

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS – CCJE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDIR

NAUANI SCHADES BENEVIDES

**TÉCNICAS DE IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* DOS PRECEDENTES
JUDICIAIS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: UMA
ANÁLISE SOBRE A SUA INSUFICIÊNCIA**

VITÓRIA

2019

NAUANI SCHADES BENEVIDES

**TÉCNICAS DE IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* DOS PRECEDENTES
JUDICIAIS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: UMA
ANÁLISE SOBRE A SUA INSUFICIÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição” e na linha de pesquisa “Justiça, meios de defesa e de impugnação de decisões judiciais”.

Professor Orientador: Geovany Cardoso Jevaux

VITÓRIA

2019

NAUANI SCHADES BENEVIDES

**TÉCNICAS DE IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* DOS PRECEDENTES
JUDICIAIS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: UMA
ANÁLISE SOBRE A SUA INSUFICIÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para a obtenção do título de
mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Vivaldo e Euzeli, pessoas que eu mais amo nessa vida, por tudo o que fizeram e que tiveram que abrir mão para que eu tivesse condições para perseguir os meus objetivos. Sem o apoio, amor, dedicação e paciência deles eu jamais conseguiria ter chegado até aqui. Esse trabalho, fruto de muito esforço, é dedicado a eles.

Agradeço também ao Iohane, meu irmão amado e melhor amigo, que sempre me apoia, escuta meus devaneios e está disposto a discutir sobre nossas incertezas sobre a vida. Sem ele esse trabalho também não seria possível, já que ele é o responsável por manter funcionando os computadores, impressoras, sinal da internet e tudo que envolve tecnologia, ramo do conhecimento que ficou restrito a apenas um dos irmãos. Esse trabalho também é dedicado a ele.

Agradeço ao Belchior, felino cuja humana de estimação sou eu. Ele foi fundamental para a superação dos momentos emocionalmente mais críticos dessa pesquisa. O desgaste mental ocasionado pela vida acadêmica é melhor suportável com o apoio de um serzinho que não julga, tem uma calma inabalável e te ama sem ressalvas.

Agradeço aos meus amigos pelo incentivo e compreensão nos momentos que tive que me fazer ausente para me dedicar à essa pesquisa. Agradeço a eles também por terem me ajudado a construir minha visão de mundo, traçar meus objetivos e por serem meu apoio nas melhores e piores fases da vida.

Agradeço aos colegas do mestrado, companheiros nessa batalha sofrida, mas, sem sombra de dúvidas, engrandecedora. Em especial aos amados amigos: Carolina Biazatti Borges, por ter topado entrar nessa aventura comigo e por ter sido o meu principal apoio nos momentos mais críticos; Larissa Almeida da Silva, por sempre acreditar no meu potencial, ter aberto meus olhos para a complexidade da mente humana e por me ensinar a não me resignar com a má-prática e ser agente da mudança; Cinthia Saldanha Lacerda, por ser um exemplo de mulher que dá conta de tudo, sem perder a serenidade, confiança e, o mais importante, o coração enorme, que acolhe a todos; Roberto Sartório Júnior, grande amigo desde os tempos da

graduação, por me aconselhar, me ouvir, dividir suas angústias e insatisfações e ter o melhor papo (e gosto musical) do mundo; Vander Santos Giuberti, por me fazer questionar as verdades mais bem estabelecidas, por ser exemplo de ética, determinação, inteligência e bondade; e Maria Clara Queiroz Araujo, por ser minha irmã acadêmica e me apoiar nos momentos mais incertos, sempre com invejáveis pragmatismo, serenidade e certeza de que tudo daria certo.

Agradeço ao meu orientador, professor Geovany Cardoso Jevaux, pela oportunidade e pela confiança. Admiro-o desde os tempos da graduação por sua ética, dedicação, compromisso com o ensino de qualidade, senso crítico e humor. Lhe sou grata por ter me concedido liberdade para adotar o caminho teórico que eu entendesse mais adequado desde que eu pudesse fundamentadamente defendê-lo. Também lhe agradeço pelas críticas sempre tão perspicazes nas tantas mudanças de perspectivas que tive durante essa pesquisa. Terminei esse mestrado com a certeza de que não poderia ter escolhido orientador melhor.

Agradeço ao professor Hermes Zaneti Júnior, por me ensinar a fazer pesquisas de forma séria e comprometida, indo além da superficialidade dos manuais. Meu interesse pelo tema da presente pesquisa se deve à forma apaixonada com a qual o professor Zaneti escreve e fala sobre precedentes. Agradeço-o pela sua dedicação à vida acadêmica e, principalmente, por envidar todos os esforços para que o PPGDIR da UFES seja de excelência.

Agradeço ao professor Marcelo Abelha Rodrigues, por me ensinar a desconfiar de tudo aquilo que se lê e que se conclui de forma simples e bonita num encaixe perfeito. O compartilhamento das experiências práticas do professor Abelha foram fundamentais para que eu desenvolvesse o senso crítico que me guiou nessa pesquisa, que muitas vezes parecia não apontar para solução alguma. Agradeço-o pelas críticas que me fizeram pensar e por acreditar no meu potencial.

Agradeço ao professor Gilberto Fachetti Silvestre, pelo incentivo e parcerias durante essa caminhada. Também agradeço aos demais professores do departamento de Direito com os quais tive contato, por contribuírem, às suas maneiras, para a minha formação.

Agradeço aos funcionários da Secretaria do PPGDIR, Fernando, Adriele, Camila e Bruna, que além de desempenharem o trabalho que funcionalmente lhes compete, estão sempre dispostos a apoiar, com um sorriso no rosto, os discentes nas agruras da vida acadêmica. E, oportunamente, agradeço à FAPES, pela concessão da bolsa que me possibilitou aproveitar o mestrado ao máximo.

Por fim, agradeço à UFES, minha segunda casa há nove anos, onde adquiri tantos conhecimentos que me desenvolveram no âmbito profissional, acadêmico e pessoal.

RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro vem conferindo paulatinamente maior importância aos precedentes judiciais. Não obstante a este fato, não houve maiores preocupações teóricas em relação à forma de lidar com os precedentes, sendo o seu uso pautado, ainda que inconscientemente, pelo senso comum teórico historicamente estabelecido no país: o paradigma normativista típico de um Direito legislativo. Com efeito, o desenvolvimento teórico específico acerca do tema no Brasil, incrementado principalmente a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015, se funda, em sua maioria, em concepções características de um Direito legislativo ou se baseia na simples importação de institutos da tradição anglo-saxã. É nesse contexto que a doutrina nacional defende a importação do conceito de *ratio decidendi* como adequado para o uso do modelo de precedentes, sendo este suficiente para superar a fracassada ideia de precedente como enunciado geral e abstrato nos moldes das súmulas. Nesse sentido, a presente pesquisa tem por objetivo analisar a aplicabilidade de técnicas para a determinação da *ratio decidendi* dos precedentes. Para isso, examina como se deu o movimento de valorização dos precedentes judiciais no Direito brasileiro, as correntes doutrinárias nacionais sobre o tema e como elas o compreendem e as teorias dos principais expoentes sobre *ratio decidendi* da tradição do *common law*. Feita essa exposição, passa-se a analisar criticamente, a partir do referencial teórico da Hermenêutica filosófica que concebe o Direito como integridade num paradigma sistêmico, cada uma das teorias e suas respectivas técnicas, avaliando sua compatibilidade com o constitucionalismo contemporâneo. Aferida a insuficiência de técnicas para a determinação do elemento vinculante do precedente, propõe-se a utilização do precedente a partir de sua força hermenêutica, que varia conforme elementos formais e materiais. A pesquisa foi desenvolvida mediante abordagem qualitativa, por meio da utilização dos métodos histórico, hermenêutico, argumentativo e dogmático, e está vinculada à linha de pesquisa “Justiça, meios de defesa e de impugnação de decisões judiciais” do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo.

Palavras-chave: Provimentos vinculantes. Precedentes. Vinculação. Teoria dos precedentes. *Ratio decidendi*. *Stare decisis*. Art. 927 do CPC/15.

ABSTRACT

The Brazilian legal system has been gradually giving greater importance to judicial precedents. Notwithstanding this fact, there were no major theoretical concerns regarding the way of dealing with precedents, and its use is ruled, albeit unconsciously, by the theoretical common sense historically established in the country: the normativist paradigm typical of legislative law. In fact, the theoretical development regarding specifically this subject in Brazil, mainly as a result of the advent of the Code of Civil Procedure of 2015, is mostly based on concepts that are characteristic of a legislative law or is based on the simple importation of the Anglo-Saxon tradition's institutes. It is in this context that the national doctrine defends the importation of the concept of *ratio decidendi* as adequate to the use of the Brazilian model of precedent, which would be sufficient to overcome the failed idea of precedent as a general and abstract statement like the Brazilian *súmula*. In this sense, the present research aims to analyze the applicability of techniques for the determination of the precedent's *ratio decidendi*. For this, it examines the historic of valorization of judicial precedents in Brazilian law, the national doctrinal thoughts on the subject and how they understand it and the theories of the main exponents on *ratio decidendi* of common law. Once this exposition has been made, adopting the theoretical framework of Philosophical Hermeneutics conceiving Law as integrity in a systemic paradigm, each of theories and their respective techniques, is analyzed critically, evaluating its compatibility with contemporary constitutionalism. Given the insufficiency of techniques for determining the binding element of the judicial precedent, it is proposed to use the precedent from its hermeneutic force, which varies according to formal and material elements. The research was developed through a qualitative approach, through the use of historical, hermeneutical, argumentative and dogmatic methods, and is bound to the research line "Justice, means of defense and challenging judicial decisions" of the Master Program in Procedural Law of the Universidade Federal do Espírito Santo.

Key words: binding decisions. Precedents. Bindingness. Theory of precedent. *Ratio decidendi*. *Stare decisis*. Art. 927 of CCP/15.

GLOSSÁRIO

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973)

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105 de 16 de março de 2015)

EMC – Emenda Constitucional

IAC – Incidente de Assunção de Competência

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

PGR – Procuradoria Geral da República

RER – Recurso Extraordinário Repetitivo

REspR – Recurso Especial Repetitivo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

UFES – Universidade Federal do Espírito Santo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – BASES FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES	16
1.1 O AUMENTO DA VALORIZAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JURISDICIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO	16
1.2 RAZÕES QUE LEVARAM AO AUMENTO DA VALORIZAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JURISDICIONAIS	22
1.2.1 Razões de ordem teórica	23
1.2.1.1 as tradições jurídicas do ocidente	23
1.2.1.2 O Estado legislativo e o positivismo exegético	27
1.2.1.3 A crise do Estado legislativo e positivismo normativista.....	31
1.2.1.4 O Estado constitucional, pós-positivismo e neoconstitucionalismo	50
1.2.2 Razões de ordem político-institucionais	61
1.2.3 Razões de ordem prática	74
1.2.4 Razões de ordem legislativa	77
1.3 BREVE ANÁLISE SOBRE DOUTRINA BRASILEIRA DOMINANTE ACERCA DOS PRECEDENTES NO BRASIL	90
1.3.1 Corrente doutrinária adepta aos precedentes sob o viés nomofilático	90
1.3.2 Corrente doutrinária adepta aos precedentes sob o viés da técnica processual (vinculação formal prevista em lei)	102
1.3.3 Corrente doutrinária adepta aos precedentes sob o viés hermenêutico crítico	108
1.4 O CONCEITO DE PRECEDENTE ADOTADO: UMA LEITURA ADEQUADA AO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	112
CAPÍTULO 2 – O PROBLEMA DA <i>RATIO DECIDENDI</i> NA UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS: ANÁLISE DOS CONCEITOS ADOTADOS PELA DOUTRINA DA <i>COMMON LAW</i> E SUAS RESPECTIVAS TÉCNICAS DE IDENTIFICAÇÃO	121

2.1 A DOCTRINA BRASILEIRA E A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE MEDIANTE A SUA <i>RATIO DECIDENDI</i>	122
2.2 EXPOSIÇÃO DAS TEORIAS DE <i>RATIO DECIDENDI</i> DA DOCTRINA DA <i>COMMON LAW</i>	127
2.2.1 Eugene Wambaugh.....	128
2.2.2 Herman Oliphant	134
2.2.3 Arthur Lehman Goodhart.....	140
2.2.4 James Louis Montrose	149
2.2.5 Julius Stone.....	153
2.2.6 Rupert Cross e James W. Harris.....	159
2.2.7 Alfred Willian Simpson.....	165
2.2.8 Neil Maccormick	171
2.2.9 Michael Stuart Moore	174
2.2.10 Melvin Aron Eisenberg	176
2.3 CONCLUSÕES ACERCA DAS TEORIAS DE <i>RATIO DECIDENDI</i> DESENVOLVIDAS NA <i>COMMON LAW</i>	179
CAPÍTULO 3 – DO ABANDONO DO MITO DE UM MÉTODO DE IDENTIFICAÇÃO DA <i>RATIO DECIDENDI</i> PARA A CONCEPÇÃO DOS PRECEDENTES DE ACORDO COM SUA FORÇA HERMENÊUTICA	200
3.1 ELEMENTOS FORMAIS DE DETERMINAÇÃO DA FORÇA HERMENÊUTICA DO PRECEDENTE	206
3.1.1 Nível hierárquico da corte emissora	207
3.1.2 Tipo de processo em que se emitiu o precedente.....	209
3.1.3 Órgão interno do tribunal emissor	210
3.1.4 Votação por maioria ou unanimidade	212
3.1.5 Modificação da composição da corte emissora.....	213
3.2 ELEMENTOS MATERIAIS DE DETERMINAÇÃO DA FORÇA HERMENÊUTICA DO PRECEDENTE	214
3.2.1 Elementos materiais de justificação: fundamentação adequada e detida	215
3.2.2 Elementos materiais de justificação: grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de direito envolvidas	222

3.2.3 Elementos materiais de justificação: o ramo do direito envolvido	223
3.2.4 Elementos materiais de justificação: a idade do precedente	223
3.2.5 Elementos materiais de coerência: coerência paradigmática ampla (observância do paradigma sistemático)	227
3.2.6 Elementos materiais de coerência: existência ou não de desafio ao precedente	228
3.2.7 Elementos materiais de coerência: similitude hermenêutica das questões suscitadas	229
3.2.8 Elementos materiais de coerência: guinada jurisprudencial e efeito <i>ex nunc</i> .	230
3.2.9 Elementos materiais de coerência: observância a precedentes não judiciais	232
3.2.10 Elementos materiais de coerência: modificação do plano legislativo ou constitucional.....	233
3.2.11 Elementos materiais de coerência: modificação ou manutenção do quadro político e social geral.....	235
3.2.12 Elementos materiais de coerência: apoio ou desafio acadêmico	236
CONCLUSÃO	237
REFERÊNCIAS	240

INTRODUÇÃO

Os precedentes judiciais entendidos em seu sentido *lato*, qual seja, o de decisões judiciais do passado que influenciam o julgamento de casos futuros, passaram ao longo dos anos a ter cada vez mais importância no Direito brasileiro, notadamente nas últimas décadas. Esse paulatino movimento de valorização dos precedentes foi se dando de forma sutil e como decorrência natural uma série de causas inerentes ao contexto jurídico, econômico, histórico e político brasileiro.

Dessa forma, por não ter havido uma brusca mudança nesse aspecto, não houve maiores preocupações teóricas em relação à forma de lidar com a matéria. A utilização dos precedentes foi cada vez mais incorporada à realidade brasileira e os obstáculos enfrentados em decorrência dessa nova realidade passaram a ser superados de forma inconsciente a partir do senso comum teórico que já estava estabelecido antes de qualquer mudança.

O despertar dos operadores do Direito para a necessidade de desenvolvimento teórico para lidar com essa nova realidade se deu com o advento da previsão de efeito vinculante para as decisões em controle concentrado de constitucionalidade e, posteriormente, das súmulas vinculantes. Entretanto, a edição do Código de Processo Civil de 2015 é que se mostra um grande marco no incremento da produção teórica sobre a temática. O tema dos precedentes judiciais é cada vez mais objeto de debates e pesquisas acadêmicas.

O desenvolvimento teórico que tem se feito, em sua maioria, se baseia em concepções características de um Direito legislativo típico da tradição jurídica nacional ou na simples importação de institutos do âmbito inglês e estadunidense. É isso que se verifica na crença da doutrina nacional de que a importação do conceito de *ratio decidendi* como elemento vinculante do precedente (em oposição à parcela *obiter dictum*) seria suficiente para garantir um uso fisiológico do modelo de precedentes judiciais, superando a aplicação patológica hiperintegrativa do precedente como enunciado geral e abstrato nos moldes das súmulas.

Ocorre que ambas as posições, seja a de adotar concepções características de um Direito legislativo, seja na importação de institutos do Direito anglo-saxão, não condizem com o constitucionalismo contemporâneo. Além disso, as prescrições inseridas no atual Código de Processo Civil não são suficientes para firmar a posição teórica pertinente para se explorar o assunto. Em realidade, tais prescrições são objetos sobre os quais o estudioso deve se debruçar com o referencial teórico adequado.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a aplicabilidade de técnicas para, tal como pretende a doutrina brasileira, a determinação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais. Para isso, examina como se deu o movimento de valorização dos precedentes judiciais no Direito brasileiro, bem como quais são as correntes doutrinárias nacionais sobre o tema e como elas o compreendem, para adotar uma teoria e conceito de precedente, que servirá de base teórica para proceder com a análise das técnicas de determinação da *ratio decidendi*.

O referencial teórico adotado foi a Hermenêutica filosófica, que concebe o Direito como integridade num paradigma sistêmico presente na obra *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo* de Juraci Mourão Lopes Filho e é a partir desse referencial que, após exposição das teorias dos principais expoentes sobre o tema *ratio decidendi* da tradição do *common law*, se analisa e se critica cada uma das teorias e técnicas, avaliando sua compatibilidade com o constitucionalismo contemporâneo.

Aferida a insuficiência de técnicas para a determinação do elemento vinculante do precedente, adere-se a proposta de Lopes Filho para a utilização do precedente, tido como resposta institucional que carrega ganho hermenêutico ao Direito, a partir de sua força hermenêutica. Esta, passível de gradação a partir de elementos formais e materiais, rechaçando a lógica normativista de aplicação no tudo ou nada.

Dessa forma, o trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro apresenta as bases fundamentais para a compreensão da teoria dos precedentes. Nele se analisa como se deu o movimento de valorização dos pronunciamentos judiciais no Direito brasileiro, as razões que levaram à essa valorização, como a doutrina brasileira tem

compreendido os precedentes judiciais e, por fim, expõe-se o conceito de precedente adotado por se entender que é o mais adequado ao constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

O segundo capítulo aborda o problema da *ratio decidendi* na utilização dos precedentes judiciais, examinando como a doutrina brasileira compreende o aludido conceito, e expondo também as teorias e técnicas delas advindas dos principais autores sobre o tema no âmbito da *common law*. São eles: Eugene Wambaugh, Herman Oliphant, Arthur Lehman Goodhart, James Louis Montrose, Julius Stone, Rupert Cross e James W. Harris, Alfred William Simpson, Neil MacCormick, Michael Stuart Moore e Melvin Aron Eisenberg. Em seguida, a partir do referencial teórico adotado, critica-se tais pensamentos e se analisa a sua compatibilidade com o constitucionalismo contemporâneo.

