dysfunctions bequeathed by the past validity. Contrary to what some objections suggest, the model does not intend to stagnate the Law, since, besides recommending the clear identification of the *ratio decidendi*, it ensures means of promotion of departures that guarantee autonomous treatment whenever the case recommends, in spite of apparent similarity between instant-case and precedent-case. Under the requirement of analytical and substantial grounding, the dogmatic nucleus (art. 926, 927 and 489, §1o) offers the distinguishing not only as a means of defending stability, isonomy and legal certainty to the jurisdiction, but as a contribution to the development and oxygenation of the Law itself, since the proper identification of factual differences refines and concretizes the determinant foundations originally formed. In this particular, the research decomposes the technique into "declarative distinguishing", as method and result of comparison between cases and "distinguishing constitutive", an argumentative process through which reasoning by counter-analogies develops. It is necessary, however, to define criteria to avoid subversion of the institute. From the analysis of cases already brought to the Judiciary Branch and a re-reading of part of the related doctrine, the research seeks to touch on parameters of legitimacy of application and distinction, arguing that illegitimate distinction should be avoided to the maximum, under feather of erosion of the forged model. In the end, after a survey of the main considerations on the subject - above all, regarding the problem of material facts -, the study suggests a dogmatic proposition to tangentially apply and distinguish precedents, trying to interrelate the phases (formation and interpretation), in order to achieve the balance between fidelity to the original meaning of the precedent and the flexibilization of the norm in the chain of later resignifications inherent in the discursive nature of Law.

**KEYWORDS:** process – judicial precedent – *ratio decidendi* – *material facts* - *distinguishing*

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>14</b> |
| <b>PARTE 1 – A VINCULAÇÃO.....</b>   | <b>21</b> |
| <b>CAPÍTULO 1 – O MODELO DE PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES NO BRASIL.....</b>  | <b>26</b> |
| 1.1. DA SUPERAÇÃO DO IDEÁRIO POSITIVISTA AO PARADIGMA DIRCURSIVO DO DIREITO.....   | 26        |
| 1.2. APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: O NÚCLEO TEÓRICO ( <i>RATIO DECIDENDI</i> , <i>OBITER DICTUM</i> , <i>OVERRULING</i> E <i>DISTINGUISHING</i> ) ..... | 40        |
| 1.2.1. Noções gerais e núcleo teórico.....   | 40        |
| 1.2.2. Influxos liberais-positivistas.....   | 49        |
| 1.2.3. Irrracionalidade do ordenamento jurídico – consolidação de um sistema judicial que não respeitava precedentes das Cortes supremas – solipsismo dos juízes.....            | 53        |
| 1.2.4. Importação de fragmentos vinculantes “à brasileira” – confusão entre os conceitos de “provimentos judiciais vinculantes” e “precedentes”.....                             | 58        |
| <b>CAPÍTULO 2 – A VINCULAÇÃO NO BRASIL.....</b>  | <b>65</b> |
| 2.1. MODELO DE PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES PROPOSTO PELO CPC/2015.....  | 68        |
| 2.1.1. Precedente como fonte do direito no Código de Processo Civil de 2015....  | 82        |
| 2.1.2. Núcleo dogmático.....   | 85        |
| 2.2. DIMENSÃO FORMAL E DIMENSÃO MATERIAL DO PRECEDENTE.....  | 92        |
| 2.2.1. Interpretação operativa.....  | 95        |
| 2.2.2. Identificação dos fundamentos determinantes ( <i>ratio decidendi</i> ).....   | 97        |
| 2.2.3. Colegialidade da decisão.....   | 102       |
| 2.2.4. Contraditório substancial.....  | 107       |
| 2.2.5. Precedentes x ementa, dispositivo, tese, enunciado sumular etc. – repúdio aos vieses de confirmação ( <i>confirmation bias</i> ).....                                     | 111       |

|   |            |
|---|------------|
| 2.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO OU DISTINÇÃO DOS PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES.....   | 115        |
| <b>2.3.1. Refutação às objeções teóricas.....</b>   | <b>117</b> |
| <b>PARTE 2 – DISTINÇÃO.....</b>   | <b>130</b> |
| <b>CAPÍTULO 3 – <i>RATIO DECIDENDI</i>.....</b>   | <b>134</b> |
| 3.1. <i>RATIO DECIDENDI</i> E <i>OBITER DICTUM</i> .....  | 139        |
| <b>3.1.1. A tese de Eugene Wambaugh.....</b>  | <b>142</b> |
| <b>3.1.2. O método de Arthur Goodhart.....</b>  | <b>144</b> |
| 3.1.2.1. As críticas realistas.....   | 149        |
| <b>3.1.3. As contribuições de Cross e Harris, Brian Simpsons e Neil MacCormick.....</b>   | <b>152</b> |
| <b>3.1.4. O problema dos <i>material facts</i>.....</b>   | <b>155</b> |
| <b>3.1.5. A categorização de Frederick Schauer e as Ponderações de Luiz Guilherme Marinoni.....</b>   | <b>172</b> |
| <b>3.1.6. Proposta de Melvin Aron Eisenberg.....</b>  | <b>177</b> |
| <b>CAPÍTULO 4 – <i>DISTINGUISHING</i>.....</b>  | <b>180</b> |
| 4.1. <i>DISTINGUISHING</i> DECLARATÓRIO (EM SENTIDO ESTRITO): MÉTODO DE COMPARAÇÃO ENTRE O CASO-PRECEDENTE E O CASO-ATUAL.....                            | 182        |
| 4.2. <i>DISTINGUISHING</i> CONSTITUTIVO (EM SENTIDO AMPLO): PROCESSO ARGUMENTATIVO POR MEIO DO QUAL O RACIOCÍNIO POR CONTRA-ANALOGIAS SE DESENVOLVE.....  | 191        |
| 4.3. REQUISITOS E LIMITES.....  | 196        |
| 4.4. <i>DISTINGUISHING</i> ILEGÍTIMO ( <i>LATO SENSU</i> ) .....  | 200        |
| <b>4.4.1. <i>Distinguishing</i> inconsistente.....</b>  | <b>202</b> |
| <b>4.4.2. <i>Distinguishing</i> ilegítimo (<i>stricto sensu</i>) .....</b>  | <b>206</b> |
| 4.5. PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO DA <i>RATIO DECIDENDI</i> E DE CRITÉRIOS DISTINTIVOS À LUZ DO NÚCLEO DOGMÁTICO <i>DISTINGUISHING</i> NO ARCO PROCESSUAL..... | 218        |
| 4.6. OS IMPACTOS DA LEI 13.256/2016 SOBRE A DINÂMICA DO MODELO DE PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES DO CPC/2015.....                         | 239        |

|  |            |
|--|------------|
| <b>4.6.1. Uma nova esperança: a redação original do Código de Processo Civil de 2015 e a potencial revisão de jurisprudência dita defensiva.....</b> | <b>240</b> |
| <b>4.6.2. O império contra-ataca: a edição da Lei 13.256/2016 e o comprometimento estrutural do sistema brasileiro de precedentes.....</b>           | <b>246</b> |
| <b>4.6.3. O retorno à Constituição: uma proposta de interpretação conforme a Carta de 1988.....</b>  | <b>250</b> |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>   | <b>250</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>   | <b>259</b> |

## INTRODUÇÃO

Com afinada perspicácia, William Shakespeare abordou, ainda no século XVII, o problema atinente à subjetividade da lei e à arbitrariedade nas esferas de poder, na trama de “Medida por Medida”<sup>2</sup>. A comédia, que conta com Viena no pano de fundo, se inicia com o Duque Vicéncio incomodado com a libertina e desregrada postura social dos súditos, porque, embora o reino contasse com severas leis de conduta, já há muito elas haviam sido esquecidas. Apesar de ávido por trazer a decência moral novamente à prática, como já tolerara 14 anos de descumprimento, o Duque receava que uma guinada muito brusca pudesse lhe atrair impopularidade, pelo que forja uma viagem à Polônia e nomeia a Ângelo, homem sobremodo estimado em honra e conhecimento das políticas estatais, para assumir em sua ausência e ressuscitar o cumprimento da lei, o que não seria difícil, cria o Duque, por sua proba, mas fria personalidade. Com todo vigor de um recém-empossado, Ângelo açodadamente condenou Cláudio à morte pelo *crime* de fornicção, por ter engravidado a namorada Julieta, antes do matrimônio. No momento em que estava sendo conduzido ao cárcere, Cláudio encontra o amigo Lúcio e queixa-se da demasiadamente dura postura de Ângelo ao assumir o poder, acusando o tirano de “julgar que o Estado é tão-somente um cavalo em que monta o governante, e em que, uma vez na sela, só com o fito de mostrar seu poder, afinca a espora”. Em seguida, pede ao amigo que relate o ocorrido à sua irmã, Isabela, para que interceda perante Ângelo pelo perdão de seu crime. Então, Isabela, dedicada noviça, sai ao encontro de Ângelo, e passa a insistir pela revogação da pena de morte, mesmo diante das insensíveis escusas de Ângelo, que, de seu turno, se qualifica mero cumpridor da lei. Nesse primeiro momento, sua recusa escorava-se no fato de ser “a lei que pune vosso irmão, não sou eu. Fosse ele, embora, meu parente, irmão, filho, pouco importa: morreria amanhã”, de forma que, nem se quisesse, poderia se sobrepor à sua soberana vontade. No entanto, à medida em que o diálogo se desenvolve, um interno desejo pela jovem passa a conflita-lo, de forma que sua cerviz já não se mantém tão endurecida e, no dia seguinte, na próxima etapa do diálogo com a moça, não mais se refere à lei como tão inflexiva, autoafirmando-se, agora, como a “voz da lei escrita” que, tendo pronunciado a sentença contra Cláudio, detinha também poder para perdoá-lo desde que, deixando os rodeios, a jovem com ele se deitasse.

---

<sup>2</sup> SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*, 1604. Disponível em: <[https://www.tvprudente.com.br/dominio\\_publico/livros/medida\\_medida.pdf](https://www.tvprudente.com.br/dominio_publico/livros/medida_medida.pdf)> Acesso em: 21 mar. 2019.

É intrigante como a peculiar sensibilidade de Shakespeare prenunciou problemas reverberados pelos séculos e que, até hoje, procuram soluções equilibradas. A supremacia absoluta da lei, aflorada no século XIX, que contava como expoentes a *l'Exégèse* francesa, a *begriffjurisprudenz* alemã e a *analytical jurisprudence* inglesa, pressupunha um modelo jurídico completo, pleno e fechado, cujo produto derivava de um discurso jurídico avalorativo, infenso a qualquer pretensão interpretativa, que, pelo recém vivenciado autoritarismo antecessor, buscava no texto codificado a certeza contra os abusos da administração e jurisdição<sup>3</sup>. O Estado Liberal supunha que amarras à legislação serviriam para garantir a defesa do cidadão.

A ilusória pretensão, no entanto, faliu diante da constatação de que normas não preexistem aos textos, sendo antes resultado de um atividade adscritiva de sentidos mediante inobjetével emprego valorativo. Dentre os múltiplos significados que um texto pode atrair, o Estado Democrático Constitucional trouxe a compreensão de que todo ato de poder reclama interpretação, justamente pela vagueza e imprecisão com que são vazados. Se isso é verdade, diante da mais heterogênea e plúrima sociedade contemporânea, em que valores ideológicos, culturais, econômicos, religiosos e de toda sorte concorrem diuturnamente entre si, é imprescindível que haja centros destinados à outorga de unidade aos sentidos. Afinal, tão ou mais ameaçador que o frio e cego cumpridor da lei, Ângelo do primeiro dia, é o Ângelo “voz da lei escrita”, que vê no Estado um cavalo próprio em que pode livremente cavalgar em busca de interesses particulares.

Um modelo de precedentes vinculantes constitui a resposta natural à realidade jurisdicional que convive com a atividade reconstrutiva de sentidos e a invariável pluralidade de alternativas igualmente racionais disponibilizadas pela interpretação. Não há como negar, seja no *common law* ou no *civil law*, que uma mesma redação normativa pode gerar várias interpretações e, assim, diversas decisões jurídicas – diametralmente opostas, algumas vezes – , o que proporcionou um patológico quadro judiciário que, por bastante tempo, tolerou a irracionalidade de abrigar um ordenamento, em certos pontos, flertivo com a invocação jurisprudencial (por admitir, por exemplo, o controle de constitucionalidade difuso) e, ao

---

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 31-50.



mesmo tempo, despreocupado em estabelecer referenciais interpretativos, fomentando a prolação de decisões antagônicas para questões essencialmente análogas<sup>4</sup>.

No propósito de corrigir essas e outras disfunções, o arco dogmático delineado pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) representou uma mudança de paradigma com a legislação passada, especialmente no que tange à temática dos precedentes judiciais. O tônus, antes majoritariamente dedicado à legislação, passou a ceder espaço a um quadro teórico diverso que, *ultima ratio*, confia a tarefa de orientar condutas sociais também a algumas Cortes judiciais inclinadas à produção de precedentes. A partir da veiculação por determinadas metodologias, o julgamento possui aptidão para formar precedentes vinculantes, fazendo com que casos futuros cingidos na mesma controvérsia fática recebam tratamento jurídico análogo.

A inovação legislativa provocou objeções. Vozes doutrinárias insistem em criticar a vinculação judicial porque, dentre as variadas razões apresentadas, poderia culminar num fechamento argumentativo responsável por inibir o dinamismo do Direito, levando ao temido enrijecimento do sistema jurídico. Segundo essa vertente teórica, o manifesto assoberbamento das Cortes e a pressão numérica exercida sobre os magistrados poderiam seduzir os tribunais à mera reprodução dos paradigmas firmados, sem se preocuparem mais detidamente com as particularidades do caso concreto, o que, somado ao despreparo e à falta de familiaridade de alguns com a teoria dos precedentes, poderia, de fato, preocupar.

No entanto, paralelo à orientação vinculante, o modelo conferiu um instrumentário hábil a proporcionar tratamento autônomo a casos distintos. Em que pese a aparente semelhança, o jurisdicionado poderá invocar alguma *departure*, quando seu caso contiver diferença hábil a impor solução jurídica diversa do paradigma (*distinguishing*) ou quando, embora guarde a mesma essência fática, o afastamento se imponha porque o precedente não mais atenda aos padrões de consistência sistêmica e congruência social<sup>5</sup>.

Nesse arcabouço teórico, o objetivo do trabalho é demonstrar a relevância do *modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes*<sup>6</sup> para assegurar imperativos de racionalidade

---

<sup>4</sup> Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 54.

<sup>5</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

<sup>6</sup> Segundo Zaneti, o modelo assim se apresenta porque “podemos identificar a *normatividade dos precedentes* (caracterizada pelo *dever ser*, seu caráter deontológico, portanto, normativo), a sua *vinculatividade* (demarcada pela sua obrigatoriedade. A lei não contém palavras inúteis e, quando para além dos deveres de estabilidade,

e, mais precisamente, que, ao contrário das irresignações, dispõe elementos contrafáticos, aptos a garantir a manutenção da estabilidade, ainda que diante de um tão recente histórico de massificação decisória, que poderia, de fato, comprometer a recepção do *stare decisis* pelo ordenamento pátrio, ainda incipiente. Defende-se, ainda, que se o modelo for realmente levado a sério, poderá contribuir significativamente para o aprimoramento argumentativo, na medida em que a cadeia de ressignificações posteriores à formação do precedente, ponderando novas impressões fáticas e jurídicas não alcançadas na formação, tem aptidão para refinar os fundamentos determinantes originários.

O estudo busca dispensar um tratamento mais detido a alguns dos institutos essenciais ao modelo vinculante, como *ratio decidendi* que, para bem além da clássica decomposição em *material facts* e *point of law*, procura, a partir de um apanhado das contribuições teóricas ao longo dos anos, enfrentar a tormentosa subjetividade dos *factos materiais*. Posta a inderrogável releitura que o intérprete terá que fazer dos elementos do caso-precedente ao pretender aplicar ou afastá-lo e, considerando que um caso jamais será exatamente igual a outro, não é juridicamente seguro admitir que as categorizações ocorram aleatoriamente, pelo muito tênue limiar existente entre a liberdade desregrada e a arbitrariedade, conceito totalmente incompatível com os pressupostos democráticos. Seja para aplicar ou para distinguir, é adequado o estabelecimento dogmático de padrões de conduta e de argumentação, qualificando-se tão mais legítima a decisão que melhor demonstrar o cumprimento dos aludidos critérios.

A hipótese que norteia a pesquisa é justamente essa: de que o modelo delineado pelo Código, além de vocacionado a diferenciar provimentos vinculantes de precedentes judiciais, propõe meios idôneos para identificar padrões de aplicação e distinção, que procuram guardar a finalidade originária do precedente, sem vedar a possibilidade de novos contornos.

A proposta se justifica, em primeiro lugar, pelo ainda incipiente desenvolvimento do modelo de precedentes obrigatórios no país, que reclama uma reestruturação da dogmática jurídica. Simultaneamente ao prestígio conferido aos precedentes judiciais, um modelo responsável deve se preocupar em firmar teoria de base. Em segundo, porque em que pese o tema tenha

---

coerência e integridade, o dispositivo fala em juízes e tribunais *observarão*, trata-se de uma vinculação de caráter jurídico) e o seu caráter de fonte formal (os precedentes são reconhecidos formalmente como fonte pela legislação processual que determina sua aplicação normativa e vinculante no direito material ou processual)” (ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: formalização das fontes jurisprudenciais. *Ius et Tribunalis*, Huancayo, ano 1, n. 1, 2015, p. 34).

sido abordado com certa profundidade por alguns autores nacionais, não há uma obra de fôlego destinada exclusivamente ao *distinguishing* e, em terceiro, porque são raríssimas as sugestões doutrinárias que ousaram propor *standards* de aplicação e distinção. A grande maioria dos escritos que de alguma forma enfrentam o tema, limitam-se a apresentar a controvérsia, sem oferecer sugestão que pudesse, de fato, ser aplicada na prática. Ademais, a grande parte da doutrina que assume e se propõe a dialogar com a complexidade dos *material facts* não recomenda métodos ou propostas conclusivas. Parte considerável simplesmente não vislumbra a possibilidade de objetivar a questão, atribuindo a aferição da legitimidade à verificação casuística. Há, por outro lado, os que oferecem alguma proposição que confira importância desequilibrada ao procedimento de formação ou que, ao contrário, relega um maior peso às interpretações feitas na subsequência, subestimando o procedimento formador. Existe, ainda, uma parcela doutrinária rendida ao ceticismo extremado que, dada abstrativização que orbita a temática, reputa total descrédito ao *stare decisis*, mormente se cogitado na realidade judiciária brasileira.

Sem maiores pretensões, ao final a presente pesquisa sugere uma proposição que procura distribuir relevância equânime entre a formação e a aplicação, buscando conciliar estabilidade e maleabilidade, ambos, na concepção do estudo, fundamentais ao modelo.

O método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo, a partir da identificação do problema de pesquisa, decorrente do tencionamento entre a prática propensa a estagnar o sistema pela invocação disforme de paradigmas e o modelo dogmático proposto pelo CPC/2015. Ainda, a metodologia fenomenológica heideggeriana<sup>7</sup> é fio condutor da pesquisa, na medida em que desvela o fenômeno dos precedentes normativos formalmente vinculantes como instrumento de conciliação entre a racionalidade e a argumentação. A hipótese é colocada em voga ao longo de todo o trabalho e as respostas oferecidas são frequentemente postas à prova, para que, a partir de um raciocínio crítico, se delineie a solução para os problemas.

A técnica de pesquisa predominante é a da documentação indireta, desenvolvida a partir de livros e artigos alusivos à teoria dos precedentes. Muito embora os marcos teóricos adotados abordem os temas sobre uma perspectiva peculiar, é importante a ressalva já feita sobre a escassez de obras nacionais exclusivamente dedicadas ao tratamento do *distinguishing*, de

---

<sup>7</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

modo que recorreu-se a muitos escritos doutrinários estrangeiros para embasar a pesquisa, sobretudo no que tange à problemática busca dos *factos materiais* e, conseqüentemente, dos padrões de distinção. A depuração de casos já dissecados pela doutrina ou levados ao crivo do Judiciário também amparou o desenvolvimento do trabalho, procurando, neles, confirmar as impressões teóricas. Ao longo do estudo, procurou-se analisar a forma de deliberação de determinados casos pelas Cortes judiciais, ponderando conseqüências e propondo sugestões consonantes aos achados que aportam a pesquisa.

Embora algumas abordagens periféricas em relação às questões mais genéricas, geralmente melhor exploradas nas Obras que se propõem a abraçar mais horizontalmente o assunto, o corte metodológico necessário para o desenvolvimento da pesquisa foi o enfoque dado ao dinamismo do Direito *versus* limitação da liberdade; identificação da *ratio decidendi versus* possibilidade de ressignificações na aplicação ou distinção e, ainda, apuração de critérios que possam legitimar essa atividade.

Para tanto, foram adotados como referenciais teóricos, nacionalmente, as Obras de Hermes Zaneti Júnior, Luiz Guilherme Marinoni, Lucas Buriel de Macêdo, Daniel Mitidiero e Dierle Nunes. Na doutrina estrangeira, o aporte foi realizado prioritariamente sobre as Obras de Neil Duxbury, Ruppert Cross e J. W. Harris, Melvin Aron Eisenberg e Arthur L. Goodhart.

O trabalho foi estruturado em duas partes, com dois capítulos cada. O primeiro destina-se a estabelecer premissas jurídicas e não jurídicas que subsidiam a perspectiva defendida acerca dos precedentes. O capítulo 2 demonstrará como o assunto foi tratado no CPC/2015 e as tendências dogmáticas que ele disponibiliza – nesse capítulo, será defendido que, apesar da ideologia inclinada à vinculatividade formal, o julgamento a partir de uma das metodologias listadas no artigo 927 não é suficiente, sugerindo que o modelo proposto seja vocacionado à identificação da dimensão material do precedente, considerando sua facticidade e realçando a importância da fundamentação decisória. O terceiro capítulo enfrenta o problema da *ratio decidendi*, mais precisamente, dos *material facts*, mediante um apanhado das contribuições mais relevantes nacional e internacionalmente até hoje. Por fim, o quarto capítulo se dedica à proposição de uma metódica legítima de conduzir o *distinguishing*. A técnica é apresentada sob duas perspectivas: em sentido estrito (ou declaratório), que, basicamente, afigura-se no resultado negativo da confrontação entre o paradigma (caso-precedente) e o caso em análise (caso-atual), e em sentido amplo (ou constitutivo), como viabilizador argumentativo que outorga novos contornos à norma primitiva. Além disso, compilando as impressões

acumuladas ao longo da pesquisa, ousa-se sugerir uma proposição que procura objetivar os parâmetros de aplicação e de distinção. Após, há um breve excuro sobre os impactos da Lei 13.256/2016, aprovada ainda na *vacatio legis* do CPC/2015, propondo, ao final, soluções dogmáticas conforme à Constituição para que a essência do modelo vinculante seja preservada.

## PARTE 1 – A VINCULAÇÃO

Nessa primeira parte, serão estabelecidas algumas premissas teóricas que circundam os precedentes judiciais e que, no sentir do presente trabalho, são primordiais para uma abordagem adequada do tema. Incompreensões sobre os alicerces filosóficos e teóricos podem distorcer as construções doutrinárias e dogmáticas<sup>8</sup>, o que é pernicioso, precisamente, no momento de reestruturação em que o processo civil pátrio se encontra.

Nesse propósito, será tangenciada a evolução dos fatores que fomentam a vinculação, especialmente nos modelos processuais subjacentes à tradição *civil law*, com maior tônica no brasileiro<sup>9</sup>, confluindo na construção da sistemática forjada pelo CPC/2015, que, além de vocacionada a promover a vinculação aos precedentes judiciais de forma legítima (isto é, mediante à prestação da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, por meio de um processo justo<sup>10</sup>), endossa seu cariz de fonte formal e primária do Direito – o que, na concepção desse estudo, constitui uma das premissas elementares para o salutar desenvolvimento do assunto.

Pretende-se demonstrar que o modelo normativo proposto pelo Código impõe uma mudança de paradigma<sup>11</sup>, já que a nova regra positivada, por si, não tem condições de romper com a

---

<sup>8</sup> O estudo adota como premissa o conceito de ciência jurídica integrada, de Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris: Teoria del diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007, p. 39), que identifica o fenômeno jurídico a partir de diferentes perspectivas, a saber, a Filosofia da Justiça, a Teoria do Direito, a Dogmática Jurídica e a Sociologia do Direito e, assim, “ajuda a colocar o debate sobre a argumentação jurídica e sobre os precedentes no campo da dogmática jurídica e dos *principia iuris tantum*” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 85).

<sup>9</sup> É importante destacar que o presente estudo adota a teoria defendida pelo professor Hermes Zaneti Junior, que admite o ordenamento pátrio como *híbrido*, isso é, derivado da contraposição lógica das tradições jurídicas do *common law* e *civil law*, pela adoção simultânea de um modelo constitucional norte-americano (desde a Constituição Federal de 1891 que, além de escrita e rígida, já garantia o *judicial review*) e de um modelo infraconstitucional romano-canônico. Sobre o tema, ver: ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12-52.

<sup>10</sup> Além de preconizado pelos arts. 4º e 6º do CPC e pelos incisos XXXV, LIV e LXXVIII da Constituição Federal - CRFB/1988, é consentâneo na doutrina que o processo judicial deve focar na busca pela interpretação da legislação em conformidade aos direitos fundamentais, à luz do caso concreto e da integridade do Direito (art. 926, CPC). Sobre o tema, ver amplamente: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>11</sup> “Um novo Código não se resume à mera sobreposição de textos. Não se trata absolutamente de novo texto que se põe em lugar do velho texto. Pelo contrário, e antes disso, a verdadeira e substancial modificação que se busca com o advento do novo CPC é de paradigma.” (MAZZEI, Rodrigo Reis; GONCALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais. In: BUENO, Cassio Sarpinella (Org.). *Programa de atualização em Direito: Ciclo 1*. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015. p. 97-128, p. 100).

mentalidade digressiva que insiste em tornar velho, o novo<sup>12</sup>. Na qualidade de texto linguístico, o CPC/2015 será sempre sujeito à interpretação<sup>13</sup> e, por isso, seus impactos dependerão da dogmática construída. Cabe à Academia, profissionais do Direito e tribunais, no geral, erigi-la a favor do fortalecimento das instituições democráticas, de maneira sistêmica, unitária e integrada, sempre em conformação com os direitos fundamentais e princípios constitucionais<sup>14</sup>. O estudo pressupõe que o Código de 2015 inaugura um paradigma novo, reclamando, por decorrência, uma reanálise da metodologia e intercomunicação dos trabalhos dos juízes, advogados, professores e todos os demais atores do Direito, o que adquire relevância ainda mais acurada no tocante à matéria dos precedentes vinculantes.

Sob essa perspectiva e, admitindo a complexidade do tema, a primeira parte do trabalho cuidará de resumir os avanços teóricos e filosóficos que idealizaram o modelo de precedentes delineado pelo Código que, se bem compreendido, possui vocação para repercutir como ideal de racionalidade e segurança, além de contribuir com o aprimoramento do ordenamento jurídico, no geral.

Obviamente, o modelo não ignora a diferença entre texto e norma<sup>15</sup> e nem, tampouco, que os precedentes, na condição de texto linguístico, serão sempre dotados de um grau ineliminável de indeterminação e dependerão de interpretação. Negligenciar essa premissa readmitiria a ditadura do texto, trocando o vencido “juiz boca da lei”<sup>16</sup> pelo “juiz boca do precedente”<sup>17</sup> e,

<sup>12</sup> NUNES, Dierle José Coelho; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. DIDIER JR., Fredie et. al. (Coords.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 306.

<sup>13</sup> Direito é construído e determinado por ele mesmo, são os textos escritos pelos homens que lhes dão o conteúdo, os limites e a conformação. Por essa razão, por ser produto da ação e da inteligência humana, o direito é artificial, e, nos Estados Democráticos Constitucionais, está a serviço dos direitos fundamentais do cidadão, não dos interesses do Estado e da burocracia judicial. Por isto, o modelo de precedentes, corretamente aplicado, jamais poderá significar uma *simplória padronização das decisões judiciais*. O juiz e os juristas não são máquinas, mas seres pensantes, inteligentes e capazes de interpretar os precedentes assim como interpretam os textos da lei. A norma é sempre o resultado da interpretação. Todos os textos, sejam eles textos legais, sejam precedentes judiciais, exigem interpretação. A tarefa de interpretar é típica dos juízes e juristas (ZANETI JR. Precedentes normativos formalmente vinculantes: formalização das fontes jurisprudenciais, 2015, p. 31).

<sup>14</sup> “A leitura do CPC deverá ser efetuada a partir de uma unidade de propósitos, uma leitura harmônica do todo, pensada, claramente, a partir de sua conformação constitucional, à luz do Estado Democrático Constitucional e da tutela de direitos fundamentais, de acordo com a nova interpretação judicial e a nova hermenêutica constitucional” (ZANETI JR., Hermes. Comentários ao artigo 926. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.312).

<sup>15</sup> Norma é o resultado e não o pressuposto da interpretação. Parte-se do texto para construir-se a norma (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50-55), do que se discorrerá com maior propriedade a seguir, no Capítulo 1.

<sup>16</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 83.

de fato, daria razão a certas críticas doutrinárias que, como é bom frisar desde já, segundo as impressões do presente trabalho, não possuem congruência<sup>18</sup>.

Na proposta do presente estudo, os precedentes possuem, no mínimo, dois momentos: o de *formação* e o da *aplicação/distinção*<sup>19</sup>. A formação do precedente, assim, é somente o primeiro passo de uma cadeia reconstrutiva que lhe outorgará refinamento de sentidos em cada invocação subsequente.

Tal processo reconstrutivo, além de densificar o sentido da norma-precedente (*ratio decidendi*), aperfeiçoa o próprio ordenamento jurídico, já que os efeitos de cada ressignificação não repercutem endoprocessualmente apenas, carregando, antes, universalidade e replicabilidade, inerentes aos precedentes (as normas-precedentes são normas gerais e concretas<sup>20</sup>). Nesse senso, uma outra premissa fundamental para esse trabalho é admitir essas duas perspectivas da decisão do precedente: a atinente ao *discurso do caso* e a do *discurso do precedente*<sup>21</sup>.

Os dois primeiros capítulos dessa primeira parte procuram timbrar essas premissas. Sob manifesto caráter propedêutico, o Capítulo 1 assume a função de enunciar os preceitos filosóficos e teóricos inerentes à virada constitucional e sua repercussão no modo de lidar com os precedentes, com realce na repercussão no cenário brasileiro.

---

<sup>17</sup> Essa ideia é bem ilustrada em: STRECK, Lênio Luiz. “Porque os commonlistas brasileiros querem proibir os juizes de interpretar?”. *Consultor jurídico*, São Paulo, 22 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em 17 jan. 2019.

<sup>18</sup> Tais críticas, embora cunhadas por autores de renome, parecem derivar de uma incompreensão dos propósitos do modelo talhado pelo CPC/2015, como será enfrentado no capítulo 2. Por todos, ver: ABOUD, Georges. *Discrecionabilidade administrativa e judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 372-381; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1156; STRECK, Lênio Luiz. Súmulas Vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 78, 2009, p. 302.

<sup>19</sup> Diz-se “no mínimo”, porque a superação também é considerada um terceiro momento pela doutrina. Para a didática que importa ao trabalho, contudo, serão focados apenas os dois primeiros momentos: formação e aplicação/distinção do precedente.

<sup>20</sup> Isso é, embora a formação de sua hipótese fática ocorra a partir de um fato determinado, já ocorrido, o consequente jurídico alcançará um número indeterminado de pessoas. O conceito será melhor abordado no Capítulo 2.

<sup>21</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). *Processo Civil: Estudos em homenagem ao professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. páginas referentes ao texto/capítulo, p. 85-99, texto que internaliza o entendimento de Eisenberg (EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998), mais explorado na segunda parte do trabalho.



O Capítulo 2 tratará, num primeiro momento, de retratar o estado atual da arte, a saber, a estratificação do tema pelo CPC/2015, especialmente a partir da moldura do *núcleo dogmático* (arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 927), que coligou elementos que viabilizam o tratamento substancial dos precedentes. Sugere-se que, embora a ideologia seja tendenciosa à *vinculatividade formal*, o mero julgamento a partir de uma das metodologias listadas no art. 927 não é suficiente e que o modelo proposto tem vocação para identificar a *dimensão material* do precedente, considerando sua facticidade e sobrelevando a importância da fundamentação decisória.

Logo em seguida, serão reunidas as principais insurgências do modelo de precedentes proposto pelo Código e, ainda no final do Capítulo 2, o *distinguishing* será posto em voga e demonstrado, ainda sucintamente que, havendo um sistema que admita a força normativa dos precedentes judiciais, é também imprescindível a contrapartida: que sejam disponibilizadas técnicas claras e parâmetros objetivos para promoção da distinção (e, de igual maneira, da superação, que mesmo não sendo o foco do estudo, da mesma forma será ventilada como meio de garantia da natureza discursiva do Direito).

No que tange especialmente ao discurso do caso, não há como negligenciar a natureza retórica e argumentativa do Direito, especialmente à luz do Estado Democrático Constitucional, que impele a consolidação de mecanismos que permitam ao juízo aplicador e, principalmente, ao jurisdicionado, diferenciar as circunstâncias fáticas do caso-atual das do caso-precedente e, assim, afastar sua solução jurídica (promovendo uma contra-analogia fática). Nessa perspectiva, a técnica de distinção garante a maleabilidade e oxigenação do processo, essencial para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma justa.

Já evocando o discurso do precedente, a necessidade de disponibilizar técnicas seguras de distinção (critérios ou *standards* de *distinguishing*) é ainda mais relevante, porque a cadeia de distinções, desde que procedida legitimamente, garante a adequação do precedente e, numa análise mais ampla, torna o sistema jurídico menos erosivo. Considerando o processo como ambiente de (re)construção da norma-precedente e, de outro lado, que precedentes são normas formais e primárias do Direito, a reconstrução do precedente nas cadeias de distinções servirá para tornar mais segura e clara a norma posta em validade no ordenamento.

Na proposta do estudo, contudo, tanto a ótica do caso como a do precedente devem subjazer à premissa de que o CPC/2015 trata a questão como atinente à Teoria do Direito<sup>22</sup>, com enfoque na racionalidade, derivando de um processo argumentativo (proferido no seio de um processo dialógico, com esgotamento do *contraditório substancial*<sup>23</sup>), do qual se possa identificar os fundamentos determinantes e extrair a justificação das opções teóricas do julgador, assim na formação e na aplicação/distinção do precedente. Ignorar isso seria admitir o modelo vinculante como uma ameaça de enrijecimento do sistema.

Diante disso, essa primeira parte cuidará de equacionar a complexidade do tema dos precedentes com o paradigma contemporâneo – que habita o caráter discursivo do Direito – revelando a imprescindibilidade do delineamento de padrões firmes de *distinguishing*.

---

<sup>22</sup> Muito embora não se ignore que o estudo acerca das autoridades dos precedentes e da competência de suas Cortes formadoras esbarre em questões atinentes à Teoria Política, as premissas em que se fundam o presente trabalho atrelam a eficácia vinculante dos precedentes muito mais à Teoria do Direito, justamente pela imprescindibilidade de tratá-los *substancialmente* e não como meros provimentos vinculantes, o que pressupõe uma análise densa, à luz dos institutos do Direito e de teorias parciais que lhe servem de densificação, como a teoria da norma jurídica, teoria da decisão judicial, teoria da interpretação, das situações jurídicas etc. Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 49-50.

<sup>23</sup> Atualmente, a doutrina converge sobre a perspectiva imposta ao *direito fundamental ao contraditório*, que deixou de ser encarado de modo estático e suplanta o mero dever de bilateralidade (ação e reação), passando a ser exigido como um dever de debate do juiz para com os argumentos com as partes e o direito de as partes influenciarem no convencimento e na decisão do juiz e, entendimento que encontra arrimo nos art. 10 e 489, § 1º, IV, do CPC/2015, *verbis*: “É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO. *Curso de Direito Constitucional*, 2017, p. 587).

## CAPÍTULO 1 – O MODELO DE PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES NO BRASIL

Na consonância da presente proposta, cumpre tecer algumas considerações acerca da posição ocupada pelos precedentes judiciais na atual fase de desenvolvimento da Filosofia do Direito, da teoria que os embasa e de sua gradual inserção no sistema jurídico brasileiro.

### 1.1 DA SUPERAÇÃO DO IDEÁRIO POSITIVISTA AO PARADIGMA DISCURSIVO DO DIREITO

Na Europa Continental, desde a transição da Idade Média para a Moderna, entre meados do século XVIII e o início do século XIX, o Direito tem sido tomado como o meio apto a limitar o poder do Estado e a legitimar a conformação das liberdades individuais, por força do primado da soberania popular e de seu mais valioso instrumento: a lei.

As atrocidades produzidas pelos desmandos e extravagâncias do regime absolutista<sup>24</sup> impulsionaram um movimento reacionário que erigiu a lei a um novo *status*, tornando-se o meio de maior conformação da liberdade (valor ainda incipiente, a partir da noção de que a Administração só poderia fazer o que a lei autorizasse) e da igualdade (que, sem considerar as inevitáveis diferenças havidas entre cada pessoa, supunha que, por meio da legislação escrita, não haveria discriminação das posições sociais) dos cidadãos<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> “Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês constituíram classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – como também mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nessa época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. Os juízes pré-revolucionários negavam-se a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o *status quo*. Não havia qualquer isenção para “julgar” (MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 45).

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 50-51.

A estruturação do Estado moderno propiciou o surgimento do *positivismo jurídico*, vertente filosófica que, resumidamente, encontra fundamento na prevalência da lei sobre os princípios não positivados do ordenamento, na abstração de seu conteúdo, supostamente capaz de expressar um padrão de comportamento a ser observado em determinada situação hipotética e na aplicação dedutiva desse enunciado ao caso concreto<sup>26</sup>.

Esse movimento, que se preocupou em desenvolver um Direito novo, consolidou um modelo de separação estanque dos Poderes<sup>27</sup> (tonificando a dicotomia Poder Legislativo/Poder Judiciário), confiando a outorga de conteúdo valorativo da norma exclusivamente ao Legislador. A cláusula de separação dos poderes, muito distante da repercussão recebida no *common law*<sup>28</sup>, adquiriu eminência, vedando o magistrado de interpretar, justamente porque se pressupunha que a lei era simples, completa e, portanto, capaz de antever todos os casos que viessem a ser juridicamente tratados.

Segundo tal perspectiva, não cabia ao intérprete perscrutar o substrato axiológico do texto no momento de sua aplicação concreta. O magistrado, assim, seria um mero funcionário público que recebia os fatos e proferia o direito, que já preexistia ao caso<sup>29</sup>. Seus poderes se limitariam a confirmar o que dantes já havia sido estabelecido pelo Parlamento, “devendo o julgamento ser apenas um texto exato da lei”<sup>30</sup>. No intuito de prevenir o sistema jurídico dos arbítrios vivenciados no regime anterior (em que se constatou que os juízes não mereciam confiança), a atividade julgadora tornou-se exclusivamente sujeita à declarar a lei, já que criar o Direito era tarefa reservada ao Legislador.

O Direito passou a ser encarado como sistema normativo fechado, cujo conteúdo era adscrito aos Códigos, supostamente sem lacunas e refratários à necessidade de intelecção na sua

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v. 46, 2002, p. 29.

<sup>27</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 213.

<sup>28</sup> Nos Estados Unidos, por exemplo, a doutrina da separação de poderes implicou um desenvolvimento muito mais flexível, desenvolvendo um sistema de freios e contrapesos efetivos entre órgãos estatais, com estímulo, por exemplo, ao controle incidental de constitucionalidade pelos órgãos do Poder Judiciário. Essa realidade contrastava com o cenário ainda desconfiado que sucedeu à Revolução Francesa, em que os juízes – oriundos da nobreza, classe que recebeu enorme desprestígio na revolução – encontravam dificuldades para afastar a aplicação de uma lei por verificarem a inconstitucionalidade, por exemplo (BRANDÃO, Rodrigo. As culturas liberais e democráticas de proteção dos direitos individuais no constitucionalismo clássica: uma breve análise dos modelos britânicos, francês e norte-americano. *Instituto Brasileiro de Direito Público*, Salvador, n. 13, p. 01-45, 2008, p. 24-25, 32 e 39. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

<sup>29</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 36.

<sup>30</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 46.

aplicação. Já não se buscava mais a solução no diálogo, o resultado do processo era fruto de um silogismo judiciário, em que o magistrado simplesmente acoplaria a prévia designação legislativa ao caso.

O princípio da legalidade, lembra Luigi Ferrajoli, foi qualificado como meta-norma e pressuposto de reconhecimento das demais, diante do que a norma somente existiria e seria válida em razão da sua forma de produção, pouco importando a sua justiça intrínseca<sup>31</sup>. O próprio termo (do latim *ius positivum* ou *ius positum*) traz a ideia de que o corte metodológico do Direito deveria ser feito a partir daquilo que estivesse posto nos Códigos, que seriam capazes de abarcar toda a realidade social e, por isso, refutar toda e qualquer influência de juízos valorativos ou metafísicos na análise do direito e no próprio fazer jurídico<sup>32</sup>.

A ascensão dos ideais revolucionários, a doutrina da tripartição dos poderes, o mito da certeza do Direito legislado e a sujeição dos juízes à lei deram fôlego às teorias cognitivistas<sup>33</sup>, que restringiam a interpretação à aferição do significado objetivo dos textos normativos (toda norma teria um significado intrínseco e implícito, porém único e exato) e à atividade jurisdicional se relegaria a mera declaração direcionada ao caso concreto. Para essa concepção teórica, o texto normativo admitia apenas um significado verdadeiro, o que seria suficiente para aniquilar o espaço discricionário judicial, uma vez que as decisões estariam já determinadas por normas pré-existentes<sup>34</sup>.

A jurisdição, nesse enredo, reduzia-se à declaração da vontade da lei<sup>35</sup>, já que o Direito estaria, de antemão, pronto para o caso em análise. O poder do juiz limitava-se à declaração do que já havia sido discutido pelos legítimos representantes do povo, como mero reproduzidor da vontade já positivada ou, nos termos consagrados por Montesquieu, como mera *bouche de la loi*<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 52.

<sup>32</sup> STRECK, Lênio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lênio Luiz. (Org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 44.

<sup>33</sup> Expoentes do cognitivismo interpretativo são as teorias de Chiovenda, que define a jurisdição como declaração da vontade concreta da lei e a de Carnellutti, que lhe atribui função de justa composição da lide, porque partem do pressuposto de que a norma judicial é algo totalmente anterior à atividade da interpretação. (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 50).

<sup>34</sup> GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Tradução de Marina Gascón e Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 13-14.

<sup>35</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 55.

<sup>36</sup> Na essência máxima do liberalismo, Montesquieu refutando a influência muitas vezes ilegítimas dos magistrados vivenciada no regime anterior, propunha que o juiz fosse “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor” [MONTESQUIEU, Charles Luis de

Os influxos valorativos foram empurrados para a margem do ordenamento<sup>37</sup> e passou a considerar-se “Direito” a própria lei, o que passasse disso era subversivo. Diversamente da vertente jus-naturalista antecessora, o positivismo concebia função meramente supletiva (somente para o caso de ausência de um determinado suporte fático legislado) ou interpretativa aos princípios (conferindo-lhes condição de fonte normativa subsidiária ou meros “tapa-buracos”<sup>38</sup> do Direito) e, de igual modo, aos precedentes.

Sob a utópica pretensão de eliminar a complexidade do Direito, já que supunham que os Códigos eram completos, os ideais positivistas consolidaram uma cultura jurídica avessa ao historicismo, reservando à jurisprudência papel secundário, especialmente porque não se concebia que o Poder Judiciário pudesse revisar os atos do Estado (*judicial review*), fossem eles do Executivo ou mesmo do Legislativo. Colateralmente, fomentou-se um repúdio aos precedentes vinculantes, justamente porque fonte formal do Direito era a lei e somente ela. Se a solução dos casos decorria exclusivamente do silogismo judiciário, pautados em conceitos e princípios jurídico-científicos, alheio às influências externas e ao mundo jurídico (moral, ética, religião etc.), tornavam-se factíveis o ideal de previsibilidade e de certeza do Direito sem ser preciso recorrer a nenhum critério externo para confirmar a estabilidade, como o sistema de precedentes<sup>39</sup>, por exemplo.

A sobreposição a que o *fetichismo da lei* e a desconfiança da magistratura elevaram o princípio da legalidade, justamente por vedar a interpretação por parte dos juízes, foi o que refutou a aplicação dos precedentes judiciais como fonte formal do Direito<sup>40</sup>. A bem da verdade, tal repulsa era uma reação aos excessos do regime antecessor, para evitar o retorno ao caótico cenário de favoritismos e decisões nada isonômicas, impulsionado pela liberdade excessiva que os juízes detinham. Para combater essa ameaça, o Estado Liberal valeu-se do dogma da completude da lei (isso é, o mito liberal-clássico que pressupunha a lei suficientemente completa e fechada para garantir, de um lado, a previsibilidade de toda e qualquer situação

---

Secondat. Título do capítulo. In: PÉREZ, José (Org.). *Do espírito das leis*. Tradução de Helena Barbosa. Revisão de Bruno Barbosa. São Paulo: Edições Cultura, 1945, p. 205-206].

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *BOLETIM de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 23, n. 1, 2007, p. 22.

<sup>38</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira e Direito Público*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 109-129, 2005, p. 116.

<sup>39</sup> MARINONI. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*, 2016, p. 48.

<sup>40</sup> ZANETTI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 83.

social e, de outro, a liberdade, segurança e contenção dos arbítrios judiciais), e a invocação jurisprudencial ameaçava essa lógica<sup>41</sup>.

Com efeito, a norma legislada foi convertida em fator de unidade e estabilidade do Direito, conferindo ao Poder Legislativo e ao princípio da legalidade posição de centralidade e, por consequência, a doutrina passou a desempenhar função predominantemente descritiva das normas em vigor e à jurisprudência relegou-se a função técnica de conhecimento, mas jamais de produção de Direito<sup>42</sup>.

Em que pese, contudo, as conquistas do positivismo jurídico tenham sido fundamentais para estabelecer o Direito como ciência autônoma e para a efetivação da segurança jurídica e da liberdade, por intermédio da definição de limites racionais aos arbítrios do poder, o ideal não logrou êxito em encontrar soluções para promover e garantir a justiça, dada a insuficiência da norma.

Afinal, a inexistência de uma abertura hermenêutica no momento da concretização do Direito fez com que normas absolutamente injustas, apesar de válidas do ponto de vista formal, viessem a ser aplicadas, tal como ocorreu com as leis de Nuremberg, na Alemanha nazista, o que para Zaneti Jr. foi justamente a razão da mudança na postura dos juízes, “já que o modelo reativo de justiça não conseguia impedir as graves injustiças cometidas sob o domínio do Estado Legalista Liberal”<sup>43</sup>. A noção da perfeição da norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do Parlamento foi desmitificada diante da experiência que mostrou que a maioria poderia criar leis egoístas e discriminadoras<sup>44</sup>.

Os movimentos pós-guerra e o advento do Estado Democrático Constitucional trouxeram à tona a necessidade de se temperar o Direito com a Moral, dada a insuficiência da mera aprovação legislativa formal. A ciência jurídica, sem um conteúdo humanitário significativo, poderia ser erguida para justificar barbáries em nome da lei, o que tornava o Legislador, expoente-salvador do positivismo, potencialmente tão ou mais opressor do que o Absolutista que o Estado Liberal pretendeu combater.

---

<sup>41</sup> MARCATO, Antônio Carlos. Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro. 2008. Tese apresentada para o concurso de Professor Titular de Direito Processual Civil do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 106.

<sup>42</sup> BARROSO. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), 2007, p. 203-249.

<sup>43</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 214.

<sup>44</sup> MARINONI. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*, 2016, p. 53.

Tudo isso fez surgir o *pós-positivismo jurídico*<sup>45</sup>, movimento jus-filosófico de aproximação do Direito com a moral. O Direito, nessa perspectiva filosófica, é encarado “[...] como uma prática interpretativa em que o sentido das suas normas é gradualmente construído, ao invés de descoberto pela simples observação de fenômenos empíricos”<sup>46</sup>, traduzindo-se em fenômeno social de natureza eminentemente argumentativa, aberta a considerações morais, éticas e pragmáticas que estão inseridas no discurso jurídico e, em última análise, na própria ideia de Estado de Direito, porquanto fundado não apenas no valor da segurança jurídica, mas, também, nos ideais de justiça e racionalidade.

Percebeu-se que a simples aplicação da lei genérica ou universal não era suficiente para resolver os problemas de sociedades plurais e heterogêneas<sup>47</sup>. As complexas relações contemporâneas revelaram que as sociedades são compostas por indivíduos de diferentes classes sociais, aspirações e necessidades, tornando insustentável a suposição do dogma da completude da lei.

O próprio princípio da legalidade tomou novas proporções. Lembre-se que a ideologia inicial era extinguir os privilégios do Absolutismo por meio da submissão de todos à mesma Lei. Esse mito, no entanto, foi desconstruído pela inevitável constatação da diversidade social. A lei genérica ou universal e sua abstração ou ilimitada eficácia temporal só seriam viáveis numa sociedade formada por iguais, o que não correspondia mais à realidade<sup>48</sup>.

Aliada a esse entendimento, a compreensão de que a lei deveria se conformar à Constituição (princípios constitucionais e direitos fundamentais) reclamou uma nova concepção de

<sup>45</sup> Não há consenso em relação à denominação da atual fase da Teoria e Filosofia do Direito. O termo mais utilizado na doutrina brasileira é, de fato, “pós-positivismo”, mas a expressão é criticada, por exemplo, por Dimitri Dimoulis por ser praticamente desconhecida fora do país. O renomado autor ressalta, ainda, que o equívoco do termo está em sugerir o fator cronológico. Afinal, cronologicamente, não se pode dizer que a crítica ao positivismo seja novidade, já que existente desde o final do século XIX (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. São Paulo: Método, 2006, p. 48-63). Para uma melhor satisfação semântica, Fredie Didier defende a substituição da expressão por “positivismo jurídico reconstruído” ou “neopositivismo” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Salvador: JusPodvim, 2017, p. 54). Há autores que aparelham o momento pós-positivista ao também famigerado *neoconstitucionalismo* (BARROSO. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), 2007, p. 187-236; CAMBI, Eduardo. Neconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 235-268), terminologia propositadamente não adotada nesse estudo pela falta de consenso nas correntes jus-filosóficas que embasam o fenômeno. Acompanhando a crítica ao “neconstitucionalismo”: LEITE, Glauco Salomão (Coord.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: JusPodvim, 2008, p. 53-57.

<sup>46</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de Mac Cormick. *Revista Brasileiro de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, 2013, p. 274.

<sup>47</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 57.

<sup>48</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 57-58.



jurisdição. Tornou-se relevante perquirir sobre a dimensão substancial para a validade da lei<sup>49</sup>, incrementando a verificação axiológica das normas concretamente aplicáveis como base da consolidação das normas constitucionais<sup>50</sup>.

O critério de validade (ou norma de reconhecimento para o Direito válido) migrou da legislação para a Constituição<sup>51</sup>: a norma só é substancialmente válida caso os valores por ela expressos possuam consonância constitucional<sup>52</sup>, isso é, estejam na conformidade dos direitos fundamentais e dos princípios da justiça<sup>53</sup>. Na síntese de Zaneti Jr.,

[...] A evolução do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, contudo, representou um algo a mais do que o princípio da mera legalidade. A partir do Estado Constitucional, a lei e todos os demais atos jurídicos praticados pelos demais poderes públicos e privados passaram a ser submetidos não somente ao controle formal, mas também ao controle substancial de constitucionalidade. [...] Há uma mutação, de princípio da mera legalidade se converte em princípio da constitucionalidade, da legalidade em sentido amplo. ‘O princípio da legalidade, dessa forma, converte-se no princípio da constitucionalidade (Canotilho), subordinando toda a atividade estatal e privada à força normativa da Constituição’. Forma-se um ‘bloco de constitucionalidade’ que condiciona o ‘bloco de legalidade’, atribuindo-se ao conceito de legalidade uma função mais ampla, não se limitando a uma norma específica, à lei em sentido estrito, mas à norma jurídica em sentido amplo<sup>54</sup>.

Nesse panorama, os avanços teóricos da teoria da linguagem, o “giro linguístico”<sup>55</sup> da metade do século passado e os desenvolvimentos paralelos da semiótica<sup>56</sup> impulsionaram uma virada de paradigma na hermenêutica jurídica.

<sup>49</sup> A própria exigência do princípio da legalidade como condição de validade passou da faceta formal para a substancial. Sobre o ponto, ver FERRAJOLI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2001, p. 53.

<sup>50</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 189, 2011, p. 84.

<sup>51</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 84.

<sup>52</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 139.

<sup>53</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>54</sup> ZANETI JR., Hermes. A legalidade na era da proteção das necessidades de tutela. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Orgs). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 177-178.

<sup>55</sup> Em brevíssima síntese, o giro linguístico é uma ruptura dos conceitos de linguagem e realidade, passando aquela a existir independentemente dessa (Cf. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 25-26).

<sup>56</sup> Sobre o tema, ver, amplamente: PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

Diante da percepção de que a linguagem é um complexo de signos, o papel da interpretação ganhou eminência. Essa noção já era preconizada por teóricos da perspectiva jus-filosófica antecessora, como Norberto Bobbio, ícone positivista, para quem interpretar é “compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”<sup>57</sup>.

Justamente no capítulo de sua obra em que refletia sobre a função da jurisprudência no fenômeno jurídico, Bobbio advertiu que a interpretação não é tarefa exclusiva da linguagem jurídica, mas de toda a linguagem humana (escrita ou falada) e que, na busca da relação entre o signo e a “coisa significada” (nisto consistiria a atividade do intérprete), a interpretação seria uma complexa atividade que deveria ser equilibrada entre dois termos: o signo e o significado, podendo, assim, assumir “sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois polos”<sup>58</sup>.

Tais perceptivos, ainda embrionários, foram adquirindo mais consistência de acordo com os avanços da semiótica. Na doutrina nacional, Paulo de Barros Carvalho, com base nos ensinamentos de Edmund Husserl, concluiu que o signo habita uma relação tridíaca, composto pelo *suporte físico*, *significado* e *significação*<sup>59</sup>. Como instrumento de um sistema que viabiliza a comunicação inter-humana, prossegue o autor, “signo é um ente que tem o status lógico de relação. Nele, um suporte físico se associa a um significado e a uma significação”<sup>60</sup>. Segundo essa Escola, *suporte físico* tem natureza material, física – é a palavra falada (na concepção de resultado de ondas sonoras produzidas pelo movimentar das cordas vocais) ou escrita (tinta no papel). Por sua vez, ele sempre se referirá a um *significado* como algo pertencente ao mundo interior ou exterior, concreto ou imaginário, atual ou passado<sup>61</sup> (é uma conceituação objetiva, proporcionada pelo suporte físico à mente da maioria dos cidadãos comuns), o que não se confunde com *significação*, que é a noção, ideia ou conceito que o significado do signo suscita na mente do intérprete<sup>62</sup>, “variável de pessoa pra pessoa, na dependência de fatores psíquicos ligados à experiência de vida de cada qual”<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 212.

<sup>58</sup> BOBBIO. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, 2006, p. 213.

<sup>59</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I: Lógica Jurídica*. São Paulo: PUC, 1999, p. 11.

<sup>60</sup> CARVALHO. *Apostila de Filosofia do Direito I: Lógica Jurídica*, p. 12.

<sup>61</sup> CARVALHO. *Apostila de Filosofia do Direito I: Lógica Jurídica*, p. 12.

<sup>62</sup> CARVALHO. *Apostila de Filosofia do Direito I: Lógica Jurídica*, p. 12.

<sup>63</sup> CARVALHO. *Apostila de Filosofia do Direito I: Lógica Jurídica*, p. 13.

Paralelo a isso, foram consolidados os planos de estudos da linguagem (*sintático, semântico e pragmático*) e depurados conceitos linguísticos, como o de “enunciado” (como uma sequência significativa de palavras, dentre as quais cada uma tem seu próprio significado e, com isso, formam um outro significado, próprio do enunciado<sup>64</sup>) e o de “proposição” (significado da oração, assim como o “conceito” é o significado da palavra<sup>65</sup>)<sup>66</sup>, o que acentuou a vagueza e ambiguidade inerentes a toda forma de linguagem<sup>67</sup>.

Como não poderia deixar de ser, essas noções repercutiram incisivamente no Direito. Justamente por ser permeada por textos e conjuntos de textos (códigos, coleções legislativas etc.), a ciência jurídica é um dos campos em que mais se desenvolveu e organizou a interpretação<sup>68</sup>. O fenômeno jurídico reclamou ser precedido por um cuidadoso estudo das palavras e frases, especialmente diante da infinidade de sentidos que poderiam ser atribuídos aos seus enunciados.

O texto legal, na condição de linguagem humana, também é composto por signos linguísticos cujo significado é adscrito pelo intérprete<sup>69</sup>. Por consequência, o Direito deixa de ser encarado como algo totalmente determinado em um momento prévio à interpretação, admitindo-se, em vez disso, sua dupla indeterminação (os textos são vazados equivocadamente e as normas são vagas), sendo imprescindível, a interpretação<sup>70</sup>.

Especialmente diante da concepção de que a norma jurídica é o resultado da interpretação e não seu objeto<sup>71</sup>, a teoria da interpretação ganhou novos contornos no campo do Direito, revelando a função valorativa e decisória do intérprete ao atribuir ao texto legal um dos resultados possíveis. Vale dizer, foi consolidada a compreensão de que o Legislador outorga

<sup>64</sup> GUIBOURG, Ricardo et al. *Introduccion al Conocimiento Científico*. Buenos Aires: Eudeba. 1993, p. 64.

<sup>65</sup> GUIBOURG et al. *Introduccion al Conocimiento Científico*, 1993, p. 65.

<sup>66</sup> As definições, na verdade, foram muito mais aprofundadas. A propósito, recobre-se à conceituação sugerida pelo professor Tárek Moysés Moussalém (MOUSSALLEM. *Fontes do direito tributário*, 2006, p. 77-79) dos conceitos de enunciados (conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação), enunciação (ato produtor de enunciados. É um acontecimento, um ato humano que, por si, produz o enunciado. Está sujeito ao espaço e ao tempo e, por isso, se esvai, é provisório), proposição (significação do enunciado, ou seja, “a construção mental do sentido do enunciado), enunciação-enunciada (conjunto de marcas, identificáveis no texto, que remetem à instância de enunciação) e enunciado-enunciado (sequência do enunciado, desprovida das marcas da enunciação).

<sup>67</sup> GUIBOURG et al. *Introduccion al Conocimiento Científico*, 1993, p. 48.

<sup>68</sup> BOBBIO. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, 2006, p. 213.

<sup>69</sup> TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legg*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 102.

<sup>70</sup> MITIDIEIRO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

<sup>71</sup> Por todos: MÜLLER, Frederich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 187; ÁVILA. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 2015, p. 50-55 e MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 53.

textos e não normas. As normas resultam de uma adscrição de sentidos por seus destinatários e, por isso,

é enorme, portanto, a diferença entre a interpretação jurídica no Estado Legislativo e no Estado Constitucional – basta perceber que se pressupunha no primeiro uma unidade entre texto e norma, pressupondo-se que o legislador outorgava não só o texto, mas também a norma, sendo função da jurisdição tão somente declarar a norma preexistente para a solução do caso concreto<sup>72</sup>.

O que se aplica é a norma que deriva da reconstrução do texto. Por isso, a atividade julgadora tornou-se indissociável da atividade interpretativa e esse entendimento assumiu posição central na teoria do Direito<sup>73</sup>.

Inexoravelmente, o intérprete sempre terá que optar, a partir da valoração dos elementos textuais e extratextuais, entre uma das diretivas interpretativas ou um dos resultados interpretativos possíveis. Dessa atividade optativa (mais ou menos opinável, variando de acordo com o grau de indeterminação da previsão legal<sup>74</sup>) é que, a partir da reconstrução do texto, à luz do caso concreto e da dicção constitucional, derivará a norma jurídica.

Essa percepção tornou falaciosa a crença da relação biunívoca entre lei e resultado- interpretação, uma vez que toda disposição textual será sempre, em maior ou menor proporção, vaga e ambígua e, nessas condições, também oferecerá uma multiplicidade de normas dissociadas<sup>75</sup>. Tornou-se patente, por outro lado, admitir que uma norma pode perfeitamente resultar de diversos resultados deônticos.

O importante é perceber que a forma linguística expressa no plano do Direito positivo e o conteúdo semântico inerente às normas passaram a reclamar especificação no momento da concretização. A norma exsurge somente ao final desse processo, de modo que o texto

---

<sup>72</sup> MITIDIEIRO. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial, 2012, p. 85-99. ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, 2017, p. 143. O CPC/2015 parece ter feito essa opção teórica, tendo depurado a linguagem na invocação do conceito de “norma jurídica” em diversos dispositivos cuja correspondência no CPC/1973 mencionava “texto de lei” (v.g., art. 966, V).

<sup>74</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: Teoria del garantismo penale. 8. ed. Roma: Laterza, 2004, p. 11.

<sup>75</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 77.

normativo é somente o primeiro passo, o ponto de referência. Não existe norma, senão norma jurídica interpretada<sup>76</sup>.

Essa também foi a ideia que amparou a teoria de Frederich Müller, para quem a decisão de cada caso vindica uma estruturação construída a partir de dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma) e somente com a interpretação voltada para o caso em análise é que a norma individual e concreta se forma<sup>77</sup>. Para o autor, o texto é apenas uma das etapas para a concreção da norma, que depende também de elementos não linguísticos – recorte da realidade social – para a formação da norma concreta (decisão), sempre por meio do processo interpretativo.

Também ganharam fôlego as contribuições de Ronald Dworkin, que negaram o caráter semântico da norma, reservando-lhe uma essência eminentemente pragmática na medida em que reconhecem que a normatividade não é abstrata, ou seja, que não possui sentido *ante casum*, mas somente mediante o processo interpretativo (imaneente à atividade jurisdicional)<sup>78</sup>. A pedra de toque para tangenciar a aplicação justa da norma, então, não se relacionava mais ao significado do texto linguístico legal, mas à hermenêutica do caso concreto.

O campo da metodologia da decisão judicial também recebeu os reflexos pós-positivistas, tendo sido superada a ideia de decidir por meio de um silogismo judiciário. Levando em consideração as três dimensões do fenômeno da atuação dos enunciados normativos no plano social – a saber, o da formação abstrata dos preceitos normativos, o da definição da norma para o caso concreto e o da execução da norma individualizada<sup>79</sup> – os avanços impeliram à compreensão de que, no segundo momento (de formulação da norma jurídica individualizada), não basta que o juiz pura e simplesmente promova a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, cumprindo-lhe compreender suas particularidades e encontrar, por meio da interpretação da norma genérica, soluções que estejam em

---

<sup>76</sup> HARBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 9.

<sup>77</sup> MÜLLER, Frederich. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008, p. 188-189.

<sup>78</sup> DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes: 2010, p. 318-319.

<sup>79</sup> ZAVASCKI, Teori. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 24.

conformidade com as disposições e normas constitucionais, em principal, os direitos fundamentais<sup>80</sup>.

Tudo isso implicou conceber que o processo decisional não encerra apenas o ato de subsumir a norma ao caso concreto, até porque a norma, no paradigma pós-positivista, não existe abstratamente. Essa foi a conclusão à qual chegou Georges Abboud em sua tese de doutorado, para quem “perante o paradigma pós-positivista, a sentença deixa de ser ato silogístico em que se aplica mecanicamente uma premissa maior (lei) para a solução do caso concreto (premissa menor)”<sup>81</sup>.

Por outro lado, para Robert Alexy, nas hipóteses em que não se pode encontrar uma resposta para as questões submetidas ao Judiciário apenas com a ajuda do instrumentário jurídico, restaria ao intérprete o retorno ao discurso prático geral, que admite o influxo de considerações morais, éticas e pragmáticas para fins de fundamentação racional das decisões<sup>82</sup>.

Ademais, outras técnicas de motivação foram assimiladas de modo a atender aos chamados casos difíceis (*hard cases*), cujas respostas não são encontradas a partir da simples aplicação da regra, seja pela excepcionalidade da lide ou em virtude da preponderância de um ou mais princípios aplicáveis ao caso concreto<sup>83</sup>.

Na grande maioria dos casos, no entanto, a solução mais racional, apta a fundamentar as normas individuais produzidas no processo de aplicação do Direito, corresponde “[à]quela que pode ser fundamentada da melhor maneira possível considerando-se o vínculo com as normas jurídicas válidas, os precedentes e a dogmática elaborada pela ciência do Direito”<sup>84</sup>, fatores que, em maior ou menor grau, dirigem a atividade jurisdicional.

A abertura semântica, a evolução da teoria da interpretação e a relação contemporânea entre legislação e jurisdição revelaram a inutilidade de continuar negando o espaço de subjetividade do juiz diante da ineliminável indeterminação do Direito. Em vez disso, sofisticaram-se os

<sup>80</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 704.

<sup>81</sup> ABOUD, Georges. *Discricionariiedade adminsitrativa e judicial: o ato administrative e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

<sup>82</sup> Cf. ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2017, p. 88 e 97.

<sup>83</sup> Cf. NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 22, n. 88, 2014.

<sup>84</sup> Cf. ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2017, p. 88.

meios adequados de controle intersubjetivo das decisões judiciais, tornando-se igualmente imprescindível a fundamentação. Aliás, o processo interpretativo só é legitimado quando ocorre de modo racional (“uma interpretação é racional quando a atividade do intérprete é justificada e o seu resultado é coerente e universalizável”<sup>85</sup>), viabilizando o controle intersubjetivo das razões invocadas e que se possa perscrutar as opções teóricas da decisão<sup>86</sup>.

O modelo constitucional, então, não subjaz à utopia de procurar o sentido exato da lei, mas à percepção de que a decisão aceitável como válida é a que se reveste de uma coerente e suficiente fundamentação, que demonstre o trajeto cognitivo e justifique a construção argumentativa realizada de forma racional (isso é, a partir de argumentos racionalmente aceitáveis)<sup>87-88</sup>. Fundamentar, nesse sentido, significa expor coerente e logicamente as razões que embasaram determinada decisão. É um ato substancial, ou seja, tem que fornecer o material necessário para que as partes compreendam quais premissas e caminhos foram adotados.

Tencionando depurar o processo argumentativo na fundamentação, foi bem oportuna a *teoria da justificação* proposta por Jêrzy Wrobléwski, para quem justificar uma decisão é dar-lhe razões apropriadas, a fim de que ela se torne racionalmente aceitável<sup>89</sup>. Resumidamente, esse processo, segundo o autor, matura-se em duas etapas: a justificação interna e a externa. Internamente, a decisão deverá submeter-se ao controle lógico-formal a partir do conteúdo do próprio ato decisório. Não se leva em conta, nesse momento, a qualidade das premissas escolhidas, ponderando-se exclusivamente se o dispositivo decorre logicamente da fundamentação e se todos os fundamentos arguidos pelas partes foram considerados. De outro lado, a justificação externa concerne em fundamentar a escolha das premissas da decisão, confrontando-as com as peculiaridades do caso concreto<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 61.

<sup>86</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 65.

<sup>87</sup> Em sentido semelhante: MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 78.

<sup>88</sup> Embora semelhantes, a definição dos conceitos “argumentação” e “justificação” se distinguem dentro de um arcabouço retórico mais amplo. Argumentar é o processo feito anteriormente à decisão e, dessa forma, é feito *perante* um julgador. Justificar, por sua vez, consiste numa atividade realizada após a decisão ter sido tomada ou uma ação realizada e, por isso, é procedido *pelo* julgador (SCHAUER, Frederick. *Precedente*. Tradução de André Duarte de Carvalho e Lucas Buriel de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 49).

<sup>89</sup> WROBLÉWSKY, Jerzy. *Legal syllogism and rationality of judicial decision*. Rechts-theorie. Berlin: Duncker & Humblot, 1974, vol. 5, parte 1, p. 39.

<sup>90</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 163.

A personalidade decisória foi ganhando forma e, assim, a velha noção cognitivista foi cedendo espaço à compreensão de que a legitimidade da decisão judicial não se limita ao mero convencimento pessoal do juiz; antes, ganha estrutura na justificação de suas escolhas de fato e de Direito<sup>91</sup>, porque somente dessa maneira a interpretação exercida será racional, isso é, de forma coerente (podendo, assim, ser reconduzida harmonicamente ao conjunto estruturante do ordenamento, preocupando-se com a hierarquia e unidade das normas) e universalizável (ou seja, possuir condições para ser replicável para os casos futuros idênticos ou semelhantes)<sup>92</sup>.

Todo esse entendimento não resistiu ao controle de constitucionalidade que, especialmente diante da submissão à Constituição, não se limitou às declarações de inconstitucionalidade de lei, mas na preservação do texto normativo com aplicação de sentido constitucional (declaração de nulidade total ou parcial e interpretação conforme ou de acordo com a constituição). O controle passou a ser admitido nas modalidades concentrada e difusa, afinando ainda mais o gargalo da constitucionalidade com a possibilidade do exercício por todos os órgãos do Judiciário.

O papel do juiz foi fortificado na medida em que o Poder Judiciário tornou-se essencial para o fechamento e equilíbrio do sistema estatal, justamente porque a jurisdição, no paradigma constitucional, pressupõe ampla participação social e, especificamente, das partes no processo como critério de validade da decisão<sup>93</sup>, equacionamento reservado aos magistrados realizar na condução do caso judicial.

Inserido num contexto em que a subserviência à Constituição tornou-se pressuposto dos Estados tidos como democrático-constitucionais, sendo ela a delineadora do Direito no respectivo ordenamento, relegou-se ao Judiciário a função de controlar os atos que lhe aparentarem contrariedades (inconstitucionalidades), “sobretudo mediante a concretização dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais”, tornando-se “imperioso atribuir força vinculante aos precedentes dos tribunais constitucionais”<sup>94</sup>, posto que, diante da inarredável tarefa interpretativa das Cortes judiciais, deveria haver órgãos responsáveis por outorgar unidade ao sentido do Direito.

---

<sup>91</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. 1, 2017, p. 119.

<sup>92</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 61.

<sup>93</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 133.

<sup>94</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 134-135.



Esse conglomerado de novas concepções – a evolução da teoria da interpretação, os impactos do constitucionalismo, a mudança de paradigma do sistema decisório e o construtivismo lógico-semântico – fez surgir uma nova racionalidade jurídica, confluindo no entendimento de que até mesmo os ordenamentos jurídicos dos países de tradição romano-canônica podem e necessitam conviver com o sistema de precedentes obrigatórios<sup>95</sup> em nome da liberdade, segurança jurídica, coerência do Direito e da igualdade perante às decisões judiciais<sup>96</sup>.

É justamente nesse contexto que o estudo dos precedentes judiciais e o delineamento de uma teoria ganham relevância.

## 1.2 APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: O NÚCLEO TEÓRICO (*RATIO DECIDENDI*, *OBITER DICTUM*, *OVERRULING* E *DISTINGUISHING*)

### 1.2.1 Noções gerais e núcleo teórico

A noção de precedente não se limita ao mundo jurídico, sendo, antes, um ato imanente à própria vida, dado que o simples fato de algo já ter sido feito antes fornece, por si só, um motivo para ser feito de novo daquela maneira<sup>97</sup>. Tecendo exemplos cotidianos, Frederick Schauer compila bem essa ideia:

Imagine a criança que insiste que não deveria usar bermudas para a escola porque seu irmão mais velho pôde usar calças quando ele tinha sete anos. Ou imagine o burocrata que, ao ser interpelado por pedidos de consideração especial, responde dizendo: “nós nunca fizemos desse jeito antes”. Em inúmeras circunstâncias, fora do Direito como também dentro, o fato de algo ter sido feito antes, fornece, por si só, um motivo para ser feito de novo daquela maneira.

<sup>95</sup> MARINONI. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*, 2016, p. 44.

<sup>96</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 147.

<sup>97</sup> SCHAUER. *Precedentes*, 2016, p. 50.

Com efeito, confiar em decisões já tomadas é parte da vida em geral e no Direito não poderia ser diferente. Na verdade, a necessidade de que os casos sejam decididos de maneira similar é um princípio fundante à própria ideia de administração da Justiça pelo Estado<sup>98</sup>.

A razão de ser de um modelo de precedentes vinculante é assegurar a *universalidade* e *racionalidade* decisória<sup>99</sup>, ideal traduzido pela necessidade de tratar de maneira semelhante os casos similares (*treat like cases alike*<sup>100</sup>). A escolha mais racional, na maior parte dos casos, será decidir da mesma maneira como já foi decidido antes, proporcionando inúmeras vantagens, não apenas do ponto de vista dogmático, mas também, da prática e da confiabilidade da ordem jurídica, diuturnamente ameaçadas.

É nesse mesmo sentido que MacCormick e Summers definem o conceito de precedentes como decisões pretéritas que funcionam como modelo para decisões futuras, aplicando as lições aprendidas no passado para resolver os problemas vindouros e, com isso, constituindo uma parcela fundamental da razão prática humana<sup>101</sup>. Está aí, também, delineado o preceito contido na primeira das duas principais regras para a aplicação dos precedentes judiciais, idealizadas por Robert Alexy: “se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado”<sup>102</sup>.

Historicamente, a força obrigatória dos precedentes foi reconhecida no curso do desenvolvimento do *common law* (direito comum) para, principalmente, conferir segurança às relações jurídicas<sup>103</sup>. É importante lembrar, contudo, que a vinculação aos precedentes não se

<sup>98</sup> CROSS, Ruppert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. New York: Oxford University Press, 1991, p. 3.

<sup>99</sup> Por todos, ver amplamente: ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017. Em outro texto científico, o autor lembra que, embora, diuturnamente, os princípios da igualdade e da segurança jurídica sejam invocados para justificar o modelo de precedentes vinculantes, a resposta da universalidade e da racionalidade lhe atendem melhor. Segundo defende, “a racionalidade das decisões é garantida na medida da possibilidade de universalização para todos os casos análogos a partir das mesmas razões de decidir” (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 315) e, ainda, que “a universalização é mais ampla que a igualdade. Para além de incluir a premissa da igualdade, a universalização exige que os juízes dos casos-futuros tenham, a partir da adoção de um pesado ônus argumentativo decorrente da regra da universalização, o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada, afastando a presunção a favor do precedente, quando o caso deva ser julgado de forma diferente (ônus argumentativo e pretensão de correção). Os princípios da igualdade e segurança jurídica, normalmente elencados para justificar a teoria dos precedentes, são, portanto, consequências colaterais do atendimento da racionalidade e universabilidade das decisões” (ZANETI JR. *Comentários ao artigo 926*, 2015, p. 1.311).

<sup>100</sup> Amplamente, MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

<sup>101</sup> MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: \_\_\_\_\_. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 01.

<sup>102</sup> Cf. ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2017, p. 556.

<sup>103</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 97.

confunde com o *common law*, como ainda insistem alguns, haja vista que essa tradição jurídica foi estabelecida e se desenvolveu na Inglaterra muito antes da ascensão da cultura judicial de vinculação ao que foi decidido antes<sup>104</sup>.

O Direito comum foi o caminho encontrado para o desenvolvimento de um sistema jurídico único, aplicável a toda a nação, criado a partir de escolhas históricas (e não de um golpe ou uma ruptura brusca com um sistema anterior), pautado a partir do Direito jurisprudencial e que relegava à legislação um papel marginal. O *stare decisis*<sup>105</sup> (redução do brocardo *stare decisis et non quieta movere* – que, ao pé da letra, quer dizer “respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido”), por sua vez, é a prática de seguir precedentes, fundada na doutrina de que casos iguais devem receber tratamento jurídico igual, justamente pela necessidade de se imperar a segurança jurídica, isonomia e eficiência (ligados diretamente ao prestígio que os juízes e tribunais superiores têm nos Estados que abrigam essa teoria).

A ideia é que o juiz, ao solucionar casos, tem a obrigação de não se desviar da solução empregada em precedente ensejado por decisão de um caso análogo, ainda que considere a solução inadequada ou injusta<sup>106</sup> (caso em que o juiz aplicador, embora irressignado, aplica o precedente com a ressalva de entendimento diverso, o que, além de robustecer o modelo de precedentes, viabilizará o recurso da parte vencida<sup>107</sup>).

Enquanto os países de tradição romano-canônica buscaram a igualdade, liberdade e certeza jurídica por meio da lei, imaginando que a segurança jurídica seria a segurança no sentido prévio e intrínseco do texto legislativo (sob a utópica crença de que, impedindo o juiz de interpretar, sua limitada atuação de *dizer a vontade da lei* supostamente outorgaria certeza jurídica, proporcionando ao cidadão segurança e previsibilidade no trato das relações sociais), os de tradição anglo-saxônica militaram os ideais de segurança e previsibilidade nos precedentes, ou, mais precisamente, no *stare decisis*<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 39-45.

<sup>105</sup> Segundo Hermes Zaneti Jr., *stare decisis* significa “concordar com ou aderir a casos já decididos” (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 335). Já Dalmo Dallari, recorrendo à lição de E. Allan Farnsworth, aludindo ao brocardo latino do qual a expressão foi reduzido, a define como “apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos” (DALARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 73).