E por fim, no terceiro e último capítulo, partindo da conclusão de que técnicas são insuficientes para a determinação da *ratio decidendi* e que o precedente seria melhor utilizado a partir de sua força hermenêutica, expõe-se os elementos que exercem influência nessa força. Primeiramente os elementos formais, como: a) nível hierárquico da corte emissora; b) tipo de processo em que se emitiu o precedente; c) órgão interno do tribunal emissor; d) votação por maioria ou unanimidade; e e) modificação da composição da corte emissora. Em seguida, os elementos materiais de justificação e coerência, quais sejam: a) fundamentação adequada e detida; b) grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de direito envolvidas; c) ramo do direito envolvido; d) idade do precedente; e) coerência paradigmática ampla; f) existência ou não de desafio ao precedente; g) similitude hermenêutica das questões suscitadas; h) guinada jurisprudencial e efeito *ex nunc*; i) observância a precedentes não judiciais; j) modificação do plano legislativo ou constitucional; l) modificação ou manutenção do quadro político e social geral; e m) apoio ou desafio acadêmico.

O presente trabalho busca apresentar, dessa forma, uma análise crítica à concepção dos precedentes a partir da utilização de técnicas para a determinação ou identificação da *ratio decidendi*, de maneira a demonstrar que a sua utilização

adequada deve se dar a partir da aferição da força hermenêutica do precedente, que se gradua a partir de elementos formais e, principalmente, materiais.

CAPÍTULO 1 – BASES FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES

O presente capítulo se presta a estabelecer as bases teóricas para a compreensão da teoria dos precedentes. Para isso, primeiramente aborda o movimento de valorização dos pronunciamentos jurisdicionais no Direito brasileiro, em seguida, as razões que levaram à essa valorização, a análise crítica da concepção da doutrina brasileira sobre os precedentes, para, por fim, expor o conceito de precedente adotado na presente pesquisa.

1.1 O AUMENTO DA VALORIZAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JURISDICIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito brasileiro vem, ao longo das últimas décadas, conferindo cada vez mais importância aos pronunciamentos jurisdicionais pretéritos para a tutela atual dos direitos dos indivíduos. Paulatinamente, os entendimentos jurisprudenciais chamados “consolidados”, “pacificados” e “sumulados” têm se tornado a principal ferramenta de fundamentação, tanto para os advogados em suas pretensões jurídicas, quanto para os órgãos jurisdicionais na justificação de suas decisões.

A legislação tem acompanhado tal movimento, havendo pródigas alterações legislativas – no âmbito constitucional e infraconstitucional – com o escopo de valorizar a utilização de pronunciamentos jurisdicionais prévios. São exemplos: i) a atribuição de efeito vinculante às decisões exaradas em controle concentrado de constitucionalidade introduzida pela Emenda Constitucional nº. 3 de 1993, cuja abrangência foi ampliada pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004; ii) criação das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional nº. 45 de 2004; iii) a criação da súmula impeditiva de recurso pelo artigo 518, §1º do Código de Processo Civil de 1973; iv) autorização para que o relator, em juízo monocrático, negue seguimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, nos termos

do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973; e v) criação de um rito próprio de julgamento dos recursos repetitivos.

O Código de Processo Civil de 2015, na mesma linha dessas recentes reformas legislativas, não apenas incorporou tais instrumentos de valorização dos provimentos jurisdicionais, mas criou novas ferramentas: i) o incidente de assunção de competência (IAC); ii) o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); e iii) o dever de observação da orientação do plenário ou do órgão especial ao qual o órgão decisório estiver vinculado. Além disso, aludido código previu também disposições gerais sobre a utilização dos precedentes na ordem jurídica brasileira, o que Hermes Zaneti Jr. denominou de “núcleo dogmático do modelo de precedentes brasileiro”¹. Trata-se dos artigos 489, §1º, V e VI, 926 e 927, que estipulam diretrizes de fundamentação de decisões, dever de observância de decisões anteriores e o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Diante do panorama exposto, dúvidas não remanescem de que, atualmente, paralelamente à legislação, os pronunciamentos jurisdicionais são instrumentos reguladores da conduta não apenas daqueles tradicionalmente denominados “operadores do direito” (advogados públicos e privados, membros do ministério público, membros do judiciário etc.), mas também da comunidade geral e da Administração Pública.

No âmbito da doutrina jurídica brasileira, tal realidade evidencia uma lacuna teórica da tradição nacional, o que tem originado um crescimento exponencial das pesquisas acadêmicas acerca da temática. Como ficará demonstrado ao longo da presente pesquisa, a maioria dos autores peca na demarcação de um referencial teórico adequado ao objeto de estudo e, como bem observa Juraci Mourão Lopes Filho, reedita compreensões idealizadas em uma teoria calcada na supremacia da norma legislativa no Direito, mixando-as a elementos inadvertidamente importados de outras

¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2017. p. 373.

tradições jurídicas². A consequência é um caos teórico acerca do movimento de valorização dos pronunciamentos jurisdicionais, que passaram a ser chamados de “precedentes vinculantes ou obrigatórios”, levando a uma utilização irrefletida desses pronunciamentos na prática judiciária, escancarando-se uma ausência de teorização adequada ao constitucionalismo brasileiro contemporâneo³.

Nesse sentido, tem se tornado prática cada vez mais corriqueira na praxe forense, tanto pelas partes quanto pelos magistrados, a utilização de ementas de julgados – seja do tribunal ao qual o órgão decisório é vinculado, seja dos tribunais superiores – como principal e, amiúde, o único fundamento para sustentar seus pleitos e decisões. Trata-se de disfunção não exclusiva ao “piso” do judiciário, mas que acomete também as instâncias superiores, que têm por hábito em suas decisões tomar a mera transcrição de ementas de suas decisões anteriores ou a menção de texto de súmula como principal fundamento. Esse cenário demonstra que a valorização dos provimentos jurisdicionais tem se dado, em grande parte, mediante uma tentativa de subsunção da conduta generalizada prevista na literalidade da ementa ao caso concreto em julgamento, ignorando-se os aspectos hermenêuticos que levaram a resolução do caso passado e as que envolvem o caso atual.

Simultaneamente à deferência aos provimentos jurisdicionais dos tribunais de um modo geral, observa-se o fortalecimento das decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito da jurisdição constitucional. Isto pois, além do STF ter passado a ser o responsável por determinar o alcance de muitos direitos fundamentais por ocasião de seus julgamentos e ter suas decisões em controle abstrato de constitucionalidade tomadas como padrões a serem seguidos pelos demais órgãos judiciários e pela Administração Pública mediante o efeito vinculante e eficácia *erga omnes* típicos dessa modalidade de controle, seus ministros defendem a chamada “abstrativização do controle concreto de constitucionalidade”, visando a conferência dos mesmos efeitos também às suas decisões em controle concreto. Declaradamente alegam a

² LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2016. p. 26.

³ Cf. JUNQUILO, Tainá Aguiar; JEVEAUX, Geovany Cardoso. “TUPI, OR NOT TUPI”: a necessária e definitiva adaptação da teoria dos precedentes ao Brasil. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 19, p. 130-145, 2016.

ocorrência de mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal e acabam por usurpar atribuição do Senado Federal.

É nesse pano de fundo de extrema valorização dos pronunciamentos jurisdicionais e diante da sobreposição da função jurisdicional em relação ao Executivo e ao Legislativo no Estado de Direito, de certa forma impulsionado pelo movimento de constitucionalização do direito, que Juraci Mourão Lopes Filho aponta três razões gerais e uma específica que levaram o Direito brasileiro a tentar aderir a uma sistemática de precedentes judiciais⁴. São elas: razões de ordem teórica, político-institucional, prática e, como razão específica, a de ordem legislativa.

A razão teórica, conforme expõe, advém da doutrina constitucionalista que vem ganhando notoriedade no cenário brasileiro, para a qual o momento mais importante da fenomenologia jurídica é o ato de aplicação da norma ao caso concreto. De acordo com essa doutrina, após a superação da crença de que o texto da lei determinaria previamente a exata dimensão da norma a ser aplicada pelo operador do direito no caso concreto, passa-se a entender o Direito legislado como indeterminado e destituído de concretização. Esta, por sua vez, só seria garantida pela aplicação jurisdicional, que toma o texto legislativo como mero elemento inicial do processo hermenêutico que culmina na aplicação concretizadora do Direito. Os seguintes excertos da obra *Precedentes Obrigatórios* de autoria de Luiz Guilherme Marinoni explicitam o narrado:

Porém, quando se “descobriu” que a lei é interpretada de diversas formas e mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os “casos iguais”, curiosamente não se abandonou a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica. Ora, ao se tornar incontestável que a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir distintas decisões para casos similares, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica e inafastável conclusão de que a segurança jurídica apenas pode ser garantida salvaguardando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e, assim, estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes. Afinal, a lei adquire maior significação quando sob ameaça de violação ou após ter sido violada, de modo que a decisão judicial que a interpreta não pode ficar em segundo plano ou desmerecer qualquer respeito do Poder que a pronunciou⁵.

⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 29-104.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 82.

Como interpretação uniforme não mais significa interpretação destinada a garantir a interpretação exata da lei pelos tribunais, mas sim o próprio direito que a Corte, mediante tarefa argumentativa, delinea como adequado diante dos fatos do caso, das normas constitucionais e dos valores sociais que integram o momento, chega-se enfim ao ponto: a decisão da Corte, ao definir a interpretação, não elabora parâmetro para o controle de legalidade das decisões, mas erige critério decisional, verdadeiro modo de ser do direito ou o próprio direito em determinado contexto histórico. A decisão deixa de ser mera jurisprudência pacífica a servir de meio de controle e passa a ser precedente, que define o direito que deve regular a vida social e, apenas por isso, tem autoridade perante os demais tribunais⁶.

É instintivo o deslocamento da busca por segurança jurídica e previsibilidade do texto legal para os provimentos jurisdicionais. Isto pois, o Judiciário não apenas goza de um poder coercitivo único na estrutura estatal, como também está em contato direto com a sociedade na solução de conflitos, analisando seus argumentos e perspectivas fáticas e jurídicas cotidianamente. Diante disso, esse segmento da doutrina defende o surgimento de uma nova jurisdição constitucional, que demanda uma nova teoria de precedentes judiciais. Ocorre que, como amplamente denunciado por Lenio Luiz Streck⁷, essa nova teoria de precedentes judiciais brasileiros, que se apresenta como uma grande inovação apta a solucionar os complexos problemas do Direito, sem um referencial teórico adequado, acaba por mesclar o realismo norte-americano das décadas de 1920 e 1930 com pretensões exegéticas francesas do século XIX, o que será analisado no presente capítulo.

Já a segunda razão apontada, a de ordem político-institucional, consiste na suplantação do chamado Estado Legislativo – no qual a produção jurídica fica, por excelência, a cargo de um parlamento homogêneo, capaz de regular as limitadas demandas do Estado Liberal – pelo Estado Constitucional – este provocado a satisfazer as vultosas demandas do Estado Social. Essa transformação relegou a segundo plano o Poder Legislativo, à essa altura fragmentado e de composição heterogênea, e alçou o Poder Judiciário à posição de protagonista do Estado de Direito. Como consequência, aumentou-se consideravelmente os poderes do magistrado de primeiro grau, que ante a sua proximidade com a realidade social a ser tutelada se mostra em posição mais adequada à concretização do direito.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 81.

⁷ Cf. STRECK, Luiz Lenio. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/15*. Salvador: Juspodivm, 2018.

No contexto brasileiro, no qual todos os magistrados – independentemente do grau hierárquico – detém o dever de guarda da Constituição Federal mediante o controle difuso de constitucionalidade, a estrutura piramidal hierarquizada do Judiciário adquire nova conformação com a concessão de maiores atribuições ao primeiro grau de jurisdição. Somado a isso, o assoberbamento das instâncias superiores diante do aumento exponencial da quantidade de recursos a serem julgados numa sociedade que tomou gosto pela litigância após a redemocratização do país⁸, contribui para um protagonismo da primeira instância. E conforme diagnostica Lopes Filho⁹, para evitar esse protagonismo da base da pirâmide se propõe a concepção de precedentes obrigatórios como ferramenta de controle da base pelo vértice superior, o que ocorre mediante a adoção dos próprios pronunciamentos das instâncias superiores como parâmetro decisório, preterindo o Direito legislado e a doutrina.

A terceira razão geral identificada, a de ordem prática, consiste na facilidade de acesso ao repositório de decisões dos tribunais de todo o território nacional com as novas ferramentas tecnológicas e, principalmente, com a popularização da internet. Muito embora seja de longa data o dever de publicização das decisões, tradicionalmente essas eram catalogadas por coletâneas privadas – por vezes reconhecidas como oficiais, por vezes não – que eram volumosas, custosas e de difícil acesso. Com a adoção de diários oficiais eletrônicos e a consequente criação de repositórios eletrônicos com eficientes ferramentas de buscas (que comporta critérios como termos, data, área do direito, órgão prolator etc.), nunca foi tão fácil o acesso às decisões judiciais, o que viabiliza sobremaneira a comparação entre casos e decisões. Corroborando esse cenário, o legislador processual de 2015 conferiu no artigo 927, § 5º, o dever de os tribunais darem “publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”, o que aponta uma tendência de manutenção da ampla publicização das decisões em território nacional.

⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER, Fredie Jr. (coord). Coleção grandes temas do novo CPC, v. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 445-447.

⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 30.

Além das três razões gerais, Lopes Filho aponta uma razão específica, que entende ser consequência das anteriores, a edição do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) com expressa regulação do uso de precedentes. Conforme exposto no anteprojeto do aludido código, visando combater a chamada “jurisprudência lotérica”, propõe-se uma forma especial de vinculação de decisões. Diante de um regramento legislativo acerca de precedentes, o que sequer se cogita nos ordenamentos jurídicos que tradicionalmente o utilizam, o Brasil necessita edificar uma teoria própria para lidar com os precedentes judiciais de forma compatível com seu arquétipo constitucional. O que não impede que se abebere das tradições jurídicas habituadas a lidar com o instituto, desde que isso seja feito de forma consciente e crítica, não por meio de um sincretismo improvisado.

Nesse ponto, é fundamental a percepção de que a inserção na ordem jurídica brasileira de enunciados legislativos pelo CPC/15 consiste em fenômeno situado no nível superficial do direito positivo, o que não é suficiente para inferir a adoção de uma teoria ou ideologia específica, muito menos para indicar a perspectiva filosófica a ser adotada em nível infraestrutural. Isto posto, compete à doutrina eleger a teoria, ideologia e referencial filosófico a serem adotados na interpretação desses enunciados legislativos, que geram – como será exposto ainda neste capítulo – um extenso leque de possibilidades, sem que seja possível, repita-se, apontar uma única como a autorizada pelo texto normativo.

Para auxiliar na identificação da teoria que melhor adequa tais dispositivos legislativos ao constitucionalismo brasileiro contemporâneo é fundamental analisar mais detidamente as quatro razões brevemente pinceladas nos parágrafos anteriores. É o que se passa a fazer nos tópicos a seguir.

1.2 RAZÕES QUE LEVARAM AO AUMENTO DA VALORIZAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JURISDICIONAIS

Conforme já antecipado, aprofundar-se-á a análise das três razões gerais, quais sejam: de ordem teórica, de ordem político-institucional e de ordem prática, bem como a análise da razão específica de ordem legislativa.

1.2.1 Razões de ordem teórica

Na análise das razões de ordem teórica serão abordados os seguintes tópicos: as tradições jurídicas do ocidente, bem como o desenvolvimento histórico do Direito, abordando o Estado legislativo e o positivismo exegético, a crise do Estado legislativo e o positivismo normativista, e, por fim, o Estado constitucional, pós-positivismo e neoconstitucionalismo. É o que se passa a analisar.

1.2.1.1 as tradições jurídicas do ocidente

A maneira segundo a qual cada ordenamento jurídico concebe seus elementos é diretamente influenciada pela tradição jurídica em que o ordenamento está inserido. Trata-se da lente que viabiliza a análise e compreensão de todos os aspectos jurídicos numa dada comunidade e, por via de consequência, guia a prática jurídica naquele paradigma. Dessa forma, os conceitos a serem atribuídos a institutos como precedentes e jurisprudência, a função destes em relação aos demais elementos do ordenamento e a hermenêutica a ser adotada para seu conhecimento e aplicação dependem substancialmente da tradição jurídica da ordem jurídica em questão.

Para fins didáticos, Lenio Luiz Streck aponta três tradições jurídicas que se propagaram no ocidente: i) a inglesa, com ênfase na atividade do magistrado; ii) a alemã, com destaque aos doutrinadores; e iii) a francesa, que enfatiza o papel do legislador¹⁰. As três tradições fazem uso, na prática jurídica, de pronunciamentos jurisdicionais, textos legislativos e doutrina acadêmica, entretanto, cada uma tem sua maneira particular de lidar com cada um desses elementos, conferindo-lhes graus diferentes de importância e efeitos distintos.

De acordo com Streck, a tradição jurídica inglesa¹¹ é caracterizada historicamente pela valorização dos costumes e, em sua perspectiva realista, pela dimensão fática

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição Hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30-32.

¹¹ Como bem adverte Juraci Mourão Lopes Filho, a tradição inglesa é uma redução didática que se refere aos países de cultura anglo-saxã influenciados pela Inglaterra. Logo, é o direito aplicado na Inglaterra e no País de Gales, não abrangendo todos os países de língua inglesa, de *Commonwealth*, nem todo o Reino Unido ou Grã-Bretanha. (LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 32-33).

do Direito. Nessa tradição, inicialmente, atribuía-se ao magistrado a incumbência de reconhecer o Direito estabelecido pelas práticas sociais da comunidade e, uma vez identificado esse Direito, utilizá-lo para julgar o caso levado ao Judiciário. Assim, o Direito é, por excelência, composto por normas espontaneamente geradas pelo costume e é função do juiz identificá-las e aplicá-las aos casos concretos.

Nesse cenário, o Direito criado pelo Legislativo não é ausente ou desimportante, mas possui função de regular matérias específicas que demandam disposições minudentes, como por exemplo as matérias tributárias e criminais. Logo, é errônea a concepção de que os países de cultura anglo-saxã não tenham leis escritas ou que as tenham em menor quantidade que os países da *civil law*. Isso pois, eles não apenas possuem leis ordinárias, mas as têm, em termos quantitativos, como o veículo que mais introduz normas ao Direito¹².

Ressalta-se que, ao menos em sua fase inicial entre os séculos XVII e XVIII, o protagonismo judicial não é autocrático, mas a atividade do juiz era de meramente revelar o Direito consuetudinário já existente¹³. Daí dizer que os juízes eram “oráculos vivos da lei”¹⁴. Em sentido oposto ao histórico francês, como será visto, o fato de não ter havido na Inglaterra uma ruptura drástica das relações de poder tal como a Revolução Francesa contribuiu para que se desenvolvesse o protagonismo judicial na tradição inglesa. Isso pois, na França, os juízes se aliaram aos interesses do rei, que assim que deposto, deu lugar a supremacia do Legislativo e rebaixamento do Judiciário.

A tradição alemã, segunda tratada por Streck, fortemente influenciada pelo Direito Romano, é relutante à importação de conceitos e elementos jurídicos de outras civilizações, valorizando o Direito comum presente nas comunidades. Diante disso, eram travadas discussões nas universidades, nas quais os acadêmicos se incumbiam de estudar o Direito romano e o reconstruírem de acordo com uma teoria própria. Esse

¹² MESSITE, Peter J. A administração da justiça federal nos Estados Unidos da América. *Revista de Processo*, 117/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 210-219.

¹³ TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 10-11.

¹⁴ BLACKSTONE, William. *Comentaries on the laws of England*. v. 1. 9. ed. London: Cavendish, 2001. p. 69.

cenário estabeleceu a concepção de direito pelos alemães e levou a um protagonismo dos teóricos no Direito.

Narra Lopes Filho que entre os séculos XVII e XIX na Alemanha, os juízes hodiernamente consultavam os acadêmicos das universidades quando tinham dúvida e a resposta fornecida pela doutrina era tomada como argumento de autoridade, que tinha o condão, por si só, de fundamentar uma decisão judicial¹⁵.

A terceira tradição apontada por Streck, a tradição francesa, confere supremacia do Legislativo na estrutura do Estado de Direito de ideais racionalistas. O arquétipo francês inspirou a formação de numerosos sistemas jurídicos do ocidente, entre eles o brasileiro.

O Estado de Direito conquistado pela Revolução Francesa, como aponta Lopes Filho, se traduz no Estado da razão e da lei racional imposta por um legislador racional, que representa a vontade da população. Nesse paradigma, se acredita que a lei escrita e posta por autoridade competente é um dado objetivo do Direito e é o único elemento capaz de gerar uma compreensão neutra e racional da norma jurídica. Dessa forma, fica claro que esse primeiro estágio do Estado de Direito francês se funda num positivismo exegético¹⁶.

Esse modelo original francês também não se manteve intacto, tendo sofrido crises e evoluções que influenciaram muitos sistemas jurídicos ao redor do mundo. A teoria do Direito de grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais ao longo dos séculos XIX e XX se basearam no modelo original francês com contribuições da doutrina alemã e, mais recentemente, se tende a incorporar institutos ingleses. Diante disso, Lopes Filho afirma que o padrão que origina o Estado de Direito é

o modelo de Estado Legislativo exegético francês, que passou por uma crise no início do século XX, sendo redimensionado após as reflexões de um positivismo normativista, desembocando no Estado Constitucional no final do século XX e início do século XXI de intenção pós-positivista¹⁷.

¹⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p.34

¹⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 35.

¹⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 35.

As três tradições, cujas principais características foram aqui pinceladas, se mesclam ao longo da história, com maior ou menor intensidade, inexistindo na atualidade exemplos de modelos puros. A divisão, conforme já exposto, é meramente didática para ilustrar a proeminência de características marcantes das tradições e não indicam exclusividade de elementos de uma em relação a outras. Além disso, conforme alerta Streck, o conceito de tradição adotado é o de Hans-Georg Gadamer, segundo o qual a tradição modela o raciocínio de forma inexorável¹⁸. Diante disso, o sujeito que não está inserido numa específica tradição jurídica não é capaz de compreender plenamente os institutos dessa tradição, mas tão somente ter um entendimento geral inevitavelmente com alguma defasagem, o que se dá pois ele está influenciado por sua própria tradição.

A tradição em que se está inserido também influencia essa forma de interpenetração entre as características das tradições, eis que a importação de elementos externos se dá a partir da visão de sua própria tradição, o que gera uma inevitável adaptação e modificação antes da integração desses elementos.

Nesse ponto, Streck constata que no ambiente jurídico brasileiro as tradições estão no imaginário dos juristas de forma difusa e acrítica. Como exemplo aponta o fato de que a comunidade jurídica brasileira elaborou o Código Civil de 1916 com influência direta da pandectista alemã, o que conseqüentemente gerou um direito privado germanizado. Porém, se passou a analisar e comentar esse mesmo código com base em autores franceses e italianos, que pouca relação têm com o direito civil alemão¹⁹.

Consciente dessa característica de entrelaçamento, muitas vezes acrítica, das tradições e a evolução da teoria do Direito que as acompanhou é que é possível analisar as modificações no Estado de Direito, que influenciando o Direito brasileiro, o levaram ao presente estado de valorização dos pronunciamentos jurisdicionais.

¹⁸ Gadamer defende que “a tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si”. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I* – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 373.)

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição Hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 30-31.

Dessa forma, pretende-se expor nos seguintes tópicos como tradição brasileira, que se desenvolveu baseada em características originárias da França e Alemanha com contribuição do controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, tem a raiz franco-germânica como maior influenciadora da concepção sobre os elementos da *common law* e como isso implica na maneira com a qual esses elementos são importados ao Direito brasileiro.

1.2.1.2 O Estado legislativo e o positivismo exegético

Conforme expõe Lopes Filho²⁰, o Estado de Direito surgido a partir da Revolução Francesa se inicia na forma de um Estado Legislativo, cujo auge se deu no século XIX, e adota como referencial teórico o positivismo exegético. Trata-se de situação institucional que confere supremacia ao Legislativo e ao produto de sua atividade: a lei *stricto sensu*. Nesse cenário, em que ainda não se havia desenvolvido a concepção do Direito como um sistema, tampouco hierarquizado em uma pirâmide normativa, o papel da Constituição se limitava a ser o ato fundador do Estado, sem qualquer primazia em relação às leis de um modo geral. Diante disso, ainda que a Constituição trouxesse a previsão de direitos, esses só poderiam ser exigidos a partir de sua regulação por meio de lei.

O Estado Legislativo sofreu influência direta das ideias de Montesquieu que, imerso no racionalismo de seu tempo, entendia a lei não como reflexo da vontade do governante, mas como expressão da razão. Paralelamente, o Estado Legislativo também foi fortemente influenciado pelo pensamento de Rousseau, que concebia o legislador como representante da vontade do povo. Dessa forma, a lei – sem que houvesse distinção entre texto e norma – é tida como expressão da vontade racional do povo, apta a garantir certeza, justiça e segurança jurídica.

O fetichismo legal que imperava à época, alçava o princípio da legalidade à maior proteção que a população dispunha frente o Estado e como expõe Gustavo Zagrebelsky, a lei era tida como ato normativo supremo ao qual não era oponível direito mais forte seja por via de exceção por vontade do rei, seja por interesse público

²⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 36-41

do Estado ou qualquer outro fundamento²¹. Ainda sobre o princípio da legalidade, Zagrebelsky afirma que na tradição francesa – que influenciou a Europa continental – ele obteve características próprias inerentes ao contexto histórico revolucionário em que se desenvolveu, se diferenciando de seu similar inglês, o *Rule of Law*.

Segundo o autor, o *Rule of Law, not of men* pregava um governo a partir de leis e não de homens, representando a vitória do Parlamento inglês numa luta histórica contra o absolutismo régio. Na Inglaterra, essa vitória representou o estabelecimento de uma clara oposição dos direitos e liberdades tradicionais dos cidadãos ingleses defendidos pelo Legislativo frente às pretensões do rei. Ao passo que na Europa continental, a luta contra o Absolutismo representou a substituição do poder absoluto do rei por outro poder absoluto: o do Legislativo. Em outras palavras, o absolutismo régio foi derrotado na França como poder régio e na Inglaterra como poder absoluto. Assim, na França se viabilizou o estabelecimento de um absolutismo legislativo por meio da lei, enquanto na Inglaterra a lei foi concebida apenas como um dos elementos de um complexo sistema jurídico, que se formou a partir da elaboração judicial dos direitos naturais e positivos, da razão, da legislação, da história e das tradições²². Sobre este ponto, Zagrebelsky sintetiza de forma esclarecedora as principais caracterizadoras das diferenças entre o *Rule of law* inglês e o Estado de direito da Europa continental (no excerto chamando de *Rechtsstaat*):

El *rule of law* [...] se orienta originariamente por la dialéctica del proceso judicial, aun cuando se desarrolle en el Parlamento; la idea del *Rechtsstaat*, en cambio, se reconduce a un soberano que decide unilateralmente. Para el *rule of law*, el desarrollo del derecho es un proceso inacabado, históricamente siempre abierto. El *Rechtsstaat*, por cuanto concebido desde um punto de vista iusnaturalista, tiene en mente un derecho universal y atemporal. Para el *rule of law*, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas. Según el *Rechtsstaat*, por el contrario, el derecho tiene la forma de un sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias, *ex principiis derivationes*. Para el *rule of law*, el estímulo para el desarrollo del derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del derecho existente, es decir, de la prueba de su injusticia en el caso concreto. La concepción del derecho que subyace al *Rechtsstaat* tiene su punto de partida em el ideal de justicia abstracta. La preocupación por la injusticia da concreción y vida al *rule of law*²³.

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 8. ed. Madrid: Trotta Editorial, 2008. p. 24.

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.* p. 25.

²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.* p. 26.

Na tradição anglo-saxã, como ficou exposto, o Governo das Leis (*Rule of Law*), formado pelo direito comum proveniente dos costumes e decantado pelos tribunais, bem como pela regulação legislativa de assuntos específicos, decorreu de um processo histórico contínuo que durou séculos. Assim, a tradição anglo-saxã, diferentemente da europeia continental, não nutriu a crença de que um governo das leis exsurgiria de um juízo racional, abstrato e universal, que visa o descolamento dos fatos concretos para criar proposições jurídicas puras e genericamente válidas. Sobre o tema, é interessante observar que o dever de seguir precedentes, a doutrina do *stare decisis* não esteve presente desde o início do surgimento dos ordenamentos jurídicos anglo-saxões, mas se desenvolveu ao longo da evolução natural deles. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, o *common law* se manteve até, pelo menos, o século XVIII sem a regra do *stare decisis*²⁴. De todo modo, como esclarece Daniel Henry Chamberlain, a regra ou doutrina do *stare decisis* impõe que juízes e tribunais sigam os precedentes estabelecidos e o direito já sedimentado, que seria um ato de “administrar o direito” (*jus dicere*) e não legislar (*jus facere* ou *jus dare*)²⁵.

O princípio da legalidade de tradição francesa, por sua vez, conforme exposto, é intimamente ligado a uma ideia de concentração da produção do Direito, que historicamente foi deslocada da figura do monarca para a do legislativo. Além disso, como aponta Lopes Filho, a partir de uma fundamentação filosófica metafísica da tradição ocidental, que é a crença na possibilidade de acesso à essência das coisas para produção de conhecimento universal, a legalidade francesa almejava a criação de um Direito universal e atemporal, que seria objetivo, neutro e imparcial. Fato que, segundo ele, deu origem a um sistema jurídico, que baseado num Legislativo racional, foi formado por preceitos gerais e abstratos, que se desprendem das especificidades de cada situação, de cada povo e do momento histórico vivido²⁶.

Esse paradigma ideológico de conceber a lei emanada pelo Legislativo, que dada a sua universalidade, atemporalidade, objetividade, neutralidade e imparcialidade, seria a verdadeira expressão do Direito, sem a necessidade de qualquer outro elemento

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 30-31.

²⁵ CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its extent*. New York: Baler, Voorhis & Co, Publishers, 1885. p. 5.

²⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 39.

para lhe legitimar se enquadra no que se chama de positivismo exegético, a primeira fase de positivismo jurídico. Positivismo porque adota uma postura cientificista, que pretendia mensurar o direito a partir unicamente da lei (fatos positivos) e exegético por ter sido influenciado pela Escola da Exegese, que pugnava pela vedação de posturas interpretativas acresedoras de sentido, já que o texto da lei deveria ser aplicado por meio de um raciocínio silogístico formal.

O raciocínio jurídico do positivismo exegético exposto é subsuntivo, ou seja, corresponde a uma dedução lógica que se faz a partir de fatos concretos a classes de fatos genéricos e consequências jurídicas a elas previstas previamente elencados pelo texto da lei. Em outras palavras, os fatos jurídicos concretos são uma premissa menor que sempre está contida numa premissa maior estabelecida no texto da lei. Dessa forma, cabe ao aplicador do Direito, por excelência o magistrado, a função de meramente enunciar o que já fora previamente enunciado na lei. Há, nesse paradigma, uma nítida confusão entre norma e texto de lei, que são tomados indistintamente como a mesma coisa, já que se crê que todo o sentido da norma está contido no texto legislativo.

O contexto histórico francês, em que os magistrados se alinharam aos interesses do monarca e conseqüentemente conquistaram a antipatia dos revolucionários vencedores, se mostra totalmente favorável à concepção teórica do positivismo exegético, já que confere o mínimo de poder ao magistrado. A este caberia apenas a atividade lógico-dedutiva de meramente reconstruir, em sua decisão do caso concreto, o sentido prescritivo inserido pelo legislador na norma no momento do processo legislativo, de modo que a conclusão estaria sempre contida na lei.

Nesse cenário, não há atribuição de qualquer papel aos pronunciamentos judiciais na regulação de condutas futuras, o que decorre logicamente da crença de serem meros reprodutores do sentido veiculado na lei. Assim, o magistrado era proibido de acrescentar, em suas decisões, algo que não estivesse expressamente previsto no texto legal, sendo-lhe proibido interpretar até em casos de dúvida sobre o direito incidente, ocasião em que deveria consultar o parlamento para decidir. Diante disto, foram criadas as cortes de cassação: órgãos cuja função era anular as decisões

judiciais em que o magistrado tivesse exorbitado a sua atribuição enunciativa do prévio sentido da lei.

As características típicas da atividade judicial do positivismo exegético expostas, que renderam ao magistrado desse período a alcunha de juiz “boca da lei”, atendiam plenamente os anseios liberais daquele período histórico. Isso pois, o mercado que surgia demandava certeza sobre o Direito ou ao menos uma grande previsibilidade para o bom desempenho das relações comerciais. Zagrebelsky identifica uma íntima relação entre o Estado Legislativo e o liberalismo, que ao ter uma maioria burguesa no Legislativo se via possibilitado de criar regulamento para suas próprias condutas e relegar a segundo plano matérias que não lhe interessava²⁷.

Dessa forma, fica evidente que, nesse período histórico, o Judiciário se vê amesquinhado diante de um Legislativo plenipotenciário, cujas prescrições textuais legais eram tomadas como racionais, universais, atemporais e aptas a garantir previsibilidade, segurança e precisão, por meio da aplicação judicial estritamente formal. Atributos esses que atendem perfeitamente as exigências ideológicas liberais da classe dominante da época.

1.2.1.3 A crise do Estado legislativo e positivismo normativista

Conforme expõe Lopes Filho²⁸, a conjuntura político-social que sustentava o Estado legislativo foi se alterando ao longo dos anos até o seu declínio, notadamente em razão da quebra da homogeneidade no âmbito do legislativo. Enquanto no século XIX, o direito a voto restrito à mínima parcela da sociedade garantia homogeneidade no parlamento, que era composto por membros de uma mesma camada social e que partilhavam dos mesmos ideais, no início do século XX, o aumento da abrangência popular do direito ao sufrágio pôs fim a esse cenário. Com o ingresso na política de camadas sociais anteriormente ignoradas, o Estado de Direito começou a se remodelar e se estabeleceu divergências de ideais e pensamentos, o que tornou o labor legislativo muito mais conflituoso e demorado.

²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.* p. 32.

²⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 41-60.

Nesse contexto, o Estado Liberal passou a não mais dar conta das demandas geradas pelos conflitos sociais ensejados pelo capitalismo. A população, imbuída de interesses coletivos não previstos no paradigma anterior, passou a reivindicar que o Estado regulamentasse matérias que antes estavam relegadas à autorregulação entre particulares. Assim, a demanda por regramento jurídico mais intervencionista e instituidor de políticas públicas exigia do Poder Público do Estado Legislativo a criação de leis escritas. Ocorre que, como visto, o Legislativo passou por um processo de heterogeneização que gerava discussões e conflitos de interesses entre os representantes de cada camada social, o que resultava num excesso de morosidade na atividade legislativa incompatível com os anseios sociais da época. Como consequência, identificam-se duas maneiras de legislar: a tradicional mediante a técnica legislativa de estipulação de regras de conduta e uma nova figura, que concedia a outras esferas de poder a prerrogativa para regulamentação. Sobre essa segunda técnica, expõe Mauro Cappelletti:

Esse método [o método tradicional], porém, manifestou-se inadequado quando se tratou de formular esquemas de segurança social ou leis em matérias de investimentos e de concorrência. Nesses domínios, as leis possivelmente fixaram também certas regras de conduta, mas não se detiveram aí: dispuseram, além disso, sobre a criação de entes sociais e instituições e concederam ao Poder Executivo ou a outras entidades em determinados casos, certos poderes de decisão e também de regulamentação e delegação legislativa. Com o aumento do âmbito e da intensidade das intervenções públicas, a tônica da atividade legislativa deslocou-se progressivamente das regras de conduta para as medidas de acomodação institucional. Pouco a pouco emergiu um novo tipo de legislação: as leis indicam certas finalidades e princípios, deixando as especificações a normas subordinadas, a decisões de ministros ou autoridades regionais ou locais, ou aos cuidados de novas instituições, como agências, comitês, tribunais administrativos etc. Seria difícil encontrar regras clássicas de conduta em determinadas leis modernas, em domínios como o controle de preços, da industrialização regional ou renovação urbana²⁹.

A conjuntura exposta gerou uma grande variação de leis, que por terem sido criadas a partir da disputa de interesses divergentes, muitas vezes não apresentavam sintonia entre si. O legislador passa, então, a não mais ser visto como racional e objetivo, o que leva ao descrédito também da lei, que perde o status romantizado de entidade veiculadora de efeitos superiores em relação aos padrões de conduta da sociedade.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 40-41.

A lei cada vez mais desatualizada e insuficiente para regular as relações que surgiam impôs que se reconhecesse o fim da contenção do magistrado à literalidade de seu texto, já que em atenção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (proibição do *non liquet*), o juiz era levado a se utilizar de métodos hermenêuticos para buscar sentido prescritivo a partir dos enunciados legislativos e não somente neles em sua literalidade. Por via de consequência, os tribunais de cassação deixaram a postura de subserviência estrita ao Legislativo para julgar a partir dessa nova perspectiva, bem como as modalidades recursais submetidas diretamente ao Legislativo foram extintas diante do entulhamento causado pelo excesso delas.

A regulação do Direito mediante as codificações oitocentistas, que consistia na prescrição em um único documento de condutas sociais sistematizadas sob uma mesma influência ideológica, perde a primazia. Isso pois, se torna cada vez mais difícil a confluência de interesses e ideais entre os membros do Legislativo, bem como a morosidade que o aperfeiçoamento sistemático que a codificação exige se torna incompatível com o ritmo das alterações sociais e econômicas. Em sentido oposto ao da codificação, a urgência das demandas da sociedade impôs a necessidade de elaboração de leis esparsas e contingentes, que necessitam de regulamentação ulterior a ser levada a cabo pelo Executivo, que passa, pela primeira vez, a ter importante papel na produção de normas do Estado de Direito.

Fica claro, portanto, que o declínio do Estado Legislativo em sua fase liberal levou ao fortalecimento do Poder Executivo, que, como aponta Lopes Filho³⁰, tem duas causas principais: i) seu aumento institucional como consequência do aumento das suas funções. Isso pois, o Poder Executivo é aquele responsável pela administração pública e como esta sofreu a alteração de concepção de um Estado mínimo, absenteísta e liberal para um Estado social intervencionista, responsável pela realização de políticas públicas, houve um aumento da coisa pública a ser administrada, o que demanda o aumento do Executivo; ii) incremento da delegação legislativa ao Executivo. A dificuldade em atingir confluência de ideias que viabilizassem legislação melhor elaborada levou a criação de leis que necessitavam de regulamentação e além disso, passou-se a delegar competência normativa

³⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 43-44.

primária ao chefe do Executivo. A respeito desse último ponto, no Brasil é facilmente perceptível como a inércia do Legislativo levou ao agigantamento dos poderes normativos do Executivo, que por intermédio de medidas provisórias o exercia de maneira indiscriminada principalmente até a Emenda Constitucional nº 32/2001.