<sup>106</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 39-45.

<sup>107</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 343.

<sup>108</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 147-149.

Como se percebe, segurança, isonomia e previsibilidade foram valores almejados por ambas as tradições jurídicas. A diferença é que no *civil law* eles seriam conquistados a partir da imposição de que os juízes estariam sujeitos somente à lei, ao passo que no *common law*, justamente porque desde o início já houve a consciência de que a atividade interpretativa é inerente a de julgar e que, por isso, os juízes podem proferir decisões diferentes, enxergou-se a força vinculante dos precedentes judiciais como instrumento adequado para garantir tais ideais<sup>109</sup>.

A partir da constatação de que uma mesma lei pode ser interpretada de diversas formas, propiciando distintas decisões para casos semelhantes, chegou-se à conclusão de que a segurança jurídica apenas poderia ser garantida “frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes”<sup>110</sup>.

O Direito, como aplicação (construção) da norma, é dinâmico e mutável de acordo com a realidade social, ao contrário da lei, que, por si só, permanece rígida e incapaz de acompanhar a evolução do mundo. Dessa forma, tanto a igualdade, como a segurança jurídica somente podem ser alcançadas se buscadas não apenas na norma legislada, mas, também, na judiciada. *É nessa conjuntura que ganha relevância o precedente judicial: na concretização da norma geral e abstrata*, a fim de que todos recebam tratamentos substancialmente iguais perante a lei e, também, aos tribunais. Ou seja, na interpretação e aplicação da norma ao caso concreto, deve-se buscar condições de proporcionar o mesmo tratamento jurídico a todos, levando em consideração as peculiaridades de cada caso.

Diversos argumentos são invocados pela doutrina para justificar tal vinculação aos precedentes. Alexy, por exemplo, aduz que suas regras de utilização se baseiam, em síntese, “na igualdade, na segurança jurídica, na proteção da confiança, na redução da carga de trabalho e na estabilidade como base do desenvolvimento”<sup>111</sup>.

O professor Hermes Zaneti Jr., inspirado pelo imperativo categórico de Immanuel Kant<sup>112</sup>, sublinha a importância do precedente como meio de controle sobre a racionalidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, de forma a garantir a uniformidade e a continuidade

<sup>109</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 149.

<sup>110</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 99.

<sup>111</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 99.

<sup>112</sup> “Existe apenas um imperativo categórico e é este: *age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 59.).

do Direito através de sua universalização para todos os casos análogos futuros a partir das mesmas razões de decidir<sup>113</sup>.

É fundamental que o sistema jurídico que adota o *stare decisis* conceba, também, uma teoria de Cortes supremas (tribunais de vértice, cuja função é a outorga de unidade do Direito de um lado, consagrando esse tribunais em verdadeiros Cortes de precedentes e, de outro, vinculando-os aos próprios precedentes<sup>114</sup>), tornando tais tribunais mais responsáveis por suas decisões e ampliando o dever de conformidade dos tribunais inferiores, o que também milita a favor da previsibilidade e igualdade do Direito<sup>115</sup>. Vale mencionar, a decisão que deixa de aplicar o precedente sem justificar a razão do afastamento será equivocada e atrairá o remédio técnico destinado à manutenção da estabilidade do precedente, qual seja, o manejo de recurso à Corte competente para revisar a decisão<sup>116</sup>.

Com efeito, nos modelos jurídicos que comportam a vinculação aos precedentes judiciais, uma vez exarado, sua consideração passa a ser obrigatória todas as vezes que a mesma matéria venha a ser debatida em casos considerados análogos pelo próprio órgão julgador (vinculação horizontal) ou por tribunais inferiores que estejam hierarquicamente submetidos às suas decisões (vinculação vertical).

Nem mesmo a evolução do *civil law*<sup>117</sup> resistiu a essa compreensão, justamente por decorrência da já explanada interpenetração das tradições<sup>118</sup>. A inarredável tarefa interpretativa dos juízes torna também imprescindível um modelo de precedentes vinculantes que aponte Cortes judiciais responsáveis por emprestar unidade ao Direito. Com muito mais propriedade, então, justifica-se a adoção do modelo vinculante pelo Brasil, que há mais de um

---

<sup>113</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 312.

<sup>114</sup> ZANETI JR. Comentários ao artigo 926, 2016, p. 1.315.

<sup>115</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>116</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 343.

<sup>117</sup> “[...] a tradição do *civil law*, nas razões da Revolução Francesa, foi completamente descaracterizada com o passar do tempo. A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, que, portanto, nasceu com a marca da utopia. Como dogma, essa noção manteve-se viva, ainda que a evolução do *civil law* descaracterizasse-a. Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das normas abertas fizeram surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil law*” (MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 81).

<sup>118</sup> Cf. MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017.

século abriga um sistema jurídico híbrido<sup>119</sup> – isto é, que reúne características de *common law* (processo constitucional mais ligado à tradição americana, por exemplo, ao outorgar a todo juiz a possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade das leis, fornecer cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados como instrumentário de jurisdição, além de admitir força normativa aos princípios) e de *civil law* (de tradição romano-germânica, da qual se recepcionaram o Direito privado, o público infraconstitucional e o penal<sup>120</sup>) – e já flertava, mesmo antes do advento do CPC/2015, com os institutos relacionados ao *stare decisis*<sup>121</sup>.

Em sentido oposto, inúmeras objeções teóricas são levantadas contra a adoção de um modelo de precedentes vinculantes no ordenamento pátrio, geralmente invocando os princípios da legalidade e da separação de poderes, a independência do juiz e, sobretudo, o receio do fechamento argumentativo capaz de inibir a mutabilidade crucial ao Direito, para sustentar a inconstitucionalidade do sistema proposto<sup>122</sup>. Além de questionar a constitucionalidade do modelo vinculante, essa corrente doutrinária rejeita a normatividade dos precedentes judiciais porque, segundo entende, concebê-la engessaria o sistema jurisprudencial, na medida em que a vinculação às decisões das Cortes superiores impediria a formação da jurisprudência local própria e, por conseguinte, acabaria encerrando soluções anômalas a casos essencialmente diversos do paradigma<sup>123</sup>.

De fato, ao menos diante da atual realidade judiciária brasileira, analisando superficialmente o tema, o receio poderia ter relevo. Em tempos em que o Poder Judiciário agoniza com o acúmulo absurdo de demandas e magistrados são diuturnamente pressionados por metas de

<sup>119</sup> ZANETI JR.. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014, p. 52.

<sup>120</sup> ZANETI JR.. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014, p. 17.

<sup>121</sup> “[...] após 1891, ocorreram sucessivos momentos de recepção constitucional da tradição jurídica norte-americana, quer no próprio texto constitucional, quer pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que conduziram para a Emenda Constitucional n. 45/2004 à Constituição de 1988, na qual se deu a recepção mitigada do *stare decisis* como regra de previsibilidade das decisões dos tribunais brasileiros, conferindo maior igualdade, necessária estabilidade ao direito, decorrente das decisões dos órgãos judicantes e fechando um círculo de recepção constitucional, começando com a Constituição da República de 1981” (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 55-56). A recepção dos fragmentos da tradição *common law* será melhor abordada no tópico 1.2.4, *infra*.

<sup>122</sup> Dos doutrinadores que se opõem ao modelo vinculante, ver, por todos: NERY JR.; ANDRADE. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2015, p. 1156; NERY JR.; ABOUD. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*, 2013, p. 302; e TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivim, 2015, p. 454. No capítulo 2, as críticas serão analiticamente refutadas.

<sup>123</sup> NERY JR., Nelson. ABOUD, Georges. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre et. al. (Orgs.) *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivim, 2013, p. 503.

produtividade, a simples reprodução dos paradigmas firmados pelos tribunais, sem a menor preocupação com as particularidades do caso concreto, torna-se bastante sedutora. Soma-se a isso o despreparo de alguns juristas e a falta de familiaridade de muitos com a teoria dos precedentes, aliados à importação “à brasileira” da cultura vinculante (ou seja, sem nenhuma teoria de base), que um quadro preocupante de engessamento da jurisdição poderia, de fato, pensar em despontar.

Nada obstante, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a força vinculante dos precedentes não redunde, necessariamente, no enrijecimento do sistema, visto que a mudança de circunstâncias fáticas e sociais autoriza a prescrição de uma regra diferente para o caso concreto (*distinguishing*) ou mesmo a superação do precedente (*overruling*).

Na primeira situação, verificada a distinção entre o caso submetido a julgamento e o paradigma, qualificada pela falta de correspondência entre os fatos discutidos e aqueles que serviram de base à tese jurídica já consagrada (*ratio decidendi* ou *holding*<sup>124</sup>), pode o magistrado optar entre dois caminhos, assim delineados por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

(i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica é aplicável (*ampliative distinguishing*)<sup>125</sup>.

Note que, no sentido oposto ao capitaneado pelas críticas, um sistema de precedentes obrigatórios que desenvolva bem a técnica de distinção alimenta (e não extingue) a maleabilidade do sistema na medida em que permite (na verdade, condiciona<sup>126</sup>) a demonstração das diferenças entre as circunstâncias fáticas do caso-precedente e as do caso-atual, empresa que, se bem sucedida, afastará a aplicação do precedente. Na verdade, como

<sup>124</sup> Não há exata identidade absoluta entre *ratio decidendi* e *holding*, mas ambos se referem à parcela vinculante da decisão (Cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 35).

<sup>125</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 491.

<sup>126</sup> Num modelo pretensamente vinculante, salientar as boas técnicas de distinção não é uma opção, já que poder diferenciar o caso-atual do caso-precedente é um corolário do próprio princípio da igualdade (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 492).

orienta o enunciado n. 306<sup>127</sup> do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC, o *distinguishing* é, de um lado, uma garantia fundamental processual às partes e, de outro, um dever para o juiz ou tribunal que pretende desviar-se do aparente precedente.

Além disso, a consolidação de meios efetivos da técnica do *distinguishing* serve, também, para estimular o desenvolvimento do Direito diante de novas realidades ou situações que, embora antigas (já existentes no momento da formação do precedente), não tenham sido consideradas pelo caso-precedente e nem nas aplicações anteriores, “sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente, que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde a sua origem”<sup>128</sup>. A técnica da distinção, nessa feição, densificará o precedente e o tornará mais apropriado para as futuras aplicações. O assunto ficará melhor ilustrado no capítulo 4, ao serem analisadas as contribuições do *distinguishing* para o sistema.

De outro lado, há circunstâncias especiais que podem levar o tribunal a revogar os próprios precedentes, substituindo-os por outros considerados mais adequados. É o que ocorre no caso do *overruling* (superação pela evolução do Direito), técnica excepcional cuja aplicação depende da confrontação de pelo menos um dos seus requisitos básicos (perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica), com os critérios que ditam as razões para a preservação do precedente: a confiança justificada e a prevenção contra injusta surpresa<sup>129</sup>.

Em ambos os casos, o órgão julgador submete-se a um robusto ônus argumentativo que milita em prol dos paradigmas já firmados como uma presunção a favor dos precedentes<sup>130</sup>, conforme enunciado na segunda regra de aplicação proposta por Alexy: “aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto”<sup>131</sup>. Por isso mesmo, Hermes Zaneti Jr. defende que, além da *igualdade*, a *racionalidade* fundamenta de maneira muito mais adequada o modelo de precedentes, porque carrega como elemento intrínseco a *universalização*, exigindo que juízes dos casos futuros, pelo pesado ônus argumentativo que a universalidade da decisão atrai, tenham o dever (normativo) de seguir adequadamente os precedentes, somente sendo possível afastar a presunção que lhe advoga a favor quando o

<sup>127</sup> “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa” (Enunciado n. 306, FPPC).

<sup>128</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 333.

<sup>129</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1991, p. 104-105.

<sup>130</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 327.

<sup>131</sup> Cf. ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2017, p. 556.



caso deva realmente ser julgado de maneira diferente (ônus argumentativo e pretensão de correção)<sup>132</sup>.

É por isso, aliás, que não se pode divorciar o precedente das circunstâncias fáticas que fomentaram sua formulação, porque são justamente elas que revelarão semelhanças e diferenças entre duas ou mais questões, viabilizando ao caso o *distinguishing* ou o *overruling*<sup>133</sup>. Havendo um precedente judicial, o intérprete só poderá afastar sua aplicação caso logre êxito no percurso argumentativo de demonstrar que, seja porque as circunstâncias fáticas do caso-atual não são as mesmas das do caso-precedente (no caso do *distinguishing*) ou porque, embora sejam semelhantes o suficiente para, em tese, atrair o precedente, a solução jurídica dantes outorgada ao caso já não é mais socialmente congruente ou sistemicamente consistente (caso que sugere o *overruling*).

Essa também é a razão que vincula a teoria dos precedentes à teoria da decisão e da interpretação<sup>134</sup>, porque só com os elementos argumentativos a elas inerentes, a vinculação manterá o sistema adaptável, como reclama o Direito.

De toda sorte, desmistifica-se a ideia de que o magistrado, quando submetido ao *stare decisis*, atua como uma máquina, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução alcançada por outro órgão jurisdicional<sup>135</sup>.

Assim, além de garantir isonomia aos casos análogos, um modelo responsivo de precedentes obrigatórios (como o que foi delineado pelo CPC/2015) tem vocação de proporcionar previsibilidade (já que revela o caminho que adequadamente deve ser traçado pelo jurisdicionado), estabilidade, na medida em que restringe as hipótese de decisões que escapem ao que já foi decidido antes, e, ainda, oferece elementos de fomento ao dinamismo do Direito, sendo, portanto, conforme ao Estado Democrático Constitucional.

<sup>132</sup> ZANETI JR. Comentários ao artigo 926, 2016, p. 1.311.

<sup>133</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 148.

<sup>134</sup> “O precedente consiste na decisão jurisdicional tomada em relação a um caso concreto, cujo núcleo é capaz de servir como diretriz para a resolução de demandas semelhantes. Todo precedente é, portanto, uma decisão judicial, mas nem toda decisão pode ser qualificada como sendo um precedente. Como característica fundamental do precedente, tem-se o surgimento de uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional a partir de um caso concreto, que passa a servir de diretriz para situações assemelhadas” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 176).

<sup>135</sup> A estagnação do Direito pelo modelo de precedentes também é uma crítica doutrinária que será refutada no Capítulo 2, junto com as demais.

### 1.2.2 Influxos liberais-positivistas

A tradição jurídica brasileira ignorou, por muito tempo, a importância dos precedentes, mesmo possuindo uma “matriz híbrida de *common law* e *civil law*”<sup>136</sup>, inspirada pelo constitucionalismo norte-americano, cuja influência já se fizera sentir na primeira Constituição da República, promulgada em 1891 – CREUB/1891, que adotou não apenas denominação similar para o País (Estados Unidos do Brasil), como também incorporou o modelo estadunidense de organização do Poder, com as instituições da república, a federação, o presidencialismo e a ideia de jurisdição universal (*judicial review*), ao permitir ao juiz a mais ampla cognição, submetendo todas as causas aos tribunais comuns, “diversamente do sistema francês que, até hoje, separa a jurisdição comum da administrativa e que, no Império, deferia ao Conselho do Estado o poder de processar e julgar causas públicas”<sup>137</sup>.

Vale lembrar que a República Velha também introduziu o controle judicial de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro, conferindo aos magistrados a competência para examinar as leis à luz da Carta de 1891. Merece destaque o fato de que tal atribuição não foi direcionada limitadamente aos membros do então recém-criado Supremo Tribunal Federal (art. 55, CREUB/1891), mas também aos juízes das instâncias ordinárias, que, com o tempo, passaram a desempenhar um papel muito próximo daquele exercido pelos juízes do *common law*.

Com efeito, a atuação do juiz que não aplica a lei por reputá-la inconstitucional, que se vale das técnicas da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto” (art. 28, parágrafo único, Lei Federal

---

<sup>136</sup> ZANETI JR.. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014.

<sup>137</sup> Sobre o tema, ver, amplamente, ZANETI JR.. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014; e SLAIBI, Nagib Filho. *Breve História do Controle de Constitucionalidade*, 2008 p. 05. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136)>. Acesso em: 05 fev. 2018.

9.868/1999<sup>138</sup>) ou que supre a omissão do legislador em face dos direitos fundamentais, “revela uma atividade produtora, verdadeira criação do direito”<sup>139</sup>.

Ainda assim, a cultura jurídica nacional que, especialmente no que toca ao Direito infraconstitucional, foi fortemente tributária do *civil law*, não se desapegou facilmente dos resquícios liberais-positivistas, sustentando a mentalidade que exaltava a lei (supostamente completa e suficiente) como fonte única do Direito, matematizava excessivamente a ciência jurídica e compreendia a interpretação com ato revelador da vontade do Legislador<sup>140</sup>, traços da “tradição processual civil da Europa continental”, que emergiram “mais notadamente em 1973, com o *Código Buzaid*”<sup>141</sup>.

O CPC/1973 representou um memorial da renitência racionalista, levando Alfredo Buzaid a orgulhar-se de erigir uma “instituição eminentemente técnica”, uma vez que, como sustentou o jurista, “a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal”<sup>142</sup>. Foi o final de um longo processo de recepção tardia do Direito napoleônico, iniciado em 1916, com o Código Civil e continuado em 1939, com o primeiro Código de Processo Civil nacional – CPC/1939<sup>143</sup>.

A ideologia estruturante da Revolução Francesa<sup>144</sup> foi incorporada ao ordenamento pátrio, pressupondo que o Legislador poderia perceber a integralidade da natureza das coisas, discerni-las e compila-las como normas escritas, fomentando o falso mito de haver um Direito codificado completo, sem lacunas ou obscuridades, indiferente aos fatores culturais<sup>145</sup>. O modelo remontava aspectos da tradição romano-canônica, com proeminência na legislação e na negação da jurisprudência como fonte de Direito, ideais supostos como hábeis a garantir

---

<sup>138</sup> Art. 28, parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

<sup>139</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 61.

<sup>140</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 135.

<sup>141</sup> ZANETI JR.. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014, p. 18.

<sup>142</sup> BUZOID, Alfredo. *Exposição de motivos*. Brasília, 1972, p. 12.

<sup>143</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 52.

<sup>144</sup> MITIDIEIRO, Daniel. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, n. 2, p. 123-124.

<sup>145</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 22.

liberdade, segurança jurídica e igualdade<sup>146</sup>, como ficava bem expresso no art. 126 do CPC/1973<sup>147</sup>.

Essa vetusta forma de pensar, contudo, era impregnada pela ideologia da doutrina da separação estanque de poderes e pelas teorias cognitivistas do racionalismo liberal, que já haviam sido, há muito, superadas e não se amoldavam aos reclamos constitucionais<sup>148</sup>, exatamente porque pressupunham um acoplamento dedutivo-subsuntivo-mecânico<sup>149</sup> da legislação pela jurisdição.

Em sentido oposto, a experiência havia revelado que a mera garantia formal da igualdade e da segurança jurídica já não eram suficientes para conformar as necessidades reais, porque a relação entre a legislação e a jurisdição deveria ser dinâmica e cooperativa e sempre manejada por instrumentos apropriados a “promover unidade ao Direito em um permanente equilíbrio entre estabilidade e abertura de nosso sistema jurídico”<sup>150</sup>.

O movimento de constitucionalização trouxe a necessidade de se estabelecer um modelo de processo que se funda na dignidade da pessoa humana<sup>151</sup>, que busca equilíbrio entre as normas constitucionais e os direitos fundamentais, entre os valores liberais e os sociais, entre direitos individuais e os coletivos. A CF/1988 inaugura o paradigma do Estado Democrático Constitucional, que compilou as benesses dos modelos Liberal e Social predecessores<sup>152</sup>, alçando a autonomia do indivíduo e a ampliação do catálogo de direitos fundamentais a uma

<sup>146</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 69-70.

<sup>147</sup> Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

<sup>148</sup> É importante ressaltar, contudo, que até mesmo o embrionário advento constitucional, em 1988, endossava o modelo já firmado pelo CPC/1973, o que levou Maurício Ramires a, inclusive, atribuir parcela de culpa pela exaltação da legislação à própria Constituição Federal: “Dizer que o modelo brasileiro de direito tem a lei por núcleo central não é apenas fazer uma constatação histórica sobre a pertença do sistema jurídico nacional à tradição romano-germânica ou o modelo da *civil law*. Trata-se, antes, de uma leitura da Constituição Federal, que, no inciso II do seu art. 5º, estabeleceu que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2010, p. 61). A denotação do termo “constitucional” aqui invocada, no entanto, alude aos ideais pós-positivistas e todos os seus influxos.

<sup>149</sup> STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. O NPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? DIDIER JR., Fredie et. al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 176.

<sup>150</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 70.

<sup>151</sup> MITIDIERO. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2015, p. 64.

<sup>152</sup> STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 93.

posição de destaque, o que se densifica a partir da fundação das liberdades públicas, incorporação dos avanços sociais e consolidação dos valores da ordem democrática<sup>153</sup>.

Como norma jurídica suprema, a Constituição condiciona a interpretação dos enunciados infraconstitucionais, já que é justamente mirando nela que as demais normas jurídicas esgotam seu fundamento de validade. Todos os demais diplomas normativos devem submissão à enunciação constitucional, sob pena de inadequação ao ordenamento jurídico e de acordo com o exercício do controle de constitucionalidade. A separação entre o direito processual e o direito constitucional não existe mais<sup>154</sup>, pois todas as normas processuais devem ser interpretadas à luz das normas constitucionais (art. 1º do CPC/2015)<sup>155</sup>; “*todo direito, hoje, ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito*”<sup>156</sup>.

O Direito deixou de ser algo totalmente determinado em um momento prévio à interpretação para assumir uma *dupla indeterminação* (texto equívoco e norma vaga), sendo imprescindível a interpretação, o que provocou um diálogo entre *civil law* e *common law*. A nova concepção da teoria da interpretação aliada à percepção da necessidade de um modelo banhado por cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados<sup>157</sup> minaram o modelo positivista que erigia o estrito respeito à lei, independente da realidade circundante, como sinônimo de igualdade e segurança jurídica<sup>158</sup>. Não tiveram mais espaço as teorias cognitivistas que

<sup>153</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 212.

<sup>154</sup> “Todo processo é público. Todo processo é constitucional. Se todos os ramos do direito servem-se, na velha expressão de Pelegrini-Rossi, da seiva do direito constitucional, como os galhos e ramos de uma árvore, não há como afirmar a existência de um processo que não seja constitucional. Todos os direitos são fruto de uma herança genética que no Estado Democrático Constitucional os conforma e justifica. Não se pode admitir que ocorra, portanto, qualquer contrariedade entre a Constituição, sua ideologia democrática e o processo civil legislado infraconstitucionalmente, muito menos o praticado no fórum e nos altos pretórios. Não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei. Esse é um falso paradoxo. Todo processo judicial ou de direito é processo constitucional.” (ZANETI JR.. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014, p. 162)

<sup>155</sup> “As relações entre processo civil e a Constituição são relações dialógicas, de recíproca implicação. Há na doutrina contemporânea um diálogo constante entre o direito processual civil e o direito constitucional, a ponto de muitos autores falarem, de um lado, em uma teoria processual da constituição e, de outro, surpreendendo o tema por ângulo diverso de visão, em uma teoria constitucional do processo, como desdobramento da força normativa da Constituição especificamente canalizada para o campo de atuação do processo civil.” (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39).

<sup>156</sup> ZANETI JR.. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014, p. 51, mantendo o grifo original do autor.

<sup>157</sup> MARINONI. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*, 2016, p. 61-64.

<sup>158</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 68. Segundo o professor, ademais, nunca houve, na tradição constitucional brasileira, uma identificação completa entre Direito e lei, o que se nota, a propósito, pela redação do art. 5º, XXXV da CF/1988 que protege a lesão ou ameaça ao *direito* (e não à *lei*), vinculando os juízes e tribunais a julgarem conforme a

vigoraram no período positivista, segundo as quais a interpretação constitui ato revelador do sentido da lei (*mens legis*) ou a vontade do legislador (*mens legislatoris*), justamente porque a norma não existe antes da problematização<sup>159</sup>.

A ideia de que a função do juiz contemporâneo, inclusive do *civil law*, suplanta a mera declaração da vontade da lei e até mesmo o entendimento de conformação do processo ao Direito material pré-existente, cabendo-lhe conformá-lo à Constituição Federal<sup>160</sup>, nutriu também a conscientização de, mesmo ainda sem muitos critérios, incrementar no ordenamento pátrio soluções para a vinculação do Direito:

De qualquer forma, o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei. Por isso mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta<sup>161</sup>.

### **1.2.3 Irracionalidade do ordenamento jurídico – consolidação de um sistema judicial que não respeitava precedentes das Cortes supremas – solipsismo dos juízes**

Se, por um lado, o constitucionalismo contribuiu para a adequação do sistema jurídico às realidades constitucionais e para enfraquecer o império cego da lei, por outro, especialmente no Brasil, seus impactos alimentaram o dogma de que os juízes não devem respeito às suas

---

justiça e não ao texto cego da lei (ZANETI JR. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014, p. 51-52).

<sup>159</sup> ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 245, 2015, p. 07.

<sup>159</sup> ABOUD; CAVALCANTI. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo, 2015, p. 05.

<sup>160</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 149.

<sup>161</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 49, 2009, p.52.

próprias decisões, ao ponto de se alegar que qualquer tentativa de vincular o magistrado ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento<sup>162</sup> e sobre a sua liberdade de julgar, o que levou Luiz Guilherme Marinoni a asseverar que o juiz brasileiro tinha “poder criativo maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta[va] o adequado respeito aos precedentes”<sup>163</sup>.

A famigerada superação da mentalidade cognitivista, o “fascínio pela principiologia jurídico-constitucional”<sup>164</sup>, a “ponderação de princípios fundamentada no debate jurídico acerca da constitucionalização do Direito e do neoconstitucionalismo”<sup>165</sup>, aliados à ideia de que todo e qualquer juiz podia exercer o controle de constitucionalidade, consolidou uma cultura judiciária insana, que permitia a cada magistrado ter seu próprio entendimento acerca de determinada matéria, sem observar padrões mínimos de racionalidade ao decidir.

Num país que, há muito, já gozava de um ordenamento híbrido, o retorno aos ideais liberais faziam ainda menos sentido. O controle de constitucionalidade difuso, já implementado há quase um século, era totalmente dissonante à manutenção de uma cultura jurídica que negava o *stare decisis*, porque isso tornaria o sistema ilógico e irracional.

Não havendo Cortes judiciais responsáveis por outorgar unidade à interpretação do Direito e, por conseguinte, não se assumindo a vinculação aos precedentes, os juízes de primeiro e segundo grau estariam autorizados a, sob a escora do discurso do controle de constitucionalidade, tomar como referência a própria interpretação acerca do texto

---

<sup>162</sup> A cultura judicial do “livre convencimento motivado” já figurava há algum tempo no ordenamento civil, tendo sido representada no CPC/1939 por meio do art. 118 (Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio. Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento) e recrudescida pelo art. 131 do CPC/1973 (Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento).

<sup>163</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 38-39.

<sup>164</sup> Aforismo que, Marcelo Neves, também criticando adjetivos como “necoconstitucionalismo” e “neoprocessualismo”, recorrentemente assemelhados ao pós-positivismo, combate: “[...] Mas o neoconstitucionalismo tem prejudicado de certa maneira o debate centralizado em um certo principialismo. Principialismo que torna-se como pompa, para facilitar a aprovação de teses das mais contraditórias. Então, nesse sentido, me parece que esse principialismo típico do neoconstitucionalismo, esse fascínio doutrinário do necoconstitucionalismo, também prejudica a prática jurisdicional e torna essa prática confusa. E, é claro, tem efeitos práticos para aqueles que estão no jogo para a prática judicial, porque facilita enormemente o potencial persuasivo da pompa principialista. Ele tem um aspecto que empolga, e, portanto eu acho que deveria ser repensado.” (NEVES, Marcelo. *Marcelo Neves entre Hidra e Hércules*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

<sup>165</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 134.

constitucional (já que não havia função de outorga de unidade às Cortes de cúpula), postura que, *ultima ratio*, concebia o absurdo de ter *uma Constituição para cada juiz*.

Não há racionalidade em se admitir controle difuso de constitucionalidade sem *stare decisis*<sup>166</sup>, porque abre-se a possibilidade para um juiz declarar que determinada norma é inconstitucional, enquanto outros juízes a têm por constitucional, ou, ainda, permitir que, a despeito da declaração pretérita de inconstitucionalidade de uma lei, o mesmo juiz torne a considerá-la constitucional e aplicável, quadro patológico profetizado pelo “paradoxo de Cappelletti”, ainda em 1968<sup>167</sup>.

Essa anarquia interpretativa alcançou patamares alarmantes, a ponto de impedir o jurisdicionado de prever como uma questão jurídica seria resolvida. Curiosamente, o direito jurisprudencial, cuja essência se filia justamente à certeza, cognoscibilidade e estabilidade do sistema jurídico, propiciou ao Judiciário vivenciar um grau insustentável de insegurança jurídica, já que até então os padrões decisórios não eram dotados de força normativa, cumprindo função prioritariamente persuasiva, isto é, sua ocasional subserviência ocorria mais pelo peso dos argumentos (qualidade dos fundamentos) do que por sua autoridade<sup>168</sup>.

Não era incomum, nessa época, um juiz de instância inferior irreverenciar-se às decisões proferidas por órgãos de cúpula sob a justificativa de que “segundo o seu entendimento” aquela não seria a melhor solução para o caso em análise. Não fosse trágica, a prática seria, no mínimo, curiosa, porque, contrariando a evolução da teoria da interpretação – que só admite a justificação argumentativa como meio de legitimação da prática decisória –, as decisões eram tomadas sem a preocupação de demonstrar suas opções diretivas-interpretativas.

Ignorando que a decisão é um ato de valorações, os juízes passaram a encobri-las, substituindo a exposição da construção cognitiva por invocações cegas de doutrinas e ementas jurisprudenciais, sem a mínima preocupação em demonstrar a correlação com o caso concreto<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 63.

<sup>167</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nele diritto comparato*. Milano: Giufrè, 1968.

<sup>168</sup> ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. *Quieta movere: interpretative change in a codified system*. In: CANE, Peter; STAPLETON, Jane (Orgs). *The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon, 1998, p. 303; BRONAUGH, Richard. *Persuasive precedent*. In: GOLDSTEIN, Laurence (Ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 223.

<sup>169</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 70.



Essa mentalidade fortaleceu a renitência dos juízes a se inclinarem aos precedentes das Cortes supremas, o que foi uma “porta aberta para a distribuição desigual e aleatória da ‘justiça’, com todas as suas perversas consequências”<sup>170</sup>. Sem qualquer justificação, afastava-se o precedente judicial para aplicar o entendimento solipso<sup>171</sup> do magistrado.

A situação era tão grave que até mesmo as próprias Cortes supremas construíram, internamente, entendimentos discrepantes entre si<sup>172</sup>. Basta lembrar, por exemplo, a abrangência da coisa julgada nas ações coletivas ou o prazo da rescisória diante da coisa julgada progressiva, questões que até hoje não foram pacificadas no seio dos próprios tribunais superiores.

Infelizmente, no Brasil, os reflexos pós-positivistas alavancaram um oblíquo entendimento de que juízes poderiam ignorar a atribuição de sentidos implementados pelos precedentes dos tribunais superiores e atribuir suas próprias conformações dos textos legais aos direitos fundamentais, utilizando a Constituição como um instrumento para justificar a aplicação de valores e desejos pessoais no momento de decidir. Mesmo nefasta, essa situação era, de um certo modo, cômoda, já que cedia aos magistrados uma liberdade quase total ao julgar.

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni, contudo, não se tratava de mero comodismo. Para o autor, a rejeição ao *stare decisis* tem matiz sociológica e arraigou na pátria uma vocação à irracionalidade e à incoerência, inclusive no que toca ao Direito<sup>173</sup>. Com base na obra de Max Weber<sup>174</sup>, o autor compara a evolução dos sistemas jurídicos europeu e americano, que assentou raízes na busca pela racionalidade jurídica formal inerente ao direito continental do final do século XIX e início do século XX e foi, na sua opinião, fortemente influenciado pela “ética protestante”, tanto nos sistemas de *civil law* (expressos na abrangência e clareza organizacional do positivismo científico), como no *common law* (por meio do *stare decisis*) com a realidade nacional, que historicamente se firmou na pulverização da mentalidade do

<sup>170</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 71.

<sup>171</sup> Expressão que, no Brasil, tornou-se conhecida por Lênio Streck: “[...] o paradigma da filosofia da consciência, em que o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) produz o seu próprio objeto de conhecimento e, ao mesmo tempo, atribui-lhe sentido” STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 78, item 5; cf., ainda, STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: Decido conforme minha consciência?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114-116.

<sup>172</sup> “Isso ocorre não só quando uma Turma diverge da outra. Uma mesma turma, não raras vezes, não mantém estável determinada decisão.” (MARINONI. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*, 2016, p. 71).

<sup>173</sup> MARINONI. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*, 2016, p. 14.

<sup>174</sup> WEBER, Max. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

“homem cordial”<sup>175</sup> nas esferas da Administração Pública, “sujeito que, acostumado ao ambiente íntimo e de troca de favores da família, transforma o espaço público em privado”<sup>176</sup> e que, formado a partir do patriarcalismo, patrimonialismo e personalismo, contorna o dever de submissão à lei (norma) à sua rede de influências ilegítimas, que lhe permite o beneficiamento pessoal.

Marinoni conclui que a formação de uma personalidade social desse cariz é o berço da resistência a um sistema de vinculação aos precedentes, “de modo que a ausência de reação a um sistema judicial que nega igualdade e previsibilidade pode revelar um interesse de várias posições sociais inclusive de grupos de juízes e de parcela dos advogados”<sup>177</sup>. Segundo o jurista,

Na verdade, ao se tomar em conta os motivos que conspiram contra o respeito aos precedentes das Cortes Supremas, não há como deixar de atentar para a obviedade de que um juiz que não tem um padrão impessoal de conduta não se sente bem num sistema em que há prévia definição de critérios decisoriais. É claro que, nessa situação, a margem subjetiva e, portanto, de arbítrio do juiz é limitada. Ao menos no que diz respeito à aplicação do direito, não tem ele como se comportar de modo a privilegiar qualquer dos litigantes<sup>178</sup>.

Por tal conformação, até mesmo a atemorizante postura solipsista da vigência processual passada não seria fruto de mera empáfia, tendo por detrás uma genuína má-fé ideológica, justamente com o objetivo de manter a irracionalidade e as oblíquas vantagens que dela alguns podem retirar<sup>179</sup>.

Edilson Vitorelli também desconfia da oposição ao modelo vinculante. Segundo entende, a insistência em não admitir um sistema racional de precedentes obrigatórios decorre da opção de concentrar o poder na produção legislativa, muitas vezes subvertidas pelas elites que fomentam vultuosos investimentos em ciclos eleitorais, controlando os resultados eleitorais e, por conseguinte, a aprovação de leis que lhes são interessantes<sup>180</sup>.

<sup>175</sup> Conceito que alude à obra de Sergio Buarque de Holanda (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995 [1936]).

<sup>176</sup> MARINONI. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC, 2016, p. 16.

<sup>177</sup> MARINONI. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC, 2016, p. 16.

<sup>178</sup> MARINONI. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC, 2016, p. 95.

<sup>179</sup> MARINONI. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC, 2016, p. 93.

<sup>180</sup> VITORELLI, Edilson. Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. *Revista de Processo*, v. 43, n. 275, 2018, p.1.

Na opinião do autor, embora os juízes provenham, na maioria, da mesma elite social, o seu ingresso por concurso público, a investidura vitalícia e independência funcional mitigariam as influências ilegítimas, já que, uma vez nomeados, não “devem favores a quem quer que seja”<sup>181</sup>. Conclui, assim, que manter o destino da interpretação dos textos legais nas mãos do Legislativo e não dos juízes facilitaria as interferências, posta sua maior corruptibilidade<sup>182</sup>.

De fato, não se pode ignorar que, há muito, a *vontade legislativa* passou a ser a *vontade dos ajustes legislativos*, que nem sempre são determinadas visando o bem comum, mas pelas forças de pressão. Na democracia representativa nacional, a maioria legislativa é substituída, cada vez mais assiduamente, por coalizões legislativas de interesses<sup>183</sup>, motivo pelo qual pode ser realmente mais interessante a algumas oligarquias manter incólume o produto do Legislativo ao invés de submetê-lo à interpretação de Cortes imparciais.

Tenha o fundamento que for, essa cultura consolidou um cenário judicial altamente instável, que, pela falta de unidade ao Direito, tratava casos semelhantes de forma desigual e que, além de violar a isonomia, multiplicou sobremaneira a litigância, de modo que o CPC/1973 passou a ser alvo de inúmeras reformas que tentaram implantar provimentos vinculantes e, de alguma forma, garantir a quietude do *stare decisis* no sistema decisório.

#### **1.2.4 Importação de fragmentos vinculantes “à brasileira” – confusão entre os conceitos de “provimentos judiciais vinculantes” e “precedentes”**

Alguns elementos da tradição *common law* migraram para o nosso ordenamento de modo bem inconsistente e sem que houvesse a preocupação com o estabelecimento de uma teoria de base, o que proporcionou uma cultura de precedentes deformada.

---

<sup>181</sup> VITORELLI. Atipiciade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos, 2018, p.1-2.

<sup>182</sup> VITORELLI. Atipiciade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos, 2018, p. 2.

<sup>183</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 59.

Seguindo a tendência global de convergência entre perspectivas de *civil law* e *common law*<sup>184</sup>, ao longo dos anos, foram implementados fragmentos de vinculação no ordenamento jurídico brasileiro, dos quais são exemplos a alteração do art. 557 do CPC/1973 pela lei n.º 9.139/1995, que permitiu ao relator negar, monocraticamente, seguimento a recurso contrário ao entendimento já consolidado, a reforma perpetrada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que acresceu a possibilidade de edição de súmulas vinculantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF (art. 103-A, CF/88)<sup>185</sup>, a repercussão geral (art. 102, §3º, CF/88) e a previsão de efeito vinculante *erga omnes* nas decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º, CF/88 e art. 10, §3º, lei n. 9.882/99).

Após, em 2008, outra alteração no CPC/1973 foi fruto eloquente desse movimento de vinculação: o julgamento de recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), previsto no artigo 543-C do diploma processual vigente, que impõe a obrigatoriedade dos precedentes fixados pela Corte Especial daquele tribunal para as causas análogas de caráter múltiplo.

Essas reformas processuais, aos poucos, foram flexibilizando a rigidez técnica e o apego demasiado ao texto da lei, originariamente proposto pelo CPC/1973. Ao longo da história processual nacional, foram se consolidando, paulatinamente, de maneira lenta e gradual, alguns elementos do *stare decisis*<sup>186</sup>. Agora, contudo, com rapidez recorde, as reformas ao CPC/1973 haviam criado novas regras que impunham progressiva carga eficaz aos precedentes judiciais, mas sem se preocupar com a sistematização do instituto recepcionado.

Embora recepcionada a vinculação, os provimentos não foram guarnecidos por uma teoria de base, até porque o objetivo dessas implementações foi tentar resolver ou amenizar o problema da litigiosidade explosiva e não exatamente abrigar um imperativo de racionalidade, que se afigura no legítimo fundamento de uma teoria de precedentes. O escopo do fenômeno reformista foi, exclusivamente, aprimorar a tecnologia de gerenciamento de casos e não

<sup>184</sup> Sobre o tema, ver amplamente: ZANETI JR. Comentários ao artigo 926, 2015.

<sup>185</sup> A iniciativa não deixou de ser duramente criticada por parcela da comunidade jurídica, que viu com desconfiança o projeto encaminhado ao Congresso Nacional, por acreditar que “tal vinculação reduziria gravemente a independência de juízes e tribunais, o que não convém ao direito e à justiça” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 71 e 72. 2002, p. 74).

<sup>186</sup> É possível perceber a adoção de características do sistema casuístico já no Código de Processo Civil de 1939, cujo artigo 861 previa a possibilidade de se “promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre interpretação de qualquer norma jurídica” para fins de uniformização das decisões proferidas pelos órgãos isolados do tribunal.

garantir a isonomia das decisões, o que, por decorrência, não teve como foco preocupações inderrogáveis a qualquer sistema jurídico que adote o modelo vinculante dos precedentes, como valer-se de uma cuidadosa técnica que pudesse orientar o intérprete à consideração das circunstâncias do caso, dos argumentos das partes, da fundamentação da decisão e que impusesse a igualdade das partes e integridade decisória<sup>187</sup>.

Justamente por isso, na opinião de Bustamante, o espírito empreendido pelas reformas diverge do que é comum ao modelo de precedentes vinculantes. Num extremo, as reformas visaram acentuar o poder normativo dos tribunais superiores e estabelecer vinculação estrita ao paradigma judicial. No outro, um modelo de precedentes obrigatório deveria trazer a

técnica cuidadosa de se tomar em conta todas as circunstâncias do caso, ouvir atentamente os argumentos por analogia e diferenciação, justificar sua decisão em argumentos de princípio e argumentos consequentialistas e assegurar a igualdade das partes e a integridade de suas decisões<sup>188</sup>.

Em outras palavras, no sentir do autor, o que faltou na dita “reforma do processo” (isto é, nas sucessivas reformas empreendidas no CPC/1973) foi o tangenciamento de uma teoria dos precedentes. Os fragmentos vinculantes foram incorporados “à brasileira”<sup>189</sup> ao nosso sistema jurídico, algo que, na prática, não passou de *provimentos judiciais vinculantes* e não *precedentes judiciais*<sup>190</sup>.

Como resultado, o sistema jurisprudencial brasileiro foi utilizado de modo aleatório, improvisado e desconexo<sup>191</sup>, refletindo um “uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe”<sup>192</sup>.

<sup>187</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedentes judicial. In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 275-297.

<sup>188</sup> BUSTAMANTE. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedentes judicial, 2016, p. 296.

<sup>189</sup> Conforme a alusão ao modo temerário com que esse processo foi empreendido, sem dotar-se de cautelas essenciais, como, na opinião do autor, se costuma fazer em diversas áreas no nosso país (ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 37, n. 208, 2012.

<sup>190</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31.

<sup>191</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. DIDIER JR., Fredie et. al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 189.

<sup>192</sup> RAMIRES. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*, 2010, p. 149.

O anseio pela uniformização do entendimento judicial e pela contensão litigiosa como fatores exclusivos para justificar a vinculação aos precedentes acaba por subverter a lógica do modelo de precedentes e denegar justiça em vez de aprimorá-la, porque força um tratamento igual a casos substancialmente distintos, como meio cego e utilitarista de “atingimento de metas numéricas de julgamento de processos”<sup>193</sup>.

A propósito, a partir de uma pesquisa de dados feita em parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) acerca da tendência que o STJ possui de fundamentar equivocadamente tanto decisões que suspendem a tramitação de processos por ocasião da afetação de um recurso representativo da controvérsia quanto as próprias decisões que julgam os recursos repetitivos, chegou-se a essa constatação empírica, já que muitas vezes não são abordadas todas as questões que seriam essenciais para o deslinde adequado da causa.

A pesquisa apurou resultados teratológicos no momento da formação e da aplicação do “precedente”, já que, como se constatou, a vinculação era feita mediante “falta de responsividade e ausência de plena motivação”, posto que em muitos casos “há argumentos e questões de direito que são simplesmente ignoradas pelos órgãos jurisdicionais, sem qualquer resposta às pretensões aduzidas pelas partes no caso concreto”<sup>194</sup>.

Esse resultado confirma que a vinculação, por si só, não é suficiente para impor racionalidade ao ordenamento jurídico. Não se pode ignorar os avanços do pós-positivismo e, simplesmente, “imaginar que o recrudescimento de decisões com efeito vinculante, ou mecanismos que almejam a solução, por meio do efeito cascata, seriam a solução adequada para racionalizar a atividade do Judiciário”<sup>195</sup>.

A instalação de um sistema de normativo de precedentes deve ser feita conscientemente, por meio de um modelo responsivo que atrele sua formação e aplicação aos marcos linguísticos e interpretativos do Estado Democrático Constitucional, para que não se cometa com os precedentes os mesmos erros que o positivismo liberal preconizou com a lei, justamente

---

<sup>193</sup> BARREIROS. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural, 2016, p. 189.

<sup>194</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa et. al. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014, p. 186-187.

<sup>195</sup> ABOUD; CAVALCANTI. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo*, 2015.

porque a previsão geral e abstrata (da lei, do precedente, ou de qualquer outro texto) é insuficiente.

Acreditar que “super-decisões” criadas por tribunais de vértice são capazes de trazer a solução (norma) pronta para qualquer problema é transportar o mito da lei para os precedentes<sup>196</sup>. Vale dizer, os precedentes não passam de textos e também precisam ser interpretados, de modo que, assim como as leis, não estão prontos para ser subsumidos sem submissão a um processo interpretativo.

Sob interessante perspectiva, Lênio Streck e Georges Abboud<sup>197</sup> endossam que as conquistas pós-positivistas não podem ser esquecidas no paradigma jurídico contemporâneo, mormente no que tange aos precedentes. Os autores insistem que a “aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial” é lesiva ao modelo vinculante, porque “não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros”<sup>198</sup>. É imprescindível, então, que o ato aplicativo ocorra mediante atividade interpretativa por parte do julgador e concessão do contraditório às partes para que se manifestem sobre a forma adequada de invocação do provimento vinculante<sup>199</sup>.

No entanto, os autores defendem que a aplicação deve ocorrer sempre à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, o que denuncia a pouca utilidade de dirigir às críticas teóricas e dogmáticas às técnicas de construção redacional do precedente, tratando o problema como se tivesse cariz semântica, justamente porque os precedentes, como texto linguístico, trarão sempre uma parcela desconfortante de vagueza e ambiguidade e, assim, “é impossível escolher termos precisos que garantam a inexistência de dúvidas quanto à sua aplicação futura”<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> ABOUD; CAVALCANTI. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo. 2015, p. 5.

<sup>197</sup> Os autores foram apontados como críticos do modelo vinculante no solo nacional e, no entanto, a citação da presente passagem, se interpretada a contrário senso, denuncia que a oposição se fundamenta em premissas equivocadas, já que supõe que o modelo forjado pelo Código homenageia a “aplicação mecânica ou subsuntiva” dos precedentes. Na concepção desse estudo, todavia, o CPC/2015 propôs um modelo que sopesa, de um lado, a enunciação formal do precedente (através do julgamento por uma das metodologias listadas no art. 927), sem desprezar, de outro, sua dimensão substancial (valorizada através dos dispositivos que compõem o núcleo dogmático), tornando imprescindível a interpretação do precedente em todos os seus momentos (formação, aplicação/distinção ou superação), como será melhor abordado no capítulo 2.

<sup>198</sup> STRECK; ABOUD. *O NPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?*, 2016, p. 178.

<sup>199</sup> STRECK; ABOUD. *O NPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?*, 2016, p. 177.

<sup>200</sup> STRECK; ABOUD. *O NPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?*, 2016, p. 181.

O ponto, segundo entendem, deve ser tratado como uma “questão hermenêutica”, isso é, o precedente deve ser encarado como uma solução jurídica pretérita feita a um caso concreto, sendo totalmente inaceitável qualquer tentativa de impor uma aplicação abstrata, como se fosse descolada da situação para a qual foi produzida<sup>201</sup>, porque isso seria transportar o velho problema positivista da lei para os precedentes, e assim,

o que outrora era creditado à lei, agora está nas decisões dos tribunais superiores. O antigo juiz *boca-fria-da-lei* é substituído por um juiz *boca-fria-da-súmula* ou ainda *juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores*. Qualquer um desses juízes incorre em equívocos hermenêuticos e partilha a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato<sup>202</sup>.

Em certa medida, o posicionamento dos autores (que, como se verá no capítulo seguinte, não diverge da maioria dos defensores do modelo e também do autor do presente trabalho) parece coerente com o giro constitucional, em especial, com o paradigma firmado por Dworkin, que negou o caráter semântico da norma, introduzindo uma consciência pragmática, na medida em que, como defende, seu sentido é atribuído na aplicação ao caso concreto<sup>203</sup>.

Com efeito, nesse caso, a problematização do precedente liga-se muito mais à hermenêutica do que à semântica da norma. No entanto, ao contrário do que parecem sugerir os autores, a formação da norma pela Corte originária não pode ser totalmente ignorada, constituindo um marco referencial para que as interpretações casuísticas sequentes não se desviem do significado, inicialmente, dado ao precedente, posição teórica que será melhor defendida nos capítulos 3 e 4.

De toda sorte, a questão confirma que a vinculação aos provimentos judiciais precisa ser manejada sob os cuidados de uma teoria bem definida, que se entrelace com a teoria da interpretação e com a da decisão judicial<sup>204</sup> e, como será melhor abordado no capítulo 2, firme não somente os padrões delineadores da aplicação, mas também da formação, sem o que, fatalmente, não haverá precedente, mas um simples provimento vinculante.

---

<sup>201</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 149.

<sup>202</sup> STRECK; ABBOUD. *O NPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?*, 2016, p. 182.

<sup>203</sup> DWORKIN. *A justiça de toga*, 2010.

<sup>204</sup> Afinal, decidir é interpretar (GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, cap. VII).



Por ora, basta ter em mente que o julgamento do caso-precedente não carrega apenas o objetivo de resolução da questão levantada pelas partes (discurso do caso – solução da controvérsia), assumindo função essencialmente pública, na medida em que servirá como paradigma para os casos futuros (discurso do precedente – reconstrução do ordenamento jurídico<sup>205</sup>), o que justifica a necessidade de se adotar um sistema vinculante dotado por uma teoria bem posicionada, para que se possa falar, sem constrangimentos, de precedentes seguros, racionais e coerentes<sup>206</sup>.

O CPC/2015, na concepção do estudo presente, trouxe mecanismos hábeis para estruturar o sistema de precedentes normativos formalmente vinculantes.

---

<sup>205</sup> Cf. MITIDIEIRO. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial, 2012, p. 85-99.

<sup>206</sup> Nesse sentido, Frederick Schauer foi o precursor da concepção prospectiva dos precedentes, defendendo que o correto estudo do precedente, embora não deixe de remeter às decisões anteriores, reclama um olhar nas decisões de hoje como precedente para os julgadores de amanhã (SCHAUER *Precedentes*, 2016, p. 49-84). No mesmo sentido: HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, Washington, v. 4, 2000, p. 261. Essa posição foi reacionária à clássica visão retrospectiva que reduzia o precedente a um “olhar para trás”, ou seja, que delegava ao julgador que aplicasse os precedentes a tarefa de, exclusivamente, ater-se ao que o próprio tribunal e os hierarquicamente superiores disseram sobre as questões jurídicas em casos análogos anteriormente julgados, sem preocupar-se com as questões futuras (Cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008). Criticando o aspecto prospectivo dos precedentes: LAMY, Eduardo de Avelar. A nocividade do aspecto prospectivo e a importância dos fatos na construção do “precedente”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 113-133, 2017.

## CAPÍTULO 2 – A VINCULAÇÃO NO BRASIL

O objetivo deste capítulo é delinear a sistemática pela qual o Legislador optou tratar os precedentes no CPC/2015 e mostrar que o modelo proposto tem, no mínimo, vocação para corrigir algumas das principais disfunções teóricas e pragmáticas pulverizadas durante a vigência processual passada.

A dogmática processual civil nacional, principalmente a partir da vigência do CPC/2015, tem sido submetida a um processo de reestruturação, sobretudo no tocante ao tema dos precedentes. O Código propõe um modelo que, não por acaso<sup>207</sup>, distribui os precedentes por todo o arco processual<sup>208</sup>, mas, para que alcance seus propósitos (isto é, à luz do Estado Democrático Constitucional), é fundamental que seja interpretado sob os pressupostos da racionalidade, estabilidade, coerência integridade e da vinculação aos fatos da causa<sup>209</sup>.

Até porque uma leitura desatenta do rol de observância obrigatória, prescrito pelo art. 927, poderia levar à indevida compreensão de que, ocorrendo uma daquelas metodologias de julgamento, automaticamente se produziria a eficácia vinculante, quando, na realidade (autorizadas pelas conquistas teóricas e filosóficas resumidas no capítulo anterior), elas possuem *aptidão para vincular*.

Será demonstrado que, na concepção do presente trabalho, o referido rol só imprime a dimensão *formal* ao precedente e que, para que a vinculação ocorra de modo seguro e racional, é imprescindível que seja constatada, também, sua feição *material*. E o *núcleo dogmático* do Código (arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 927) reúne condições para que os precedentes sejam levados realmente a sério, prevendo não só a normatividade do precedente, mas dando condições de perscrutar acerca da norma (norma-precedente, *ratio decidendi*, motivos ou fundamento determinante) que será produzida e universalizada.

---

<sup>207</sup> “O Código deve ser compreendido, portanto, de forma operacional em seu conjunto e em harmonia com a Constituição (art. 1º, CPC/2015), evitando-se interpretações bizarras, fruto de ignorância ou inaceitável arbítrio. O processualista deverá compreender, cada vez mais, o modelo constitucional do processo. É importante essa ressalva, pois, isoladamente interpretados, alguns institutos do CPC/2015 não revelam essa mudança de direção; por outro lado, tais institutos, se interpretados em conjunto, demonstram mudança inegável” (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 395).

<sup>208</sup> Assim, entendido como o caminho percorrido no processo para que se alcance a tutela dos direitos. A projeção da eficácia vinculante não derivou da eleição desintegrada das metodologias postas nos incisos do art. 927, resultando, antes, de um modelo íntegro e coerente, pulverizado por todo o Código.

<sup>209</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 369.

A partir desse perceptivo, fica claro que o tema dos precedentes não deve ser relacionado à tradição jurídica, mas à teoria do Direito e que, por isso, trazem como principal fundamento normativo a racionalidade, carregando consigo todas as advertências interpretativas e argumentativas, também sumarizadas no capítulo anterior.

Por isso é que, por exemplo, não é possível, jamais, deixar de considerar a exigência de motivação da decisão e de demonstração da semelhança (no caso de aplicação) ou dissemelhança (caso se pretenda afastar o precedente mediante promoção do *distinguishing* ou do *overruling*) entre o caso-atual e o caso-precedente. Ao manejar os precedentes, pelo menos à luz do modelo proposto pelo CPC/2015, não há como ignorar a *unicidade fato-direito* (cotejada especialmente a partir dos arts. 489, §1º, V e 926, §2º), pois somente ela viabilizará o enfrentamento responsável do tema<sup>210</sup>.

Encarar o modelo do CPC/2015 a partir dessa perspectiva impõe, também, o reconhecimento de que as insurgências teóricas derivam de uma percepção distorcida, uma vez que a maioria delas pressupõe que a vinculação tenha resultado de uma importação acrítica de conceitos da tradição do *common law*<sup>211</sup>, ou denotam noção puramente semântica (e não pragmática) dos precedentes (o que os tornaria tão irracionais quanto a aplicação cega da lei, já que os pressuporia como normas pré-moldadas, infensas a interpretação) ou, ainda, sugerem alguma usurpação de funções por parte do Poder Judiciário e, por consequência, a inconstitucionalidade do modelo.

Contudo, o modelo sistematizado pelo CPC/2015 buscou justamente o oposto: tratar o problema da padronização desregrada e da libertina cultura jurisprudencial, que alcançaram graus patológicos na égide processual passada. A vinculação foi uma resposta à prática judiciária, buscando conformá-la às conquistas pós-positivistas. Ao se perceber que a interpretação do Direito não é meramente declaratória de uma norma pré-existente, mas adscritiva de possíveis sentidos, é inescapável admitir, de outro lado, que as razões extraíveis de determinadas decisões constituem precedentes obrigatórios, que buscam outorgar unidade

---

<sup>210</sup> Nesse sentido: ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 373.

<sup>211</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, v.1, 2017, p. 152.

ao Direito, na medida em que oferecem dados novos de concentração de significado normativo<sup>212</sup>.

Não faria nenhum sentido manter uma realidade judiciária afeiçoada à invocação jurisprudencial sem que, na contrapartida, houvesse órgãos que lhe orientasse a direção interpretativa, porque, diante da equivocidade e vagueza do texto legal, haveria uma multiplicidade de sentidos possíveis à disposição do intérprete. O precedente judicial, nessa condição, é resultado da densificação do texto normativo e decorre da colaboração (e não usurpação de funções) entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário<sup>213</sup> – o Legislador oferece textos ao juiz, que, reconhecendo seus possíveis significados, valora e escolhe um deles, mediante justificação argumentativa, para reconstruir a norma e formar o precedente<sup>214</sup>.

A evolução normativa, aliada à importância gradualmente dada à jurisprudência nos últimos anos, preparou o terreno para a observância obrigatória dos precedentes e sua consequente qualificação como fonte primária do Direito<sup>215</sup>.

Compreendido a partir da racionalidade, o modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes<sup>216</sup> adotado pelo Código, além de viabilizar o enfrentamento substancial da questão, é salutar à perseguição das próprias finalidades do processo; a tutela de direitos e de pessoas, de forma adequada, tempestiva e efetiva, por meio de um processo justo.

---

<sup>212</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, v.1, 2017, p. 153.

<sup>213</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 79-198.

<sup>214</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 153.

<sup>215</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 42-43.

<sup>216</sup> Segundo Zaneti, o modelo assim se apresenta porque “podemos identificar a *normatividade dos precedentes* (caracterizada pelo *dever ser*, seu caráter deontológico, portanto, normativo), a *sua vinculatividade* (demarcada pela sua obrigatoriedade. A lei não contém palavras inúteis e, quando para além dos deveres de estabilidade, coerência e integridade, o dispositivo fala em juízes e tribunais *observar*, trata-se de uma vinculação de caráter jurídico) e o seu *caráter de fonte formal* (os precedentes são reconhecidos formalmente como fonte pela legislação processual que determina sua aplicação normativa e vinculante no direito material ou processual)” (ZANETI JR. *Precedentes normativos formalmente vinculantes: formalização das fontes jurisprudenciais*, 2015, p. 34.

## 2.1 MODELO DE PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES PROPOSTO PELO CPC/2015

Consolidando uma das mais importantes conquistas no processo civil brasileiro nos últimos anos, posta a sua vocação para tratar algumas das grandes disfunções do passado, a idealização do Código de Processo Civil de 2015 não foi alheia às alterações que a ciência jurídica sofreu ao longo dos anos.

Sensível às transformações resumidas nas linhas iniciais do trabalho, o Legislador implementou notáveis inovações. Pela primeira vez na história do país, os precedentes foram alvo de regulamentação expressa. A análise do Estatuto revela que as principais questões teóricas em torno da temática dos precedentes foram apresentadas “[...] de forma coerente e compromissada com um modelo de precedentes amplo e fundamentado nas premissas da racionalidade, estabilidade, coerência [e] vinculação aos fatos da causa”, que culminaram por desenhar “[...] um sistema de precedentes para o direito de *civil law*, ou seja, um sistema de precedentes vinculantes por determinação legal”<sup>217</sup>.

Após algumas vicissitudes naturais da tramitação do processo legislativo<sup>218</sup>, compilou-se a doutrina no Capítulo I (“disposições gerais”) do Título I (“da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais”), do Livro III (“dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”) da Parte Especial, mais especificamente, nos artigos 926, 927 e 928.

Logo de início, o Legislador impôs, aos tribunais pátrios, o dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926, *caput*), facultando-lhes, ainda, a edição de “enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante” (§ 1º), desde que observadas as “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”

<sup>217</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 369-370.

<sup>218</sup> Com o retorno do Projeto de Lei nº 8.046 ao Senado Federal, para tentar aprovação das emendas sugeridas pela Câmara dos Deputados, o texto revisado sofreu algumas alterações e, após a sanção presidencial, passou a disciplinar a matéria de forma mais tímida: cite-se, por exemplo, a omissão da eficácia vinculante conferida, ainda que de forma residual, aos precedentes firmados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, e pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, outrora prevista, de modo expresso, no artigo 521, inciso IV, do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046).

(§ 2º). Como suporte a essa “reorganização do sistema”<sup>219</sup>, é possível destacar, do referido dispositivo, os deveres de uniformização, de estabilidade, de integridade e de coerência.

Em síntese, o *dever de uniformização* veda qualquer tribunal de sustentar mais de uma orientação simultaneamente<sup>220</sup>. Já o *dever de estabilidade*<sup>221</sup> pressupõe a vinculação horizontal, ou seja, que o tribunal esteja vinculado à própria interpretação que deu ao Direito nos casos pretéritos (visa concretizar a *segurança jurídica* – previsibilidade e legítima confiança do jurisdicionado). Por esse atributo, a força da segurança deve ser levada em consideração sempre que o tribunal cogitar se desviar do posicionamento assumido em um precedente<sup>222</sup>.

Por *dever de integridade* (coerência em sentido amplo<sup>223</sup>), entende-se a necessidade de verificação da racionalidade e universalidade do Direito, a partir do teste da universalização das decisões, que permite conferir se a decisão está adequada ao ordenamento jurídico (incluindo-se aí não apenas a Constituição, mas todo os textos normativos). É esse dever que, enfim, justifica a atuação do Judiciário como guardião da unidade do Direito<sup>224</sup>. O *dever de coerência* (coerência em sentido estrito) impõe congruência entre a norma aplicada e a norma-precedente originária para que não haja um desvirtuamento da *ratio decidendi* originariamente formada. Esse dever sugere o teste da não-contradição, que confronta o conteúdo do caso-atual com o dos casos-precedentes<sup>225</sup>.

É notável o intento legislativo de sanar as distorções provocadas pela instabilidade jurisprudencial, que mantinham um sistema juridicamente inseguro e anti-isonômico. Impondo tais deveres, a atividade jurisdicional será menos livre e mais responsável, controlando a autoridade do juiz de forma democrática, sob os parâmetros da universalização

<sup>219</sup> SENADO FEDERAL. *Exposição de motivos*. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2018.

<sup>220</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 329.

<sup>221</sup> Cf. Enunciado n. 169 FPPC: “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e § 4º do art. 927”.

<sup>222</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 330.

<sup>223</sup> Para afastar do conceito de integridade de Ronald Dworkin, que adota a *teoria da única resposta correta*, que, segundo a mais autorizada doutrina, não é compatível com nosso ordenamento em razão do art. 489, § 2º e art. 8º do CPC (v.g. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2015 e ZANETI JR., Hermes. ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 398).

<sup>224</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 331.

<sup>225</sup> ZANETI JR. ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 397-398. O tema será abordado com maior profundidade no Capítulo 4, ao se vincular tais deveres à proposta de padronização dos meios de se realizar o *distinguishing*.

da decisão para os casos futuros (formação do precedente), sem ignorar o que já foi decidido anteriormente (aplicação do precedente)<sup>226</sup>.

Não há dúvidas de que essa é a norma de maior imponência no modelo de precedentes adotado pelo sistema brasileiro, porque dela exsurge a preocupação do Legislador em fornecer premissas preambulares para o desenvolvimento do *stare decisis* nacional<sup>227</sup> e, com isso, garantir a segurança na aplicação judicial do Direito.

Dando seguimento, o art. 927 densifica os deveres gerais de segurança previstos no dispositivo antecedente e enuncia um rol de metodologias de julgamento que possuem tendência<sup>228</sup> à formação de precedentes vinculantes, partindo-se, inicialmente, das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e dos enunciados de sua súmula vinculante (incisos I e II). Logo em seguida, se elencam os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, bem como aqueles lavrados em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos (inciso III). Após, o dispositivo orienta a observação dos enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (inciso IV) para, finalmente, chegar à orientação do plenário ou do órgão especial do respectivo tribunal intermediário (inciso V).

A propósito, parte da doutrina<sup>229</sup> defende haver uma hierarquia no rol do art. 927, isto é, que os precedentes formados em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) possuem preferência aos das súmulas vinculantes (inciso II), e assim por diante, até chegar às orientações dos plenários ou do órgão especial do tribunal intermediário (inciso V).

No entanto, não parece adequado conceber alguma diferença ontológica em razão do precedente ser proveniente de uma ou outra hipótese do aludido rol. Quer dizer, não é correto afirmar que uma decisão em controle concentrado de constitucionalidade (assim entendidas as ações diretas direcionadas ao STF e demais mecanismos análogos, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental ou a ação direta interventiva<sup>230</sup>), por exemplo, seja

<sup>226</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 396-397.

<sup>227</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 332.

<sup>228</sup> Diz-se que há tendência, e não que forma, necessariamente o precedente, porque, na concepção deste estudo, ocupar o rol do art. 927 satisfaz apenas a feição formal do precedente, carecendo, ainda, de que os aspectos materiais sejam preenchidos, do que cuidará o subitem 2.2, *infra*.

<sup>229</sup> Pode todos ver: MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 339-340.

<sup>230</sup> Subjazendo à doutrina de Luís Roberto Barroso, tais institutos, embora reúnam aspectos comuns, não perfilham de todas as características do controle pela via principal, já que “de fato, nesses dois casos, de parte outras singularidades, a fiscalização empreendida nem sempre terá natureza abstrata, nem a discussão

mais qualificada, sob o ponto de vista da fundamentação – que é o que realmente qualifica o precedente – do que uma decisão de um recurso extraordinário qualquer, simplesmente pela diferença do veículo processual pelo qual foi conduzido à Corte Suprema.

O divisor de águas, no fundo, está no julgamento ser feito pelo Pleno ou não (porque isso, sim, concederá maior musculatura ao precedente), já que quanto mais estimulado for o debate para o aprofundamento da deliberação em torno das disputas interpretativas, mais forte (no sentido de ter maior autoridade e consistência) será o precedente<sup>231</sup>. É importante depurar essas ideias. Se há algum escalonamento do grau de vinculação entre os incisos, ele não existe por causa das diferenças entre as metodologias de julgamento em si. Por exemplo, um recurso extraordinário qualquer, desde que julgado pelo Pleno (inciso V) e observadas as demais garantias argumentativas qualificadoras, não deveria ser hierarquicamente inferior a nenhum outro precedente.

Afeiçoado a essa ideia, inclusive, a antiga concepção dos efeitos meramente *inter partes* do controle difuso que chega ao STF, por meio de um recurso extraordinário, já vinha sendo repensada, mesmo antes da edição do Código de Processo de 2015, tanto no seio dos tribunais como na doutrina.

O controle difuso (também chamado de concreto, desconcentrado, aberto), vale lembrar, caracteriza-se justamente pela possibilidade de qualquer juiz ou tribunal “realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”<sup>232</sup> e que, por conta de sua análise casuística, tem, inicialmente, seus limitados às partes litigantes. Contudo, quando essa questão chega ao STF por meio de um recurso extraordinário (art. 102, III, CF/1988), muito embora continue guardando a natureza de controle de constitucionalidade incidental (isto é, que tangencia o julgamento da causa de origem), sua importância não deve mais se limitar às partes envolvidas no recurso, posto que, como será levado ao plenário (vale lembrar, pelo princípio do *full bench*<sup>233</sup>, as Turmas não estão autorizadas a julgar a inconstitucionalidade, salvo se a questão já houver sido, antes, enfrentada pelo Pleno), obterá a mesma maturação deliberativa que qualquer demanda de

---

constitucional será a questão principal envolvida” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 132-133).

<sup>231</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. vol. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 654. O tema será mais aprofundado no tópico 2.2.3, abaixo.

<sup>232</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 704.

<sup>233</sup> Cláusula de reserva de plenário, insculpida no art. 97 da CF/1988, que se baseia na presunção de constitucionalidade da lei e condiciona a declaração de sua inconstitucionalidade ou de ato normativo do Poder Público ao acatamento pela maioria absoluta dos membros do pleno do tribunal competente.



controle concentrado de constitucionalidade, de modo que, por consequência, as causas futuras que envolvam a mesma questão terão de, necessariamente, ponderar o julgamento.

O próprio STF se debruçou sobre a questão, por exemplo, por ocasião do julgamento da Reclamação 4335 (concluído em fevereiro de 2014), pela qual a Defensoria Pública da União questionou decisão do juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (Acre) que negou, a dez condenados por crimes hediondos, o direito à progressão de regime prisional. A controvérsia cingiu-se justamente no fato de que, embora o plenário da Corte já tivesse reconhecido a possibilidade de progressão de regime nesses casos, por meio do julgamento do *habeas corpus* n. 82959, em 2006 – ocasião em que declarou inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, que proibia tal progressão –, o juiz do Acre alegou que, como o paradigma então invocado teve origem em ação de controle difuso de constitucionalidade, para que a referida decisão tivesse efeito *erga omnes*, seria necessário que o Senado Federal suspendesse a execução do referido dispositivo, conforme prevê o art. 52, X, da CF/1988<sup>234</sup>, o que não ocorreu, razão que embasou seu entendimento de negar a progressão.

O voto-vista do ministro Teori Zavascki (cujo entendimento foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello), que conduziu o acórdão, salientou que, embora o art. 52, X, da CF/1988 estabeleça que o Senado deve suspender a execução de dispositivo legal ou da íntegra de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte Suprema, ao longo dos anos, têm sido revestidas de “eficácia expansiva”, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual. Além disso, o ministro realçou a importância das mudanças decorrentes da Reforma do Judiciário (EC 45/2004), que permitiram ao STF editar súmulas vinculantes e filtrar, por meio do instituto da repercussão geral, as controvérsias que deve julgar, o que torna “inegável que, atualmente, a força expansiva das decisões do STF, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre

---

<sup>234</sup> Sobre o ponto, prestando informações ao STF, o juiz se manifestou: “quanto à decisão do STF de declarar inconstitucional o artigo da Lei 8.072/90 que veda a progressão de regime de cumprimento de pena para condenados por crimes hediondos e equiparados, é pacífico que, tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, somente tem efeitos entre as partes. Para que venha a ter eficácia para todos, é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF) [...]. Assim, não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspenso a eficácia do artigo declarado *incidenter tantum* inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse sido tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), produziria eficácia contra todos e efeito vinculante, relativa aos demais órgãos do Judiciário e até à Administração Pública direta e indireta, nos exatos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Todavia, como dito, não foi o que se verificou - a decisão se deu no controle difuso.” Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

apenas e tão somente da Resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52, inciso X, da Constituição”, já que o fenômeno “está se universalizando por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente à Suprema Corte”<sup>235</sup>.

Bem antes da conclusão do julgamento da Reclamação 4335, a doutrina também já se posicionava pela racionalidade do modelo de decisões do STF. Em 2010, Samuel Meira Brasil Jr., em sua tese de doutorado, pela Universidade de São Paulo (USP), já manifestava preocupação com essa questão, realçando a irracionalidade de um modelo que busque a “universalidade do direito e uniformização das decisões dos tribunais”, de um lado, e não conceba eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em controle incidental de constitucionalidade, de outro. Ademais, contemporâneo à discussão travada por ocasião da Reclamação 4335, defendia que o efeito vinculante da decisão que declarava a inconstitucionalidade de ato normativo por meio de controle difuso não depende da suspensão da execução do referido ato pelo Senado Federal, sendo um efeito inerente à decisão do STF:

O precedente do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário ou no julgamento das controvérsias individuais, até o momento, não têm efeito vinculante ainda reconhecido. O argumento é o mesmo utilizado há tempos na doutrina e na jurisprudência: o julgamento das controvérsias individuais somente produz efeitos entre as partes, não sendo possível equipará-lo às decisões proferidas em ações objetivas, que exercem controle abstrato de constitucionalidade. Para que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade feita de modo incidente seja projetada para as demais relações jurídicas, a execução da lei deve ser suspensa, na forma do art. 52, X, da CF/1988. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro passa, atualmente, por significativas e profundas modificações. Principalmente no que tange ao valor do precedente jurisprudencial. Em nome da universalidade do direito e uniformização das decisões dos tribunais (que outra coisa não é senão a concreção do princípio da igualdade), busca-se, cada vez mais, a coerência da jurisprudência e a consistência sistêmica do sistema normativo. A partir dessa premissa, não faz mais sentido negar projeção de eficácia da decisão do STF apenas porque ela foi proferida em controle concreto e não em controle abstrato. Principalmente porque a suspensão pelo Senado Federal da execução da lei que o STF declara inconstitucional não pode inserir no âmbito da discricionariedade da respectiva Casa legislativa, sob pena de afrontar a própria eficácia geral das decisões da Suprema Corte.<sup>236</sup>

<sup>235</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335/Acre. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 20 mar. 2014. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101> >. Acesso em: 04 jan. 2019.

<sup>236</sup> BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução de cotnrovérsias*. 2010. 351f. Tese. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 267-268.

O que se percebe é que tanto doutrina como jurisprudência, mesmo antes da vigência do CPC/2015, já opinavam a favor da racionalidade do modelo decisório das Cortes de Vértice, segundo o qual não há como discordar da projeção da eficácia vinculante a todo julgamento de inconstitucionalidade pelo STF, ainda que tendo veiculado, originariamente, questão de índole individual e independentemente do endosso do Senado.

Com efeito, considerando que a constitucionalidade de um ato normativo sempre será enfrentada em plenário (pressupondo o debate exauriente e a formação de entendimento da Corte e não de determinada Turma ou ministro), toda vez que alçada à Corte Suprema, a questão veiculada no controle difuso deve, sempre, formar precedente, porque seria ilógico condicionar a projeção da eficácia vinculante a um novo julgamento, versando sobre a mesma questão, porém sob a roupagem de controle concentrado (não haveria nenhum acréscimo qualitativo à formação do precedente). O art. 927, V, então, só veio concretizar esse ideário e, de fato, tornar ainda mais inócuas as discussões sobre a necessidade ou não do endosso da resolução do Senado (art. 52, X da CF/1988<sup>237</sup>) para conceder “efeito transcendente” ou “eficácia expansiva” ao recurso extraordinário ou sobre a natureza da demanda que abrigou a questão que formou o precedente, a despeito da autoridade da Corte que formou ou da qualidade deliberativa empregada na formação do precedente.

O caráter subjetivo do recurso extraordinário, gradativamente, veio cedendo aos contornos objetivos que reclama o sistema constitucional. Essa construção derivou, inicialmente, do entendimento de que, uma vez julgada inconstitucional a norma pelo STF (vale dizer, pelo Tribunal Pleno da Corte), os demais órgãos fracionários desse ou de qualquer outro tribunal

<sup>237</sup> O voto do ministro Gilmar Mendes, que relatoriu a Reclamação 4335, ao analisar a dimensão constitucional do tema, destrinchou bem as razões para o condicionamento à Resolução do Senado e, por meio de um brilhante trajeto argumentativo, concluiu que o instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado não encontra assento, senão históricas. O ministro lembrou que, embora essa tenha sido a solução, em tempos atrás, adotada para justificar o afastamento da lei julgada inconstitucional no controle difuso (efeito de índole do *stare decisis* americano, que essencialmente já empresta efeito vinculante às decisões das Cortes supremas) ao nosso ordenamento (que, principalmente à época, cultivava fortes tendências do *civil law*), diante da efetiva mutação constitucional vivenciada desde que a aludida solução foi adotada (1934), o sentido do art. 52, X da CF/1988 também deveria ser alterado. Nessa esteira argumentativa, concluiu “parece legítimo entender que, hodiernamente, a formula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal já de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral no julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação [...]. Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assumira a sua real eficácia jurídica.” (BRASIL. Reclamação 4.335/Acre, 20 mar. 2014, grifo nosso).

ficam autorizados a afastar a aplicação da lei<sup>238</sup>, o que, aliás, já era refletido na legislação infraconstitucional desde a vigência passada (parágrafo único do art. 481 do CPC/1973) e foi repetido no parágrafo único do art. 949, que, literalmente, autoriza aos órgãos fracionários de qualquer tribunal a não se submeterem “ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

O entendimento, vale dizer, é totalmente conforme ao modelo de precedentes forjado pelo CPC, uma vez que, a contrário senso, além de irracional, seria impraticável ter que alçar às Cortes judiciais a mesma questão diversas vezes ou, ainda, exigir julgamento plenário toda vez que a questão fosse levada ao Judiciário, o que, ademais, esvaziaria a função das Cortes supremas enquanto Cortes de precedentes.

Essa não é a única polêmica em torno do rol. Há, por exemplo, quem defenda seu caráter meramente exemplificativo<sup>239</sup>, porque, além das espécies descritas no rol, as decisões “proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário”<sup>240</sup> devem ser obrigatoriamente seguidas, já que seria irracional, num sistema jurídico que possui Cortes supremas destinadas a definir o sentido da lei federal e da Constituição, conceber decisões discrepantes nos tribunais ordinários<sup>241</sup>.

De fato, apesar da aparente taxatividade do texto, a interpretação mais conforme à Constituição é que o rol do art. 927 não deve ser considerado exaustivo. Afinal, atendendo aos deveres de estabilidade, de integridade e de coerência inculcados no art. 926, os órgãos judicantes que se encontram em posição inferior no circuito processual devem respeito aos precedentes daqueles que estão acima, independentemente da composição do colegiado que profere a decisão<sup>242</sup>.

Dessa forma, ainda que não exista expressa determinação legal que imponha o respeito aos acórdãos dos órgãos fracionários do STF e do STJ, há de se concluir que até mesmo “[...] os precedentes das turmas têm eficácia vertical obrigatória ou vinculante, embora não tenham

<sup>238</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 73.

<sup>239</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 288.

<sup>240</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 927. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.076.

<sup>241</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 151.

<sup>242</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 339-340.

igual eficácia no sentido horizontal<sup>243</sup>, já que o ápice da estrutura judiciária confere a tais Cortes o poder de controle sobre a atividade interpretativa realizada pelos juízes das instâncias ordinárias.