Nesse cenário e pelos motivos expostos, não mais havia lugar para o princípio da legalidade administrativa concebido no século XIX e se evidencia que o Estado Legislativo era compatível com o Estado liberal, mas insuficiente para atender as demandas do Estado social. Assim, ao ficar claro que o texto da lei não correspondia propriamente à vontade da sociedade, o positivismo exegético entra em crise.

Em tentativa de solucionar a crise do positivismo exegético, os juristas da época, sob influências jusnaturalistas e historicistas, reinventam o positivismo em sua modalidade normativista. Na tradição jurídica continental, tem-se Hans Kelsen como o mais influente dos juristas defensores do positivismo normativista. Sobre essa fase normativista do positivismo é interessante observar que parte da doutrina a ignora e ao remontar o histórico evolutivo do Direito, elencam o positivismo exegético evoluindo para um pós-positivismo. Tal visão reducionista, que acaba por rotular Kelsen de exegético, tende a implicar na errônea conclusão de que a compreensão de que há diferença entre texto e norma e de que o magistrado não pode ser entendido como “boca da lei” é apta para a superação do positivismo e atingimento de um pós-positivismo.

Porém, a compreensão de que o Direito não está exhaustivamente pré-determinado no texto normativo não é uma constatação pós-positivista. Trata-se, na realidade, de premissa fundamental do positivismo normativista do século XX, que denuncia a discricionariedade na identificação da norma diante da impossibilidade de determinar previamente com exatidão um real sentido da norma, seja diante do quadro hermenêutico idealizado por Kelsen, seja diante da textura aberta da lei identificada por Hart.

Já em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen denunciava a impossibilidade de determinação prévia do sentido da norma, pois segundo ele: “a norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparece

através das particularidades do caso concreto”³¹. Essa mesma característica de indeterminabilidade prévia da norma identificada no século XX é a justificativa de parte da doutrina atual para defender a necessidade de “concretização” da lei. Também nessa mesma obra, Kelsen aborda a necessidade de compatibilidade de qualquer norma com a Constituição³², o que de certa forma abrange o conceito da “constitucionalização do Direito” da atualidade, também chamada de “filtragem constitucional”.

O ponto que se quer chegar é que a identificação das agruras do positivismo exegético e a mera propositura de soluções não leva, necessariamente, ao atingimento de um pós-positivismo. Isso pois, o próprio positivismo, em sua fase normativista, atingiu esse estágio de evolução teórica, ainda de forma axiologicamente neutra. Entende-se que para se possa efetivamente superar o positivismo e se considerar “pós-positivista” é fundamental a busca pela superação da discricionariedade judicial e uma reformulação dos ideais de segurança e previsibilidade, o que não tem sido feito por parte da doutrina que se limita a superar o positivismo exegético do século XIX com retoques galgados em velhos dogmas.

Em meio à crise do positivismo exegético do século XX, a solução encontrada por Kelsen foi a de manter o Estado como o centro da produção normativa, mas retirando a lei do pedestal de máxima expressão do Direito, o que culmina no fim do fetichismo legal. A concepção de Kelsen sobre o fenômeno jurídico é estruturada em uma pirâmide normativa, em que no patamar mais elevado estaria a Constituição, abaixo dela as leis numa posição intermediária e na base estariam os atos executivos dos magistrados. Toda essa estrutura teria como fundamento de validade último e transcendental um axioma por ele denominado de norma hipotética fundamental.

De acordo com a concepção kelseniana do Direito, todas as normas positivadas, independentemente de seu grau, são compostas por um antecedente descritor e um conseqüente prescritor. O antecedente prevê uma hipótese de incidência estruturada na expressão “Se + verbo + complemento”, que se liga por meio de um modal deôntico (dever-ser) ao conseqüente, que estabelece uma relação jurídica prevista como

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272.

³² KELSEN, Hans. *Op. cit.* p. 264.

resposta à ocorrência da conduta do antecedente. Nessa dinâmica, dada a ocorrência da conduta do antecedente, o modal deôntico automaticamente impõe o estabelecimento da relação jurídica do conseqüente, sendo sua incidência positiva ou negativa (tudo ou nada), não comportando graus de realização. Assim, só é vigente (válida) a norma que se aplica.

Uma norma completa para Kelsen é formada por norma primária e secundária. A norma primária estabelece em seu conseqüente uma sanção em consequência a um ilícito civil ou penal e em seu antecedente a descrição desse fato ilícito, que por sua vez é o conseqüente prescritor de uma norma secundária estipuladora de condutas sociais. A título exemplificativo poderia se ter a norma secundária como “Se estiver em território brasileiro, então deve ser proibido matar pessoas” e a norma primária “Se matar pessoa, então deve ser recluso por 6 a 20 anos”. Para Kelsen, a norma primária seria a mais relevante para o Direito pois a partir dela é possível se inferir a norma secundária e é a norma primária que impõe a sanção institucionalmente organizada, que segundo o autor é o que diferencia normas morais (Moral) de normas jurídicas (Direito). Isso pois, a sanção só está presente nessas últimas ao passo que o descumprimento de uma norma moral implica em mera represália social.

O positivismo normativista se ocupa sobremaneira com a dinâmica de ingresso da norma na ordem jurídica (obtenção de validade) para análise do momento a partir do qual ela passa a produzir efeitos (vigência), bem como como se dá a relação das normas entre si (coerência). Essa visão é viabilizada por meio da concepção do Direito como um sistema, cujos elementos orbitam em torno da Constituição e que, em atenção à suas regras de coerência, não permite a vigência, no mesmo tempo e espaço, de normas com conteúdos desarmônicos ou contraditórios. Assim, adotam o pressuposto de que uma norma adquire vigência a partir de um ato de promulgação realizado por autoridade competente por meio de procedimento predeterminado e de que as antinomias são solucionadas por critérios de ordem: i) temporal, ii) hierárquica e iii) de especialidade.

Já em sua época, Kelsen rechaçou a crença exegética de concepção da atividade do magistrado como meramente declaratória de um direito previamente determinado pelo legislador. Esse ponto fica bastante claro quando o autor afirma que:

uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente que descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples 'descoberta' do direito ou juris-'dição' ('declaração' do Direito) neste sentido declaratório³³.

Kelsen entende a decisão judicial como o prolongamento do processo de criação do Direito, pois da mesma forma que a norma legislativa, também consiste em norma, com a diferença que esta é abstrata e a norma criada pelo magistrado é concreta. Para ele, muito embora o conteúdo da norma concreta criada por meio da decisão judicial seja determinado pela norma legislativa, tal determinação não é unívoca, pois a norma abstrata comporta múltiplos sentidos para possibilidades de normas diversas, cabendo ao magistrado pinçar um deles para formar a norma concreta. Essa margem de possibilidade de sentidos diversos, porém igualmente válidos, é chamada por Kelsen de quadro hermenêutico.

Diante do quadro hermenêutico, Kelsen afirma que a eleição de uma das possibilidades de sentido não se dá por meio de um juízo cognitivo ou de uma racionalidade predeterminada, mas por meio de um ato de vontade do magistrado. Essa conclusão do autor, que acaba por deslocar o positivismo num movimento de racionalismo ao voluntarismo, não tem por objetivo eximir o magistrado de responsabilidade ou deixá-lo livre para decidir como bem entender. De modo diverso, o escopo de Kelsen foi o de escancarar que os magistrados são responsáveis por suas decisões, pois esses não mais poderiam se utilizar do álibi de serem "bocas de lei" e se eximirem do conteúdo de suas decisões.

Fica evidente, dessa forma, que a ilusão de um Direito previsível, seguro e preciso nos moldes do positivismo exegético, que tão bem se compatibilizava com a ideologia liberal do mercado, não se sustentava num positivismo melhor desenvolvido, já na primeira metade do século XX. Nesse sentido, Kelsen defendia que caso se queira saber previamente qual postura adotar diante de uma norma, deve-se fazer uma escolha a partir das possibilidades do quadro hermenêutico e se pautar perante a ela. Ocorre que, tal escolha não é feita pela autoridade competente (logo, carece de autenticidade) e por causa disso, é possível que posteriormente à realização da

³³ KELSEN, Hans. *Op. cit.* p. 264.

conduta, a autoridade competente, em seu julgamento, faça uma escolha diferente no quadro hermenêutico, levando a uma possível reprovação da conduta antevista como adequada.

Diante do exposto, conclui-se que os primados da precisão, segurança e previsibilidade do Direito não são atingíveis por meio de uma mera análise formal da norma ou da crença de que é possível reproduzir mecanicamente o sentido literal do enunciado legislativo previamente determinado. A busca por esses primados demanda ir além do caminho trilhado pelo positivismo, exige conhecer o contexto mais amplo em que estão os juridicamente envolvidos, o que abrange aspectos políticos, sociais e econômicos.

Aborda-se com maior ênfase o trabalho de Kelsen devido ao fato de este ter sido autor que maior influência exerceu na Europa continental e, conseqüentemente, no Brasil. Mas, paralelamente, na doutrina da tradição anglo-saxã, a ideia de que os magistrados exerciam atividade meramente declaratória foi rechaçada pelo positivismo analítico clássico de Bentham e Austin. Nesse sentido, Neil Duxbury expondo a maneira segundo a qual Austin concebe a atividade do magistrado, afirma que “a noção de que eles sejam meras bocas declarando a lei, ele memoravelmente rechaçou, pois, tal afirmação seria uma ficção infantil promovida, principalmente, pelos próprios juízes”³⁴.

O positivismo analítico confrontador do positivismo exegetico, já no século XIX, fortaleceu a *stare decisis*, eis que era de grande utilidade para fundamentar a vinculação aos precedentes. Isso porque, por meio dele se desenvolveu o ferramental teórico para identificar, a partir de uma decisão, uma norma geral a ser utilizada noutras decisões, a chamada *ratio decidendi*. Além disso, a *stare decisis* representou uma solução intermediária entre “a boca da lei” e o “juiz legislador”.

Conforme diagnostica Lopes Filho³⁵, o desenvolvimento do positivismo analítico, bem como a tendência inglesa de rejeitar as concepções do Estado Legislativo levaram a

³⁴ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 39.

³⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 48-49.

tradição jurídica anglo-saxã a não nutrir as ilusões exegéticas do fetichismo legal. Até porque, alguns séculos antes, a *common law* vivenciou a experiência de vinculação a provimentos das cortes (*writs*), o que revelou a perpetração de injustiças, que demandou a criação das cortes de *Equity* para a tentativa de saná-las.

Muito embora Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, compartilhe com Bentham e Austin a ideia de rejeição das ilusões exegéticas, o austríaco trilhou caminho distinto do dos ingleses. Enquanto estes conferiram grande valorização dos pronunciamentos judiciais, Kelsen não atribuiu maior importância a eles, eis que para ele se tratavam de meras normas individuais e concretas. O autor, mesmo abordando a possibilidade de que o ordenamento jurídico conceda ao magistrado a competência para, perante lacuna, criar norma fora das possibilidades do quadro hermenêutico desenhado pela lei, ainda assim situa tal decisão do magistrado como norma individual e concreta e, portanto, localizada na base de sua pirâmide normativa. Segundo ele, o magistrado se torna competente para “produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária”³⁶.

Ao analisar o fenômeno do precedente judicial, Kelsen, na Teoria Pura do Direito, sob sua concepção normativista, o concebe como norma geral alcançada por meio de abstrativização da decisão. Segundo o autor:

Uma decisão judicial pode ter caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto a seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral³⁷.

Tal análise é complementada em outra obra do autor, a Teoria Geral do Direito e do Estado, em que ele afirma que

[...] a decisão de um tribunal num caso concreto assume o caráter de precedente obrigatório para as decisões futuras de todos os casos similares por meio de uma generalização da norma individual criada pela primeira

³⁶ KELSEN, Hans. *Op. cit.* p. 271.

³⁷ KELSEN, Hans. *Op. cit.* p. 278.

decisão. É a força da obrigatoriedade da norma geral assim obtida que é a essência de um chamado precedente³⁸.

Conforme exposto, a visão de Kelsen acerca dos precedentes se funda num viés normativo, concebendo-o como veículo de norma geral. Assim, em se tratando de estabelecimento de precedente, classifica o órgão judiciário na mesma função do Legislativo, ao afirmar que “dentro de tal sistema jurídico, os tribunais são órgãos legislativos exatamente no mesmo sentido em que o órgão é chamado de legislativo no sentido mais restrito do termo. Os tribunais são criadores de normas jurídicas gerais”³⁹.

A concepção de precedente como uma norma geral, assim como analisado por Kelsen, influenciou o pensamento de muitos juristas, principalmente daqueles que adotam como método de trabalho a busca por uma norma contida no precedente, a chamada *ratio decidendi*, que seria identificada por meio da abstrativização do comando judicial. Por via de consequência à essa abstrativização, tais juristas tendem a conceber a aplicação do precedente de acordo com a mesma metodologia de aplicação de uma lei, qual seja, por meio de subsunção. Diante disso, é possível identificar que uma série de propostas teóricas recentes sobre precedentes, que se intitulam neoconstitucionais, a bem da verdade deitam raízes no ideário do positivismo normativista. A título exemplificativo, cita-se o trabalho de Luiz Guilherme Marinoni, que defende tal abstrativização da prescrição contida na decisão judicial, de modo a abarcar a maior quantidade possível de casos. Nesse sentido, propõe:

Considerada a sua finalidade, o precedente deve ser aplicado até os seus limites, regulando todos os casos aí cabíveis. É tal potencialidade, inerente ao precedente, que torna possível a sua adoção para solução de casos particularizados por outras circunstâncias ou situações inicialmente não tratadas⁴⁰.

Também em crítica às ilusões exegéticas, porém em tentativa de avanço teórico em relação a Kelsen, Herbert Hart chega a fazer uma análise mais percuciente a respeito dos precedentes judiciais. Segundo o autor, é fundamental para o estabelecimento do controle social que haja padrões de conduta predeterminados a serem obedecidos

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 216.

³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 216.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2016. p. 236.

por um número indefinido de pessoas. Tais padrões gerais de conduta, de acordo com Hart, podem ser originados a partir de dois veículos: precedentes ou leis. Assim expõe:

Tem-se usado dois expedientes principais, à primeira vista muito diferentes um do outro, para comunicação de tais padrões gerais de conduta, com antecipação de ocasiões sucessivas em que devem ser aplicados. Um deles faz um uso máximo o outro faz o uso mínimo de palavras gerais a estabelecer classificações. O primeiro é exemplificado por aquilo que chamamos de legislação e o segundo pelo precedente. Podemos ver os aspectos que os distinguem nos exemplos simples de casos não jurídicos que a seguir apresentamos. Um pai antes de ir à igreja diz ao filho: “Todos os homens e os rapazes devem tirar o chapéu ao entrar em uma igreja”. Outro diz, descobrindo a cabeça quando entra na igreja: “Olha, eis a forma correta de nos comportarmos nessas ocasiões”⁴¹.

Para Hart, regular condutas por meio de exemplos comporta maior grau de incerteza do que por meio da enunciação de regras, pois na observação do exemplo é menos claro quais aspectos do padrão de conduta são importantes ou irrelevantes. De acordo com ele, no exemplo apontado, é possível se questionar se o chapéu deve ser retirado com a mão direita ou esquerda, se a retirada deve ser de forma rápida ou mais lenta ou até onde o chapéu deve ser colocado após sua retirada. Dessa forma, para o autor, os precedentes não aumentam o grau de determinabilidade do Direito, eis que conceitos fundamentais para a *stare decisis*, como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, fatos materiais e interpretação são dotados de um grau de incerteza que se iguala ao das regras legislativas ou até se mostra mais elevado. Segundo Hart, na maior parte das situações, o precedente não constrange absolutamente o magistrado, mas tampouco o dá plena liberdade. Por essa razão afirma:

Qualquer descrição séria do uso do precedente no direito inglês deve atribuir um lugar aos seguintes pares de fatos contrastantes: em primeiro lugar, não há um método único de determinar a regra relativamente à qual um dado precedente dotado de autoridade funciona como autoridade. Não obstante tal, na vasta maioria de casos decididos há muito poucas dúvidas. A nota de epígrafe é geralmente bastante correta, em segundo lugar, não há nenhuma formulação dotada de autoridade ou unicamente correta de qualquer regra que deva extrair-se dos casos. Por outro lado, há frequentemente um consenso muito geral, quando a relação de um precedente com o caso posterior está em causa, de que uma dada formulação é adequada. Em terceiro lugar, seja qual for o estatuto dotado de autoridade que uma regra extraída de um precedente possa ter, é compatível com o exercício pelos tribunais por ela vinculados dos dois tipos seguintes de atividade criadora ou legislativa: por um lado, os tribunais que decidem um caso posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida num precedente e da admissão de

⁴¹ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 137.

alguma exceção a ela que não foi antes considerada ou, se foi considerada, foi deixada em aberto⁴².

Diante da imprecisão dos conceitos da teoria dos precedentes e da complexidade em se extrair um regramento geral a partir do exemplo, mostra-se, *a priori*, dotada de maior precisão a comunicação de padrões de condutas por meio de lei. Isso pois, a lei traria conceitos amplos expressando claramente a conduta devida com menor margem à dúvida, o que viabilizaria uma aplicação por subsunção do particular ao geral. Assim, poupar-se-iam maiores especulações sobre os aspectos relevantes do exemplo em análise.

Tal conclusão apriorística, entretanto, não ilude Hart, que rechaça a crença exegética de sentido único pois “em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”⁴³. Dessa forma, para o autor, não haveria uma disparidade tão grande da margem de incerteza e previsibilidade dos exemplos dotados de autoridades (precedentes) em relação à linguagem geral dotada de autoridade (legislação). Sobre esses dois métodos de comunicação de padrões de conduta, Hart afirma que, muito embora pareçam tão díspares, em análise mais profunda apresentam raízes comuns, eis que a legislação, ao prescrever padrões gerais de comportamento, toma por base em sua terminologia casos de aplicação padronizados simples e comuns, descrevendo-os de forma geral e abrangente. Além disso, tanto precedentes como leis sempre sofreram os efeitos da textura aberta da linguagem. É o que afirma Hart:

seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, este, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta⁴⁴.

Para Hart as regras legislativas apenas garantem certeza do Direito quando aplicadas a casos simples e fáceis de serem reconhecidos na conduta padrão, situação que se repete na utilização do precedente, que garante certeza apenas em casos

⁴² HART, Herbert L. A. *Op. cit.* p. 147-148.

⁴³ HART, Herbert L. A. *Op. cit.* p. 139.

⁴⁴ HART, Herbert L. A. *Op. cit.* p. 140.

absolutamente análogos ao exemplo que deu origem à decisão precedente. Assim, ambos os métodos seriam igualmente dotados de baixo grau de certeza e previsibilidade, o que, como já exposto, se justifica pelo fato de que ambos têm por base uma situação de fato, com o diferencial de que na lei, o legislador se baseia numa situação de fato abrangente e padronizada, ao passo que no precedente, o magistrado se baseia numa situação fática efetivamente verificada.

Diante da indeterminabilidade originada da textura aberta da linguagem, Hart alerta para os perigos de uma postura exageradamente cética no que concerne às leis, o que pode levar à falaciosa crença realista de que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que é. Sobre esse ponto, o autor aponta que:

[...] o cético acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais a deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de fato, de tal forma que a textura aberta não fosse um aspecto necessário das regras⁴⁵.

Tais características da legislação poderiam também levar o cético a acreditar num total desrespeito ao conteúdo das decisões previamente exaradas pelos tribunais, principalmente porque inexistente sanção ao magistrado que decide contrariamente aos precedentes. Entretanto, Hart rechaça também essa conclusão, pois, da mesma maneira que entende os exegetas como autoritários frustrados que tentaram substituir o autoritarismo do monarca pelo da lei, também enquadra tal postura cética como a frustração de um autoritário, que por sua vez leva a ilusão da certeza e previsibilidade por meio do precedente.

Nesse ponto, Hart afirma que “em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial”⁴⁶, assim, a conclusão de que haveria total desrespeito aos precedentes não se sustenta. Isso pois, eles podem ser analisados de maneira análoga ao quadro hermenêutico de Kelsen, eis que muito embora não veiculem sentido unívoco, também não comportam

⁴⁵ HART, Herbert L. A. *Op. cit.* p. 152.

⁴⁶ HART, Herbert L. A. *Op. cit.* p. 156.

total arbitrariedade por estarem delimitados por padrões limitados, ainda que minimamente.

Muito embora o raciocínio de Hart sirva para criticar o positivismo exegético, seu escopo era o de criticar seu extremo oposto: os realistas jurídicos. Estes são os céticos a qual o autor se refere.

O realismo jurídico, corrente doutrinária que adquiriu bastante prestígio nos Estados Unidos da América nas décadas de 1920 e 1930, difunde, a partir de um forte pragmatismo, a ideia de que o Direito é constituído eminentemente pelas decisões judiciais, dessa forma, o labor do juristas seria encontrar formas de prever como seriam os desfechos dos julgamentos. O pensamento realista, ao identificar os defeitos das regras legislativas, reduziram-nas à mínima importância, o que serviu para o fortalecimento da doutrina de vinculação aos precedentes, a *stare decisis*. Assim, aliado ao histórico repúdio ao modelo de Estado legislativo exegético francês, a tradição inglesa adotou a *stare decisis*, tornando a prática jurídica eficaz aquela de identificar o posicionamento das cortes para bem determinar a conduta social. Tal prática levou à necessidade de desenvolvimento de uma teoria do precedente.

A corrente realista abrange pensadores dos níveis mais moderados aos mais extremados, como é o caso de Holland, Gray e Jethro Brown, que defendem a ideia de que não há direito prévio às decisões judiciais. Para eles, a legislação escrita não pode ser classificada como direito, pois demanda a atuação de um magistrado para, por meio de interpretação, lhe conferir significado, só então se torna direito. De acordo com esse pensamento, as leis, assim como os precedentes, os costumes, a moralidade geral e a doutrina consistem fontes do direito, porém não são fontes na concepção positivista, qual seja, matriz produtora de norma jurídica. Para esse pensamento, trata-se de fonte no sentido de elementos que possam vir a se transformar em realidade jurídica por meio da decisão judicial. Assim, afirma Cardozo⁴⁷ que “nem mesmo as decisões passadas constituem direito. Os tribunais podem revogá-las. Pela mesma razão, decisões presentes não são direito, exceto para as partes litigantes”, e é por isso que “o direito nunca é, mas está sempre prestes a ser. Ele só se realiza quando corporificado por um julgamento, e uma vez realizado,

⁴⁷ CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 92-93.

se expira. Não existem coisas como normas ou princípios: há somente sentenças isoladas”.

Verifica-se, dessa forma, que a desilusão em relação às regras legislativas acaba levando os realistas norte-americanos a buscar previsibilidade no direito por meio dos pronunciamentos jurisdicionais, com a ressalva de não compartilharem da crença exegética de que a razão ou a metodologia lógica seriam capazes de prever todas as consequências jurídicas de uma conduta. Diante disso, não creem que mesmo os precedentes sejam capazes de assegurar uma antevisão segura do julgamento futuro.

É por esse motivo que Cardozo, de forma análoga a Kelsen, afirma que, em maior ou menor medida, ao julgar os casos há margem de discricionariedade para o magistrado atuar e “só o que as partes envolvidas na demanda podem fazer é antecipar a declaração da norma da melhor forma que puderem e conduzir-se de acordo”⁴⁸. Entretanto, enquanto Kelsen identifica que a diante da baliza interpretativa formalmente concebida, caberia ao magistrado discricionariamente escolher uma das possibilidades nela inseridas, Cardozo propõe que para tal escolha sejam utilizados dados históricos, costumeiros e, principalmente, sociológicos. Isso pois, para ele, o bem social deve ser privilegiado em relação a uma concepção demasiadamente formal da lei.

A satisfação do bem comum, o elemento sociológico destacado, é fundamental para o realismo defendido por Cardozo, o que justifica o fato de ser conhecido também por jurisprudência sociológica. Ele se fundamenta amplamente no pensamento de Gény, e de sua escola da livre investigação científica, que na própria explicação de Cardozo é “livre porque aqui fica longe da ação da autoridade positiva; e científica, ao mesmo tempo, porque só pode encontrar fundamentos sólidos nos elementos objetivos que somente a ciência e capaz de lhe revelar”⁴⁹. De acordo com sua forma de pensar, o conteúdo das decisões depende da experiência pessoal do magistrado e não propriamente de um padrão objetivo de interpretação, assim como cada magistrado tem um modo de encarar o caso, as decisões de magistrados diferentes sobre um mesmo caso podem vir a ser também diferentes.

⁴⁸ CARDOZO, Benjamin. *Op. cit.* p. 94.

⁴⁹ CARDOZO, Benjamin. *Op. cit.* p. 89.

É nesse contexto, e escancarando as bases do realismo, que Holmes afirmou que “a vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência”⁵⁰. Muitas vezes tal frase é entendida como se Holmes exprimisse uma negação à utilização de instrumentos lógicos no Direito, quando em realidade, o autor queria tão somente expor que tais instrumentos são insuficientes para apontar o erro dos exegéticos ao reduzirem o fenômeno jurídico à subsunção.

Por sua vez, Cardozo, muito embora aceite a utilização de instrumentos lógicos no labor jurídico, entende ser reprovável o seu excesso e, novamente utilizando-se do pensamento de Gény, afirma que “não se deveria cogitar de banir o raciocínio e os métodos lógicos da ciência do direito positivo”⁵¹, eis que o abuso seria “imaginar que as concepções ideais, cuja natureza é provisória e puramente subjetiva, são dotadas de realidade objetiva permanente”⁵². Fica claro, assim, que Cardozo repele a ilusão metafísica da possibilidade de se atingir verdades absolutas a partir de raciocínio puro e desprendido da experiência do plano fático. É nesse sentido que assevera que “o *common law* não segue uma trajetória que parte de verdades preestabelecidas, de validade universal e inflexível, para chegar a conclusões delas derivadas por dedução”⁵³.

Como visto, Cardozo é contrário à redução do fenômeno jurídico ao apego lógico e chama atenção para o fato de essa não ser uma preocupação típica da tradição anglo-saxônica e sim romano-germânica. É por esse motivo que crê que “as sórdidas controvérsias entre os litigantes são a matéria a partir da qual se formulam, no fim, as grandes e ilustres verdades. O acidental e o transitório produzirão o essencial e permanente”⁵⁴. Por esse motivo, crê que, a longo prazo, não há garantia de justiça, a não ser a personalidade do juiz, que legisla nas lacunas do Direito, cuja existência é detectada por ele próprio.

Exposto a sua visão cética em relação à certeza do Direito, Cardozo concebe os precedentes judiciais com um elemento de ganho prático no ordenamento, já que

⁵⁰ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover, 1991. p. 1.

⁵¹ CARDOZO, Benjamin. *Op. cit.* p. 31.

⁵² CARDOZO, Benjamin. *Op. cit.* p. 31.

⁵³ CARDOZO, Benjamin. *Op. cit.* p. 11-12.

⁵⁴ CARDOZO, Benjamin. *Op. cit.* p. 21.

poupam o Judiciário de reanalisar um tema já julgado como se inédito fosse, porém só os concebe como úteis enquanto sejam justos na dimensão social já exposta. Assim sendo, não haveria que se falar, para o autor, em subordinação absoluta aos precedentes, mas em graus ajustados por essa dimensão sociológica.

Muito embora haja conflitos de pensamento entre os autores realistas, o ponto de confluência entre eles é a rejeição à métodos puros e formais para explicar o fenômeno jurídico, a preocupação com contexto em que se insere o magistrado, já que há numerosos elementos não-lógicos interferindo no Direito e imposição de responsabilidade ao magistrado por levar em conta as consequências de sua decisão para a sociedade. Diante dessas características, André Ramos Tavares e Carla Osmo⁵⁵ defendem que a oposição de Hart aos realistas era mais quantitativa do que qualitativa, uma vez que ambos entendem que os tribunais, de fato, exercem papel influente com uso de poder discricionário não regido pelas regras legislativas. Hart, assim como Cardozo, entende que o magistrado deve exercer sua atividade criativa quando diante de deficiências legislativas, que ele chama de *hard cases*. Ressalta-se que não obstante esse ponto de conformidade, as teorias de ambos são bem distintas: enquanto Hart se atém ao positivismo por ele reformulado, Cardozo se apoia nas contribuições de Gény para se inclinar a cogitações eminentemente sociológicas.

Ao pincelar os principais pontos do pensamento de Hart, é importante também abordar a sua regra de reconhecimento, segundo a qual se determina o momento em que uma regra passa a integrar o Direito de um determinado Estado, ou seja, a partir de qual momento ela passa a irradiar efeitos para produzir obrigações. Em sua primeira versão trabalhada na obra *O Conceito de Direito*⁵⁶, a regra de reconhecimento é concebida como um critério formal que estabelece as exigências para uma regra gere efeitos, assim, caso a norma seja criada por autoridade competente em conformidade com a regra de reconhecimento, tal norma passa instantaneamente a gerar efeitos, os quais cessarão abruptamente após sua revogação, que deve atender às mesmas exigências.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista?. In: DIMOLIUS, Dimitri; DUARTE, Écio. (Coord). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 129-158. Apud: LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 57.

⁵⁶ HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

A ótica extremamente formalista que fundamenta a concepção da regra de reconhecimento de Hart, reduzindo-a uma análise acerca do *pedigree* das normas, foi amplamente criticada por Dworkin. Isso pois, este defende uma análise do Direito a partir dos princípios jurídicos, que não ingressam abruptamente no ordenamento jurídico em atendimento a critérios formais, tampouco são extirpados por meio de um “torpedeamento” de revogação, mas por “erosão” lenta e gradual. Muito embora, o conceito da regra de reconhecimento de Hart tenha sido melhor explicitado por ele em posfácio de sua obra em resposta às críticas de Dworkin, cuja teoria Hart classifica como sonho localizado no extremo oposto do pesadelo realista, a regra manteve seu cunho eminentemente formal, ficando somente mais claro de que se trata de algo complexo, que envolve, em regra, uma constituição, a promulgação de leis por procedimento legislativo formal e precedentes judiciais, e não apenas uma regra formal única e simples.

Ainda que se tome o pensamento de Hart com a versão mais minuciosa de sua regra de reconhecimento, se mostra claro que o autor não abandona a discricionariedade judicial alvo da crítica de Dworkin, mas tão somente a dissimula, pois afirma que como ela será exercida apenas nos casos difíceis, ou seja, aqueles sem solução legislativa predeterminada, as partes não terão justas expectativas a serem frustradas.

Diante de todo o exposto, se nota que, na Europa continental, já no século XX, o positivismo sofreu críticas que o levou a se afastar de muitas das crenças exegéticas que influenciaram a concepção originária do Estado do Direito. Nos países de tradição anglo-saxã, ao decorrer do século XIX, o positivismo clássico de Bentham e Austin culminou no fortalecimento da *stare decisis*, e, especificamente nos Estados Unidos da América, a desilusão com a certeza e previsibilidade das regras levou ao desenvolvimento do realismo jurídico nas décadas de 1920 e 1930.

Entretanto, é curioso observar que no Brasil, o positivismo normativista não exerceu maiores influências na forma de pensar e trabalhar com o Direito, uma vez que no imaginário dos juristas se manteve a concepção de o magistrado exerce atividade meramente declaratória e sua decisão nada mais é que uma norma concreta e individual, derivada da regra geral e abstrata. Além disso, tal defasada teoria geral do

Direito foi acrescida à teoria do processo de influência do pensamento italiano do final do século XIX e início do século XX. Tratam-se das ideias de Chiovenda e Carnelutti, que Liebman disseminou no Brasil e que serviram de fundamento para o desenvolvimento das concepções de jurisdição, ação e processo no Direito brasileiro.

Giuseppe Chiovenda, em pleno final do século XIX, tinha como principal objetivo defender a independência do Direito Processual em relação ao Direito Material. Para ele, ainda que fossem intimamente relacionados, o direito de ação e o direito material não se confundiam, sendo a jurisdição a atuação concreta da vontade da lei. É nítido, nesse pensamento, a influência da ideia de centralidade legislativa característica do Estado legislativo do contexto histórico que vivia.

Já Francesco Carnelutti, indo além de Chiovenda, concebe a sentença não como mera atuação da lei, eis que ela passa a compor o ordenamento jurídico, ainda que no nível mais baixo diante de sua condição de norma individual e concreta. Para o autor, a justa composição da lide, razão de ser da atividade jurisdicional, é feita por meio da declaração do Direito aplicável, assim, ele concebe a partir da dimensão declaratória as três espécies de sentenças: declaratória, constitutiva e condenatória.

Por sua vez, Enrico Tullio Liebman, maior influência na elaboração da teoria do processo brasileiro, se inspira e dissemina o pensamento de Chiovenda e Carnelutti, desenvolvendo um trabalho alinhado parcialmente ao positivismo normativista da Teoria Pura do Direito de Kelsen. É o que se verifica a partir da seguinte passagem de seu *Manuale di diritto processuale civile*:

Julgar quer dizer valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo o critério de julgamento fornecido pelo direito vigente e enunciar, em consequência, a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso em exame (“Caio é devedor de mil a Tício”, “Semprônio cometeu furto e é condenado à reclusão”). A operação lógica de julgamento pode ser feita por qualquer um que seja dotado da necessária cognição e dará lugar a um parecer, a uma opinião; mas apenas aquela feita pelo juiz e expressa em uma sentença é que possui conteúdo imperativo e eficácia vinculante⁵⁷.

⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, Milano: Giuffrè Editore, 1984. p. 4-5.

Diz-se que Liebman adotou parcialmente o pensamento da teoria pura de Kelsen, pois não adota a discricionariedade advinda do quadro hermenêutico, apresentando uma visão exegética mitigada, eis que acredita numa correlação lógica entre lei e sentença inabalável.

Na Europa, visando o resgate de uma dimensão de valor no Direito e também no intuito de suplantar algumas crenças hermenêuticas, desenvolveram-se abordagens pós-positivistas e se superou o Estado Legislativo, o que, conseqüentemente, exerceu impactos também no Brasil.

1.2.1.4 O Estado constitucional, pós-positivismo e neoconstitucionalismo

Como resposta à crise do Estado legislativo e visando encontrar alternativas ao positivismo normativista que acabava por conferir a discricionariedade da escolha do sentido da norma ao aplicador do Direito, especialmente ao Executivo, surge o Estado constitucional.

Conforme visto, a exposição das falhas do positivismo exegético demonstrou que tal pensamento teórico não era capaz de sustentar a afirmação de que administração pública era isenta de responsabilidade por seus atos, atuando apenas a “vontade da lei” e apenas agindo quando expressamente permitido e de acordo com determinação legislativa prévia. Isso fica claro quando Hart, ao expor a textura aberta da linguagem, e Kelsen, ao conceber seu quadro hermenêutico, apontam para uma mesma conclusão: não há aplicação automática da lei que aponte um único e correto sentido que seja capaz de constringer qualquer margem de liberdade. Assim, o agente público do Executivo, por ser intérprete e aplicador do Direito, usufrui de tal liberdade interpretativa, o que no decorrer do tempo, passou a ser visto como algo perigoso para a ordenação social.

O Estado constitucional, surge então, decorrente dessa evolução histórica e para melhor amoldar o Estado de Direito ao Estado social. Seu surgimento leva à constitucionalização do Direito e ao fortalecimento do Judiciário. Nesse ponto, é curioso notar que a ascensão do Judiciário no século XXI sucede à ascensão dos dois

outros poderes nos séculos anteriores: o Legislativo no século XIX e o Executivo no século XX.

A ascensão do Judiciário se concebida sob o prisma positivista normativista leva inevitavelmente à discricionariedade. Isso pois, uma vez abandonada a crença exegética de certeza, segurança e previsibilidade e a imagem do juiz “boca da lei”, passa-se a conceber um juiz dotado de discricionariedade para interpretar e aplicar o Direito ao caso sob julgamento. Entretanto, tais valores de certeza, segurança e previsibilidade não deixaram de ser primordiais para a economia de mercado, que muito embora não se estivesse mais no Estado liberal e sim no Estado Social enviesado por uma visão neoliberal, ainda eram aspirados pela sociedade. Assim, da mesma forma que era economicamente indesejável a imprevisibilidade da ordenação social causada pela discricionariedade de agentes públicos do Executivo dotados de amplos poderes normativos espalhados por entre seus numerosos órgãos, também se rechaça a ideia de que um agente do Judiciário possa decidir conforme sua consciência e posteriormente à ocorrência dos fatos definir quais são as normas que deveriam ter regido uma conduta já ocorrida.

Diante dessa inviabilidade de adoção do referencial exegético, imperioso se fez a busca por um novo referencial teórico. Nesse momento, surgem as ideias pós-positivistas, cuja bandeira é a defesa da unidade e sistematicidade do Direito por meio de valores constitucionais correspondentes aos Direitos Fundamentais. Dessa forma, a lei deixa de ser o elemento de maior prestígio e a centralidade da referência jurídica passa a ser a Constituição, que passa a ser vista como o elemento capaz de tolher a discricionariedade do positivismo normativista do sistema.

Aponta Lopes Filho⁵⁸, que de forma generalizada, todos os ordenamentos jurídicos do ocidente, em maior ou menor medida, experienciaram a constitucionalização e a judicialização do Direito. E, muito embora se tenha abordado a questão político-econômica como ensejadora do desenvolvimento do Estado constitucional, muitas são as causas justificam o seu desenvolvimento. Ran Hirschl⁵⁹, em análise

⁵⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 62.

⁵⁹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.* Cambridge: Harvard University Press, 2004.

aprofundada sobre os motivos mais importantes para esse movimento, aponta três explicações: i) Teorias evolucionistas; ii) Explicações funcionalistas; e iii) Modelos econômicos institucionais.