Embora inteiramente consonante ao Estado Democrático Constitucional (porque, realmente, é inconcebível supor um sistema jurídico que admite o controle de constitucionalidade difuso sem vincular os juízes às decisões dos tribunais de cúpula), não parece que essa ideia conflite com a realidade do inciso III do art. 927, que consagrou metodologias de decisões que podem ser proferidas por outros tribunais (os incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, por exemplo, podem ser instaurados no seio dos tribunais de justiça estaduais ou federais) que não as Cortes supremas, como precedentes obrigatórios, como sustentam alguns defensores dessa tese<sup>244</sup>.

Muito embora não se desconheça o teor das críticas em relação ao inciso – de que sua edição seria contrária ao sistema de precedentes, já que os incidentes destinam-se a regular casos que já surgiram e não os que venham a surgir<sup>245</sup> –, o problema pode ser suplantado ao *separar o discurso da metodologia de julgamento do discurso do precedente*. A decisão do incidente não é o precedente. De fato, ela regula o caso, “sem preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros”<sup>246</sup>, ocupando-se, na condição de técnica de gestão, de cuidar dos casos que foram afetados e sobrestados. A fundamentação de suas decisões – de onde será(ão) extraída(s) sua(s) *ratio(nes) decidendi* –, no entanto, formará precedentes destinados à orientação dos casos futuros. O art. 985 do Código elucida bem a questão, fazendo diferença entre os casos afetados pela decisão do incidente (inciso I) e os casos futuros que deverão ser orientados pelos fundamentos determinantes originados do julgamento (inciso II)<sup>247</sup>.

<sup>243</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 289.

<sup>244</sup> Por todos: MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 321-337.

<sup>245</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 321.

<sup>246</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 321.

<sup>247</sup> Semelhante construção cognitiva realiza Hermes Zaneti Jr., ao separar o discurso do controle de constitucionalidade concentrado do discurso do precedente formado a partir do art. 927, I, que passará a ser obrigatório para todos os juízes e tribunais. Nas palavras do professor, [...] “é bom que se lembre, mais uma vez, a decisão em controle de constitucionalidade concentrado não é o precedente, o precedente é extraído da decisão e serve para os casos futuros, a decisão é o caso-atual. Assim, rigorosamente falando, o efeito *erga omnes* e a eficácia vinculante de que fala o art. 102, §2º, CF/88 é da decisão do caso e não do precedente formado. O precedente formado será obrigatório para os demais juízes e tribunais, na forma do art. 927, I, do CPC/2015 e para o próprio STF na forma do art. 926, *caput*. (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 401). Analogamente, o efeito de regular as decisões já sobrestadas, conforme preceitua o art. 985, I, provém da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não do precedente. De outro lado, essa decisão formará precedente que, sob a orientação do art. 927, III, vinculará os juízes e tribunais sujeitos à margem de alcance.

Assim, considerando que o Direito é artificialmente construído e regula, inclusive, suas fontes (vale lembrar, os precedentes, segundo a proposta do CPC/2015, são *normativos*, mas também *formalmente vinculantes*, no que reside a possibilidade de a Lei estabelecer que Cortes serão competentes para estabelecer precedentes<sup>248</sup>), aprouve ao Legislador atribuir normatividade às tais metodologias de julgamento, de modo que, ressalvado seu espectro de abrangência institucional<sup>249</sup>, sua observância será obrigatória.

Prosseguindo à análise dos parágrafos do art. 927 do CPC/2015, depara-se com o primeiro de cinco enunciados dirigidos aos órgãos jurisdicionais: “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Esse dispositivo é central para uma compreensão adequada do precedente tanto em sua formação como na aplicação.

O texto legal faz remissão, respectivamente, ao dispositivo que trata do Contraditório e ao que estabelece os requisitos para que uma decisão seja considerada efetivamente fundamentada, temas que, na consonância do modelo do Código (que vincula os precedentes à decisão e argumentação jurídica), estão intimamente ligados, visto que, ao se inserir o Contraditório como manifestação democrática de influência no ato de poder judicial, torna-se necessário observar a regularidade da fundamentação em correspondência direta aos argumentos utilizados pelos litigantes<sup>250</sup>.

A garantia de que as questões alçadas à condição de precedente judicial vinculante serão honestamente enfrentadas mediante um fomentado diálogo e a viabilidade real de influência dos argumentos trazidos pelos atores processuais denotam a ideia de formação de paradigmas mais legítimos. Tomada em consideração a universalização das razões do precedente judicial vinculante, é absolutamente indispensável que as partes tenham a oportunidade de se pronunciar sobre todos os pontos que poderão servir de apoio à decisão. Perceba que, na seara dos precedentes judiciais, a função do art. 10 do CPC/2015 transcende ao mero escopo de vedar a decisão surpresa (discurso do caso), tocando dimensões de interesse público na

<sup>248</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 406-407.

<sup>249</sup> “[...] não havendo questão infraconstitucional federal ou constitucional federal envolvida, quem terá a última palavra sobre a interpretação do direito local é o tribunal de justiça da unidade federativa correspectiva como indica o art. 332, IV, CPC/2015). Nestes casos percebe-se que a Corte Suprema na material local será o tribunal de justiça e não as Cortes Supremas federais, por uma questão de hierarquia formal e de distribuição de competências no modelo federativo.” (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 407).

<sup>250</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 342-343.

medida em que amplia o quadro de análise das questões postas em xeque, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua a tendência a opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais rica, aberta e ponderada<sup>251</sup>, disponibilizando, por consequência, uma norma jurídica (*rectius*: decisão a partir da qual serão extraídas normas) muito mais amadurecida e confiável (isso é, com maior blindagem a críticas) no ordenamento jurídico. Sob a ótica processual, quanto mais largo for o espectro argumentativo levado em consideração para a construção da decisão que formará o precedente, mais o propósito se aproxima do imperativo de racionalidade almejado pelo *stare decisis*<sup>252</sup>.

O mencionado dispositivo também delinea os contornos democráticos na aplicação do precedente, posto que, para decidir com fundamento em precedente obrigatório, o juiz deve, previamente, oportunizar às partes que exercitem o pleno Contraditório, ou seja, que se manifestem acerca do paradigma que de algum modo pode influenciar a decisão.

Por outro lado, o parágrafo primeiro do artigo 927 também alude ao parágrafo primeiro do artigo 489, que trata do dever de fundamentação analítica do comando decisório, sob pena de nulidade. A norma (que não se limita ao dispositivo, tendo sido pulverizada por todo o Código, v.g., artigos 10, 298, 371, 926, 927, § 3º e 1.022, parágrafo único) é uma resposta ao sucateamento do exercício de fundamentar antes reiterado nos tribunais, reduzindo esse tão importante dever a repetições genéricas que, na verdade, não fundamentavam nada.

O art. 489, § 1º do CPC consolidou o repúdio, já inaugurado pelo art. 93, IX, da CF/1988, à deplorável mecanização decisória, estabelecendo marcos mínimos que ditam ao juiz e às partes, por meio de um rol de seis incisos (exemplificativos, segundo autorizada doutrina<sup>253</sup>), os limites para que o ato judicial seja considerado uma decisão realmente *fundamentada* (o que não se confunde com a reducionista *motivação* do ato<sup>254</sup>) à luz do Estado Democrático Constitucional. Não é demais recobrar que a decisão não é um ato de escolha<sup>255</sup>, mas de interpretação, de valoração, a partir dos dados objetivamente extraídos do processo. Nesse contexto, o parágrafo primeiro do art. 489 propõe critérios para que a interpretação de amolde

<sup>251</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 509-510.

<sup>252</sup> A importância do Contraditório na formação do precedente será destacada no subtópico n. 2.2.4, *infra*.

<sup>253</sup> Cf. MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 358.

<sup>254</sup> A ideia de motivar assemelha-se a atividade da escolha arbitrária das razões seguidas da simples explicação sobre os motivos que conduziram o intérprete, o que não pode ser admitido no ato decisório, que não comporta comportamento manifestamente enviesado.

<sup>255</sup> STRECK, Lênio Luiz. E o que seria a discricionariedade transparente do ministro Roberto Barroso? *Conjur*, São Paulo, 22 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso>>. Acesso em: 27 dez.

ao conceito de decisão definido pelo Código. Afinal, “se há critérios, a melhor interpretação possível destes, à luz da integridade do Direito, condiciona a decisão. Se há critérios a serem observados, há decisão – e não escolha. Se há decisão, há controle intersubjetivo”<sup>256</sup>.

Assim, o dever de fundamentação analítica insculpido no 489, § 1º, em sua perspectiva forte, é uma decorrência do Contraditório como valor-fonte da manifestação democrática (que também é linha mestra do CPC/2015), já que seria de pouca ou nenhuma utilidade a exigência de um efetivo poder de influência das partes e, ao final, possibilitar que o julgador simplesmente desconsiderasse algumas das arguições importantes para a formação da cognição<sup>257</sup> e, ainda por cima, não tivesse nenhuma responsabilidade sobre esse ato (discricionário, ou até arbitrário) decisório irregular.

Aprioristicamente, o dispositivo deveria bastar para condicionar a formação e a aplicação do precedente judicial à adequada fundamentação, afinal, trata-se de um centro normativo que interage com o restante do Código. Se, portanto, a cautela legislativa alcança a toda gama de decisões previstas pelo ordenamento, muito mais óbvio que seja imposta ao manejo dos precedentes judiciais, já que, bem além de um ato decisório, suas razões são generalizáveis e universalizáveis (ou seja, a norma jurídica formada, via de regra, será aplicada a todos os jurisdicionados que se encontrem na mesma situação fática, o que pode representar um número incalculável de pessoas afetadas, a depender a matéria versada), razão pela qual a qualidade do seu processo formador reclama ainda maior atenção.

Entretanto, talvez porque muito traumáticas foram as agruras passadas, o Legislador optou realçar, no art. 927, § 1º, o dever de fundamentar as decisões que, de alguma forma, envolvam precedentes. Tal inserção pressupõe que tanto a decisão que forma como a que aplica ou afasta o precedente<sup>258</sup> deverão ser precedidas de uma analítica e exaustiva fundamentação, já que, tanto em uma como em outra atividade, o “fundamento será o art. 927”, como ressalva o parágrafo primeiro.

Ao formar o precedente, a decisão deve considerar todos os argumentos, ainda os que forem contrários (489, § 1º, IV), justificando (externa e internamente, aludindo-se à doutrina de

<sup>256</sup> STRECK. E o que seria a discricionariedade transparente do ministro Roberto Barroso?, 22 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso> . Acesso em: 27 dez.

<sup>257</sup> Em sentido semelhante: MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 359.

<sup>258</sup> O dever também incide no caso de superação (927, § 4º), o que não será alvo de maior aprofundamento porque escapa ao recorte proposto pelo estudo.



Jerzy Wróblewski, já pincelada no primeiro capítulo), contudo, as razões que levaram o intérprete a suplantá-las. A reunião das posições ideológicas adversas conscientizam o jurisdicionado da qualidade da decisão que originou o precedente, reduzindo a possibilidade, por exemplo, de que as futuras aplicações invoquem argumentos não ponderados na formação, o que, por sua vez, mitiga as possibilidades discricionárias dos futuros aplicadores. Além disso, a franca exposição das razões formadoras do precedente auxiliará na delimitação dos *factos materiais* das *rationes decidendi*, bem como na sua reconstrução na cadeia de aplicações subsequentes<sup>259</sup>.

Não é menor a importância da fundamentação da decisão que aplica ou refuta o precedente, porque somente a exposição clara do trajeto cognitivo poderá garantir ao jurisdicionado a possibilidade de controle intersubjetivo das diretivas teóricas do julgador e, se for o caso, insurgir-se pela invocação de alguma *departure*. A aplicação pressupõe identificação necessária e suficiente das circunstâncias fáticas dos fundamentos determinantes do caso-precedente com as do caso-atual. O afastamento, em sentido oposto, decorre da constatação de que as divergências entre as hipótese fáticas do caso-precedente e do caso-atual são necessária e suficientemente relevantes a ponto de justificar o desvio da tese jurídica. Em ambos os casos, a decisão somente será válida se o julgador fundamentar uma ou outra direção teórica, demonstrando porque as semelhanças entre os casos superam as divergências e justificam a aplicação do precedente ou, por outro lado, porque sobressaem-se as distinções a ponto de afastá-lo. Essas normas foram pormenorizadas nos incisos V e VI do art. 489, § 1º.

Disso sobressai que, quanto mais adequada for a fundamentação da decisão que formou o precedente, mais segura e legítima será sua aplicação ou refutação ao caso em julgamento, porque tornará mais elucidativa a tarefa de identificação dos fatos substanciais que possam assemelhar ou distinguir as circunstâncias fáticas de ambos e, por corolário, menos dúvidas haverá acerca da aplicação ou afastamento da solução jurídica do precedente – tema que será melhor enfrentado nos capítulos 3 e 4. O que se deve ter presente, contudo, é que além de vincular a observância do Contraditório na formação e aplicação, o § 1º do artigo 927 vincula a fundamentação criteriosa como pressuposto legitimador para qualquer manejo de precedentes.

---

<sup>259</sup> Tema caro à presente pesquisa, que pretende propor critérios mais objetivos para que a cadeia de aplicações e distinções não extrapole o significado do precedente, dado na origem. O capítulo 4, em especial no tópico 4.5, essa questão é depurada.

Já o § 2º do artigo 927 cria a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* nos processos em que se discuta a alteração de orientação jurisprudencial consolidada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, dando espaço à “[...] participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” e conferindo maior legitimidade democrática ao novo precedente.

O § 3º, a seu turno, possibilita a alteração prospectiva do precedente (*prospective overruling*) através da modulação dos seus efeitos, para, sobretudo, proteger a confiança depositada pelo jurisdicionado na estabilidade dos provimentos judiciais. Uma vez verificada a existência de legítima confiança por parte dos jurisdicionados, deve o tribunal, “[...] no interesse social e no da segurança jurídica”, agir em sua defesa, fixando a incidência ou aplicação da nova *ratio decidendi* apenas a partir de determinado tempo ou evento.

Ainda no âmbito da modificação do precedente, o § 4º do art. 927 reforça a exigência legal por uma “fundamentação adequada e específica”, baseada na ponderação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia para fins de motivação do abandono de padrão decisório já consagrado.

O § 5º, por derradeiro, prevê mais uma medida de valorização dos precedentes como fonte normativa, ao dispor que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. Embora o dispositivo não diga expressamente, a publicidade é requisito de eficácia do precedente judicial, pois só é possível vincular os jurisdicionados a enunciados normativos que possam ser por eles conhecidos. A construção de um sistema de precedentes obrigatórios depende, portanto, da ampla difusão do inteiro teor dos pronunciamentos judiciais por intermédio dos sítios eletrônicos dos tribunais e de seus sistemas de acompanhamento processual, que deverão se revestir de um mecanismo específico de indexação, busca e divulgação dos precedentes dotados de força vinculante, a par da busca geral de jurisprudência, hoje já existente. Além disso, é recomendável que se proceda à imediata comunicação da formação de precedentes vinculantes aos magistrados, permitindo-se, com isso, uma mais pronta e eficaz observância daqueles comandos.

Finalmente, o art. 928 encerra as disposições gerais, limitando-se a declarar que o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos repetitivos são considerados,

para efeitos da lei, “casos repetitivos”. Esclarece, ademais, que estes podem ter por objeto questões de direito material ou processual, nos termos do seu parágrafo único.

Embora o texto literal que tece essa trilogia de dispositivos não seja semanticamente muito rico, se interpretado sistemicamente, oferece um fértil material para que se construa uma efetiva teoria de precedentes vinculantes no Brasil, o que, claro, fica a cargo da dogmática a ser desenvolvida.

### **2.1.1 Precedente como fonte formal do Direito no Código de Processo Civil de 2015**

Mesmo sem ignorar as divergências ideológicas que envolvem o tema, o fato é que diante do texto do CPC/2015, muito ao contrário do que ocorria na vigência passada, impõe-se a observância obrigatória dos precedentes como norma e não como razões qualificadamente persuasivas. Formado o precedente, ele deverá ser aplicado aos casos que possuam circunstâncias fáticas necessária e suficientemente semelhantes, independentemente das qualidade de seus fundamentos<sup>260</sup>.

A despeito da concordância do julgador, sendo o caso, o precedente deverá ser aplicado. O juiz não é livre para não seguir o precedente porque não concorda com seu teor (o que era recorrente na égide do CPC/1973, em que, sob pretexto da “*livre convencimento motivado*”, o magistrado detinha margem de discricionariedade indesejável ao Estado Democrático Constitucional, já que estimulava a profusão de decisões antagônicas). Nesse caso, diante de um precedente ao menos aparentemente vinculante, ou ele se desincumbe do ônus argumentativo que lhe é inerente por força do art. 489, § 1º, VI para, então, afastar o precedente ou deverá aplicá-lo, remanescendo, ao máximo, a reserva de manifestação de entendimento pessoal contrário<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> ZANETI JR. Comentários ao artigo 926, 2016, p. 1.311.

<sup>261</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 343.

A observância obrigatória propugnada pelo art. 927 tornou a vinculação aos precedentes *de iure*, pelo que não há como negá-los como fonte formal e primária do Direito. Segundo Bustamante,

Na percepção dominante entre os teóricos do direito e os comparatistas, vigora uma curiosa *either-or assumption* em relação ao precedente judicial, a qual pode ser formulada nos seguintes termos: ou o precedente é uma fonte do direito, e portanto ele é invariavelmente vinculante ou obrigatório, ou então ele não é reconhecido como uma fonte do direito, e por conseguinte é nada mais do que um elemento persuasivo ou um argumento extra ou adicional que pode ser utilizado pelo juiz na fundamentação de sua sentença<sup>262</sup>.

Antes do CPC/2015, como se disse, as reformas implementadas até atribuíram vinculatividade a determinados provimentos, mas em relação à “jurisprudência” em geral, o grau era fraco. Admitia-se a invocação de outros julgados exclusivamente para persuadir o julgador do caso-atual, não porque houvesse alguma obrigatoriedade em segui-los, mas por conta da qualidade de suas razões. Não havia um escalonamento vinculativo ou *standards* normativos que impusessem o seguimento aos precedentes. Os precedentes, por isso, reduziam-se a “fontes secundárias e a prática judicial lhes emprestava o caráter de argumentos de reforço, muitas vezes relevantes, mas não vinculantes em relação às decisões dos casos-atuais”<sup>263</sup>.

Foi superada a era da jurisprudência. “Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que esse direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato”<sup>264</sup>.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não ter importado um modelo de vinculação aos precedentes judiciais que abrangesse de forma geral as decisões dos tribunais superiores, tal qual se verifica no *common law*, a sistemática de pronunciamentos judiciais vinculantes elencados no art. 927 do CPC/2015, para que seja coerente, deve obedecer à dinâmica da teoria dos precedentes desenvolvida para lidar com o *stare decisis*<sup>265</sup>. Tal conclusão decorre

<sup>262</sup> BUSTAMANTE. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial, 2016, p. 275-297.

<sup>263</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 389-390.

<sup>264</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 328.

<sup>265</sup> A *doctrine of stare decisis*, ou seja, a eficácia vinculante dos precedentes, não é sinônimo de *common law* e nem com ele se confunde. Enquanto este último se relaciona com direito consuetudinário que regia o comportamento dos *Englishmen*, a regra do *stare decisis* é, na realidade, um mecanismo relativamente recente

não só do termo “precedentes” escolhido, pelo Legislador, para se referir aos provimentos vinculantes, mas também da existência de alguns dispositivos legais do código que trazem conceitos como “fundamentos determinantes”, “distinção” e “superação do entendimento”, que remetem, respectivamente, à *ratio decidendi* (e, por consequência, ao *obiter dictum*), ao *distinguishing* e ao *overruling*, elementos típicos do *common law*.

Tendo isso em vista, não é adequado encarar precedentes como mecanismos meramente processuais vocacionados à celeridade e decisão de demandas em massa, sendo imprescindível pensá-los como alvo de uma teoria integrada, cujo objetivo principal é o aumento da racionalidade, da estabilidade, da igualdade, da previsibilidade e, por consequência, da efetividade do Direito<sup>266</sup>, corrigindo algumas consequências da fragilização não virtuosa do *civil law*<sup>267</sup>, como o ativismo e o subjetivismo judicial instalados no país, pelo qual “uma elite judicial cria seus próprios códigos e procedimentos ao arpejo do direito legislado”<sup>268</sup>.

Vale destacar, malgrado o *status* obrigatório que o precedente adquiriu com a vigência do CPC/2015, a condição de “fonte” lhe denota exatamente a ideia de que, assim como ocorre com o texto legislado, a partir do texto do precedente, será(ão) reconstruída(s) uma(s) norma(s)<sup>269</sup>. Essa atividade reconstrutiva deve ocorrer sempre à luz da Constituição (princípios de justiça e direitos fundamentais) e do caso concreto, sem ignorar os acréscimos pós-positivistas, que lhes garantirão coerência, consistência e emprestarão a qualidade de sustentáculo de racionalidade, como deve ser um modelo que se pautar no *stare decisis*.

---

que surgiu para garantir segurança às relações jurídicas no âmbito do *common law*. (MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 31-33).

<sup>266</sup> ZANETI JR. Comentários ao artigo 926, 2016, p. 1.316.

<sup>267</sup> Hermes Zaneti Jr. trabalha o histórico da evolução dos paradigmas de aplicação do direito até localizar o atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro num modelo centrado na Constituição que fragilizou o sistema fechado e codificado anteriormente vigente. O professor aponta dois tipos de fragilização: a virtuosa e a não-virtuosa. A virtuosa é a abertura do direito para ser interpretado à luz de princípios constitucionais de modo a coibir as lacunas hermenêuticas. Essa fragilização concede ao magistrado o papel de densificar os princípios e cláusulas abertas, o que é positivo (virtuoso) pois permite que o direito acompanhe a realidade prática, sempre em respeito às garantias constitucionais. Já a fragilização não-virtuosa é a relativização completa do ordenamento jurídico que advém de um excesso de crítica ao positivismo e da inflação legislativa, o que gera ausência de parâmetro legal (ou seu descrédito) para as decisões judiciais, e consequentemente leva a que os magistrados decidam conforme o seu arbítrio, desconsiderando a legislação vigente, o chamado subjetivismo judicial (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 66-106).

<sup>268</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 99.

<sup>269</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 201.

No direito brasileiro, é importante frisar, as normas advindas da reconstrução dos precedentes coexistem com as resultantes da interpretação do texto legal. Não há contradição e a admissão de uma não anula a outra<sup>270</sup>. Antes, pelo contrário, os modelos normativos devem gerar intercomunicação e cooperação mútua, a partir da integração do trabalho de legisladores, juízes e doutrina<sup>271</sup>.

O modelo de vinculação formal de precedentes do CPC/2015 se baseia no respeito obrigatório à norma construída a partir das decisões que configurem as hipóteses do art. 927, sob pena de reforma da decisão desrespeitosa, via recurso (no caso dos *precedentes normativos formalmente vinculantes*) ou, em certos casos, via reclamação direta ao tribunal que emanou o precedente (art. 988, III e IV c/c art. 927, I, II e III, CPC/15, no caso dos *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*)<sup>272</sup>.

### 2.1.2 Núcleo dogmático

Por tudo o que até agora se expôs, a introdução dos precedentes obrigatórios no solo nacional não poderia ignorar, também, as repercussões da virada constitucional, sempre levando em conta os avanços da filosofia da linguagem e da hermenêutica jurídica. A teoria dos precedentes deve caminhar junto com a teoria da norma, a teoria da interpretação e a teoria da decisão.

“Premissas equivocadas, influenciadas pelo positivismo normativo, podem levar a entendimentos no sentido de que a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais do CPC/2015 não serve de ponto de partida, mas de linha de chegada”<sup>273</sup>, o que, de fato, seria um grave retrocesso, redundando na velha prática cognitivista de mecanização do Direito. E mais, essa concepção poderia habitar a falsa impressão de que o CPC/2015, ao listar as metodologias

<sup>270</sup> Nesse mesmo sentido: MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 201.

<sup>271</sup> Sobre o assunto, ver amplamente: ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 79-205.

<sup>272</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 325-326.

<sup>273</sup> ABOUD; CAVALCANTI. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. 2015, p.10.

vinculantes do art. 927, teria dispensado a necessidade de se debruçar sobre o caso concreto (isso é, de ponderar as alegações das partes) à luz da Constituição, da problematização decisória e da justificação como inerente à fundamentação no momento de julgar, raciocínio que aniquilaria a diferença entre texto e norma, supondo que a norma (precedente formal<sup>274</sup>) já estaria genérica e abstratamente preparada para ser aplicada. Bem vistas as coisas, se não for exercida uma dogmática de peso, esse é um risco ainda iminente.

O CPC/2015, jungindo o discurso dos recursos com o dos precedentes e a partir da moldura de um *núcleo dogmático* formado pelos artigos 489, §1º, V e VI, 926 e 927, propôs um *modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes*<sup>275</sup> que possui vocação para balizar sua utilização (formação e aplicação) e, se bem dogmatizado, serve como instrumento para a superação dos velhos paradigmas que assolaram o Judiciário, como a jurisprudência lotérica<sup>276</sup> e *self-service*<sup>277</sup> que decorreram da insistente postura solipsa adotada pelos magistrados ao longo da vigência processual anterior.

O modelo proposto encontrou sua razão de ser na racionalidade, acrescentando as noções de estabilidade, coerência e integridade às decisões judiciais<sup>278</sup>, justamente porque o Direito não comporta mais o particularismo jurídico<sup>279</sup>, nem a disparidade<sup>280</sup> de decisões para casos isomórficos. A vinculação foi implementada exatamente como aporia aos princípios da isonomia e da segurança jurídica<sup>281</sup>, basilares do ordenamento atual.

<sup>274</sup> No capítulo seguinte serão abordadas, com maior profundidade, as dimensões formais e materiais que, para fins desse estudo, são primordiais ao sistema de precedentes formalmente vinculantes.

<sup>275</sup> Cf., amplamente: ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017.

<sup>276</sup> Cf. CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 786, 2001, p. 111.

<sup>277</sup> THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 392.

<sup>278</sup> MARINONI. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*, 2016, p. 13.

<sup>279</sup> “A mudança de paradigma consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior (precedentes persuasivos) para assumir o papel normativo dos precedentes atuais (precedentes vinculantes). A finalidade dessa mudança está em assegurar racionalidade ao direito e, ao mesmo tempo, reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo judicial” (ZANETI JR. *Comentários ao artigo 926*, 2016, p. 1.311).

<sup>280</sup> A situação de inconstitucionalidade advinda do tratamento dispare em processos individuais parecia não ser tão grave – razão que talvez tenha motivado a inércia reativa da comunidade jurídica por tanto tempo. Com as ações de massa, porém, (v.g., recursos extraordinário e especial repetitivos), grandes grupos de jurisdicionados passaram a se expor a tratamentos desiguais, especialmente porque os tribunais de segundo grau não se curvavam à jurisprudência dos tribunais superiores e esses – notadamente o Superior Tribunal de Justiça – não se mostraram capazes de construir uma jurisprudência estável e uniforme *interna corporis*. Isso instalou no Brasil uma total precariedade no que diz respeito à previsibilidade das decisões judiciais, que por consequência imprimiu ao Poder Judiciário uma forte insegurança.

<sup>281</sup> Todos esses objetivos foram fincados como objetivos do CPC/2015, como se afere de alguns trechos da exposição de motivos do Anteprojeto do Senado: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que

É preciso ter em mente, todavia, que o modelo forjado pelo CPC é muito mais ligado às teorias da decisão judicial e argumentação jurídica do que, meramente, à uniformização de jurisprudência<sup>282</sup>, pelo qual é necessário rigor, tanto na formação como na aplicação dos precedentes, para que não se alimente o mito de que as decisões proferidas através de tais metodologias (art. 927 do CPC) são, *per se*, adequadas e, por isso, deveriam ser seguidas mecanicamente, o que não é verdade e pode transtornar a tutela justa de direitos (por exemplo, se considerada a utilização ilegítima dos arts. 332 e 1.030, I do CPC).

Deve ficar claro, então, que os precedentes, à luz do CPC/2015, não devem ser vistos como solução para acabar com o assoberbamento das Cortes ou como veículos para fomentar a celeridade processual, porque, embora sejam essas decorrências colaterais, encará-las como objetivo principal desvirtua a finalidade do modelo proposto, já que a celeridade a todo custo

---

estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. [...] A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos *ex tunc*. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso. Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: “A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”; [...] A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável. [...] Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores”. (BRASIL. Congresso Nacional. *Anteprojeto do código de processo civil de 2015*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> . Acesso em: 27 jul. 2017).

<sup>282</sup> ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 293–349, 2014, p. 340-341. Aliás, conhecendo a oscilação do processo legislativo, essa ideia fica ainda mais clara. No substitutivo da Câmara dos deputados, aprovado em 26/03/2014, os artigos que tratavam diretamente dos precedentes vinculantes foram situados no capítulo XV do livro I (*do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença*), seguidos do capítulo XIV, que cuidava *da sentença e da coisa julgada*, o que denotava a lógica de inserção do tratamento do tema como inerentes à teoria da decisão judicial e não meramente de uniformização de jurisprudência, como parece sugerir, à primeira vista, a dicção do artigo 926. Ademais, a alocação topográfica anterior imprimia a ideia de que o tema é afeto a toda decisão jurisdicional, incluindo-se as proferidas por juízes de primeira instância e não apenas às exaradas no seio dos tribunais. Nesse sentido: ZANETI JR. Precedentes normativos formalmente vinculantes: formalização das fontes jurisprudenciais, 2015, p. 45.



tem sido, muito especialmente nos tempos atuais, uma grande mazela em relação à qualidade dos julgamentos, o que torna-se potencialmente mais lesivo ao se tratar de precedentes<sup>283</sup>, levando em conta a larga escala de indivíduos que sua norma influenciará e pelo dilatado espectro de matérias que pode versar, incluindo as atinentes à coletividade. Realmente, se encarado dessa forma, o modelo não estará isento às imputações de “massificação da atividade jurisdicional” e conseqüente “fragmentação da razão prática e aplicação amoral e avaliativa da norma jurisprudencial”<sup>284</sup> feitas pelas frentes doutrinárias objetoras.

Com efeito, essas são anomalias do sistema judiciário que não podem ser ignoradas, principalmente porque são indicativos de que a própria finalidade do processo (que no Estado Democrático Constitucional não pode ser outra que não a tutela de pessoas e de direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva) está, ou não, sendo atendida.

Nesse particular, vale lembrar que, de tão fundamental para garantir a qualidade da prestação jurisdicional (já que justiça tardia pode ser o mesmo que justiça negada<sup>285</sup>), o direito à *razoável duração do processo* foi alçado à condição constitucional (art. 5º, LXXVIII) por meio da Emenda Constitucional nº. 45, refletindo o movimento global pelo efetivo acesso à Justiça<sup>286</sup>. Nada obstante, a mora processual no Brasil possui múltiplas origens<sup>287</sup>,

<sup>283</sup> Nesse sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 15.

<sup>284</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O efeito vinculante e princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: JusPodivum, 2013.

<sup>285</sup> “Justice delayed is justice denied”, máxima legal que expressa a necessidade de que a reparação a uma lesão ou ameaça de lesão seja disponibilizada tempestivamente, sob pena de equivaler-se a uma “não reparação” (ou “não justiça”).

<sup>286</sup> Ícone desse movimento mundial foi o empreendimento de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, que *buscaram enfrentar o problema do acesso à justiça através da perspectiva do consumidor da justiça*, concluindo que “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível” (GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 21).

<sup>287</sup> Com base nos estudos de Remo Caponi (Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 65, n. 2, Padova: Cedam, 2011), Sérgio Arenhart elenca os planos legislativo, estrutural e cultural como ambientes de causas para o defeito na prestação do “serviço público” jurisdicional. No plano legislativo, destaca a necessidade de que as leis ofereçam, efetivamente, respostas adequadas e modernas às demandas de justiça oriundas da sociedade civil. No estrutural, orienta a verificação sobre a suficiência de recursos humanos e materiais, concretamente postos à disposição do serviço público a ser prestado, o que leva em consideração, por exemplo, a proporção entre o número de juizes e o número de causas, a quantidade de auxiliares da atividade jurisdicional, a infraestrutura do Poder Judiciário etc. O plano cultural, por fim, relaciona-se com a qualidade da demanda judicial proposta (que influenciará indiretamente na resposta que será obtida) e o preparo dos atores judiciais para o desempenho de suas atividades (o que abrange a capacitação de advogados, juizes e todos que, de algum modo, influenciam no processo) (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 42-43).

constituindo uma simplificação perniciosa sua imputação exclusiva ao acúmulo de processos nos gabinetes – o que pode denotar a falsa impressão de que a solução desses problemas seria o modelo de precedentes. Não é e nem pode ser.

De fato, um modelo de precedentes maduro contribui sensivelmente com a efetividade do processo (norma, de fato, tão cara ao caótico quadro atual das Cortes judiciais do país) e acaba agilizando a prestação jurisdicional. No entanto, considerando, de um lado, que processo efetivo “é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”<sup>288</sup> e, de outro, a constante tensão que referidos valores convivem<sup>289</sup>, a celeridade a todo custo é uma grande ameaça e pode, inclusive, transtornar a prestação do serviço. O manejo dos precedentes para esse fim desfigura o propósito almejado, por exemplo, porque constrangerá o intérprete em busca da satisfação numérica a forçar a aplicação de precedentes, mesmo quando houver distinções substanciais entre as circunstâncias fáticas do caso em análise com as do caso-precendente.

Sem olvidar que as benesses da reforma até resvalam na utilitária questão do abarrotamento dos tribunais, não se pode esquecer que o Judiciário cuida de julgar casos e não teses<sup>290</sup> e, assim, a natureza hermenêutica do Direito não pode ser ignorada em nenhum de seus atos. Por isso, como será demonstrado no tópico 2.2, na consonância deste estudo, para que o julgamento de um caso seja considerado precedente, não basta que apenas os requisitos formais sejam preenchidos, sendo imprescindível o alcance da dimensão material. Essa última, vale dizer, é o que legitima a norma-precendente, que é composta, por sua vez, das circunstâncias fáticas (*material facts*) *necessárias e suficientes*<sup>291</sup> para atrair a solução jurídica (*point of law*).

---

<sup>288</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

<sup>289</sup> Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, ano II, n. 3, 2003, p. 270.

<sup>290</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *O Brasil entre o civil Law e o common Law*. A tendência despadronização decisória (uso de precedentes) – Inter mínimo para sua aplicação. Disponível em: <<http://esameavvocato.diritto.it/docs/31927-o-brasil-entre-o-civil-law-e-o-common-law-a-%20tend-ncia>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>291</sup> Construção que, como é conhecido pelo autor do presente estudo, está longe de consenso doutrinário, mas que se arrazoa consonante às opções teóricas propostas pelo presente estudo, problemática que será mais profundamente destrinchada no capítulo 3, e que contará com uma despreziosa proposta no capítulo 4.

É precisamente essa norma que a teoria dos precedentes denomina de *ratio decidendi*<sup>292</sup> (nos Direito inglês) ou *holding* (no norte-americano) e que constitui a parcela vinculante do precedente. Por isso, o primeiro passo para apurar a materialidade do precedente é identificar a *ratio decidendi* (ou os fundamentos determinantes, como optou chamá-la o CPC/2015). Nesse propósito, o art. 489, § 1º, V e VI condiciona a aplicação de um precedente à identificação, pelo juiz, dos fundamentos determinantes do caso-precedente (*precedent case*), comparando-os ao do caso-atual (*instant case*<sup>293</sup>) para, então, concluir por sua aplicação ou não (caso em que deverá ser demonstrada a distinção entre ambas). Em outras palavras, é impositivo destacar a identificação da *ratio decidendi* do caso-precedente como passo anterior e essencial à constatação casuística da aplicação, distinção ou superação.

Como não poderia deixar de ser, o núcleo dogmático se comunica com os demais artigos do CPC/2015 e com isso impõe que a vinculação ocorra de modo substancial, mirando na prestação de uma tutela jurisdicional que seja, de um lado tempestiva e isonômica, mas de outro, adequada e efetiva. Devem estar à disposição da parte mecanismos que bloqueiem o enrijecimento do sistema, como, por exemplo, a possibilidade de arguir a distinção do caso em exame antes da decisão de aplicar, ou não, o precedente (por observância, por exemplo, dos arts. 9º e 10). Oportunizadas as manifestações das partes, as diretivas ideológicas da decisão (que optar aplicar ou não aplicar o precedente) deverão ser sempre precedidas de fundamentação, como preveem os arts. 11 e 489, § 1º.

Cautelas como essas evitarão o silogismo de *rationes decidendi*, potencialmente tão maléficos ao ordenamento como o antigo silogismo da lei. Como bem propõem Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti:

---

<sup>292</sup> O professor Hermes Zaneti Jr. define o conceito da *ratio decidendi* como sendo “o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso precedente (*material facts* somados à solução jurídica dada para o caso) (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 328-330), conceito que parece amoldar-se ao de Rupert Cross e J. W. Harris: “*Starting the assumption that the ratio decidendi is a general rule without which a case must have been decided otherwise, [...]*” (CROSS; HARRIS. *Precedent in english law*, 1991, p. 52). Lênio Streck e Georges Abboud são menos precisos na definição: “[...] é possível de dizer que, tradicionalmente, ela [*ratio decidendi*] configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto” (STRECK; ABOUD. *O que é isto: O precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, 2013, p. 47). Sem pretensão de consenso, parece adequado conceituar a *ratio decidendi*, na sua definição mais básica, como a parcela fundamental, de peso, da decisão; é a parte que dá o tom, induz o sentido, do precedente e que, caso seja modificado, também o precedente não terá mais sentido. O tema, contudo, será mais verticalizado no subtópico 2.2.2 e ao longo do capítulo 3.

<sup>293</sup> SHAUER. *Thinking like a lawyer*, 2009, p. 38. Daí a opção semântica, adotada ao longo deste estudo, em referir-se ao precedente como “caso-precedente” e ao caso em análise como “caso-atual”.

[...] o magistrado, antes da aplicação da tese jurídica ao caso concreto, deve sempre garantir às partes o direito de discutir e distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, por exemplo, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa. Além disso, a simples existência de *ratio decidendi* não autoriza que a atividade interpretativa deixe de considerar outros textos normativos, tais como a lei e a própria Constituição<sup>294</sup>.

É crucial observar, como foi enunciado nas linhas introdutórias deste capítulo, que o próprio art. 927, §1º vincula a decisão que se ampara em precedentes obrigatórios aos arts. 10 (que veda a decisão surpresa e estimula o contraditório substancial) e 489, §1º (que estreita o funil para que a decisão se considere fundamentada) do CPC, afastando a ideia de enrijecimento do sistema. O ponto de apoio, então, gravita em torno da construção de uma fundamentação idônea, ou seja, a aplicação do precedente ao caso só será legítima se as diretrizes teóricas da decisão forem justificadas/motivadas a ponto de revelar as razões que conduziram o julgador a eleger uma solução determinada na tarefa de dirimir o conflito<sup>295</sup>.

Longe de eximir o juiz de justificar suas direções ideológicas e expor seu trajeto cognitivo, o que o modelo pressupõe é que, ao aplicar o precedente, o julgador terá um ônus argumentativo menor, exatamente porque essa atividade seria concentrada em indicar a *ratio decidendi* do precedente arguido e em demonstrar que as semelhanças do caso-atual são tamanhas, que justificam o seguimento da norma enunciada no precedente.

Por isso, também é fundamental que a teoria dos precedentes vinculantes traga bem delineados os mecanismos de promoção da distinção, para que a ânsia pela racionalidade não acabe se tornando em denegação de justiça (*rectius*: cerceamento do direito de defesa e de influenciar na decisão<sup>296</sup>) e estagnação do Direito. O núcleo dogmático, nesse jaez, é suficiente para cumprir tal função.

<sup>294</sup> ABOUD; CAVALCANTI. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo. 2015, p.11.

<sup>295</sup> STRECK; ABOUD. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, 2014, p. 128-129.

<sup>296</sup> GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coords.). *O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 14.

## 2.2 DIMENSÃO FORMAL E DIMENSÃO MATERIAL DO PRECEDENTE

A essa altura, não há mais dúvidas de que o modelo de precedentes arrojado pelo CPC/2015 não funciona se encarado sob a perspectiva meramente formal, justamente porque os precedentes estão umbilicalmente ligados às teorias da decisão e da interpretação. E como não se pode ignorar todos os avanços na ciência jurídica, seria um retrocesso inaceitável supor que a aplicação formal de alguma das metodologias listadas no art. 927 do CPC/2015 seja suficiente para alcançar o ideal de racionalidade, já que, inexoravelmente, por mais semelhantes que sejam, os casos a serem julgados sempre guardarão diferenças entre si. Para aplicar ou para distinguir, o intérprete sempre se deparará com a função de interpretar, em menor ou maior escala.

A vinculação obrigatória trouxe, em contrapartida, a responsabilidade de identificar o que, realmente, é o precedente. Essa dúvida acompanha a própria evolução da história dos precedentes desde sua gênese e qualquer resposta simplista é ingênua e não resolve o problema. Seja por interpretação ou por analogia<sup>297</sup>, a constante inquietação dogmática é conseguir extrair do texto do precedente os seus extratos essenciais, ou seja, os elementos que o caracterizem como precedente<sup>298</sup>.

A questão ganha maior fôlego quando confrontada com o histórico judiciário nacional, que relata a temeridade com que o Direito jurisprudencial foi tratado. O capítulo anterior listou algumas distorções pragmáticas que, não apenas porque a formação da maioria dos juristas atuais foi alicerçada na moldura do CPC/1973, mas, principalmente, pela falta de uma legislação que proporcionasse uma teoria de base, consentia (e até estimulava) tratar dispositivos, ementas, enunciados sumulares, teses e afins como se fossem o precedente e, com isso, recrudescia-se a prática de invocações descontextualizadas, que se prestariam a justificar qualquer posicionamento. Ou seja, principalmente agora, sob a vigência de um

---

<sup>297</sup> Notável parcela da doutrina entende que a atividade de cognição que se realiza nos precedentes é interpretativa (Cf. SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: AUTORES. *Interpreting Precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997 e MACCORMICK, Neil; BANDKOWSKI, Zenon; MARSHAL, Geoffrey. *Precedent in United Kingdom*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedent: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997), enquanto outra afirma que o raciocínio é analógico (Cf. DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 59).

<sup>298</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 163.

modelo de precedentes obrigatórios, é fundamental que se identifique o que, precisamente, vinculará.

Nessa tarefa, é muito importante esclarecer que, ao contrário das objeções relacionadas, não é razoável supor que o CPC/2015 ignore todas as conquistas do paradigma pós-positivista e estimule a aplicação cega do precedente “tal como se viesse a norma pronta e acabada que pudesse substituir-se às alegações das partes, à fundamentação e à problematização decisional”<sup>299</sup>, tornando o juiz como um ente que mecanicamente acopla a decisão pretérita ao caso-atual, sendo, portanto, “despiciendo que o magistrado ou os tribunais locais precisassem socorrer à interpretação da lei e da Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides sobrestadas”<sup>300</sup>.

As consolidações do Código foram fruto de um cuidadoso processo maturativo e, é claro, não esqueceria da tão básica separação entre texto e norma nem das conquistas da teoria da linguagem ou da centralidade do papel da interpretação no fenômeno jurídico. Insurgências desse matiz são frágeis e denotam, no mínimo, alguma incompreensão do paradigma proposto. É evidente que o Código deve ser compreendido sob o enfoque constitucional (art. 1º, CPC/2015) e sempre levando em conta sua unidade<sup>301</sup> (buscando a estabilidade, coerência e integridade sugerida pelo art. 926). Somente assim o CPC/2015 terá aptidão para provocar uma verdadeira mudança de rumos<sup>302</sup>.

Para além da instituição *formal* dos precedentes obrigatórios, o núcleo dogmático do CPC/2015 trouxe elementos hábeis para, a partir de pressupostos democráticos, combater a superficialidade da fundamentação decisória e a desconsideração da facticidade do Direito<sup>303</sup>, consolidando uma *dimensão material* (ou *substancial*<sup>304</sup>) do precedente<sup>305</sup>. Ou seja, levando a

---

<sup>299</sup> NERY JR.; ABOUD. *Stare Decisis vs Direito Jurisprudencial.*, 2013, p. 495.

<sup>300</sup> NERY JR.; ABOUD. *Stare Decisis vs Direito Jurisprudencial.*, 2013, p. 495.

<sup>301</sup> Um leitura sistêmica do CPC/2015, a partir dos dispositivos distribuídos no arco processual, permite perceber que o modelo de precedentes proposto é consonante a uma teoria realista, moderada e responsável da interpretação, que além de primar pela materialidade do precedente, constrange o intérprete no momento da identificação da *ratio decidendi* do caso-precedente e na sua demonstração de ajuste ou distinção ao caso-atual.

<sup>302</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 395.

<sup>303</sup> NUNES, Dierle José Coelho; HORTA, André Frederico. A doutrina do precedente judicial: fatos operativos, argumentos de princípio e novo Código de Processo Civil. In: SCARPINELLA BUENO, Cassio. (Org.). *PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1*. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015, p. 9-58.

<sup>304</sup> A doutrina que encara o modelo seriamente, embora sob a adoção de uma nomenclatura diferente, é unânime em condicionar a existência do precedente a uma condição além da formal. À guisa de exemplo, cite-se Maurício Ramires, que dedica parte de sua obra à investigação do *valor do precedente*, que, em alguma medida, equivale

sério a teoria articulada, é possível identificar o que realmente seja o precedente sob a perspectiva de sua formação (isso é, quais decisões e que parte delas constituem, de fato, o precedente) e da aplicação (que circunstâncias fáticas e jurídicas no caso-precedente devem ser imprescindivelmente consideradas para permitir sua invocação ao caso-atual).

Nesse propósito, obviamente, as metodologias listadas no art. 927 não vinculam de qualquer modo, tendo sido talhado um instrumentário apto a identificar a dimensão material do precedente, distribuído no arco processual. Respeitadas as divergências, a doutrina que enfrenta o tema converge ao reconhecer alguns requisitos cuja presença habilita o reconhecimento da aludida dimensão, os quais, no presente estudo, chamou-se de (2.2.1.) interpretação operativa, (2.2.2.) identificação dos fundamentos determinantes ou *ratio decidendi* (que se decompõem em circunstâncias fáticas e solução jurídica), (2.2.3.) colegialidade da decisão e (2.2.4.) contraditório substancial. Além disso, deriva desse entendimento (2.2.5.) a inviabilidade de se tratar o texto catalográfico, que tem função de divulgação dos fundamentos determinantes, como se fosse precedente<sup>306</sup>.

Observar o art. 927 à luz desses pressupostos<sup>307</sup> concederá ao precedente força e autoridade dignas de torná-lo vinculante e, na essência, os padrões de racionalidade e universalidade, primadas pelo sistema proposto, poderão ser alcançados.

---

ao que o presente trabalho chamou de *dimensão material do precedente*. Cf. RAMIRES, M. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>305</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 393.

<sup>306</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 394.

<sup>307</sup> Embora nem toda doutrina convirja em destacar essas condições como pressupostos, é unânime que nem toda decisão forma precedente. A decisão precisa se revestir de algumas qualificações para que possa ser alçada à condição de paradigma para a atividade jurisdicional futura. Nesse sentido, por todos, Marinoni salienta que só há precedente “quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca da matéria de direito – ou, nos termos do *common law*, de um *point of law* –, e, não de matéria de fato. Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando, propriamente, uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal. De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir de a análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos. Um precedente exige definição, ao menos por maioria, da questão de direito. De modo que a decisão que resolve recursos por maioria de voto, mas soluciona a questão de direito com base em fundamentos compartilhados por minorias, não constitui precedente. [...]. Portanto, uma decisão não pode ter os caracteres necessários à configuração de precedente, seja por não tratar e questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou

### 2.2.1 Interpretação operativa

“O problema guia a aplicação do direito e, após a identificação do problema, a fixação e escolha de premissas é a primeira tarefa do intérprete”<sup>308</sup>, o que revela que não há precedente sem que haja um problema interpretativo a ser sanado (porque, senão, a aplicação ou distinção ocorreria em relação à lei, pura e simplesmente, ou ao precedente que anteriormente tratou a questão<sup>309</sup>).

O precedente, nessa concepção, é resultado de um julgamento sobre uma questão de direito, acerca da qual se suscitou uma dúvida interpretativa<sup>310</sup>, que justificará a reconstrução da norma. Bem identificada a dúvida, a questão é posta em exame, para que então se proceda a interpretação operativa<sup>311</sup>, atribuindo um novo sentido à norma e devolvendo ao ordenamento um conteúdo reconstruído.

Esse perceptivo decorre exatamente da função adscritiva da interpretação e da necessidade de se densificar a segurança jurídica (tratamento isonômico a questões análogas), levando em consideração a conjunção de trabalhos do Legislador, doutrinadores e juízes<sup>312</sup>, especialmente após a irretroatável alocação da interpretação ao centro do fenômeno jurídico, fomentada pela tessitura aberta e indeterminação da linguagem, inclusive a jurídica. Diante de toda a evolução da teoria da linguagem resumida no capítulo anterior, não é razoável supor que um

---

reafirmar um precedente. Outrossim, um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para definitivamente delineado. Nessa dimensão, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a questão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente a delinea, deixando-a cristalina” (MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 157-158). Ainda que não tenha expressamente destacado os pressupostos, a transcrição acima deixa claro que o entendimento do autor converge em pelo menos três pressupostos eleitos pelo presente trabalho (a interpretação operativa, a identificação da *ratio decidendi* e a colegialidade).

<sup>308</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 162.

<sup>309</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 333-334. No mesmo sentido: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Ashgate/Dartmouth: Aldershot, 1997. Em sentido oposto, denominando de “precedente declaratório” aquele gerado por decisões que contém mínimos ou nenhum elementos criativos: MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 226.

<sup>310</sup> Expressão cunhada por Jerzy Wróblewski, para descrever as situações que se fazem necessária a prolação de uma decisão interpretativa (WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Legal decision and justification. Logique et Analyse*, n. 14, Bruxelles: Centre national de recherches de Logique, 1971, p. 413).

<sup>311</sup> Conceito forjado inicialmente por Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Giuffrè, n. 43, p. 290-304, 1966) e aperfeiçoado por Jerzy Wróblewski (WROBLÉWSKI. *Legal decision and justification*, 1971, p. 409-419).

<sup>312</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 79.



texto normativo pudesse ser estático, imutável, infenso à ressignificações, justamente porque são destinados a regular a vida social, que é dinâmica, metamórfica e, constantemente, adequável. Decidir, portanto, é interpretar<sup>313</sup> e essa atividade, embora tenha como referência o texto legal, acrescentará um significado reconstruído. Ou seja, dentre os plurissignificados possivelmente atribuíveis ao texto normativo, o intérprete terá que outorgar um, devolvendo ao ordenamento jurídico um conteúdo reconstruído<sup>314</sup>.

A decisão que se limita a aplicar a norma sem adicionar nenhum elemento relevante não constitui precedente, já que não possui qualquer grau de criatividade<sup>315</sup>. Sem a reconstrução da norma pelo juiz, não se pode falar em precedente, porque, nesse caso, “o que vincula é a própria lei, não o precedente”<sup>316</sup>. Por isso é que nem todas as decisões, ainda que proferidas pelas Cortes competentes, constituirão precedentes. Zaneti tece dois exemplos que ilustram bem essa espécie de decisões: a) as decisões que aplicarem a lei que não for objeto de controvérsia, ou seja, que se limitar a refletir a interpretação extraída do próprio texto normativo, e b) a decisões que se limitem a reproduzir outras decisões anteriores, sem nenhum acréscimo ou ponderação. Em ambos os casos, a vinculação já existia anteriormente à decisão (no primeiro, por força do próprio texto legal e, no segundo, pelo precedente anterior). Por isso, conclui o autor, com alusão expressa ao escólio de Neil MacCormick, “serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais para solução de questões jurídicas”<sup>317</sup>, o que é consonante às premissas adotadas pelo presente trabalho.

A interpretação operativa se distingue da interpretação doutrinária exatamente porque essa última se dá abstratamente, ao passo que a primeira ocorre à luz de um caso “concreto e está relacionada à aplicação do direito aos fatos”<sup>318</sup>. Para se falar em precedente, a interpretação forçosamente deve inovar no ordenamento jurídico, excluindo-se a aplicação da lei que não for controvertida, “ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma

<sup>313</sup> GUASTINI. *Das fontes às normas*, 2005, cap. VII.

<sup>314</sup> "Interpretative decision is needed when the law-applying organ has doubts concerning the meaning of the norm to be applied. This is an 'operative interpretation', which takes place when there is no "isomorphy" between the case in question and the legal norm at hand". (WROBLÉWSKI, Józef. *Legal decision and its justification*. *Logique et Analyse*. n. 53-54, p. 409-419, 1971, p. 413).

<sup>315</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 227.

<sup>316</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 165.

<sup>317</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 333-334.

<sup>318</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 165-166.

legal vinculativa pela própria força da lei”, bem como a decisão que cite uma outra decisão anterior sem fazer qualquer especificação nova ao caso (porque nesse caso, a vinculação ocorrerá do precedente anterior e não do que o repetiu)<sup>319</sup>.

Vale dizer, embora todo precedente seja formado a partir de uma decisão, nem toda decisão forma precedente. O precedente sempre constitui uma decisão de uma questão de direito (*point of law*), pela qual, diferentemente do que ocorre com as decisões simples, que muitas vezes se limitam a repetir o conteúdo do texto legal, outorgam-lhe sentido e com isso resolvem a questão da interpretação da lei<sup>320</sup>.

### 2.2.2 Identificação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*)

As razões pelas quais se decidiu de uma ou outra maneira são que determinarão o significado do precedente<sup>321</sup>. Nesse propósito, o art. 489, § 1º, V e VI condiciona à aplicação a identificação, pelo juiz, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*, para os ingleses, ou *holding*, para os norte-americanos, comumente traduzida como “razões para decidir”, “motivos determinantes” ou “fundamentos determinantes”) do caso-precedente, concluindo se o caso-atual se amolda ou não àqueles limites. Em outras palavras, é impositiva a identificação da *ratio decidendi* do caso-precedente como passo anterior à constatação casuística da aplicação, distinção ou superação, exatamente porque distinguirá a parcela vinculante da não vinculante (*obiter dictum*)<sup>322</sup>.

Embora possa soar simples, a identificação das *rationes decidendi* é tarefa da mais alta complexidade e que, ao longo dos anos foi alvo de tentativas de padronização e

<sup>319</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 333.

<sup>320</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 158.

<sup>321</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 31-162.

<sup>322</sup> “*Contrariu sensu*, uma vez que identificamos os fundamentos determinantes com a *ratio decidendi*, resta dizer que, tudo aquilo que não for essencial à decisão, que não constituir fundamentos determinantes, será *obiter dictum*, portanto, sem efeito vinculante” (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 377).

estabelecimento de métodos objetivos de identificação<sup>323</sup>, a fim de que se reduzam as discricionariedades (“fechando” o sistema, como propõe o modelo de precedentes obrigatórios).

O problema não se restringe a identificar que fatos do caso devem ser caracterizados como *fatos materiais*<sup>324</sup> (e, por corolário, a identificar a *ratio decidendi*), mas, também, saber quem define a *ratio decidendi*, se o órgão que institui o precedente ou o que irá analisar sua aplicação<sup>325</sup> e, ainda, como se definirá um padrão minimamente hábil a eleger como necessárias e suficientes as semelhanças do caso-precedente e do caso-atual.

Se tomado em conta um Poder Judiciário ainda não suficientemente maduro, que não raras vezes se submete a outras ideologias não exatamente democráticas, o problema torna-se ainda mais grave, já que se não houver uma objetivação de padrões de identificação dos fundamentos determinantes, o jurisdicionado continuará sujeito ao solipso e arbitrário entendimento do juiz que julga seu caso, bastando que se denomine como *ratio decidendi* o que for pertinente a justificar suas opções ideológicas (e, com isso, se manterá a velha e ojerizada *confirmation bias*<sup>326</sup>, sob nova roupagem).

Em que pese a complexidade e controvérsia, doutrina estrangeira e nacional convergem num núcleo conceitual mínimo, qual seja, de que a *ratio decidendi* é a regra geral necessária e suficiente, sem a qual a decisão não seria tomada daquela forma. Essa “regra geral” é composta pelos fatos fundamentais ou materiais<sup>327</sup> (*material facts*<sup>328</sup>, que são os fatos

<sup>323</sup> Destaque-se o teste de Wambaugh (WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and starting reported cases. Composing head-notes and briefs. Criticising and comparing authorities. And compiling digests.* 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894), o método de Goodhart (GOODHART, Arthur L. Three cases on possession on. *The Cambridge law Journal*, Cambridge, n. 3, 1928, p. 195-208) e as contribuições posteriores de Rupert Cross (CROSS; HARRIS. W. *Precedent in English law*, 1991) e de MacCormick (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric an the rule of law: a theory of legal reasoning.* New York: Oxford University Press, 2005), que seguiram buscando aperfeiçoar o delineamento dos fundamentos determinantes. O Capítulo 3 tratará de cada proposta, apontando os aspectos mais adequados à conformação do presente trabalho.

<sup>324</sup> GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. In: GOODHART, Arthur L. *Essays in jurisprudence and the common law.* Cambridge: University Press, 1931.

<sup>325</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 167.

<sup>326</sup> Problema que será enfrentado de modo autônomo no subitem “2.2.5. Precedente x ementa, dispositivo, tese, enunciado sumular etc. - repúdio aos vieses de confirmação (*confirmation bias*)”, abaixo.

<sup>327</sup> Cf. GOODHART. Three cases on possession on, 1928, p. 195-208.

<sup>328</sup> Na identificação do problema do precedente, os aludidos fatos fundamentais devem ser diferenciados dos “fatos da vida”, justamente porque os primeiros serão usados como fundamentos determinantes para os fatos análogos e, por isso, ao contrário dos segundos, têm matiz essencialmente prescritiva e não meramente descritiva. Cf. NUNES; HORTA. A doutrina do precedente judicial: fatos operativos, argumentos de princípio e novo Código de Processo Civil., 2015, p. 12.

relevantes do caso) e pela solução jurídica (*points of law*)<sup>329</sup>. Esse é o cerne do entendimento dos estudiosos de maiores fôlegos sobre o tema, embora divirjam em algumas definições e complementações adjacentes<sup>330</sup>.

A busca pela caracterização dos fundamentos determinantes sempre teve esses dois focos: identificar os fatos relevantes do caso e a solução jurídica a eles dispensada. Daí, também, derivam algumas questões, como, por exemplo, a dificuldade de se identificar os fatos tidos como materiais, levando em consideração que os fatos de um caso jamais serão iguais aos de outro; ou limitar a margem de discricionariedade do juízo aplicador na recharacterização do caso-precedente (vale dizer, na identificação dos seus fundamentos determinantes), já que ainda que o juízo formador tenha destacado sua(s) *ratio(nes) decidendi*, o juiz que fará a aplicação jamais estará isento de compreendê-la(s) e compará-la(s) à luz das peculiaridades do caso-atual<sup>331</sup>, posto que deve haver, no momento da aplicação ou refutação do precedente, uma reconstrução do caso-precedente, identificando os fatos que compõem sua *ratio decidendi* (a partir do cotejo dos fatos, situações, eventos, detalhes e características que o fomentaram), justamente para compará-la com as do caso-atual e verificar se é caso de aplicar (*follow*) ou afastar o precedente (*distinguishing*).

A solução para essas e outras questões deve levar em consideração, à melhor luz, de um lado, os avanços do paradigma constitucional e, de outro, que um sistema de precedentes obrigatórios tem como principal função promover a racionalidade do ordenamento e, assim, procurar sempre tratar isonomicamente os casos suficientemente semelhantes. Sem essa premissa bem apresentada, o modelo torna-se utópico ou subversivo.

Como os casos são únicos (e sempre serão, uma vez que jamais as situações fáticas de um caso serão idênticas às de outro), suas particularidades devem ser agrupadas em espécies ou classes, a partir de generalizações que estabeleçam semelhanças minimamente suficientes a dispensá-los o mesmo tratamento jurídico. Isso é o que propõe a doutrina mais autorizada, por exemplo, Frederick Schauer, que defende que sejam estabelecidos alguns padrões de organização (regras de relevância) pelos quais seja possível especificar as semelhanças

<sup>329</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 328-330.

<sup>330</sup> É o que se pode constatar, por exemplo, ao se observar como GOODHART entende que se identifica a *ratio decidendi* (a partir do apontamento dos fatos materiais e solução aplicada ao caso, cf. GOODHART. *Three cases on possession on*, 1928) ou até mesmo Frederick Schauer, que, embora crítico da categoria, conceitua *ratio decidendi* como a combinação entre os *material facts* e o resultado dado ao caso (SCHAUER. *Thinking like a lawyer: A new introduction to legal reasoning*, 2009).

<sup>331</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 167.

realmente relevantes e as dispensáveis (algo como uma “teoria organizacional”, para distinguir o precedente do que é irrelevante, tendo sempre em mente que tais regras são subordinadas a tempo e cultura) para fins de julgamento a partir de precedentes<sup>332</sup>. Para realizar essa categorização dos fatos, é também indispensável que se averigüe a razão jurídica da decisão paradigma no contexto cultural, social e axiológico e o tempo e lugar em que foi proferida, considerando, assim, sua linguagem, seus usos, seus valores<sup>333</sup>. Essa noção será somada à proposta sugerida no capítulo 4.

O fato é que o modelo proposto pelo CPC/2015 tem aptidão para equilibrar tais questões, já que o art. 489, § 1º veda a invocação jurisprudencial genérica e, com isso, restringe significativamente a margem de discricionariedade do aplicador, uma vez que condiciona a fundamentação da sua escolha teórica à demonstração da similitude ao caso-precedente. Os precedentes, por isso, jamais poderão ser encarados como regras prontas e acabadas hábeis a colocar fim ao debate. Antes, são *starting points*, a partir dos quais a argumentação jurídica deve se desenvolver e concluir sobre a aplicação ou refutação do precedente, de acordo com o grau de semelhança que possui com o caso-atual<sup>334</sup>, tudo mediante justificação.

A identificação da *ratio decidendi* na formação do precedente, então, tem função orientadora para as posteriores atividades interpretativas (aplicação). Isso, por outro lado, traz à tona a necessária facticidade do precedente: a formulação da tese jurídica deve estar necessariamente ancorada à questão fática que a motivou “(unicidade fato-direito)”<sup>335</sup>. Pierluigi Chiassoni adverte que, caso os fundamentos determinantes sejam encarados isoladamente, deixarão de ser *ratione decidendi*, uma vez que devem obrigatoriamente ser analisadas em correspondência com a questão fático-jurídica (caso-concreto) que solucionou<sup>336</sup>.

Do ponto de vista qualitativo, os precedentes não são compreendidos a partir de fórmulas abstratas de direito, mas, sim, pela relação entre fatos e direito, como regras, portanto, concretas, através de uma análise comparativa dos fatos da causa, que afere se se deve aplicar

<sup>332</sup> SCHAUER. *Precedente*, 2016, p. 56-57.

<sup>333</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 492.

<sup>334</sup> NUNES; HORTA. A doutrina do precedente judicial: fatos operativos, argumentos de princípio e novo Código de Processo Civil, 2015, p. 27.

<sup>335</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 373.

<sup>336</sup> CHIASSONI, Pierluigi. Il fasci discrete della common law. Appunti sulla “rilevanza” dei precedente giudiziari. In: BRESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFO, Michele (orgs.). *I Metodi della Giustizia Civile*. Milani: CEDAM, 2000, p. 18.

o caso-precedente ao caso-atual<sup>337</sup>. O precedente não pode limitar-se a um “procedimento-modelo”, uma tese formulada genericamente. É essencial que sua ponderação (na formação e na aplicação) seja sempre temperada com as situações fáticas que motivaram sua formulação.

Para concretizar essa ideia, os incisos V e VI do art. 489, § 1º protestam não apenas pela *fundamentação*, mas, também, pelo *relatório* da decisão, já que será necessário ao magistrado comparar os fatos materiais do caso-atual com os do caso-precedente que pretende invocar ou refutar, mediante analogias e contra-analogias. Qualquer que seja a opção teórica adotada, o julgador deverá, por força do núcleo dogmático, apresentá-la mediante justificação suficiente, sob pena de nulidade da decisão, o que se acomoda ao paradigma contemporâneo, uma vez que a ineliminável margem discricionária do aplicador só poderá ser controlada se suas razões puderem ser confrontadas com as do caso-precedente. Só assim, por exemplo, será possível saber se a identificação dos *material facts* foi procedida idoneamente ou se, por outro lado, foi realizada alguma distinção ilegítima ou inconsistente (conceitos depurados no capítulo 4, abaixo). A justificação recebe, assim, a função de contramedida de controle da intersubjetividade do juiz<sup>338</sup>.

Enfim, a técnica de identificação da *ratio decidendi* encerra, na prática, um grande desafio argumentativo, reclamando uma dogmática adequada para que a finalidade do modelo vinculante não seja desvirtuada. Na proposta brasileira, seja para aplicar ou para afastar o precedente, a fundamentação deve ser bem clara e coerente, sem o que as opções adotadas não reunirão pressupostos minimamente capacitados para lhe classificarem como decisão, especialmente pela força contraintuitiva do núcleo dogmático (arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 927).

---

<sup>337</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriaale Scientifica, 2007, p. 11-20.

<sup>338</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 393.

### 2.2.3 Colegialidade da decisão

A interpretação operativa ocorre a partir de um julgamento colegiado, em que o debate deve ser exaustivo, para que, só assim, o resultado ganhe força de precedente. Como foi dito, o discurso das Cortes que formam precedentes não pode ser encarado sob o enfoque individualista, até porque a função do precedente é eminentemente pública, de definição do sentido do Direito e, por isso, deve buscar o enfrentamento mais denso, analítico e completo possível, estimulando-se o debate para o aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas e elaboração do precedente<sup>339</sup>, tendo sempre presente que o julgamento do recurso, enquanto solução à lide atual, fica em segundo plano.

Ao contrário do que ocorre em uma Corte de correção de decisões dos tribunais ordinários<sup>340</sup>, as Cortes que formam precedentes são órgãos colegiados que se situam no ápice da organização judicial dos Estados e que, mediante procedimento complexo<sup>341</sup>, outorgam a unidade ao sistema legal através da interpretação do Direito de acordo com as necessidades da sociedade. Tais julgamentos, além de guardarem o discurso do caso, carregam também o peso do precedente<sup>342</sup>. Sua função típica é garantir o respeito uniforme das leis através de decisões que podem ser universalizadas e projetadas para o futuro<sup>343</sup> e com isso dar coerência ao sistema legal, já que são responsáveis por dar uma leitura final sobre o alcance da Constituição e da legislação. Acumulam, pois, a função de orientar o sistema e as instituições que compõem o ordenamento, tornando-os consistentes.<sup>344</sup>

<sup>339</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 292.

<sup>340</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 239, 2015, p. 432. Importa a ressalva de que o entendimento de um sistema jurídico guiado por Cortes supremas (isto é, Cortes situadas da cúpula do ordenamento jurídico, cuja função principal é outorgar unidade ao Direito, ou seja, formar precedentes) não exclui a concepção de que os tribunais estaduais também formam precedentes (na forma do art. 927, III do CPC), já que, nos casos de julgamento de incidentes de formação concentrada de precedentes (IRDR, IAC ou REER), em não havendo julgamento consolidado pelo STF ou STJ sobre aquela matéria, a própria Corte estadual figurará como Corte suprema.

<sup>341</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 75, p. 7-25, 1994, p. 8.

<sup>342</sup> Cf. MITIDIEIRO. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*, 2012, p. 91.

<sup>343</sup> TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. *Revista Jurídica Precedente*, Colombia, n. 2, p. 86-89, 2007.

<sup>344</sup> OTEIZA, Eduardo. La función de las Cortes Supremas en América Latina. Historia, paradigmas, modelos, contradicciones y perspectivas. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Tomo XIV, p. 341-398, 2011; e DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas*, Belo Horizonte, v. 18, n. 36, p. 114-132, 2015, p. 389.

Por isso, levando em consideração a proporção política, jurídica e social e, ainda, os impactos que serão proporcionados no funcionamento do Estado, a justiça, no julgamento do caso-precedente, deve ser buscada com muito maior avidez do que num caso comum. Para o julgamento do caso, a convergência dos votos até poderia ser suficiente<sup>345</sup>. Já o julgamento que visa a constituição de critério para o julgamento de casos futuros atrai uma outra dimensão de responsabilidade para os partícipes da Corte, pelo que o debate deve ser estimuladamente mais denso, efetivo e exauriente<sup>346</sup>. Mormente no modelo brasileiro, que junte as metodologias de determinados procedimentos decisórios (IRDR, IAC, REER etc.) ao discurso dos precedentes, com projeção prospectiva da eficácia vinculantes (v.g., art. 985, II, do CPC), é imperativo o respeito ao devido processo constitucional na formação do paradigma, pois sua futura invocação deve tomar por base analogias e contra-analogias que somente poderão ser observadas se, antes, tiverem sido esgotadas as possibilidades cognitivas<sup>347</sup>.

Como é notório, nas últimas décadas, respondendo à explosão litigiosa, os tribunais antes escorados no parágrafo único do art. 527 do CPC/1973 e agora no art. 932 do CPC/2015, subverteram a lógica recursal colegiada, tornando regra a monocratização do entendimento<sup>348</sup>. É corriqueira a acomodação forçada de um recurso em alguma das hipóteses permissivas do art. 932 para que o relator se imiscua na função do Colegiado e decida, monocraticamente, o caso<sup>349</sup>.

Embora reprovável, a extensão ilegítima das hipóteses do art. 932 do CPC, na perspectiva do discurso do caso, encontra remédio no art. 1.021, que prevê a possibilidade de que os julgamentos unipessoais sejam levados ao enfrentamento dos demais julgadores, o que, de uma forma ou de outra, garante ao jurisdicionado o direito a ter sua questão analisada pelo

<sup>345</sup> Lembrando, é claro, que “o órgão jurisdicional competente para o julgamento dos recursos, seu juízo natural, seria o colegiado, e não o juízo monocrático do relator [...]” (NUNES, Dierle José Coelho. *Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte. v. 23, n. 92, p. 61-81, 2015).

<sup>346</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 292.

<sup>347</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 24.

<sup>348</sup> Nesse sentido: NUNES. *Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015*, 2015.

<sup>349</sup> Nesse sentido: “A situação também não é boa quando se analisa a técnica de julgamento monocrático pelo relator, mediante o uso da chamada “jurisprudência dominante” (art. 557, CPC/1973 Reformado). Nessa hipótese, não é incomum o uso da técnica, em alguns tribunais, em juízos monocráticos do relator, em que se julga embasado em ementas ou acórdãos que em nenhuma medida representam o entendimento dominante do tribunal ao qual pertencam ou superior. Aplicação deletéria, mecanicista e cada vez mais comum são os usos das listas de julgamentos, que ferem não só a colegialidade, como qualquer noção de que a abertura para o diálogo processual é imprescindível na formação das decisões.”. NUNES. *Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015*, 2015.



Colegiado. O problema é maior, contudo, ao se tratar de precedentes, dadas suas consequências jurídicas potencialmente universalizáveis. Se uma norma jurídica mal formada se perpetua, não apenas os litigantes atuais sofrerão os danos, mas todos que vierem a vivenciar as mesmas conjunturas fáticas.

Não é demais lembrar que no *common law* (e também, segundo as premissas do presente estudo, o modelo delineado pelo CPC/2015) o *stare decisis* tem como objetivo principal a racionalidade decisória-argumentativa (“ou seja, decidir agora de forma que em todos os casos futuros uma pessoa racional deva decidir da mesma forma”<sup>350</sup>), de modo que a decisão judicial só estará suficientemente madura para satisfazer esse pressuposto se decorrer de uma opinião majoritária da fundamentação e conclusão. A racionalidade será certificada, justamente, mediante a averiguação de que a controvérsia do caso-precedente foi profunda e amplamente debatida, resultando de um processo dialógico e, com isso, proporcionando a certeza de que aquela é a melhor decisão a ser tomada em situações análogas, razão pela qual merece ser universalizada. Essa constatação atrairá credibilidade ao precedente.

O Enunciado n. 317 do FPPC reforça a ideia de que “o efeito vinculante decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria do Colegiado [...]”, o que, a contrário senso, leva à compreensão de que os *fundamentos não acatados pela maioria não são determinantes* e, por consequência, não vinculam<sup>351</sup>. Para formar precedentes, a controvérsia do caso deve ser exaustivamente enfrentada, levando-se em consideração a maior gama de argumentos possíveis. E uma das formas para que se alcance esse esgotamento cognitivo é, justamente, exigir a convergência de fundamentos determinantes, ou seja, a maioria de fundamentos. Como o julgamento resulta num entendimento que, além de resolver o caso, fixará o sentido do Direito e guiará a vida em sociedade<sup>352</sup>, só é razoável falar em formação da *ratio decidendi* quando os fundamentos forem compartilhados, no mínimo, pela maioria. Só assim haverá segurança de que aquela questão foi analítica e racionalmente enfrentada, não sob a perspectiva do discurso do caso apenas, mas, também, considerando a formação do precedente.

---

<sup>350</sup> ZANETI JR. *Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil*; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil, 2014, p. 293.

<sup>351</sup> Esse é o entendimento, do Enunciado n. 319 do FPPC: “os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante”.

<sup>352</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 293.

É oportuno, nesse ponto, distinguir a *maioria quanto aos fundamentos*, que determinam o resultado (convergência de fundamentos que, como se expôs, é determinante para formar o precedente) da *maioria em relação ao resultado ou ao provimento do recurso*, que não necessariamente forma precedente. O condicionamento do julgamento colegiado à formação do precedente está diretamente ligada à necessidade de densificação do debate na decisão e o julgamento por maioria, por si só, não presume isso. Muito embora a redação do art. 204 do CPC remeta à ideia de maioria de resultado, a sistemática delineada pelo Código obriga a declaração e consideração do voto divergente, inclusive para fins de pré-questionamento (art. 941, § 3º), o que evidencia que, para o CPC/2015, o acórdão deve ser composto da totalidade dos votos, sob pena, inclusive, de nulidade<sup>353</sup>. A importância do voto divergente é uma novidade do CPC/2015 que não se pode ignorar, porque seus benefícios são fundamentais ao bom desenvolvimento do sistema de precedentes também arranjado pelo Código.

A exposição franca de todas as divergências ideológicas na condução do acórdão servirá para distinguir o julgamento que, nada obstante formalmente vocacionado à formação de um precedente (porquanto julgado a partir de uma das metodologias do art. 927 do CPC), só possa ser direcionado à solução do caso em análise, daquele realmente habilitado a guiar os casos futuros.

Na primeira hipótese, será formada mera *decisão plural*, ou seja, aquela que reúne a maioria em relação ao resultado, mas que não formou *ratio decidendi* porque os fundamentos determinantes, ao contrário, não são comungados pela maioria dos julgadores. Nesses casos, o *voto condutor* do acórdão (seja do relator ou do que suscitou divergência e restou vencedor) terá aderência do *voto concorrente*, isto é, aquele que concorda com o resultado, mas não com o fundamento<sup>354</sup>, sendo perfeitamente possível (e até bem recorrente nos tribunais, já que não há como impor o consenso de fundamentos), então, que

num colegiado composto por cinco julgadores, existam três votos favoráveis ao provimento do recurso à fixação de determinada interpretação, mas apenas dois

---

<sup>353</sup> DIDIER JR., Fredie. A ordem do processo nos tribunais no CPC-2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos. In: MENDES, Aluisio; BEDAQUE, Roberto; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro; ALBVIM, Teresa Arruda. (Org.). *O novo processo civil brasileiro - temas relevantes - estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, p. 400.

<sup>354</sup> DIDIER JR. A ordem do processo nos tribunais no CPC-2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos, 2018, p. 400.

compartilhem o mesmo fundamento, ou estejam de acordo em firmar determinado entendimento, capaz de ser expresso em razões determinantes”<sup>355</sup>.

É fundamental compreender que a decisão plural não forma precedente, justamente porque, como se discorreu no subitem 2.2.2 acima, não há formação de *ratio decidendi* e, corolário, também não há como se cogitar a formação de precedente sem que seja possível identificar a *ratio*.

Entretanto, a prática forense ainda precisa ser ajustada. Não raras vezes, até mesmo o acórdão formado pela mera convergência de resultado, sem que os fundamentos sejam sustentado pela maioria, é enunciado como precedente e passa a servir de guia para os casos futuros. Mesmo nesses casos ou, ainda, naqueles em que perfilhados os fundamentos determinantes, mas pela aderência da maioria (e não unanimidade), é imprescindível que o voto divergente seja declarado, para que seja legítimo o trato entre tribunais e jurisdicionado. “A divergência se dirige à sociedade e, especialmente, à comunidade jurídica, que não pode deixar de estar ciente do grau de autoridade do precedente”<sup>356</sup>, isso é, as razões pelas quais o Colegiado não convergiu devem estar absolutamente à disposição, não apenas para que o aplicador tenha uma honesta noção da qualidade da decisão a que se pretende qualificar como precedente, mas, também, para “que a dissensão mantenha-se acesa e possa fomentar o debate na comunidade jurídica, especialmente na Academia”<sup>357</sup> e, se for o caso, a questão possa ser melhor desenvolvida no futuro.

Tão importante a depuração desses conceitos que Fredie Didier Jr. sugere que haja votação separada entre os resultados e os fundamentos determinantes. Para o autor, ao contrário do CPC/1973 que, por só considerar a importância da convergência de fundamentos, relegava ao relator a tarefa de redigir o acórdão sempre que houvesse unanimidade em relação ao resultado do julgamento, o arranjo do CPC/2015 inclui na pauta a necessidade de revisitar a forma como se colhem os votos na sessão de julgamento, já que nos casos que a concordância só ocorra em relação ao resultado não há maioria em torno do fundamento determinante e a decisão não formará precedente (seja por não ser possível identificar ou simplesmente porque não há *ratio decidendi*). Nesses caso, segundo o autor, é preciso que também haja a colheita

---

<sup>355</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, v. 2, p. 654.

<sup>356</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 293.

<sup>357</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 293.

de votos em relação ao fundamento determinante adotado pelo tribunal; cada julgador deveria expor sua conclusão e sua fundamentação (nessa ordem, frisa Didier Jr.) e, com isso, não restarão dúvidas se o acórdão se destinará a resolver o caso em questão apenas ou se, por outro lado, formará precedente<sup>358</sup>.

Com efeito, a proposta do autor resolveria também a *pseudo-colegialidade*, outra intempérie pragmática bem recorrente nos tribunais, que também ameaça o modelo de precedentes. Por essa prática, as decisões que deveriam ser efetivamente colegiadas

são proferidas monocraticamente pelo relator, sem que haja real pacificação de entendimentos sobre o caso julgado, ou mesmo, de modo mais perverso, quando a decisão fruto de uma turma é, de fato, a decisão monocrática do relator na qual os demais julgadores do colegiado simplesmente chancelam com um superficial “de acordo”, que pode muitas vezes significar “não olhei, mas acho que concordo com o relator”. E esse “não olhei, mas acho que concordo com o relator” (vulgo “de acordo”) cai por terra quando se vislumbra, numa breve pesquisa das decisões anteriores daqueles “julgadores concordantes”, que, em casos anteriores, relatores julgaram em sentido diametralmente contrário<sup>359</sup>.

Como se vê, são muitas as distorções a serem sanadas e o modelo decisório ainda tem uma grande batalha a ser travada. No que toca aos precedentes, contudo, o CPC esboçou limites mínimos, sem os quais não há como se considerar a decisão como precedente.

#### 2.2.4 Contraditório substancial

Invariavelmente, o exercício do Contraditório deve servir como norte legitimador na formação do precedente, haja vista a essencialidade da contribuição argumentativa dos atores processuais para tornar a decisão judicial mais segura (*rectius*: cognoscível, estável e

---

<sup>358</sup> DIDIER JR. A ordem do processo nos tribunais no CPC-2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos, 2018, p. 404.

<sup>359</sup> NUNES. *Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos*: algumas questões do CPC-2015, 2015.

previsível<sup>360</sup>). Segurança jurídica, então, está umbilicalmente atrelada ao exercício do contraditório.

Vale realçar, nesse particular, que a segurança jurídica é mais que um valor positivado, sendo inerente à própria ideia de Direito, já que sem um mínimo de certeza, eficácia e ausência de arbitrariedade, a rigor, não se pode nem cogitar um sistema jurídico<sup>361</sup>. Trata-se de um ideal normativo a guiar a compreensão e a aplicação de todos os ramos do Direito e que deve ser perseguido em todas as etapas da atividade jurídica. Numa simplificação não perniciosa da definição do seu conceito, não é difícil aproximá-la do próprio conceito de justiça – este sim, bem mais complexo e de difícil consenso<sup>362</sup>. Relativismos à parte, uma faceta bem aceitável do imperativo de justiça é garantir a imposição do que foi previamente estabelecido. A segurança jurídica pode ser vista a partir do implemento de certas condições, fazendo-se necessário um direito previamente posto, fundamentado em fatos que ofereçam possibilidade mínima de erro, de difícil mutabilidade e que viabilize previsibilidade<sup>363</sup>.

Tais imperativos (justiça, segurança e, mais densificadamente, estabilidade e previsibilidade) são também perseguidos pelo *stare decisis* (que, segundo alguns, decorre diretamente da segurança jurídica<sup>364</sup>), ideia afeiçoada à perspectiva de Hans Kelsen, que defende que a inevitável plurissignificação deve ser reduzida ao mínimo possível e que a segurança proporcionada por uma norma é inversamente proporcional à quantidade de interpretações que a ela possam ser outorgadas<sup>365</sup>. E como é o precedente vinculante que outorgará unidade ao Direito, norteando, a partir de sua formação, os vetores interpretativos acerca da matéria que enfrentou, espera-se que o sistema jurídico se valha de todos os instrumentos que possui para garantir que seus fundamentos determinantes resultem de franco, denso e exauriente debate das questões levantadas pelas partes, partícipes da Corte e todos os outros sujeitos processuais que puderem, de alguma forma, aumentar a qualidade da disputa argumentativa.

---

<sup>360</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre a permanência e a realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 121-127.

<sup>361</sup> ÁVILA. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário, 2011, p. 127.

<sup>362</sup> “Como a humanidade está dividida entre várias nações, religiões etc., muitas vezes divergentes entre si, existe um grande número de conceitos diferentes de justice, alias, um número grande demais para que se possa falar simplesmente de ‘justiça’” (KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 8). De fato, não há consenso para a definição do conceito de “justiça” e, claro, escapa ao escopo do presente estudo tentar persegui-lo. Há, no entanto, um núcleo conceitual presente até nos mais rudimentares entendimentos do que algo efetivamente justo, que reside justamente no tratamento igual a todos, só alcançável mediante a prévia cognoscibilidade.

<sup>363</sup> LUCON. *Relação entre demandas*, 2018, p. 21.

<sup>364</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 210.

<sup>365</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 282.

Certamente, se considerada a universalidade que o precedente carrega, o que lhe acumula uma significativa parcela adicional de interesse público, a participação e influência no seu processo construtivo torna-se ainda mais fundamental. O precedente formado nessas condições será mais seguro e terá melhores condições de orientar o Direito.

Já é lugar comum na doutrina que o princípio do contraditório não pode mais ser encarado como mera bilateralidade de audiência, de cuja observância se poderia supor a automática resposta à intimação do ato processual - o ultrapassado binômio conhecimento-reação. O *contraditório substancial* ou *construtivo* foi justamente a resposta dogmática da necessidade de se alçar o princípio à garantia ao poder influência efetiva dos argumentos das partes na formação da decisão. A exigência de cumprimento da formalidade de ciência e a oportunidade de manifestação, inerente à cultura do Estado Liberal<sup>366</sup>, foram submetidas a um verdadeiro giro epistêmico e deram lugar ao entendimento de que a decisão só é legítima se tiver sido precedida da possibilidade real de participação e influência de todos os que puderem, de alguma forma, ser atingidos por seus efeitos<sup>367</sup>.

A ideia é a de que todas as decisões, em regra, sejam escoradas em questões previa e suficientemente debatidas pelo juízo, num processo dialético com as partes e demais atores processuais, afastando-se, sempre que possível, a possibilidade de decisões-surpresa. Tal compreensão emoldurou o CPC/2015, não apenas pelas normas processuais fundamentais que consagram diretamente a matéria (arts. 9º e 10), mas pela pulverização da ideologia ao longo do arco processual e, ainda mais especificamente, pela vinculação da observância do contraditório com a fundamentação jurídica, prescrita, por exemplo pelo art. 489, § 1º, já que a decisão que não tiver essencialmente observado o princípio, será denunciada por sua omissa justificativa e, nesse caso, passível de anulação pela via recursal.

Essa mudança de paradigma na condução do princípio abrangeu, também, seus destinatários. A noção de que apenas os litigantes deviam submeter-se ao Contraditório cedeu à de que o princípio se impõe à conduta de todos, inclusive a do juiz. O julgador, nesse ideário, “tem o

---

<sup>366</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, v.1, 2017, p. 507.

<sup>367</sup> Nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 58.

dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente também a ele se submeter<sup>368</sup>.

Enfim, tal concepção é tão fundamental que suas justificativas se amparam nos assentos do próprio Estado Democrático Constitucional. À luz dos direitos fundamentais e princípios de justiça e, ainda, da função contramajoritária da jurisdição no Constitucionalismo, é inconcebível que um sujeito seja afetado por uma decisão sem que tenha tido, ao menos, a possibilidade de ter substancialmente dela participado.

No tocante à formação dos precedente, aplicar efetivamente o Contraditório garante um alcance muito mais satisfatório dos ideais buscados pelo *stare decisis*. O Contraditório, nessa perspectiva, se relaciona à intensidade do diálogo dos fundamentos determinantes. Quanto mais for efetivamente debatida a questão que pretende formar a *ratio decidendi*, mais madura será a solução jurídica empregada e, por conseguinte, mais seguro será o precedente e maior o grau de segurança do precedente.

De acordo com a proposta do tópico 2.2.2, a *ratio decidendi* precisa ser bem identificada para que sirva de guia para as interpretações subseqüentes, a partir das quais novas normas jurídicas serão formadas<sup>369</sup> e, nessa condição, quanto maior for a gama de argumentos levados e debatidos pelo juízo formador, menos provável será que os julgadores posteriores se deparem com novos argumentos que possam não ter sido considerados e, com isso, reduz-se, também, a aptidão do precedente reclamar uma superação<sup>370</sup>. O exercício do Contraditório, é, assim, correlato à necessidade de julgamento colegiado, de forma que ambos somados contribuem para formar um precedente mais hígido.

Além disso, quanto mais dialógico seja o relacionamento dos atores processuais, mais argumentos serão suscitados (a despeito de serem considerados ou refutados), mitigando os espaços discricionários e a possibilidade de promoção de *distinguishings* ilegítimos

---

<sup>368</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017, p. 508.

<sup>369</sup> Para que a proposta do CPC/2015 seja consonante ao paradigma constitucional, o precedente deve ser encarado como fonte do Direito, isso é, um texto a partir do qual serão construídas normas. Na proposta do presente trabalho, como melhor se aprofundará no capítulo 4, o texto que resulta da formação do precedente, embora deva servir como norte, não tem pretensão de esgotar o processo interpretativo, como se o precedente estivesse pronto e finalizado para sua utilização. Antes, a cadeia subseqüente de aplicações e distinções lhe outorgará novas tonificações, a partir da descrição dos fatos tido como *materiais* no momento da formação. Esse processo reconstrutivo sempre levará em consideração o precedente formado, de um lado, e o caso concreto, de outro, de modo que os limites da sua hipótese fática originária podem ser modificados, seja por meio de uma releitura das circunstâncias fáticas originárias ou por considerar novos elementos não considerados na formação.

<sup>370</sup> Nesse mesmo sentido: MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 210.

(fenômeno que se caracteriza quando, mesmo patente a identidade entre as circunstâncias fáticas entre o caso-precedente e o caso-atual, o intérprete promove uma distinção indevida, sem critérios, para satisfazer outros objetivos, que extrapolam os que justificam o *stare decisis*, do que cuidará o tópico 4.2, infra).

Além da mais ampla consonância com o *stare decisis*, o exercício efetivo do Contraditório se amolda à política normativa eleita pelo Código, não apenas pela expressa previsão do parágrafo primeiro do art. 927, que impõe a observância do art. 10º e do 489, § 1º<sup>371</sup>, mas porque o Legislador condicionou a validade da decisão judicial ao enfrentamento substancial de todas as questões suscitadas pelas partes (arts. 489, § 1º, IV e 1.022, parágrafo único, II). Essa cautela legislativa, direcionada à qualquer decisão judicial (que construa a norma individual), deve ser potencializada quando ela tiver aptidão para formar precedentes, que forma normas gerais, universalizáveis, posta a referência que será para os casos futuros.

### **2.2.5 Precedente x ementa, dispositivo, tese, enunciado sumular etc. – repúdio aos vieses de confirmação (*confirmation bias*)**

Uma outra ameaça ao modelo de precedentes formalmente vinculantes, reiterada na vigência passada<sup>372</sup>, é a confusão pragmática entre “precedente” e o texto pelo qual é exteriorizado. Ementa, texto de tese, dispositivo ou qualquer outro veículo que resuma a decisão não é, necessariamente, o precedente, assumindo função meramente divulgadora, ilustrativa do conteúdo do julgamento que está por trás daquelas poucas linhas.

---

<sup>371</sup> Muito oportuna a ressalva de Didier Jr. *et al.*, “O art. 927, §1º, CPC, estabelece a aplicação dos arts. 10 e 489, §1º, CPC, no ato de interpretação e aplicação dos precedentes. Mas é importantíssimo que se compreenda que, em nome do contraditório e do dever de fundamentação das decisões, esses dispositivos são também aplicáveis no ato de formação e construção dos precedentes, nos moldes sustentados nos parágrafos acima. Em suma: embora o §1º do art. 927 do CPC apenas se refira à decisão baseada no precedente, o dispositivo também se aplica à formação do precedente” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 489).

<sup>372</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC*. DIDIER JR., Fredie. MACÊDO, Lucas Buriel de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015.



Muito embora a tecnologia jurídica atual permita um amplo acesso às razões dos enunciados dos precedentes, alguns tribunais insistem em aplica-los de forma descontextualizada da moldura fática e jurídica que lhe fomentaram, como se o enunciado constituísse um texto normativo independente, prática acentuada quando, ao “fundamentarem” suas decisões, limitam-se a apenas indicar a existência de determinado enunciado, supondo, com isso, cumprir o ônus argumentativo inerente à atividade. Posturas como essa foram totalmente repudiadas pelo art. 489, §1º, que tornou obrigatório perquirir o contexto fático e jurídico em que o precedente foi formulado. Somente a demonstração de êxito do confronto entre os fundamentos do caso-precedente e o caso-atual constituirá fundamentação apta a justificar a aplicação ou o afastamento do precedente.

A utilização mecânica dos dispositivos dos precedentes não corresponde ao ideal de substancialidade forjado pelo núcleo teórico, porque ignora a facticidade do precedente e estimula desfechos inadequados com a aplicação descompromissada do enunciado. Facticidade é elemento essencial para caracterizar um modelo responsivo de precedentes obrigatórios, isso é, deve se ter sempre em mente que o precedente só pode ser qualificado como tal se atrelado às razões que motivaram seu resultado. O significado do precedente se extrai essencialmente do relatório e da fundamentação da decisão que o gerou<sup>373</sup> – do relatório, porque identificará o caso-precedente e lhe delimitará as circunstâncias fáticas; da fundamentação, na medida em que ali se justificará a aplicação da solução jurídica, considerando o contexto fático. Essa compreensão é fundamental num sistema jurídico que admita a eficácia vinculante dos precedentes, para que se possa contextualizar fática e juridicamente o entendimento que passará a vincular e, claro, para que se proveja o jurisdicionado de meios eficazes de identificar e, se for o caso, distinguir a *ratio decidendi*<sup>374</sup>.

Limitar a invocação do precedente pela mera semelhança aparentada em sua parte dispositiva fragiliza o modelo, já que, na maioria das vezes, as razões de decidir<sup>375</sup> (isto é, as circunstâncias fáticas e jurídicas que embasaram a formação do precedente) não estão ali expostas.

O aforismo de se decidir com base em ementas alimenta uma postura decisória heurística (*confirmation bias*) pela qual o magistrado antes decide segundo suas próprias e individuais

---

<sup>373</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 162.

<sup>374</sup> Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento das cortes supremas*. São Paulo: RT, 2015, p. 103.

<sup>375</sup> Vale lembrar que as *razões de decidir* não se confundem com a *fundamentação*, mas estão nela contidas (DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 67).

convicções sobre o caso e, depois, seleciona ementas aleatórias que possam imprimir autoridade ao entendimento já formado, quando, na verdade, o percurso para formar a cognição deveria ser inverso, ou seja, a partir da investigação dos fatos, provas e demais componentes do processo, o juiz, considerando o sentido da interpretação aventada pelas Cortes de vértice e, sempre em vista na Constituição, propõe a solução jurídica através de uma construção racional e por meio de uma justificação que viabilize um efetivo controle intersubjetivo<sup>376</sup>.

O viés da confirmação é uma das distorções possíveis na formação da cognição decisória, que inexoravelmente sofre influxos de todos os matizes (crenças, medos, pré-conceitos, formações etc.), inerentes a todo ser humano no ato de tomar decisões, do que não escapam os julgadores.

Vale dizer, a rigor, há dois caminhos possíveis a serem adotados no processo decisório: um mais complexo e racional, que deriva de um estudo de condições e avaliação de rumos mais aprofundados, e outro mais rápido, que opera com pouco ou nenhum esforço e sem qualquer percepção de controle voluntário. Essa segunda espécie se encontra recheada de vieses cognitivos (vieses de confirmação, falsa coerência, aversão à perda, otimismo excessivo etc.) e o ente acaba decidindo de forma natural ou intuitiva, deixando de lado a racionalidade<sup>377</sup>.

Como o magistrado, a todo momento, se depara com o dever de decidir sobre algo (não somente o destino final de um processo judicial, mas em todas as recorrências incidentais do circuito processual), possui inclinação a valer-se, com assiduidade, do modo “rápido, intuitivo” de construção cognitiva e, por isso, está mais sujeito a cometer vieses cognitivos, dos quais o que mais se destaca é o viés de confirmação<sup>378</sup> (*confirmation bias*), que “é a tendência de prestar atenção em informações que suportam o que a pessoa acredita ou quer acreditar”<sup>379</sup>, que pode levar ao julgador a, mesmo diante de um leque plúrimo de evidências processuais, pinçar apenas as que endossam a sua convicção, sem necessariamente preocupar-se em dialogar com os outros fatos ou com o próprio ordenamento.

---

<sup>376</sup> É claro que o processo cognitivo é conglobante, envolvendo muitas outras questões, como a busca pela verdade substancial, verticalização e horizontalização, cujo aprofundamento foge à pretensão do presente estudo.

<sup>377</sup> TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para a melhor explicação: o afastamento no decisionismo no processo penal. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 70, 2017, p. 179.

<sup>378</sup> TABAK; AGUIAR; NARDI. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para a melhor explicação: o afastamento no decisionismo no processo penal, 2017, p. 180.

<sup>379</sup> HARVARD LAW REVIEW, 2014. v. 127, n. 3.

Essa patologia do processo cognitivo fomenta a opção de alçar ementas, teses e afins sob a pretensão de testar e confirmar sua hipótese, pré-estabelecida solitariamente pelo intérprete<sup>380</sup> e, numa escala mais ampla, torna o ordenamento cada vez mais poroso, erosivo, precisamente porquanto a prática decisória, além de subvertida, passa a contentar-se com uma análise superficial das evidências processuais. Não restam dúvidas de que essa construção ameaça a dialeticidade do Direito na medida em que, por exemplo, torna prescindível ao juiz debater e se deixar influenciar pelas partes, já que teria uma pré-compreensão sobre os casos levados à sua análise.

Embora famigerada na vigência processual passada, a prática é repudiada nos assentos do Estado Democrático Constitucional e também foi alvo de rejeição pelo CPC/2015, que, como foi visto acima, além da exigência pela fundamentação e justificação das opções teórica, estabelece o contraditório (substancial<sup>381</sup>) como valor-fonte do processo (art. 10 e 489, § 1º, IV, do CPC/2015), não sendo legítima a tomada de decisões unipessoal e injustificada ou pseudojustificada. Essa postura formalista, aliás, ameaça o selo da colaboração<sup>382</sup> gravado no ordenamento jurídico constitucional (art. 6º, CPC/2015), uma vez que conceber a pré-compreensão unilateral dos fatos e provas pelo julgador retira o caráter isonômico do processo dialógico do Direito.

A invocação ementar, portanto, não pode continuar sendo feita de forma descontextualizada, devendo atender à finalidade sistêmica do Código e valorizar a materialidade do precedente.

---

<sup>380</sup> Cf. RISINGER, D. Michael; SAKS, Michael J. The Daubert/Kumho Implications of Observer Effects in Forensic Science: Hidden Problems of Expectation and Suggestion. *California Law Review*, Califórnia, 2002, p. 9.

<sup>381</sup> Há um redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual e o abandono da compreensão de mera ação/reação e simples bilateralidade da audiência, adquirindo contornos substanciais entre todos os sujeitos do processo (DIDIER JR., Fredie. Princípio da cooperação. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRAGA, Paulo Sarno; LAGO JUNIOR, Antônio (Coords.). *Ética e boa-fé no direito: estudos em homenagem ao prof. Adroaldo Leão e sua obra “o litigante de má-fé”*. Salvador: Juspodivum, 2017, p. 120). O juiz, nessa concepção, é também um dos sujeitos do contraditório porque é sujeito do diálogo judiciário, tendo o dever de debater todos os argumentos relevantes formulados pelas partes em suas manifestações – arts. 9º, 10 e 489, § 1º do CPC/2015 (MITIDIERO. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2015, p. 66).

<sup>382</sup> Sobre o tema, ver, amplamente: MITIDIERO. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2015; HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo (1978)*. Tradução de Margusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; DIDIER JR.. Princípio da cooperação, 2017; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008; e ZANETI JR. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*, 2014.

### 2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO OU DISTINÇÃO DOS PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES

A adoção do modelo de precedentes obrigatórios traz inegáveis benefícios, já cotejados ao longo dos capítulos 1 e 2, dos quais se destaca, sobretudo, a racionalidade, mas, como benefícios adjacentes, podem-se enumerar a segurança jurídica, a isonomia, a eficiência e a economia processual. Entretanto, como toda escolha, a opção pelo *stare decisis* também impõe contrapartidas.

Da perspectiva jurisdicional, identifica-se, de plano, o necessário constrangimento do julgador ao deparar-se com situações que se identifiquem com algum precedente obrigatório (isto é, que possua circunstâncias fáticas necessária e suficientemente análogas à do caso-precedente). Nesse caso, não há escolha, o precedente deverá necessariamente ser aplicado, independentemente do julgador concordar ou não com suas razões.

Só será admitido o afastamento, caso seja verificada moldura fática distinta ou questão jurídica não examinada que eventualmente imponha solução jurídica diversa, o que deverá ser feito mediante distinção, ou, ainda, se, embora os fatos do caso-atual forem semelhantes o suficiente aos do caso-precedente a ponto de, em tese, implicar na aplicação do precedente, mas a tese jurídica já não seja mais socialmente congruente ou sistemicamente consistente – o que fomentará sua superação. Aumenta-se ônus argumentativo do magistrado, que deverá apontar fundamentadamente (incisos V e VI do art. 489, §1º do CPC/15) os pontos de convergência/divergência.

Sob outra perspectiva, o litigante não é livre para demandar sua pretensão<sup>383</sup> envolvendo qualquer assunto, já que encontrará limites, por exemplo, nas questões que já foram enfrentadas e refutadas na formação de um precedente obrigatório<sup>384</sup>.

---

<sup>383</sup> “A demanda constitui o ato postulatório que tem por conteúdo uma pretensão. O ato de exigir (demanda) acaba por se confundir com a própria exigência (pretensão). Por isso, o vocábulo demanda é utilizado para designar pretensão deduzida em juízo. Daí, formalmente, demanda é o ato por meio do qual se apresenta a pretensão ao julgador e substancialmente, demanda é a pretensão apresentada ao juiz.” (LUGON. *Relação entre demandas*, 2018, p. 43).

<sup>384</sup> No mesmo sentido: CHIASSONI, Pierlugi. *La giurisprudenza civile. Metodi d’interpretazione e technique argumentative*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 144-146; e MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 206.

Contra o temido engessamento do Direito, o sistema também prevê meios de promover a superação ou modificação do precedente (§ 4º do art. 927 do CPC/2015), que se dá pelo tribunal que o tenha criado ou por um de hierarquia superior, o que possibilita que os precedentes acompanhem as transformações culturais, equilibrando dinamicidade e estabilidade.

Lidar com precedentes é muito mais complexo do que a simples invocação de jurisprudência, porque pressupõe conhecer conceitos e técnicas específicas, sendo fundamental a compreensão da ideia de *ratio decidendi* da decisão, que constitui sua parcela efetivamente vinculante<sup>385</sup>, porque somente a partir dela que se possibilita a identificação ou distinção. Os juízes e tribunais se vinculam à *ratio decidendi* dos provimentos previstos nos incisos I a V e não às teses neles enunciadas.

É a identificação dos fundamentos determinantes que viabilizará o *distinguishing*, que numa simplória definição conceitual, é uma forma de identificar se há diferenças entre o caso-precedente e o caso-atual. Basicamente, quando algum dos atores processuais invoca um precedente, abre-se aos demais (seja a parte contrária, seja o juiz, ou qualquer outro) a oportunidade de demonstrar que, não obstante a aparente semelhança com o caso-precedente, o caso-atual guarda peculiaridades relevantes o suficiente para justificar a não aplicação do precedente. O conteúdo fático, então, é fundamental porque só a partir dessa análise se poderá confirmar ou infirmar a semelhança pretendida.

Ocorre, contudo, que o que soa simples na teoria encontra grandes dificuldades práticas, justamente porque a legislação não delineou “padrões” de distinção por meio dos quais seria possível saber quais e quantas questões afins e divergentes são suficientes para aplicar ou distinguir o precedente e em que proporções. “Por exemplo, em um contexto, um diploma ou certificado pode ser exigido para um ‘profissional’ ser reconhecido membro daquela categoria, em outro, não, a depender de cultura e valores da localidade”<sup>386</sup>. Casuisticamente é difícil mensurar a dimensão necessária dessas divergências para que se possa manejar legitimamente o *distinguishing*.

Assim como ocorre na definição da *ratio decidendi*, o grande desafio dogmático no que tange à técnica do *distinguishing* é “demonstrar o quanto os fatos que ensejam a distinção são

---

<sup>385</sup> BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL. Precedent in the United Kingdom, 1997, p. 336.

<sup>386</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016.

decisivos para a correta interpretação e aplicação dos termos dos dispositivos legais e outras disposições normativas”<sup>387</sup>.

Dado o momento atual de reestruturação da dogmática jurídica, é primordial estabelecer padrões firmes de distinção (*distinguishing*), do que cuidará, sem pretensão alguma de esgotamento, o capítulo quarto do presente estudo.

### 2.3.1 Refutação às objeções teóricas

Como já foi pincelado, há uma parcela doutrinária que apresenta certa resistência em admitir os precedentes como fonte formal primária do Direito e sua observância obrigatória. Essa doutrina, embora minoritária, conta com adeptos de peso, como Alexandre Câmara, Eduardo Talamini, Lênio Streck, Georges Abboud e José Miguel Garcia.

As objeções derivam desde a imputação de inconstitucionalidade do modelo (que, como afirmam, teria enunciado a vinculação a provimentos que a Constituição não determinou, como é o caso dos incisos III, IV e V do art. 927), até a pseudodepuração do comando “observarão”, que não denotaria um sentido obrigatório<sup>388</sup>.

Segundo entendem, ademais, tornar um precedente obrigatório por força de lei ordinária violaria a tripartição de poderes, pelo que o juiz só estaria submetido à lei (e não à “jurisprudência”). Essa parcela doutrinária supõe que, por pretender obrigatoriedade a provimentos que a Constituição não previu, a interpretação que recomenda a vinculação dos julgados submetidos às metodologias do rol do artigo 927 estaria, na verdade, endossando a usurpação de funções do Poder Legislativo pelo Judiciário, porque isso implicaria admitir que

<sup>387</sup> TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 218, 2013, p. 99-110., p. 107.

<sup>388</sup> Por todos, acerca da insurgência, ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 434-435; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.324; NERY JR.; NERY. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2015, p. 1156; e STRECK. “Porque os commonlistas brasileiros querem proibir os juizes de interpretar?” 22 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em 17 jan. 2019.

juízes possam editar normas gerais e abstratas, o que afrontaria, também, os princípios da separação de poderes e da legalidade.

Tais ponderações, contudo, não correspondem à lógica sistêmica proposta pelo CPC/2015. Na verdade, as insurgências parecem derivar de premissas teóricas diversas das que, na concepção deste estudo, são fundamentais para uma compreensão adequada do modelo timbrado pelo CPC/2015, o que se constata a partir do texto dos que compartilham esse jaez doutrinário.

Como as aludidas objeções se encontram pulverizadas em trabalhos de diversos doutrinadores, à mingua dos que acima foram citados, elege-se um conhecido texto de Lênio Streck, veiculado na Coluna “Senso incomum”, no *site* do CONJUR: “Porque os commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?”<sup>389</sup>, porque reúne todos os matizes de críticas e, assim, parece representar bem essa vertente doutrinária.

Desde já, contudo, ressalva-se o respeito e admiração pelo jurista, que é um visionário, alguém além de seu tempo e que se propõe a enfrentar seriamente não só essa, mas diversas questões teóricas cujos apontamentos são fundamentais para a doutrina e dogmática nacional. Aliás, é fundamental deixar claro que muitos dos estandartes erguidos por Lênio são consonantes ao que se defende neste trabalho, sobretudo o repúdio ao ato decisório como fruto de um ato de escolha do juiz, ao livre convencimento, à falta de limites na admissão de elementos metajurídicos na ciência do Direito e ao “pamprincipiologismo”, isto é, a criação e invocação de princípios aptos a fundamentar qualquer opção ideológica, ainda que emane da consciência do intérprete<sup>390</sup>. Apesar de toda admiração à atuação do autor, ousa-se discordar especificamente no tocante à concepção do modelo vinculante proposto pelo CPC/2015.

No referido artigo jurídico, o autor tece os seguintes comentários, que parecem alicerçar toda a construção do entendimento:

(a) “Querem transformar o nosso direito em um ‘sistema’ de precedentes e teses. Na verdade, querem substituir o direito posto (leis, Constituição Federal) por teses. [...] Pois é, caríssimo Alexandre Bahia: você vem avisando há anos que a CF diz que o judiciário julga ‘causas’.

---

<sup>389</sup> STRECK, Lênio Luiz. Porque os commonlistas brasileiros querem proibir os juízes de interpretar?. *Conjur*, São Paulo, 22 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em 17 jan. 2019.

<sup>390</sup> Essas e outras gravíssimas intercorrências pragmáticas constituem pauta assídua de combate do jurista, como pode se observar, por exemplo, STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Acho que perdemos. As palavras da CF já nada valem. Tudo se resume a uma aplicação utilitarista do direito para resolver seus problemas numéricos-quantitativos”.

(b) “E penso estar acompanhado da cepa de processualistas como Dierle Nunes, Marcelo Cattoni, Francisco Borges Motta, Lucio Delfino, Georges Abboud, Nelson Nery Jr. (para falar só destes) — eles não aceitam nem que vivamos um ‘sistema de precedentes’ e nem que o Judiciário possa legislar”.

(c) “Defendem a mudança de racionalidade no uso de julgados dos tribunais que deva partir da busca de uma eficiência que não desmonte o devido processo constitucional e que evite o isolamento de cortes supremas em relação ao restante da comunidade jurídica. Qual é o busílis? Explico: face à ausência de racionalidade na aplicação das leis, parcela de processualistas passaram a defender a tese de que o novo CPC se abriu para a commonlização do direito. E, para tanto, entendem que devem haver Cortes de Precedentes que façam teses, que se tornam vinculantes para o restante do sistema”.

(d) “De todo modo, parece difícil convencer os processualistas que defendem essas teses. Eles trabalham com uma perspectiva utilitarista. Não importa se isso gera transferência de poder excessivo às pretendidas Cortes de Vértice (*sic*). O que importa é que ‘funcionará’. Até já se diz que esse ‘sistema’ é tão útil que a sua inconstitucionalidade é irrelevante. Pois é. A utilidade está acima da Constituição. A constitucionalidade cede terreno para a funcionalidade. Os fins justificam os meios.”

(e) “Teremos um ‘sistema’ de produção de teses abstratas e gerais”.

Os apontamentos acima foram extraídos seguindo a sequência expositiva do autor. Para fins didáticos, no entanto, as refutações escaparão à essa ordem.

(c’) Vale a ressalva inicial de que a proposição dogmática defendida no presente ensaio tem a racionalidade como amparo ao modelo de precedentes inaugurado pelo CPC/2015 e, pelo filtro acerca da materialidade do precedente refletida nos tópicos “2.2.1” a “2.2.5”, não há como insistir que haja pretensão de mecanizar o Direito em busca de uma eficiência que concorde em sacrificar o devido processo constitucional. Muito pelo contrário, pelos pressupostos defendidos ao longo do segundo capítulo, fica clara a preocupação de que a formação do precedente observe requisitos ainda mais rigorosos do que uma decisão qualquer, sobretudo o estímulo ao debate mais amplo possível, o perfilhamento de



fundamentos pelo Colegiado e a exaustão do Contraditório, porque são esses qualificativos que garantirão o manejo simbiótico da estabilidade e do dinamismo do direito nas aplicações sequentes.

O discurso de que a parte da doutrina brasileira que admite o texto do art. 927 do CPC como enunciativo de um modelo de precedentes vinculantes teria a pretensão de “commonolizar” o país não deriva de uma base teórica consistente. Em primeiro lugar, porque, como fruto dos avanços na ciência linguística do último século e a inafastável constatação da necessidade de interpretação de toda espécie de texto, inclusive o jurídico, as tradições jurídicas do *common law* e do *civil law* se interpenetraram de modo que os países subjacentes à primeira são regados também de *statute law* e, por outro lado, os da segunda também passaram a admitir, em maior ou menor escala, o precedente como fonte de Direito. Assim, não é mais adequado relacionar de forma estanque uma ou outra fonte do Direito para cada uma dessas tradições, o que, por conseguinte, não permite associações, ainda que jocosas, do precedente judicial ao *common law*.

Em segundo, vale lembrar que o cânone da vinculação do Direito é voltado à busca pela promoção de justiça (valor cuja definição de conceito, mesmo fugindo de qualquer simplificação, tem como núcleo duro a liberdade, igualdade e segurança) e decorre de um debate teórico sobre a racionalidade decisória-argumentativa<sup>391</sup>, a fim de, a partir da generalidade das razões de determinados julgamentos, proporcionar a unidade interpretativa (já que os Novecentos legaram a inegociável indeterminação do Direito). Isso não tem necessariamente a ver com o Direito comum inglês (*common law*), que se caracteriza, essencialmente, por um sistema jurídico aplicável a toda a nação, desenvolvido a partir de escolhas históricas – e não por uma ruptura ou golpe ao sistema anterior – e que é pautado em precedentes. Precedentes são, de fato, um elemento comum alcançado pelo *common law*<sup>392</sup> e,

---

<sup>391</sup> Por todos, ver amplamente: ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017.

<sup>392</sup> O *stare decisis* (redução do brocardo *stare decisis et non quieta movere* – respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido) é a prática de seguir precedentes, fundada na ideia de que casos iguais devem receber tratamento jurídico igual (*treat like cases alike*), justamente pela necessidade de se imperar a segurança jurídica, isonomia e eficiência (ligados diretamente ao prestígio que os juízes e tribunais superiores têm naqueles Estados). A ideia é que o juiz, ao solucionar casos, tem a obrigação de não se desviar da solução empregada em precedente ensejado por decisão de um caso análogo, ainda que o próprio juiz do caso presente considere a solução inadequada ou injusta. Muito embora a tradição do *common law* geralmente seja vinculada à ideia do *stare decisis*, nem sempre foi assim. O *common law* funcionou bem até o século XIX sem considerar vinculantes os precedentes (que eram seguidos mais pela prática – especialmente diante da falta de clareza da legislação). Oficialmente, os precedentes só passaram a ser obrigatórios a partir de 1898 (*London Street Tramways Co. v London Country Council*), quando a Corte mais alta decidiu que os juízes, ainda que discordassem, deveriam seguir os precedentes emanados da própria jurisdição e dos tribunais superiores. E foi além: determinou que nem

após a interpenetração das tradições, também por países do *civil law*, como meio de se buscar segurança, liberdade e igualdade<sup>393</sup>. No entanto, basta lembrar que Kelsen – autor não ligado à tradição do *common law* –, na primeira edição de *Reine Rechtslehre*, (1934) já cuidou, no último capítulo da Obra, da necessidade da interpretação do Direito. Segundo defendeu, sendo o direito aplicável a uma moldura que comporta possíveis interpretações, do ponto de vista do sistema normativo e, por outro lado, considerando que a aplicação e interpretação do Direito são realizadas de forma compartilhada por vários órgãos da Administração Pública, não caberia somente ao Legislativo interpretá-lo autenticamente; antes, todos os órgãos deveriam, ao aplicá-lo, interpretá-lo. Precisamente no último parágrafo, o autor externou a preocupação com a segurança jurídica, na medida em que é tarefa da ciência jurídica tentar ao máximo reduzir a pluralidade de significações, justamente para que se obtenha maior segurança<sup>394</sup>.

Kelsen não era ligado ao *common law*, não nasceu na Inglaterra e sua conclusão não derivou de um estudo da segurança que o direito inglês proporciona, o que só confirma que a eficácia vinculante aos precedentes judiciais não se liga, necessariamente, ao discurso da importação do *common law* ou, como prefere Streck, da “commonlização do direito”.

(d’) Por outro lado, a vinculação obrigatória não é inconstitucional, haja vista que a atividade do juiz que forma o precedente – partindo de um caso específico, para alcançar um número indeterminado de jurisdicionados<sup>395</sup> – não tem a pretensão de se equivaler à do Legislador, editor de normas gerais<sup>396</sup>. Precedentes, nessa perspectiva, são resultados da atividade interpretativa dos julgadores a conceitos mais amplos ou vagos – interpretação operativa<sup>397</sup> – o que, sim, lhes é inerente, já que não há como negar, em especial na fase metodológica contemporânea<sup>398</sup>, que o processo é ambiente de criação da norma jurídica, cabendo ao

---

mesmo a *House of lords* poderia superar seus precedentes, imprimindo uma ideia de que os tribunais deveriam simplesmente enunciar, declarar o direito e não criá-lo, porque essa tarefa era exclusiva do Legislativo (Parlamento) (MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 50-55).

<sup>393</sup> Na verdade essa solução foi inicialmente buscada pelos países da tradição *common law*, enquanto os de *civil law* buscavam esses atributos no Legislador. O percurso teórico do Século XX, contudo, difundiu em ambas as tradições a imprescindibilidade da interpretação na atividade jurídica, razão que provocou um diálogo entre a *common law* e a *civil law*, interpenetrando ambas, numa simbiose, rendendo resultados proveitosos a ambos.

<sup>394</sup> KELSEN, Han. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Osterreich, 2000, p. 348.

<sup>395</sup> *Rectius*: cria normas gerais e concretas, premissa, a seguir, tratada autonomamente.

<sup>396</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 400.

<sup>397</sup> FERRAJOLI. *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, 1966, p. 290-304.

<sup>398</sup> Também no ponto de vista desse estudo, o formalismo-valorativo superou a fase instrumentalista, muito embora não seja a ela antagonista, já que ambas se preocupam com os resultados do processo. Essa quarta fase metodológica, contudo, justamente por discordar da alocação da jurisdição como centro da Teoria Geral do Processo e também da falácia de que o juiz, no julgamento da causa, deveria simplesmente conformar o processo ao direito material, admite o processo como ambiente dialógico em que o direito será criado. Nesse sentido:

magistrado interpretar a lei casuisticamente, devolvendo ao autor e ao réu algo a mais do que proposto na petição inicial e arguido na defesa<sup>399</sup>, que deve ser feito sempre à luz da CRFB/1988, como impõe o art. 1º do CPC.

O impacto do constitucionalismo, resumido no capítulo anterior (especialmente a noção de textura aberta do Direito e sua inarredável necessidade de interpretação), aliado à adoção do controle de constitucionalidade incidental, fez com que até mesmo os juizes na tradição do *civil law* passassem a flertar com a ideia de precedentes obrigatórios, justamente porque se venceu o dogma da completude legislativa e passou a admitir a incorporação de institutos que dependiam da atuação interpretativa concreta. Afinal, com a imbricação irretratável da atividade interpretativa ao Direito, não há como não eleger marcos enunciativos ou, no mínimo, limites referenciais.

Por outro lado, gradativamente foi se consolidando um modelo de cláusula gerais e conceitos jurídicos indeterminados<sup>400</sup> – do que, hoje, é prenhe nosso sistema constitucional e infraconstitucional – que reclama por uma atuação específica, que considere não somente os limites constitucionais (nesse caso, o que as Cortes de vértice dizem sobre a aplicação de determinado direito), mas, também, as necessidades do Direito material temperadas ao caso concreto. Nesse modelo, em todos os casos em que houver lacuna ou antinomias, a solução (interpretação) será fornecida pelo Poder Judiciário<sup>401</sup>.

Tais vicissitudes atraíram também ao juiz do *civil law* a necessidade de desenvolver tecnologias reconstitutivas das normas. A teoria dos precedentes obrigatórios serve justamente “para racionalizar a aplicação das soluções dadas para todos os casos análogos, diminuindo a

---

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010.; e MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>399</sup> MADUREIRA. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*, 2017, p.261-265.

<sup>400</sup> Embora algumas vezes tratadas indiscriminadamente, as espécies se diferenciam porque as cláusulas gerais são inteiramente abertas, carregando indeterminação no antecedente (hipótese fática) e no consequente (tese jurídica), ao passo que os conceitos jurídicos indeterminados, apesar de apresentarem a indeterminação no antecedente normativo, já possuem um consequente prescrito, o que torna o labor, no conceito jurídico indeterminado, mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada no texto legal (MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 34).

<sup>401</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 311.

discricionariedade na interpretação judicial”<sup>402</sup>. É na evoluída teoria da interpretação que o Judiciário recebe a função de atribuir sentido ao Direito e desenvolvê-lo conforme aos reclames da sociedade, na medida em que a lei sempre será um produto a ser “acabado” pelo juiz<sup>403</sup>.

Ademais, tendo como pano de fundo nosso modelo jurídico (que privilegia a argumentação jurídica, a teoria de direitos fundamentais fundada em princípios e um modelo banhado por cláusula abertas), negar a vinculação obrigatória aos precedentes seria um atentado contra a racionalidade, como defende Bustamante quando, aludindo à ideia de “razão prática” protagonizada por Neil MacCormick e Robert Summers<sup>404</sup>, conclui que “não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do Direito”<sup>405</sup>.

(b’) Com a adoção do modelo vinculante, então, o Judiciário não passa a criar leis, tarefa que continua reservada ao Legislativo. O modelo não estimula proliferação do número de normas jurídica pelo Poder Judiciário, “mas o que se busca é, por uma questão de racionalidade, vincular a solução jurídica de determinados juízes e tribunais às circunstâncias fáticas do caso concreto”<sup>406</sup>, ou seja, balizar a prática jurisprudencial que, embora já há muito vivenciada no país, não possuía um arcabouço legislativo e nem uma dogmática estruturada e por isso impregnava o ordenamento jurídico de disfunções – como a “Katchanga” e “anarquia interpretativa”, tão combatidas pelo próprio Streck<sup>407</sup>.

A obrigação de seguir precedentes é uma reclamação institucional natural, porque não se pode cogitar um sistema jurídico racional sem que se estabeleçam meios de outorga de unidade ao Direito. De outro lado, mesmo assumindo que o precedente vincula independentemente da qualidade de suas razões, os fundamentos de ordem moral também não são desprezados,

---

<sup>402</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 311.

<sup>403</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 74.

<sup>404</sup> MACCORMICK; SUMMERS. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, 1997, p. 1-15.

<sup>405</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 254.

<sup>406</sup> ZANETI JR., Hermes, FREDERICO, Carlos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 257, 2016, p. 4-5.

<sup>407</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Conjur*, São Paulo, 28 jun. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 02 jan. 2019.

posto que sempre haverá possibilidade de invocá-los como fundamento para uma reinterpretação do Direito – mediante o *overruling*<sup>408</sup>, por exemplo.

Ademais, a leitura integrada do núcleo dogmático não permite outra conclusão que não a vinculação obrigatória, tendo em vista, sobretudo, que a teoria dos precedentes decorre, na essência, do entendimento de uma teoria das Cortes supremas<sup>409</sup>, isto é, os tribunais superiores, como Cortes que ocupam o vértice do ordenamento jurídico, são os principais responsáveis pela uniformização do Direito e também devem se submeter aos seus próprios precedentes.

Nesse cotejo, a estabilidade, a coerência e a integridade prescritas pelo art. 926 impõem que as metodologias descritas no art. 927 (julgamentos com função eminentemente unificadora) sejam obrigatórias, realçando a importância do Poder Judiciário como guardião da uniformidade e continuidade do Direito, tonificando a função de tangenciar o entendimento de seus juízes e tribunais, porque são a eles vinculados e as decisões emanadas devem independe de vontades pessoais<sup>410</sup>.

Não há, assim, meio mais adequado de garantir a isonomia proposta pelo Código do que a vinculação às decisões proferidas pelos tribunais legalmente encarregados de unificar o entendimento. Resistir à obrigatoriedade enunciada pelo art. 927 é negar a função racional atribuída ao Poder Judiciário<sup>411</sup>. Em todo caso, o debate parecer ter se aquietado com a manifestação do FPPC, no verbete do enunciado 170, no sentido de que “as decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

(e’) Por outro lado, é fundamental a compreensão de que o modelo brasileiro não legitima a enunciação de norma geral e abstrata, como já visto no passado com as súmulas e os assentos portugueses. A norma-precedente é concreta e geral: concreta porque em seu antecedente normativo há um fato já ocorrido (o fato jurídico do caso-precedente) e geral porque no seu

---

<sup>408</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial*: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais, 2012, p. 282.

<sup>409</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, 2017, p. 315.

<sup>410</sup> MARINONI. Comentários ao art. 927, 2015, p. 2.073.

<sup>411</sup> Hermes Zaneti Jr. é categórico ao defender que “existindo um Poder Judiciário, devem haver meios de controle sobre a racionalidade de suas decisões de forma a garantir a uniformidade e a continuidade do direito para todos os casos análogos” (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, 2017, p. 315).

consequente normativo foi estabelecida uma relação jurídica imposta a um número indeterminado de sujeitos.

Esse conceito bem decomposto ratifica a fragilidade da *tese da inconstitucionalidade*, porque o Judiciário não pretende usurpar funções do Legislativo, o que se poderia cogitar se fosse permitido aos juízes e tribunais que estabelecessem normas gerais e abstratas<sup>412</sup>.

O precedente, conforme se disse, como resultado de um processo interpretativo, reconstrói a norma jurídica levando em consideração a Constituição Federal (direitos fundamentais e princípios de justiça). Como a lei, na condição de fruto do Legislativo, quase sempre precisa ser finalizada, a atribuição de sentidos que pondere as peculiaridades do caso concreto é um reclamo jurisdicional nos moldes do Estado Democrático Constitucional. A doutrina dos precedentes vinculantes abriga a ideia de convivência harmônica entre ambas espécies normativas, lei e precedente. A Teoria Circular dos Planos ilustra bem essa concepção, ordenando o processo como ambiente propício para que ocorra a densificação da norma legislada, ou seja, é justamente no seio do processo que o Direito postulado será aperfeiçoado<sup>413</sup>.

O modelo, então, também não oferece risco à *Separação dos Poderes*, na medida em que o Poder Judiciário agirá nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal e só “estará autorizado a interferir nos casos em que ocorram disfunções políticas que assim justifiquem”<sup>414</sup>. As críticas arvoradas nesse sentido, vale dizer, parecem derivar de um equívoco de premissas, já que os defensores do modelo de precedentes vinculantes, além de deixarem clara a diferença entre a enunciação de normas concretas (pelo Judiciário) e abstratas (pelo Legislativo), concordam que, se assim não fosse, inevitavelmente haveria ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes<sup>415</sup>, o que também esvazia essa discussão.

---

<sup>412</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 400.

<sup>413</sup> A Teoria propõe que, no paradigma formalista-valorativo, o processo sempre devolverá algo diverso do Direito material afirmado pelo autor e que, por sua vez, é também diverso do Direito material proposto pela norma positivada, sugerindo uma relação circular e interdependente entre Direito material e processo (ZANETI JR., ZANETI JR. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014).

<sup>414</sup> ZANETI JR. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014, p. 325.

<sup>415</sup> “Aliás, se pensarmos na jurisprudência a partir da perspectiva de normas gerais e abstratas, sua universalização implicaria em ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes.” (ZANETI JR. *A*

Vale a pena ressaltar, contudo, que não se quer dizer que, com isso, não há possibilidade de conflito entre lei e precedentes, o que, na verdade, posta a concomitância dos referenciais normativos, é bem provável que ocorra assiduamente, e o ordenamento deve estar sempre tecnicamente preparado para resolver essa controvérsia.

Por outro lado, também é perfeitamente possível que apenas uma das espécies constitua referencial normativo, casuisticamente. Quando a decisão judicial não inova no ordenamento jurídico, limitando-se a aludir-se à aplicação literal da lei, de acordo com o que se defendeu no tópico “2.2.1”, *supra*, não há precedente, de modo que a referência normativa para o caso será somente a lei. De lado oposto, é possível (embora não tão recomendável) que somente o precedente constitua alusivo normativo à determinada matéria, pela falta de tratamento legislativo prévio. O Judiciário, nesse caso, construirá a norma com base nos princípios que orbitam a questão e constituirá referenciais normativos (*leading cases*) para os casos subsequentes<sup>416</sup>. A criminalização da homofobia, recentemente levada ao crivo do STF, ilustra bem a hipótese. A Corte iniciou o julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão e por um mandado de injunção para, numa análise ampla, regulamentar as agressões contra o público LGBT. Como, até então, os crimes de homofobia e transfobia não são tipificados na legislação brasileira, quando denunciados, são tratados como lesão corporal, tentativa de homicídio ou ofensa moral. Com o resultado do julgamento<sup>417</sup>, até que o Congresso supra a omissão legislativa, valerá o resultado do STF.

(a') Não há, tampouco, violação à Legalidade, isto é, não há pretensão de substituir o direito posto (legislações e Constituição) por teses. Primeiramente, porque, como se viu, o modelo de precedentes não exclui a lei, mas reforça a necessidade de que haja uma integração de trabalho entre legisladores e juízes (e doutrina jurídica<sup>418</sup>), já que é ineliminável certa margem de discricionariedade do Poder Legislativo, reservado ao Judiciário promover a escorreita inserção da norma abstrata na sociedade. Nesse ambiente cooperativo, a lei não é ignorada, servindo, ao contrário, como ponto de partida para o aperfeiçoamento (reconstrução) dos sentidos por meio da interpretação operativa. Assim, o princípio da legalidade é um limite à

---

*constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014, p. 328).

<sup>416</sup> MACÉDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 227.

<sup>417</sup> Até a conclusão da presente pesquisa, o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e o mandado de injunção 4733 não haviam sido finalizados, embora já tivessem angariado 4 votos favoráveis à tese defendida pelos autores das ações.

<sup>418</sup> ZANETI JR. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014, p. 79-205.

aplicação dos precedentes, de modo que a lei somente poderá ser contrariada quando a decisão que formou o precedente afastar a lei por inconstitucionalidade<sup>419</sup>.

Segundamente, porque o critério de submissão ao princípio da legalidade não pode mais ser encarado exclusivamente como o fruto do processo legislativo, isso é, “lei” no seu sentido estrito. Na concepção de Estado Democrático Constitucional, tendo a Constituição como fonte irradiadora e norma de reconhecimento, o julgador deve ser fiel ao ordenamento jurídico, que reclama inclinação, em suma, aos direitos fundamentais e princípios de justiça. Essa parece ter sido a opção teórica a que se filiou o CPC/2015, não somente por conta do art. 1º, que submete todo o processo à Constituição, mas porque em todo o arco processual preferiu “ordenamento jurídico” à “lei” (*vide* art. 8º, 18, 140, 966, V etc.), refletindo a percepção pós-positivista da erosão do direito positivo<sup>420</sup>.

Por outro lado, o acervo do CPC/2015 levado a sério não pressupõe, de forma alguma, um modelo de teses. Aliás, esse é um equívoco que deve ser veementemente combatido, porque entendimentos desse jaez podem subverter toda a lógica proposta pelo Código e, assim, dar razão às críticas ora refutadas. A norma do precedente jamais pode se desprender dos fatos materiais que lhe deram causa, sob pena de se autonomizarem e se tornar inviável a distinção e a superação em relação aos casos que lhe sobrevierem. Ademais, o CPC/2015 foi expresso em vincular os juízes e os tribunais pelos fundamentos determinantes (art. 489, §1º e 926, § 2º, por exemplo), rigorosamente porque a ideia é oposta a do enrijecimento do sistema: a vinculação obrigatória nos moldes propostos pelo código, além de racionalizar a atividade jurisdicional, fomenta a invocação discursiva, tão cara ao Direito.

Assim, para que o enunciado atue como precedente, é imprescindível que estejam bem identificados seus fundamentos determinantes (junção das circunstâncias fáticas e das soluções jurídicas)<sup>421</sup>, o que garantirá a maleabilidade e oxigenação do ordenamento jurídico, já que, somente assim, poderá se promover, por exemplo, a distinção entre o pretense

---

<sup>419</sup> ZANETI JR. Precedentes normativos formalmente vinculantes: formalização das fontes jurisprudenciais, 2015, p. 49.

<sup>420</sup> Hermes Zaneti Jr. identifica a *fragilização não virtuosa* do princípio da legalidade como efeito da falência do modelo liberal (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 113), que, ainda hoje, insiste em dar sinais de vida na mentalidade de alguns.

<sup>421</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 401.



paradigma e o caso-atual, uma vez que “são os casos [e não meras teses] que irão revelar as semelhanças e as diferenças entre duas ou mais questões”<sup>422</sup>.

Em terceiro, porque seria um contrassenso incitar violação à Legalidade quando é a própria lei que prescreve a projeção da eficácia vinculante das metodologias listadas no artigo 927 do CPC. Respeitando-se a vinculatividade formal de cada uma, não há ofensa ao princípio, havendo, antes, uma relação circular entre lei e precedentes – precedentes respeitam normas legais e formam outras normas<sup>423</sup>.

Por fim, ainda refutando a parte final de “(a)”, o modelo estruturado pelo Código não tem índole utilitarista e nem objetivo de resolver problemas numérico-quantitativos. Antes, muito pelo contrário, como já foi defendido no item “2.1.2” acima, precedentes não podem ser encarados como mecanismo de gestão de processos, como se seu objetivo fosse contra-atacar a litigiosidade serial. Esse até pode ser, em alguma medida, um benefício adjacente, mas não pode ser encarado como objetivo principal, porque, em última razão, pode fazer naufragar a proposta legislativa.

A exigência pelo alcance da dimensão material veda o manejo dos precedentes como meros provimentos vinculantes, tencionando a uma recorrente preocupação com a qualidade de seu procedimento formador (como já foi discorrido, não é toda decisão que forma precedente, devendo o julgamento reunir predicados essenciais – como, por exemplo, a identificação de *rationes decidendi*, ocorrer mediante julgamento efetivamente colegiado e exaurimento do Contraditório). Esse zelo, é claro, deve ser refletido, também, no processo aplicador, garantindo que as interpretações subsequentes guardarão fidelidade com os fundamentos determinantes do juízo formador. Se, portanto, a satisfação de metas numérico-quantitativas for o norte do manejo de precedentes, a qualidade das razões estará em xeque e, de fato, o modelo entregará o jurisdicionado à “massificação da atividade jurisdicional” e consequente “fragmentação da razão prática e aplicação amoral e avaliativa da norma jurisprudencial”<sup>424</sup>.

---

<sup>422</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 146.

<sup>423</sup> ZANETI JR. *Precedentes normativos formalmente vinculantes: formalização das fontes jurisprudenciais*, 2015, p. 48.

<sup>424</sup> DERZI; BUSTAMANTE. *O efeito vinculante e princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?*, 2013.

O objetivo de qualquer modelo de precedentes vinculante é alcançar a racionalidade decisória-argumentativa<sup>425</sup> e vedar a dispersão interpretativa sobre o sentido do Direito. Mirando nisso, não haverá risco de mecanização da atividade jurisdicional.

---

<sup>425</sup> Por todos, ver amplamente: ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017.

## PARTE 2 – DISTINÇÃO

Decorrência da percepção acerca da dimensão material do precedente é a conscientização de que não é qualquer decisão obtida a partir de uma das metodologias do art. 927 que será qualificada como precedente obrigatório<sup>426</sup>. Sob uma perspectiva sistêmica<sup>427</sup> do CPC/2015, especialmente no que tange às premissas principiológicas evocadas para sanar as disfuncionalidades do paradigma da “jurisprudência”<sup>428</sup>, sobreleva-se a necessidade de dispor o jurisdicionado de técnicas capazes de identificar a *ratio decidendi* e os correlatos meios para promoção e controle de um *distinguishing* legítimo.

A abordagem adquire ainda mais relevância quando confrontada com a recorrente adoção por parte dos tribunais de um posicionamento cada vez mais restritivo em relação à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas<sup>429</sup>, tencionando a prática judiciária à estagnação do Direito e à denegação de justiça na medida em que estimula a supressão da interlocução processual no caso de teses jurídica (ao menos aparentemente) já decididas, ainda que o caso-atual guarde peculiaridades dignas de afastar o precedente, seja pelo sedutor anseio por satisfação de metas numéricas impostas pelos órgãos de controle ao Judiciário, pela falta de preparo dos servidores empossados no Judiciário para conduzir substancialmente a temática dos precedentes (isto é, sem encará-los como mecanismos de gestão processual ou de “julgamentos em bloco”<sup>430</sup>) ou, ainda, pela interferência de quaisquer outros interesses alheios aos processo que não os de alcançar seus objetivos, isso é, a tutela de

<sup>426</sup> Nesse sentido, o Enunciado nº 315 do FPPC: “Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes.”

<sup>427</sup> “O Código novo exigirá uma radical mudança na forma de interpretar o direito. A interpretação não poderá mais ser feita aos pedaços. A leitura do CPC deverá ser efetuada a partir de uma unidade de propósitos, de uma leitura harmônica do todo, pensada, claramente, a partir de sua conformação constitucional, à luz do Estado Democrático Constitucional e da tutela dos direitos fundamentais, de acordo com a nova interpretação jurídica e a nova hermenêutica constitucional (arts. 1º, 8º, 489, § 1º e 926 do CPC/2015, entre outros)” (ZANETI JR. Precedentes normativos formalmente vinculantes: formalização das fontes jurisprudenciais, 2015, p. 37)

<sup>428</sup> “O elemento mais importante de uma teoria dos precedentes é evitar que tenhamos alvos móveis, isso é, evitar que as Cortes de vértice mudem impunemente de entendimento. O modelo de jurisprudência é um modelo de 1.000 folhas, uma sobreposta à outra, que não permite saber, ao certo, qual o entendimento do tribunal, o que fomenta um modelo caótico, do ponto de vista da isonomia e segurança jurídica. A teoria dos precedentes impõe que o tribunal se submeta às próprias decisões” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. Aula da disciplina obrigatória “A Constitucionalização do Processo” do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, ministrada em 29/03/2018 – informação informal).

<sup>429</sup> NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Daniel Correia Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas*, Salvador, v. 1, n. 1, 2015, p. 21.

<sup>430</sup> Aludindo-se à nomenclatura proposta pelo próprio Código, no artigo 12, parágrafo segundo, inciso segundo.

pessoas e de direitos, de forma adequada, tempestiva e efetiva, por meio de um processo justo.

Aliás, um ponto sensível dessa problemática reside na análise crítica acerca das modificações introduzidas pela Lei 13.256/2016. A lei foi editada ainda na *vacatio legis* do Código de 2015 e promoveu 44 significativas alterações na redação original da proposta. No que tange especialmente à admissibilidade dos recursos extraordinários, a reforma foi de uma perversidade digna de nota. A redação originária do texto destinado a regulamentá-los, conformando-se à lógica sistêmica do Código, parecia anunciar a superação da ojerizada “jurisprudência defensiva” que obstruía o acesso aos órgãos jurisdicionais de cúpula sob argumentos, muitas vezes, esdrúxulos. Como regra, o texto legal confiava o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários aos tribunais superiores e, aos casos excepcionais que ainda desafiavam exame prévio pelo órgão *a quo*, reservava o cabimento de agravo direto às próprias Cortes de vértice. Sob justificativas de índole confessamente utilitaristas<sup>431</sup> (isto é, por antever um potencial agravamento da já crítica situação de sobrecarga do STJ e STF), a Lei 13.256/2016 não apenas revigorou o juízo dicotômico de admissibilidade, como limitou a insurgência em face da decisão que nega seguimento ao recurso especial e extraordinário ainda no segundo grau de jurisdição, restringido a pretensão recursal, sempre que confrontar entendimento firmado em julgamento repetitivo, à via do agravo interno perante o próprio tribunal recorrido, o que, além de uma boa construção dogmática, torna imprescindível a contrapartida de técnicas que permitam o jurisdicionado diferenciar seu caso, questão que também será alvo de enfrentamento mais detido no final do capítulo 4.

O percurso da ciência jurídica, resumido no capítulo anterior, revela como o ordenamento jurídico nacional, acompanhando o fenômeno globalmente observado de afunilamento entre as tradições jurídicas *common law* e *civil law*, buscou equilíbrio entre a cultura jurídica interna e a acomodação do *stare decisis*, movimento bem ilustrado nas desajeitadas reformas

---

<sup>431</sup> Como se depreende da justificativa da alteração: “este projeto tem por objetivo reestabelecer e aprimorar a sistemática do juízo prévio de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, suprimida pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015). Tal medida se justifica em função da relevante função de filtro preclusivo do exame de admissibilidade nos tribunais locais. A título de exemplo, no mecanismo atual, segundo informações do Superior Tribunal de Justiça, 48% (quarenta e oito por cento) dos recursos especiais interpostos na origem não foram remetidos àquela corte. Isso significa que de 452,7 mil recursos especiais, 78 mil foram admitidos, mas 146,8 mil foram trancados ainda nos tribunais locais e sem a interposição de agravo”. BRASIL. Alteração da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. *Portal da Câmara dos Deputados*, Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1362368&filename=Tramitacao-PL+2384/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362368&filename=Tramitacao-PL+2384/2015)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

ocorridas na vigência processual passada. Ainda sem definir exatamente o escopo de um modelo vinculante, os “precedentes” eram conduzidos de forma bem superficial e sob perspectivas bastante equivocadas (em apertada síntese, para resolver problemas de litigância e assoberbamento das Cortes, sem ter como fundamento o *treat like cases alike*).

O CPC/2015, por sua vez, reuniu predicados que viabilizam o manejo adequado dos precedentes, não apenas pelo núcleo dogmático que, em larga medida, disponibiliza elementos que vinculam a teoria dos precedentes às teorias da decisão e da argumentação jurídica (deslocando a interpretação de uma posição setorial para o centro da Teoria do Direito<sup>432</sup>), mas, também, pela coerência da política legislativa adotada, que pulverizou por todo o Código mecanismos que confirmam a subserviência ao modelo de precedentes obrigatórios, como é o caso, *v.g.*, das orientações prescritas pelo art. 926, da criação da tutela de evidência para o caso de precedentes (art. 311, II), a improcedência liminar do pedido preconizada no art. 332, a desnecessidade de remessa necessária em face de sentença que confirme precedentes (art. 496, § 3º) e, é claro, a possibilidade de reclamação ao STF e STJ em caso de desrespeito aos precedentes formados em sede de representativos de controvérsia, viabilizada no art. 988.

O tema, como se percebe, foi distribuído equanimemente pelo arco processual, fortalecendo, de um lado, a sistemática vinculante e aumentando, de outro, a responsabilidade de que sejam providos meios aprimorados para se delinear os contornos da parcela realmente vinculante dentro da decisão que forma o precedente, porque se não, seria possível chamar de vinculante qualquer elemento do precedente, ainda que periférico – o que daria vazão à manutenção de um sistema alimentado por entendimentos solipsos. Se é inegável que a inauguração do modelo de precedentes proporciona benefícios consideráveis ao sistema jurídico, especialmente do ponto de vista da racionalidade, da segurança jurídica, da igualdade e, no final das contas, da justiça, é necessária, em contrapartida, uma preocupação maior de que esse modelo atenda aos anseios democráticos, mitigando ao máximo a possibilidade da utilização arbitrária dos precedentes.

Por tudo que até aqui se expôs – até mesmo pela exposição das críticas em relação ao modelo vinculante, compiladas no final do capítulo anterior – fica evidente que os precedentes precisam ser bem dogmatizados, porque se forem manejados de modo ilegítimo (para atender a qualquer outra finalidade que não o estabelecimento dos valores constitucionais de

---

<sup>432</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 59.

liberdade, segurança e igualdade), os malefícios refletidos no sistema jurídico poderão ser multiplicados, posta a gama de jurisdicionados que as decisões dos precedentes, tem vocação de alcançar.

A alteração normativa é apenas um passo, que precisa ainda ser bem firmado, para que a caminhada prossiga segura. Para a consolidação sadia da cultura dos precedentes no Brasil, é preciso que sejam suficientemente depurados os institutos e técnicas como *ratio decidendi* e *distinguishing*, que lhe são inerentes, especialmente para que o propósito do CPC/2015 não seja desvirtuado e simplesmente vista-se com a nova roupagem o antigo modo de lidar com o Direito (de decisões substancialmente unipessoais e divorciadas do diálogo processual, posturas solipsas, sem preocupação com adequação e aplicabilidade com o caso concreto e com a Constituição<sup>433</sup>).

É salutar, pois, que além de bem compreendidos, os institutos não sejam apenas “importados”, mas acomodados às particularidades do ordenamento jurídico pátrio, do que cuidará esta parte do estudo.

---

<sup>433</sup> NUNES; HORTA. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução, 2016, p. 306.

### CAPÍTULO 3 – *RATIO DECIDENDI*

Etimologicamente, *ratio decidendi*<sup>434</sup> é o termo que alude às razões que determinaram certo resultado jurídico da decisão<sup>435</sup>, ou seja, são os fundamentos jurídicos que, levando em consideração determinada conjuntura fática, determinaram as opções teóricas adotadas. Essa definição se harmoniza com a de Zaneti Jr., para quem a *ratio* é a “solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente”<sup>436</sup>. De um modo geral, então, a *ratio* é constituída a partir dos fundamentos determinantes que levaram o tribunal ao entendimento sobre determinada matéria, ou seja, é o princípio geral, a norma jurídica, que envolve o raciocínio do magistrado e sustenta sua conclusão<sup>437</sup>. Exposto dessa forma, fica fácil assimilar a opção terminológica do Legislador do CPC/2015, que adotou a expressão “fundamentos determinantes”<sup>438</sup> para aludir às *rationes decidendi*.

Não há maiores dificuldades na definição do conceito da *ratio decidendi*, já que, ressalvadas determinadas preferências semânticas, no geral, os estudiosos do tema orbitam nesse núcleo conceitual. A mesma convergência, no entanto, não ocorre em relação à sua definição (ou delimitação) propriamente dita, tema envolvido numa tormentosa problemática teórica e que, por isso, há muito é alvo de constantes divergências doutrinárias. Definir os contornos da *ratio decidendi* requer sensibilidade e, sobretudo, uma refinada técnica argumentativa, já que consiste numa releitura das questões consideradas na formação (caso-precedente), no momento da aplicação (caso-atual), a fim de delimitar os contornos da norma que regerá o caso. Ou seja, em que pese não haver controvérsias significativas em aceitar a *ratio decidendi* como o princípio ou razão que emoldurou o julgamento do caso-precedente, é, também, assente que tais princípios ou razões nem sempre são refletidos com fidelidade na

<sup>434</sup> No *common law*, essa terminologia é adotada pelo direito inglês, ao passo que os estadunidenses utilizam o termo “*holding*” para designar as razões de decidir.

<sup>435</sup> Neil Duxbury diz que o termo, na prática, pode tanto significar “razões para a decisão” como “razões para decidir”. No original: “*ratio decidendi* can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’” (DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 67).

<sup>436</sup> ZANETI JR.. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 329-330.

<sup>437</sup> Nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 217.

<sup>438</sup> Tanto no art. 489, § 1º, V, como no art. 979, § 2º.

fundamentação do caso-atual<sup>439</sup>, o que é bastante inquietante, posta a pretensão cognoscível, previsível e estável de qualquer jurídico que conceba efeito vinculante aos precedentes.

Vale dizer, o *treat like cases alike*, isso é, o compromisso de fazer com que casos similares recebam tratamentos iguais é que estrutura o *stare decisis*. Assim, em tese, quanto mais assemelhados forem os fatos de dois casos, maior será a probabilidade de que a decisão dada ao primeiro caso seja aplicável ao segundo<sup>440</sup>. Ocorre, contudo, que os fatos de um caso nunca serão exatamente iguais aos de outro<sup>441</sup>, de modo que não há muita lógica em condicionar a aplicação do precedente à identidade literal dos casos, porque tal exigência aniquilaria a pretensão de funcionamento do modelo. Então, a aplicação ou distinção do caso-precedente ao caso-atual depende do crivo de quão relevantes são as semelhanças e diferenças de seus fatos, isso é, ainda que os casos divirjam em suas essências, para viabilizar o modelo de precedentes, cabe ao intérprete agrupar as semelhanças e distinções fáticas relevantes para, em seguida, decidir se aplica ou afasta o precedente.

Entretanto, nem sempre há condições *prima facie* de realizar essa comparação sem maiores dificuldades, uma vez que, embora até ocorra em alguns poucos casos, é raro conceber o precedente como pronto e acabado para ser aplicado, segundo a literalidade do texto que lhe exterioriza. Na maioria das vezes, o processo de aplicação será envolvido por uma considerável carga interpretativa, no momento em que o juízo aplicador faz uma releitura dos fatos relevantes do caso-precedente e os compara com os fatos do caso-atual. Como essa atividade sempre dependerá de interpretação, também sempre será emoldurada por certa margem de liberdade do intérprete. Essa liberdade, no entanto, precisa ser controlada para que não se torne arbitrária.

Em qualquer sistema jurídico que admita o *stare decisis*, especialmente aqueles cujas Cortes judiciais ainda não possuem a maturidade funcional desejada, tão imprescindível como

---

<sup>439</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 78.

<sup>440</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 181-182.

<sup>441</sup> “A regra de justiça, que exige o tratamento igual de seres iguais, parece dificilmente discutível, mas seu campo de aplicação é extremamente reduzido, se não inteiramente nulo. Com efeito, desde Leibniz e seu princípio dos indiscerníveis, e sobretudo desde Frege e sua distinção entre sentido e designação de um nome, os lógicos estão cada vez mais inclinados a negar a existência de seres de quem todas as propriedades seriam as mesmas. A afirmação de que a é igual a b, concebida como a identidade completa deles, significaria simplesmente que os nomes ‘a’ e ‘b’ designam um único e mesmo objeto, ainda que o sentido deles, ou seja a maneira pela qual esse objeto é designado, difira em ambos os casos. Se queremos que a regra de justiça possa guiar-nos efetivamente, cumpre, portanto, formulá-la de maneira que ela nos indique, não como tratar seres que não diferem um do outro por nenhuma propriedade, mas como tratar seres que não são idênticos, ou seja, iguais em todos os pontos de vista. Este é o único problema real concernente à regra de justiça” (PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 86).



garantir meios efetivos de controle no processo de formação do precedente – porque ali estará denunciada a presença ou ausência de qualificativos que viabilizará confirmar se o julgamento é ou não precedente –, também é fundamental que seja disponibilizado um instrumentário dogmático apto a delinear adequadamente os contornos da sua parcela realmente vinculante, porque do sucesso dessas duas tarefas repousará o conhecimento da norma jurídica que regerá o precedente.

Considerando-se a *ratio decidendi* como a norma que se extrai do precedente, sua formação estará sujeita, primeiramente, a saber se a decisão da qual se pretende extraí-la é, de fato, um precedente ou simplesmente um provimento vinculante veiculado por uma das metodologias do rol do art. 927 do CPC. Confirmada a dimensão material, o passo seguinte consistirá no delineamento do significado do precedente.

Conhecer o significado do precedente (ou seja, delimitar o material jurídico realmente apurado na formação) é tão fundamental para um modelo de precedentes obrigatórios quanto a segurança jurídica é vital para o exercício de uma vida social com confiança. O Direito, vale lembrar, não se encerra em sua dimensão real (institucional, autoritativa), carregando uma inseparável dimensão ideal, que é discursiva, racional e, nessa qualidade, tem escopo de dirigir e informar não somente o procedimento do raciocínio jurídico, mas a vida social em geral<sup>442</sup>. Na mesma medida, pode-se dizer que o grau de segurança jurídica que dado sistema jurídico possui é proporcionalmente ligado à condição do indivíduo poder confiar na garantia de uma correspondência entre seus atos e/ou direitos e suas consequências, conforme previamente previsto em certo ordenamento jurídico<sup>443</sup>.

Por isso, antes de um tribunal decidir se segue ou não um precedente, é necessário que se saiba o que realmente o precedente estabelece<sup>444</sup>, ou seja, conheça seu significado além da tese, enunciado ou ementa, porque tal conteúdo, precisamente, é que orientará a maneira comportamental diante da matéria tratada pela Corte. Considerando o Direito como uma prática social<sup>445</sup> e, ainda, que a cognoscibilidade acerca do Direito também compreende conhecer os fatos que atraem consequências jurídicas determinadas, é imprescindível que se tenha ao menos uma noção amplificada dos eventos factuais que sejam necessários e

---

<sup>442</sup> ALEXY, Robert. 1999. *The special case thesis*. Ratio Juris. v. 12, n. 4, p. 374-384.

<sup>443</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257-266.

<sup>444</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 91.

<sup>445</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, 2012. p. 126.

suficientes para atrair determinada consequência jurídica. Para o desenvolvimento seguro e estável da vida social, então, não basta saber que determinado precedente é obrigatório; é imprescindível que tanto o juiz quanto o jurisdicionado conheçam exatamente seu significado<sup>446</sup>. É precisamente a partir do conhecimento do significado do precedente que autoridades e cidadãos terão ciência prévia acerca dos direitos e obrigações por ele estabelecidos. Enfim, “a decisão, qualificada como precedente, interessa aos juízes, a quem incumbe das coerência à aplicação do Direito, e aos jurisdicionados, que necessitam de segurança jurídica para o desenvolvimento de suas vidas e atividades”<sup>447</sup>. É a descoberta do significado da *ratio decidendi* que garantirá a certeza dos rumos interpretativos ao outorgar unidade ao direito versado no caso-precedente<sup>448</sup>.

Nem tudo em um precedente será vinculante. Só obrigará os magistrados futuros a parcela que reflete o estrito nexo de causalidade jurídica entre o fato e a decisão<sup>449</sup>. Essa porção é que delimitará os limites entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e, por corolário, outorgará condições de discernir a vinculação legítima e a ilegítima. Não é exagero, então, afirmar que o *stare decisis* será minado quando a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* estiver desfocada. Essa distinção tem que ser realmente levada a sério, porque a busca pelo adequado delineamento dos fundamentos determinantes de uma decisão é o que, no fundo, sustenta o *stare decisis*<sup>450</sup>.

Definir a extensão e os limites da *ratio decidendi* de maneira adequada é determinante para garantir isenção nas incontáveis aplicações futuras, já que o zelo ao aplicar um precedente deve implicar, não apenas, em se atentar para sua linguagem, mas considerar a aplicação de todos os julgados subsequentes à formação e anteriores ao caso-atual que, de algum modo, possam influenciar na compreensão do significado das declarações contidas no precedente. Nada obstante, é uma tarefa bastante complexa, porque, na grande maioria das vezes, será

---

<sup>446</sup> Nesse sentido: MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016. p. 162.

<sup>447</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016. p. 162.

<sup>448</sup> Nesse sentido, Goodhart, adepto da doutrina do *treat like cases alike*, enxergava a certeza dos rumos da norma jurídica como a maior vantagem de se submeter a um modelo de precedentes obrigatórios. No original: “from the English standpoint, the most important reason for following precedent is that give us certainty in the law” (GOODHART. Arthur L. *Precedent in English and continental law*. 1934, 50 LQR 40-65 a 58).

<sup>449</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, 2012, p. 253.

<sup>450</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 91. Após uma crítica comparação entre as razões dos realistas céticos e das dos que atribuem a utilidade do modelo vinculante à proposição de métodos e testes que possam padronizar a aventura de delimitar a parcela vinculante do precedente, Duxbury, mesmo concedendo certa margem de razão aos realistas ao admitir que talvez não haja um método que alheio a equívocos, conclui que há inderrogáveis razões para que não se desista de encontrar o que é, de fato, vinculante.

realizada por atores processuais que não participaram da formação do precedente, o que atrai a interpretação e todo o delicado feixe de possibilidades ressignificantes que lhe são inerentes.

Se, de um lado, deve-se ter presente que o modelo de precedentes carrega em sua essência o escopo de manter a estabilidade do sistema jurídico, de outro, deve haver o cuidado para que não haja uma inflexão a ponto de não permitir sua adaptabilidade à realidade social em constante mutação. Nem todo e qualquer detalhe fático deparado na cadeia de aplicações futuras deverá afastar o precedente, de modo que haverá casos que, mesmo dotados de peculiaridades que não refletem exatamente as circunstâncias fáticas anunciadas na formação, deverão receber a aplicação do precedente. Da mesma forma, haverá ocasiões em que, aparentemente, as circunstâncias fáticas do caso-atual se acomodariam suficientemente às do caso-precedente, sugerindo sua aplicação a rigor, o que, no entanto, poderá não ocorrer quando, por força da denúncia argumentativa do *distinguishing*, for demonstrado que as razões do caso-precedentes residiram num contexto diverso das do caso-atual.