De acordo com as teorias evolucionistas apontadas por Hirschl, a ordem jurídica e as teorias que lhe embasam se desenvolvem de acordo com as aspirações dominante do período sócio-político em que se está inserido. Dessa forma, quando se consolidou o sistema de agricultura, a ordem jurídica se viu impelida a assegurar a propriedade e os contratos, que se tornaram valores caros naquela época. No período histórico mais recente, regimes autoritários ou ditatoriais foram contrapostos pelas fortes variações culturais e pelo progresso econômico e político. Em se analisando o atual estágio de desenvolvimento, o autor aponta que a expansão universal dos Direitos Humanos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, é o vetor axiológico a balizar a remodelagem dos Estados nacionais. Há, assim, uma reformulação da democracia, que deixa de consistir numa regra de atendimento da vontade da maioria para, numa função contramajoritária, proteger e defender os direitos das minorias garantidos na Constituição, mesmo que em conflito com as ações do Legislativo e do Executivo. Nesse contexto, se verifica também uma nova conformação da separação de poderes: não mais se centraliza a atuação estatal no parlamento como no Estado Legislativo, em que o Judiciário e o Executivo orbitam em torno da lei. Confere-se maior autonomia e prestígio ao Judiciário, que por estar protegido do jogo político partidário, em tese, estaria mais apto a satisfazer o Direito em atendimento aos valores previstos nos Direitos Fundamentais.

As Explicações Funcionalistas, por sua vez, apontam as pressões sobre o sistema político como as ensejadoras da constitucionalização. Segundo Hirschl, tanto mais ineficiente seja a atuação da esfera política no enfrentamento das pressões a partir de uma perspectiva constitucional, mais ela se direcionarão ao Judiciário. Além desse aspecto, a constitucionalização é reação ao crescimento do Executivo, que descentralizado por numerosos órgãos, atua de maneira descoordenada e incoerente, causando instabilidade, sendo o *judicial review* uma maneira de assegurar uma ordenação dessa atuação. Assim, de acordo com as Explicações funcionalistas, a constitucionalização e a judicialização são mecanismos aptos a enfrentar a degradação das instituições políticas e da Administração Pública.

Já as explicações a partir dos modelos econômicos institucionais apontam que a necessidade do mercado econômico de previsibilidade e certeza para o desenvolvimento das relações econômicas levou à valorização do papel da Constituição no ordenamento jurídico. Como é fundamental para o desenvolvimento da economia a previsibilidade dos padrões de conduta a serem exigidos, bem como a proteção jurídica da propriedade privada, um Judiciário independente do aparelho burocrático e isento das pressões políticas, que se pauta em tais valores presentes na Constituição é, portanto, algo desejado pelo mercado. Segundo Hirschl, nem sempre a judicialização foi o instrumento garantidor da previsibilidade do Direito fundamental para o mercado capitalista, mas trata-se tão somente do instrumento atual. No passado, tal instrumento foram as concepções do positivismo exegético e da ideologia do Estado Legislativo.

A divisão de Hirschl em explicações teóricas (Teorias evolucionistas), políticas (Explicações funcionalistas) e econômicas (Modelos econômicos institucionais) é meramente didática e todas as razões devem ser entendidas como simultâneas e interdependentes.

Analisados os motivos que o ocasionaram e passando à sua forma de conceber o fenômeno jurídico, tem-se que o constitucionalismo pretende frontalmente se opor ao paradigma positivista normativista, remodelando as concepções de interpretação e dos princípios, para combater a temerária discricionariedade. Nesse contexto, como relata Fioravanti⁶⁰, surgiram as cortes constitucionais na Europa, como forma integrar o trabalho do legislador aos preceitos constitucionais e controlar o conteúdo da legislação a partir de suas implicações à luz dos casos concretos.

Nesse aspecto, possivelmente por ter vivenciado uma intensa crise humanitária decorrente da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi um país que apresentou notável disposição a inserir os valores nas discussões jurídicas, principalmente por meio dos julgamentos de sua Corte Constitucional. O país, buscando não repetir a negligência constitucional do período de Weimar que facilitou a ascensão nazista,

⁶⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari: Editori Laterza, 2009. p. 99-100.

passou a conceber o capítulo dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores e a defender a constitucionalização do Direito, propondo a interpretação jurídica sob o prisma dos valores constitucionais. Assim, passou a defender a força normativa da Constituição, que não obstante a prescrições eventualmente contrárias veiculadas pela legislação, vincula a todos a partir dos direitos fundamentais.

No âmbito acadêmico, tem-se como de fundamental relevância para a superação do positivismo as críticas que Ronald Dworkin faz a Hart, cuja obra foi eleita para representar o positivismo de forma geral em suas críticas⁶¹.

A principal preocupação de Dworkin é lutar contra a discricionariedade normativista, o que faz por meio da concepção dos princípios como algo intrínseco ao Direito. Segundo o autor, não deve existir liberdade no que tange ao respeito aos princípios, eis que estes são obrigatórios. Para ele, princípio é entendido como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁶². Dessa forma, não restaria margem à discricionariedade quando se agisse de acordo com os princípios, e assim estar-se-ia assegurada a moralidade do Direito.

Dworkin, na obra *O Império do Direito*, defende que o Direito deve ser compreendido como integridade. Segundo esse pensamento, o Direito não pode ser concebido como criado por indivíduos isolados, mas se trata de uma realidade interpretativa desenvolvida de forma coletiva. Dessa forma, é fundamental que se leve em consideração o contexto, ou seja, as influências do passado e do presente, no labor interpretativo. O jurista afirma que “O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine”⁶³.

A proposta de Dworkin é tomar os princípios como elementos organizadores e justificadores do Direito, que junto à sua ideia de integridade, se vocacionam a superar

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35.

⁶² DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* p. 36.

⁶³ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 274.

a ideia de que o intérprete encontra ou inventa o Direito, falácias positivistas e realistas, respectivamente⁶⁴. O autor, incorporando preocupações deontológicas ao Direito, se utiliza de algumas figurações para ilustrar seu pensamento, sendo as principais a do juiz Hércules e do romance em cadeia (*chain novel*).

A figura do juiz Hércules representa o intérprete que compreende o contexto em que está inserido, consciente não apenas do conteúdo jurídico propriamente dito, mas também de sua história, evolução e fundamentação. Esse arquétipo de magistrado se preocupa com uma fundamentação que leve em consideração os argumentos das partes e os fatos do caso concreto da maneira com a qual cada parte os apresenta, buscando demonstrar que a sua decisão é a única correta naquela situação.

O romance em cadeia, por sua vez, compara a aplicação do Direito com a escrita coletiva de um romance por vários autores, que são responsáveis pela coerência da continuidade da história. Nas palavras de Dworkin:

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem os casos do common law, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em período nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em uma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, propósito ou o tema da prática até então⁶⁵.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 274.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 237-238.

O romance em cadeia é, portanto, uma oposição ao decisionismo e à crença de que a escolha do melhor sentido da norma seria um ato de vontade.

Ao tratar sobre os precedentes judiciais, Dworkin afirma que não é adequado considera-los tais como leis, tampouco os aplicar segundo os métodos interpretativos utilizados para seguir leis, já que, para o autor, a razão para seguir os precedentes não pode ser a mesma de seguir as leis, que se fundam na teoria democrática geral. Assim, afirma que mesmo que se possa extrair de um precedente uma enunciação prescritiva geral e abstrata tal como a de uma lei, ele não pode ter sua complexidade assim reduzida de forma a permitir a subsunção de múltiplos casos concretos.

A partir da constatação de que os precedentes não devem ser lidos a partir de uma enunciação geral e abstrata para fins de subsunção, Dworkin trabalha com a distinção entre a força de promulgação e a força gravitacional, esta específica dos precedentes. A força de promulgação de um precedente seria a produção de uma norma em moldes similares a de uma norma legislativa. Já a força gravitacional do precedente corresponde ao fornecimento de padrões que exerçam influência nas decisões posteriores, uma vez que “contribuem na formulação de regras novas e controvertidas de uma maneira distinta do que no caso da interpretação”⁶⁶. Diante disso, Dworkin entende por equivocada a noção de que o precedente seja concebido a partir de sua força de promulgação, ou seja, que sua aplicação seja feita nos moldes de uma norma legislativa que se impõe pelo simples fato de ter sido emanada por autoridade, eis que, para ele, a força de aplicação do precedente depende da ocorrência de outros fatores que aumentam ou diminuem sua influência sobre o caso a ser julgado.

A partir dessa breve exposição sobre a concepção da utilização dos precedentes de Dworkin se verifica que ela diverge muito das ideias de Kelsen, eis que, como já exposto, este entende o precedente como uma norma geral e abstrata extraída a partir de uma generalização da norma de julgamento utilizada.

Outro importante jurista que empreendeu seu trabalho para superar o positivismo é Robert Alexy. O autor elabora sua teoria da argumentação jurídica⁶⁷, passando a

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *Ibidem.* p. 175.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

analisar os direitos fundamentais⁶⁸ e estabelecer uma teoria discursiva do Direito⁶⁹, especialmente do Direito Constitucional⁷⁰. Muito embora Alexy tenha como ponto de partida de seu pensamento as lições de Dworkin, ambos divergem em pontos significativos, tais como o conceito de princípio, que para Alexy é um mandado de otimização que prescreve um valor a ser realizado sempre que for fática e juridicamente possível e além disso, Dworkin entende o Direito a partir de uma dimensão deontológica, ao passo que Alexy de uma dimensão axiológica.

Também fundamental acerca do pensamento de Alexy é a diferenciação que o autor faz entre princípios e regras a partir de um arranjo lógico. Segundo ele, as regras possuem estrutura fechada que contém a descrição de um fato e uma consequência a ele atribuída. Já os princípios, que detém estrutura aberta, precisam de ser concretizados para que possam ser aplicados e tal concretização é feita mediante sua transformação em regras, que demanda a ponderação entre princípios. Para evitar a tendência ao voluntarismo e controlar essa ponderação, Alexy elabora um conceito de proporcionalidade, que o subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Após maior desenvolvimento de suas teorias, o autor refinou seu método de ponderação lançando mão de cálculos infinitesimais para estruturar a fórmula do peso, como instrumento último para o seu controle racional.

Se torna evidente que tanto Dworkin quanto Alexy dispensam bastante atenção na questão da discricionariedade do intérprete do Direito, não ignorando-a tal como os exegetas; também não se conformam com a trágica e supostamente inevitável maleabilidade da linguagem pela qual se perfaz o Direito como fizeram os normativistas; bem como não se contentam com uma dimensão estritamente pragmática como os realistas. Em combate a tais posturas, ambos se esforçam para controlar a discricionariedade racionalmente e restringi-la apenas aos casos difíceis, reconhecendo o papel da jurisdição no fornecimento experiências reais que possibilitam o cotejo das circunstâncias fáticas presentes nos casos, bem como argumentações já testadas para resolver princípios em conflito.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Diante de todo o caminho teórico percorrido pelos teóricos mais modernos do direito, em especial Dworkin e Alexy, cujas ideias foram aqui pinceladas, não se pode mais admitir a concepção exegética de que a decisão judicial seja simplesmente a enunciação de algo prefixado em lei, bem como não se pode crer na fatalidade normativista que concebe a decisão como um ato de vontade que completa, mediante a emissão de normas individuais e concretas, a produção normativa. Numa visão atual do Direito, a decisão judicial deve ser concebida como uma solução argumentativa para o caso concreto que se baseia em aspectos fáticos, normativos e axiológicos e que contribui para a percepção pública a respeito do Direito legislado, tudo dentro de um jogo hermenêutico próprio. A serventia dessa decisão para casos futuros é a de fornecer exemplo de uma experiência real com potencial para orientar a concretização futura dos princípios em outras decisões.

Ambos os autores, Dworkin e Alexy, concebem o sopesamento exposto apenas para os casos mais complexos e não para uso cotidiano do magistrado em casos singelos para os quais o Direito legislado já exprime solução possível de ser obtida pela subsunção. O escopo dos autores é combater a discricionariedade judicial em relação às regras legislativas nas ocasiões em que estas apresentam maior dificuldade de aplicação e jamais facilitar qualquer espécie de voluntarismo.

Paradoxalmente, a maneira com a qual o Estado constitucional e o novo constitucionalismo foram recepcionados no Brasil levou a consequências opostas à razão de ser do novo paradigma. Tal recepção no Brasil, diferentemente de outros países que inseriram os novos conceitos pelas cortes constitucionais, se deu por esforços doutrinários, o que acabou por culminar num confuso sincretismo metodológico, que, não só não reduziu a discricionariedade, mas equipou o Judiciário com ferramentas que potencializam o decisionismo.

No Brasil, a partir da concepção de distinção entre regras e princípios, se arraigou fortemente no imaginário dos juristas a ideia de constante necessidade de ponderação dos princípios. Além disso, a força normativa da Constituição assegurou a incidência dos princípios jurídicos, em especial daqueles que versam sobre direitos fundamentais, transpondo os casos difíceis, fazendo-os instrumentos corriqueiros. A

situação se torna mais preocupante quando se ignora a estrutura lógica da norma como critério classificador em regra ou princípio e se passa a recorrer a um nominalismo. Assim, o simples fato de se nomear uma norma como princípio já lhe ensejaria um tratamento de princípio, independentemente de sua estrutura lógica ser diversa.

Esse cenário narrado serviu para fornecer embasamento teórico para a viabilização do ativismo judicial, aparentando haver autorização do uso da interpretação constitucional como ferramenta para se interferir excessivamente em políticas públicas e até substituir deliberações legislativas por entendimentos exclusivamente judiciais. O desconhecimento da essência desses instrumentos levou a errônea ideia de que inexistiria controle racional para manejo da ponderação, o que culminou numa enorme discricionariedade, ainda em casos em que normas legislativas expunham de forma clara a conduta devida.

Muito embora a doutrina brasileira a que se refere indique que seu neoconstitucionalismo tenha como marco teórico o pós-positivismo⁷¹, nele há uma marcante característica do positivismo normativista: a discricionariedade. De acordo com Lenio Streck, tal inconsistência é causada por uma má importação da teoria da ponderação de Alexy, da jurisprudência dos valores e do ativismo norte-americano. Nesse sentido, afirma Streck:

Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabaram por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional de efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como: *neoprocessualismo* e *neopositivismo*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual)⁷².

⁷¹ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, 09-10/2005. p. 13-54.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.* p. 67.

Esse cenário teórico do Brasil desemboca em indesejada incerteza jurídica, causada por um protagonismo judicial ausente de controle racional. Tal situação é agravada pela crise que assola o Legislativo, não apenas em relação à legitimidade, mas, sobretudo, pelo uso da corriqueira prática politqueira brasileira de o Executivo cooptar o Legislativo, manipulando-o em troca de postos ministeriais. Assim, a estagnação das instituições políticas, somada a maior presença do Executivo na vida social, tem como consequência a desembocadura das demandas sociais no seio do Judiciário, tal como exposto por Hirschl. O Judiciário, por sua vez, acometido pela mixagem teórica narrada, só faz aumentar a incerteza do Direito ante a população.

O fato é que os valores da certeza e previsibilidade ainda permanecem muito caros ao mercado econômico e à sociedade de um modo geral. Com o Judiciário ascendido à posição de destaque na conformação política da atualidade, é natural que tais valores sejam perquiridos na atividade jurisdicional. É com esse escopo que tem se defendido cada vez mais a atribuição de novo papel aos precedentes no Brasil. Entretanto, o que se tem visto são as velhas aspirações exegéticas expressadas com roupagem nova, havendo a substituição do fetichismo legal por um fetichismo dos precedentes, que são alçados à categoria de supremos garantidores da certeza e previsibilidade jurídica, espaço ocupado pela lei do Estado Legislativo.

O que se observa nessa onda de valorização dos precedentes é que, provavelmente por influência da inconsistência teórica do chamado neoconstitucionalismo brasileiro, a doutrina e os órgãos judiciários não se ocuparam em desenvolver novas concepções de certeza e previsibilidade, mas tão somente repaginaram a visão exegética do século XIX com a substituição da lei pelo precedente. Sobre esse ponto, Luiz Guilherme Marinoni, expoente teórico acerca dos precedentes brasileiros, defende a obrigatoriedade dos precedentes, independentemente do conteúdo da decisão ou da existência de previsão normativa para tal, concebendo-os como normas gerais mais seguras que a lei:

O precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes diz o modo como devem se comportar e lhes dá previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma

geral que, além disso, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa⁷³.

Verifica-se nesse pensamento de Marinoni a mescla de uma credulidade típica do positivismo exegético, tomando-se o precedente pela lei, com uma postura cética relativa às leis típica do realismo estadunidense das décadas de 1920 e 1930. Ao analisar a corrente doutrinária defensora da vinculação aos precedentes mediante critérios preponderantemente formais, se verifica que não há nenhum aspecto teórico novo, que se arrime no atual estágio da teoria do Direito e tente sobrepor os desafios do Direito já apontados pelo positivismo normativista. Trata-se, dessa forma, de um contrassenso apontar o novo constitucionalismo como causa para a nova função dos precedentes quando, a bem da verdade, tal prática se funda em concepções teóricas do século XIX.

Diante do exposto, se nota que, sob uma pretensa bandeira pós-positivista e neoconstitucionalista, a doutrina do precedente que está a se desenvolver no Brasil se fundamenta em bases exegética e realista. Assim, em vez de se buscar formas de combater a discricionariedade judicial, que é a principal missão do pós-positivismo, adota-se precedentes como normas obrigatórias que visam a reaver as ilusórias e inalcançáveis certeza e previsibilidade.

É certo os pronunciamentos judiciais no constitucionalismo contemporâneo têm sua importância e devem ser valorizados. Não se pretende negar-lhes utilidade. Entretanto, não se pode admitir a adoção de uma doutrina que reedita concepções antigas e de outras culturas, com a promessa de ser a panaceia para todos os males jurídicos, mas que nada efetivamente novo é capaz de trazer.

1.2.2 Razões de ordem político-institucionais

A evolução ao Estado Constitucional leva a uma série de alterações na estrutura e funcionamento das instituições, notadamente a valorização da atividade jurisdicional no Estado de Direito. Ocorre que, a atribuição de um novo papel à magistratura, com destaque ao empoderamento do juiz de primeiro grau, que por sua proximidade com

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 74.

a realidade das causas tende a agir mais ativamente, levou a uma subversão da estrutura do Judiciário brasileiro, culminando numa crise interna.

O ordenamento jurídico brasileiro historicamente adota o controle difuso de constitucionalidade, de acordo com o qual não se prevê poderes diferenciados ou graduados entre magistrados. Dessa forma, tanto um jovem juiz responsável por uma comarca do interior do país, quanto um ministro do Supremo Tribunal Federal, detém, a princípio, os mesmos poderes de revisão, controle e interpretação dos atos diante de um caso concreto. Como os magistrados de primeira instância possuem contato direto com os jurisdicionados e a representação dos fatos viabilizada pelas provas a ele discursivamente trazidas, estes apresentam maior aptidão para, na perspectiva neoconstitucional, procederem a uma ponderação mais precisa. Essa conclusão de que o Direito seja melhor determinado pela base da hierarquia do Judiciário leva ao rompimento da ordenação vertical que a estrutura judiciária brasileira tradicionalmente preservava.

Como forma de contornar essa revolução, pretende-se impor obrigatoriedade aos precedentes dos tribunais superiores, graduando entre os escalões judiciais os poderes prescritos pelo constitucionalismo contemporâneo e conferindo aos órgãos mais elevados a posição de protagonista nesse novo papel do Judiciário. Assim, o funcionamento típico de uma estrutura rigidamente hierarquizada fica assegurado mediante o controle da base pelo ápice da pirâmide judiciária. É no mesmo intuito que se propõe a alcunhada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, conferindo absoluto privilégio às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no seio de um instrumento processual em que é coparticipante junto às demais instâncias do Judiciário.