A doutrina dos precedentes deve se equilibrar entre a certeza do significado da norma formada pelo juízo formador e a flexibilidade que permite sua boa fruição, de modo que ele será tão mais maduro quanto puder se alocar no centro dessa “média de ouro”, posta entre os dois extremos<sup>451</sup>. Por essa razão, para lidar com precedentes, o jurista precisa desenvolver uma habilidosa crítica argumentativa, porque sempre deverá procurar extrair o melhor das decisões anteriores para que se mantenha coerente o sistema jurídico, sem se fechar para as ponderações casuísticas, que poderão enriquecer o precedente, mantendo, assim, viva a reconstrução dialógica, que é tão salutar ao modelo de precedentes.

Nessa ordem, um primeiro desafio dogmático é compreender que a *ratio decidendi*, como regra geral que soluciona a questão do precedente, é composta pelas circunstâncias fáticas (*material facts*) e solução jurídica (*points of law*). Compreender cada um desses institutos e o relacionamento entre ambos reduzirá significativamente as possibilidades de subjetivação do manejo de precedentes. Em seguida, deve haver no intérprete a provocação argumentativa em busca da definição da parcela verdadeiramente vinculante, o que, como visto, não é nada simples, não somente pela complexidade de distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*, mas pela falta de critérios legais destinados identificar os fatos que efetivamente foram considerados substanciais no julgamento originário.

---

<sup>451</sup> HOLDSWORTH, William S. *Case Law* (1934), 50, LQR 180-95 a 24-5.

### 3.1 *RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM*

Considerando o processo de formação cognitiva dos juízes – que não encontram limites na formulação do seu juízo adjudicativo da lide –, os adventos do paradigma pós-positivista<sup>452</sup> tornaram imprescindível um contrabalanço dessa liberdade de cunho motivacional, ou seja, trazer ao âmbito da aplicação e interpretação dos precedentes ferramentas metodológicas que viabilizem a delimitação do que seja, realmente, vinculante na decisão judicial.

À toda evidência, a decisão judicial que forma o precedente não se constitui apenas de parcelas vinculantes. Há abordagens periféricas que, embora tenham emoldurado o discurso do caso, não são relevantes para o do precedente. A formação do precedente deriva de um efeito anexo da decisão<sup>453</sup>, que se conjuga pela distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, ou seja, da separação da parcela vinculante da que não é. Afinal, é inconcebível a manutenção do *stare decisis* sem tecnologias habilitadas a destacar, com precisão, os elementos dotados de autoridade no precedente judicial<sup>454</sup>, porque só assim será possível afirmar, com segurança, o que dentro do precedente é realmente obrigatório. Além disso, não prover o sistema jurídico de meios qualificados para distinguir *ratio decidendi* e *obiter dictum* daria razão, de fato, a algumas críticas inflamadas contra o modelo vinculante por conta de uma suposta ofensa do *due process*, já que haveria produção descompromissada de normas jurídicas pelo Judiciário, nem sempre vinculadas aos fatos da demanda. A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é, pois, essencial para o *stare decisis*<sup>455</sup>.

Em que pese a relevância, para ser bem desempenhada, a tarefa recobra intimidade com todo aparato acumulado pelo paradigma pós-positivista resumido no início do trabalho. Distinguir a *ratio decidendi* do *obiter dictum* é, no final das contas, uma tarefa interpretativa, adscritiva de sentidos, justamente porque a *ratio* não é o texto, mas a norma que se constrói a partir dele:

---

<sup>452</sup> “[D]entre os quais se pode falar do denominado giro linguístico; do surgimento das teorias do sistema e argumentação jurídica; da formulação da teoria do processo como procedimento em contraditório; e, por fim, da ampla constitucionalização do direito, principalmente no segundo pós-guerra” (NUNES, Dierle José Coelho; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 20).

<sup>453</sup> MACÊDO. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais, 2016, p. 215.

<sup>454</sup> Cf. MACCORMICK; SUMMERS. *Interpreting precedents: A comparative study*, 1997. p. 537.

<sup>455</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 232.

O conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido. Na verdade, a dificuldade sempre esteve na sua identificação na decisão judicial, embora seja certo que a *ratio* não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo externo a ambos, algo que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo. [...] A discussão acerca do significado de *obiter dictum* é tão antiga, intensa e difícil quanto a travada sobre o significado de *ratio decidendi*. Isso porque o conceito de *obiter dictum* é absolutamente atrelado ao de *ratio decidendi*<sup>456</sup>.

O destaque dos extratos formais vinculantes será feito pelos decisores subsequentes, a partir da análise criteriosa do caso-precedente, e, por isso, a atividade requer cautela: os desvios devem ser evitados a fim de que se preservem os contornos da norma originária, muito embora sejam benéficas ampliações e restrições impostas pelas peculiaridades do caso, desde que tenham fidelidade e correspondência com a primeira atividade.

A *ratio decidendi* é a parcela do precedente que se tornará obrigatória às futuras interpretações e, numa perspectiva sistêmica, sua separação do *obiter dictum* é uma medida contra-intuitiva, que serve de proteção ao jurisdicionado e ao próprio sistema de precedentes como fator de fortalecimento da racionalidade. Só é admissível que as questões que realmente tenham sido destacadas, analisadas e substancialmente enfrentadas pela Corte sejam revestidas de eficácia vinculante e possam, assim, influenciar aos demais. Por outro lado, devem estar à disposição do jurisdicionado ferramentas idôneas que sejam capazes de diferenciar as aludidas parcelas das abordagens adjacentes, que até emolduraram o caso, mas que não são relevantes para a composição do precedente.

Não há como ignorar, nesse sentido, a grande disputa existente entre os significados de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, estimulada pela questão da universalidade das razões do precedente que, ao contrário da coisa julgada, guarda assento transindividual. Enquanto a coisa julgada (que, via de regra, só alcança o dispositivo da decisão) interessa apenas às partes envolvidas no caso em julgamento, o precedente (por seus fundamentos e não pelo dispositivo) afetará a vida da coletividade, mesmo dos que não tenham participado de sua formação.

Por isso, importa o conhecimento dos fundamentos determinantes, que se extraem da conjugação da fundamentação e do relatório e que conduziram ao dispositivo (conclusão) e, por conseguinte, servirão para justificar a parte do precedente dotada de eficácia vinculante. É a porção do precedente que obrigará nos demais casos que serão enfrentados pelo Poder

---

<sup>456</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 918, p. 351-414, 2012.

Judiciário; é a premissa necessária e suficiente tomada, numa relação lógica de causa e efeito, para a Corte chegar à sua conclusão. Todo o resto, portanto, é *obiter dictum* (que, numa tradução canônica, quer dizer “dito para morrer”) ou seja, é a parcela que até foi abordada para que se chegasse à decisão do precedente, mas não foi essencial para a formação da tese jurídica.

Marinoni, amparado na doutrina de Robert Summers, propõe, como teste para saber se determinada questão constitui *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, que se questione se o enfrentamento de determinada questão é ou foi necessário para chegar à conclusão da decisão. Sendo positiva a resposta, a questão é *ratio decidendi*; se negativa, é *obiter dictum*<sup>457</sup>. A contrário senso, então, tendo duas questões sido enfrentadas pela Corte no caso-precedente e constatando-se que apenas uma delas foi suficiente para definir o caso, a outra, embora tenha composto o caso-precedente, é *obiter dictum* e, portanto, não vincula as interpretações posteriores.

Contudo, embora pareça simples, na prática, delimitar os limites entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* relembra todas as controvérsias relacionadas às possibilidades epistemológicas do Direito e aos limites da atividade interpretativa ou criativa, para alguns, dos juízes: até que ponto a interpretação dos juízes é permitida? A criação do Direito é autorizada aos juízes? Há limites de discricionariedade para isso? A depender da unidade que se possa dar a essas respostas, podem haver inúmeras formas de distinguir a parcela vinculante da não vinculante dentro de um precedente.

Enfim, diferenciar *ratio* de *obiter* requer uma refinada habilidade argumentativa, justamente porque parte dessa atividade será sempre relegada ao crivo interpretativo dos juízos subsequentes, que deverão, inicialmente, identificar a *ratio* do caso-precedente e, em seguida, destacar as circunstâncias fáticas do caso-atual para, enfim, realizar a análise sobre as semelhanças e divergências, concluindo pela aplicação ou afastamento do precedente.

Disso derivam as dificuldades de se encontrar um conceito que realmente atenda à reclamação pragmática de definição da parcela vinculante do caso-precedente na ocasião de aplicá-lo ao caso-atual. Nesse sentido, por exemplo, foi erigida a construção crítica de Neil Duxbury em relação à definição do conceito de *ratio decidendi* proposta por Cross e Harris. Para esses últimos, *ratio* seria qualquer estado de direito expressa ou implicitamente invocado pelo juiz

---

<sup>457</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 169.

como um passo em direção à sua conclusão, considerando a linha de raciocínio por ele adotada<sup>458</sup>. Duxbury, no entanto, critica a definição, advertindo que a *ratio não será precisamente o que foi necessário para a decisão do caso-precedente, mas o que o juiz aplicador entendeu como necessário para a formação da tese originária*, de modo que, muito embora haja situações em que, de fato, a *ratio* reflita o “estado de direito expressa ou implicitamente invocado pelo juiz do caso-precedente”, em muitas outras, será a reprodução do que o juiz, na aplicação do caso, entendeu como hábil a justificar sua conclusão<sup>459</sup>.

A passagem revela somente uma das muitas dissensões doutrinárias que habitaram o tema até aqui, de modo que, posta sua complexidade, muitos trabalhos acadêmicos foram empreendidos com intuito de estabelecer alguma limitação na liberdade dos intérpretes no momento de aplicar o precedente. Estudos indicam que, em 1960, existiam, pelo menos, sessenta e quatro métodos distintos de delimitação da *ratio decidendi*<sup>460</sup>, entre os quais, os mais relevantes, serão destacados a seguir. Todos, no entanto, compartilham o pressuposto de fundo de que o juiz, ao elaborar o precedente, cria, por sua própria autoridade institucional, o direito jurisprudencial e que as normas criadas dessa forma são invariavelmente vinculantes<sup>461</sup>.

### 3.1.1 O teste de Eugene Wambaugh

A definição do conceito de *ratio decidendi* como a regra jurídica sem a qual o julgador não teria chegado à conclusão alcançada, elaborada por Eugene Wambaugh, não foge muito do núcleo doutrinário consensual. O que tornou a investigação do jurista diferenciada foi a proposta, em 1892, de um *teste de inversão*, a partir do qual seria possível identificar o que, de fato, foi imprescindível para direcionar a diretiva teórica adotada como desfecho do caso-precedente.

---

<sup>458</sup> CROSS; HARRIS. W. *Precedent in English law*, 1991, p. 40.

<sup>459</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 77-78.

<sup>460</sup> MACÊDO. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais, 2016, p. 223.

<sup>461</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, 2012, p. 261.

Wambaugh sugere que, inicialmente, seja elaborada, de forma cuidadosa, a proposição jurídica que se suponha compor a *ratio decidendi*. Posteriormente, deve-se introduzir, na aludida proposição, uma palavra que inverta seu significado e, em seguida, deve ser feito o seguinte questionamento: se o tribunal tivesse levado em conta a nova proposição, o resultado do caso-precedente teria sido o mesmo? Se a resposta for positiva, então, a despeito da excelência qualitativa que pudesse ter a proposição inicial, não haveria como concluir que ela contivesse a *ratio decidendi*, reduzindo-se a mero *dictum*. No entanto, sendo negativa a resposta, a proposição inicial lhe conteria e, por conseguinte, seria possível concluir que a norma teria vocação universalizável<sup>462</sup>.

Com efeito, é coerente a lógica proposta pelo teste, uma vez que a proposição em sentido invertido é, na verdade, outra proposição. E se outra proposição não infirmou o resultado inicial, então a primeira não era suficientemente relevante para o deslinde do caso, não podendo, portanto, ser considerada *ratio decidendi*.

No entanto, algumas falhas são atribuídas, pela doutrina do *common law*, ao teste de Wambaugh. A primeira alude ao fato de que o teste não seria suficiente para todos os casos, havendo situações em que, mesmo com a resposta negativa, a proposição pudesse não conter a *ratio decidendi*<sup>463</sup>.

Além disso, a Corte formadora pode decidir com base em dois ou mais fundamentos que, separadamente, sejam igualmente determinantes para atrair a mesma solução jurídica do precedente. Nesse caso, mesmo quando o significado de um dos fundamentos for invertido, o outro continuará suficiente para preservar o sentido da conclusão. Nada obstante, embora as duas proposições contenham a *ratio decidendi*, pelo teste de Wambaugh, uma delas seria tida como *obiter dictum*, o que confirma sua falibilidade<sup>464</sup>.

---

<sup>462</sup> Cf. HARRIS, James W. El Precedentes em el Derecho Inglés. Tradução de Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 75 *apud* WAMBAUGH. *The study of cases: a course of instruction in Reading and stating compiling digest*, 1894, p. 17.

<sup>463</sup> Citando o discurso de Lord Atkin, Cross e Harris invocam *Donogue v. Stevenson* e formulando duas proposições, ambas receberiam a resposta negativas, caso lhes fossem acrescentadas palavras que pudessem inverter o sentido inicial. Contudo, segundo afirmam os autores, “*la ratio decidendi del caso está constituida somente por la primera proposicion, en razón a que la misma está más relacionada con los hechos del caso*” (CROSS; HARRIS. *El Precedentes em el Derecho Inglés*, 2012, p. 76).

<sup>464</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 76-77 e MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 164. Duxbury, aliás, enfatiza que o teste de Wambaugh teve sua provável inspiração na proposta feita por Vaughan C. J. no século XVII, que, da mesma forma, era falível (DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 76).



Assim, a partir da análise de três casos (*Ryland v. Fletcher*, *South Staffordshire Water Co. v. Sharman* e *Farrugia v. Great Western Railway*), Cross e Harris concluem que o teste de Wambaugh, embora seja infalível para determinar o que não deve ser considerado como *ratio decidendi* (o que, de fato, é coerente com a assertiva geral de que uma afirmação somente pode ser considerada como *ratio* se servir de fundamento para a decisão final da Corte), o que lhe imputa alguma utilidade, não pode ser tido como imbatível para determinar qual foi a proposição jurídica que o tribunal considerou necessária para sua decisão<sup>465</sup>.

Contudo, houve outros juristas que, apesar de não adotarem o teste de inversão, tomaram proveito na teoria de Wambaugh, especialmente por considerarem a *ratio decidendi* como a parte necessária para alcançar a solução dispensada ao precedente, em sua formação<sup>466</sup>.

### 3.1.2 O método de Arthur Goodhart

Arthur L. Goodhart foi mais preciso que Wambaugh, porque, além de definir a *ratio decidendi*<sup>467</sup> como a parte fundamental para o alcance da solução do caso-precedente, enfatizou a importância de se destacarem os fatos que foram realmente determinantes para o caso. Pelo método do jurista, para determinar a *ratio decidendi* de um caso, é necessário considerar os *fatos fundamentais ou materiais* para o juiz-formador, de modo que a *ratio* será o princípio que deriva da decisão por ele tomada com base nesses fatos<sup>468</sup>.

Na verdade, o escólio de Goodhart foi submetido a uma sensível maturação após considerar e, em certo ponto, até dialogar com as críticas realistas, das quais as que merecem maior atenção serão compiladas no subtópico 3.1.2.1. Inicialmente, em 1928, Goodhart, como entusiasta do modelo de precedentes vinculantes, publicou um artigo<sup>469</sup> no Cambridge Law Journal que ganhou tamanha notoriedade, que, mais tarde, levou Duxbury a declarar que essa teria sido

<sup>465</sup> CROSS; HARRIS. *El Precedentes em el Derecho Inglés*, 2012, p. 77-80.

<sup>466</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 77.

<sup>467</sup> Na verdade, Goodhart não concordava com a nomenclatura *ratio decidendi*, porque entendia que as “razões justificadas por um juiz para sua decisão nunca são a parte vinculante do precedente”, diante do que, convencionou chamar essa parte do precedente de *princípios do caso* (CROSS; HARRIS. *El Precedentes em el Derecho Inglés*, 2012, p. 88). Entretanto, em que pese a divergência semântica, o significado era o mesmo.

<sup>468</sup> CROSS; HARRIS. *El Precedentes em el Derecho Inglés*, 2012, p. 87.

<sup>469</sup> GOODHART. *Three cases on possession*, 1928, p. 195-208 a 197-8.

“sua maior contribuição para a doutrina dos precedentes”<sup>470</sup>. No trabalho, o jurista analisou três casos envolvendo a perda do direito de propriedade e, ao final, embora tenha afirmado não estar convencido se cada um dos três continha uma *ratio decidendi* clara, concluiu que a única forma de se certificar disso seria descobrindo as razões que fundamentaram o julgamento do caso-precedente. Ou seja, nessas impressões iniciais, Goodhart dava maior tônica à fundamentação do precedente do que à sua conclusão, porque a fundamentação poderia, por exemplo, denunciar fatos materiais não anunciados pela conclusão.

Em que pese o acertamento teórico, na prática, isso continuava significativamente vago, uma vez que o simples pressuposto de orientar que a busca pelos fatos materiais ocorra na fundamentação e não na conclusão do caso-precedente não era suficiente para mitigar as vaguezas e equívocos, porque continuaria sendo possível que, nas reinterpretações seguintes, fossem considerados outros fatos além dos efetivamente eleitos na formação do precedente. E, corolário, sempre seria possível encontrar uma *ratio decidendi* diversa da anunciada pelo tribunal-formador, o que estimularia arbitrárias delimitações. Esse foi, precisamente, o cerne das críticas dirigidas a Goodhart, já que seu método, inicialmente, parece não ter se precavido de problemas desse jaez.

Sensível às interpelações realistas<sup>471</sup>, sua posição sobre a determinação da *ratio decidendi* foi alterada. Considerando, principalmente, as críticas de Joseph Francis, Goodhart, cujas primeiras impressões imputavam à fundamentação, a rigor, a aptidão para revelar os fatos relevantes para a decisão que formou o precedente, passou a repensar o ponto e, em 1930, publicou um outro artigo de muito fôlego, que até hoje goza de grande prestígio entre os estudiosos do *stare decisis*. O autor inaugura as linhas de *Determining the ratio decidendi of a case* ponderando que as definições de *ratio decidendi* dantes concebidas<sup>472</sup>, embora corretas, “constituíam-se generalizações demasiadamente vagas”<sup>473</sup>, já prenunciando que tentaria, no trabalho, explorar meios mais eficazes de concretizar a delimitação da *ratio*.

---

<sup>470</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 80.

<sup>471</sup> Das quais o artigo publicado por Joseph F. Francis, *Three cases on possession – some further observations* (FRANCIS, Joseph. F. Three cases on possession: some further observations. *St Louis Law Review*, Washington, n. 14, p. 11-24, 1928, p. 11-16) em resposta ao *Three cases on possession* de Goodhart, foi um eloquente exemplo.

<sup>472</sup> No artigo, ele transcreve passagens de um voto de John Salmond e da doutrina de John Chipman Gray, que para fins de definição da *ratio decidendi*, basicamente, realçam a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* (destacando como fundamental para essa distinção identificar quais argumentos teriam sido “necessárias” para a formação da decisão) e dos efeitos da decisão concreta e da *ratio decidendi* (já que essa última, ao contrário da primeira, é universalizável (GOODHART. *Determining the ratio decidendi of a case*, 1931, p. 161).

<sup>473</sup> GOODHART. *Determining the ratio decidendi of a case*, 1931, p. 161.

Por meio do enfrentamento de diversos casos levados ao crivo do Judiciário, Goodhart realçou a inutilidade de se tentar determinar a *ratio decidendi* por meio da busca dos fatos materiais na fundamentação do caso-precedente, como havia sugerido em 1928, porque isso, além de não resolver o problema, estimularia a subjetividade do modelo. Segundo sustentou, muitos juristas acabam deturpando a *ratio* de um caso ao tentar reconstruí-la com base em razões nunca realmente consideradas pela Corte originária<sup>474</sup>. As pitadas realistas convenceram Goodhart de que, para delimitar a *ratio decidendi*, o intérprete deve considerar os fundamentos com os quais o caso-precedente foi decidido, deixando-se de lado aqueles com que o caso poderia ter sido trabalhado, mas não foi. A atividade efetivamente empreendida no julgador do caso-precedente, ainda que sob premissas eventualmente equivocadas em alguma medida, é que devem nortear a perquirição do significado do precedente<sup>475</sup>.

Segundo a remodelada doutrina de Goodhart, as razões oferecidas pela Corte, ao formar o precedente, mesmo quando consideradas inadequadas ou incorretas, poderiam ser endossadas pelos casos subsequentes, sugerindo, inclusive, que isso seja recorrente – “*bad reasons may often make good law*”<sup>476</sup>. Ainda que a lógica do argumento, as considerações dos casos anteriores ou as ponderações acerca das conjunturas fáticas tenham sido captadas de forma equivocada, o caso-precedente ainda será um precedente e vinculará os demais<sup>477</sup>. Como exemplo, o autor cita *Priestley v. Fowler*, que, embora a crítica geral tenha conferido péssima reputação à qualidade das razões da formação e aplicações posteriores<sup>478</sup>, permaneceu plenamente válido e vinculante na Inglaterra<sup>479</sup>.

Enfim, de acordo com essa nova concepção do jurista, a *ratio decidendi* deriva das escolhas efetivamente adotadas pelo juiz e não das que ele poderia ter adotado – como sua sugestão primitiva permitia ao limitar o percurso da determinação do seu significado ao exame da

<sup>474</sup> GOODHART. *Three cases on possession*. 1928 . p. 198-203.

<sup>475</sup> “the reasons given by the judge in his opinion, or his statement of the rule of law which he is following, are of peculiar importance, for they may furnish us with a guide of determining which facts he considered material and which immaterial. His reason may be incorrect and his statement of the law too wide, but they will indicate to us what facts he reached his conclusion” (GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 175-176).

<sup>476</sup> GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 119.

<sup>477</sup> GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 162. Essa ideia, vale destacar, carrega a ideia, ainda incipiente, da autoridade vinculante do precedente a despeito do seu conteúdo, cf. ZANETTI JR. Comentários ao artigo 926, 2015, p. 1.311.

<sup>478</sup> Para ilustrar, Goodhart trouxe à tona as impressões críticas Kenny Courtney Stanhope (1847-1930): “*Lord Abinger planted it, Baron Alderson watered it, and the Devil gave it increase.*” (GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 162).

<sup>479</sup> GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 162.

fundamentação do caso-precedente. Com efeito, o que poderia ter sido feito, mas não foi, seria relegado à condição de *obiter dictum*:

If a judge in the course of his opinion suggests a hypothetical fact, and then states what conclusion he would reach if that fact existed, he is not creating a principle. When a judge says, “in this case as the facts are so and so I reach the conclusion X”, this is not a dictum, even though the judge has been incorrect in his statement of the facts. But if the judge says, “If the facts in this case were so and so then I would reach conclusion X”, this is a dictum, even though the facts are as given<sup>480</sup>.

A irremediável possibilidade de erro de premissas do juiz, agora, passa a ser irrelevante para o jurista, uma vez que, mesmo que a eleição dos fatos materiais seja feita de forma incorreta, ela deve ser considerada, sob pena de não ser possível determinar a *ratio decidendi*<sup>481</sup>.

Foi notável o desprendimento do autor em relação à busca pela perfeição na reinterpretação, até porque isso seria impossível. Agora, sua sugestão para o trabalho pela determinação da *ratio decidendi* era que o intérprete deixasse de lado a tentativa de declarar os fatos materiais e a solução do caso e, simplesmente, descrevesse a atividade do juiz ao invocar a solução jurídica que formou o precedente<sup>482</sup>.

Na verdade, Goodhart não estava insinuando que os fatos materiais têm de ser diferentes daqueles eleitos no juízo-formador, mas, sim, que o foco do método não deveria ser esse, porque condicionar a aplicação do precedente à essa quase utópica tarefa poderia inviabilizar o modelo de precedentes vinculantes. Seria muito empenho energético para pouco resultado efetivo. No entanto, a ressalva do autor era a de que a própria noção de “fatos” é vaga e atrai certa carga de relatividade, já que, a partir da mesma conjuntura fática, duas pessoas podem ter conclusões totalmente distintas. E, segundo argumenta, como não há como ser diferente, seria inútil, porquanto impossível, procurar delimitar os contornos da *ratio* a partir da descoberta exata dos fatos considerados materiais pelo juiz do caso-precedente, isto é, além daquilo que ele declarou na *opinion*.

Pela mesma razão, Goodhart sugere que a *ratio* não deve ser perseguida nem mesmo nas razões em que o juiz tenha baseado sua decisão, devendo, antes, tonificar-se os fatos materiais

---

<sup>480</sup> GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 22-23.

<sup>481</sup> GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 22-23.

<sup>482</sup> GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 168.

e, ainda assim, “na forma como vistos pelo juiz”, como mais propensos à identificação<sup>483</sup>. Ou seja, a teoria de Goodhart, além de separar “fatos” e “normas”, empregava toda a ênfase nos primeiros<sup>484</sup>, realçando-se, ainda, o modo como foram efetivamente descritos pelo juiz formador. Por isso, Goodhart insiste que a busca pela delimitação da *ratio decidendi* deve ter como alvo o relacionamento da “conclusão” da decisão que formou o precedente com os “fatos materiais” e, adverte o jurista, o divórcio entre ambos, no momento de perquirir a *ratio*, é ilógico e tem propensão de levar a resultados arbitrários e inseguros<sup>485</sup>.

Conquanto o método de Goodhart não seja infenso a falhas, sua proposta foi e ainda é muito prestigiada. Na doutrina, todos os que, de alguma forma, pretendem estudar a *ratio decidendi* têm de, necessariamente, considerar os ensaios de Goodhart, seja concordando ou discordando<sup>486</sup>. Nos tribunais, o método também foi reiteradas vezes invocado para definir os fundamentos determinantes, por exemplo, em *Al- Maehdawi v. Secretary of State for the Home* em 1990, em *United Steelworkers of American v. Board of Education* em 1984, cujo voto condutor fez alusão direta à sua doutrina [“*the basic formula (for distinguishing holding from dicta) is to take account to facts treated by the judge as material and determine whether the contested opinion is based upon them*”], em *Achen v. Pepsi-Cole Bottling Co. of Los Angeles* em 1951, entre muitos outros<sup>487</sup>.

No entanto, ainda que tenha permitido que seu entendimento inicial fosse consideravelmente lapidado, o método de Goodhart não suplantou o principal problema que as críticas (que, em

---

<sup>483</sup> GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 167.

<sup>484</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, 2012, p. 261.

<sup>485</sup> Originalmente: “The crucial question is “What facts are we talking about?” The same set of facts may look entirely different to two different persons. The judge founds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law. A congeries of facts is presented to him; he chooses those which he considers material and rejects those which are immaterial, and then bases his conclusion upon the material ones. To ignore his choice is to miss the whole point of the case. Our system of precedent becomes meaningless if we say that we will accept his conclusion but not his view of the facts. His conclusion is based on the material facts as he sees them, and we cannot add or subtract from them by proving that other facts existed in the case. It is, therefore, essential to know what the judge has said about his choice of the facts, for what he does has a meaning for us only when considered in relation to what he has said. A divorce of the conclusion from the material facts on which that conclusion is based is illogical, and must lead to arbitrary and unsound results. The first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion” (GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 169).

<sup>486</sup> BAKER, Paul V. *A.L.G. An Editors View*, 1975, 91, LQR, p. 463.

<sup>487</sup> DURXBURY. *The nature and authority of preceden*, 2008, p. 83-84, nota n. 107.

sua grande maioria, tinham viés realista) apontavam acerca dos *material facts*, o que continuava a instigar a busca do equilíbrio entre a flexibilidade do precedente, promovida pela liberdade do intérprete na eleição dos fatos materiais, e a certeza do seu significado, porque essa, novamente parafraseando William Holdsworth, seria a “média de ouro” que o *stare decisis* deve ostentar<sup>488</sup>. As críticas realistas foram contundentes nesse ponto.

### 3.1.2.1 As críticas realistas

O método de Goodhart foi alvo de densas críticas<sup>489</sup>, especialmente por parte dos realistas. De fato, a solução forjada pelo jurista cuidou apenas de uma das etapas do complexo manejo dos precedentes, deixando de lado uma outra, talvez ainda mais controversa. Embora seu método, até mesmo em sua remodelada versão, reduza o grau de subjetividade na identificação da *ratio* quando se tem em mente a decisão do caso-precedente (posto que o grande mérito da proposta de Goodhart foi abandonar a pretensão de localizá-la nas variadas possibilidades que o escrutínio da fundamentação daria azo, concentrando a atividade na conclusão, isto é, no que o juiz efetivamente fez, sem ignorar seu relacionamento com os *material facts*), ele não enfrentou a questão do alargado leque de possibilidades arbitrárias no momento da interpretação do caso-atual.

Como precedentes judiciais não são significados em si (porque são texto e não norma), mas significantes, é pressuposto ao aplicador do Direito definir seu elemento vinculante<sup>490</sup>. A delimitação da *ratio decidendi* é feita (ou, ao menos, aperfeiçoada<sup>491</sup>) no momento de sua invocação pelo tribunal subsequente<sup>492</sup>, ou seja, a partir da descrição dos fundamentos

<sup>488</sup> HOLDSWORTH. *Case Law* (1934), 50, LQR 180-95 a 24-5.

<sup>489</sup> Duxbury afirma que o trabalho de Goodhart deu aos realistas uma oportunidade para praticarem *sniper* (DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 86), de tantas críticas que recebeu.

<sup>490</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, 2012, p. 259.

<sup>491</sup> Não há dúvida de que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento” (MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 167).

<sup>492</sup> "Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a 'norma legal' (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta" (MARSHALL, Geoffrey. What is a binding precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997. p. 512 e 513).

utilizados pelo tribunal formador, pelo juiz do caso-atual e diante da inegociável carga interpretativa – que, por sua vez, é prenhe de valoração<sup>493</sup> -, tal atividade sempre relegará certa margem de liberdade ao intérprete, de modo que a determinação dos seus contornos não serão necessariamente consonantes aos fundamentos da decisão do caso-precedente<sup>494</sup>. Essa, talvez, seja a questão mais tormentosa da teoria dos precedentes, que, ao longo dos anos, permaneceu como um dos grandes problemas teóricos do *common law*.

O realista norte-americano Herman Oliphant, sob esse esteio de críticas, reputava impossível a determinação da *ratio decidendi*, justamente porque, como não há instrumentos vocacionados para padronizar a eleição isenta dos fatos do caso como relevantes para formar a regra jurídica, seria também impossível certificar-se sobre quais fatos, nas decisões pretéritas, realmente deveriam ser seguidos. Por consequência disso, concluía o autor, as razões originárias não poderiam vincular os tribunais posteriores<sup>495</sup>, ao menos não sem que fossem enviesadas.

O ceticismo de Oliphant reverberou e, quase cinquenta anos depois, influenciou os estudos de Alf Ross, que chegou ao extremo de concluir que, a despeito do genérico consenso de que a *ratio decidendi* é a parte vinculante dentro do precedente, admitindo-se que os juízes subsequentes sempre terão considerável liberdade interpretativa, a própria doutrina do precedente vinculante não passaria de uma ilusão<sup>496</sup>.

A descrença foi ainda mais potencializada por Julius Stone, para quem, mesmo concordando que somente os fatos suficientemente relevantes do caso seriam hábeis para compor a *ratio*, não há como desconsiderar que a guerra semântica inerente ao processo interpretativo é assídua causa das ambiguidades e pode fomentar a ilegitimidade da aplicação das *rationes decidendi*. Segundo o realista, ainda que se considere somente o momento da formação do precedente (como parece ter proposto o método de Goodhart), os fatos relevantes podem ser enunciados em vários níveis de generalidade e, assim, havendo no mesmo caso-precedente diversas *rationes* potencialmente vinculantes, elas poderão competir entre si para governar os casos futuros em que os fatos possam incidir em um determinado nível de generalidade, mas não em outros.

---

<sup>493</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 328.

<sup>494</sup> ROSS, Alf. *One Law and Justice*. London: Stevens & Sons, 1974, p. 86-88.

<sup>495</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 79.

<sup>496</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 79.

Ao ponderar as considerações feitas pelas interpretações subsequentes à formação, Stone ostenta um descrédito ainda maior à tentativa de delimitação da *ratio decidendi* (chega a convencionar de “louca perseguição”, a tentativa de elaboração de um método para identificar a *ratio*<sup>497</sup>), qualificando a busca como ilusória, já que, como atividade descritiva, sempre as opções valorativas das Cortes posteriores é que definiriam o que deve ou não ser relevante no caso-precedente para vincular o caso-atual<sup>498</sup> e isso, claro, poderia servir de aio para justificar qualquer diretiva, ainda que impregnada de vieses cognitivos.

A reboque dessas constatações, Stone promoveu um confronto específico com as impressões teóricas deixadas por Goodhart, e concluiu que sua insistência em atribuir o sucesso da delimitação dos contornos da *ratio decidendi* à perquirição dos fatos eleitos como materiais pelo juiz do caso-precedente é inútil, uma vez que raramente, na prática, isso poderia gerar uma resposta confiável, justamente porque cada fato material de um caso pode ser declarado em diferentes níveis de generalidade e cada um desses níveis teria aptidão para gerar uma decisão diferente. Diante disso, o tribunal posterior poderia, no máximo, intuir (e não ter certeza sobre) o nível de generalidade empregado pelo juiz na decisão do caso-precedente para qualificar um fato como material, de modo que nos casos, em geral, não haveria uma *ratio* definida, mas várias possíveis *rationes*<sup>499</sup>.

As diversas críticas, na verdade, tinham como mote a mesma questão: a descrença em qualquer método qualificado a extinguir as possibilidades arbitrárias da escolha dos fatos materiais, considerando o nível de generalidades das razões do caso-precedente e, ainda, o hiato existente entre eles e a descrição feita pelo juiz do caso-atual, precisamente porque nunca seria possível garantir a certeza da imparcialidade da declaração dos juízes nas razões de suas decisões. A premissa remete, ainda, à outra intrigante questão: a linguagem da decisão do caso-precedente deve ser mantida, ampliada ou, ainda, restringida?<sup>500</sup> Dependendo da resposta a este questionamento, despontariam alguns horizontes aptos a, no mínimo, orientar a legitimidade da complexa busca pela delimitação dos fundamentos determinantes.

Com efeito, alguma razão pode ser dada à Julius Stone, haja vista que aceitar a singela solução de Goodhart de que “bastaria confiar nos tribunais ingleses para afastar a falta de

---

<sup>497</sup> STONE, Julius. The ratio decidendi of the ratio decidendi. *Modern Law Review*, v. 22, n. 6, 1959, p. 607.

<sup>498</sup> STONE, Julius. The ratio decidendi of the ratio decidendi, 1959, p. 606-607.

<sup>499</sup> STONE, Julius. The ratio decidendi of the ratio decidendi, 1959, p. 607.

<sup>500</sup> Cf. LLEWELLYN, Karl. *The bramble brush: on our law and its study*, 1930, p. 46-48.



sinceridade e arbitrariedade” nas reinterpretações do precedente<sup>501</sup> parece um reducionismo, no mínimo, pernicioso.

De fato, para pretender orientar (ou ao menos limitar a liberdade dos critérios de orientação de) a maneira como os futuros aplicadores deverão agir, não basta invocar a *ratio* formada pelo juízo originário, mas *investigar o modo como os pontos de direito foram relacionados com as circunstâncias fáticas*<sup>502</sup>, postas as raras ocasiões em que o precedente já estará pronto para ser aplicado segundo a literalidade do texto que lhe exterioriza. A aplicação literal até pode ocorrer, mas, na maioria das vezes, o texto inicialmente formado será concretizado mediante atividade interpretativa, que, nessa condição, sempre será emoldurada por uma ineliminável margem de liberdade valorativa do intérprete, de forma que, consideradas todas as dificuldades resumidas acima, um norte aparentemente seguro seria a perseguição do modo como o caso-precedente optou relacionar os fatos com o direito.

### 3.1.3 As contribuições de Cross e Harris, Brian Simpson e Neil MacCormick

Esse também foi o sumo da crítica de Cross e Harris à doutrina de Goodhart. Embora concordassem que as contribuições de *Determining the ratio decidendi of a case* tenham apresentado maior utilidade do que qualquer outra busca pela delimitação da *ratio*, que, de fato, muitas vezes a *ratio decidendi* não se encontra na fundamentação declarada no voto e, ainda, que muitos motivos que o juiz do caso-precedente essencialmente tenha se valido para chegar à sua conclusão nem sempre componham a *ratio*, os autores destacam sua negligência acerca “[d]a maneira como o caso foi arguido e defendido, o processo de raciocínio adotado pelo juiz e a relação do caso com outras decisões”<sup>503</sup> como falha em sua teoria.

Cross e Harris admitiam a valia do método de Goodhart, especialmente quando sugere que focar no raciocínio judicial, a despeito do acertamento de suas premissas, é útil para buscar

---

<sup>501</sup> GOODHART. *Determining the ratio decidendi of a case*, 1931, p. 181.

<sup>502</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 181.

<sup>503</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 67.

determinar que fatos o juiz do caso-precedente considerou como relevante, mas que “esse não é o único fundamento pelo qual se deve dar importância às razões fornecidas pelo juiz no seu voto ou às declarações do estado de direito”<sup>504</sup>. Em alguns casos, prosseguem os autores, é praticamente impossível determinar a *ratio decidendi* baseando-se unicamente nos fatos considerados como relevantes pelo tribunal e na decisão baseada naqueles fatos. Nesses casos, é bem frequente que, *para compreender por que razões certos fatos foram considerados relevantes, seja necessário conhecer que porção do Direito estavam na mente do juiz, no momento em que os selecionou e qualificou como tal*<sup>505</sup>.

Cross e Harris, enfim, não discordaram totalmente de Goodhart, mas entenderam necessário dedicar maior atenção ao raciocínio judicial do que admitiram seus apontamentos<sup>506</sup>, diante do que, propondo uma definição eclética<sup>507</sup> que pudesse suplantar as falhas apuradas nas doutrinas anteriores, concluíram que a *ratio decidendi* é qualquer regra de direito, expressa ou implicitamente, tratada pelo juiz como um *passo necessário* para chegar à conclusão adotada, sempre considerando o raciocínio jurídico<sup>508</sup>. À toda evidência, os autores contribuíram significativamente ao vincular a determinação da *ratio* ao *raciocínio jurídico* (e não apenas aos fatos, como enfatizava a doutrina de Goodhart) que tenha sido *necessário* ao deslinde do caso-precedente.

Num diálogo direto com os avanços de Cross e Harris, Neil MacCormick reputou tais achados muito abrangentes, já que

em qualquer caso em que uma lei está sendo interpretada ou aplicada, a lei em si, ou um artigo dela, corresponderá a uma regra sem a qual a mesma conclusão não poderia ser alcançada (pelo menos se quisermos dizer por “conclusão” uma conclusão de, por exemplo, responsabilização pela aplicação daquela lei específica). Ninguém supõe, entretanto, que a lei seja a *ratio*. Na verdade, a *ratio* será o que a Corte afirma como interpretação correta da lei. Por essa abordagem, é claramente preferível descrever ou definir a *ratio* pelo fato de ser uma solução do juiz, em vez de ser qualquer regra da qual sua conclusão dependa.<sup>509</sup>

<sup>504</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 67.

<sup>505</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 70.

<sup>506</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 85.

<sup>507</sup> Os autores, no final das contas, sugerem uma combinação entre os métodos de Wambaugh e Goodhart (CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 72), daí o ecletismo.

<sup>508</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 77.

<sup>509</sup> MACCORMICK. *Rethoric and the rule of law: A theory of legal reasoning*, 2005, p. 209, *apud* MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 167-168. Como também lembra Marinoni, Neil Duxbury comunga da mesma crítica de MacCormick: a suposição de Cross – de que a *ratio* é a ‘regra de direito’ que o juiz trata como necessária para uma decisão – não parece exatamente correta. Quando o juiz interpreta uma lei para tomar uma

Pela crítica, apontar a *ratio* como “passo necessário”, embora adequado, ainda não resolvia completamente o problema. Por isso, inicialmente aludiu aos apontamentos feitos por Brian Simpson, num artigo publicado no *Oxford Essays in Jurisprudence*, em que pôs em voga a preocupação sobre as implicações do que seria “necessário” na concepção de Cross e Harris, precisamente pela polissemia e indeterminação que envolvem o termo. Indagava Simpson, a partir da proeminência à “necessidade” empregada pelos autores, o que poderia ser considerado como realmente relevante para uma decisão, concluindo que “é difícil enxergar a força de qualquer necessidade lógica que iria guiar o juiz ao decidir qual regra precisa foi necessária”<sup>510</sup>, razão pela qual, sugeriu Simpson, seria mais adequado substituir a ideia do que é necessário, pela ideia do que é suficiente para a decisão<sup>511</sup>.

Nada obstante a ponderação, MacCormick continuou achando que o emprego de “suficiente”, como sugerido por Simpson, carregava as mesmas dificuldades semânticas que a “necessidade” de Cross e Harris, pelo que, no fundo, o autor escocês refutou ambas as formulações e, em vez disso, propôs outra leitura para a ideia de “suficiência”, ainda que admitisse que, para configurar *ratio*, o fundamento tenha que, de fato, ser suficiente. Contudo, segundo sugeriu, a questão jurídica deve exigir uma solução em particular para justificar a decisão do caso.<sup>512</sup>

Assim, para MacCormick, “em vez de se falar em *norma necessária para a decisão, deve-se falar em norma suficiente para o estabelecimento de uma questão de direito posta em discussão pelas partes*”<sup>513</sup>.

---

decisão, a *ratio* é o que o juiz crê ser a melhor interpretação da lei. (DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 77).

<sup>510</sup> SIMPSON, Alfred William Brian. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, 1957, p. 163, apud BUSTAMANTE, 2012, p. 261.

<sup>511</sup> MACCORMICK. *Rethoric and the rule of law: A theory of legal reasoning*, 2005, p. 210, apud MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 168.

<sup>512</sup> MACCORMICK. *Rethoric and the rule of law: A theory of legal reasoning*, 2005, p. 210, apud MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 168.

<sup>513</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 237.

### 3.1.4 O problema dos *material facts*

Apesar dos métodos, testes e propostas resumidos acima, o problema dos *material facts* permaneceu, afigurando-se prudente dispensar-lhe maior atenção.

O *stare decisis* encontra amparo no *treat like cases alike*, isto é, na tentativa de fazer com que casos similares recebam tratamentos iguais. Assim, quanto mais assemelhados forem os fatos de dois casos, maior a probabilidade de que a decisão dada ao primeiro seja aplicável ao segundo<sup>514</sup>. Ocorre, contudo, que os fatos de um caso nunca serão exatamente iguais aos de outro, de modo que não há como se exigir, à literalidade, que os casos sejam idênticos para que recebam o mesmo tratamento, porque tal condicionamento aniquilaria a pretensão do modelo.

Subjacente a tal premissa, os precedentes serão aplicáveis aos novos casos cujas circunstâncias fáticas guardem proximidades necessárias e suficientes<sup>515</sup> com as do precedente. Considerando que nem todos os fatos que compuseram o caso-precedente são fatos considerados fundamentais para a decisão, a luta dogmática reside, justamente, em identificar quais dos primeiros se enquadram como os segundos, posto que é inegável haver diversas maneiras de narrar o mesmo caso. Como “não há uma única forma de dizer o que aconteceu em um caso particular, e descrevê-lo é selecionar as suas notas mais relevantes para o propósito em questão”<sup>516</sup>, o que se busca, com um modelo consciente e responsivo de precedentes obrigatórios, é encontrar um núcleo fático vinculante nas releituras futuras, que viabilize garantir, de um lado, os ideais de coerência, integridade e estabilidade, mas sem descuidar, de outro, da adaptabilidade do sistema jurídico. Somente assim será possível encontrar o real significado do precedente e garantir que as interpretações mantenham coerência com a norma originária.

A questão se torna ainda mais delicada ao compreender que, além de não ser vedado, é, na verdade, salutar ao modelo de precedentes que a identificação da *ratio decidendi* adquira novos contornos ao longo dos enfrentamentos futuros. E, como também é elementar,

---

<sup>514</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 181-182.

<sup>515</sup> A alusão aos termos “necessárias” e “suficientes” chancela o percurso feito pelos juristas mencionados no tópico acima, em especial tributo aos marcos alcançados pela doutrina de Goodhart, com as ponderações de Cross e Harris, Simpson e MacCormick.

<sup>516</sup> MARSHALL. *What is a binding precedent*, 1997, p. 505.

epistemologicamente, reinterpretações necessariamente consideram as diferenças entre texto e norma, diante do que, para fins de delimitar a *ratio*, uma coisa é o texto do precedente – assim considerados seu *relatório*, *fundamentação* e *dispositivo* – e outra é norma que exsurge da conjugação desses elementos.

Conceber a *ratio decidendi* como a norma que se extrai da decisão que o formou e que vinculará os futuros casos análogos já atraindo, *per se*, complicações significativas, já que conceitos como “norma” possuem caráter dinâmico no paradigma constitucional. Como se defendeu ao longo do trabalho, norma não mais se confunde com texto, constituindo-se, antes, o resultado da sua interpretação. Essa consolidação adquire destaque na definição do conceito de *ratio decidendi* e acaba, também, por repercutir no problema de sua delimitação, porque sendo a *ratio* a norma que se extrai do precedente, mesmo não havendo como desvinculá-la das circunstâncias fáticas que lhe deram referência, não é adequada a compreensão de que ela esteja predefinida na decisão que formou o precedente, porque, na maioria das vezes, será submetida a um processo de aperfeiçoamento na cadeia reconstitutiva das aplicações futuras (tanto nos casos que depurem/densifiquem a *ratio* inicialmente proposta como nos que contribuam para sua formação paulatina<sup>517</sup>), levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, justamente porque “norma” (e, por conseguinte, *ratio decidendi*) não é um conceito estático, outorgando-se concretamente a partir da adscrição de sentidos feita pelo intérprete.

Assim, é importante a ressalva de que, muito embora não haja como negar o texto do precedente como seu referencial durante toda sua existência, restringir seu significado à interpretação canônica ou literal constitui-se um reducionismo pernicioso, porque, encarado dessa forma, o modelo recrudesceria aos assombrosos entraves de cunho positivista que o constitucionalismo buscou suplantar (vale lembrar, o ataque ao positivismo assentou prioritariamente raízes ao apego exagerado e insensível ao texto da lei, ou seja, pelo privilégio que outorgava a elementos formalísticos em detrimento de aspectos substanciais). Na maioria das vezes, a norma do precedente será moldada na cadeia interpretativa subsequente à sua formação por meio das sucessivas reinterpretações que poderão proporcionar melhores condições de delimitar sua abrangência, na medida em que as situações sequencialmente tratadas, em confronto com o precedente originário, levarão o intérprete a densificar suas

---

<sup>517</sup> Nesse sentido, MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 179-180. A questão será melhor abordada adiante.

circunstâncias fáticas, reduzindo ou ampliando seu âmbito de incidência, mediante a realização de distinções (ampliativas ou restritivas<sup>518</sup>).

Ou seja, a norma do precedente é a que se extrai do texto resultante da sua construção<sup>519</sup>. Essa, todavia, não será necessariamente a mesma norma construída na aplicação do caso-atual, tendo em vista que as peculiaridades fáticas poderão emoldurar novos esclarecimentos à interpretação dada ou, até mesmo, acrescentar-lhe, como necessários e suficientes, novos fatos. Não se pode olvidar que a norma jurídica, no paradigma pós-positivista, se situa no plano do pensamento, por se constituir o resultado da interpretação do dado textual do qual é extraída<sup>520</sup> e, se isso é verdade, não há como supor a fidedigna identidade das normas em todas as fases de incidência do precedente, já que toda interpretação levará em conta os padrões valorativos do intérprete. O aplicador do precedente, portanto, como ser histórico e cultural, jamais se desvinculará totalmente de suas pré-compreensões e dos valores que lhe informam, o que inexoravelmente confere forte carga subjetiva e axiológica ao ato<sup>521</sup>.

Nada obstante a contribuição argumentativa de que a sequência interpretativa tem aptidão de proporcionar por estimular o diálogo entre o precedente e as novas impressões sociais e, mais amplamente, favorecer à maleabilidade do modelo, tal flexibilização deve ter limites. A motivação do intérprete deve ser contrabalanceada a fim de que não se oportunize, com o modelo vinculante, possibilidades arbitrárias das próprias razões (permitindo, por exemplo, que a reinterpretação do precedente diga que foi relevante para o julgamento do caso-precedente o que, na verdade, não tenha sido), o que seria um contrassenso, porque, bem vistas as coisas, essa é a primeira das patologias que os precedentes judiciais obrigatórios procuram sanar. Encontrar o equilíbrio entre esses dois extremos é uma das tarefas mais difíceis e, por isso, ao longo dos anos, tenciona a doutrina nacional e estrangeira, que, até hoje, não chegaram a um consenso. Esse, talvez, seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e, inclusive, o que mais fomentou objeções ideológicas, especialmente as de cunho realista sumarizadas anteriormente.

---

<sup>518</sup> Dessa atividade, precisamente, cuidará o tópico 4.2, *infra*.

<sup>519</sup> MACÊDO. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais, 2016, p. 233-234.

<sup>520</sup> MACÊDO. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais, 2016, p. 239.

<sup>521</sup> Nesse sentido, DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 328.

Os realistas, embora não discordasse da máxima teórica de que somente os fatos considerados relevantes ao caso-precedente deveriam nortear a aplicação ou distinção ao caso-atual, contrastavam-na com a incômoda realidade pragmática de que o nível de relevância dos aludidos fatos sempre se submeterá à variação de valor empregada pelo intérprete. Na invocação ou refutação do precedente, o peso dos fatos que governarão a interpretação será relegado ao alvitre do juiz do caso-atual, em maior ou menor medida, a depender da forma como o precedente foi elaborado. Quase sempre ele poderá, mediante fundamentação, justificar a eleição de alguns fatos e não de outros para que sua opção teórica seja também justificada. Nesse caso, então, haverá uma decisão substancialmente solipsa, arbitrária, embora formalmente fundamentada em um precedente vinculante (ou seja, pretensamente submetendo-se ao *stare decisis*), o que torna o modelo, na concepção dos críticos, utópico.

Tamanha subjetividade, segundo essa corrente doutrinária, desagua nas arbitrariedades diuturnamente operadas na prática, já que, a despeito da relevância que o fato realmente tenha tido para o caso-precedente, os intérpretes seguintes estarão livres para qualificar outros, de acordo com as próprias preferências, muitas vezes, pré-concebidas. Ilustrando esse ponto, aliás, é bem pertinente a sarcástica (mas perspicaz) proposta oferecida por Lord Asquit para achar o sumo vinculante do precedente:

I consulted ... one of our greatest judicial luminaries – one who has made classic contributions to this problem. I caught him in a light vein, and he told me this :- ‘the rule is quite simple: if you agree with the other bloke, you say it’s part of the ratio; if you don’t, you say it’s “obiter dictum,” with the implication that he is a congenital idiot<sup>522</sup>.

Esse cenário, embora drástico, não parece destoar muito da rotina dos tribunais.

Tendo em vista tal realidade, a busca pela delimitação da *ratio* abrange apontar diretrizes seguras para a reprodução dos fundamentos determinantes inicialmente anunciados<sup>523</sup> (já que, como já abordado, embora a *ratio decidendi* transcenda o texto do precedente, jamais poderá

---

<sup>522</sup> ASQUITH, *apud* DURXBURY, 2008, p. 90. Em tradução livre: “Eu consultei...um de nossos maiores guias jurídicos - alguém acostumado a fazer contribuições clássicas para esse problema. Eu o peguei num momento descontraído, e ele me disse o seguinte: “a regra é bem simples: se você concorda com o outro cara, você diz que aquilo, de fato, é parte da *ratio*; se você não concorda, diz que é *obiter dictum*, com a implicação de que ele é um idiota congênito”.

<sup>523</sup> Já aludindo ao *announcement* proposto por Melvyn Aron Eisenberg, melhor versado no subtópico 3.1.6, abaixo.

dele se desvincular por completo) e, ainda, tangenciar sua interligação com cada fato relatado no caso-precedente e o grau de relevância que lhe foi considerado para atrair determinada consequência jurídica, para, com isso, limitar as extrapolações do intérprete – que pode, por exemplo, ceder aos *cognitives biases* e se guiar por impressões particulares, considerando elementos não considerados pelo juízo formador, distorcendo, assim, o sentido da norma originária. Perceba que, nesse exemplo, mesmo supostamente adscrito ao precedente, o intérprete do caso-atual terá se desviado do escopo originário da *ratio decidendi* pela mera distribuição não equânime da relevância aos fatos da causa.

Para manipular corretamente um modelo de precedentes é fundamental ter intimidade com a questão que envolve a *ratio decidendi*, sobretudo, as circunstâncias fáticas, justamente porque os fatos de um caso jamais serão exatamente iguais aos de outro, de modo que a associação de uns com os outros, para fins de aplicação ou afastamento do precedente, dependerá de uma cuidadosa análise das razões contidas na decisão que originou o precedente<sup>524</sup> e, ainda, da forma de como essas razões serão descritas.

Como se pode perceber, admitir a *ratio decidendi* como a norma universalizável que pode ser extraída do precedente<sup>525</sup> é só um primeiro passo de uma árdua trajetória. Trajetória, porque sua delimitação não é pontuada ou individualizada exclusivamente pelo Órgão que profere o precedente, cabendo aos juízes posteriores, no momento da análise sobre sua pertinência, extrair a norma legal à luz do caso-atual<sup>526</sup>. E, árdua, porque reclama o balanceamento de conceitos complexos, nem sempre abrangidos pelo conhecimento do profissional mediano do Direito<sup>527</sup>.

---

<sup>524</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 183.

<sup>525</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, 2012, p. 284.

<sup>526</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123.

<sup>527</sup> “Após a entrada em vigor do CPC/2015 (18 de março de 2016), sendo o tema do meu objeto de estudo, por curiosidade, formulei algumas perguntas para dez colegas da área do direito. Dentre eles, alguns advogados atuantes e outros estudantes de direito, às vésperas da formatura. Mas, o mais importante, é o fato de todos eles terem estudado nas melhores instituições de ensino do Estado de Minas Gerais. Foi espantoso atestar que, dentre os dez “entrevistados”, nenhum deles tinha uma noção razoável daquilo que se poderia entender por *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Tentei valer-me da expressão americana “holding”, porém, foi em vão, pois as respostas simplesmente não vinham ou correspondiam a mero exercício de adivinhação por parte dos interlocutores. É claro que a “pesquisa informal”, feita por mim, nada tem de científica. No entanto, o que começou como mero exercício recreativo, confesso, para aliviar-me da tensão das obrigações acadêmicas e profissionais, ainda que sem nenhuma pretensão científica, serviu para me alertar sobre os profundos riscos do uso do precedente em nosso país. Em regra, os estudantes se formam em direito com boas noções de hierarquia legislativa, controle de constitucionalidade etc., mas, aparentemente, o estudo do precedente ainda é deixado de



O ponto recobra cautela especial, não apenas pela sensibilidade inerente aos elementos que manipula, já que a apuração dos fatos substanciais habita no limiar entre o refinamento da tecnologia de se manejar os precedentes e uma liberdade indesejável, mas, principalmente, porque saber o que de fato foi objeto de crivo pela Corte formadora é um requisito fundamental para que se possa cogitar um *processo justo*. Já foram mencionadas as dificuldades desse conceito, mas segundo Taruffo, a justiça do processo é encontrada a partir da concorrência necessária de três critérios, a saber: a escolha e interpretação adequadas da regra jurídica a ser aplicada ao caso concreto, a *fidel explicitação dos fatos relevantes do caso* e o emprego de um procedimento justo e válido para a decisão<sup>528</sup>. De acordo com o jurista, qualquer desvio na eleição dos fatos materiais no caso-precedente, por menor que seja, pode significar, no futuro, uma larga distorção da norma nas interpretações seguintes e, com isso, fulminar as possibilidades de obtenção de justiça no processo. Da fidelidade na reprodução do conteúdo dos *material facts*, dependerá, então, a correção dos rumos adotados na cadeia interpretativa posterior à formação, o que torna essa etapa impositiva para conferir efeitos benéficos ao procedimento interpretativo.

Como é cediço, toda norma é composta de uma hipótese fática, que considera um conjunto de elementos que delimitam determinados fatos do mundo que, caso ocorram, atrairão o conseqüente jurídico e produzirá efeitos<sup>529</sup>. Reproduzindo essa premissa no universo dos precedentes, seria possível supor, numa análise puramente teórica, que essa tarefa se limita à subsunção da parcela fática que o tribunal-formador elegeu como necessária e suficiente à adoção das premissas que nortearam a decisão-precedente ao caso *sub examine*. Contudo, como os tribunais nem sempre destilam maturidade suficiente para realizar tal enunciação de fatos cuidadosa e analiticamente<sup>530</sup>, na prática, acaba-se relegando aos futuros aplicadores a missão de descrevê-los<sup>531</sup>. A aplicação ou distinção do precedente, então, depende da análise de *se e quanto* o caso-precedente se subsome ao caso-atual, o que, por sua vez, liga-se diretamente ao grau de isenção da interpretação que o intérprete do caso-atual fará do caso-

---

lado. Tudo caminha para a aplicação de padrões decisórios de modo mecânico, já que a ensandecida busca dos juizes, desembargadores e ministros por máxima celeridade na prestação da atividade jurisdicional, tende a gerar reflexos profundamente negativos em nosso sistema jurídico, principalmente porque os profissionais com formação inadequada serão impiedosamente governados pelas técnicas de aplicação dos precedentes” (NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 125, nota 121).

<sup>528</sup> TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestale di diritto e procedura civile*. Milano, anno LI, n. 2, p. 312-319, 1997.

<sup>529</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral de direito*. São Paulo: Noeses, 2014, . p. 216.

<sup>530</sup> RAZ, Joseph. *Law and value in adjudication: The authority of law*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 188.

<sup>531</sup> GOODHART. Determining the ratio decidendi of a case, 1931, p. 119.

precedente, que também será influenciada pela qualidade do processo de formação do precedente (quanto maior for o grau de alcance da *dimensão material* do precedente e quanto melhor justificada essa atividade for na fundamentação da decisão que lhe fomentou, melhores condições terão os juízos subsequentes de realizarem uma interpretação desviesada).

Ao aplicar um precedente, o juiz subsequente faz uma releitura da atividade interpretativa do juiz anterior e essa atividade, por também ser um ato interpretativo, sujeita-se às suas compreensões e poderá, assim, acarretar uma variação, ainda que não proposital, da enunciação originária. Por isso é que, na prática, os fatos do precedente tidos como relevantes não serão exatamente os acontecimentos do mundo que fomentaram a decisão originária, mas *a descrição dos fatos que seriam relevantes para o juízo formador do precedente, feita pelo juízo aplicador*<sup>532</sup>. Apesar disso, há, no entanto, um núcleo de sentidos mínimos prévio, já imbricado no precedente (aliás, de todo texto propenso a proporcionar a extração de uma norma) que não pode ser ignorado.

Em que pese a completude do significado só se alcance concretamente, existe uma orientação normativa da qual o aplicador não pode se desviar:

Mas isso não quer dizer que o texto normativo não tenha uma consistência mínima ou sentido normativo que preceda sua interpretação. Aquele que cria o enunciado lhe confere um sentido que deve determinar a atividade daquele que o interpreta. O enunciado legislativo, por exemplo, carrega consigo um significado pré-concebido pelo legislador, assim como o conteúdo da sentença do juiz e do contrato selado entre suas partes. Não é só ao final do processo de interpretação que surge a norma jurídica, *há um sentido normativo prévio* a ser considerado e reconstruído. Cabe, assim, questionar se só há, de fato, norma (enquanto significado) após a interpretação. *O significado dá-se em parte antes e em parte depois da atividade interpretativa. Há algo que preexiste e limita o intérprete e algo que só depois se constrói e o liberta. Por isso, cai bem dizer que a interpretação reconstrói, dentro de limites preexistentes*<sup>533</sup>.

Esse *sentido normativo prévio*, no âmbito dos precedentes, é justamente a *ratio decidendi*, o que salienta a importância do compromisso de fidelidade que o julgador deve ter com o manejo da norma inicialmente formada.

---

<sup>532</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 282.

<sup>533</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 327-328, grifo nosso.

Encontrar esse núcleo prévio, contudo, não é uma tarefa nada simples, porque, como compreende uma atividade interpretativa e suas inerentes múltiplas possibilidades, é desejável que haja unidade nos meios empregados para que o imperativo de segurança seja alcançado. A uma, porque, como já advertia Goodhart, na formação do caso-precedente não há como garantir que as razões da decisão sejam verdadeiramente expostas. Basta lembrar, nesse contexto, que em *Ryalands v. Fletcher* a tese jurídica consagrada foi a da *responsabilidade civil objetiva* do vizinho, a despeito de terem sido levados à disposição da Corte elementos que demonstravam a *negligência* da parte demandada<sup>534</sup>. A duas, pela margem de subjetividade que as reinterpretações do precedente originário atrairá, pois, como há muitas formas de contar o que ocorreu num caso pretérito, dependendo da que for escolhida, pode haver uma variação para a solução do caso-atual.

Então, é natural que os tribunais posteriores, ao aplicarem o precedente, tenham que reinterpretá-lo, levando em conta não apenas o conteúdo do precedente originário, mas a relação que travou com os casos subsequentes até desaguar no caso-atual<sup>535</sup>. Nessas hipóteses, os julgadores posteriores interpretam a *ratio decidendi* primitiva a fim de refinar seu significado e, a partir de um processo de ressignificações, cada julgado que invoca determinado precedente esclarece o que o(s) julgado(s) anterior(es) quis(eram) dizer, conformando as impressões adquiridas ao caso concreto.

Cross e Harris ilustram a problemática a partir da evolução do caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, em *Lloyd v. Grace, Smith & Co*<sup>536</sup>. O precedente originário definiu a extensão da responsabilidade da instituição bancária por ato fraudulento do gerente que prejudicou o correntista, mas não deixou claro, desde a formação, os fatos materiais (substanciais, como preferem os autores) necessários e suficientes para atraírem a consequência jurídica (de extensão da responsabilidade).

Segundo os autores, no caso originário foi narrado que o banco, fraudulentamente, induziu o demandante a aceitar uma garantia inapta ao fim a que se prestava, razão pela qual, advindo posteriormente a inadimplência do terceiro garantidor e, dada a insuficiência da garantia, o correntista suportou o prejuízo, com o que não concordou e, por essa razão, demandou em face do banco, já que a garantia havia sido aprovada pelo gerente. A sentença de piso foi

---

<sup>534</sup> CROSS; HARRIS. *El Precedentes em el Derecho Inglés*, 2012, p. 77-78.

<sup>535</sup> CROSS; HARRIS. *El Precedentes em el Derecho Inglés*, 2012, p. 91.

<sup>536</sup> Toda a narrativa do caso foi refletida a partir da ótica de Cross e Harris (cf. CROSS; HARRIS. *Precedent in English law.*, 1991, p. 45-47).

favorável à instituição, mas a Corte de apelação reformou o entendimento, sob a condução do voto da lavra de Willes J., cuja fundamentação destacou:

Mas no que diz respeito ao questionamento sobre se o empregador deve responder pelos atos de seus empregados realizados no desenvolver das atividades e em benefício do empregador, não há nenhuma distinção sensível entre a conduta fraudulenta ou com qualquer outro tipo de vício. Assim, a regra geral é que o empregador é responsável por todas e cada uma das condutas maliciosas realizadas por seus empregados e agentes sempre e quando as referidas condutas tenham sido realizadas no exercício de suas funções e para benefício do empregador, ainda que não se chegue a comprovar que acerca delas o empregador tenha dado uma ordem expressa ou, no mínimo, conivência.

Não há dúvidas de que, no julgamento em questão, o banco havia se beneficiado da fraude cometida por um de seus funcionários, mas *quais seriam os fatos substanciais para atrair a consequência jurídica de estender a responsabilidade do gerente ao banco?* A *ratio decidendi* havia sido externada por um comando genérico e amplo de que “o empregador é responsável pelas fraudes cometidas por seus funcionários no exercício de suas funções”. Contudo, seria correto, por exemplo, condicionar a responsabilidade exclusivamente aos casos em que ficar comprovado que o ato fraudulento do empregado beneficiou o empregador? A resposta positiva, advertiram os autores, poderia fazer com que o caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank* fosse invocado para solucionar casos dessemelhantes e, inclusive, em teses elaboradas a favor do empregador, para fins de exclusão da responsabilidade nos casos em que ficasse demonstrado, por exemplo, não ter havido benefício do banco por conta da fraude de seu empregado, o que vai na direção oposta das circunstâncias fáticas que nortearam a formação do caso-precedente.

E foi exatamente o que os advogados de defesa fizeram na aplicação do precedente em um caso posterior: *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* Esse último caso versou sobre a pretensão de um cliente de um escritório de advocacia em obter a extensão da responsabilidade ao empregador pelos atos praticados por um de seus diretores, que havia induzido, fraudulentamente, o cliente a transferir para ele a propriedade de dois imóveis e um crédito hipotecário respectivo. Posteriormente, por conta e em benefício próprio (e não do escritório), quitou a hipoteca e vendeu as propriedades. Na primeira instância, sob a invocação do precedente *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, o escritório foi condenado, mas recorreu e obteve reforma. A *House of Lords*, todavia, novamente reformou o entendimento, reafirmando a extensão da

responsabilidade da empresa por todo e qualquer ato fraudulento praticado por seus empregados no exercício de suas funções, pouco importando se do ato lhe resultou benefício, como havia suposto o juízo de piso. *Para chegar à conclusão, a House of Lords entendeu que a alusão ao “benefício do empregador”, feita no voto de Willes J. no precedente originário, era meramente acidental e, por isso, não compunha a ratio decidendi.*

A análise casuística feita por Cross e Harris retrata a imprescindibilidade do isento empenho interpretativo das razões (implícitas e explícitas) que fomentaram o caso-precedente nas aplicações ou refutações posteriores, sob sacrifício da gradativa perda da essência do precedente a cada nova interpretação.

Não há como se dissociar o *case law* da perquirição das circunstâncias fáticas do caso-precedente, porque a vinculação só terá efeito na invocação que mantenha as medidas realmente necessárias e suficientes das razões do caso-precedente. Para Neil Duxbury, essa é justamente a diferença entre a aplicação de leis e de precedentes<sup>537</sup>, o que, aliás, é acatado pela maior parte da doutrina que defende o dinamismo do modelo. Lucas Buril destaca a maior complexidade do método de aplicação dos precedentes, se comparado com o das leis, por reclamar constante inteligência crítica na argumentação a fim de buscar a melhor nova decisão, sem deixar de considerar as decisões anteriores, as particularidades do caso-atual e a preocupação com a coerência do sistema jurídico<sup>538</sup>. Realmente, esse processo reconstrutivo é necessário e ganha tônica diante da limitação do juízo originário, impossibilitado de antever todas as riquezas de ocorrências que podem circundar a norma-precedente. De fato, na formação, o precedente se restringe às disponibilidades fáticas do caso que lhe fomentou a formação, o que não quer, necessariamente, dizer que os incrementos factuais posteriores sejam maléficis e arbitrários.

Nada obstante, é imprescindível que o significado do precedente seja preservado para que, a despeito dos novos contornos, as ressignificações não desfigurem o que a Corte formadora quis dizer sobre a matéria. Qualquer redução ou extensão inconsonante pode ser fatal, já que habilitará a invocação para justificar uma diretiva teórica diversa (às vezes até oposta, como ocorreu em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*) daquela protagonizada no paradigma. Malgrado

---

<sup>537</sup> Segundo o autor, “case law is peculiarly revisable in a way that enacted law is not: the judge who carefully articulates a principle is not determining its formulation in future dispute over materially identical facts - the likelihood, rather, is that it will be molded and remolded in the hands of successive courts” (DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 85, p. 59).

<sup>538</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016 p. 260.

seja até benéfico que os juízos subsequentes enxerguem, no precedente, fatos que sejam necessários e suficientes para a definição da norma jurídica, mas que, a princípio, foram desconsiderados na formação, essa atividade precisa ser regrada, balizada.

Na prática do *common law*, é bem recorrente que o precedente só alcance um grau de maturidade desejável após reiteradas interpretações. Um bom exemplo é o notório caso *Miranda v. Arizona*, enfrentado pela Suprema Corte norte-americana em 1966, que julgou o caso de Ernesto Miranda, preso e levado, em seguida, a uma delegacia policial, onde foi reconhecido por duas testemunhas e, após algum tempo, foi interrogado e confessou ter cometido rapto e estupro. Posteriormente, contudo, a constitucionalidade da prisão foi questionada porque a confissão do réu teria ocorrido sem a advertência sobre seus direitos, em especial, sobre a possibilidade de permanecer em silêncio, sobre o fato de que tudo quanto fosse dito poderia ser usado contra ele e sobre o direito de ser defendido por um advogado, todos previstos na Quinta Emenda da Constituição Americana<sup>539</sup>. A questão – saber se era válida a confissão sem advertências dos referidos direitos – foi levada ao crivo do Judiciário, resultando em *opinion* negativa, isto é, no entendimento de que, se assim procedida, restará configurada a violação aos direitos constitucionais do preso, padecendo a confissão de nulidade<sup>540</sup>.

Após essa ideia-base, houve uma sucessão de casos que definiram novos contornos ao caso originário. Por exemplo, em 1980, reinterpretando o caso, a Suprema Corte definiu que, se o réu confessar espontaneamente, a confissão será válida independentemente das advertências policiais. Já em 1984, a Suprema Corte decidiu que as advertências policiais são exigíveis tanto para crime como para contravenção. Ainda em 1984, por outro lado, a Corte concebeu a *exceção de segurança pública*, admitindo que o interrogatório ao réu pudesse ser feito antes das advertências policiais, caso a ausência das respostas proporcionassem algum tipo de risco ou perigo para o deslinde adequado da questão. No que tange à recepção da mensagem produzida nas advertências pelo preso, em 1986, a Suprema Corte decidiu que a exigência deveria limitar-se à mera aparência de compreensão do preso, sendo desnecessária a comprovação de seu entendimento substancialmente. Em 1988, no entanto, a Corte anulou as advertências feitas em inglês a um preso que, notoriamente, não dominava o idioma norte-

---

<sup>539</sup> Cf. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 131-132.

<sup>540</sup> VILE, John R. *Essential Supreme Courts decisions: summaries of leading cases in U.S. constitutional Law*. 15. ed. Maryland: The Rowman & Littlefield, Publishers, 2010, p. 357-359.

americano. Em 2004, a Suprema Corte também anulou um interrogatório feito sem as advertências prévias, mas, posteriormente, retificado. Por fim, em 2010, novamente enfrentando a questão, a Suprema Corte julgou que se o pedido do preso pela assistência de um advogado for ambíguo, ele não terá condão de interromper o interrogatório.

É intrigante notar como o caso, originariamente, julgado em 1966 ressoou seus últimos desdobramentos em 2010, quase 50 anos depois, o que ratifica não somente a possibilidade, mas os benefícios agregados pelo dinamismo do precedente diante das ressignificações a que é submetido. A *ratio decidendi* foi sendo, ao longo dos anos, remodelada a cada nova interpretação, considerando cada pequena diferença para o aperfeiçoamento (não necessariamente com o acatamento da diferença, mas, muitas vezes, com a promoção da distinção, do que cuidará o capítulo 4) da norma jurídica.

No manejo de precedentes, assim,

é possível que se enxergue posteriormente, a partir de casos similares subsequentes, que um fato de importância desconsiderada no precedente originário tenha, efetivamente, relevância para a definição da norma jurídica. A visão do magistrado, diante do caso concreto, é limitada, e o aperfeiçoamento da norma, naturalmente, caberá aos juízes subsequentes mediante interpretação, distinções e aproximações. Com efeito, a determinação precisa dos limites da hipótese fática normativa só será realizada, no mais das vezes, nos casos subsequentes, mediante o método das distinções – apropriado para a compreensão e construção das normas jurídicas advindas de precedentes judiciais<sup>541</sup>.

Além disso, pode ser que, em razão do enfrentamento dos casos posteriores, seja agregado conteúdo jurídico à *ratio decidendi*. Ao contrário do que ocorre quando os juízes posteriores simplesmente reinterpretem o precedente originários, há situações que as novas invocações incrementam à *ratio* originária novos significados, reduzindo ou ampliando o que lhe foi dado primitivamente. Nesses casos, o intérprete-atual compreende as circunstâncias fáticas que orbitaram o caso-precedente e, diante daquela conjuntura, entende ser imprescindível que alguma questão de direito seja enfrentada, porque, embora tenha sido negligenciada na origem, possui aptidão de influenciar significativamente no resultado.

Marinoni ilustra essa hipótese, diferenciando-a da que se limita à reinterpretação do precedente:

---

<sup>541</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016 p. 259.

Suponha-se, por exemplo, que em um caso, em que foi expressa de forma clara e precisa a *ratio*, não tenha sido enfrentada determinada questão de direito, que, se acolhida, pode reduzir ou ampliar a *ratio* primitiva. Nessa situação, embora também se mantenha porção da primeira *ratio*, a sua alteração provém não da necessidade de esclarecimento, mas da imprescindibilidade de enfrentamento de uma nova questão. Não há acréscimo ou redução em virtude da necessidade de esclarecer, mas da imperiosidade de complementar. E não se pense que a complementação exclui a redução, podendo se dar somente pela ampliação. Na verdade, quando a completa solução do caso exige o enfrentamento de outra questão, o verbo reduzir não é incompatível com a ideia de complementar<sup>542</sup>.

Isso significa que a tarefa dos juízes subsequentes pode, inclusive, ultrapassar a função descritiva, aplicando certa carga valorativa em cada reinterpretação, atraindo, portanto, parcela prescritiva à natureza dessa atividade. Eis aí mais um grau de complexidade que envolve a identificação da *ratio decidendi* e da controvérsia que abrange a definição do seu conceito. Se a mera interpretação já atrai todas as dificuldades inerentes à valorações e pré-compreensões, a aplicação que manifestamente agrega conteúdo ao precedente originário requer ainda mais habilidade, postas as ainda mais reduzidas condições de objetivar essa conduta.

De toda sorte, é importante perceber que em qualquer das situações, justamente para que os efeitos benéficos sejam preservados, a liberdade nas atividades posteriores deve ser regrada. Seja nas novas interpretações que o precedente originário possa receber ou na construção gradual da *ratio* por incremento de conteúdo jurídico, os intérpretes devem esbarrar em limites que sejam minimamente aptos a impedir o realce, aleatória e arbitrariamente, de qualquer parcela do precedente como vinculante, porque essa permissividade permitiria ao juízo moldar o precedente à sua pré-compreensão particular, o que seria um contrassenso intolerável, posto que o modelo de precedentes obrigatórios, diametralmente oposto a isso, foi arguido sob a pretensão de fechar o sistema jurídico, outorgar unidade ao Direito e estancar a subjetividade decisória.

Devem haver marcos mínimos que constringam o intérprete a não se desviar da pretensão do julgamento que formou o precedente. Quando o assunto é aplicação dos precedentes, é inafastável a compreensão de que o labor dos juízes subsequentes em relação às decisões

---

<sup>542</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 180-181.



passadas pode, muitas vezes, ser até mais importante do que o trabalho realizado por aquele que lhe formou<sup>543</sup>.

Num outro compasso, é importante perceber que a *ratio decidendi* só pode ser identificada a partir de um pronunciamento jurisdicional acerca de uma questão de direito, excluindo-se as análises meramente factuais, ainda que feitas por Cortes que carreguem aptidão de produzirem precedentes – como, aliás, foi eleito no subtópico “2.2.1”, *supra*, como um dos elementos qualificadores do precedente. Embora pareça óbvio, grande parte dos casos levados ao crivo do Judiciário não resolvem questões de direito, mas de fato. Cross e Harris ilustram a situação com um típico exemplo:

For example, the issue may be whether a particular motorist was driving carelessly by failing to keep a proper look-out or travelling at an excessive speed. No one doubts that a motorist owes a legal duty to drive carefully and, very frequently, the only question is whether he was in breach of that duty when he caused damage to a pedestrian or another motorist<sup>544</sup>.

É claro, entretanto, que essa percepção não exclui a necessidade de que as questões de direito estejam ancoradas às circunstâncias fáticas que fomentaram a dúvida interpretativa a produzir o precedente. Como se defendeu no capítulo 2, o modelo de precedentes não pode ser pensado como um modelo de teses, porque encará-lo dessa forma aniquilaria qualquer pretensão de correção de rumos. Precedentes não podem ser compreendidos como fórmulas abstratas de Direito, mas a partir da relação fático-jurídica dos casos que orientaram sua formação.

É precisamente o fato de constituírem-se normas gerais e concretas, e não gerais e abstratas, que distanciam as normas-precedentes das normas-leis<sup>545</sup>. Contudo, o extremo oposto também é perigoso. O apego exagerado aos fatos do caso pode representar uma restrição incompatível com o modelo de precedente, na medida em que engessa o âmbito de alcance da norma e prejudica a flexibilização que o modelo deve preservar, especialmente diante da recalcitrante realidade de que dois casos nunca serão essencialmente idênticos.

No equilíbrio entre esses dois extremos, no final das contas, é que reside um modelo de precedentes equo, maduro, que garanta o manejo saudável das normas-precedente, refutando,

<sup>543</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 42-43.

<sup>544</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 40.

<sup>545</sup> TARUFFO. *Precedente e giurisprudenza*, 2007, p. 11-20.

de um lado, o enrijecimento do sistema, e, de outro, a abertura desregrada, pretensamente hábil a justificar qualquer opção ideológica. Nesse particular, vale destacar que a implementação de um modelo vinculante implica, também, a mutação do ônus argumentativo da parte ou, mais especificamente, do advogado, que precisará adquirir qualificação técnica refinada para o exercício dialético<sup>546</sup>.

Ainda nessa mesma linha, é importante perceber que a restrição ao alcance da *ratio decidendi* nem sempre é ilegítima, decorrendo, muitas vezes, de política judiciária ainda no momento da formação<sup>547</sup>. A Corte que produz o precedente pode, propositalmente, conferir vinculação exagerada entre a solução jurídica empregada e as circunstâncias fáticas do caso em julgamento para que, dessa forma, seu âmbito de incidência seja mais restrito. O emprego dessa técnica restringirá a aplicação do precedente aos casos mais semelhantes que reunirem todas ou a maioria das suas particularidades fáticas.

Ou, por outro lado, conquanto o caso que tenha fomentado a formação do precedente contenha suas peculiaridades, a Corte formadora pode optar por empregar um menor esforço vinculativo entre elas e a solução jurídica designada, justamente para que o precedente alcance uma gama maior de casos. Dessa forma, embora a conjuntura fática do caso-precedente pudesse sugerir uma aplicação restritiva por conta da sua quantidade de característica autônomas, por manifesta manobra política judiciária, o tribunal anuncia como fatos materiais apenas os mais elementares, porque, assim, os subsequentes que apresentarem semelhanças, ainda que não tão contundentes, também atrairão sua incidência.

Um conhecido caso julgado pela Suprema Corte é representativo. Até meados do século passado, os Estados Unidos consentiam com a segregação racial nas escolas, sob o esteio de *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896. Em 1955, contudo, chegou ao crivo da Suprema Corte norte-americana o caso *Brown v. Board of Education*, que, na verdade, representava o conjunto de cinco casos que tinham a mesma questão de fundo: a constitucionalidade da segregação racial em escolas. No amplo debate que envolveu a questão, o foco sempre foi a *segregação racial no âmbito escolar*, isto é, no apelo para a Suprema Corte, os advogados que patrocinavam a comunidade negra apresentaram argumentos especificamente inerentes ao ambiente educacional, como, por exemplo, a desigualdade dos dispositivos e critérios de educação para brancos e negros, a confusão moral e a crise de autoestima em crianças e

---

<sup>546</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 99.

<sup>547</sup> Cf. SCALIA, Antonin. The Rule of Law as a Law of Rule. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 4, 1989.

adolescentes frequentadores das escolas, confrontando tudo isso com a tutela da Décima Quarta Emenda da Constituição americana.

Sob a condução do juiz Earl Warren, a Suprema Corte decidiu a favor da comunidade negra, redigindo, no entanto, um precedente com redação muito mais ampla do que o debate que envolveu o caso, limitando-se a dizer que a *segregação racial fere a Constituição americana*. Muito embora o caso tenha versado especificamente sobre a segregação no âmbito escolar, a abrangência da sua redação foi muito mais ampla, estendendo a proibição da segregação aos demais setores da sociedade. Nesse caso, então, o precedente foi redigido de forma muito mais abrangente do que os fatos do caso, por política judiciária, certamente pelo repúdio que a doutrina dos “separados, mas iguais”, em vigor há mais de 60 anos, causava em todas as demais esferas sociais. *Brown v. Board of Education*, nesse cenário, foi a chance para que uma questão de amplitude mais larga do que a veiculada no caso fosse, definitivamente, tratada.

Para fins deste estudo, o que é importante é a compreensão de que, assim como ocorreu no caso referido, é perfeitamente possível que, a despeito dos motivos, um precedente seja mais abrangente do que o debate dos casos que lhe formaram, o que também sugere que essa atividade precisa ser controlada. Afinal, não dá pra confiar que todas as Cortes formadoras terão o mesmo compromisso social-democrático que teve o juiz Earl Warren. E, se isso é verdade, quais seriam os limites de admitir uma restrição ou ampliação do precedente, inclusive, para além dos argumentos efetivamente considerados no debate formador? Pode ser que o propósito da política empregada não seja tão legítimo, como recentemente parece ter ocorrido no caso da tese de repercussão geral n. 499.

Em 10 de maio de 2017, o STF aprovou a tese cujo *leading case* foi o recurso extraordinário n. 612.043 do Paraná (RE 612.043/PR). A tese vincula a eficácia subjetiva da coisa julgada nas “ações coletivas de rito ordinário” ajuizadas por associações na defesa de seus associados aos limites impostos pelo artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997, o que significa dizer que os efeitos da sentença somente alcançarão os filiados “residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento”. Ocorre, contudo, que, embora o verbete da tese sugira a abrangência de toda e qualquer ação proposta por associações na defesa dos interesses de seus filiados, não foi essa a questão realmente enfrentada no julgamento do RE 612.043/PR, que só tratou, na essência, dos casos em que as associações atuam como representantes de seus associados, permanecendo alheios ao debate

os casos de substituição (modalidade em que o ente legitimado, segundo a jurisprudência do próprio STF, independe de autorização dos filiados para demandar). Esse é um caso tipicamente inverso ao *Brown v. Bord of Education*, porque, se não tiver um enfrentamento detido aos fatos da causa, a reverberação da interpretação extensiva trará prejuízos arrasadores aos associados e, em última instância, à toda sociedade, posto que o alcance da ação coletiva por substituição sofrerá restrições ilegítimas, limitando a difusão de seus efeitos a um espectro social muito reduzido e, com isso, se enfraquecerá, também, o processo coletivo como meio de litigação de interesse público e controle estatal – o que esbarra, *ultima ratio* na própria estrutura do Estado Democrático Constitucional.

A compreensão de precedentes como fonte do Direito, invariavelmente, atrai a submissão não apenas à Constituição e aos códigos particularmente analisados, mas também aos produtos dos tribunais<sup>548</sup>, o que põe em voga, também, o modo como essa atividade é desenvolvida. Embora as políticas que visem distribuir equanimemente o grau de incidência do precedente sejam salutares, inclusive, para a concretização dos direitos fundamentais (como ficou mais evidente em *Brown v. Bord of Education*), sua operacionalização também deve sempre ser ponderada com o devido processo legal, observando-se a boa técnica da fundamentação, que viabiliza o controle intersubjetivo e controle da legitimidade.

Enfim, ao optar por uma teoria normativa do precedente, o ordenamento tem que passar a conviver com controvérsias como as que foram sumarizadas. Qualquer solução que se proponha a enfrentar o problema dos *material facts* tem de ponderar essas e outras questões, visando sempre os pressupostos constitucionais que orientam o processo e os princípios que fundamentam a instituição do *stare decisis*, que, na conformação do presente trabalho, sobretudo, deve combinar meios que assegurem padrões de racionalidade e maleabilidade da norma-precedente.

---

<sup>548</sup> SCALIA. The Rule of Law as a Law of Rule, 1989, p .1176-1177.

### 3.1.5 A categorização de Frederick Schauer e as ponderações de Luiz Guilherme Marinoni

É claro que, na prática, os fatos de um caso nunca serão idênticos aos de outro e seria inatingível condicionar a aplicação de um precedente à verificação da identidade absoluta dos fatos do caso-atual, já que cada caso é impulsionado por realidades que, em menor ou maior escala, variam das de outro. Por mais semelhante que um caso seja ao outro, ele sempre guardará alguma diferença, de modo que negá-las significa negar o próprio modelo de precedentes. Por essa razão, ao se tratar de aplicação de precedentes, expressões como “probabilidade de aplicação do precedente” e “maior aproximação dos fatos dos casos” são sempre preferíveis às generalizações<sup>549</sup>.

Essa franca constatação é linha mestra da teoria de Frederick Schauer, para quem o modelo vinculante só é viável se, para fins de aplicação ou afastamento do precedente, os fatos do caso forem reunidos em categorias de regras de relevância. Considerando que no mundo fenomênico nenhum evento é exatamente igual a outro, o professor da Universidade de Virgínia adverte que não teria como exigir fatos inteiramente idênticos para que uma decisão constitua precedente a outra<sup>550</sup>. Isso seria impossível e tornaria impraticável o exercício de um modelo de precedentes vinculantes, uma vez que sempre seria possível se opor à aplicação do paradigma por conta de alguma particularidade do caso-atual, invariavelmente sempre existente<sup>551</sup>.

Por isso, Schauer sugere o abandono do “reino da identidade absoluta” para se buscar as semelhanças necessária e suficientemente<sup>552</sup> relevantes para assimilar os dois eventos (o caso-precedente e o caso-atual)<sup>553</sup>. Com efeito, fatos sempre poderão ser enquadrados em determinada categoria, mais ampla ou mais restrita, conforme as peculiaridades fáticas de cada caso.

---

<sup>549</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016. p. 181.

<sup>550</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016. p. 56.

<sup>551</sup> “Não há dois eventos exatamente iguais. Para que uma decisão seja precedente para outra decisão, não há necessidade de que os fatos dos casos sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, nada seria precedente para qualquer outro caso” (SCHAUER. *Precedente*, 2016, p. 56).

<sup>552</sup> Essas não são expressões adotadas pelo autor, mas uma alusão ao entendimento acumulado no desenvolvimento do estudo.

<sup>553</sup> SCHAUER. *Precedente*, 2016, p. 56.

Contudo, a grande questão é saber se as categorias usadas para a elaboração da decisão estão livres e totalmente à disposição dos julgadores subsequentes ou se resistem a certas pretensões manipuladoras<sup>554</sup>. Em um modelo que prime pela segurança, é óbvia a resposta de que a categorização não pode ser aleatória, devendo, antes, guardar coerência e congruência, considerando, em conjunto, a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores que podem destacar as categorias dos fatos<sup>555</sup>, postas as plurissignificações textuais e a modificação dos significados de acordo com o tempo e o espaço.

Um mesmo fato pode ser categorizado de diversas formas, a depender do contexto. Nesse particular, Schauer tece um exemplo bem representativo:

Imagine um corpo docente analisando um pedido de um aluno de ser dispensado de uma avaliação para estar presente no funeral de sua irmã. Invariavelmente, alguém irá alegar que o caso estabelecerá um precedente, que permitirá alunos serem dispensados de provas para comparecerem a funerais de avós, tias, tios, primos, sobrinhas, sobrinhos, amigos próximos e animais de estimação. Implícito nesta alegação está uma regra de relevância que trata a morte como uma semelhança relevante, “afeto” como uma semelhança relevante e qualquer distinção entre irmãos e outra relação significativa como irrelevante<sup>556</sup>.

A questão é saber quão relevantes são as semelhanças fáticas entre o caso-atual e o caso-precedente para fins de aplicar ou afastar o precedente. Há um bom motivo, exemplifica Schauer, para que se agrupe bicicletas vermelhas junto com outras bicicletas de cores diferentes, mas não com gravatas vermelhas ou carnes vermelhas<sup>557</sup>. Nesse caso, o critério “ser uma bicicleta” foi mais importante do que “ter a cor vermelha”.

Segundo o autor, deve ser estabelecida uma teoria organizacional que estabeleça esses critérios – que denomina “regras de relevância” – e que permita identificar quais semelhanças do caso-precedente são realmente importantes para fins de vinculação dos casos-atuais e quais podem ser ignoradas<sup>558</sup>. Tal busca, no entanto, deve sustentar o propósito de não estagnar o sistema, mantendo a maleabilidade que garanta o aprimoramento com o processo reconstrutivo, e, ao mesmo tempo, de enfrear a liberdade do aplicador, para guardar a proporção a padrões mínimos estabelecidos pelo juízo formador. Entretanto, a depender da

<sup>554</sup> SCHAUER. *Precedente*, 2016, p. 63.

<sup>555</sup> Cf. MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p.182.

<sup>556</sup> SCHAUER. *Precedente*, 2016, p. 57.

<sup>557</sup> SCHAUER. *Precedente*, 2016, p. 64

<sup>558</sup> SCHAUER. *Precedente*, 2016, p. 56-57.

forma como os fatos serão categorizados, eles poderão ser considerados suficientemente relevantes ou não e, por conseguinte, o precedente será aplicado ou distinguido.

Por exemplo, a norma “é proibido o uso de biquínis” afixada na portaria de um restaurante na Zona Sul do Rio de Janeiro, em dias atuais, provavelmente, procura evitar que clientes do sexo feminino adentrem o recinto com trajes de banho, já que é natural o uso da vestimenta até mesmo nas ruas naquela região. Essa mesma mensagem posta numa praia de nudismo em Trancoso, no sul da Bahia, conotará, muito ao contrário, que as mulheres não estão autorizadas a trajarem nada, nem mesmo biquíni. Ou, ainda, considerando que a mesma mensagem tenha sido afixada numa placa na areia de uma praia qualquer, mas em 1940, a conotação mais provável seria a de que as mulheres que pretendessem descer à areia deveriam trajar roupas normais, sendo vedadas as de banho de qualquer tipo.

Como se vê, o contexto cultural e social influenciam, necessariamente, nos rumos da interpretação, de modo que a categorização dos fatos de um caso deve corresponder às impressões sociais que lhe circundam, justamente porque a categorização é parte da busca pelo significado do precedente. Nesse sentido, também, é a conclusão de Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga:

Para concluir pela incidência de um precedente, é necessária a similaridade dos fatos fundamentais das causas confrontadas. Impõe-se, ainda, a análise da possibilidade de os fatos ditos fundamentais poderem ser inseridos em dada classe ou categoria, na qual também se inserem aqueles que servem de base ao caso sob julgamento, de forma a que possam ter soluções semelhantes. Para essa categorização, é indispensável a averiguação da razão jurídica da decisão paradigma no contexto cultural, social e axiológico em que proferida, naquele tempo e naquele lugar, considerando, assim, sua linguagem, seus usos, seus valores. Afinal, pode o fato pertencer a uma mesma categoria em um contexto e a outra em contexto diverso. Por exemplo, em um contexto, um diploma ou certificado pode ser exigido para um "profissional" ser reconhecido membro daquela categoria, em outro, não, a depender de cultura e valores da localidade<sup>559</sup>.

Portanto, essa é uma primeira baliza razoável para fins de aplicação: *a contextualização justificada das categorizações fáticas, por ocasião da decisão que aplica ou afasta o precedente*. Esse limite já impõe uma redução sensível à liberdade do juízo sequente. No exemplo (não-jurídico) acima, uma pretensão uniformizadora de regras de categorização a

---

<sup>559</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 492.

todas as situações, certamente, implicaria classificar os mesmos fatos como relevantes ou não a depender do recorte fático escolhido. Se refletido ao universo dos precedentes, tem-se que a classificação dos fatos da *ratio decidendi* “é proibido o uso de biquínis” como materiais depende da conjuntura em que for interpretado o precedente.

No entanto, embora a divergência temporal e cultural das máximas da vida e da linguagem sejam, de fato, fatores de categorizações dos fatos, elas não autorizam a modificação das regras de relevância por outro julgador aleatoriamente. Então, o julgador seguinte, ao se amparar em um precedente, pressupõe que o juízo pretérito subjazeu-se a algumas regras de relevância e só poderá modificá-las se existir uma outra regra que possa justificadamente substituir a primeira. Por exemplo, no caso do estudante que solicita a dispensa para comparecer ao funeral do irmão, a extensão ao primo só será permitida se ficar demonstrado que existe alguma categoria linguística ou social preexistente que ajunte irmãos e primos para alguma outra finalidade<sup>560</sup>.

Outro exemplo, tecido por Tereza Arruda Alvim, reflete melhor o problema esboçado por Schauer na pragmática judicial, especialmente no paradigma constitucional, em que o juiz é constantemente levado a trabalhar com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados:

Assim, por exemplo, se um determinado benefício previdenciário deve ser concedido a alguém que tenha baixa renda, pode-se pensar em duas pessoas que ganham dois salários mínimos cada. Uma é pai de família, que conta com sete filhos para sustentar. A outra é jovem que ainda reside com os pais.<sup>561</sup>

Nesse caso, embora recebam o mesmo salário, para que a norma que prevê o beneplácito realmente alcance seu objetivo, que é prover o hipossuficiente, na aplicação do Direito, os fatos deverão ser categorizados de forma diferentes em cada conjuntura. Em que pese formalmente as situações se equivalham, o juiz deve considerar que o pai faz jus a tal benefício e a moça, não.

Considerando que essa é uma tarefa que sempre será feita pelo juiz do caso-precedente, para que seja legítima a reunião dos fatos em determinada categoria, as razões da decisão que aplica ou afasta o precedente devem submeter-se a um criterioso controle intersubjetivo,

<sup>560</sup> SCHAUER. *Precedente*, 2016, p. 64-65.

<sup>561</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 172, 2009, p.139. \_



porque nelas estarão (ou deveriam estar) denunciadas as opções de agrupamento do intérprete acerca dos fatos substanciais do caso-precedente, as opções acerca dos fatos substanciais do caso em análise e, também, a justificativa pela aplicação ou distinção.

Esse, aliás, é um ponto que reclama um incisivo empenho dogmático, já que o panorama dos precedentes vinculantes exige uma nova postura do juiz ao decidir em vários aspectos, mas, sobretudo, no que alude à exposição de suas razões. A assimilação fática será tão válida quanto mais exaustivo for o ônus justificativo do intérprete do caso-atual, e essa é uma segunda baliza na aplicação de precedentes.

Nesse sentido, Marinoni sugere que

Ao se olhar para as razões da decisão, é preciso identificar a cultura e o modo de viver da época e do lugar do caso que deu origem ao precedente. Isso porque, como é sabido, a linguagem, os conceitos jurídicos, a cultura e os valores podem variar conforme épocas e os lugares. Contudo, como este agrupamento, ainda que dependente das razões do precedente, requer racionalidade jurídica, aquele sempre dependerá, em maior ou menor medida, da justificativa apresentada na decisão que aplicou o precedente. Na decisão do novo caso há que se justificar os critérios que levaram à assimilação dos fatos ou ao enquadramento destes em uma mesma categoria. Em outras palavras, deve haver razão para assimilar fatos, procedendo-se ao seu enquadramento em uma mesma categoria<sup>562</sup>.

Se a decisão não esclarecer de forma adequada as razões dos agrupamentos, assimilações e distanciamentos, suas razões serão plenamente nulificáveis por meio da via recursal, pela não satisfação do ônus de fundamentação analítica insculpido no parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC.

### **3.1.6 Proposta de Melvin Aron Eisenberg**

Na mesma batalha para encontrar o equilíbrio entre a liberdade desenvolvidora do *case law* e os limites legitimadores, Melvin Aron Eisenberg propôs uma solução interessante. O autor,

---

<sup>562</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p.183.

cuja principal Obra foi editada pela primeira vez em 1991<sup>563</sup> (o que lhe foi, cronologicamente, favorável, por permitir que realizasse um apanhado crítico dos anteriores e retivesse, de cada contribuição, o que poderia ser proveitoso para a solução do problema), consolidou uma proposição alternativa, procurando situar-se entre os extremos dos métodos anteriormente propostos, que focavam ou na atividade da Corte que formou o precedente e ignoravam as aplicações sequentes ou no inverso, dando importância demasiada ao que os juízes fazem casuisticamente, negligenciando os limites propostos na formação<sup>564</sup>.

Segundo o autor, os métodos e propostas passadas, que Eisenberg classifica entre *minimalistas e focados no resultado*, não atendiam, à saciedade, aos anseios do modelo de precedentes vinculantes, porque se preocuparam, desproporcionalmente, com o *discurso do caso*, relegando o *discurso do precedente* a uma abordagem mais periférica<sup>565</sup>. Ademais, não correspondiam efetivamente ao dinamismo do modelo e nem aos padrões de estabilidade, inerentes ao *stare decisis*.

A proposta, que o autor denomina de abordagem da anunciação (*announcement approach*), sugere um modelo que valoriza o papel dos tribunais ao elaborar precedentes<sup>566</sup> e, ao contrário dos demais (*minimalistas e focados no resultado*), de um lado, concede relevância às normas jurídicas produzidas pela Corte, desde a proporção em que foram anunciada – buscando, com isso, reconhecer o valor dessa atividade, ou seja, valorizar a atividade de implementar novas normas jurídicas gerais e concretas no ordenamento (*discurso do precedente*) – e, de outro, reconhece a importância de admitir certo grau de imbricação entre a regra anunciada à disputa interpretativa subsequente, concluindo, portanto, que a implementação de normas jurídicas no ordenamento, embora já possuam inegável valor, é significativamente valorizada à medida em que se relaciona com a resolução de disputas (*discurso do caso*)<sup>567</sup>.

Segundo a proposta, a Corte deve se preocupar em manter a qualidade em ambos os discursos, muito embora, frequentemente, reserve maior atenção à resolução casuística de disputas – o que é um equívoco, já que uma função precípua das Cortes judiciais, segundo entende, é estabelecer normas jurídicas<sup>568</sup>. Entretanto, a proposta também deixa claro que a

<sup>563</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998.

<sup>564</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 52-53.

<sup>565</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 53.

<sup>566</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 55.

<sup>567</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 55.

<sup>568</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 53.

produção de precedentes não pode negligenciar a prestação da tutela jurisdicional casuística (adequada, tempestiva e efetivamente, por meio de um processo justo), porque, afinal, esse é o objetivo do processo no Estado Democrático Constitucional.

Nesse compasso, as impressões de Eisenberg atribuem proveito muito maior à abordagem da anúncio do que aos demais métodos e propostas, especialmente por ser abrangente o suficiente para alcançar a quase todos os casos<sup>569</sup>. Sua proposição procura conciliar ambas as funções operadas pelos tribunais sem subestimar a relevância de nenhuma. Além disso, no que tange especificamente à função de elaboração de precedentes, *também pondera ambas as fases, formação e aplicação, de modo que uma atividade controlaria a outra*, o que parece não ter sido feito pelas proposições anteriores. Esse é o grande diferencial da abordagem de Eisenberg.

Em concreto, a proposta sugere que a Corte formadora proclame a norma jurídica, o que implica o anúncio pormenor e analítico das circunstâncias fáticas e da solução jurídica. Então, ao proferir a decisão apta a formar o precedente, a Corte deve também destacar, dentre os fatos do caso, aqueles que qualificou como materiais para o julgamento. Além disso, também deve ser exposta a regra de direito a ser aplicada ao caso, não bastando a mera citação do dispositivo que será aplicado, mas o nível de relacionamento que a norma teve com os fatos materiais. Feito isso, a proposta adverte que o produto anunciado pela Corte formadora, no momento das invocações futuras, seja considerado nos limites em que o anúncio ocorreu (o que deve prevalecer, enfim, é o que o tribunal efetivamente anunciou e não o que ele poderia ter anunciado<sup>570</sup>).

Ao mesmo tempo, também é estimulado o enriquecimento da norma nas aplicações posteriores, ou seja, o fato de a Corte ter delineado os limites do caso-precedente não tolhe as futuras reinterpretações e nem mesmo as considerações que lhe agreguem valor, desde que exerçam um satisfatório ônus argumentativo que demonstre as razões pelas quais isso será feito, apesar dos marcos anunciados. Ou seja, não é o produto formado pela Corte que autorizará ou vedará os incrementos futuros, mas o nível da argumentação feita pelos juízes subsequentes, o que também valoriza, assim, a função adscritiva de valores das interpretações seguintes.

---

<sup>569</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 55.

<sup>570</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 53.

Realmente, a proposta procura extrair o melhor de cada método, distribuindo proporcionalmente responsabilidades entre o processo formador e o aplicador, gerando uma relação de circularidade e complementação entre ambas. A norma não estará finalizada desde a formação do precedente – o que atende aos pressupostos constitucionais, mormente, a diferença entre texto e norma –, mas, por outro lado, o anúncio feito pela Corte originária não poderá ser ignorado, assegurando, assim, certa margem de fidelidade ao significado do precedente.

Enfim, esse esforço procurou, bem sumariamente, pontuar as mais relevantes contribuições para o problema dos *material facts* ao longo dos anos, destacando o que, em consonância com a proposta que será oferecida ao final do capítulo 4 a seguir, tenha relevância e possa, de alguma forma, aprimorar o modelo proposto pelo CPC, levando em consideração, claro, as particularidades do Judiciário pátrio, que em muitos pontos, distancia-se dos países subjacentes à tradição do *common law*, berço das proposições estudadas.

Qualquer proposta para o problema, então, além de considerar a complexidade da questão atinente aos *material facts*, deve tentar conciliar nossa pragmática judiciária com os pressupostos do *stare decisis*.

## CAPÍTULO 4 – *DISTINGUISHING*

A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action. Not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades into insignificance (or is best forgotten) and does not guide future action at all. Understanding precedent therefore requires an explanation of how past events and present actions come to be seen as connected<sup>571</sup>.

São bem oportunas as linhas inaugurais da Obra de Duxbury, porque refletem a preocupação central do presente estudo. A argumentação por precedentes requer uma apurada crítica argumentativa que habilite o intérprete a identificar quais eventos do passado constituem, de fato, o núcleo duro vinculante. Nem todos os eventos pretéritos se tornarão obrigatórios e, da mesma forma, nem toda aparente semelhança será suficiente para vincular. Há situações que, embora uma análise periférica sugira similitude fática entre o caso-atual e o caso-precedente, a confrontação mais detida de ambos revelará a necessidade de tratamento dispar, pela existência de distinções substanciais, isto é, que sejam significativas demais para ser ignoradas.

É essencial que um modelo responsável de precedentes obrigatórios assegure mecanismos claros de comparação e distinção das circunstâncias fáticas e argumentativas entre o caso-precedente e o caso-atual. Dessa atividade, numa resumida abordagem, é que cuida a técnica do *distinguishing*<sup>572</sup>, que o presente trabalho, buscando uma melhor exposição didática, subdividirá em duas metodologias, segundo a finalidade de cada uma.

A primeira delas se afigura no *distinguishing* como método de comparação entre o caso-precedente e o caso-atual (que a presente proposta ousou nomear de *distinguishing* declaratório) e a segunda, como resultado do confronto que viabiliza a ampliação ou restrição da *ratio decidendi* (aqui chamado de *distinguishing* constitutivo). Embora sem coincidência semântica, os estudiosos do tema também costumam concordar que a técnica se operacionaliza em, no mínimo, duas maneiras<sup>573</sup>. É por meio do *distinguishing* constitutivo (em sentido amplo, entendido como processo argumentativo) que se alcança ou não o

<sup>571</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 671.

<sup>572</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 113.

<sup>573</sup> Nesse sentido: MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 340; NUNES; HORTA. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução*, p. 311; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil*. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, 2016, p. 491 e MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 266, embora se valham de nomenclaturas diversas, também classificam a técnica em duas espécies.

resultado (ou seja, que se sabe se o caso-precedente é ou não aplicável ao caso-atual), que é justamente o *distinguishing* declaratório (em sentido estrito)<sup>574</sup>.

Como até aqui se expôs, o *case law* impõe a constante reconstrução dialógica de normas jurídicas, isso é, a norma enunciada na formação do precedente originário poderá, conforme a cadeia de precedentes na aplicação que lhe seguirá, ter sua hipótese fática ampliada ou restringida, de acordo com as peculiaridades casuísticas. Nas aplicações subsequentes, poderá haver novos fatos que ensejarão novas interpretações e, por conseguinte, também terão aptidão de gerar novas normas ou, simplesmente, a ampliação ou restrição da norma enunciada originariamente<sup>575</sup>. Há, nesses casos, verdadeira agregação de conteúdo à *ratio decidendi* do precedente originário, o que, para Marinoni, trata-se de formação paulatina da *ratio*<sup>576</sup>.

Em seu sentido estrito ou declaratório, o *distinguishing* ocorre simplesmente pela falta de similitude fática entre dois casos, precedente e atual. Isto é, a solução jurídica do caso-precedente decorre de uma tal categorização dos seus fatos, que os fatos do caso-atual escapam ao seu âmbito de incidência e, por isso, não há aplicação. Nesses casos, basta ao magistrado comparar os fatos materiais de ambos e, constatando divergências significativas, afastar a solução proposta para o precedente, sempre mediante uma efetiva fundamentação.

No amplo sentido, como considera as diferenças em maior ou menor escala e estimula o intérprete a vencer o ônus argumentativo, seja para aplicar ou para refutar o precedente, o *distinguishing* desponta como um importante contributo de desenvolvimento e oxigenação do próprio Direito, já que a identificação adequada de diferenças fáticas, além de estimular a racionalidade, tem vocação para refinar e concretizar a *ratio decidendi* na cadeia de aplicações subsequentes à formação do precedente. Essa faceta da técnica da distinção, vale dizer, atrai a mesma complexidade da temática dos *material facts*, sendo necessário, portanto, definir limites para que seu arranjo não seja desvirtuado e comprometa a higidez do *stare decisis*, atualmente em franca consolidação no país.

---

<sup>574</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 266.

<sup>575</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 261.

<sup>576</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p.178-181.

#### 4.1 *DISTINGUISHING* DECLARATÓRIO (EM SENTIDO ESTRITO): MÉTODO DE COMPARAÇÃO ENTRE O CASO-PRECEDENTE E O CASO-ATUAL

Admitir a aplicação automática, mecânica e insensível às peculiaridades fáticas do caso-atual implica a ruína de qualquer modelo de precedentes obrigatórios. Com efeito, a disponibilidade de técnicas de afastamento do precedente (*i.e. distinguishing* e *overruling*<sup>577-578</sup>) possui relevo especial se considerado que a possibilidade de aplicação ou afastamento da *ratio decidendi* é um dos fundamentadores mais elementares do *stare decisis*<sup>579</sup>. Na verdade, quanto mais rígida a aderência ao precedente dentro de um sistema jurídico, mais recorrente será o emprego de *departures*<sup>580</sup>.

A rigor, vigorando o *stare decisis*, o precedente formado acerca de determinada questão imporá a mesma solução jurídica aos casos subsequentes análogos e só não será aplicado se for efetivamente (*rectius*: argumentativamente) demonstrada alguma distinção relevante no caso-atual<sup>581</sup>. É dizer, via de regra, num contexto vinculante, que o precedente é conservado, não apenas pela condição replicável e universalizável, mas principalmente, porque se pressupõe que, num modelo consciente, “os motivos determinantes no caso anterior

---

<sup>577</sup> Mesmo escapando um pouco do objeto metodológico do presente estudo, importa esclarecer, numa sumarizada abordagem, que, contrariamente ao que ocorre no *distinguishing*, no caso de *overruling* o afastamento do precedente não ocorre porque as circunstâncias fáticas do caso-atual sejam diferentes. A conjuntura fática de ambos, nesse caso, é a mesma, mas a solução jurídica empregada para um e outro caso não será a mesma, precisamente porque a norma proposta pelo precedente perdeu a presteza um dia emprestada ao ordenamento jurídico. Essa perda ocorre, segundo Eisenberg, (i) quando o precedente passa a falhar substancialmente aos padrões de congruência social ou de consistência sistêmica e (ii) quando os valores que fundamentam os padrões de estabilidade doutrinária e o princípio do *stare decisis* – que, no fundo, ostenta valores de imparcialidade, legítima proteção da confiança, prevenção à surpresas injustas e replicabilidade – não são melhores sustentados pela manutenção do precedente do que pela sua superação – o que o autor chama de *princípios básicos do overruling* (EISENBERG. *The nature of the common law*, 1991, p. 104-105).

<sup>578</sup> Na verdade, em que pese o *distinguishing* e o *overruling* constituam as técnicas de afastamento do precedente mais difundidas no âmbito nacional, a doutrina do *common law* é bastante familiarizada com outras, como *narrowing*, *overriding*, *retrospective overruling*, *prospective overruling*, *antecipatori overruling*, sinalização e outros.

<sup>579</sup> RE, Edward D. *Stare decisis*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 31, n. 122, p. 281-287, 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

<sup>580</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, 2012, p.470.

<sup>581</sup> “It matters not how difficult it is to find the ratio decidendi of a previous case, that ratio must be found; and it matters not how difficult it is to reconcile that ratio when found in statutory provisions or general principles: that ratio must be applied to any later case with which is not responsibly distinguishable” (*Nash v. Tamplin & Sons Brewery Brighton Ltd*, 1952, AC 231, 250, HL, per Lord Reid).

representam o produto de amplo debate argumentativo ou, para dizer o mínimo, de que não há razões suficientes que indiquem a necessidade de seu afastamento”<sup>582</sup>. Em outros termos, selecionado o precedente afeiçoado à matéria versada no caso-atual, identificada a *ratio decidendi* do caso-precedente e apurada alguma similitude com as circunstâncias fáticas do caso-atual<sup>583</sup>, via de regra, ser-lhe-á imposta mesma solução jurídica.

Todavia, é possível que, apesar da aparente semelhança, os casos reservem diferenças que orientem à aplicação de soluções jurídicas diversas. O *distinguishing*, nesse primeiro jaez, é justamente o resultado desse confronto entre ambos.

Precisamente, a técnica consiste na demonstração de diferenças entre as circunstâncias fáticas do caso-atual e as do caso-precedente, ou seja, no “método pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”<sup>584</sup>. Com efeito, a cada precedente formado, deve ser disponibilizado, na contrapartida, um instrumentário idôneo e habilitado para demonstrar que o caso ao qual, *prima facie*, se aplicaria um precedente, posta sua aparente aproximação fática, possui dessemelhanças relevantes a afastá-lo<sup>585</sup>. Essa é a definição conceitual da técnica, nessa feição mais básica:

Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em conformidade com decisão que anteriormente proferiu. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que o *common law* conhece por *distinguishing*, isto é, a diferenciação do caso que está para julgamento. Do mesmo modo, o juiz pode deixar de decidir de acordo com a decisão que já prolatou, ainda que diante de caso similar, quando tem justificativa para tanto e desde que procedendo à devida fundamentação do motivo pelo qual está alterando sua primitiva decisão<sup>586</sup>.

Por isso, vale dizer, tão fundamental quanto a outorga de unidade de sentidos promovida pelo modelo de precedentes é a disponibilidade de meios vocacionados à promoção de rupturas

---

<sup>582</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 18.

<sup>583</sup> Essas são, em uma básica abordagem, as três etapas necessárias para a aplicação do precedente, cf. ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 516-517.

<sup>584</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

<sup>585</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, 2011, p. 69.

<sup>586</sup> MARINONI. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil, 2009, p. 36-37.



(*departures*), porque só assim será possível conciliar a dimensão discursiva do Direito (que inderrogavelmente cuida de questões subjetivas, por ocasião da análise dos casos levados ao crivo do Judiciário) com a dimensão objetiva dos precedentes<sup>587</sup>. Aliás, quanto mais rígida for a adoção do *stare decisis* por um sistema jurídico, mais difundidas devem ser as tecnologias de promoção do *distinguishing*<sup>588</sup>.

Habilidade com distinções, muito ao contrário do que um autorizativo para romper com a unidade pretendida pelo modelo de precedentes, afigura-se num meio de manter a integridade e coerência do sistema jurídico, considerada a premissa de que nenhum caso será idêntico ao outro. E, como o trabalho do *case law* requer constante categorizações dos fatos, é fundamental a proficiência de tecnologias que viabilizem reclamar tratamento jurídico diferenciado sempre que o caso-atual demandar. Como a replicação do precedente requer um menor esforço argumentativo (posta a presunção que lhe milita a favor), a pretensão de afastamento, necessariamente, requer uma argumentação jurídica mais qualificada<sup>589</sup>.

Nessa definição mais básica, o *distinguishing* opera mediante o confronto comparativo entre os elementos objetivos da demanda (caso-atual) e os elementos caracterizadores do paradigma (caso-precedente). A distinção, então, será efetivada quando o resultado do confronto revelar diferenças significativas, seja pela falta de coincidência entre os fatos fundamentais do caso-atual com os do caso-precedente, ou porque, a despeito de alguma aproximação ente ambos, existam peculiaridades no caso-atual que reclamem o afastamento do precedente<sup>590</sup>.

No modelo brasileiro, diante do tratamento panorâmico que o Código de 2015 procurou dispensar aos precedentes, essa noção reforça a necessidade de que os profissionais do Direito adquiram refinada habilidade crítica e argumentativa. A doutrina dos precedentes foi valorizada em todo o arco processual, privilegiando sua subjacência desde as fases mais incipientes até as últimas. É justamente essa integratividade que se pode chamar de *sistema normativo de precedentes* – não limitando a tratativa da temática, como sugere uma simplista análise do caderno processual, aos dispositivos que compõem o núcleo dogmático (489, §1º, V e VI, 926 e 927). Muito embora tais dispositivos sirvam de instrução ao manejo dos

---

<sup>587</sup> Nesse sentido: NUNES; HORTA. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*, 2016, p. 312.

<sup>588</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, 2012, p. 95.

<sup>589</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 18.

<sup>590</sup> Nesse sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 491.

precedentes, a força vinculante está pulverizada em todas as fases do processo e, por isso mesmo, reclama uma inteligência argumentativa muito mais apurada dos profissionais jurídicos.

Para ilustrar essa ideia, basta lembrar de alguns dispositivos que sobrelevam a eficácia obrigatória e que reclamam um aguçado labor argumentativo do litigante. O inciso II do artigo 311, por exemplo, que possibilita a concessão de tutela de evidência se “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, é exemplo eloquente disso. Segundo o dispositivo, se a pretensão do autor estiver em consonância com teses firmadas nos referidos precedentes<sup>591</sup>, o ônus temporal será redimensionado, fazendo com que o réu, e não mais o autor, suporte a mora do processo, independentemente, inclusive, da demonstração do *periculum in mora*. Nesse caso, por conta da grande probabilidade de êxito dos pedidos autorais, justamente porquanto formulados em consonância com o precedente (que pressupõe que aquela questão jurídica já tenha sido submetida a um amplo debate argumentativo e dialético e a uma exaustiva cognição do tema), o autor passa, já no início da demanda, a desfrutar do bem da vida pretendido e o réu, por sua vez, suporta o ônus temporal do processo.

Outro artigo que tonifica o panorama vinculante é o 332, cuja redação possibilita que o pedido seja julgado liminarmente improcedente nas hipóteses em que a pretensão do autor conflitar com precedentes judiciais<sup>592</sup>. Nesse caso, o indeferimento ocorrerá, inclusive, independentemente da citação da parte adversa, exatamente pela presunção a favor do precedente. Seguindo a mesma lógica, o parágrafo quarto do artigo 496 afasta a necessidade de sujeição da remessa necessária nos casos em que a sentença estiver conforme precedentes judiciais.

---

<sup>591</sup> Na verdade, parte significativa da doutrina defende a ampliação do rol do inciso II do artigo 311 a todas as espécies de precedentes judiciais, ou seja, que a tutela de evidência deva ser concedida sempre que a pretensão autoral esteja lastreada em precedente formado segundo alguma das metodologias de julgamento do artigo 927. Nesse sentido, Lucas Buril adverte que “a questão precisa ser analisada acuradamente, proporcionando a compreensão adequada da abrangência das hipóteses permissivas da tutela de evidência. Uma leitura sistêmica do CPC não autoriza a interpretação meramente literal e restritiva dessa hipótese concessiva, o que resultaria em uma norma bastante empobrecedora do instituto (MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 487). No mesmo sentido: DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 637-640.

<sup>592</sup> A mesma ressalva feita em relação ao art. 311, II é defendida pela aludida parcela doutrinária.

Em que pese a irregnação doutrinária de que tais dispositivos e seus pares mais se afeiçoem à ideia de gestão processual do que à de precedentes judiciais<sup>593</sup>, é inegável, em todo caso, a necessidade de que os profissionais da área jurídica tenham intimidade com a técnica do *distinguishing*, porque somente imiscuindo-se suficientemente no ônus argumentativo é que o direito de ação e de defesa, nesses casos, poderão ser exercidos com plenitude.

Soma-se a isso o posicionamento cada vez mais restritivo que os tribunais têm adotado em relação à recorribilidade das decisões proferidas conforme precedentes judiciais, com potencial “tendência de engessamento do Direito e de supressão de discussões sobre teses jurídicas já decididas, a despeito da existência de razões peculiares que recomendariam as *departures* da *common law* – a exemplo do *distinguishing*”,<sup>594</sup> postura que foi fortalecida pelas alterações promovidas pela Lei 13.256/2016, ainda na *vacatio legis* do Código de 2015 (o que, posta sua relevância prática, será tratado em tópico autônomo, *infra*).

Dierle Nunes e Antônio Viana advertem que manejar bem a técnica, nos tempos atuais, “é uma questão de sobrevivência”, já que

o advogado é compelido a raciocinar por comparações (de casos) e, nesse ambiente comparatístico, deve indicar analogias e contra-analogias suficientes para a individualização do caso, impedindo-se, dessa maneira, que a decisão seja construída a partir de critérios generalíssimos que não guardam efetiva correspondência com as questões jurídicas debatidas. A existência de um “precedente” contrário, somada à deficiência do profissional no manejo das referidas técnicas, traz um cenário extremamente desfavorável, isso porque torna-se previsível que o ajuizamento da ação terá sido em vão, dada a possibilidade de, rapidamente, ser prolatada sentença de improcedência [no caso do óbice do art. 332]<sup>595</sup>.

Sob tais premissas, o art. 489, § 1º, V e VI ostenta a possibilidade de promoção do *distinguishing*, não apenas a partir da *fundamentação*, mas, também, considerando a importância do *relatório* da decisão, já que será necessário ao magistrado comparar os fatos materiais do caso-atual com os do caso-precedente que pretende invocar ou afastar mediante

<sup>593</sup> “[...] a valorização do precedente judicial significa racionalização no julgamento de demandas, além de prestigiar a previsibilidade, segurança jurídica, estabilidade de decisões e desestímulo à litigiosidade, por conta da consolidação de entendimento contrário referente a determinada matéria” (CASTRO, Daniel Pentead de. *Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 180).

<sup>594</sup> NUNES; HORTA. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*, 2016, p. 308.

<sup>595</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 100.

analogias e contra-analogias. A distinção é, por assim dizer, uma técnica de suma importância para a boa fruição de um sistema jurídico que adote como regra a vinculação dos precedentes judiciais, porque permite a oposição à presunção de aplicação que o precedente carrega.

Apoiando o incremento legislativo, Marinoni defende que

A necessidade de o juiz não poder simplesmente invocar a *ratio* para decidir requer a assimilação da premissa de que a *ratio* é direito que, assim, impõe-se para a resolução da demanda ou do recurso. É preciso perceber que, do mesmo modo que o juiz não pode invocar uma lei sem situá-la no contexto do caso, não pode invocar um precedente sem demonstrar que regula a questão de direito posta no caso<sup>596</sup>.

Além da previsão no parágrafo primeiro do artigo 489, o *distinguishing* está previsto no artigo 1037, §§ 9º e seguintes, especificamente voltado para o âmbito do julgamentos dos recursos repetitivos, no artigo 1029, §§ 1º e 2º, que versa sobre recurso extraordinário e especial fundamentado em dissídio jurisprudencial, e no artigo 1.043, § 4º, que versa sobre embargos de divergência. Apesar das previsões pontuais, o entendimento doutrinário que prevalece é que a aplicação da técnica se estende a todas as espécies de precedentes e, mais amplamente, de julgamentos que ocorram por amostragem, em que é afetada uma causa piloto e determinado sobrestamento de demandas análogas, pela existência de um *microsistema de litigiosidade repetitiva*<sup>597</sup>. Ainda que fuja ao recorte metodológico feito para o presente estudo – sobretudo porque considera como uma das suas premissas básicas a diferenciação entre os discursos do precedente e do seu veículo de julgamento – convém ressaltar a importância do papel do relator na decisão de afetação do paradigma em indicar acuradamente os fatos que tenha considerado materiais, porque somente dessa forma a parte terá meios de suscitar a distinção no caso de eventual suspensão promovida pelo juízo, o que vai totalmente ao encontro das advertências feitas no capítulo passado e, ademais, parece também se amoldar ao âmbito de incidência da proposta que será exposta no tópico 4.5, abaixo, no que compete.

Mesmo que pareça óbvio, o processo argumentativo do *distinguishing* reúne os mesmos desafios que a identificação da *ratio decidendi* compilados no capítulo 3, justamente porque a distinção é a outra faceta da aplicação. Se, para aplicar o precedente, o intérprete deve

<sup>596</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 339.

<sup>597</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Comentários aos artigos 1.036 a 1.041. In: DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2330-2331.

argumentar proficuamente que as circunstâncias do caso-atual são suficientemente análogas às do caso-precedente e, por isso, merece atraí-lo (art. 489, § 1º, V), para distinguir, deverá “demonstrar o quanto os fatos que ensejam a distinção são decisivos para a correta interpretação e aplicação dos termos dos dispositivos legais e outras disposições normativas”<sup>598</sup>. Em outras palavras, para distinguir um caso de um precedente, não basta que o juiz aponte diferenças entre ambos, *ele terá que demonstrar que a diferença é substancial e se valer de uma fundamentação suficientemente convincente para afastá-lo*<sup>599</sup>. Essas impressões de Duxbury, aliás, configuram oportuniíssimo gatilho para confirmar que, de fato, toda controversa abordagem acerca da substancialidade dos fatos para a adequada delimitação dos fundamentos determinantes também se reflete na pretensão de promoção do *distinguishing*.

A pedra de toque, então, é a argumentação, tanto para as partes como para o juiz. Intentando a parte fundamentar sua postulação em determinado precedente, deverá demonstrar a similitude fática entre ambos. A parte contrária, por sua vez, caso discorde, imiscui-se no dever de argumentar que, apesar da similitude aparente, existem outros fatos com relevância suficiente que impedem a aplicação<sup>600</sup>. Nesse caso, a argumentação deverá se concentrar em demonstrar que as divergências são maiores, ou merecem maior peso, do que a semelhanças. A parte que melhor êxito argumentativo obtiver dará subsídios ao órgão jurisdicional para decidir segundo a diretiva defendida.

O julgador, de seu turno, sempre deverá considerar o precedente vinculante, seja para aplicar ou para distinguir – inclusive, independentemente da arguição por qualquer das partes, é bom realçar. Havendo precedente vinculante sobre determinada matéria, o juiz atrai para si o ônus argumentativo de esclarecer como o precedente deve ser tratado, pelo *dever de autorreferência*. Na verdade, esse é um ponto já, há muito, observado na doutrina do *common law*<sup>601</sup> e que, mais recentemente, tem atraído atenção especial dos autores pátrios<sup>602</sup>. Em

<sup>598</sup> Assim: TUSHNET. *Os precedentes judiciais nos Estados Unidos*, 2013.

<sup>599</sup> DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 114.

<sup>600</sup> PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 248, p. 331-354, 2015, p. 6.

<sup>601</sup> “Anyone familiar with English case law knows that judges will sometimes not follow an earlier decision but nevertheless see fit to refer to or apply it, or accord it significance in some other, similarly subtle way in the course of a judgment. Although a judge might with good reason see no obligation to follow, and might explicitly claim not to follow, a precedent, its existence may nevertheless lead him to decide differently from how he would have done had it not existed. The precedent might remind him of the weight of the past, that he is deciding within a tradition, and the decision which he makes, though it might not accord with the precedent,

primeiro lugar, porque revela a contrapartida do órgão jurisdicional inserto no modelo cooperativo (art. 6º, CPC). A consideração do precedente se impõe como uma medida contrafática e contraintuitiva<sup>603</sup> e estipula uma espécie de “dever de boa-fé do Judiciário”, que não pode atuar desconsiderando o que já produziu anteriormente, porque isso, no modelo em que concorrem mútua e dinamicamente como fontes primárias as leis e os precedentes<sup>604</sup>, “equivalaria, em alguma medida, com a proibição de comportamento contraditório”<sup>605</sup>.

Além disso, na medida em que impõe que a consideração do precedente seja fundamentada, a autorreferência é a verdadeira interseção entre a obrigatoriedade dos precedentes e o dever de motivação das decisões judiciais<sup>606</sup>, requisito tão caro ao ordenamento e que, a despeito da previsão constitucional, recebeu um sucateado tratamento ao longo da vigência processual passada, inspirando, por isso mesmo, a inclusão do dever de fundamentação analítica no art. 489, § 1º. Correlato ao dever das partes demonstrarem as semelhanças e divergências que mereçam aplicação ou afastamento do precedente, ao órgão jurisdicional, cabe decidir com diálogo obrigatório ao que já foi decidido antes sobre a mesma matéria, o que recebeu tônica especial a partir do momento em que se atribuiu ao precedente judicial a alcunha de fonte do Direito. Assim como a lei é cognoscível *ex officio* pelo juiz, o precedente também se insere no âmbito do *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*, o que significa que, ainda que ele não seja invocado por alguma das partes, deve obrigatoriamente ser considerado na formação da cognição<sup>607</sup>.

Isso não significa, por outro lado, que é o dever de autorreferência que denota autoridade ao precedente, porque ela é decorrente do próprio *stare decisis* e, mais precisamente no nosso ordenamento, da previsão formal do art. 927 do CPC. A autorreferência, antes, atrela à atividade jurisdicional o dever de dialogar com os precedentes judiciais que versem o mesmo assunto, não sendo necessário para satisfazer a esse requisito, vale o realce, que o precedente

---

might pay respect to or in some other way bear the marks of that tradition” (DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 112).

<sup>602</sup> BURIL, Lucas. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do *stare decisis*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 282, 2018.

<sup>603</sup> Quando inserido no âmbito do modelo cooperativo e, especialmente se confrontado com o tratamento subvertido que o dever de motivação veio adquirindo ao longo dos anos, o dever de se autoreferenciar é contrafático e contraintuitivo na medida em que implementa “comportamentos mais consentâneos com as finalidades de implementação de efetividade e garantia de nosso modelo processual constitucional” (NUNES, Dierle. A função contrafática do direito e o novo CPC. *Revista do advogado*, São Paulo, v. 35, n. 126, 2015. p. 53).

<sup>604</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 70.

<sup>605</sup> BURIL. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do *stare decisis*, p. 2.

<sup>606</sup> Cf. BURIL. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do *stare decisis*, p. 2-3.

<sup>607</sup> Nesse sentido: BURIL. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do *stare decisis*, p. 3.

seja seguido. A autorreferência deve ser observada quando o precedente for aplicado ou afastado, porque da submissão a esse entendimento é que resultará coerência e integridade para o sistema<sup>608</sup> e, em ambas as situações, a constitucionalidade da atividade jurisdicional estará conferida mediante a fundamentação que acompanha a decisão.

Assim, no caso de uma decisão que aplica norma criada em precedente anterior, é preciso que o magistrado enuncie o precedente e demonstre a similaridade fática que legitima a aplicação da mesma norma ao caso sob exame – como designa o art. 489, § 1º, V, do CPC/2015. Não é diferente quando há desvio da norma do precedente: o juiz que pretende tomar uma decisão desviando-se do precedente, por entender que os fatos substanciais são distintos (*distinguish*) ou porque a norma não merece mais continuar no sistema jurídico (*overruling*), deve necessariamente referir-se aos precedentes que seriam a priori aplicáveis, demonstrando as razões para sua não aplicação ou para sua superação – e assim comanda o art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015. A regra da autorreferência determina bônus ou cargas argumentativas: o juiz precisará fundamentar com os precedentes que tratem da questão, independentemente de aplicá-los ou rejeitá-los<sup>609</sup>.

É na fundamentação, aliás, que serão denunciados eventuais vieses cognitivos. Num modelo como o brasileiro, que elevou o Contraditório à condição de valor-fonte<sup>610</sup> do processo – já que, em um só tempo, suplanta a velha noção de ação/reação e bilateralidade de audiência e, além de incluir o juiz como destinatário do princípio, impõe um debate para com os argumentos levantados pelas partes e o direito de que eles efetivamente influenciem no convencimento e na decisão do juiz –, a coerência entre a fundamentação e a conclusão é que revelará se a diretiva adotada realmente considerou ou não as arguições das partes. Se referidas arguições foram pautada em precedentes, logo, a decisão que lhes aplica ou afasta deverá expor suas razões para tanto.

Mais uma vez, percebe-se a centralidade dada ao papel da fundamentação. Sendo a opção por aplicar ou afastar o precedente, permanece o ônus de fundamentar e a validade da decisão dependerá do cumprimento desse dever. Neil Duxbury compara o dever do órgão jurisdicional de seguir o precedente com o dever que uma pessoa comum possui de cumprir uma obrigação moral, por exemplo, uma promessa: o dever não é absoluto, mas sempre que

<sup>608</sup> BURIL. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do stare decisis, p. 2-3.

<sup>609</sup> BURIL. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do stare decisis, p. 3.

<sup>610</sup> FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall'”azione” al “processo” (1864-1994). *Revista di Diritto Processuale*, anno XLIX, n. 4, p. 911-925, 1994.

relativizado, atrairá a necessidade de justificar suas razões<sup>611</sup>. Somente, então, quando for robusta a aventura argumentativa, o precedente, que até então contava com presunção a seu favor, poderá ser repelido. Se, por outro lado, for fraca a argumentação, a distinção é que será afastada e aplicado o precedente<sup>612</sup>.

Afinal, qualquer sistema jurídico que abrigue o *stare decisis* só admite o afastamento do precedente assemelhado ao caso-atual em casos de superação – que, claro, só pode ser promovida pelo mesmo tribunal que formou o precedente, porque, caso contrário, a hipótese seria de irreverência e não *overruling*. Não realizado o juízo de superação, o precedente permanece válido, ressalvando-se ao intérprete, nesse caso, no máximo, a técnica do *disapprove precedent* (ou, como também é conhecida no âmbito nacional, a ressalva do entendimento pessoal contrário<sup>613</sup>) por meio da qual, embora o juiz aponte suas incorreções e fundamente o caso segundo seu entendimento, assegura-se, ao final, a aplicação da *ratio decidendi* do precedente<sup>614</sup> em respeito à ordem obrigatória. Agindo assim, de um lado, será denunciada a quebra da congruência social ou consistência sistêmica do precedente, estimulando o tribunal competente a providenciar o *overruling*, e, de outro, manterá viva a submissão ao *stare decisis*.

#### 4.2 *DISTINGUISHING* CONSTITUTIVO (EM SENTIDO AMPLO): PROCESSO ARGUMENTATIVO POR MEIO DO QUAL O RACIOCÍNIO POR CONTRA-ANALOGIAS SE DESENVOLVE

Ainda quando não for seguido, o precedente deve, necessariamente, constranger, inibir<sup>615</sup>, a ponto de impelir a parte e/ou o julgador a fundamentar sua opção teórica. Essa percepção

<sup>611</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 112-113.

<sup>612</sup> Vale lembrar que “o método dos precedentes requer inteligência crítica na argumentação, pois procura a melhor nova decisão à luz das decisões anteriores, do que é específico para o caso em questão e também do que é necessário para manter um sistema jurídico coerente” (MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 260), pelo que a pedra angular na aplicação ou distinção é a argumentação.

<sup>613</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 343.

<sup>614</sup> Não há contradição nessa postura, como já ressaltou o enunciado n. 172 do FPPC.

<sup>615</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 112.



responde não apenas à ideologia traçada pelo CPC/2015, mas também à inegociável garantia de observância do *devido processo legal*. Se, por um lado, a partir da moldura do núcleo dogmático, que elege a argumentação jurídica como mola propulsora para um manejo seguro e fluido dos precedentes, só se admite a justificação das diretrizes teóricas do intérprete como meio legitimador da opção adotada (na consonância do que propõe o art. 489, § 1º, do CPC), por outro, a ponderação do *stare decisis* com os limites do devido processo legal é muito benéfica para a fruição do modelo de precedentes.

É inegável que o *stare decisis* impõe a terceiros – pessoas que não participaram do processo de formação – os efeitos de precedentes, já que, nas causas posteriores faticamente análogas, a solução jurídica dada ao *leading case* deverá ser aplicada. Por isso, quanto mais estimulado for o debate na formação do precedente, quanto mais exaustiva for a cognição sobre as questões em análise, quanto maior for o leque de informações levadas em consideração e, ainda, quanto mais intensa for a atuação dos partícipes (partes e julgadores), mais legítimo será o precedente, posta a confiabilidade de seu conteúdo.

Contudo, mesmo adotando a máxima cautela na formação do precedente, o espectro de argumentos disponibilizados, nesse momento, sempre será limitado, se consideradas as possibilidades argumentativas posteriores. Especialmente no modelo brasileiro, ao se formar um precedente, por mais densa que seja a tentativa de enfrentamento das diretrizes interpretativas, geralmente, essa etapa será realizada a partir de um gama contida de argumentos – justamente os argumentos (parciais) propostos pelos sujeitos do caso-precedente<sup>616</sup>. Inevitavelmente, os fundamentos determinantes serão densificados na cadeia de aplicações/distinções posterior.

Por isso, embora muitos tribunais realizem, sem nenhuma dificuldade, o *distinguishing* declaratório com a finalidade direta de afastar a incidência do precedente (a partir de uma interpretação restritiva de sua *ratio* e a conseqüente conclusão de que os fatos do caso-atual são diversos), a técnica nem sempre será empregada nessa forma mais direta, já que os tribunais podem distinguir para pretender alterar a *ratio decidendi* originária ou, ao menos, alterar o seu âmbito de incidência<sup>617</sup>.

Novas ponderações podem realmente fazer a diferença, de modo que é fundamental que se garanta, aos litigantes e magistrados futuros, as possibilidades dialéticas para a contraposição

---

<sup>616</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 207.

<sup>617</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 115.

à presunção que advoga em prol do precedente. Afinal, o Direito é contra-fático e impor fidelidade excessivamente rígida aos fundamentos forjados na formação daria razão a boa parte das críticas ao modelo vinculante, porque, de fato, a maleabilidade do Direito estaria em ameaçada. Se, diante de um precedente, o jurisdicionado não tiver instrumentos contra-análogos que lhe garantam esgotar as possibilidades argumentativas e individualizar o Direito do caso, o modelo de eficácia vinculante tenderá à ruína. Daí se extrai a justificativa de que um modelo jurídico afeiçoado ao *stare decisis*, como o brasileiro parece ter assumido, ao menos após a edição do Código de 2015, precisa desenvolver tecnologias refinadas e claras de distinção – aqui já versadas no sentido amplo, ou seja, como processo argumentativo hábil a proporcionar o refinamento da *ratio decidendi*.

O *distinguishing* constitutivo, pois, é o que confronta o caso-precedente com o caso-atual e, percebendo haver diferenças fáticas relevantes, deixa o âmbito de incidência do primeiro e formula uma nova regra jurídica, moldada aos seus limites. “Nessa hipótese não se tem propriamente uma distinção do precedente, pois ele é efetivamente aplicado ao caso concreto, mas apenas um ajuste quanto aos fatos substanciais em relação aos quais ele deve ser aplicado”<sup>618</sup>. Perceba que, ao contrário do que ocorre com o *distinguishing* declaratório, essa técnica não se resume a “apenas uma declaração de que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento”<sup>619</sup>, constituindo, verdadeiramente, uma nova norma jurídica, formada de acordo com os contornos fáticos do novo caso.

Essa faceta da técnica é, na verdade, um reflexo da cadeia interpretativa retratada no capítulo anterior. Ao formar a *ratio decidendi*, o tribunal não tem como antever todas as possibilidades que poderão abranger as futuras interpretações todas as vezes em que o precedente for (ou deva ser) invocado – muito embora, como será demonstrado no tópico 4.5, uma proposição para a questão, ainda que estimule a reconstrução paulatina do significado da *ratio*, não pode deixar de prever meios que resguarдем a essência adquirida na formação.

As futuras suscitações formarão uma linha de precedentes atinentes à matéria, que devem ser, necessariamente, considerados. E como o precedente é norma e, nessa qualidade, dinâmico, as ressignificações pelos tribunais aplicadores serão inevitáveis. Isso, além de um forte contributo para o sistema jurídico, posto o exercício dialético, enriquece o precedente, porque,

---

<sup>618</sup>PEIXOTO. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), 2015.

<sup>619</sup>MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 233.

à medida que novas peculiaridades são consideradas e enfrentadas, mais densificada e segura tende a se tornar a *ratio decidendi*.

Deve, então, haver uma coordenação equilibrada entre a *ratio decidendi* anunciada e as reinterpretações, mantendo-se o referencial da norma originária ao mesmo tempo em que se concebe novos elementos sequentes. Não é difícil imaginar casos em que a Corte formadora não considere alguma questão relacionada ao entendimento formado ou, ainda, que nas aplicações apareçam novas situações não versadas originariamente. Nessas situações, o significado, inicialmente, proposto ao precedente poderá ter seu conteúdo ampliado ou restringido, adaptando-se conforme às novas significações, sem rupturas<sup>620</sup>.

De acordo com o que se discorreu no capítulo anterior, o modo de elaboração dos precedentes, muitas vezes motivados pela necessidade de implementação de alguma política judiciária, pode variar, o que influenciará diretamente na forma como a norma originária será recebida pelos tribunais seguintes. A Corte formadora pode optar por elaborar um precedente muito imbricado com sua conjuntura fática para que, dessa forma, seu âmbito de incidência seja mais restrito – isto é, o precedente só será aplicado caso todas as hipóteses fáticas ocorram no caso-atual –, o que restringe a aplicação do precedente a casos bem semelhantes. Ou então, a Corte formadora pode empregar um menor esforço vinculativo entre as circunstâncias fáticas e a solução jurídica designada, justamente, para que o precedente alcance uma quantidade maior de casos. Nesse caso, a dicção do precedente é mais ampla, mais genérica, viabilizando menor dificuldade para que uma gama maior de casos possa ser incluída em seu âmbito de incidência<sup>621</sup>. Mas na verdade, conceitos como “amplo” e “restrito” também são vagos e equívocos e, na prática, somente será possível a constatação quando o precedente for, de fato, confrontado com o caso-atual.

As novas ponderações fáticas, caso não sejam suficientes para excluir o caso-atual do âmbito de incidência do caso-precedente, no final das contas, permitirão a modificação da *ratio decidendi* originária. Após identificar as *rationes decidendi* do caso-precedente e as do caso-atual, o tribunal aplicador apontará diferenças fáticas nesse último, mas, apesar disso, ou (1) considerará que a divergência *não é material* e, por isso, não implicará o afastamento do precedente – caso que, na verdade, estará criando uma exceção à norma estabelecida na decisão que originou o precedente, ou (2) não apenas reconhecerá que a divergência não é

---

<sup>620</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 234-235.

<sup>621</sup> Cf. SCALIA. *The Rule of Law as a Law of Rule*, 1989.

apta o suficiente para afastar o precedente, como também que trata-se de um detalhe fático *material* e que, por isso, a solução jurídica do caso-precedente só poderá ser aplicada, dali em diante, caso esse detalhe também esteja presente – situação em que, ao invés de criar uma exceção, o juiz está agregando novo conteúdo à norma originária.

Seja pela exceção ou pelo incremento jurídico, é inegável que há verdadeira modificação da *ratio decidendi* do caso-precedente (*facts adjusting* em relação à norma primitiva<sup>622</sup>) e, a partir dali, os intérpretes que enfrentarem situações que se enquadrem naquela linha de precedentes deverão considerar, necessariamente, os novos contornos dados ao precedente originário. Há, em ambos os casos, nova norma jurídica criada pelo magistrado do caso-atual<sup>623</sup>.

Duxbury tece um interessante exemplo dessa segunda faceta da técnica:

Se um tribunal decidiu em *Black v. Black* que X deve ser o resultado quando os fatos A, B e C obtêm, então se A, B e C são os fatos operativos em *White v. White*, podemos esperar que o resultado seja X. Mas imagine que em *Gray v. Gray* a corte distingue *Black v. Black*, decidindo que X deveria ser o resultado quando presentes A, B, C e E. Se, em *Gray v. Gray*, A, B e C, mas não E, obtiver, então X não será o resultado, apesar da presença dos fatos materiais que levaram a ele sendo o resultado da jurisprudência anterior. Adicionando às condições necessárias para X, o tribunal em *Gray v. Gray* mudou a lei: a *ratio decidendi* de *Gray v. Gray* é mais restrita - será aplicável em menos casos, uma vez que requer a presença de mais fatos materiais - do que o de *Black v. Black*<sup>624</sup>.

Também sob a perspectiva do discurso do precedente, então, o *distinguishing* garante um instrumentário potencializador, uma vez que, na qualidade de texto linguístico, o precedente originário será sempre sujeito a interpretações e, portanto, sua construção e aperfeiçoamento ocorrerão nos enfrentamentos posteriores, sujeitando-se a um processo pontual e

<sup>622</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, 2012, p. 470.

<sup>623</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 115. Em sentido oposto, Ravi Peixoto, ao considerar essa forma de *distinguishing*, acredita que, embora o juiz do caso-atual realize um ajuste na *ratio*, não significa, necessariamente, que haja a formação de uma nova *ratio decidendi*, mas apenas a ampliação ou restrição do âmbito de incidência da originária [PEIXOTO. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), 2015, p. 7]. Ao que parece, não há divergência de entendimento doutrinário, mas simples divergência conceitual, já que ambos concordam que a *ratio decidendi* originária será modificada nas ressignificações posteriores. A diferença é que Ravi concebe essa alteração como uma mera extensão da *ratio* primeva e não uma nova.

<sup>624</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 115.

evolucionário que reclama, em cada nova aplicação/distinção, pequenos ajustes<sup>625</sup> que ponderem não apenas todas as interpretações anteriores, mas as peculiaridades concretas do caso em análise e garante, ainda, a observância das garantias processuais fundamentais<sup>626</sup>.

Lucas Buril endossa a questão:

Realmente, o devido processo legal não admite que, depois de formado o precedente, se dê uma preclusão absoluta de todas as possibilidades de argumentação para os demais litigantes. É necessário que os argumentos novos sejam considerados e, sendo o caso, que os juízes subsequentes possam reduzir a amplitude do precedente, modificar seus efeitos ou mesmo corrigi-lo, quando equivocado<sup>627</sup>.

O autor, na verdade, sugere uma simbiose entre o princípio do *stare decisis* e o do devido processo legal (flexibilização do primeiro e fortificação do segundo<sup>628</sup>), defendendo uma coordenação equilibrada, de modo que a observância de um não anule o outro; antes, se complementem na construção de um modelo cooperativo.

Se assumida sem desprezar garantias processuais fundamentais, “realizar a distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito”<sup>629</sup>.

### 4.3 REQUISITOS E LIMITES

Em que pese o *distinguishing* tenha aptidão de alterar a *ratio* inicial, tais possibilidades devem ser limitadas<sup>630</sup>, afinal, “*distinguishing is, in any event, necessarily a limited law-making power (notwithstanding that many instances of distinguishing alter the law considerably)*”<sup>631</sup>.

<sup>625</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 261.

<sup>626</sup> Nesse sentido, MACCORMICK; SUMMERS. *Interpreting precedents:*

*A comparative study*, 1997, p. 5 e DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 59.

<sup>627</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 208.

<sup>628</sup> Nas palavras de Buril: “À decisão, no *stare decisis*, de fato, é atribuído um grau de vinculatividade. Essa vinculação, atuante em processos decisórios posteriores, para que seja compatível com o devido processo legal, precisa ser, em certo grau, *flexível*.” (MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 207).

<sup>629</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 236.

Essa é uma questão que precisa ser enfrentada com atenção, especialmente quando se tem em vista um modelo como o brasileiro que, embora inspirado nos modelos subjacentes à tradição do *common law* (como fica patente pela importação de técnicas e institutos sem os quais nem seria possível a instauração do *stare decisis* no solo nacional), vivencia uma trajetória invertida em alguns aspectos, a saber: enquanto lá a maior preocupação é o desenvolvimento de meios que garantam a flexibilização jurisprudencial, mediante operação das *departures* (por exemplo, *overruling* e *distinguishing*), em face de sua altíssima estabilidade decisória, aqui, o que fomentou o modelo foi justamente o contrário, isto é, a busca do rompimento com a anárquica instabilidade decisória, na qual um mesmo órgão julgador chega[va] a analisar casos idênticos de modo oposto na mesma sessão de julgamento ou em diminutos interregnos temporais<sup>632</sup>.

É importante perceber que, mesmo admitindo um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes – que, em síntese, admite que a tese jurídica imposta ao paradigma seja aplicada a todos os demais casos com circunstâncias fáticas análogas –, cada caso levado à análise pelo Judiciário, inevitavelmente, guardará dessemelhanças de outro. Por mais próximos que possam parecer, os casos subsequentes sempre terão peculiaridades próprias, o que não quer dizer, necessariamente, que, por isso, o precedente não deva ser aplicado.

Afinal, exigir que as demandas sejam completamente idênticas para que um precedente seja aplicado tornaria inviável o modelo de precedentes e relativizaria a própria teoria que sustenta o *stare decisis*<sup>633</sup>. As diferenças fáticas, para que sejam aptas a justificar o *distinguishing*, devem ser substanciais (juridicamente relevantes) para que o emprego da técnica seja legítimo. Essa demonstração é tarefa inerente ao juízo aplicador que pretenda afastar o precedente, à primeira vista, aplicável.

Por assim dizer, da mesma forma que nem todo fato anunciado no caso-precedente pode ser encarado como *fato material*, nem toda peculiaridade pode ser apta a implicar o *distinguishing* (*i.e.*, nem toda distinção é material). “Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais”<sup>634</sup> a ponto de justificar a refutação do precedente. Caso contrário, todo juízo subsequente estaria autorizado a, sob a invocação da técnica da distinção, deixar de

---

<sup>630</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 116.

<sup>631</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 115.

<sup>632</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 25.

<sup>633</sup> Nesse sentido: SCHAUER. *Precedente*, 2016, p. 56.

<sup>634</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 232.

seguir o precedente, especialmente porque, ao contrário do que ocorre na superação, a distinção não está sujeita à reserva do tribunal formador, sendo sua promoção possível a qualquer órgão jurisdicional<sup>635</sup>. Isso implicaria, numa análise mais ampla, a ruína do modelo de precedentes, porque se estaria endossando a desobediência e, por uma via oblíqua, afastando a vinculatividade.

A grande questão é saber quais diferenças serão capazes de afastar e quais serão hábeis em atrair o precedente, o que, inevitavelmente, será feito a cada fase da cadeia de aplicações/distinções. Conceder uma margem de liberdade ilimitada para densificar a *ratio decidendi* originariamente formada vai de encontro à própria essência do modelo de precedentes obrigatórios, que, vale lembrar, abriga uma plêiade de “decisões passadas com potencial para balizar e orientar as decisões presentes e futuras”<sup>636</sup>. Se a técnica da distinção não for precedida de padrões, critérios ou, no mínimo, limites, pode constituir válvula de escape para que os juízes deixem de seguir o precedente obrigatório, sob a alegação de que há circunstâncias distintas entre os casos<sup>637</sup>, mesmo quando não houver.

Isso pode, realmente, ser um problema, porque, embora o precedente seja um guia para as demais ações, os futuros tomadores de decisão nem sempre estarão dispostos a se submeter à orientação<sup>638</sup>. Assim, como não há dois eventos exatamente idênticos, distinguir será sempre possível em algum nível de generalização<sup>639</sup>. Eis a questão: se não é possível padronizar os níveis de generalizações, toda distinção poderá ser justificada, ainda as que procedidas ilegitimamente. Se essa margem de liberdade não for parametrizada, pode tornar-se indesejável e até incompatível com a institucionalização do processo democrático, pois concentrar, no próprio intérprete, o poder de julgar se essas diferenças são necessárias e suficientes para afastar o precedente aparentemente aplicável ao caso. Vale dizer, os critérios de distinção – considerados como tais os fatores que julgam as peculiaridades fáticas de um caso como necessárias e suficientes para afastar a norma prescrita por um precedente, a rigor, aplicável – não podem ser eleitos de modo arbitrário, o que justifica a relevância de dogmatização do tema, ainda bem incipiente na prática dos tribunais.

---

<sup>635</sup> Essa foi a conclusão do enunciado n. 174 do FPPC: “a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado”.

<sup>636</sup> No original: “*precedents are prior decisions that function as models for later decisions*” (MACCORMICK; SUMMERS. *Interpreting precedents: A comparative study*, 1997, p. 1).

<sup>637</sup> OLIVEIRA JR., Délio Mota de. Teoria brasileira dos precedentes judiciais e o argumento novo, não considerado na formação da tese jurídica. *Revista de Processo: Repro*, São Paulo, n. 280, p. 313-351, 2018.

<sup>638</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 111.

<sup>639</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 113.

*Não basta, para legitimar a distinção, que o juiz aponte os fatos diferentes. Cabe-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material e que, portanto, há justificativas plausíveis para não aplicar o precedente*<sup>640</sup>. Nesse sentido, são pertinentes as considerações de Duxbury:

Nor would it be correct to think that a court distinguishes cases merely by drawing attention to factual differences between them: courts are not only drawing a distinction but also arguing that the distinction is material, that it provides a justification for not following the precedent. Not just any old difference provides such a justification: the distinction must be such that it provides a sufficiently convincing reason for declining to follow a previous decision<sup>641</sup>.

O intérprete-atual deve vencer o ônus argumentativo de demonstrar a compatibilização entre o resultado da distinção realizada e o resultado do caso-precedente. Deve haver correspondência de modo que o(s) novo(s) fato(s) ou questão(ões) não façam com que o precedente aplicado destoe de seu significado inicial.

De fato, a despeito das autorizadas ressignificações seguintes, é razoável que, para fins de aferição da legitimidade da distinção, esteja em voga a finalidade do caso-precedente. Não há como admitir que um precedente seja aplicado em manifesta incompatibilidade com a finalidade para a qual foi formado, tampouco com as razões que fundamentaram sua instituição<sup>642</sup>. Isto é, ao se pretender operar o *distinguishing* em sua modalidade constitutiva quando, no mínimo, a *ratio* primitiva é alterada, a referida alteração (seja por abranger um fato não previsto ou por tratar uma questão jurídica não tratada no caso-precedente) deve ser acomodada às finalidades originárias do caso-precedente, sob pena de ilegitimidade na distinção, do que cuidará o tópico a seguir.

O diferencial realmente está na argumentação. Seja densificando ou ampliando/restringindo a norma forjada no caso-precedente, a idoneidade do *distinguishing* reside na demonstração de legitimidade das razões que optaram por essa diretiva, afinal “*where the reasons stop, there stops the rule*”<sup>643</sup>.

<sup>640</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 232.

<sup>641</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 114.

<sup>642</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 235.

<sup>643</sup> MACCORMICK; SUMMERS. *Interpreting precedents: A comparative study*, 1997.



No modelo brasileiro, o juiz que pretender distinguir o caso-atual deverá demonstrar que as diferenças apontadas são materiais, ou seja, necessárias e suficientemente relevantes a ponto de infirmar a pretensão de aplicação da solução jurídica do precedente. Somente assim, a distinção se compatibiliza com a implantação do *stare decisis* no modelo nacional. Para que isso seja possível, então, a prescrição do inciso VI, que canonicamente considera nula a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento [...]”, deve, à melhor luz, ser lida como “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de *distinções materiais* no caso em julgamento [...]”.

É claro que, para que o desenvolvimento realmente funcione, será necessária uma atuação conjunta do juízo formador com o juízo aplicador, porque sob a mesma complexidade que envolve a identificação da *ratio decidendi*, já sintetizadas no capítulo anterior, para apurar se a diferença apontada no caso-atual é, materialmente, suficiente para fundamentar o *distinguishing*, ela deverá ser confrontada com os *material facts* do caso-precedente, precisamente com os fatos anunciados com qualificação material na formação. Para tanto, a sugestão do tópico 4.5, *infra*, propõe a distribuição equânime de importância à formação à aplicação.

#### 4.4 *DISTINGUISHING* ILEGÍTIMO (*LATO SENSU*)

O precedente judicial vinculante, como se estudou até aqui, é, tendencialmente, guia para os casos futuros. No entanto, ainda assim, pode ser que o intérprete não acate a orientação<sup>644</sup>. A pretensão de afastamento pode ser legítima, quando preencher os padrões de promoção do *distinguishing*, ou pode ser que a distinção seja operada sem razões aptas a lhe embasarem. Os limites de legitimidade do *distinguishing* nem sempre são observados, havendo casos que são distinguidos mesmo sem que haja diferenças necessárias e suficientemente relevantes para

---

<sup>644</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 111.

justificar a exceção da incidência do caso-precedente. Trata-se de uma contração indevida do precedente e, na verdade, de uma subversão da técnica da distinção.

Dito de outra forma, a distinção deixa de ser legítima quando, embora o caso-atual seja substancialmente análogo, o juiz cria uma exceção à norma do caso-precedente e faz a distinção, ainda que o seu resultado seja totalmente incompatível com a finalidade e com as razões do caso-precedente<sup>645</sup>. Por meio de uma exceção não condizente, chega-se a um resultado que desfigura a vontade da Corte que formou o precedente – o que é diametralmente oposto ao escopo do *distinguishing*, que só admite a refutação da *ratio* do caso-precedente quando a *departure* visa preservar a estabilidade e segurança. Nas distinções ilegítimas, ao contrário, esses valores são minados<sup>646</sup>.