Ao mesmo tempo que os tribunais superiores pretendem impor suas decisões como obrigatórias às instâncias mais baixas, não apresentam a mesma disposição tão rígida a se vincularem às próprias decisões, às normas legislativas, ao costume e à doutrina. Assim, na voracidade de imposição de uma vinculação vertical a partir de um controle rígido da discricionariedade judiciária de cima para baixo, na prática, se relega menor importância à redução da discricionariedade dos escalões superiores.

Dessa forma, o ápice da pirâmide composto pelos tribunais superiores concebe sua atividade a partir de duas perspectivas: i) sob o prisma do positivismo normativista, utilizando-se da liberdade de escolha inevitável diante das regras; ou ii) pela visão teórica do neoconstitucionalismo brasileiro, conferindo ao julgador amplos poderes de ponderação, interpretação e controle sobre os enunciados legislativos e constitucionais. Como os tribunais superiores não se sentem constrangidos a respeitarem seus próprios precedentes (vinculação vertical), são corriqueiros julgamentos que deixam de aplicar as súmulas do próprio tribunal. Paradoxalmente, se utilizam amplamente dessas mesmas súmulas, por vezes ignoradas, para dispensar julgamentos colegiados e barrar recursos.

Todavia, a visão dos tribunais superiores acerca dos juízes e tribunais das instâncias mais baixas é de que estes lhe devem rígida deferência exegética. O que tem sido proposto é que exarada a decisão do tribunal superior, essa se torne precedente vinculante em relação às decisões dos tribunais inferiores, que ficam obrigados a meramente reproduzir as prescrições lá determinadas. Há, portanto uma vinculação que se limita ao aspecto formal, sem levar em consideração o conteúdo da decisão, de maneira que pouco importa se ela é bem ou mal fundamentada, justa ou injusta, coerente ou não com outras fontes jurídicas. Os precedentes assim concebidos, da mesma forma que se tomou a norma legislativa oitocentista, são vistos como prescrições plenas de significado a que não se pode fazer acréscimo ou subtração. Em suma, verifica-se que o precedente vinculante passa a fazer as vezes da norma legislativa, o que em caso de descumprimento dá ensejo à reclamação, que, por sua vez, substitui o vetusto mecanismo de consulta ao legislador. Mecanismos esses tidos como forma de se acessar a interpretação autêntica e adequada do sentido da prescrição seja da lei ou do precedente.

Conforme exposto, ao mesmo tempo em que os tribunais superiores pretendem impor suas decisões às instâncias inferiores, também atuam de forma livre e conforme sua consciência. Lopes Filho⁷⁴ seleciona três manifestações dos tribunais superiores que muito bem demonstram a forma de atuação desses órgãos judiciais. A primeira delas é uma declaração do ministro Cezar Peluso, presidente do Supremo Tribunal Federal

⁷⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 76-80.

à época, que em meio ao julgamento acerca dos poderes investigativos do Conselho Nacional de Justiça, afirmou que o tribunal não deve ceder às pressões sociais, mas sim tomar como padrão de julgamento a consciência dos seus integrantes. O excerto do discurso é o seguinte:

O papel dito antimajoritário ou contramajoritário, em especial, das cortes constitucionais, não significa apenas dever de tutelar direitos das minorias perante risco de opressão da maioria, mas também de enfrentar, não críticas ditadas pelo interesse público, mas pressões impróprias tendentes a constranger juízes e ministros a adotarem interpretações que lhes repugnam à consciência. O dissenso hermenêutico faz parte da discutibilidade das questões jurídicas, na vida republicana. Pressões, todavia, são manifestação de autoritarismo e desrespeito a convivência democrática⁷⁵.

Nesse movimento de prestígio da consciência como critério de julgamento, Lopes Filho também aponta o voto do ministro Paulo Brossard, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 534 sobre o plano Collor, responsável pelo bloqueio da poupança de milhões de brasileiros. O ministro expôs:

Por entender que se trata de uma questão que não poderá deixar de ser mencionada na história deste STF, refleti serenamente sobre o caso, como se estivesse longe dos homens e fora do tempo, como se estivesse a contemplar o mar imenso, em eterno movimento, e as montanhas coroadas de neve eternas em sua imobilidade milenar, e concluí que entre o discurso econômico, de duvidosa correção, e o discurso jurídico claramente enunciado na Constituição, não havia o que hesitar.

No primeiro excerto, ao se afirmar que não se deve ceder a pressões que “lhes repugnam à consciência”, se infere que o ministro Peluso entende que a consciência do julgador deve ser concebida como o critério definitivo para avaliar como devem ser julgadas as mais diversas causas que chegam ao Judiciário. No mesmo sentido, no segundo excerto é possível identificar o alheamento à realidade em prol de cogitações intelectuais íntimas, puras e isoladas, que o julgador atingiria na solitude mental proporcionada pela observação do mar e das montanhas, sem sequer cogitar a análise do Direito no contexto social, histórico e econômico do Brasil à época. O pensamento de ambos os trechos muito se aproxima do realismo jurídico de Cardozo, segundo o qual “a longo prazo, não há garantia de justiça, a não ser a personalidade do juiz”⁷⁶.

⁷⁵ PELUSO, Cezar. Discurso de abertura do ano judiciário de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/discurso-peluso-abertura-ano-judiciario.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2019.

⁷⁶ CARDOZO, Benjamin. *Op. cit.* p. 149.

A outra manifestação dos tribunais superiores apontada por Lopes Filho é o voto do ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, no AgReg em ERESP nº 279.889-AL. Tal decisão, à época, teve grande repercussão, levando a escrita de trabalhos acadêmicos e artigos de opinião. Ainda atualmente gera diversos debates quando trazida à tona pelas redes sociais. O trecho que mais chama atenção é o seguinte:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina e Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade.

Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

Muito embora, *a priori*, se pareça que a submissão à consciência seja algo bom, eis que impediria a sujeição a caprichos da personalidade humana, tal forma de conceber a atividade jurisdicional é perniciosa. Isso pois, se assim o for, permite-se que o magistrado desconsidere o histórico jurídico que permeia o caso e que seria o indicativo do ponto de desenvolvimento da matéria sob julgamento. Assim, estar-se-ia legitimando decisões que desintegram o Direito, ignorando-se totalmente que todo caso está integrado em uma tradição determinada pela cultura. Se trazido para a metáfora do romance em cadeia de Dworkin, o julgador nesses moldes seria sempre um escritor que recomeça a história e não desenvolvedor de sua continuidade e evolução. Por essa razão que Lenio Streck, em tom crítico, questiona: “onde ficam a tradição, a coerência e a integridade do direito? Cada decisão parte (ou estabelece) um grau zero de sentido?”⁷⁷.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27.

Classifica-se tal conduta no trabalho jurisdicional como solipsista, vez que estabelece um método filosófico de acesso ao conhecimento das coisas por meio da perspectiva individual do sujeito cognoscente, a partir de sua introspecção interna, não necessariamente atrelada à realidade. Como consequência, a interpretação jurídica se torna vulnerável à bruscas modificações, que tomam novos rumos ao sabor da consciência do juiz e de sua maneira própria de apreender o Direito, os fatos e as demandas sociais. Como já exposto, tratam-se de concepções filosóficas já enfrentadas e superadas no século XX.

Outro ponto preocupante da decisão e que demanda atenção mais detida caso se proponha efetivamente a imposição da vinculação aos precedentes dos tribunais superiores é a mentalidade de desprestígio da doutrina. Como bem observa Lopes Filho⁷⁸, nos ordenamentos jurídicos de tradição anglo-saxã, nos quais se encontra estabelecida a *stare decisis*, que pretensamente inspiraria o modelo de precedentes brasileiro, a doutrina desempenha papel fundamental na coerência do Direito a partir da análise dos precedentes. Assim, para a *stare decisis* o que pensa a doutrina sobre a adequada conformação dos precedentes influencia nas decisões judiciais.

Um outro ponto que pode ser analisado a partir da conduta dos ministros dos tribunais superiores é a execração dos magistrados que não decidem em rígida deferência aos precedentes desses tribunais.

Passa-se a analisar alguns aspectos que permeiam o julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, que culminou no reconhecimento da união homoafetiva. Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal, inegavelmente, em sua fundamentação transpôs a literalidade dos enunciados constitucionais e legais, lançando mão de um raciocínio típico da jurisprudência dos valores. Fatos que levaram à acusação de que houve um excesso de ativismo judicial por parte do Supremo, pois o Legislativo, há muito, discutia o assunto sem atingir um consenso e, numa decisão de um órgão judiciário se estabeleceu um novo e polêmico padrão de conduta. Estabelecimento esse, que não seria de competência do Judiciário, eis que este, diferentemente do parlamento, não é eleito democraticamente pela sociedade.

⁷⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 79.

Sem adentrar à valoração sobre o mérito da decisão, que viabilizada pela constitucionalização do Direito, respondeu aos anseios de grande parte da sociedade e foi robustamente fundamentada a partir de preceitos constitucionais, não se pode negar que se trata de decisão ativista.

Dias depois desse julgamento paradigmático, foi amplamente divulgado pela imprensa a notícia de que um juiz de piso, da comarca de Goiânia-GO, anulou o registro de uma união homoafetiva por considerá-la inconstitucional⁷⁹. Trata-se de nítido desacatamento, ou melhor: desafio, à decisão do STF. Nos ordenamentos que seguem a doutrina do *stare decisis*, esses desafios, naturais num modelo de vinculação às decisões, recebem um tratamento já sistematizado, que viabiliza a evolução do Direito naquela realidade jurídica. De igual maneira, no Brasil, os desafios tradicionalmente levam a evolução do Direito por meio da superação de entendimentos sedimentados em decisões em ADIs, que mesmo que dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, têm seus fundamentos reanalisados no bojo das reclamações constitucionais.

A decisão recalcitrante do magistrado de Goiás, no entanto, não foi recebida como um acontecimento natural do sistema, que deve ser eventualmente repreendido pelos mecanismos de insurgência previstos no ordenamento jurídico. Ela foi recebida como uma grave patologia e sofreu severa repreensão. Tanto que o ministro Luiz Fux asseverou que: "se ele [o juiz] foi contra ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, eu entendo isso como um atentado a decisão do Supremo, que é passível de cassação"⁸⁰, cujo instrumento processual para pleitear é a reclamação constitucional, que, de acordo com ele, pode gerar repercussão na trajetória funcional do magistrado, eis que "Sempre se encaminha aos órgãos disciplinares para que a autonomia [de um juiz] não prejudique o povo"⁸¹.

⁷⁹ Cf. O GLOBO. Juiz de Goiás que anulou união de casal gay nega ser homofóbico. 26 jun 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/06/juiz-de-goias-que-anulou-uniao-de-casal-gay-nega-ser-homofobico.html>. Acesso em: 14 mar 2019.

⁸⁰ CORREIO BRAZILIENSE. Para Fux, anulação de união homoafetiva por juiz de Goiás é atentado ao STF. 20 jun 2011. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2011/06/20/interna-brasil,257709/para-fux-anulacao-de-uniao-homoafetiva-por-juiz-de-goias-e-atentado-ao-stf.shtml>. Acesso em: 14 mar 2019.

⁸¹ *Idem*.

Não se pretende defender a atitude de um magistrado de piso que por suas próprias convicções ignore a decisão de um tribunal superior, o que, diante do exposto até aqui, se classifica como um solipsismo reprovável. Porém, deve-se observar que a repreensão à decisão do juiz de Goiás se deu à revelia de maiores questionamentos sobre os fundamentos que utilizou para decidir daquele modo, se havia ou não questões que diferenciavam aquele caso da situação discutida no bojo da ADI e da ADPF. Assim, o que ocorreu foi o tratamento da divergência sobre uma decisão inegavelmente ativista como um atentado ao STF, que impõe que a decisão atentatória seja cassada e o juiz punido funcionalmente.

Para além da situação narrada, é notável o comportamento dos tribunais superiores em impor às instâncias inferiores uma obediência hierárquica em relação aos seus pronunciamentos. No caso do Supremo Tribunal Federal, chegam a equiparar os comandos de suas decisões à força normativa da Constituição Federal. É nesse sentido o voto de Gilmar Mendes:

Impossibilidade de coexistência no sistema de decisão de tribunais inferiores contrários aos julgamentos do STF, porquanto considerou o excelso pretório que ofender suas decisões corresponde desconsiderar a força normativa da constituição de quem é intérprete autêntico e final⁸².

Parte da doutrina legitima esse pensamento em exaltação à função nomofilática dos tribunais supremos. É o caso de Marinoni que, afirmando-se neoconstitucionalista, reduz a importância das instâncias mais baixas do Judiciário, eis que entende que “em termos de eficácia do sistema e do Poder, não importa se o juiz inferior concorda com a decisão juiz superior - é apenas essa que vale e produz efeitos”⁸³. Na mesma linha, prossegue afirmando que esses tribunais têm a função de uniformizar a jurisprudência no território nacional, chegando a afirmar – no excerto trata especificamente acerca do Superior Tribunal de Justiça, mas a ideia se aplica a todos os tribunais que classifica como de vértice – que “não há racionalidade na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional

⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE-ED 227.001/DF. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 18 set. 07. DJ de 05 out 07.

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 152.

incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal”⁸⁴.

Em outra passagem, Marinoni expõe que decisões em sentidos divergentes entre uma instância hierarquicamente superior e outra inferior não pode ser tratada como mera divergência, mas como desrespeito à autoridade do tribunal. Assim afirma:

Bem vistas as coisas, divergência jurisprudencial apenas pode existir entre tribunais de igual estatura, e não entre um tribunal ordinário e aquele a quem incumbe unificar a interpretação da lei federal, zelando pela unidade do direito federal no país. Um Tribunal de Justiça ou Regional Federal não diverge do Superior Tribunal de Justiça, mas desrespeita a autoridade de suas decisões⁸⁵.

Do pensamento do autor se infere que o trabalho do magistrado da primeira instância em nada contribui para a construção e evolução do Direito, eis que, para ele, apenas a decisão dos tribunais de vértice é que tem valor. Valor esse tão superior, que uma vez que se discorde de suas razões, estar-se-á cometendo um ato irracional e desrespeitoso.

Como se vê, a noção de estrutura hierárquica do Judiciário é fundamental para sustentar as ideias de Marinoni. Dessa forma, interessante se faz analisar como os tribunais podem se estruturar e quais são as implicações dessa estrutura na atividade jurisdicional. Nesse ponto, Mirjan Damaška⁸⁶ aponta que há duas formas mais comuns entre os ordenamentos ao redor do mundo para organizar o Judiciário: uma piramidal e hierarquizada e outra paritária.

A estrutura piramidal hierárquica, em que se classifica o Brasil, foi idealizada na era napoleônica e prevê estrutura similar à militar, em que se escalona os magistrados em diversos níveis, devendo os superiores controlarem o trabalho dos inferiores. Tal controle se dá de forma vertical rígida, e para viabilizá-lo se previu a necessidade de documentar todos os atos e provas em autos, que são divididos em diversas fases, tudo para que a causa seja levada ao conhecimento das instâncias superiores. Como

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 113.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 356.

⁸⁶ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

o controle da atividade por um superior é característica marcante dessa conformação, normalmente ele vem acompanhado da previsão de uma grande quantidade de recursos para viabilizar a ascensão das causas, o que acaba, na prática, tornando as decisões de primeiro grau, muitas vezes, pronunciamentos provisórios. Dessa forma, a existência de uma grande quantidade de recursos cabíveis em face das decisões das instâncias inferiores é uma característica típica da estrutura piramidal hierárquica.

Essa característica, por via de consequência, leva a um abarrotamento das instâncias superiores, que, como a própria imagem de uma pirâmide denota, tem estrutura menor que a base, constituída de numerosos magistrados. Há duas maneiras de impedir esse estrangulamento do ápice da pirâmide: a redução da base, o que levaria a uma obstrução indesejada do acesso à justiça; e a seleção rígida dos recursos aptos a subirem. Normalmente a segunda é a opção adotada, e a colocam em prática não pela redução das espécies recursais ou causas de cabimento, mas por meio da criação de filtros de seleção dos recursos a serem admitidos. Dessa forma, seleciona-se assuntos que tenham maior facilidade em serem verificados por um órgão distante dos fatos e das partes, assim a instância superior conhecerá apenas parte da realidade que - com a defasagem natural e inevitável - for reduzida a termo e trazida aos autos do processo.

Nesse sentido, aponta-se a repercussão geral em recurso extraordinário e a súmula impeditiva de recurso como filtros de recursos a que se refere Damaška. Além de reduzirem sobremaneira a quantidade de recursos admitidos pelos tribunais superiores, são instrumentos que permitem a esses tribunais proferirem decisões segundo os aspectos gerais que lhes são possíveis.

Assim, para que dinâmica recursal dessa estrutura judiciária funcione bem, só poderá subir ao ápice da pirâmide questões gerais e de ampla repercussão, que possam ser julgadas com base em cogitações de igual ordem. Dessa forma, viabiliza-se que os órgãos de cúpula tipifiquem as questões, que deverão ser consideradas pelas instâncias inferiores, sem prejuízo daquilo que lhes é próprio: analisar as particularidades do caso.

É importante ressaltar a questão da análise das particularidades do caso pelas instâncias inferiores porque é prática corriqueira nos judiciários piramidais hierarquizados que os juízes do baixo escalão, de forma espontânea, tentem adequar o caso que estão julgando a um padrão decisório expedido pelo tribunal que revisará seu trabalho. Muitas vezes eles chegam a forçar, desconsiderando as particularidades do caso sob julgamento, para que ele se encaixe nesse padrão.

Essa coação do caso ao padrão do precedente no contexto brasileiro é detidamente analisada por Mauricio Ramires⁸⁷. O autor classifica-as em quatro categorias de comportamentos patológicos: i) abstração do precedente, viabilizando sua aplicação a situação posterior essencialmente diversa daquela decidida; ii) utilização de um precedente como fundamento determinante (razão de decidir) sem justificar a não opção por outro do mesmo ou de outro tribunal, mesmo superior, em sentido contrário; iii) variação do entendimento de magistrados de graus inferiores com a simples e constante oscilação do entendimento dos tribunais superiores, sem qualquer justificção adicional para essa mudança; iv) hiperintegração do sistema jurídico, consistente no ato de desconsiderar as especificidades de um caso posterior para permitir a aplicação de um precedente que não leva em consideração tais elementos.

O comportamento fisiológico perante os precedentes é o de seguir a determinação contida na decisão do tribunal superior apenas quando a causa envolver aquilo que é próprio desses julgamentos, ou seja, questões gerais e padronizadas. Caso haja especificidade no caso posterior sob julgamento, os precedentes devem ser levados em consideração, mas sem constranger a decisão, nem impedir a análise das minúcias, tampouco devem ser tornados como único fundamento de decisão. As condutas apontadas como patológicas empobrecem artificialmente o círculo hermenêutico.