A doutrina costuma, simplesmente, chamar essa conduta de distinção inconsistente, seja qual for sua motivação. Vale dizer, muitas vezes, a *inconsistent distinguishing* é adotada sob a justificativa de preservação da integridade do sistema e, especialmente nos países submissos ao *common law*, é encarada por alguns como uma técnica utilizável, precisamente, nos casos em que o precedente preenche as condições para ser superado, mas ainda não foi<sup>647</sup>. Por isso, a técnica estaria a serviço do *stare decisis*, porque, no final das contas, embora com certo desvio, atenderia a uma finalidade maior, a saber, a manutenção da segurança jurídica, a coerência e a estabilidade do sistema jurídico.

Há, contudo, situações em que a distinção também é realizada sem critérios, mas por outras finalidades que não a pretensão em manter a coerência do *case law* com os valores sociais predominantes. Infelizmente, em ordenamentos jurídicos que, apesar de subjacentes ao *stare decisis*, ainda não destilam maturidade suficiente, é bem comum a renitência do juiz em relação ao precedente, de modo que, ao enfrentar casos que versem matéria que deveriam ingressar na linha de incidência de determinado precedente, prefere o “próprio entendimento”, mas, diante do constrangimento que o precedente proporciona, procede uma distinção ilegítima, isto é, incompatível com as razões do precedente. Assim, haverá uma pseudo-submissão ao modelo vinculante, contudo, fazendo prevalecer, por uma via oblíqua, suas preferências pessoais. Nesse caso, ao contrário que ocorre com a *inconsistent distinguishing*, não há preocupação com a coerência social, sendo a preferência ideológica do julgador a única justificativa da distinção ilegítima.

---

<sup>645</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 237.

<sup>646</sup> Nesse sentido: MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 274.

<sup>647</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 139.

Embora, ambas as situações representem um afastamento indevido do precedente, sejam igualmente lesivas ao *stare decisis* e, também, acabem proporcionando o mesmo resultado prático, buscando uma finalidade mais analítica, o presente trabalho dispensou tratamento diferenciado a cada uma. À primeira das espécies, o presente ensaio, acompanhando a semântica doutrinária, convencionou chamar distinção inconsistente, mas, à segunda, denominou de distinção ilegítima.

#### 4.4.1 *Distinguishing* inconsistente

Eisenberg define a conceituação da distinção inconsistente (*drawing of inconsistente distinction*) como “aquelas que são inconsistentes com a norma jurídica que lhe deram fundamento, postas as proposições sociais que suportam a norma”<sup>648</sup>. Segundo o autor, o procedimento se assemelha a outras modalidades de ruptura (*overruling e transformation*), já que envolve a superação de uma doutrina que, embora tenha sido estabelecida, já não satisfaz os padrões de congruência social e consistência sistêmica, mas, essencialmente, se difere das demais pelo fato de que, mesmo após realizar a distinção, remanescerão, pelo menos, alguns casos que ainda aplicarão o precedente originário, seja porque a distinção não é abrangente ou porque não pode ser administrada de forma coerente<sup>649</sup>.

Entretanto, apesar de concordar que não seja a via mais adequada, o jurista apresenta algumas “fortes razões para admitir sua prática”, que, em síntese, ocorre quando o “precedente falhar substancialmente em representar os padrões de congruência social ou de consistência sistêmica e, ainda, quando os valores que fundamentam os padrões de estabilidade doutrinária e o princípio do *stare decisis*”<sup>650</sup>, ou seja, sempre que o juiz-atual julgar que o precedente não está mais conforme ao Direito. Nesses casos, embora ainda vigore, a revogação do precedente seria mais útil ao ordenamento do que sua manutenção, sendo esse o aporte teórico que justificaria a “técnica”.

---

<sup>648</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 136.

<sup>649</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 136.

<sup>650</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 139.

De fato, parcela da doutrina do *common law* acompanha Eisenberg, admitindo que, para que se evite que o precedente em tais condições seja revogado, o tribunal atual realize a distinção inconsistente<sup>651</sup>. Segundo essa doutrina, para manter os padrões de estabilidades intrínsecos ao modelo de precedentes obrigatórios, nos casos em que constata-se certo grau de defasagem do precedente, mas não se alcança um grau de maturidade suficiente sobre a certeza da necessidade de sua revogação, opta-se por mantê-lo em vigor até a exaustão cognitiva sobre a questão, mas, enquanto isso, procede-se a distinção a todo caso que, a rigor, ele seria aplicado, ainda que valendo-se de uma exceção ilegítima para tanto. A distinção inconsistente, assim, se afiguraria como passo provisório para a revogação total e permanente do precedente e o intérprete que adota a prática estaria agindo de forma íntegra e isonômica<sup>652</sup>.

Em que pese a qualificação doutrinária de Eisenberg no tema dos precedentes vinculantes, esse não parece o meio mais adequado para correção de rumos. De fato, o hiato que permanece entre a dúvida e a confirmação da desconformidade social e sistêmica do precedente é um problema que merece atenção, mas é preciso sopesar até que ponto a força do *stare decisis* pode ser mitigada para isso e, ainda, se há outros meios capazes de oferecer uma resposta melhor.

Pela constante mutação social, cultural, econômica, política e demais valores que informam a sociedade e, considerando que o Direito precisa se acomodar a essas transformações, pode, de fato, tornar-se bem recorrente situações em que a norma jurídica, embora tenha sido, um dia, justa para determinado ordenamento, não mais se justifique. Há, nesses casos, um dever intrínseco de que a referida norma seja reavaliada e, se for o caso, novamente conformada à realidade social<sup>653</sup>.

Em situações como essa, o adequado seria que o precedente fosse definitivamente revogado através do procedimento regular do *overruling*, já que, na verdade, a recusa de seguir o precedente se dá em decorrência de que, ao menos em relação aos fatos materialmente iguais

---

<sup>651</sup> “Nos países de *common law* não é incomum (o que não isenta de reprovação) os magistrados forçarem o *distinguishing* para afastarem de determinado precedente reconhecidamente ruim (*bad law*) mas que, pela autoridade e hierarquia que ostenta, não pode ser *overruled* (revogado) ou afastado de outra forma.” (NUNES; HORTA. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução, 2016, p. 313)

<sup>652</sup> Nesse sentido: MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 236-237.

<sup>653</sup> MACCORMICK; SUMMERS. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, 1997, p. 374.

aos fatos do caso-atual, uma nova norma jurídica deveria ser estabelecida<sup>654</sup>. Algumas circunstâncias, contudo, podem levar o intérprete a outros caminhos.

A primeira e mais básica consiste na hipótese de a análise estar sendo feita por um tribunal de hierarquia inferior à do que elaborou o precedente, o que lhe tolhe a possibilidade de superar.

Outra hipótese ocorre quando, não obstante a Corte que constate a falha de congruência da norma exurgida do precedente tenha competência para superar, ainda não há certeza suficiente se a questão realmente merece ser revogada, uma vez que a superação é uma técnica que se impõem apenas em casos extremos, porque configura uma supressão do comando estabelecido por um princípio do *stare decisis*, de modo que, ainda que possa refletir uma confirmação coerente do Direito, inexoravelmente representa uma quebra da linha jurisprudencial, uma ruptura da norma jurídica<sup>655</sup>. Por isso, segundo a doutrina que endossa essa postura, em vez de revogá-lo formalmente, a Corte pode preferir mantê-lo em vigor até exaurir a certeza acerca da sua superação e, além disso, passa a testar as consequências da exceção por meio da distinção inconsistente, percebendo quais serão as reações nas diversas searas do poder Judiciário. Dependendo da repercussão, a Corte, então, poderá confirmar a hipótese (de que realmente a superação é a melhor opção para aquele precedente) ou infirmá-la, voltando atrás e mantendo a norma válida<sup>656</sup>.

Em situações como essa, com efeito, seria possível cogitar que a distinção inconsistente apresenta vantagens em relação ao *overruling*, já que, (i) caso a superação tivesse sido a primeira opção, adotada ainda quando o juízo sobre a validade do precedente estava em formação e, supondo que ao final das investigações empíricas, a hipótese inicial tivesse sido infirmada, isto é, se constatasse que o melhor teria sido manter o precedente válido, o retorno (validar, novamente, o precedente) seria incontavelmente mais complexo. Ademais, (ii) ao contrário do *overruling*, a *inconsistent distinction* manteria a confiança legítima e a prevenção contra a surpresa injusta (pressupostos do modelo), isto é, preservaria os que confiaram na norma jurídica, uma vez que o precedente ainda permaneceria válido em alguma medida – precisamente na parte em que não perdeu força<sup>657</sup>.

---

<sup>654</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 117.

<sup>655</sup> Nesse sentido, MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 291-296.

<sup>656</sup> No mesmo sentido, PEIXOTO. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), 2015, p. 11.

<sup>657</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 139-140.

Apesar de relativamente<sup>658</sup> verdadeiras as assertivas que militam em favor da exceção inconsistente, há outras medidas reconhecidas no modelo de precedentes que parecem satisfazer melhor aos problemas que ela procura resolver (“*i*” e “*ii*”) e, por outro lado, mantém a integridade (legitimidade) das aplicações, na medida em que não concebe a simulação de diferenças para aprovar o desvio dos fundamentos determinantes – o que, *ultima ratio*, mantém a força e a integridade do *stare decisis*.

A sinalização (*signaling*), por exemplo, oferece uma resposta bem mais equilibrada à questão, porque, de uma só vez, tutela a segurança jurídica e a coerência do modelo vinculante e, ainda, a confiança legítima do passado, afastando-a do futuro<sup>659</sup>. Pela técnica, no enfrentamento do caso-atual, o tribunal, submete-se ao precedente e, ao mesmo tempo, anuncia que ele não é mais confiável<sup>660</sup>. Vale dizer que a sinalização não goza de pressupostos formais para sua configuração, isto é, não se exige do tribunal que expressamente informe estar sinalizando. Basta que, ao perceber a quebra do suporte social e da congruência com o sistema, o tribunal aponte os motivos que devem levar à revogação do precedente, concluindo que, não fosse a subserviência ao *stare decisis*, outra solução seria mais adequada ao caso. Contudo, primando pelo não enfraquecimento institucional, o precedente é adotado. Desse modo, será evidenciado o desgaste da norma, revelando que, num futuro não distante, é provável que seja revogado, mas, por outro lado, a confiança legítima é mantida.

Como se vê, a sinalização é adequada para resolver os dois problemas que supostamente seriam suficientes para justificar a aceitabilidade da *inconsistent distinguishing*. A uma (“*i*”), porque não haverá maiores dificuldades caso se perceba, após um enfrentamento mais detido sobre a adequação da norma, que, ao contrário do que havia sido suposto inicialmente, ela reflete os padrões de congruência social e consistência sistêmica, merecendo permanecer no sistema. A duas, (“*ii*”), pois como a técnica não retira a validade do precedente, a confiança legítima não terá sido arranhada.

---

<sup>658</sup> Uma vez que o próprio Eisenberg lembra que os valores de proteção da confiança justificada e preservação contra a injusta surpresa normalmente não justificam melhor a preservação de um precedente controverso do que a sua revogação. O autor argumenta que uma forma importante pela qual a confiança justificada se manifesta consiste na recorrente programação que as pessoas fazem acerca de suas condutas básicas com base na orientação do precedentes, mas que, contudo, justamente se o precedente não corresponde mais aos padrões de congruência social e consistência sistêmica, a confiança dantes justificada passa a ser injustificada, fraca ou destituída de fundamentação jurídica, deixando de ser, portanto, um bom argumento para a sua preservação e, nesse caso, o melhor seria mesmo a sua revogação (EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 110).

<sup>659</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 303.

<sup>660</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 122.

Apesar de constituir um bom exemplo de como os argumentos autorizativos da prática da distinção inconsistente podem facilmente ser desbancados, substituindo-se a prática por outras mais seguras, no *common law* também é recorrente a superação antecipada (*anticipatory overruling*).

Assim, conquanto avalizada doutrina encare a distinção inconsistente como uma “técnica”, orientando, inclusive, seu manejo supostamente em prol da integridade, não parece, especialmente tendo em vista a realidade judiciária brasileira, que a prática deva ser endossada, já que, ao fim e a cabo, representa um desvio ilegítimo das razões do precedente.

#### **4.4.2 *Distinguishing* ilegítimo (*stricto sensu*)**

Ilegítimo, por outro lado, é o *distinguishing*, que, embora também operado sem preenchimento dos pressupostos autorizativos da técnica, não carrega a preocupação com a erosão social do precedente. Nesse caso, embora o juiz conheça a orientação do precedente, insiste em distingui-lo simplesmente porque opta dar ao caso-atual outra diretiva jurídica que não a do paradigma, seja por mero inconformismo com a qualidade teórica do precedente, por não gozar de maturidade institucional suficiente, seja para legitimar pré-compreensões que atendam a determinados interesses que não necessariamente os padrões democráticos ou qualquer outra razão inconsonante aos fundamentos do *stare decisis*. O que realmente diferencia da primeira espécie é que, nesta, a operação oblíqua não se fundamenta na pressuposição de estar se fazendo um bem ao modelo.

Uma das premissas do presente estudo é que o modelo vinculantes não pressupõe a identidade absoluta entre casos para aplicação do precedente, mas, por outro lado, é necessário que as circunstâncias fáticas do caso-atual estejam razoavelmente inseridas no âmbito de incidência do caso-precedente. Isso implica reconhecer que somente quando a conjuntura fática realmente assumir configuração diversa daquela prescrita no precedente é que sua *ratio* poderá ser afastada mediante o *distinguishing*.

Diversos fatores, no entanto, podem favorecer o desvirtuamento dessa premissa. A formação atrofiada no procedimento de formação, por exemplo, pode estimular a elaboração de normas divorciadas das circunstâncias fáticas do caso, o que certamente facilitará o distanciamento ilegítimo do precedente. Da mesma forma, a percepção limitada dos fatos no momento da formação também pode dar azo ao *distinguishing* ilegítimo, já que, ainda que com suficiente diálogo com os fatos da causa, seu alcance continuará, ao menos nesse primeiro momento, precário, tornando atraente, com isso, ao juízo aplicador, alegar novos fatos ou, ainda, os que, embora estivessem presentes desde a formação, não tenham sido considerados. Tais condições, especialmente se o sistema jurídico não estiver maturadamente habilitado para manejar precedentes, pode tornar bastante sedutora a refutação da *ratio*, ainda que se verifique que, apesar da aparente divergência, o caso merecia aplicação do precedente. Ou, ainda, pode ser que na aplicação, simplesmente, o intérprete opte por adotar um vetor interpretativo que não o do precedente para o caso.

Vale a ressalva de que não se pretende negar a relevância e seriedade com que a maioria dos magistrados labora, mormente num famigerado contexto assoberbado, que os leva a trabalhar em capacidade muito superior à que suportaria uma condução salutar das causas. Entretanto, também não há como ignorar os diuturnos infortúnios vivenciados nos pormenores de fóruns e tribunais pátrios, a politização da condução processual e a contaminação do discurso democrático por interesses alheios. Infelizmente, essa é uma realidade arrasadora e, em que pese a vocação da nova legislação processual, há, ainda, um amplo percurso para mudar o paradigma que vigorou no passado.

O fato é que o *distinguishing* é previsto no ordenamento para viabilizar o tratamento isonômico dos litigantes e, mais amplamente, guardar a uniformidade, estabilidade, integridade e coerência do modelo. Embora seja uma modalidade de ruptura, o manejo adequado da técnica permite que os casos aparentemente análogos recebam tratamento jurídico diferenciado, na proporção das suas diferenças, o que garante a manutenção do ideal de igualdade e não o contrário.

No entanto, a suscitação de exceções, criadas aleatória e arbitrariamente, desvia a finalidade inicial do precedente e, com isso, ameaça o equilíbrio proposto. Portanto, ao contrário da distinção inconsistente, a ilegítima não se ampara nem mesmo na pretensão (ou no pretexto) de preservar a estabilidade, porque não há meios de enxergá-la benéfica ao ordenamento. Ao



adotar a postura ilegítima na distinção, o intérprete não pressupõe a defasagem do precedente, tampouco que estará promovendo um bem ao modelo.

Assim como nem todo fato anunciado no caso-precedente pode ser encarado como *fato material*, nem toda peculiaridade pode ser apta a implicar o *distinguishing*<sup>661</sup>. Caso contrário, todo juízo subsequente estaria autorizado a, sob a guarida da distinção, deixar de seguir o precedente, especialmente porque, ao contrário do que ocorre na superação, a distinção não está sujeita à reserva do tribunal formador, sendo sua promoção possível a qualquer órgão jurisdicional<sup>662</sup>. Isso implicaria, numa análise mais ampla, a ruína do modelo de precedentes, já que minaria a segurança jurídica, valor basilar do *stare decisis*.

São essas as ponderações de Mark Tushnet:

Ao realizar o *distinguishing*, o juiz deve atuar com prudência e a partir de critérios. Como é óbvio, poder para fazer o *distinguishing* está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm. Ademais, reconhece-se, na cultura do *common law*, que o juiz é facilmente desmascarado quando tenta distinguir casos com base em fatos materialmente irrelevantes. Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing*, não basta o juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente<sup>663</sup>.

De fato, as conclusões do autor são bastante pertinentes, especialmente porque, se toda diferença pudesse fundamentar o *distinguishing*, não haveria como se falar em vinculação de precedentes, já que os fatos, em alguma medida, sempre ostentarão diferenças. É preciso que as diferenças sejam materiais e essa condição só será demonstrada a partir da fundamentação do intérprete. Assim, amoldando-se à proposta do ensaio, a justificativa terá de, no exercício argumentativo da fundamentação da decisão que realiza o *distinguishing*, demonstrar que as diferenças apontadas no caso-atual são materiais (isto é, necessária e suficientemente relevantes) em relação aos fatos materiais anunciados na formação. Do desempenho

<sup>661</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 114.

<sup>662</sup> Essa foi a conclusão do enunciado n. 174 do FPPC: “a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado”.

<sup>663</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 325.

argumentativo dependerá a legitimação da técnica, sendo tão mais válida quanto mais exitoso for o exercício argumentativo.

Para ilustrar, cumpre trazer à baila um exemplo tecido por Ravi Peixoto<sup>664</sup> e, ao final, confrontar as conclusões do autor com as impressões do presente estudo. O autor menciona que, à época em que seu ensaio foi escrito, os tribunais possuíam entendimento de que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos eram abrangidas pela responsabilidade civil objetiva da Administração Pública em face tanto de usuários como de não usuários, fazendo alusão expressa ao recurso extraordinário n. 591.874, julgado pelo Tribunal Pleno do STF em agosto de 2009, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski.

Segundo o autor, se algum tribunal, ao enfrentar matéria afeiçoada, realizar o *distinguishing* sob a justificativa de que o caso-atual, apesar de versar sobre a mesma questão, o que, a rigor, atrairia a modalidade objetiva da responsabilidade civil, traz, no polo passivo, uma empresa municipal, o *distinguishing* terá sido ilegítimo<sup>665</sup>, “uma vez que o fato de a empresa ser municipal, estadual ou federal é irrelevante para que incida a norma da responsabilidade objetiva”<sup>666</sup>. Por outro lado, prossegue o autor argumentando, se o tribunal-atual identificasse que a empresa, na verdade, não prestava serviços públicos e, diante disso, realizasse o *distinguishing*, essa teria sido uma opção legítima, já que “um fato relevante para atrair a incidência do precedente [seria] a constatação da prestação ou não de serviços públicos”<sup>667</sup>.

Em que pese o aprofundamento dispensado na tratativa da temática pelo artigo científico, aliás, traço peculiar do autor, não parecem os mais adequados tais apanhados conclusivos, uma vez que *ser um fato relevante ou não, para atrair a incidência de determinado precedente*, é também um critério demasiadamente vago e equívoco, especialmente porque “relevante” é um termo prenhe de indeterminação e, por isso, muito subjetivo para poder figurar como parâmetro de legitimidade da distinção. Afinal, o que é “relevante” para um tribunal pode perfeitamente não ser para outro e, nesse caso, o mesmo problema, de falta de padrões para operacionalizar distinções, permaneceria.

---

<sup>664</sup> PEIXOTO. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), 2015.

<sup>665</sup> Embora a terminologia utilizada pelo autor tenha sido “inconsistente”, ao que parece, ele pretendeu qualificar a distinção como “ilegítima”, de acordo com a classificação proposta pelo presente trabalho.

<sup>666</sup> PEIXOTO. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), 2015, p. 10.

<sup>667</sup> PEIXOTO. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), 2015, p. 10.

De fato, num juízo superficial, os parâmetros eleitos pelo autor arrazoam-se coerentes, isto é, o senso comum e as máximas de experiência sugerem que, realmente, o âmbito de atuação da empresa estatal não pode ser suficiente para modificar a norma do precedente. Contudo, em ciência, há de ser sempre considerada a possibilidade de previsões equivocadas, tornando fundamental que as hipóteses científicas sejam testadas experimentalmente<sup>668</sup>, de modo que condicionar a legitimidade ao *distinguishing* a um discurso especulativo e consequencialista, que, no máximo, deriva de uma investigação utilitária (e, por isso mesmo, propensa aos mais variados vieses), só reprimatiza a subjetividade que já insiste macular a questão, porque, no final das contas, dependerá sempre das (pré) compreensões do intérprete definir o que é ou não “relevante” para legitimar a distinção.

Pode até ser que os apanhados de Ravi se confirmem, mas isso não é o mais importante. Em primeiro plano, tem de ser alocado o estabelecimento de meios de teste da *hipótese distintiva*, tão objetivos e isentos quanto possíveis, para que, assim, possam garantir que os critérios utilizados atenderão aos pressupostos de igualdade. Somente assim, o critério de distinção será tido como verdadeiro (*rectius*: legítimo)<sup>669</sup>.

Para isso, como vem se afirmando ao longo deste estudo e, ainda, será melhor especificado no tópico a seguir, é primordial que haja um empenho conjunto entre os juízos formadores e aplicadores. “Legitimidade” de um ato é, também, algo circunstancial. Determinado critério distintivo pode, muito bem, ser legítimo para um caso e ilegítimo para outro. Portanto, a constatação casuística deve sempre ter em foco o caso-precedente, *proporcionando o confronto direto do elemento de distinção com os fatos materiais do caso-precedente* e, mediante uma satisfativa fundamentação, demonstrar sua (in)compatibilidade com a aplicação do precedente.

A ilustração feita por Ravi Peixoto teve como paradigma o recurso extraordinário n. 591.874-2/MS, de modo que a legitimidade dos padrões distintivos deveria ter sido buscada no inteiro

---

<sup>668</sup> ALVES-MAZZOTTI, Alda; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 4.

<sup>669</sup> De forma bastante resumida, utiliza-se, aqui, os apanhados de Alda Judith Alves-Mazzotti e Fernando Gewandszajder que, a partir do racionalismo crítico de Karl Popper (1902-1994), constroem uma visão do método científico a partir de conjecturas e refutações. Segundo os autores, “[...] a busca do conhecimento se inicia com a formulação de hipóteses que procuram resolver problemas e conua com tentativas de refutações dessas hipóteses, através de teses que envolvem observações ou experimentos. Se a hipótese não resistir aos testes, formulam-se novas hipóteses que, por sua vez, também serão testadas. Quando uma hipótese passar pelos testes, ela será aceita como uma solução [ao menos] provisória para o problema. Considera-se, então, que a hipótese foi corroborada ou adquiriu alto grau de corroboração” (ALVES-MAZZOTTI; GEWANDSZNAJDER. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*, 1998, p. 15).

teor de sua decisão, precisamente, no relatório e na fundamentação. Realmente, o relatório do recurso que originou o precedente nem sequer informou o âmbito de atuação da prestadora de serviço público, o que indica que essa característica não era relevante para atrair o conseqüente jurídico e, de fato, confirma a hipótese de que “o fato de a empresa ser municipal, estadual ou federal é irrelevante para que incida a norma da responsabilidade objetiva”<sup>670</sup>, formulada pelo autor.

Por outro lado, o relatório destaca, de antemão, que a controvérsia levada à suprema Corte cingiu-se em definir se há ou não responsabilidade civil objetiva de “empresa privada prestadora de serviço público em relação a terceiro não-usuário do serviço”<sup>671</sup>, ao passo que a fundamentação que conduziu o acórdão se desenvolveu, majoritariamente, em torno da *responsabilidade civil do Estado*, da sua *extensão a terceiros não-usuários* e da *relação entre os atos praticados pelas prestadoras de serviço público e a responsabilidade do Estado*. Também se confirma, portanto, a outra proposição feita por Ravi de que “caso fosse identificada que a referida empresa não prestava serviços públicos, deveria haver distinção, por ser um fato relevante para atrair a incidência do precedente a constatação da prestação ou não de serviços públicos”<sup>672</sup>.

Como é fácil perceber, embora as conclusões do autor tenham sido confirmadas, só foi possível aferir a “legitimidade” dos critérios a partir do teste realizado, ou seja, justamente a partir do confronto entre a hipótese distintiva e os elementos do caso-precedente, cujo resultado, por sua vez, só é validado a partir da fundamentação. A exposição do percurso cognitivo para concluir que um critério é relevante e outro não, é que legitimará a orientação teórica do intérprete. Ademais, a demonstração de como a opção pelo critério foi construída revelará, também, os falseadores potenciais<sup>673</sup> já refutados<sup>674</sup>, o que, inclusive, tornará o critério distintivo mais corroborado para as interpretações subsequentes<sup>675</sup>.

---

<sup>670</sup> PEIXOTO. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), 2015, p. 10.

<sup>671</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 591.874-2 Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 26 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607037>> Acesso em: 13 mar. 2019.

<sup>672</sup> PEIXOTO. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), 2015, p. 10

<sup>673</sup> “Os enunciados que relatam eventos que contradizem uma lei ou teoria (que relatam acontecimentos ‘proibidos’) são chamados de falseadores potenciais da lei ou teoria. O conjunto empírico de falseadores potenciais nos dá uma medida do conteúdo empírico da teoria: quanto mais a teoria ‘proíbe’, mais ela nos diz acerca do mundo.” (ALVES-MAZZOTTI; GEWANDSZNAJDER. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*, 1998, p.16).

<sup>674</sup> “Para que o conhecimento progrida através de refutações, é necessário que as leis e as teorias estejam abertas

Em que pese as previsões feitas por Ravi tenham sido confirmadas pelo resultado do teste feito, a formação de sua convicção não foi exposta, o que compromete toda a análise feita pelo autor (realça-se, na condição de intérprete acerca da relevância ou não dos critérios de distinção hipoteticamente adotados; não está sendo objeto de análise o desenvolvimento teórico do autor no referido artigo, que, a propósito, foi excepcional e inclusive embasou, em alguns pontos, o desenvolvimento desta pesquisa). Para se estabelecer um método (ou algo semelhante) vocacionado a definir a legitimidade de critérios distintivos – que, para a presente investigação, importa mais do que um resultado que confirma ou infirma determinada hipótese – é muito mais relevante que o trajeto cognitivo seja demonstrado, porque somente a partir disso é que será possível uma análise isenta dos elementos pretensamente hábeis a fundamentar o *distinguishing*, refutando, por outro lado, os enviesamentos tratados no subtópico “2.2.5”.

Contar com um método contra-intuitivo faz toda a diferença, porque a prática nem sempre apresentará elementos tão patentes como foram as ponderações do autor alusivas ao RE n. 591.874. Basta imaginar, ainda considerando o mesmo contexto proposto no ensaio científico, que em eventual interpretação posterior seja suscitado *distinguishing* porque o caso-atual envolve uma a empresa estatal exploradora de atividade econômica e não prestadora de serviço público. Seria essa uma diferença relevante o suficiente para afastar a aplicação do precedente?<sup>676</sup> Perceba que o simples confronto com as circunstâncias fáticas do caso-precedente poderia não ser suficiente para proporcionar a resposta, haja vista que, embora o tribunal não tenha anunciado expressamente, o fato de a pessoa jurídica ser empresa estatal parece ter recebido alcunha material pelo tribunal formador e, no entanto, não foi apresentada nenhuma evidência que pudesse orientar a extensão ou a distinção do precedente, *prima facie*, pela mera diferença de sua finalidade. Em outras palavras, ainda que a Corte tivesse, expressamente, destacado a finalidade da empresa estatal como fato material, até que ponto é legítimo aceitar que a materialidade se vincula a tal característica (pertencer a determinada

---

à refutação, ou seja, que sejam potencialmente refutáveis” (ALVES-MAZZOTTI; GEWANDSZNAJDER. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*, 1998, p. 16).

<sup>675</sup> “É importante compreender, porém, que há uma ligação entre a refutabilidade e a corroboração: quanto maior a refutabilidade de uma teoria, maior o número de acontecimentos que ela ‘proíbe’ e maior a variedade e severidade dos testes a que ela pode ser submetida. Consequentemente, maior o grau de corroboração adquirido se a teoria passar pelos testes (ALVES-MAZZOTTI; GEWANDSZNAJDER. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*, 1998, p. 17).

<sup>676</sup> Vale a ressalva de que não é desconhecido que, nesse caso, a responsabilidade civil é regulamentada pelo direito privado, pelo que, na realidade, já seria patente que a finalidade da Empresa Estatal não se afigura num fato material. A hipotética problematização, mesmo assim, foi feita para preservar o diálogo já travado com o artigo científico de Ravi Peixoto.

espécie de empresa estatal e não a outra)? Pode ser, por exemplo, que o fator determinante para qualificar a *prestação de serviço público* como fato material tenha sido *o fato de ter a empresa firmado contrato com o Estado* e não a *espécie de empresa* ou o *objeto do contrato*.

Por isso, apesar de sedutor, distinguir o caso simplesmente pela imediata falta de correspondência entre as circunstâncias fáticas do caso-atual e algum dos fatos materiais do caso-precedente pode, também, não representar a melhor solução, o que relega, então, o desfecho ao segundo passo da presente proposta: *a análise de como o fato material (in casu, a qualidade de “prestadora de serviço público” da empresa que figurou no caso-precedente) se relaciona com a solução jurídica*<sup>677</sup>, aludindo-se, portanto, às contribuições de Cross e Harris.

Justamente por situações como essa, os autores já haviam advertido que, em muitos casos, pode não ser suficiente a identificação e o cotejo dos fatos do caso-atual com os fatos materiais do caso-precedente, sendo necessário, para avaliar o grau e a categorização da materialidade no contexto do fático, conhecer que porção do Direito o juiz-formador tinha em mente no momento em que selecionou e classificou os referidos fatos<sup>678</sup>. Também para ilustrar o problema, Cross e Harris rememoram *Bourhill v. Young*, enfrentado pela *House of Lords* em 1943<sup>679</sup>.

Segundo narram, três dos membros da Corte haviam considerado como fatos materiais os seguintes: (i) Young, motociclista, após ultrapassar um bonde em excessiva velocidade, colidiu com um carro e morreu por sua própria negligência em uma distância de, aproximadamente, 50 pés de onde estava o bonde; (ii) no momento em que o acidente ocorreu, a senhora Bourhill estava descendo do bonde, que se encontrava parado na estação; (iii) nesse momento, a senhora Bourhill ouviu a colisão e viu sangue na pista após o acidente; (iv) a senhora Bourhill sofreu um ataque de nervos; (v) a senhora Bourhill estava fora do que Young deveria, razoavelmente, ter contemplado como área de potencial perigo a afetar alguém como consequência da sua forma negligente de conduzir seu veículo.

Os autores ponderam que, conquanto a decisão da Corte tenha sido por indeferir o pedido indenizatório formulado pela senhora Bourhill, caso os discursos da *House of Lords* não tivessem recebido análise mais detida, a *ratio decidendi* deveria ter recebido dicção aproximada ao seguinte: “um motorista de um veículo motorizado não é responsável pelo

---

<sup>677</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 70.

<sup>678</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 70.

<sup>679</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 70.

ataque de nervos sofrido por consequência da sua negligência ao dirigir, caso o afetado encontre-se fora da área de perigo potencial que, razoavelmente, ele deveria ter concebido como resultado de sua negligência”. Com efeito, tal conclusão poderia basear-se em qualquer uma das seguintes assertivas a seguir: (a) em relação à própria forma de dirigir, o motorista não tem dever de diligência frente à pessoas que estão fora do âmbito de perigo, razoavelmente, previsível; ou, (b) ainda que o condutor possua algum dever em relação às referidas pessoas, os danos, eventualmente, derivados de um ataque nervoso não são indenizáveis, porque apresentam nexos causal muito remoto em relação à conduta danosa<sup>680</sup>.

Os autores prosseguem constatando que em “(b)”, e não em “(a)”, seria possível concluir que a vítima de um ataque nervoso até poderia pleitear por indenização, mas apenas quando, do referido acidente, resultassem lesões corporais como consequência direta da violação do dever de diligência por parte do condutor. Contudo, lembram que uma leitura atenta dos votos dos três membros da *House* deixa claro que a decisão da Corte se baseou na primeira das assertivas “(a)”, o que permite definir a *ratio decidendi* do caso da seguinte maneira: “um condutor de veículo automotor, no que tange à própria postura na direção, não possui dever de diligência em relação a pessoas que se encontrem fora da área de perigo potencial que ele deveria, razoavelmente, ter previsto como resultado de sua negligência”<sup>681</sup>.

A *House of Lords* optou por elaborar um precedente mais restrito<sup>682</sup>, adscrevendo mais a solução jurídica (“não possuir dever de diligência”) aos fatos da causa (o fato do requerido ser “condutor de veículo automotor”, de “dirigir negligentemente”, de “causar um acidente por decorrência de sua negligente forma de dirigir”, de “ter afetado a terceiros”, de que “tais terceiros se encontrem fora da área de perigo potencial da condução negligente” e de que “para medir a área de perigo potencial, deve-se considerar o que é razoável”), de modo que esses, no mínimo, foram os fatos considerados materiais pela Corte, ou, segundo a definição de Cross e Harris, os *passos necessários* para se chegar à conclusão adotada<sup>683</sup>. É crucial perceber, ainda, que essa constatação só foi possível a partir de uma análise bem detida acerca da decisão do caso, que viabilizou conhecer que porção do Direito estava na mente dos julgadores no momento em que selecionaram os referidos fatos<sup>684</sup>.

<sup>680</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 70

<sup>681</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 71.

<sup>682</sup> SCALIA. *The Rule of Law as a Law of Rule*, 1989.

<sup>683</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 77.

<sup>684</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991, p. 70.

As contribuições de Cross e Harris apresentam-se bem frutuosas na busca pela proposição de um método, mas podem proporcionar um proveito ainda maior se compiladas com as ressalvas de Brian Simpson e MacCormick, considerando materiais, enfim, os fatos que forem necessários e suficientes para atrair o conseqüente normativo, sempre a partir de uma aprofundada análise sobre a imbricação feita entre ambos (antecedente e conseqüente normativos) pela Corte formadora.

Todo esse apanhado oferece vetores interpretativos para separar a distinção legítima da ilegítima e refuta, por conseguinte, as simplistas proposições que sugerem o mero cotejo analítico entre os fatos do caso-precedente e os do caso-atual, porque isso, como se discorreu, abrange uma gama quase ilimitada de possíveis critérios de distinção. Especialmente em relação ao modelo brasileiro, não apenas pelo bem vivo histórico de instabilidade decisória, mas, principalmente, porque a elaboração da decisão que forma precedente ainda não se apresenta suficientemente madura, na maioria das vezes, não há meios objetivos de descrever quais fatos foram, realmente, elencados como materiais. Ainda que houvesse, a mera identificação não seria suficiente para garantir a idoneidade do *distinguishing*, porque, inderrogavelmente, os novos casos análogos apresentarão desvios ou incrementos fáticos, que deverão ser analisados sempre à luz da intensidade com que a Corte formadora relacionou os *material facts* com o *point of law*, para que se chegue à conclusão mais isenta possível.

À evidência, essa é uma questão que merece atenção da doutrina e dos profissionais do Direito, porque permitir um desregrado gargalo na prática distintiva, se não mantiver, pode agravar o patológico quadro subjetivista instaurado nas vigências passadas, já que, agora, sob a espora da vinculação obrigatória dos precedentes judiciais, uma distinção ilegítima pode ser perpetuada e robustecida, impactando negativamente uma gama muito maior de jurisdicionados.

Por isso, compilando todas essas impressões, o tópico a seguir cuidará de, sem qualquer pretensão de esgotamento, propor soluções para identificação segura da *ratio decidendi* e, reflexamente, eleger parâmetros que objetivem, na medida do possível, a prática do *distinguishing*.

Em todo caso, denunciada a distinção ilegítima, ressalva-se ao jurisdicionado a via recursal, local adequado para abrigar o debate processual acerca da legitimidade ou não de



*departures*<sup>685</sup>. Afinal, “o que não pode faltar, para que um precedente seja considerado formalmente vinculante, [...], é justamente um instrumento técnico de manutenção da estabilidade do precedente, mediante recurso à Corte competente para sua revisão”<sup>686</sup>. O CPC concretizou o repúdio ao *distinguishing* ilegítimo no inciso VI, do parágrafo primeiro, do artigo 489, tencionando à nulidade a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Ou seja, a legislação disponibilizou meios de que o controle racional da fundamentação seja, de fato, centralizado no fenômeno jurídico, orientando que o foco da *accountability* sejam as razões da decisão, optando, inclusive, por uma redação que descreve bem precisamente a hipótese fática. Analisando o teor do art. 489, § 1º, VI, não há dúvidas de que a decisão, que não se imiscuir no ônus de demonstrar que, em que pese haver um precedente aparentemente incidente, as diferenças do caso-atual devem prevalecer, deverá ser nulificada. Entretanto, há, ainda, uma constante batalha dogmática contra velhos hábitos, consubstanciados, por exemplo, em jargões de que “o julgador não é obrigado a se manifestar sobre cada argumento levantado pela parte [...]”.

Esse era um clássico veto aos embargos de declaração e à impugnação recursal por falta de motivação adequada da decisão na égide do CPC/1973. Contudo, o CPC/2015 trouxe previsão diametralmente oposta (considerando nula, à luz do art. 489, § 1º, IV, a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”), de modo que, nos moldes do novo Código, a refutação genérica do precedente deve ser suficientemente fundamentada (art. 489, § 1º, VI) e, caso não seja, o capítulo recursal destinado à respectiva impugnação, seja preliminarmente ou no mérito, também deve ser analisado concretamente, mediante enfrentamento analítico de cada um dos vícios de fundamentação apontados pela parte recorrente.

Infelizmente, estudos<sup>687</sup> revelam que, mesmo após mais de dois anos de vigência da novel legislação, a postura das Cortes judiciais, de apelação e superiores, continua essencialmente a

<sup>685</sup> NUNES; HORTA. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. 2016, p. 314.

<sup>686</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2017, p. 343.

<sup>687</sup> Foi realizada uma pesquisa de jurisprudência do STJ a partir do art. 489, que constatou que retornaram 68 acórdãos, sem considerar os diversos julgados sucessivos. Desses 68 julgados, em apenas dois houve anulação do acórdão por falta de fundamentação (DELLORE, Luiz. Algo mudou na fundamentação das decisões com o

mesma adotada na vigência passada, o que leva à decepcionante conclusão de que “apesar da inovação do § 1º do art. 489 do NCPC, a jurisprudência do STJ segue aplicando o entendimento firmado à luz do CPC/1973. Portanto, nesse ponto o Novo Código ainda não entrou em vigor – e, talvez, nunca venha a entrar”<sup>688</sup>.

Em todo caso, as porteiças legislativas foram abertas, o que fica a cargo do escrutínio dos advogados e de outros juízes denunciar o magistrado que reiteradamente age assim, o que é bem recorrente no *common law*, onde a credibilidade das decisões dos juízes depende de seu histórico de submissão aos critérios de aplicação e distinção<sup>689</sup>.

No Brasil, como não há previsão que vincule a credibilidade do juiz a alguma consequência para o processo, não seria desarrazoado sugerir, por exemplo, que a reincidência dessa postura, por violação direta do art. 489, § 1º, e indireta do art. 6º, pudesse atrair apuração ético-disciplinar perante os órgãos fiscalizadores pertinentes. O ordenamento já encara a reiterada falta de assiduidade do juiz como verdadeiro comportamento desidioso, prescrevendo a competência concorrente do Conselho Nacional de Justiça e das Corregedorias de Justiça para que apurem a conduta sem prejuízo, inclusive, de sanções administrativas (art. 235, § 2º, CPC). Embora tenha um alvo específico, o dispositivo revela que o Código de 2015 é consonante ao atual modelo de correição e disciplina dos atos dos magistrados, bem como com a decisão proferida pelo STF na ADI 4638<sup>690</sup>.

Manifestamente mais grave e prejudicial, a reincidência de distinções ilegítimas ameaça muito mais a coerência e coesão do sistema jurídico, estandartes do modelo proposto, atraindo a necessidade de que a possibilidade de contramedidas sejam reavaliadas.

Por outro lado, o CPC estabelece uma série de sanções para o caso de descumprimento por parte de qualquer sujeito processual que adote postura não-cooperativas, como, por exemplo, a revelia, a preclusão e as sanções do art. 77, do CPC. Exatamente pela ideologia de comunidade de trabalho que a cooperação implementa, Hermes Zaneti Jr. defende a aplicação

---

novo CPC? Jurisprudência do STJ aplica entendimento firmado à luz do CPC/1973. JOTA, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/algo-mudou-na-fundamentacao-das-decisoes-com-o-novo-cpc-26062017>>. Acesso em: 16 mar. 2019).

<sup>688</sup> DELLORE. Algo mudou na fundamentação das decisões com o novo CPC? Jurisprudência do STJ aplica entendimento firmado à luz do CPC/1973, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/algo-mudou-na-fundamentacao-das-decisoes-com-o-novo-cpc-26062017>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

<sup>689</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 114.

<sup>690</sup> OLIVEIRA, Guilherme Pires de. Comentários ao artigo 235. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 376.

do art. 139, IV, do CPC, não apenas às partes, mas a todos os atores do processo. Dessa forma, sanções atípicas seriam oponíveis a todos quanto atuam e deveriam influenciar, de alguma forma, no desfecho processual.

Obedecendo a mesma lógica, o art. 143 permite a responsabilização civil e regressiva do juiz tanto quando presente o elemento subjetivo (inciso I), quanto na esfera objetiva (inciso II). Daniel Mitidiero defende, aliás, que o inciso II deve repercutir no âmbito endoprocessual, justificando, por exemplo, a anulação/reforma da decisão que nele incorrer.

Guardado o equilíbrio, há um terreno preparado pelo acervo legislativo que o CPC/2015 reuniu e que seria um bom norte para tentar equivaler à “credibilidade dos juízes” do *common law* e, assim, tentar impor significativo efeito à fiscalização da postura ilegítima na aplicação ou distinção dos precedentes, seja pelo principiológico art. 6º, ou pela construção dogmática acerca das normas que se pode exsurgir do cotejo dos dispositivos acima.

#### 4.5 PROPOSTA DE DELIMITAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* E DE CRITÉRIOS DISTINTIVOS À LUZ DO NÚCLEO DOGMÁTICO

A questão da distinção é uma outra perspectiva da atinente à identificação dos *material facts*, porque o procedimento a ser adotado será o mesmo na aplicação ou na distinção do precedente, divergindo, exclusivamente, em relação ao resultado (ou nem isso, já que a promoção do *distinguishing* constitutivo nem sempre afasta o precedente). Por isso, uma proposta de delimitação da *ratio decidendi* refletirá a adoção do mesmo método de estabelecimento de critérios para realizar o *distinguishing*. Em ambas as situações, deverá haver a identificação dos fatos materiais do precedente e, para tanto, nos dois casos, é fundamental que se investigue o grau de relevância dado aos aludidos fatos, o que representará o selo da legitimidade da aplicação ou da distinção.

Ao longo do trabalho, foram sintetizadas as dificuldades que acompanham o tema, que é multifacetado. Necessariamente, qualquer proposta de enfrentamento deve submeter-se às premissas constitucionais e democráticas abordadas nos tópicos anteriores, além de considerar

a inegociável plasticidade do modelo, que lhe torna maleável, adaptável e consonante ao dinamismo inerente à própria estrutura do Direito. Esse é um problema que, especialmente no ordenamento nacional, tem muito relevo, já que é muito recente a memória de uma insanidade judiciária que permitiu a cada magistrado aplicar o Direito “segundo o próprio entendimento”, como se resumiu no tópico “1.2.3”. Em que pese o CPC/2015 tenha se proposto a tratar da vinculação aos precedentes judiciais, conferindo ao tema inter-relacionamento com a argumentação jurídica e as teorias da interpretação e da justificação, a delimitação da *ratio*, em especial, também deve socorrer-se de critérios dogmáticos próprios, que sejam aptos a repelir a ilegitimidade na aplicação ou distinção de precedentes.

Uma proposição reducionista poderia sugerir como solução para esse problema a vinculação fidedigna ao texto do precedente, o que, contudo, é ingênuo e, em alguma medida, pernicioso. De fato, o enunciado do precedente deve firmar balizas de orientação para as futuras aplicações, mas supor que elas vinculariam de maneira estanque os futuros enfrentamentos seria ignorar a alavancagem pós-positivista, especialmente a primária diferença entre texto e norma, percorrida no primeiro capítulo. Assim como a legislação, o precedente é elemento textual regado de indeterminação, que, por isso, reclama interpretação. Muito embora a eficácia vinculante tenha como escopo precípua a outorga de unidade ao Direito, não há como conceber uma estagnação absoluta de sentidos no texto do precedente. O texto será sempre uma referência, um norte, mas o precedente é dinâmico, de modo que, naturalmente, o caso-precedente será submetido a um processo interpretativo subsequente.

Ademais, conceber a vinculação, e não apenas a mera orientação, à redação do precedente equivale, em certo ponto, a admitir que o texto pelo qual ele é exteriorizado (ementa, tese, enunciado etc.) se equivalha à *ratio decidendi*, o que representa um erro crasso. Como já foi confrontado no capítulo 2, esse tipo de (falta de) entendimento encerra um grave equívoco e acaba desprezando o cânone hermenêutico, necessário a qualquer modelo que se fundamente no *stare decisis*, posto que a facticidade elementar do precedente o liga muito mais à fundamentação e ao relatório do que ao dispositivo da decisão. Encarar o texto pelo qual a decisão se exterioriza como precedente seria uma nociva revisitação ao positivismo, substituindo-se somente a “lei” pelo “precedente” como alvo da sanha<sup>691</sup>.

Além disso, outro problema que a vinculação cega ao texto certamente enfrentará é o atinente à falta de reflexão do conteúdo do precedente na conclusão, ementa, dispositivo, tese ou

---

<sup>691</sup> STRECK; ABOUD. *O NPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?*, 2016, p. 182.

qualquer outro meio de divulgação da norma a ser extraída. Não há dúvidas de que a redação do texto pelo qual o precedente é exteriorizado deveria refletir, mais fielmente possível, a questão versada pela Corte no julgamento que ensejou o precedente, contudo isso nem sempre ocorre na prática, o que confirma a inviabilidade de vincular estritamente a *ratio* à sua redação. A defasagem institucional de nossos tribunais no tocante à adequação e correspondência da dicção do precedente ao conteúdo que o formou sugere que a responsabilidade sobre o significado do precedente não seja concentrada em sua redação.

O texto, todavia, não pode ser ignorado, até porque a ideologia que fomentou o modelo do CPC/2015 embasa-se na dimensão formal dos precedentes (art. 927) e, a partir dela, procura restringir as possibilidades de produção de decisões solipsas, já que o intérprete não é livre diante da presença, ao menos aparente, de um precedente já constituído em favor de determinada matéria a ser enfrentada no julgamento do caso-atual, atraindo o dever de segui-lo ou, quando for o caso, mediante um proficiente e racional ônus argumentativo, afastá-lo (art. 489, § 1º, VI)<sup>692</sup>. Sem qualquer embargo, a função do texto deve limitar-se a demonstrar a existência do precedente para, com isso, constranger o intérprete a aplicá-lo ou a justificar porque não o aplica. Embora não esteja a ela completamente vinculado, o julgador, assim, deve se comprometer com a redação do precedente<sup>693</sup>; o texto, nessa conjuntura, é apenas um fomento ao argumento, porque diante dele, seja para seguir ou para distinguir, o decisor deverá enfrentar o conteúdo do precedente.

Qualquer simplificação pode ser ameaçadora e, por outro lado, a pretensão jus-filosófica de se encontrar um método estanque, amplo suficientemente para atender a todas as situações, pode realmente ser uma utopia, já que as generalizações sempre serão, em alguma medida, inválidas<sup>694</sup>, especialmente ao se tratar da identificação e distinção da *ratio decidendi* que, na condição de norma jurídica, é prenhe de indeterminação, atraindo toda a problemática da interpretação.

---

<sup>692</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 393. Na página seguinte, Zaneti conclui o raciocínio com a ideia consonante a adotada pelo presente estudo: “A ideologia do CPC/2015 é claramente voltada para a vinculatividade formal das decisões e técnicas de externalização das decisões elencadas nos incisos do art. 927, devendo vir combinada com as exigências materiais de racionalidade decorrentes da estabilidade, coerência e integridade das decisões (art. 926), da identificação dos fundamentos determinantes (*precedente-identification*), demonstração de seu ajuste ao caso-atual (*precedente-following*) e da eventual existência de distinção ou superação para explicar o porque de deixar de seguir o caso precedente (art. 489, § 1º, V e VI)” (ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 394).

<sup>693</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 259.

<sup>694</sup> SCALIA. *The Rule of Law as a Law of Rule*, 1989, p. 1177.

Como bem ponderou Lucas Buril, aliás, um *fetichismo pelo método* seria pouco útil<sup>695</sup>, já que é intrínseca à própria matéria dos precedentes uma considerável carga de indeterminação, de modo que, postas as múltiplas possibilidades, muitas vezes, a “justiça do caso” (se é que esse termo pode significar um sentido consensual<sup>696</sup>) só poderá ser efetivamente alcançada durante o labor dos tribunais seguintes e, desde que essa atividade não seja enrijecida pela pretensão de generalização dos métodos, testes e afins<sup>697</sup>. É bem pertinente, nesse ponto, a alusão aos apontamentos de Herbert L. A. Hart feita por Buril, ao lembrar que o jurista inglês, quando enfrentou a controvérsia que envolve a tentativa de identificação dos *material facts*, ponderando as imposições do processo interpretativo, reconheceu que “não há um método único de determinar a regra relativamente à qual um dado precedente dotado de autoridade funciona como autoridade”, de modo que, “a textura aberta do Direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais”<sup>698</sup>.

De fato, analisando o núcleo dogmático (489, § 1º, V e VI, 926 e 927), é inegável que o Código atrelou a reconstrução do significado do precedente à prática dos tribunais, envolvendo o empenho dispensado na formação e na aplicação. Mas, por outro lado, a pretensão de levar os precedentes a sério impõe uma transformação de paradigma que vai muito além do novel texto codificado, exigindo uma mudança de mentalidade de todos os que, de alguma forma, participam do processo, afinal, “não podemos incidir, na leitura do CPC/2015, no mesmo erro pós-edição da Constituição de crer que seu texto geraria efeitos de mudança instrumental do sistema jurídico de modo apartado dos atores e do modo como ele funciona”<sup>699</sup>.

Inaugurada a vigência do CPC/2015, que projeta aos precedentes judiciais eficácia vinculante, é primordial que, correlatamente, haja meios de se discernir o que, de fato, seja um precedente (que, como defendido ao longo de todo o trabalho, não se limita à mera verificação de uma das metodologias de julgamento listadas pelo artigo 927, reclamando, antes, que sejam

---

<sup>695</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 240.

<sup>696</sup> “Como a humanidade está dividida entre várias nações, religiões etc., muitas vezes divergentes entre si, existe um grande número de conceitos diferentes de justiça, aliás, um número grande demais para que se possa falar simplesmente de ‘justiça’” (KELSEN. *General theory of law and state*, 2009, p. 8).

<sup>697</sup> SCALIA. *The Rule of Law as a Law of Rule*, 1989, p. 1177.

<sup>698</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 147-148 *apud* MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 241.

<sup>699</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 23.

alcançados os pressupostos que lhe outorguem a *dimensão material*) e, sobretudo, uma nova tecnologia argumentativa tanto das partes (*rectius*: advogados) como dos magistrados.

No modelo proposto, é inderrogável às partes um empenho argumentativo habilidoso, não apenas para lograr êxito na demonstração analítica de seu direito, mas, sobretudo, para vencer os obstáculos aparentemente contrários, que, caso confrontados mediante ônus argumentativo mal exercido, podem impedir sua pretensão, ainda que o caso guarde sensíveis peculiaridades que orientariam, em regra, um tratamento diverso.

Vale lembrar que ao longo do CPC foram difundidas técnicas que militam a favor do precedente, prejudicando a postulação contrária (v.g., art. 311, II e 332), diante do que, mais do que nunca, a parte deverá demonstrar que, apesar da sugestiva semelhança, seu caso guarda divergências que implicam atrair um tratamento jurídico específico. Além disso, também é destaque o posicionamento cada vez mais restritivo das Cortes de vértice, não apenas no juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais (cujas deletérias implementações da Lei 13.256/2016 são bem preocupantes, como também será tratado de forma autônoma, no tópico “4.6”, a seguir), mas também para o exercício do juízo ordinário, a exemplo da imposição, pelo STJ, do famigerado *ônus da dialeticidade*, que exige que

entre a motivação utilizada como fundamento do julgamento e as razões do recurso que impugna tal decisão deve haver relação de congruência, de maneira a permitir que o órgão com competência recursal possa examinar a juridicidade da *ratio decidendi*, sob pena de inobservância da dialeticidade<sup>700</sup>.

O manejo racional dos precedentes, como se defende no presente trabalho, impõe a compreensão de um modelo policêntrico de processo, no qual todos devem cooperar para que sua finalidade seja alcançada – o que empresta tónus ainda maior ao dever de argumentação, mormente ao se tratar dos precedentes, afinal, “a diversidade de teses argumentativas deve ser vista como ponto de melhoria do próximo sistema”<sup>701</sup> e, por isso, deve ser estimulada na formação e interpretações seguintes.

O juiz também deve vencer pressupostos mínimos ao elaborar sua decisão. Essa era uma tarefa muito difícil de ser concretizada na vigência do CPC/1973, lacônico na tratativa do

---

<sup>700</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 20.

<sup>701</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 94.

raciocínio jurídico a ser empregado no processo decisório. O Código antigo limitava-se a estabelecer *os fundamentos* como um dos requisitos essenciais da sentença, onde o juiz analisaria as questões de fato e direito<sup>702</sup>. Felizmente, o CPC/2015 propôs um modelo de processo participativo (art. 6º) e, além disso, visou combater a superficialidade da fundamentação decisória. O parágrafo primeiro do artigo 489 fincou deveres argumentativos à prática decisória, impondo uma fundamentação analítica, o que permite um maior controle do ato jurisdicional (*accountability*).

No tocante ao tema do presente trabalho, o inciso V versa exatamente sobre o ônus argumentativo do juiz do caso-atual ao exigir, num primeiro momento, a identificação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente que pretende invocar, o que significa descrever os fatos do caso-precedente, qualificar os que são materiais, e destacar a solução jurídica empregada e, num segundo, a assimilação dos fatos do caso-precedente com os do caso-atual – ocasião em que as categorizações sugeridas por Schauer tornam-se bem oportunas, porque as divergências terão que ser classificadas –, após o que, satisfeito o ônus, concluir pela aplicação ou refutação da tese do caso-precedente ao caso-atual. O inciso VI, por sua vez, além de vedar a invocação de precedente sem identificar os fundamentos determinantes e sem demonstrar que o caso-atual se amolda a eles, proíbe, também, a refutação do precedente invocado pela parte sem que seja promovida alguma *departure*. Esses, vale o destaque, são deveres legais e não dogmáticos.

Nesse ponto, conquanto tenha caminhado bem, o Código caminhou pouco. Ao que parece, o Legislador não diferenciou a fase da formação da fase da aplicação e, tampouco, sugeriu nenhum meio de atrelamento entre ambas, o que torna a previsão insuficiente. Foi muito acertada a prescrição dos incisos V e VI, mas *ambos só balizam a aplicação do precedente, deixando de lado a preocupação com a formação*. E isso não apenas no que diz respeito aos já adiantados pressupostos que imputam ao precedente a *dimensão material*, mas, principalmente, porque não foi previsto uma forma de vincular, na essência, a atividade do juiz aplicador à do juiz formador.

Os referidos dispositivos prescrevem a necessidade de a aplicação ou distinção ser *fidel* ao que *o próprio juiz-atual anunciou*, na medida em que limitam-se a exigir que, ao pretender invocar ou refutar um precedente, (1) identifique os fundamentos determinantes e, após, (2)

---

<sup>702</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Uma Teoria da Decisão Judicial: fundamentação, legitimidade e justiça*. Salvador: JusPodvm, 2017, p. 20.



demonstre, mediante fundamentação analítica, as razões que levaram à aplicação ou ao afastamento. *Todavia, por tudo o que se expôs, pelos métodos, testes e contribuições abordadas, bem como pelo receio de legitimidade que envolve o processo distintivo, percebe-se que há uma preocupação tão ou mais importante que ficou fora do âmbito de proteção da norma: (3) a fidelidade ao caso-precedente ou, mais precisamente, a preocupação de que a eleição dos fatos materiais pelo juiz do caso-atual corresponda à finalidade dada pelo juiz do caso-precedente.*

Perceba que há uma grande diferença entre “(1)” a atividade descritiva do juiz atual que, segundo suas próprias compreensões, deve identificar a *ratio decidendi* do caso-precedente para passar a aplicá-la no caso-atual e “(3)” submeter-se à matéria efetivamente apreendida pela Corte de precedente. Em “(1)”, a responsabilidade está totalmente concentrada no juiz do caso-atual, ao passo que “(3)” distribui a responsabilidade entre o juiz do caso-precedente e os subsequentes.

Nesse cenário, uma sugestão inicial é a adoção da proposição feita por Eisenberg que, ao menos em sua essência, parece, de um lado, acomodar-se às orientações semânticas do Código e, de outro, outorgar legitimidade na aplicação ou distinção, justamente porque combina preocupação com a anunciação feita pelo juízo formador com a densificação da norma pelos juízos aplicadores. Com efeito, assim como é indesejável vincular o modelo à aplicação cega e canônica do texto do precedente, também não é razoável, em um sistema jurídico que outorgue peso às decisões anteriores, relegar a total discricionariedade da identificação da *ratio decidendi* aos juízos posteriores<sup>703</sup>. A responsabilidade distribuída, ademais, é conforme à proposta cooperativa do Código (art. 6º).

É adequado que o método (ou qualquer meio que vise buscar identificar os fundamentos determinantes<sup>704</sup>) habite esse dicotômico exercício de identificação dos fundamentos determinantes, somando a tarefa anunciativa da Corte formadora com as permissividades interpretativas pelos juízos subsequentes, preocupando-se, ainda, com o relacionamento entre ambas. Dessa forma, será mantido o dinamismo do modelo – porque a *ratio* originária poderá ser desenvolvida, permanecendo aberta às posteriores interpretações e, inclusive, incrementos jurídicos proporcionados pelos novos casos – e, ao mesmo tempo, os intérpretes serão, no

<sup>703</sup> Nesse sentido: SCALIA. *The Rule of Law as a Law of Rule*, 1989, p. 1177.

<sup>704</sup> A proposição de Eisenberg não é exatamente um “método”, já que o próprio autor externa a despreocupação com a busca de um.

mínimo, constringidos a preservar coerência e estabilidade com fundamentos determinantes do caso-precedente.

Ainda que sejam permitidas as variações futuras, nenhuma interpretação poderá, por exemplo, classificar como *materiais* fatos que o juízo formador não imputou esse grau de relevância, já que, pela proposta híbrida, a Corte formadora deve anunciar os fatos que considerou materiais para a atrair a solução jurídica. Da mesma forma, o relacionamento entre as circunstâncias fáticas e a solução jurídica terá sido franqueado na proclamação originária, de modo que qualquer pretensão de desvio terá que, necessariamente, vencer um ônus argumentativo tão maior quanto pretendido for o afastamento.

A adoção adequada desta proposta – para dialogar com os exemplos tecidos ao longo da pesquisa – teria aptidão, por exemplo, para evitar as controvérsias suscitadas acerca das interpretações sequentes ao *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, reproduzidas no capítulo 3. Se, ao invés de divulgar a *ratio* por meio de um comando genérico segundo o qual “o empregador é responsável pelas fraudes cometidas por seus funcionários no exercício de suas funções”, a Corte tivesse expressamente dito quais fatos haviam sido considerados materiais para atrair a solução jurídica de extensão da responsabilidade civil ao banco, não haveria dúvidas, por exemplo, sobre a modalidade de operação da responsabilidade civil (se subjetiva ou objetiva), se realmente era relevante a perquirição acerca do benefício do empregador pelo ato fraudulento do empregado ou sobre qualquer outra controvérsia possivelmente ventilada no futuro.

A proposta, enfim, como ponderou Eisenberg, abrangeria uma gama quase completa dos casos<sup>705</sup> e, especialmente no ordenamento pátrio, teria relevância amplificada diante da instabilidade institucional que, infelizmente, ainda assola o Judiciário.

Semelhante concepção é perfilhada por uma parcela dos estudiosos do tema no Brasil. Lucas Buriel, ponderando a relevância da temática, destaca a proposição do autor norte-americano como adequada a se partir, pelo menos, para uma forma eficaz da delimitação da *ratio*, já que, além do benéfico equilíbrio entre a anúncio e as disputas argumentativas posteriores, não se vincula ao fetiche pela busca de um método, o que, na opinião do autor, “possui pouca, ou mesmo nenhuma relevância prática”<sup>706</sup> no ordenamento pátrio.

---

<sup>705</sup> EISENBERG. *The nature of the common law*, 1998, p. 55.

<sup>706</sup> MACÊDO. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 2016, p. 242.

Marinoni, por sua vez, como protagonista de um dos mais verticalizados estudos sobre o tema<sup>707</sup>, destaca nossa falha institucional e, de outro lado, avaliza a dicotômica proposta para apuração dos limites da *ratio*:

Por outro lado, é certo que, em países que têm tradição de Corte de Precedentes, a Corte que está a julgar o caso não declara a *ratio decidendi*. Assim, todo o trabalho fica a cargo da corte inferior que, diante de um novo caso, depara-se com o precedente. Contudo, isso, ao que parece, é uma falha dos sistemas destes países. Como é óbvio, não é porque as cortes de um país de tradição de *common law* têm determinado comportamento que esse, apenas por isso, está correto. Na verdade, parece existir aí um mau vezo. Não só não há motivo para evitar a declaração da *ratio decidendi* no momento do julgamento, como essa declaração é totalmente conveniente, ressalvando-se, como não poderia ser de outra forma, a possibilidade de as cortes inferiores interpretarem esta declaração, assim como sempre interpretam os precedentes para concluir se devem ou não aplicá-lo ao caso sob julgamento<sup>708</sup>.

Ainda que defensor da importação consciente dos institutos da *common law*, Marinoni critica o fato de que, mesmo nos países subjacentes àquela tradição, nem sempre o anúncio da *ratio decidendi* ocorre da forma adequada, ressalvando que, apesar dessa realidade, essa é uma cautela totalmente essencial ao modelo vinculante e que reclama uma acentuada atenção.

Além do mais, o autor sugere que essa tarefa seja destilada conjuntamente com a possibilidade de densificação da norma nas interpretações subsequentes, dando tônica especial à interpretação perpetrada pela Academia e ao escrutínio dos advogados e juízes<sup>709</sup>, o que também parece satisfazer às imposições argumentativas do Código e assimilar a proposta híbrida, ora sugerida. Nessa abordagem, inclusive, Marinoni rechaça, de plano, eventual ideia de que haja contradição na combinação das tarefas de anúncio e de interpretação das Cortes, ressalvando que, bem ao contrário, se somadas, repercutirão um muito melhor aprimoramento do sistema:

---

<sup>707</sup> Embora expoente no assunto, cabe a ressalva de que Marinoni tem compreensão que diverge um pouco das premissas que norteiam o presente estudo. O autor, além de não admitir que Cortes de apelação possam, nem mesmo produzir precedentes, também atribui a condição de precedente a todos os julgamentos realizados pelo STF e STJ. Por isso, os comentários que tece acerca do *modo de deliberação no julgamento das Cortes supremas*, para fins deste trabalho, deve ser compreendido como o *modo de deliberação na elaboração de precedentes*, levando-se em conta a dimensão formal e material.

<sup>708</sup> MARINONI. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 126.

<sup>709</sup> MARINONI. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*, 2015. p. 132-133.

Admitir o delineamento da *ratio* no momento do julgamento não tem o efeito de eliminar a possibilidade da sua interpretação ou de proibi-la por parte das cortes inferiores. Da definição da *ratio*, em outras palavras, não decorre um efeito vinculante ou obrigatório aos tribunais inferiores. A proclamação da *ratio* tem uma natureza relativa, aberta a conformação pelas cortes inferiores. Isso porque é da própria essência da *ratio* a adaptação, ou melhor, a contenção e a expansão em face dos casos que estão por vir<sup>710</sup>.

É claro que, por outro lado, para que o modelo funcione, inexoravelmente, deve existir nos julgadores uma nova técnica decisória, que oriente o modo adequado de elaborar as decisões, mormente nos casos com aptidão formal para formar precedente, isto é, nos casos submetidos a um dos procedimentos descritos no art. 927 do CPC.

Por óbvio, não se pretende isentar as demais decisões do exercício de um ônus argumentativo aprimorado, já que o Código é sistematizado a partir de pressupostos que imbricam a teoria da interpretação, da argumentação e da decisão, de maneira a exigir de todos os atores uma postura dialética mais habilidosa. No entanto, em decorrência da proeminência prospectiva que a legislação brasileira outorgou aos precedentes – isto é, algumas metodologias de julgamentos já são geradas com tendência a formar precedentes vinculantes –, as decisões proferidas em qualquer dos veículos listados no artigo 927 do CPC atraem maior responsabilidade, porque terão aptidão para atingir um incontável contingente, diante do que,

torna-se imperativo o respeito ao devido processo constitucional na formação desses precedentes, levando-se a sério todos os argumentos suscitados (dever de consideração – art. 489, § 1º, IV) e de modo especial o caso em julgamento (jamais o tratando como simples pretexto para constituição de uma norma geral e abstrata), pois sua utilização futura deve tomar por base analogias e contra-analogias entre as situações<sup>711</sup>.

Por isso, a cautela argumentativa deve ser potencializada nas decisões que produzem precedentes. Assim, quando o *discurso* prevalecente for o *do precedente*, não basta que o tribunal se limite a anunciar a decisão ou resultado, tornando-se “imprescindível proclamar a eventual *ratio* ao lado da decisão. Significa dizer, em poucas palavras, que a proclamação do

<sup>710</sup> MARINONI. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*, 2015. p. 133.

<sup>711</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, 2018, p. 26.

resultado não é mais sinônimo de declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*<sup>712</sup>.

Não basta, então, anunciar a decisão. O tribunal que pretende formar precedente também terá de anunciar as *rationes decidendi*, o que implica especificar as circunstâncias fáticas, a solução jurídica e o relacionamento entre ambos conferido pelo tribunal<sup>713</sup>. O magistrado deve transcrever, de maneira precisa e clara, os elementos fundamentais para a delimitação da *ratio decidendi*, do que se destaca a atenção que deve ser dispensada no relatório e na fundamentação.

Certamente, o modo de elaboração de decisões no Brasil terá de ser modificado. Ao se conceber que a decisão judicial, na qualidade de ato argumentativo-pragmático<sup>714</sup>, ocupa o centro do fenômeno jurídico e, ainda, se é verdade que essa importância é potencializada quando a decisão forma um precedente judicial, cada um de seus elementos deve ser, no pormenor, analisado a fim de cumprir sua função na tarefa de empenho racional do sistema jurídico.

Nesse contexto, deve ser repensada a posição setorial a que até aqui se relegou o relatório na construção da decisão<sup>715</sup>. O relatório adquire função eminente, porque, enquanto sob o *discurso do caso* continua afigurando-se no mero histórico do que tenha sido relevante no processo<sup>716</sup>, no *do precedente* terá muito maior proveito, já que é a partir dele que serão destacados seus contornos fáticos, isto é, a partir do relatório é que o juízo formador anunciará quais foram os fatos materiais para o caso-precedente, o que atende aos pressupostos anunciativos da presente proposta. Ou seja, além de narrar que fatos da vida e jurídicos delinearão a causa, o relatório ocupa-se de anunciar que fatos foram considerados materiais para o caso-precedente.

---

<sup>712</sup> MARINONI. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*, 2015, p. 126.

<sup>713</sup> CROSS; HARRIS. *Precedent in English law*, 1991.

<sup>714</sup> NETO. *Uma Teoria da Decisão Judicial: fundamentação, legitimidade e justiça*, 2017, p. 27-46.

<sup>715</sup> Fredie Didier faz uma oportuna alusão ao paulatino menosprezo que a vigência processual passada vinha dando ao relatório, trazendo à baila o conteúdo do art. 38 da Lei dos Juizados Especiais, que dispensa o relatório às sentenças regulamentadas por essa legislação e, também, a construção judicial cada vez mais fortificada, que mitigava a exigência do relatório, inclusive nas sentenças proferidas no procedimento comum (Cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 312).

<sup>716</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 66.

Esse ponto de vista foi defendido por Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria e Paula Sarno<sup>717</sup>, que, aliás, fizeram a importantíssima ressalva de que essa é a interpretação do art. 489, I, do CPC mais conforme à Constituição – o que, inclusive, pode ser denunciado pela tramitação do processo legislativo do CPC/2015, que, seguindo a sugestão de Daniel Mitidiero, excluiu o adjetivo “sucinto”, que anteriormente compunha seu texto, da sua dicção final:

Uma observação sobre o processo legislativo do novo CPC é sintomática. Na versão do CPC aprovada na primeira fase de tramitação no Senado, em dezembro de 2010, a partir do relatório do Sen. Valter Pereira, o inciso I do art. 475 do substitutivo, correspondente ao inciso I do art. 489 da versão final, continha o adjetivo "sucinto" após "relatório": o relatório teria de ser sucinto. Na Câmara dos Deputados, o adjetivo foi eliminado, exatamente pelas razões apresentadas neste texto, a partir de proposta de Daniel Mitidiero. Pensando nisso, o CPC não repetiu o que dizia o art. 165 do CPC-1973, que apenas exigia o relatório nas sentenças e acórdãos<sup>718</sup>.

A observação tem grande valia para não deixar dúvidas de que uma atenção tonificada ao relatório é a dogmática mais consonante ao arcabouço legislativo do Código, sobretudo ao núcleo dogmático (art. 489, § 1º, 926 e 927), e que essa foi uma preocupação levada em consideração nos debates teóricos do iter de formação do Código.

A ideia, no fundo, é de se atribuir função preparatória ao relatório, o que já era sugerido por Dierle Nunes e André Horta, aliás, ainda na *vacatio legis* do CPC/2015:

No aludido dispositivo, em prol de uma nova racionalidade decisória, ganha destaque as novas funções do relatório (art. 489, I) para o novo sistema que leva a sério o direito jurisprudencial e o microsistema de litigiosidade repetitiva do CPC-2015. O referido inciso I estabelece como dever-poder para o juiz de se promover “a identificação do caso”. Sabe-se que sob a égide do CPC-2015 na formação do precedente será imperativo o enfrentamento de todos os argumentos relevantes da causa (arts. 489, §1o, IV, 927 §1o, 984, §2o), inclusive poupando os juízes submetidos à sua força gravitacional da necessidade de enfrentamento dos mesmos argumentos já analisados e julgados, salvo quando a parte trazer inovação relevante. Nesta hipótese, bastará ao magistrado, nos termos dos incs. V e VI, do

<sup>717</sup> Segundo os autores: “Em um sistema que valoriza o precedente judicial, como o brasileiro, o relatório possui um papel relevantíssimo na identificação da causa e, com isso, dos fatos relevantes (*material facts*), sem os quais não é possível a aplicação do precedente judicial. Não se pode aplicar ou deixar de aplicar um precedente, sem saber se os fatos da causa a ser decidida se assemelham ou se distinguem dos fatos da causa que gerou o precedente” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 313).

<sup>718</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 313.

§1o, art. 489, comparar os fatos operativos (materiais) do caso presente mediante analogias e contra-analogias a fim de se determinar se o mesmo deve ser tratado da forma como estabelecido no precedente, ou se deve receber tratamento diverso. No entanto, exatamente para definição dos fatos operativos e dos fundamentos a serem enfrentados na formação do precedente que se deve ofertar as novas e relevantes funções ao relatório. Diversamente do atual CPC/1973 (art. 458), no qual o relatório foi relegado a uma narrativa pouco importante da sequência de atos-fatos processuais, no CPC-2015 caberá ao tribunal, para identificação do caso, pontuar todos os argumentos fáticos e jurídicos que deverão ser analisados igualmente e sob os mesmos pressupostos pelos membros do colegiado, de maneira a se permitir a extração, pós- julgamento, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) objeto de discussão a ser utilizados como padrão decisório panorâmico para casos futuros. Do mesmo modo, nos juízos monocráticos caberá, na elaboração do relatório, indicar os fatos operativos a permitir, mediante analogias e contra-analogias, a aplicação adequada do precedente mediante exata identificação e aplicação de seus fundamentos determinantes (art. 489, §1o, inc. V) e nunca de modo mecânico, sem comparações, como hoje se mostra corriqueiro. Igualmente, a identificação no relatório dos fatos operativos do caso viabilizará a demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1o, inc. VI). Pontue-se, como já dito, que na hipótese de o precedente já ter enfrentado com amplitude, em sua formação, os argumentos relevantes suscitados no atual caso em julgamento, será despiciendo ao julgador enfrentar novamente os mesmos argumentos (suscitados pelas partes) no caso atual (como preceitua o art. 489, §1o, inc. IV), salvo quando a parte trazer novos argumentos relevantes ou que permitam a distinção entre os casos, eis que o objetivo do dever de consideração (THEORORO JR et al, 2015) não é o de burocratizar o julgamento, mas aprimorar qualitativamente os julgamentos. Assevere-se que deve haver integridade (art. 926, caput) na reconstrução da história institucional de aplicação de decisões-modelo e de enunciados de súmula. Por isso, especialmente ao formar a decisão-modelo e editar o enunciado, o tribunal deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da matéria jurídica neles tratada, sendo inviável que se decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática<sup>719</sup>.

Destacar os fatos materiais, todavia, não é a única cautela a ser adotada no processo de formação e é por isso que a presente proposta apontou a proposição de Eisenberg como o início de uma solução. De acordo com o que se discorreu no tópico acima, a mera identificação escoreita dos fatos qualificados como relevantes para atraírem a solução jurídica empregada no caso-precedente pode não resolver o problema, especialmente diante das abertas portas ressignificantes das aplicações posteriores. A problemática, reproduzida por ocasião das ponderações feitas acerca do recurso extraordinário n. 591.874 e do caso *Bourhill v. Young*, *supra*, constitui ponto que recobra atenção mais detida.

A análise pormenorizada dos referidos casos viabilizou compreender que, na prática, nem todo caso será de simples deslinde (aliás, a maior parte dos casos, não é), de modo que não basta averiguar se os fatos materiais do caso-precedente são reproduzidos no caso-atual e,

<sup>719</sup> NUNES; HORTA. A doutrina do precedente judicial: fatos operativos, argumentos de princípio e novo Código de Processo Civil. 2015.

diante da mínima distorção, concluir pela distinção, porque, por exemplo, pode ser que a importância que a Corte formadora tenha dedicado a determinada circunstância para considerar o fato como material esteja relacionada a um de seus aspectos e não a outro, de modo que, ainda que não refletidos os mesmos fatos no caso-atual, pode ser permitida uma categorização tal que oriente a aplicação do precedente e, por outro lado, que outra forma de categorizar não seja desejável, justamente porque desfigurou a materialidade do fato, por ignorar exatamente a característica que a Corte tenha considerado como relevante para classificar o referido fato como material.

Para que a proposta tenha êxito, não basta que a Corte originária cumpra satisfatoriamente a função de anunciar os fatos qualificados como materiais, impondo-se que essa tarefa ocorra simultânea e simbioticamente à demonstração do grau de proeminência dada à característica ou fator que lhe conferiu tal *status* e, ainda, a intensidade de relacionamento que possui com a solução jurídica:

Já tive oportunidade de demonstrar que há uma interconexão entre fatos e regras que faz com que as regras adscritas de um precedente judicial estejam indissociavelmente ligadas aos fatos que lhes deram origem. Citando novamente a passagem de Wróblewski já transcrita acima, “*os fatos no discurso jurídico não podem ser compreendidos fora de suas conexões com as regras*” [Wróblewski 1988:29-30]<sup>720</sup>.

Como se procurou demonstrar no tópico anterior, a mesma qualificação de um fato pode elevá-lo à condição de material ou não. Por exemplo, a finalidade de uma Empresa Estatal pode ser decisiva para realizar a distinção de um caso e não de outro. Por outro lado, outras características da empresa (por exemplo, ter atuação no âmbito municipal, estadual ou federal) podem ser suficientemente relevantes para o exercício de determinado *distinguishing*, mas não de outro. Tudo dependerá de como os fatos materiais foram categorizados, de como isso foi refletido na decisão e da conjuntura do caso-atual. Esse conglomerado de atividades, vale dizer, revelará a necessidade e suficiência dos fatos, e a respectiva proporção de relevância, para atrair a solução jurídica do caso-precedente.

---

<sup>720</sup> BUSTAMANTE. *Teoria do Precedente Judicial*: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais, 2012, p. 471, destaque nosso.



Nessa perspectiva, este estudo sugere uma proposta eclética, agregando ao método anunciativo de Eisenberg os apanhados de Goodhart, sem ignorar as críticas realistas (com destaque nas ponderações de Herman Oliphant e Julius Stone), nem as contribuições de Cross e Harris, já com as ressalvas de Neil MacCormick e Brian Simpson, devendo o intérprete perquirir qual era o Direito que a Corte formadora tinha em vista no momento que formou o precedente, porque, assim, conhecendo os fatos e os fatores que foram determinantes para qualificá-los como material e, ainda, a intensidade do relacionamento que dispensou entre eles e a solução jurídica, será possível delimitar o grau e os limites da materialidade dos fatos e, enfim, o modelo será bem propenso ao equilíbrio (isto é, a encontrar a tão cara “média de ouro”, como chamou William Holdsworth<sup>721</sup>), porque, embora permaneça resguardado o exercício argumentativo das Cortes subsequentes, tornará apurável, por exemplo, a pretensão de desvirtuamento da distribuição de relevância aos fatos originários nas reinterpretções do caso-precedente, uma vez que a distribuição da *materialidade* já terá sido registrada na anunciação originária.

Com efeito, avaliando a imbricação entre a conjuntura fática e a norma jurídica empregada, é possível restringir ainda mais o nível de possíveis arbitrariedades no momento das aplicações subsequentes, porque será possível não apenas saber que fatos foram decisivos (materiais) para o precedente, mas, também, porque razões eles foram necessários e suficientes para tanto. Assim, as categorizações também receberão maior controle, porque não será possível um reagrupamento sem uma eficaz argumentação.

Por corolário, também é realçada a importância da constante fiscalização argumentativa por parte de advogados e outros juizes para revelar posturas como essa<sup>722</sup>, o que, além de constantemente tencionar a decisão ao receio da reforma, pode, se a postura for reiterada, configurar violação à Colaboração.

A estrutura do modelo forjado pelo CPC/2015 é vocacionada para abranger todas essas necessidades, já que mantém, ao longo do arco processual, constante diálogo com a teoria da argumentação jurídica e, nesse jaez, realça a importância da fundamentação adequada e consistente na formação e aplicação do precedente. A fundamentação como justificadora das razões intersubjetivas é o caminho mais habilitado para assegurar a legitimidade do afastamento do precedente. O parágrafo primeiro do artigo 489 centralizou esse discurso,

---

<sup>721</sup> HOLDSWORTH, William S. *Case Law* (1934), 50, LQR 180-95 a 24-5.

<sup>722</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 114.

pois, além de reunir todos os adjetivos que viabilizam discernir acerca da validade da decisão (sendo o precedente, sempre, gerado a partir de uma decisão), acumulou a função de revelar o relacionamento entre *material facts* e *point of law*. É a partir da fundamentação que os intérpretes futuros, tendo identificado com exatidão as circunstâncias fáticas (isto é, todos os fatos que o juízo-formador considerou materiais) e a solução jurídica imputada, terão condições de analisar a forma de conexão e, a partir de um juízo também argumentativo, demonstrar a acomodação ou não ao caso-atual.

Segundo Fredie Didier Jr. *et al.*, são atributos da fundamentação a *racionalidade* (“exigência de que a fundamentação da decisão seja um discurso justificativo, que deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que se atua”<sup>723</sup>) e a *controlabilidade* (impondo que o discurso decisório seja “compreensível, público e acessível”<sup>724</sup> não apenas aos atores processuais, mas a toda opinião pública), cujo principal objetivo é o controle de poder da justificativa apresentada<sup>725</sup>.

Assim, tendo o magistrado do caso-precedente destacado os fatos materiais *no relatório*, deverá também esclarecer que razões levaram à eleição de cada um por meio da *fundamentação*, local em que também deverá correlacionar o conseqüente jurídico aplicável e as razões que levaram à sua aplicação, de forma clara e analítica, racional e controlável. Isso dará aos juízos subsequentes condições incontavelmente maiores de conhecerem mais precisamente os limites da *ratio decidendi* e, por outro lado, evitará aproximações ou afastamentos ilegítimos.

Cotejados o *relatório* e a *fundamentação*, a próxima preocupação no modo de elaboração dos precedentes concerne à reflexão na *ementa*, *dispositivo*, *tese* ou similar com a maior fidelidade possível a essência do acórdão que derivou do julgamento (nos moldes do parágrafo primeiro do artigo 943 do CPC). Ou seja, na qualidade de resumo da fundamentação, o elemento de divulgação deve expor as circunstâncias fáticas e a solução jurídica do precedente.

<sup>723</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 317.

<sup>724</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 318.

<sup>725</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 317.

No entanto, é oportuna a ressalva, por mais fidedigna que seja em relação ao acórdão que lhe deu origem, de que o veículo de externalização nunca será o precedente<sup>726</sup> e jamais eximirá o intérprete do pacto argumentativo acima tratado.

Num breve apanhado, então, a proposição do presente estudo sugere, em primeiro lugar, que a formação do precedente, além de anunciar a decisão em si, deve (a) se preocupar também em proclamar paralela e concomitantemente a *ratio decidendi*, (a.1) anunciando no relatório, com expressa referência, os fatos que considerou materiais, ao mesmo tempo em que, na fundamentação, (a.2) destaque os fatores ou características decisivos para qualificá-los como tal e, ainda, (a.3) as razões e a intensidade de relacionamento entre os referidos fatos e a solução jurídica empregada, momento em que será justificada a aplicação do consequente normativo à hipótese fática, esclarecendo em que proporções a norma incide e porquê.

No tocante à aplicação, constatando a possível incidência de um precedente normativo formalmente vinculante, o juiz deverá (b) identificar a *ratio decidendi* do caso-precedente, o que significa (b.1) aludir-se aos fatos materialmente qualificados no relatório do caso-precedente, (b.2) destacar os fatores ou características identificados pela Corte formadora como decisivos para qualificar os respectivos fatos como materiais e (b.3) as razões e a intensidade que a Corte originária deu ao relacionamento entre os fatos e a solução jurídica. Perceba que, até então, a atividade da Corte aplicadora foi meramente descritiva, sendo, inclusive, tão mais legítima quanto maior for a fidelidade na descrição do que foi apreendido na formação.

Contudo, ainda restará ao intérprete (c) “demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (art. 489, § 1º, V, CPC), o que abrange (c.1) identificar os fatos considerados materiais no caso-atual, (c.2) destacar os fatores e características hábeis a lhe qualificarem como tais, (c.3) confrontá-los, conjuntamente com suas características e fatores, aos fatos materiais, características e fatores do caso-precedente e, finalmente, (c.4) justificar as razões pelas quais a solução jurídica do caso-precedente deve ou não ser aplicada (isto é, justificar os motivos de aplicação ou distinção do precedente). Nesse último momento é que

---

<sup>726</sup> “A simples referência a precedentes ou a enunciados de súmula, ou a mera transcrição do seu conteúdo ou da ementa do julgado, não é suficiente para que se diga justificada uma decisão. É preciso - e exigível - que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada para o caso em julgamento” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 2016, p. 338).

(c.4.1) haverá espaço para eventuais reinterpretações sobre o caso-precedente, inclusive, (c.4.1.1) considerando elementos que, embora já existentes na formação, não tenham recebido a relevância adequada ou (c.4.1.2) outros, que apesar de novos, isto é, não presentes no julgamento do caso-precedente, (c.4.1.2.1) não modifiquem em nada o significado inicial do precedente, (c.4.1.2.2) ampliem ou restrinjam seu âmbito de incidência, ou, ainda, (c.4.1.2.3) passem a integrar o precedente em condição *material*, considerando que sem ele não seja mais possível a aplicação da solução jurídica alcançada no caso-precedente. Também nesse momento é que será possível que (c.4.2) novas questões jurídicas eventualmente negligenciadas na formação sejam enfrentadas, contanto que, em todas as situações [“(c.4.1)”, “(c.4.2)” e suas decorrências], o intérprete vença argumentativamente o ônus de demonstrar que, apesar de ciente de “(a.1)”, “(a.2)” e “(a.3)” e, ainda, mesmo considerando “(c.1)”, “(c.2)” e “(c.3)”, são fundamentais as ponderações feitas em “(c.4.1)” e/ou “(c.4.2)” para guardar a coerência, integridade e estabilidade inicialmente proposta pelo caso-precedente, isto é, para manter a finalidade do caso-precedente.

Ao final de ambas as fases, formação e aplicação, merece destaque a necessidade de que as Cortes destilem maturidade institucional suficiente para (d) elaborar a ementa, dispositivo, tese ou similar tendo a consciência de sua natureza jurídica de resumo do que foi apurado no caso (art. 943, § 1º, CPC) e, portanto, procurando refletir, com a maior fidelidade possível, a matéria essencialmente apreendida no julgamento. Sempre que possível, o resumo deverá conter todos os elementos que foram fundamentais para o julgamento [fatos materiais, características ou fatores responsáveis por lhe impor essa qualificação, além das razões e intensidade de relacionamento entre os referidos fatos e a solução jurídica e, em se tratando das Cortes aplicadoras, a demonstração de que o caso-atual se ajusta aos fundamentos do caso-precedente, constando, sempre que for o caso, o detalhamento da reinterpretação “(c.4.1)” e/ou a nova questão jurídica enfrentada “(c.4.2)”]. Vale lembrar que o ajuste da ementa, embora não exima os intérpretes de empreender uma análise aprofundada dos fundamentos determinantes do caso-precedente, contribuirá para reduzir a invocação descompromissada de excertos, proporcionando maior fidelidade à finalidade originária do caso-precedente até mesmo aos advogados e juízes porventura desavisados.

Ademais, é de suma importância que, quando a Corte aplicadora também tiver competência para formar precedentes, o detalhamento da ressignificação “(c.4.1)” e/ou a nova questão jurídica enfrentada “(c.4.2)” necessariamente sejam refletidos não apenas no anúncio, mas

também na ementa, porque o ajuste realizado poderá, a depender do caso, constituir padrão que deva obrigatoriamente ser considerado nos próximos enfrentamentos. Esse será um caso em que, de acordo com a proposta do presente estudo, terá ocorrido *distinguishing* constitutivo, ou seja, aquele que, de alguma forma, modifica a *ratio decidendi* originária e, especialmente se a técnica for promovida por alguma das metodologias do art. 927 do CPC, todos os demais casos, que a rigor se insiram no âmbito de incidência do precedente, deverão considerar a alteração, o que sugere que ela deva receber o máximo de divulgação possível, inclusive em sua redação externalizadora.

A proposição acima não tem nenhuma pretensão de sugerir um método comportamental matematizado e estanque, que vise vincular o intérprete em cada uma de suas etapas, porque a experiência já revelou que aforismos desse tipo fracassaram<sup>727</sup>. O passo a passo acima se limita a compilar as condutas que, na concepção deste estudo, devem ser adotadas pelo juiz-formador, juiz-atual e advogados para que a delimitação da *ratio* seja possível e, com isso, o modelo de precedentes, muito além de um “sonho romântico”<sup>728</sup>, seja viável na prática.

Ademais, a proposta procurou submeter-se ao acervo legislativo do CPC, isto é, cada etapa sugerida encontra correspondência nos limites semânticos do art. 489, § 1º, V e VI. A proposição simplesmente procurou densificar o comando, buscando conceder unidade ao que seria “identificar os fundamentos determinantes” do caso-precedente ou “demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, posta a indeterminada redação pelas quais as expressões foram vazadas pelo Legislador. “Identificar os fundamentos determinantes”, por exemplo, poderia significar simplesmente que o juiz do caso-atual deve destacar as circunstâncias fáticas e a solução jurídica do caso-precedente, o que continuaria a carregar toda carga de subjetividade tratada acima. Tal equivocidade e vagueza se repetem na

---

<sup>727</sup> Na década de 1950, J. L. Montrose, advogado acadêmico, intrigado com a subjetividade dos métodos de delimitação da *ratio* até então apresentados, procurou acabar, de uma vez por todas, com a controvérsia. Embasado nos achados de Goodhart, mas, considerando as críticas de que seu método subestimava a importância das razões dentro da decisão, Montrose sugeriu um método (na verdade, algo mais assemelhado a uma fórmula) que buscava estabelecer “padrões de julgamento” a partir da valoração dos processos de raciocínio, que, segundo a proposta, permitiriam uma generalização maior (cf. MONTROSE, J. L. The Language of, and a Notation for, the Doctrine of Precedent. *University Western Australia Annual L.*, 1952., rev. 301–29, 504–25 a 306). Para concretizar a ideia, o advogado inventou um conjunto de símbolos abreviados, atrelando significados a cada símbolo (sugerindo, por exemplo, que “‘a+’ signifique que existe um fato; ‘a=’ significa não achar que existe ou não um fato; ‘a-’ significa que um fato faz não existe, e assim por diante”), com a pretensão de, com isso, reduzir as possibilidades subjetivas. A metódica proposta, contudo, tornou-se confusa e ininteligível, de modo que, ao impor a associação dos significados aos símbolos sugeridos, representa criar outro nível de informação a ser processado, aumentando, ao invés de reduzir, o fardo mental do intérprete (DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 88).

<sup>728</sup> NUNES; VIANA. *Precedentes: a mutação no ónus argumentativo*, 2018, p. 22.

dicção dos comandos “demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e “sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. O texto em si não oferece critérios para garantir a idoneidade na reprodução dos fatos materiais, de forma que sem a densificação do comando, a despeito da previsão, os pressupostos de igualdade podem continuar ameaçados.

Observando os padrões ora sugeridos, haverá uma tecnologia muito mais refinada para realizar o controle da legitimidade do *distinguishing*, porque, uma vez bem identificados os fatos materiais do caso-precedente e delineadas as razões de sua materialidade, caso pretenda refutar sua aplicação, o intérprete, para cumprir o ônus imposto pelo inciso VI, além de, analiticamente, ter de destacar os fatos materiais do caso-atual – função que também será cumprida pelo relatório, porém, do caso-atual –, terá de demonstrar, por meio de uma fundamentação satisfatória, que as divergências entre ambos são suficientemente significativas para declinar a aplicação, dificultando qualquer pretensão de desvio, já que semelhante tarefa já terá sido feita pela Corte formadora do caso-precedente.

Conjugando, então, o aprimoramento de tecnologias argumentativas e o realce de padrões de mínimos de conduta no modo de elaboração e manuseio dos precedentes, a proposta visa tornar menos abstrata a verificação da legitimidade de categorização dos fatos e, *ultima ratio*, parametrizar a aplicação ou distinção da *ratio*. O desvio dos elementos anunciados até pode ocorrer, mas tem que ser suficientemente justificado.

Adotando as cautelas sugeridas, o dinamismo do modelo será mantido, na medida em que as novas impressões continuarão possíveis em largo espectro (perceba que as possibilidades não se encerram em novas interpretações dos fatos considerados no precedente, viabilizando, inclusive, acréscimo de conteúdo fático ou jurídico, desde que conservada a finalidade originária), mas, por outro lado, o intérprete é constrangido aos elementos fundamentais registrados na proclamação feita pela Corte anterior

É fundamental, contudo, um constante empenho conjunto de juízes, partes e advogados, bem como de juízos formadores e aplicadores. É necessário que todos os atores processuais, em todas as fases que envolvem a sistematização dos precedentes, assumam compromisso com o modelo, num diálogo dinâmico em que cada envolvido tem condições de fiscalizar a atividade do outro e cada atividade, para ser bem desempenhada, depende do bom desempenho da outra.

Numa posição de maior eminência, a sugestão envolve um resgate na estruturação decisória por parte das Cortes que formam precedente. O resultado do caso-precedente não pode mais ser encerrado na prolação da decisão, atraindo-se o ônus de que as *rationes decidendi* sejam também anunciadas, numa atividade paralela e concomitante, sob pena, inclusive, de carência de pressuposto material, como a violação à Colegialidade, conforme a proposta redacional do acórdão, feita no subtópico “2.2.3”.

As Cortes sequentes devem se conscientizar de que a maleabilidade da *ratio* não pode justificar preferências subjetivas e respeitar os limites argumentativos impostos pela dogmática do modelo. Ainda que sob reinterpretação, ou até mesmo incremento fático-jurídico, a finalidade originária do precedente deve ser resguardada. As categorizações não poderão desfigurar o significado do precedente fornecido pela Corte formadora com assimilações ilegítimas, porque os fatos qualificados como materiais, bem como as características e fatores que lhe outorgaram essa condição, já estarão denunciados no produto da formação.

Na base, mas nada menos importante, os advogados, sobretudo comprometidos com o *stare decisis* e com a manutenção dos pressupostos democráticos, no patrocínio natural dos interesses das partes, exercerão, correlatamente, assíduo escrutínio em relação à legitimidade da atividade desenvolvida nos tribunais.

Enfim, a proposição busca desconcentrar o protagonismo de qualquer dos atores do processo, perseguindo uma atuação cooperativa, interdependente e que procura distribuir responsabilidades equanimemente, na medida em que cada um, assumindo postura e funções que decorrem de sua respectiva posição, contribua para a formação de provimentos mais legítimos, seguros e que viabilizam o estímulo dialético e discursivo de questões práticas e jurídicas, sem descuidar dos pressupostos de racionalidade, estabilidade e segurança jurídica.

#### 4.6 OS IMPACTOS DA LEI 13.256/2016 SOBRE A DINÂMICA DO MODELO DE PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES DO CPC/2015

Ainda alinhado à proposta deste estudo, vale um ligeiro excursus avaliativo sobre os impactos da Lei 13.256/2016 no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes proposto pelo Código, especialmente porque suas alterações reclamam uma postura ainda mais refinada no que toca ao manuseio do *distinguishing*.

O CPC/2015, em sua redação original, confiou o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários aos tribunais superiores, reservando aos excepcionais casos que desafiavam exame prévio pelo órgão *a quo* o cabimento de agravo direto às cortes de vértice. A proposta legislativa conformava-se, então, ao intrincado sistema processual recém-inaugurado, que parecia anunciar a superação de remansosa “jurisprudência defensiva” que obstruía o acesso aos órgãos jurisdicionais de cúpula.

Todavia, antevendo um potencial agravamento da já crítica situação de sobrecarga do STJ e do STF, um movimento reformista propôs as alterações consolidadas pela Lei 13.256/2016, que não apenas revigorou o juízo dicotômico de admissibilidade como também limitou a insurgência em face da decisão que nega seguimento ao recurso especial e extraordinário ainda no segundo grau de jurisdição, quando em confronto com entendimento firmado em julgamento repetitivo, restringindo-a à via do agravo interno, a ser interposto perante o próprio tribunal recorrido.

Esta parte do trabalho dedica-se à reflexão sobre os impactos da reforma em apreço, a partir de três capítulos centrais, cujos subtítulos buscam inspiração na trilogia original da saga cinematográfica *Star Wars*<sup>729</sup>. O primeiro traça os contornos da orientação jurisprudencial, que, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), criava embaraço à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas firmados pelas cortes superiores, abordando, em seguida, a solução que emergia da versão inicial do CPC/2015. O segundo cuida da reforma implementada pela Lei 13.256/2016, cujos efeitos parecem conferir novo vigor à posição pretoriana erigida sob a égide do sistema processual

---

<sup>729</sup> Os três primeiros filmes, lançados entre 1977 e 1983, ficaram conhecidos no Brasil como *Episódio IV: Uma nova esperança*, *Episódio V: O império contra-ataca* e *Episódio VI: O retorno de Jedi*.



anterior, ameaçando a dinâmica do novo sistema de precedentes obrigatórios. Finalmente, o terceiro se ocupa da proposta de retorno à Constituição, mediante interpretação que assegure uma dinâmica sadia à manutenção do novo modelo de precedentes adotado pelo CPC/2015.

#### **4.6.1 Uma nova esperança: a redação original do Código de Processo Civil de 2015 e a potencial revisão de jurisprudência dita defensiva**

De acordo com o que foi sintetizado nas linhas inaugurais deste trabalho, por muito tempo a tradição jurídica brasileira ignorou a importância da teoria dos precedentes, mesmo possuindo uma “matriz híbrida de *common law* e *civil law*”<sup>730</sup>, inspirada no constitucionalismo norte-americano desde 1891.

Embora com manifesta afeição ao *stare decisis*, já adotando, há muito, práticas tipicamente decorrentes da vinculação a precedentes (inclusive o controle de constitucionalidade, viabilizado não somente aos membros dos tribunais de cúpula, mas também a todos os juízes, por meio do exercício incidental, que, com o tempo, passou a refletir um papel muito semelhante àquele desempenhado pelos juízes do *common law*), desde muito cedo, fomentou-se a compreensão de que a vinculação do julgador às suas próprias decisões implicaria uma indesejável interferência sobre o seu livre convencimento. Nessa perspectiva, concedia ao juiz brasileiro um poder muito maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não prestava o adequado respeito aos precedentes<sup>731</sup>.

Somente com a reforma levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que, entre outras coisas, acresceu a possibilidade de edição de súmulas vinculantes no âmbito do STF, cedeu-se espaço à consolidação da regra do *stare decisis*, que já vinha, ao longo da história nacional, firmando-se de maneira lenta e gradual.

Mais recentemente, alterações legislativas deram origem a outro fruto desse processo de recepção tardia dos precedentes: o julgamento de recursos repetitivos, previsto,

---

<sup>730</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 38.

<sup>731</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2016, p. 37.

originariamente, nos artigos 543-B e 543-C do CPC/1973, que conferia força obrigatória às orientações fixadas para causas de caráter múltiplo fundadas em idêntica questão de direito.

Um dos tópicos mais polêmicos em torno da aludida sistemática dizia respeito aos meios de controle das decisões dos tribunais *a quo* que suspendessem os recursos à espera da eficácia do precedente fixado no caso selecionado ou aplicassem os padrões decisórios oriundos dessa modalidade de julgamento. Daniel Mitidiero identificou duas situações problemáticas que estavam fadadas a ocorrer: determinado recurso poderia ser *sobrestado* ou ter o seu *seguimento negado* de forma equivocada na origem, caso o órgão encarregado do juízo prévio de admissibilidade entendesse que a hipótese era idêntica, ou semelhante, àquela afetada ou já apreciada em julgamento concentrado<sup>732</sup>.

A solução para ambas as hipóteses seria a mesma: a parte interessada teria o ônus de distinguir o seu caso daquele julgado sob a sistemática do recurso repetitivo, apontando as diferenças fático-jurídicas entre eles ou ressaltando fundamento não considerado no momento da formação do precedente capaz de promover a sua superação<sup>733</sup>.

Como os tribunais de cúpula são os órgãos competentes para dar a palavra final quanto à admissibilidade dos recursos a eles direcionados e rever os seus próprios precedentes<sup>734</sup>, o instrumento processual apto a provocar esse tipo de discussão perante as referidas Cortes deveria ser o agravo previsto no artigo 544 do Código Buzaid, já que os tribunais de instâncias ordinárias não têm, por óbvio, competência constitucional para definitivamente admitir, deixar de admitir e muito menos para julgar o mérito de recursos de natureza extraordinária, “ainda que já exista precedente sobre o tema firmado no âmbito das Cortes Supremas”<sup>735</sup>.

Pesquisadores do Direito brasileiro alertaram, todavia, que o desenvolvimento jurisprudencial do instituto propiciou o surgimento de uma posição bastante restritiva no que respeita à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas firmados, mesmo

---

<sup>732</sup> MITIDIERO. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, 2013, p. 110.

<sup>733</sup> MITIDIERO. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, 2013, p. 110.

<sup>734</sup> Nesse sentido, aliás, é a disposição inculpada no artigo 986 do atual diploma processual, atinente à superação de entendimento firmado em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas: “a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III”.

<sup>735</sup> MITIDIERO. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, 2013, p. 111.

quando suscitadas circunstâncias que aconselhassem a superação do precedente (*overruling*) ou o seu afastamento diante do caso concreto (*distinguishing*), em razão de peculiaridades inerentes à nova hipótese submetida a julgamento<sup>736</sup>.

Destaca-se, nesse particular, o entendimento consolidado pela Corte Especial do STJ, em questão de ordem levantada pelo Ministro Cesar Asfor Rocha durante o julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.154.599/SP, no sentido de não ser cabível o agravo do artigo 544 do CPC/1973 contra decisão “que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543[-C], § 7º, inciso I, do CPC”, admitindo-se em tal hipótese, tão somente, agravo para o plenário do tribunal *a quo* ou, onde houver, para o órgão com competência equivalente.<sup>737</sup>

Do voto proferido pelo Ministro Relator, que conduziu o julgado, extraem-se argumentos predominantemente pragmáticos, alusivos à necessidade de se “[...] acabar com inúmeros julgamentos desnecessários e inviabilizadores de atividade jurisdicional ágil e com qualidade”, os quais, em última análise, levaram o colegiado a concluir que “o momento da Lei n. 11.672/2008, que criou o recurso repetitivo [...], é incompatível com o momento em que concebido o agravo de instrumento<sup>738</sup> do art. 544 do CPC”.

O acórdão lavrado naquela ocasião, contudo, não foi unânime. Em voto divergente, o Ministro Teori Zavascki teceu diversos argumentos contrários à tese majoritária, entre os quais, em razão de sua pertinência, transcreve-se o seguinte:

[...] negando-se acesso ao STJ, em casos tais, o que se faz, na prática, é conferir aos precedentes julgados pelo regime do art. 543-C não apenas um efeito vinculante *ultra partes*, mas também um *caráter de absoluta imutabilidade*, eis que não subsistiria, no sistema processual, outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado. Essa deficiência não seria compatível com nosso sistema, nem com qualquer outro sistema de direito. Mesmo os sistemas que cultuam rigorosamente a força vinculante dos precedentes judiciais admitem iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato. É que a eficácia das decisões judiciais está necessariamente subordinada à cláusula *rebus sic*

<sup>736</sup> NUNES; FREIRE; GODOY; CARVALHO. *Precedentes: alguns problemas na adoção do distinguishing no Brasil*. 2014.

<sup>737</sup> Assim já havia se posicionado o Plenário do STF no exame da questão de ordem suscitada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 760.358/SE, submetido à relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se concluiu não ser cabível agravo contra decisão em que o Tribunal de origem nega seguimento ao recurso extraordinário, com fulcro no art. 543-B do CPC/1973, ou deixa de admitir o apelo extremo amparado em decisão do Supremo Tribunal Federal, reputando ausente a repercussão geral do tema objeto do recurso.

<sup>738</sup> Naquela época ainda vigorava a redação do artigo 544 do CPC/1973, que previa a interposição de agravo na modalidade de instrumento, posteriormente convertido em agravo nos próprios autos pela Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010.

*stantibus*, comportando revisão sempre que houver modificação no estado de fato ou de direito. Até mesmo para as súmulas vinculantes editadas pelo STF há mecanismos de acesso à Corte Suprema para fins de revisão (CF, art. 103-A, § 2º e Lei 11.417/06, arts. 3º a 6º). O mesmo ocorre com as decisões do STF que negam existência de repercussão geral, que também estão sujeitas a revisão (CPC, art. 543-A, § 5º). São igualmente passíveis de revisão – e não são raros os casos em que isso ocorre na prática – as súmulas editadas pelo STJ (Regimento Interno, art. 125).

No mesmo sentido se posicionou Daniel Mitidiero, para quem o entendimento adotado pela Corte Especial deveria ser urgentemente revisto. Do contrário, aduziu o autor, “[...] não só a força do precedente – e por consequência da legislação infraconstitucional federal – estará solapada, mas também o próprio *status* do Superior Tribunal de Justiça como uma Corte Suprema restará irremediavelmente enfraquecido”<sup>739</sup>.

Não obstante, em que pese à robusta crítica dissidente, o precedente firmado na questão de ordem arguida no Agravo de Instrumento nº 1.154.599/SP prevaleceu e continuou sendo aplicado, inclusive de modo monocrático após o advento do novo CPC, durante o período de *vacatio legis*, como faz prova o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 820.876/SP.

A postura assumida pela Corte Cidadã adquiriu contornos ainda mais rígidos quando sua jurisprudência passou a não admitir sucedâneos recursais para efeito de controle da decisão proferida nos moldes do artigo 543-C, § 7º, I, do CPC/1973, a teor do que restou decidido no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 17.940/RJ e no Agravo Regimental na Reclamação nº 10.302/RS<sup>740</sup>.

Idêntico tratamento foi dispensado à irresignação contra a decisão do tribunal de origem que suspendia o recurso especial à espera do julgamento do recurso afetado à Corte Especial (art. 543-C, § 1º, CPC/1973), a exemplo do que ocorreu no Agravo Regimental no Agravo em

<sup>739</sup> MITIDIERO. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, 2013, p. 111.

<sup>740</sup> O STF firmou orientação similar no sentido de que “o Agravo nos próprios autos, a Reclamação, a Petição ou qualquer ação autônoma, contra decisão do Tribunal *a quo* que aplica a sistemática da repercussão geral, nos termos do art. 543-A e art. 543-B, ambos do CPC/1973, são inadmissíveis, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Rcl 13.492-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 21/10/2013; Rcl 12.652-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 20/8/2013; Rcl 9.633-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 7/8/2013; e, ainda, Rcl 14.614-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 6/11/2013; Rcl 12.356-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 12/11/2013; AI 760358-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 12/02/2010)” (Pet 5602 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 10-08-2017 PUBLIC 14-08-2017).

Recurso Especial nº 330.903, nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar nº 18.822/RJ e no Agravo Regimental na Reclamação nº 4.231/RS.

Note-se que todos os julgados citados, direta ou indiretamente, invocaram em seus fundamentos o precedente formado no julgamento da questão de ordem suscitada pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, cuja eficácia foi estendida por analogia à hipótese de sobrestamento do recurso por ordem do tribunal de origem.

Ora, se o objetivo do STJ, enquanto Corte de Interpretação, é buscar definir o sentido da lei no intuito de orientar a sociedade e constituir um padrão decisório a ser observado pelos órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior, podendo-se traçar, aqui, um paralelo com o STF enquanto guardião da Constituição da República, é claro que os seus membros não devem se ocupar de todo e qualquer recurso submetido à sua apreciação.

Por outro lado, a drástica eliminação de acesso operada pela jurisprudência de ambas as cortes parece contrariar a percepção de que um sistema de precedentes vinculantes pressupõe a existência de um instrumento técnico dedicado à manutenção da estabilidade das teses consagradas, “[...] mediante recurso à corte competente para a sua revisão, pois a sua vinculatividade dependerá deste controle”<sup>741</sup>.

O início da vigência do CPC/2015, nesse contexto, despertou a esperança de que tal posicionamento pudesse ser reconsiderado, na medida em que, pela primeira vez na história normativa do país, os precedentes judiciais passaram a ser expressamente disciplinados e, assim, definitivamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Além de ter sido incluída na categoria de precedentes formalmente vinculantes, nos moldes do artigo 927, III, do atual estatuto adjetivo, a técnica de julgamento de recursos repetitivos ganhou uma subseção inteira dedicada à sua regulamentação, composta pelos artigos 1.036 a 1.041 do mesmo diploma legal, cuja redação original revela a decisão do legislador de intervir de modo decisivo na problemática em apreço.

A primeira parte do problema, relativa à suspensão inadequada de feitos em virtude da afetação de determinado tema à técnica de julgamento repetitivo, encontra remédio no artigo 1.037, §§ 8º a 13, do CPC atual, que submete a ordem de sobrestamento à apreciação do próprio juízo da causa, que conhece os contornos fático-jurídicos da lide e pode, com mais

---

<sup>741</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 343.

segurança, apurar a existência de eventual distinção (*distinguishing*), além de possibilitar que a parte insatisfeita com o resultado, proclamado após o devido contraditório, obtenha uma segunda opinião mediante a interposição do recurso cabível.

Com relação à hipótese em que se nega seguimento a recurso de forma equivocada na origem, em razão de sua suposta semelhança com caso já apreciado em julgamento de recurso repetitivo, houve, em princípio, um grande avanço legislativo em comparação à postura adotada pelo Plenário do STF e pela Corte Especial do STJ.

Com efeito, o artigo 1.042, II, do CPC/2015, conforme inicialmente idealizado, previa de forma categórica o cabimento de agravo às Cortes de vértice quando inadmitido o recurso especial ou extraordinário “[...] sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior”.

Embora nada houvesse dito o Legislador acerca da admissibilidade de recurso destinado a demonstrar argumento contrário ao precedente, não considerado no momento da sua formação e potencialmente capaz de ensejar a sua revisão, ficou claro, naquele momento, que a restrição de cunho pretoriano não mais se sustentava.

Como então observou o professor Hermes Zaneti Junior<sup>742</sup>, tratava-se de mais uma amostra das “virtudes progressistas do positivismo jurídico como técnica de emancipação e civilização”, consentâneo com a tradição brasileira de superar questões teóricas através de uma “[...] normatização legal progressista que permite avanços reais em relação a temas que, muito embora complexos e debatidos na doutrina, sofrem mais com a ausência de disciplina legal do que com a falta de teoria”.

Até então, não se podia imaginar que o modelo de precedentes trazido pelo novel estatuto seria alterado, antes mesmo de sua vigência, pela Lei 13.256/2016, que diminuiu os controles argumentativos das decisões proferidas pelos tribunais superiores e, à primeira vista, revigorou a jurisprudência de viés defensivo criticada neste trabalho.

---

<sup>742</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 343-344.

#### 4.6.2 O império contra-ataca: a edição da lei 13.256/2016 e o comprometimento estrutural do sistema brasileiro de precedentes

Ao perceber que a introdução do novo regramento representava ameaça ao tráfego de processos nos tribunais superiores, o Legislador reformista contra-atacou, editando, ainda na *vacatio legis* do Código de 2015, a Lei 13.256/2016, que promoveu 44 significativas alterações no estatuto processual em diversas áreas.

Vale lembrar que o sistema recursal, inicialmente proposto pelo CPC/2015, limitava a atuação do tribunal *a quo* ao mero recebimento do recurso de natureza extraordinária, seguido da imediata intimação do recorrido para apresentação de sua resposta, reservando o juízo de admissibilidade ao órgão *ad quem*, conforme expressa disposição do único parágrafo que constava do artigo 1.030<sup>743</sup>.

A proposta, contudo, agravaria a crítica situação de atulhamento das instâncias extraordinárias. Se, antes, com o filtro na instância inferior, o número de casos alçados às Cortes de cúpula já era superior à média que manteria uma saudável tramitação de feitos, alargar o gargalo na origem, como propunha a redação original do CPC, inviabilizaria a própria recorribilidade extraordinária.

Motivada, então, por argumentos de índole utilitarista<sup>744</sup>, a Lei 13.256/2016 promoveu o retorno do juízo dicotômico de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, revigorando as vicissitudes que impunham obstáculos aos litigantes sob a égide do diploma anterior e que, se não forem depuradas por uma boa dogmática, poderão fulminar a maleabilidade esperada de qualquer sistema alicerçado na doutrina do *stare decisis*.

---

<sup>743</sup> Dispunha o dispositivo, na versão original, que “recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o *caput* dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade”.

<sup>744</sup> Como se depreende da justificativa da alteração: “este projeto tem por objetivo reestabelecer e aprimorar a sistemática do juízo prévio de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, suprimida pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015). Tal medida se justifica em função da relevante função de filtro preclusivo do exame de admissibilidade nos tribunais locais. A título de exemplo, no mecanismo atual, segundo informações do Superior Tribunal de Justiça, 48% (quarenta e oito por cento) dos recursos especiais interpostos na origem não foram remetidos àquela corte. Isso significa que de 452,7 mil recursos especiais, 78 mil foram admitidos, mas 146,8 mil foram trancados ainda nos tribunais locais e sem a interposição de agravo”. BRASIL. *Alteração da Lei n.º 13.105*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1362368&filename=Tramitacao-PL+2384/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362368&filename=Tramitacao-PL+2384/2015)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Em complementação, a reforma também suprimiu a possibilidade de recurso às Cortes superiores quando o acórdão recorrido estivesse em consonância com o entendimento proferido em precedentes exarados pelos aludidos tribunais, o que fica claro não somente pela mutilação do artigo 1.042 como também pela expressa restrição do novo § 2º do artigo 1.030, que limitou ao agravo interno eventual insurgência em face das decisões denegatórias de admissibilidade.

Na prática, a parte que for alvo do juízo de admissibilidade negativo deverá se contentar com a via do agravo interno para demonstrar a distinção entre o caso precedente e o atual, o que rompe com a lógica sistêmica originária do CPC/2015, que este trabalho procurou demonstrar, primeiro porque, a reboque da valorização dos casos repetitivos pulverizada no Código, permite que qualquer “entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral”<sup>745</sup>, ainda que em recursos avulsos, seja parâmetro para a negativa<sup>746</sup>. Segundo, porque diante da complexidade que circunda a identificação da *ratio decidendi* e os limites da legitimidade do *distinguishing*, temas centrais do presente trabalho acadêmico, não é razoável relegar às próprias Cortes recorridas a interpretação final do precedente, visto ser, no mínimo, intuitivo que, havendo a possibilidade, optará por não enfrentar a questão que aparentemente milita contra o precedente. E terceiro – e até por consequência das demais – porque qualquer modelo de precedentes vinculantes deve prover, em contrapartida, um sistema recursal hábil e eficiente a oxigenar o controle intersubjetivo das decisões<sup>747</sup>, sem o que, inexoravelmente, serão violados princípios estruturantes do ordenamento, como o acesso à justiça e o próprio devido processo legal, tão caros ao modelo democrático.

Bem vistas as coisas, a alteração legislativa reduziu, perniciosamente, o conceito de precedentes à perquirição meramente formal acerca da ocorrência de determinadas metodologias de julgamento, confiada com exclusividade ao órgão *a quo*, bloqueando o acesso aos tribunais de vértice quando verificada uma das hipóteses previstas em lei.

É dizer, em outras palavras, que a determinação do que é ou não um precedente ficará ao alvitre do tribunal recorrido, que, a despeito da tendenciosa manutenção de seu próprio

---

<sup>745</sup> Artigo 1.030, I, “a”, CPC/2015.

<sup>746</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 407.

<sup>747</sup> Valor, p. 315.



entendimento, decidirá acerca da procedência ou não da irresignação do jurisdicionado que, diante de um juízo negativo de admissibilidade, procura demonstrar a diferença da questão deduzida no seu recurso (por meio de *distinguishing*) ou construir um raciocínio jurídico capaz de revelar que o caldo cultural e social reclamam, por alguma razão, a superação do precedente (demandando um *overruling*).

Nesse cenário, o receio do ministro Teori Zavascki, cuja transcendência aparentava ser um dos grandes méritos do CPC/2015, tornará a assombrar o jurisdicionado, recrudescendo ainda mais negativamente, posta a presunção em favor do precedente<sup>748</sup> delineada pela nova sistemática.

Não é necessário muito esforço para perceber que um filtro recursal intransponível, ainda que chancelado pelo Parlamento, viola algumas garantias fundamentais e ameaça, numa análise mais abrangente, o próprio pressuposto democrático constitucional.

À toda evidência, qualquer alteração do CPC/2015 não pode ignorar suas conquistas iniciais, especialmente no que tange ao modelo de precedentes, que resultou de uma árdua batalha travada ao longo dos anos para superar o paradigma positivista e da jurisprudência persuasiva, nutrida por um discurso liberal que, sob a vigência do CPC/1973, homenageava a padronização decisória superficial e a sumarização da cognição, sob o enfoque exclusivo de satisfazer a uma justiça numérica<sup>749</sup>, fomentando, colateralmente, a profusão da irracionalidade, traduzida em decisões antagônicas para casos substancialmente iguais<sup>750</sup>.

A partir da moldura de um núcleo dogmático formado pelos artigos 489, § 1º, V e VI, 926 e 927, o CPC/2015 propôs um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes apto a distinguir provimentos potencialmente vinculantes, cuja verificação se limita à observância dos métodos de julgamento, previstos no artigo 927, de um verdadeiro precedente, que, além da dimensão formal, reúne pressupostos materiais (como desaguar das considerações teóricas feita no capítulo inaugural, o capítulo segundo cuidou dessa diferenciação).

Esse ideário é consentâneo ao Estado Democrático Constitucional, que deu tônica à distinção entre texto e norma<sup>751</sup> e à dupla indeterminação do direito<sup>752</sup>, esclarecendo, nesse particular,

---

<sup>748</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 327.

<sup>749</sup> NUNES; HORTA. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução*, 2016, p. 306.

<sup>750</sup> MARINONI. *Precedentes obrigatórios*, 2015, p. 54.

<sup>751</sup> ÁVILA. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2015, p. 50-55.

que a norma jurídica é o resultado da interpretação e não seu objeto<sup>753</sup>, sem ignorar, sobretudo, que sua construção deve ocorrer de forma racional, viabilizando, assim, o controle intersubjetivo das razões invocadas no momento da interpretação<sup>754</sup>.

A proposta do CPC/2015, tributária desse entendimento, propõe o respeito obrigatório à norma-precedente, atraindo a necessidade de uma atividade interpretativa a partir de pressupostos democráticos, justamente para combater a superficialidade da fundamentação decisória e a desconsideração da facticidade do Direito<sup>755</sup>, consolidando, pois, a dimensão material (ou substancial) do precedente. Como se esgotou, essa mudança de postura combate a ideia de precedente como mecanismo meramente processual vocacionado à celeridade e à resolução de demandas em massa, flertando com a concepção de que são integrantes de uma teoria que encontra ambiente na racionalidade e na universalidade das decisões<sup>756</sup>.

De acordo com o que se defendeu no capítulo 2, só pode ser considerado precedente normativo formalmente vinculante a decisão que resultar de uma interpretação operativa, da qual seja possível identificar uma ou mais *ratio(nes) decidendi*, sempre resultante de um julgamento colegiado, sob o mais denso debate possível sobre o tema, com esgotamento do Contraditório.

Ademais, o acesso às Cortes de vértice encontra amparo não apenas no primitivo propósito do legislador<sup>757</sup> como também nos fundamentos da República Brasileira (art. 1º, CFRB/88).

---

<sup>752</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 53.

<sup>753</sup> MARINONI; MITIDIERO; ARENHART. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, 2017.

<sup>754</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 65.

<sup>755</sup> NUNES; FREIRE; GODOY; CARVALHO. *Precedentes: alguns problemas na adoção do distinguishing no Brasil*. 2014, p. 14.

<sup>756</sup> ZANETI JR. *Comentários ao artigo 926*, 2016, p. 1430.

<sup>757</sup> A partir de uma ponderação sistemática do tratamento, inicialmente dispensado pelo CPC/2015, ao tema dos precedentes e dos casos repetitivos, fica fácil notar o esforço do Legislador para que os recursos excepcionais chegassem aos tribunais de vértice e alcançassem o exame do seu objeto, em franca homenagem aos princípios da primazia do julgamento do mérito, da cooperação e do contraditório.

### 4.6.3 O retorno à Constituição: uma proposta de interpretação conforme a Carta de 1988

Não se ignora, aqui, a sobrecarga que compromete a atuação dos tribunais de vértice e que demanda a existência de filtros que viabilizem o exercício de suas atribuições constitucionais. O que se propõe é o balizamento dessa atividade a fim de que não se estimulem restrições semelhantes às da Lei 13.256/2016, que, além de afrontar preceitos fundamentais, na medida em que tolhe o direito do jurisdicionado ao amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88), viola os artigos 102, III, e 105, III, da CFRB/88, encerrando no tribunal *a quo* a discussão sobre a admissibilidade dos recursos excepcionais e, sobretudo, ameaça o modelo de precedentes, visto que, ao inadmitir o recurso de revisão, sujeita a tese jurídica fixada pelo precedente à estagnação.

Por toda a complexidade que orbita o modelo, pode ser bem recorrente que a delimitação da *ratio decidendi* não ocorra adequadamente e, nesse caso, de acordo com a dicção deixada pela Lei 13.256/2016, restará ao próprio órgão a análise sobre a pretensão do *distinguishing*, o que subverte a sistemática abrangida para o tema, já que a técnica encontra amparo justamente na garantia do *devido processo legal*, inegavelmente atrofiado nesse caso.

Por isso, a melhor opção dogmático-teórica que se apresenta é a *interpretação conforme a Constituição*, técnica corretiva que orienta o aproveitamento da legislação em detrimento da declaração de sua inconstitucionalidade, sempre que possível. Em vez de nulificar a lei que padeça de um vício aparente, outorga-lhe sentido que lhe possa conformar à institucionalização constitucional.

Nesse propósito, conformando o § 2º do artigo 1.030 do CPC atual à Constituição, são necessárias interpretações do dispositivo que viabilizem o acesso às Cortes supremas, isto é, que permitam ao jurisdicionado ter a admissibilidade do seu pleito recursal analisada pelo STJ e/ou STF, a despeito do bloqueio sugerido pela literalidade do enunciado normativo.

Algumas soluções doutrinárias já despontam, como, por exemplo, a interposição de novo recurso especial e/ou extraordinário quando confirmada a decisão de inadmissibilidade no julgamento do agravo interno (art. 1.030, § 2º c/c art. 1.021, CPC), seja por ofensa ao próprio artigo 1.030, “conferindo-se a ele interpretação conforme ao CPC, especialmente no que diz

respeito à primazia do julgamento do mérito (art. 4º, c/c arts. 932, parágrafo único, 1.029, § 3º, 1.032, 1.033, entre outros) e ao direito à fundamentação adequada na aplicação ou não dos precedentes (arts. 489, § 1º, V e VI, CPC)”<sup>758</sup>, seja por ofensa à norma que prevê os embargos de declaração para o caso de falta de fundamentação adequada (art. 1.022, II, CPC).

O sucesso dessa proposta depende, contudo, de ato de insubordinação do tribunal *a quo* ao precedente que se pretende discutir, pois não resolve o embaraço criado pelo juízo prévio de admissibilidade a que todo recurso excepcional está submetido (art. 1.029, CPC), podendo resultar, *reductio ad absurdum*, em um ciclo interminável de reiteradas insurgências ao órgão *ad quem*, seguido de agravos internos ao Pleno ou Corte Especial do tribunal local.

Nesse cenário, meios de impugnação direta voltados ao destrancamento do recurso especial e extraordinário revelam-se mais promissores, como, por exemplo, mandado de segurança, *habeas corpus*, ação cautelar e reclamação constitucional, que deve ser ajuizada, na compreensão de Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha<sup>759</sup>, dentro de cinco dias a contar da intimação da decisão do agravo interno, posto ser esse o prazo de oposição dos embargos de declaração, única espécie recursal cabível em tais casos.

Zaneti Jr.<sup>760</sup>, a seu turno, entende “que mais prudente é a interposição de embargos e só então a reclamação, visto que a reclamação não tem sido admitida como sucedâneo recursal”, observando-se, em todo caso, a vedação insculpida no artigo 988, § 5º, I, do CPC.

Seja como for, qualquer interpretação das alterações legislativas deve respeitar as premissas e valores que dialogam no CPC/2015, mantendo a estrutura já delineada do modelo de precedentes obrigatórios e a sua conformação constitucional, pelo que, mediante esses e/ou outros veículos recursais, o acesso às Cortes supremas não pode ser tolhido ao jurisdicionado.

---

<sup>758</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 387.

<sup>759</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 649.

<sup>760</sup> ZANETI JR. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, 2017, p. 387.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa debruçou-se sobre a projeção da eficácia vinculante conferida pelo Código de Processo Civil de 2015 aos precedentes judiciais, focando especialmente no *distinguishing*, não apenas como instrumento habilitado a garantir a efetivação do princípio da isonomia, mas como estímulo para a maleabilidade e oxigenação do sistema jurídico, em geral.

Ao longo da pesquisa, foram abordadas premissas que subsidiaram a perspectiva adotada e que, na concepção do estudo, são fundamentais para a adequada compreensão da temática. O modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes inaugurado pelo CPC/2015 tem como objetivo principal o imperativo de racionalidade (necessidade de tratar de maneira semelhante os casos similares), considerando que a escolha mais racional, na maior parte vezes, será decidir da mesma maneira que já foi decidido antes, o que pode proporcionar inúmeras vantagens, assim do ponto de vista teórico e dogmático, como também da prática e da confiabilidade do sistema de Justiça e do ordenamento jurídico, postos diuturnamente em xeque.<sup>761</sup>

Mesmo possuindo “matriz híbrida de *common law* e *civil law*”<sup>762</sup>, inspirada pelo constitucionalismo norte-americano, que lhe conferia prerrogativas totalmente afeiçoadas aos modelos subjacentes ao *stare decisis*, como por exemplo a ideia de jurisdição universal (*judicial review*) e, sobretudo, o controle judicial de constitucionalidade por qualquer magistrado, o sistema judiciário nacional parece ter ignorado, por algum tempo, as conquistas pós-positivistas, emoldurando um modelo interno estritamente apegado aos resquícios liberais-positivistas que sobressaltava a lei como instrumento de justiça quase exclusivo e, correlatamente, repudiava o direito jurisprudencial e qualquer pretensão de outorga de unidade ao Direito, o que alimentou o falso mito da completude da lei, que seria sem lacunas ou obscuridades, indiferente aos fatores culturais<sup>763</sup> - suposição bem manifesta a partir da moldura do CPC/1973.

---

<sup>761</sup> SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1991; SCHAUER. *Precedentes*, 2016.

<sup>762</sup> ZANETI JR. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*, 2014.

<sup>763</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 22.

Há tempos, no entanto, a experiência global já havia revelado que a mera garantia formal da igualdade e da segurança jurídica já não eram suficientes para conformar as necessidades reais, porque a relação entre a legislação e a jurisdição deveria ser dinâmica e cooperativa e sempre manejada por instrumentos apropriados a “promover unidade ao Direito em um permanente equilíbrio entre estabilidade e abertura de nosso sistema jurídico”<sup>764</sup>. Os irretroatáveis marcos constitucionais - os avanços teóricos da teoria da linguagem, o “giro linguístico” da metade do século passado e os desenvolvimentos paralelos da semiótica, que impulsionaram uma virada de paradigma na hermenêutica jurídica – já haviam revelado a irracionalidade de se buscar a igualdade e segurança jurídica por meio da imposição cega da lei a todos, afinal, na condição de linguagem humana, o texto legal também é composto por signos linguísticos cujo significado é adscrito pelo intérprete<sup>765</sup>, desmistificando a ideia de Direito como algo totalmente determinado em um momento prévio à interpretação e admitindo-se, em vez disso, sua dupla indeterminação (os textos são vazados equivocadamente e as normas são vagas), tornando imprescindível a interpretação<sup>766</sup>.

No entanto, a percepção de que a norma é o resultado e não o pressuposto da interpretação<sup>767</sup>, alimentou o dogma de que os juízes não deveriam respeito às suas próprias decisões, ao ponto de se alegar que qualquer tentativa de vincular o magistrado ao passado representaria uma interferência ilegítima sobre o seu “livre convencimento” e sobre a sua liberdade de julgar, o que consolidou uma cultura judiciária insana, que permitia a cada magistrado ter seu próprio entendimento acerca de determinada matéria, sem observar padrões mínimos de racionalidade ao decidir. Tal anarquia interpretativa alcançou patamares alarmantes, a ponto de impedir o jurisdicionado de prever como uma questão jurídica seria resolvida. Curiosamente, o direito jurisprudencial, cuja essência se filia justamente à certeza, cognoscibilidade e estabilidade do sistema jurídico, propiciou ao Judiciário vivenciar um grau insustentável de insegurança jurídica, uma vez que até então os padrões decisórios não eram dotados de força normativa, o que, em alguma medida, estimulava a proliferação de decisões solipsas e, muitas vezes, antagônicas para casos análogos.

Tudo isso fomentou uma série de reformas no Código passado que, numa análise desatenta, poderiam sugerir alguma aproximação a um modelo de precedentes, mas, na verdade, foram

---

<sup>764</sup> MITIDIERO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 70.

<sup>765</sup> TARELLO. *L'interpretazione della legge*, 1980, p. 102.

<sup>766</sup> MITIDIEIRO. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 2017, p. 53.

<sup>767</sup> ÁVILA. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 2015, p. 50-55.

muito mais dedicadas a solucionar outras intempéries como a litigiosidade explosiva e o assoberbamento das Cortes judiciais do que à concretização da racionalidade, estabilidade, isonomia e segurança jurídica. Embora até tenham conferido vinculação a determinados provimentos judiciais (v.g., art. 557 do CPC/1973, arts. 102, §2 e §3º, 103-A, CRFB/88 e art. 10, §3º da lei n. 9.882/99), não procuraram propor uma teoria organizacional que, por exemplo, pudesse orientar o intérprete à consideração das circunstâncias do caso, dos argumentos das partes, da fundamentação da decisão e que impusesse a igualdade das partes e integridade decisória<sup>768</sup>, de modo que, avaliando mais detidamente, não é difícil perceber que as reformas não cuidaram de implementar uma cultura de precedentes, limitando-se a estipular vinculação a determinados provimentos judiciais.

O CPC/2015, no entanto, enfrentou a questão a partir de uma perspectiva diferente, conferindo tratamento panorâmico, integrado e sistêmico aos precedentes, que se dogmatizados adequadamente, possuem no mínimo, vocação para corrigir as disfunções teóricas e pragmáticas sumarizadas ao longo do primeiro capítulo. Na esteira defendida pela pesquisa, os julgamentos realizados a partir das metodologias do artigo 927 do CPC2015 não produzem eficácia vinculante automaticamente, limitando-se a guardar aptidão para vincular. Além da dimensão formal adquirida por meio dos referidos julgamentos, para que o provimento receba alcunha de precedente judicial obrigatório, é necessária a apuração da sua dimensão material, que reclama a constatação da reunião de alguns pressupostos, que o estudo convencionou como sendo a interpretação operativa, a identificação dos fundamentos determinantes ou *ratio decidendi* e a observância da colegialidade e do Contraditório substancial no julgamento que produz a decisão a partir da qual se exsurge o precedente, advertindo-se, ademais, sobre a inadequação de se tratar o texto catalográfico, cuja função se limita à de divulgação dos fundamentos determinantes, como se fosse o próprio precedente.

A partir do núcleo dogmático (arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 927), o CPC/2015 oferece condições de que se estabeleça verdadeira teoria dos precedentes, sempre relacionada às teorias da decisão judicial, da argumentação jurídica e da interpretação e, sobretudo, outorgando centros seguros de outorga de unidade ao Direito. Vale dizer, o Código procurou não apenas orientar à uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência (artigo 926), buscando também proporcionar meios de efetivação dos ideais habilitados a denunciar a qualquer tentativa de desfiguração o modelo, o que se observa especialmente

---

<sup>768</sup> BUSTAMANTE. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedentes judicial, 2016, p. 275-297.

pelos indicativos do parágrafo primeiro do artigo 489, que além de tangenciar os limites do que pode e do que não pode ser considerado como decisão válida – deixando claro que decisão não é um ato de escolha ou preferências, constituindo-se, antes, no resultado da interpretação, da esmerada valoração, a partir dos dados objetivamente extraídos do processo - dedica dois incisos destinados especificamente a orientar o procedimento do intérprete em relação à decisão que considera ou deveria considerar algum precedente judicial.

A argumentação jurídica afigura-se na pedra de toque no manejo dos precedentes, de modo que, tanto na formação quanto na aplicação ou distinção, a atividade será contrabalaneada com o cumprimento do ônus insculpido no art. 489, § 1º do CPC. A rigor, existindo precedente em favor de determinada matéria, haverá presunção em favor da aplicação, o que só poderá ser afastado a partir da demonstração de alguma *departure* (*distinguishing* ou *overruling*, por exemplo). Disso, mais precisamente, é que cuidam os incisos V e VI do art. 489, § 1º do CPC, o que também realça a necessidade de prover o jurisdicionado de técnicas capazes de identificar a *ratio decidendi*. Em outras palavras, para se cogitar um modelo que admita vinculação a precedentes judiciais é primordial que sejam conferidos meios idôneos de conhecer o significado do precedente, ou seja, a parte que realmente vincula (sua *ratio decidendi*, a regra geral que soluciona a questão do precedente, composta pelas circunstâncias fáticas - *material facts* - e solução jurídica - *points of law*), o que, no entanto, não é nada simples.

Foi abordada a controvérsia que cinge a questão, especialmente porque um modelo vinculante sadio habita no equilíbrio entre a fidelidade ao significado outorgado na formação do caso-precedente e os proveitos proporcionados pelas ressignificações seguintes. Uma coisa é a compreensão teórica e hipotética de que os precedentes serão aplicáveis aos novos casos cujas circunstâncias fáticas guardem proximidades necessárias e suficientes com as do precedente. Outra, bem mais complexa, é, diante da constatação que nenhum caso tem fatos realmente idênticos a outro, saber identificar que fatos do caso-precedente foram decisivos para atrair a solução jurídica, considerando que essa é uma tarefa sempre participada pelo intérprete do caso-atual que, numa atividade interpretativa e descritiva, qualificará os fatos que, na origem, tenham recebido condição de *materiais*.

Essa é uma questão bem delicada, sobretudo diante da política legislativa adotada, que pulverizou por todo o Código mecanismos que se submetem à sistemática vinculante e tolhem a postulação pretendida contra o direito imposto no precedente (como é o caso do art. 311, II,



do art. 332, do art. 496, § 3º e, do art. 988). Os tribunais, de seu turno, têm adotado posicionamento cada vez mais restritivo em relação a postulações ao menos aparentemente contrárias a matérias já firmadas na sede de precedentes judiciais, postura ainda mais tonificada pelas alterações promovidas pela Lei 13.256/2016, que limitou sobremaneira a recorribilidade sugestivamente adversa a determinados paradigmas. Agravando esse quadro, destaca-se o fato de o país abrigar um Poder Judiciário com sequelas de patologias ainda tão recentes. Relegar toda a responsabilidade da definição dos *material facts* ao juízo atual pode ser pernicioso, por exemplo, por tornar o juiz-atual livre para dizer que foi relevante para o julgamento do caso-precedente o que, na verdade, não tenha sido. E não é demais recobrar que arbitrariedades como essa são diuturnamente flagradas na prática, já que, a despeito da relevância que o fato realmente tenha tido para o caso-precedente, os intérpretes seguintes acabam livres para qualificar outros, de acordo com as próprias preferências ou interesses, muitas vezes, pré-concebidas e amparadas em predicados não necessariamente democráticos. Posturas como essa tornam o modelo de precedentes obrigatórios falível e devem ser veementemente repudiadas.

Enfim, sobejam razões para concluir que, juntamente com a implementação do *stare decisis* no solo nacional, as partes precisam munir-se de meios que lhe autorizem a individualizar o Direito (isto é, identificar a *ratio decidendi* e destacar a parcela vinculante da não vinculante) e habilitar-se no manejo do *distinguishing*, técnica vocacionada a demonstrar que, a despeito da aparente semelhança entre os fatos do caso-atual com os do caso-precedente, existem razões peculiares que recomendam tratamento autônomo.

No entanto, nem identificar a *ratio decidendi*, tampouco manejar adequadamente o *distinguishing*, são tarefas simples. Vale dizer, aliás, qualquer sugestão de proposta destinada a proporcionar uma releitura isenta dos fatos materiais também servirá para estabelecer padrões de promoção do *distinguishing*, porque a distinção é a outra faceta da aplicação. Da mesma forma que nem todo fato anunciado no caso-precedente pode ser encarado como *fato material*, nem toda peculiaridade pode ser apta a justificar o *distinguishing*<sup>769</sup>, caso contrário todo juízo subsequente estaria autorizado a, sob a guarida da distinção, deixar de seguir o precedente, especialmente porque, ao contrário do que ocorre na superação, a distinção não está sujeita à reserva do tribunal formador, sendo sua promoção possível a qualquer órgão

---

<sup>769</sup> DUXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 114.

jurisdicional<sup>770</sup>. Nesse contexto, devem ser totalmente repudiadas as distinções ilegítimas, por assim dizer, aquelas que forjam materialidade a fatos que não há para promover distinções, quando na verdade o caso reclamaria aplicação de determinado precedente.

Ao longo dos anos, muitos estudiosos se dedicaram a estabelecer meios de garantir o equilíbrio entre os ideais de coerência, integridade e estabilidade (preservando, assim, o significado do caso-precedente) e a adaptabilidade do sistema jurídico obtida com as reinterpretações subsequentes. Foram diversos testes, métodos, proposições e ponderações, dentre os quais os mais relevantes foram compilados e, em determinada proporção, levados em consideração para formular a proposta apresentada ao final do estudo.

Referida proposta não deixou de considerar essas e as demais dificuldades que o tema acumula, procurando, ainda, distribuir equanimemente responsabilidade do manejo à Corte formadora e às Cortes aplicadoras, inter-relacionando as atividades realizadas em ambos os momentos. A proposição admite que sugestões reducionistas como a fidelidade canônica ao texto ou o mera orientação hipotética ao confronto entre os fatos do caso-precedente e os fatos do caso-atual são ingênuas e, em certa medida, perniciosas, não apenas por conta de toda a carga valorativa que envolve a identificação dos fatos materiais, mas porque qualquer sugestão de proposta deve se preocupar em manter o equilíbrio entre a fidelidade à formação e a liberdade do intérprete.

Nesse particular, a redação dos incisos V e VI foi decomposta, demonstrando a insuficiência de lhe conferir interpretação literal, já que sua redação parece somente ter dispensado atenção à atividade do juiz-atual (na aplicação ou distinção), ignorando a atividade da Corte formadora e, ainda, a forma de relacionamento entre os fatos qualificados como materiais e a porção de Direito dispensada.

A proposta buscou pulverizar atenção nas duas fases e, ademais, além de sugerir um meio que busque identificar com isenção os fatos materiais, também se ocupou de vincular à aplicação as razões pelas quais os fatos foram eleitos como materiais e a forma com que eles se relacionaram com o *point of law*. Assim, além de permitir a identificação dos aludidos fatos, a proposta orienta o destaque dos motivos que lhe qualificaram como tal e do grau de afiliação entre eles e a questão de direito, o que reduz as possibilidades de que o juiz do caso-atual pince porções vinculantes não ostentadas pelos juízes do caso-precedente. Para se desviar do

---

<sup>770</sup> Essa foi a conclusão do enunciado n. 174 do FPPC: “a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado”.

que foi estabelecido, o intérprete terá que vencer satisfatoriamente o ônus argumentativo para justificar suas direções teóricas. A proposição formulada também não deixou de prever a possibilidade de considerar elementos não ventilados antes, embora já existentes desde a formação, ou, ainda, de ponderar novos componentes fáticos ou jurídicos que eventualmente possam ser benéficos ao deslinde da questão, tudo, claro, sujeito ao controle intersubjetivo das razões, de que o modelo depende diretamente. Finalmente, a proposta também não descurou-se da preocupação de que a ementa reflita com a maior fidelidade possível o conteúdo do caso-precedente, constando, inclusive, as alterações realizadas pelos precedentes seguintes que, de alguma maneira, devam ser consideradas. É claro que a adequada elaboração da ementa não substitui a necessidade de conhecer o conteúdo do precedente, que só é possível a partir de um enfrentamento detido do inteiro teor do acórdão que formou o precedente. Contudo, quanto maior for o compromisso em refletir na ementa o significado do precedente, menores serão as chances de subversão, até mesmo se considerados profissionais menos habilitados no manejo do modelo.

Em síntese, ao longo do trabalho se propôs um enfrentamento substancial e finalístico dos precedentes. O arcabouço delineado pelo Código de 2015 foi um importante marco e tem, de fato, vocação para sanar as intercorrências da pragmática, mas é primordial erigir dogmática contundente, que persista em conduzir o tema à luz das instituições democráticas (direitos fundamentais e princípios de justiça). A modificação legislativa não é autossuficiente, já que na condição de texto linguístico, o CPC/2015 também será sempre sujeito à interpretação. Cabe à Academia, profissionais do Direito e tribunais, em geral, especialmente por ocasião da reestruturação da dogmática jurídica atualmente vivenciada, solidificar a compreensão de que o Código inaugura um paradigma novo, reclamando uma revisitação da metodologia e intercomunicação dos trabalhos dos juízes, advogados, professores e todos os demais atores do Direito, para que não apenas a redação legal seja nova, instituindo-se também uma verdadeira mudança de paradigma.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito e Jurisprudência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Discrecionariiedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014.
- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, cidade, v. 40, n. 245, p. 351-377, jul. 2015.
- ALEXY, Robert. The special case thesis. *Ratio Juris*, (cidade), v. 12, n. 4, p. 374-384, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALVES-MAZZOTTI, Alda; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*. São Paulo: Pioneira, 1998.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. ed. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ASQUITH. *Some aspect of the work of the court of appeal*, 359, *apud* DURXBURY. *The nature and authority of precedent*, 2008, p. 90.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BAKER, Paul V. *A.L.G. An Editors View*, 1975, 91, LQR.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Neil. *Interpreting Precedents: a comparativestudy*. Ashgate/Dartmouth: Aldershot, 1997. P. 351-354.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie et. al (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 183-213.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista do Ministério Público*, Rio Grande do Sul, v. 46, p. 29-66, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *BOLETIM de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. As culturas liberais e democráticas de proteção dos direitos individuais no constitucionalismo clássica: uma breve análise dos modelos britânicos, francês e norte-americano. *Instituto Brasileiro de Direito Público*, Salvador, n. 13, p. 01-45, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução de cotnrovérsias*. 2010. 351f. Tese. (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010

BRASIL. Alteração da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Portal da Câmara dos Deputados, Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1362368&filena me=Tramitacao-PL+2384/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362368&filena me=Tramitacao-PL+2384/2015)>. Acesso em: 11 jun. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335/Acre. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 591.874-2 Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdãos, 26 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607037>> Acesso em: 13 mar. 2019.

BRONAUGH, Richard. Persuasive precedent. In: GOLDSTEIN, Laurence (Ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 217-247.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995 [1936].

BURIL, Lucas. Autorreferência como dever de motivação específico decorrente do stare decisis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 282, p. 411-433, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

\_\_\_\_\_. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial. In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 275-297.

\_\_\_\_\_. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de Mac Cormick. *Revista Brasileiro de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, p. 263-313, 2013.

- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa et. al. (Coords.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014.
- BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos*. Brasília, 1972.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 786, p. 111, abr. 2001.
- CAMBI, Eduardo. Neconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 9. ed. Salvador: JusPodvim, 2011, p. 235-268.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nelle diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. 5. ed. Buenos Aires: EJEJA, 1959.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral de direito*. São Paulo: Noeses, 2014.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I: Lógica Jurídica*. São Paulo: PUC, 1999.
- CASTRO, Daniel Penteado de. *Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodvim, 2017.
- CHIASSONI, Pierlugi. *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e technique argumentative*. Milano: Giuffrè, 1999.
- \_\_\_\_\_. Il fascio discrete della common law. Appunti sulla "rilevanza" dei precedente giudiziali. In: BRESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFO, Michele (Orgs.). *I Metodi della Giustizia Civile*. Milani: CEDAM, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000.
- CROSS, Rupert; HARRIS, James W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. *El Precedentes em el Derecho Inglés*. Tradução de Maria Angélica Pulido. Madri: Marcial Pons, 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DELLORE, Luiz. Algo mudou na fundamentação das decisões com o novo CPC? Jurisprudência do STJ aplica entendimento firmado à luz do CPC/1973. *JOTA*, São Paulo,

2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniaao-e-analise/colunas/novo-cpc/algo-mudou-na-fundamentacao-das-decisoes-com-o-novo-cpc-26062017>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O efeito vinculante e princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: (nome dos autores). *Novas Tendências do Processo Civil*. São Paulo: JusPodivum, 2013.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas*, Belo Horizonte, v. 18, n. 36, p. 114-132, 2015.

\_\_\_\_\_. Princípio da cooperação. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRAGA, Paulo Sarno; LAGO JR., Antônio (Coords.). *Ética e boa-fé no direito: estudos em homenagem ao prof. Adroaldo Leão e sua obra “o litigante de má-fé”*. Salvador: Juspodivum, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 19. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

\_\_\_\_\_. A ordem do processo nos tribunais no CPC-2015 e o sistema de precedentes: voto vencido, redação de acórdão e colheita de votos. In: MENDES, Aluisio; BEDAQUE, Roberto; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda (Orgs.). *O novo processo civil brasileiro - temas relevantes - estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. São Paulo: Método, 2006.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall’”azione” al “processo” (1864-1994). *Revista di Diritto Processuale*, anno XLIX, n. 4, p. 911-925, 1994.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 189, p. 105-131, 2011.

\_\_\_\_\_. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 43, p. 290-304, 1966.

\_\_\_\_\_. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. 8. ed. Roma: Laterza, 2004.

\_\_\_\_\_. *Principia iuris: Teoria del diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007.

FRANCIS, Joseph. F. Three cases on possession: some further observations. *St Louis Law Review*, n. 14, 1928.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GOODHART, Arthur L. Three cases on possession on. *The Cambridge law Journal*, n. 3, 1928.

\_\_\_\_\_. Determining the ratio decidendi of a case. In: GOODHART, Arthur L. *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: University Press, 1931.

\_\_\_\_\_. *Precedent in English and continental law*. 1934.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coords.). *O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Tradução de Marina Gascón e Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

\_\_\_\_\_. Das fontes às normas. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUIBOURG, Ricardo et. al. *Introduccion al Conocimiento Científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição; contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Estado Constitucional Cooperativo (1978)*. Tradução de Margusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HARVARD LAW REVIEW, jan; 2014. v. 127, n. 3.



HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective. *Wash. U. Journal of Law & Policy*, v. 4, 2000.

HOLDSWORTH, William S. *Case Law* (1934), 50, LQR 180-95 a 24-5.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Osterreich, 2000.

\_\_\_\_\_. *General theory of law and state*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Uma Teoria da Decisão Judicial: Fundamentação, Legitimidade e Justiça*. Salvador: JusPodvm, 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar. A nocividade do aspecto prospectivo e a importância dos fatos na construção do “precedente”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 6, 2017.

LEITE, Glauco Salomão (Coord.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: JusPodvim, 2008.

LLEWELLYN, Karl. *The bramble brush: on our law and its study*.

LUGON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

MACCORMICK, Neil. *Rethoric an the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil; BANDKOWSKI, Zenon; MARSHAL, Geoffrey. Precedent in United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedent: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: \_\_\_\_\_. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 215-238.

\_\_\_\_\_. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARCATO, Antônio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. 2008. Tese apresentada para o concurso de Professor Titular de

Direito Processual Civil do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 49, 2009.

\_\_\_\_\_. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 918, p. 351-414, 2012.

\_\_\_\_\_. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Comentários ao art. 927. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Cultura e previsibilidade do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 431-450, 2015.

\_\_\_\_\_. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. vol. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. vol. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARSHALL, Geoffrey. What is a binding precedent?. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.

MAZZEI, Rodrigo; GONCALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais. In: BUENO, Cassio Sarpinella (Org.). *Programa de atualização em Direito: Ciclo 1*. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MITIDIEIRO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- \_\_\_\_\_. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.). *Processo Civil: Estudos em homenagem ao professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- \_\_\_\_\_. MITIDIEIRO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, n. 2, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. Título do capítulo. In: PÉREZ, José (Org.). *Do espírito das leis*. Tradução de Helena Barbosa. Revisão de Bruno Barbosa. São Paulo: Edições Cultura, 1945.
- MONTROSE, J. L. The Language of, and a Notation for, the Doctrine of Precedent. *University Western Australia Annual L.*, 1952, rev. 301–29, 504–25 a 306.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 75, p. 7-25, 1994.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- MÜLLER, Frederich. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008.
- MÜLLER, Frederich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- Nash v. Tamplin & Sons Brewery Brighton Ltd*, 1952, AC 231, 250, HL.
- NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare Decisis vs Direito Jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre et. al. (Orgs). *Novas Tendências do processo Civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodvm, 2013.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
- NEVES, Marcelo. *Marcelo Neves entre Hydra e Hércules*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules>>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 22, n. 88, 185-210, 2014.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 199, p. 41-82, 2011.

\_\_\_\_\_. A função contrafática do direito e o novo CPC. *Revista do advogado*, São Paulo, v. 35, n. 126, p. 53-57, 2015.

\_\_\_\_\_. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 23, n. 92, p. 61-81, 2015.

\_\_\_\_\_. Comentários aos artigos 1.036 a 1.041. In: DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *O Brasil entre o civil Law e o common Law: A tendência despadronização decisória (uso de precedentes) – Inter mínimo para sua aplicação*. Disponível em: <<http://esameavvocato.diritto.it/docs/31927-o-brasil-entre-o-civil-law-e-o-common-law-a%20tend-ncia>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Daniel Correia Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do distinguishing no Brasil. *Revista Libertas*, Salvador, v. 1, n. 1, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho; HORTA, André Frederico. A doutrina do precedente judicial: fatos operativos, argumentos de princípio e novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella. (Org.). *Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1*. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015.

\_\_\_\_\_. Aplicação de Precedentes e Distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et. al. (Orgs.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 301-334.

NUNES, Dierle José Coelho; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, n. 3, 2003.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Guilherme Pires de. Comentários ao artigo 235. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA JR., Délio Moto de. Teoria brasileira dos precedentes judiciais e o argumento novo, não considerado na formação da tese jurídica. *Revista de Processo: Repro*, São Paulo, n. 280, 2018.

OTEIZA, Eduardo. La función de las Cortes Supremas en América Latina. Historia, paradigmas, modelos, contradicciones y perspectivas. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Tomo XIV, p. 341-398, 2011.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 248, p. 331-354, 2015.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coleho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2010.

RAZ, Joseph. *Law and value in adjudication: The authority of law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RE, Edward D. Stare decisis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 281-287, 1994. Disponível em:  
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176188/000485611.pdf?sequence=3>>  
Acesso em: 05 jan. 2019.

RISINGER, D. Michael; SAKS, Michael J. The Daubert/Kumho Implications of Observer Effects in Forensic Science: Hidden Problems of Expectation and Suggestion. *California Law Review*, California, 2002.

ROSS, Alf. *One Law and Justice*. London: Stevens & Sons, 1974.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 203-240, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SCALIA, Antonin. The Rule of Law as a Law of Rule. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 4, 1989.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Oxford: Oxford University Press, 1991.

\_\_\_\_\_. *Thinking like a lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. *Precedente*. Tradução de André Duarte de Carvalho e Lucas Buriel de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie et. al. *Precedentes*. (Coords.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 49-86.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira e Direito Público*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 109-129, 2005.

SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015*. Ano. Disponível em: < <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> > . Acesso em: 27 jul. 2017.

SENADO FEDERAL. *Exposição de motivos*. Ano. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> > Acesso em: 13 jul. 2018.

SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*, 1604. Disponível em: <[https://www.tvprudente.com.br/dominio\\_publico/livros/medida\\_medida.pdf](https://www.tvprudente.com.br/dominio_publico/livros/medida_medida.pdf)> Acesso em: 21 mar. 2019.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SIMPSON, Alfred William Brian. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, 1957, *apud* BUSTAMANTE, 2012. p. 261.

SLABI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 284-319, 2002. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136)>. Acesso em: 11 jun. 2018.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

STONE, Julius. The ratio decidendi of the ratio decidendi. *Modern Law Review*, v. 22, n. 6, 1959.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Súmulas Vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma teoria para a elaboração de precedentes? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 78, p. 284-319, 2009.

\_\_\_\_\_. *O que é isto: Decido conforme minha consciência?*. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. E o que seria a discricionariedade transparente do ministro Roberto Barroso? *Conjur*, São Paulo, 22 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Por que commonistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? *Conjur*, São Paulo, 22 set. 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar> > Acesso em: 19 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: AUTORES. *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 61-41.

\_\_\_\_\_. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. *Conjur*, Local e data. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 02 jan. 2019.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. O NPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: (AUTORES). *Interpreting Precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para a melhor explicação: o afastamento no decisionismo no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 70, p. 177-196, 2017.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legg*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1980.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, anno LI, n. 2, p. 312-319, 1997.

\_\_\_\_\_. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriaale Scientifica, 2007.

TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. *Revista Jurídica Precedente*, Colombia, v. x, n. x, p. 86-99, 2007.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito juridprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivim, 2015, p. 445-458.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 218, p. 99-110, 2013.

VILE, John R. *Essential Supreme Courts decisions: summaries of leading cases in U.S. constitutional Law*. 15. ed. Maryland: The Rowman & Littlefield, Publishers, 2010.

VITORELLI, Edilson. Atipiciade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos. *Revista de Processo*, v. 43, n. 275, p. 273-310, 2018.

WAMBAUGH, Eugene. The study of cases: a course of instruction in reading and starting reported cases. In: AUTORES. *Composing head-notes and briefs: Criticising and comparing authorities. And compiling digests*. 2. ed. Boston: Little. Brown&ramp; Co., 1894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WEBER, Max. *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WRÓBLEWESKI, Jerzi. Legal decision and justification. *Logique et Analyse*, n. 14, Bruxelles: Centre national de recherches de Logique, 1971.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, n. X, p. 293-349, 2014.

\_\_\_\_\_. Comentários ao artigo 926. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: formalização das fontes jurisprudenciais. *Ius et Tribunalis*, Huancayo, ano 1, n. 1, p. 31-49, 2015.

\_\_\_\_\_. A legalidade na era da proteção das necessidades de tutela. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle José Coelho; FREIRE, Alexandre (Orgs). *Normas Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 177-178.

\_\_\_\_\_. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Aula da disciplina obrigatória "A Constitucionalização do Processo" do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, ministrada em 29/03/2018 – informação informal.

ZANETI JR., Hermes, FREDERICO, Carlos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 257, n. x, p. 371-388, 2016.

ZAVASCKI, Teori. Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 46-46.

ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. Quieta movere: interpretative change in a codified system. In: CANE, Peter; STAPLETON, Jane (Orgs.). *The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon, 1998.