Caso as especificidades das causas que compõem o círculo hermenêutico sejam paulatinamente desconsideradas para que se force o enquadramento num precedente enunciado em termos generalizantes e caso tais precedentes sejam considerados obrigatórios, independentemente de qualquer avaliação própria das instâncias iniciais,

⁸⁷ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

certamente se estará instituindo um funcionamento patológico da estrutura piramidal e hierarquizada do Judiciário. Encarar a divergência vertical como ofensa à função constitucional do superior, tal como pretende Marinoni, é reforçar o estabelecimento desse funcionamento patológico. Isso porque as instâncias inferiores, para não serem infratoras, tenderão a não desafiar precedentes ou súmulas superiores ante às especificidades do caso, até porque, realizar a distinção (*distinguishing*) acarreta o risco de punição funcional se em sede de reclamação ela não seja ratificada pelo tribunal.

A respeito do risco de punição em razão do desafio a um precedente, é interessante observar que, não obstante Damaška aponte que nos judiciários hierárquicos e piramidais a magistratura seja profissionalizada e de carreira, não há o controle da carreira das instâncias inferiores pelas instâncias superiores, o que se denota no Brasil. A esse respeito, José de Albuquerque Rocha⁸⁸ diagnostica que, no Brasil, os mesmos membros do tribunal que julgam os recursos contra as decisões do juiz da instância inferior, ou seja, aqueles que controlam a atividade do juiz, são os mesmos que controlam a sua vida funcional, havendo assim, uma subordinação dúplice. Tal fato incentiva a deferência aos precedentes a qualquer custo, já que para progredir na carreira, o juiz não deve desafiar as decisões dos tribunais.

A referida subordinação dúplice da instância inferior à superior foi institucionalizada pelo Conselho Nacional de Justiça pela Resolução n. 106/10. O art. 5º, “e”, elenca como critério de avaliação das decisões “o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores”, incentivando um alinhamento dos julgamentos e impondo um dever de deferência das instâncias inferiores. Além desse artigo, merece destaque a prescrição do parágrafo único do art. 10 da resolução:

A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui dado a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial.

De acordo com esse dispositivo, deve ser valorizado o magistrado que, mesmo acreditando que o entendimento do tribunal superior não é adequado a causa, aplica-

⁸⁸ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

o e se limita a registrar, mediante ressalva, o seu inconformismo. Paradoxalmente, enquanto os tribunais superiores entendem que sua consciência é o mais acurado critério decisório, restringem a consciência dos magistrados das instâncias inferiores a uma mera ressalva. Na lógica do Judiciário brasileiro, bom é o juiz resignado que, ainda que discorde, prestigia o posicionamento sumulado pelo tribunal superior.

Como alternativa à estrutura hierárquica e piramidal, há o Judiciário de estrutura paritária que, segundo Damaška, é a classificação típica dos judiciários dos países da tradição anglo-saxônica. Nessa estrutura, também há tribunais de revisão recursal, porém, estes não possuem a superioridade hierárquica, típica dos países de tradição continental. Também segundo esse arquétipo estrutural, as instâncias superiores não controlam a carreira das inferiores. Além disso, em algumas matérias é verificada a presença de júris, que são grupos de leigos temporariamente investidos na função de julgadores. Estes, naturalmente, se valem de critérios de justiça substancial. Portanto, nessa estrutura em que há a presença de julgadores leigos e que inexistente rígida hierarquização, não há nenhuma espécie de coação ou imposição de alinhamento das decisões, mas sim formas de desagregação espontânea. Nesse contexto, a doutrina do *stare decisis* se torna um instrumento para garantir uma certa uniformização, mas sem uma obrigação jurídica absoluta imposta por lei, até porque, como afirma Daniel Henry Chamberlain, “não é possível exprimir com uma precisão matemática qualquer regra relativa à autoridade dos precedentes”⁸⁹.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a tentativa de instituição da vinculação aos precedentes dos tribunais superiores no Brasil tem como um de seus escopos a preservação da estrutura hierarquizada do Judiciário, bem como do controle da atividade da base da pirâmide pelo ápice. No entanto, como visto, da forma com a qual se propõe atingir esse objetivo, qual seja, mediante prescrição legal de obrigatoriedade de alinhamento de decisões sob pena de reclamação direta ao tribunal e eventual sanção funcional, se institucionaliza o funcionamento patológico desse tipo de estrutura.

⁸⁹ CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its extent*. New York: Baker, Voorhis & Co, Publishers, 1885. p. 6.

1.2.3 Razões de ordem prática

O desenvolvimento tecnológico e sua maior difusão têm impactos em praticamente todas as esferas da vida na atualidade. Na atividade jurisdicional não é diferente. A maior facilidade de acesso às decisões judiciais, seja por meio de repositórios e informativos oficiais impressos e digitais quanto pelas páginas eletrônicas dos tribunais e as ferramentas de busca disponibilizadas, sem margem a dúvidas contribui para o aumento da importância dos precedentes judiciais. Esse fácil acesso às decisões anteriores dos tribunais viabilizou uma “economia hermenêutica” pois são utilizados como justificações preestabelecidas e pré-aprovadas para julgamentos judiciais ou teses da doutrina e da advocacia.

No Brasil, a publicização das decisões é obrigatória, fator que em muito influenciou a criação seções para disponibilização das decisões dos tribunais em suas páginas eletrônicas. Atualmente, no país, todos os tribunais disponibilizam, em seus portais eletrônicos, seus precedentes, que são encontráveis a partir de ferramentas de buscas que adotam critérios diversos para facilitar uma busca mais precisa. Dentre eles os mais comuns são: pesquisa por palavra-chave, pelo número do tema, por período de tempo, por classe e número do processo, por relator, e por ramo do Direito.

Em um passado recente, a publicização das decisões de forma sistematizada era realizada apenas por caras publicações privadas, instituídas como repositórios oficiais. Por se tratar de documento físico, não se tinha a facilidade de acionar comandos que automaticamente listam elementos de possível relevância tal como se tem hoje com as buscas eletrônicas. A pesquisa se dava a partir da análise de cada volume físico da publicação. Tendo a veiculação em papel como única possibilidade e sem a utilização das ferramentas digitais que hoje facilitam o trabalho de sistematização, os custos para a prestação desse serviço eram altos, o que levava a que apenas órgãos públicos, tribunais, universidades e grandes escritórios dispusessem de condições financeiras e de espaço para tê-los.

Como visto, a realidade da difusão das decisões dos tribunais no passado era muito mais dificultosa do que o cenário da atualidade. As ferramentas eletrônicas e a internet aproximaram em muito os precedentes dos operadores do Direito, o que

consequentemente aumentou sua importância. Tanto é assim que, atualmente, o trabalho – tanto das partes quanto do juízo – se inicia na análise da legislação acerca do tema e se complementa com a pesquisa por entendimentos em decisões anteriores nas ferramentas de busca dos sites de tribunais.

Ao redor do mundo, a mesma situação se verifica. De acordo com Neil Duxbury⁹⁰, o precedente judicial na Inglaterra se incrementou e passou a ser realmente considerável apenas a partir do século XVI, em que se tornaram obrigatórias a fundamentação escrita das decisões e a publicação destas. Isso pois, só assim se tornou viável às partes e ao juízo o aproveitamento da fundamentação de decisões passadas, evitando todo o desenvolvimento de motivação desde o zero a cada novo julgamento. Lá, da mesma forma que no Brasil e em outros países, o desenvolvimento de meios de documentação e catalogação das decisões acompanhou o aumento da importância de sua utilização.

Atualmente, na França, esse movimento de facilitação do acesso às decisões dos tribunais mediante ferramentas eletrônicas tem gerado o uso de tais decisões de maneira meramente reprodutiva e vazia, o que tem sido uma grande preocupação da doutrina. Sobre essa situação, Michel Troper e Christophe Grzegorzczuk alertam:

O uso dos precedentes é, por vezes, criticado. Alguns doutrinadores franceses temem que essa tendência de imitação dos exemplos das instâncias superiores possa até, se exagerada, ser perigosa, se ela levar à uma simplória mecânica da solução para todos os casos com maior ou menor similaridade. O perigo se deve não apenas ao fato de que as instâncias inferiores tendem a mimetizar as cortes superiores, mas também devido propriamente aos hábitos de trabalho da Corte de Cassação. A primeira tarefa do ministro relator, segundo Saluden: “é buscar por precedentes. Os *conseillers référendaires* também trabalham com arquivos, assim igualmente buscam por precedentes... É provável que a generalização da computação de dados encoraje esses hábitos... A regulação governamental (decret n. 84-134 du 20 février 1984) até prescreve que o serviço de documentação analise e armazene dados acerca dos argumentos dos recursos propostos pelas partes, para reunir casos em depósitos... é fácil imaginar quais consequências essa sistemática pode gerar. Pode até se dizer que a adjudicação pode se degenerar à administração (SALUDEN, 1985, p. 193)⁹¹.

⁹⁰ DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 33-34.

⁹¹ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In MACCORMICK, D. Neil.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents*. Great Britain: Aushgate Publishing Limited, 1997. p. 103-140.

Conforme exposto, conhecer e utilizar as decisões passadas acarreta numa economia argumentativa, o que tem suas vantagens, mas também consequências negativas. Como o acesso às decisões nas buscas se dá mediante as ementas dos julgados e o inteiro teor da decisão normalmente é de acesso mais complexo, é comum que a análise da decisão se limite à parcialidade de sua ementa, gerando um comportamento patológico na utilização de precedentes. Isso pois, tende-se a, sob o prisma da difusa concepção do precedente como norma aplicada por silogismo, considerar a ementa como a *ratio decidendi* (elemento vinculante do precedente), que leva a um empobrecimento argumentativo, que em nada se assemelha à *stare decisis*.

A patologia exposta tem se instaurado do Brasil, onde a aplicação de precedentes tem sido fortalecida pela utilização indiscriminada das ementas. Como no imaginário jurídico nacional ainda é bem arraigado o modelo subjuntivo de aplicação do Direito, no qual se toma os fatos do caso como premissa menor a ser subsumida a premissa maior consistente numa prescrição geral e abstrata abarcadora da premissa menor, é comum se tomar a ementa do precedente como substituto do enunciado legislativo no espaço da premissa maior sem perquirir as particularidades que efetivamente envolviam o caso julgado.

Lopes Filho⁹² aponta como exemplo do empobrecimento argumentativo exagerado que ocorre no Brasil a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a divisão de atribuições fiscalizatórias entre os Conselhos Regionais de Farmácia e a Vigilância Sanitária. Em abril de 2010, o STJ em seu acórdão no bojo do AgRg no REsp 995.800/SP reiterou o entendimento sobre o poder fiscalizatório do Conselho sobre a verificação da presença de farmacêutico em farmácias e drogarias a partir de fundamentação que se limita a trazer uma série de ementas de julgados anteriores que expõem o entendimento do Tribunal. Se analisados os inteiros teores dos acórdãos relativos às ementas citadas, verifica-se que eles também limitaram suas fundamentações à citação de outras ementas anteriores. Continuada a análise acerca dos acórdãos dessas outras ementas citadas, verifica-se também que essa prática de mera citação se deu ao longo dos oito anos anteriores, até que finalmente se

⁹² LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 90-91

encontra o primeiro julgamento do STJ (RESP 274.415/SP julgado em 2002) em que houve efetiva fundamentação sobre o tema com base no Direito legislado.

Nesse sentido, se mostra paradoxal a atitude do STJ em fundamentar suas decisões com a mera citação não argumentativa de ementas de decisões anteriores, eis que este mesmo tribunal quando da apreciação dos recursos especiais com fundamento no art. 105, III, "c" da Constituição Federal, nega a admissão de recursos que meramente citem ementas e deixem de fazer o necessário cotejo analítico entre julgados hábil a demonstrar a similaridade de casos e a distinção de conclusões⁹³.

Diante do exposto, se verifica que a facilidade de acesso a decisões judiciais passadas, que são prontamente acessadas por meio de suas ementas, impacta no aumento de sua utilização no dia a dia forense, porém, tal utilização se opera muitas vezes de forma patológica e não fisiológica.

1.2.4 Razões de ordem legislativa

O Código de Processo Civil de 2015 inseriu, no ordenamento jurídico brasileiro, regramento acerca de precedentes e jurisprudência. O regramento legislativo sobre assunto é algo inédito não apenas no Direito nacional, mas também nunca visto nos países de *common law*, eis que lá a doutrina do precedente (*stare decisis*) se desenvolveu gradativamente pelos magistrados e pela doutrina, sem que houvesse interferência legislativa. Porém, diante do apego normativo nacional, entendeu-se por bem regram a utilização dos precedentes e da jurisprudência a partir do texto legal.

As razões gerais até aqui apontadas são as que justificam esse movimento de valorização da atividade jurisdicional no Direito brasileiro, a razão específica que se começa a tratar, o advento do Código de Processo Civil de 2015, muito embora seja

⁹³ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARINHA. TAXA DE OCUPAÇÃO. REAJUSTE. NOVA AVALIAÇÃO DO VALOR DO DOMÍNIO PLENO. PRÉVIA INTIMAÇÃO DO OCUPANTE. DESNECESSIDADE. 1. Com relação à divergência pretoriana acerca da necessidade de citação pessoal, ressalte-se que a mera transcrição de ementas, sem a realização do necessário cotejo analítico, não é suficiente para comprovação do dissídio porque não demonstra a similitude fático-jurídica entre as decisões confrontadas, o que obsta o conhecimento do recurso pela alínea "c". [...] (REsp 1152269/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2010).

razão para a instituição da observância aos precedentes, é também consequência das razões gerais antes abordadas. Isso pois, como afirma Thomas da Rosa de Bustamante, as regras de direito positivo são incapazes de, por si só, assegurar inteiramente o papel que os precedentes atualmente desempenham em uma ordem jurídica. Razões materiais, como as anteriormente abordadas, é que são efetivamente determinantes. Segundo o autor:

A razão desse apelo maciço e reiterado - em nível global - ao precedente judicial muitas vezes nada tem a ver com o conteúdo do direito positivo ou com qualquer norma jurídica expressa que estabeleça uma obrigação *stricto sensu* do se seguir os precedentes dos tribunais superiores. A existência de uma norma desse tipo deve ser considerada apenas "possível" em cada sistema particular⁹⁴.

Dessa forma, sem margem à dúvida, o advento do atual código de processo civil é uma razão específica para a valorização dos precedentes, até porque estabelece novas regras para o jogo processual, o que demanda que todos que dele pretendem se utilizar o conheçam e ajam nos termos ali expostos. Entretanto, muito embora essa razão específica seja a mais estudada, não se pode relegar a segundo plano as razões gerais abordadas, eis que a interpretação do texto legislativo deve se dar à luz de um contexto maior, que é abrangido por esses motivos de ordem teórica, político-institucional e prática, para então, melhor se compreender obstáculos a serem transpostos pela interpretação da nova legislação e os cuidados que devem ser tomados.

A partir da análise das razões de ordem teórica se verifica que a proposta de utilização de precedentes e jurisprudência para solucionar graves problemas da jurisdição, tais como eficiência processual, uniformização de julgados, racionalização do trabalho judiciário e previsibilidade jurídica, só se tornou viável diante do atual estágio de desenvolvimento teórico, que passou a conceber que a jurisdição também participa do processo de criação do Direito. A negação doutrinária de que o magistrado seja mera "boca da lei" ou arbitrário construtor de sentidos é fundamental para que se possa conferir maior valorização e analisar os precedentes a partir de suas características próprias e funções específicas, e não os conceber como fruto de um

⁹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 276.

silogismo lógico-dedutivo que meramente reflete um direito predeterminado pelo enunciado normativo.

Nesse sentido, deve-se sempre estar ciente da atual quadra do desenvolvimento teórico para que na aplicação da legislação atual não adote referenciais teóricos já ultrapassados, como o positivismo exegético ou normativista e o realismo norte-americano das décadas de 1920/1930, que não atendem às exigências do constitucionalismo contemporâneo. Assim, não se pode aceitar que uma instituição do modelo brasileiro de precedentes recorra a aspirações exegéticas, propondo a substituição da lei por decisões dos tribunais superiores, tampouco se renda ao ceticismo realista de que o Direito é aquilo que os tribunais superiores dizem que é, propondo-se a obediência acrítica das decisões superiores.

O novo código processual civil, da forma com a qual se apresenta, traz riscos a que se faça essa indesejada interpretação. A maior parte dos seus dispositivos acerca do tema, explicita o dever de observância de decisões pelo simples fato de serem advindas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou da Corte a qual o magistrado esteja funcionalmente ligado. O novo código quase não aborda o papel do conteúdo das decisões no estabelecimento dessa obrigatoriedade de observância. Tal tratamento legislativo pode levar à conclusão de que a análise da força vinculante de um precedente prescinde de elementos materiais, dependendo exclusivamente de critérios formais, tais como o órgão que proferiu a decisão ou o procedimento em que ela foi proferida. Entretanto, há uma série de aspectos materiais extremamente relevantes para a análise da força vinculante de um precedente, tais como fundamentação adequada, grau de acuidade e amplitude da solução das questões de fato e de direito submetidas em juízo, coerência com a doutrina e outras fontes jurídicas, integridade principiológica, existência ou não de desafios ao entendimento, contexto jurídico, histórico político e social. Muito embora a atual legislação processual não discorra sobre eles, tais aspectos materiais inevitavelmente devem incidir para uma adequada compreensão do precedente de acordo com o constitucionalismo contemporâneo.

A atenção quase que exclusiva ao aspecto formal do precedente, em especial de seu *status* superior decorrente exclusivamente de sua origem (*pedigree*) é fruto de um

ideário de controle hierárquico do ápice da pirâmide judiciária sob a base, conforme visto na análise das razões político-institucionais. Dessa forma, deve-se ter em mente que a justificativa para essa ênfase no aspecto formal advém desses motivos político-institucionais e não teóricos, eis que a ciência jurídica apresenta outras possibilidades de uniformização jurisprudencial que não o alinhamento hierárquico cego, que desconsidera qualquer análise do conteúdo material e hermenêutico da decisão.

Ao examinar o Código de Processo Civil de 2015, de fato, aparenta que ele estabelece uma relação unidirecional entre julgados, do topo da pirâmide judiciária para a base, o que poderia ser tido como algo natural, eis que espelharia a estrutura hierarquizada do Judiciário. Entretanto, o ambiente jurídico de desenvolvimento da doutrina dos precedentes demonstra a insubsistência dessa irrestrita pretensão unicamente hierarquizada, formal e unidirecional, cuja motivação é muito mais atender ao interesse político da cúpula judiciária do que representar uma escolha teórica em favor de uma perspectiva constitucional da atividade jurisdicional. Nesse ponto, é fundamental que a uniformização da jurisprudência se dê forma íntegra, coerente e estável sem superdimensionar - mas também sem extirpar - os elementos formais e hierárquicos.

Tal conclusão é ratificada pela prescrição do art. 926 do aludido código, segundo o qual: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Essas três características são atingidas não apenas mediante instrumentos de hierarquização formal, mas demandam a atuação simultânea de elementos formais e materiais. Além disso, há outro dispositivo do código que aponta para uma necessidade de atenção aos aspectos materiais: o art. 489, §1º, que indica hipóteses em que a fundamentação da decisão é tão insuficiente, que será considerada nula. Assim, pela interpretação desse artigo, uma decisão que não atinja o mínimo critério material de fundamentação, ainda que advenha de um tribunal de cúpula, não poderá ser considerada para aplicar ou estabelecer precedente. No constitucionalismo contemporâneo, o precedente, além de possuir *pedigree*, deve ser avaliado por seu conteúdo (elemento de justificação) e por sua integridade com a ordem jurídica.

Dessa forma, muito embora o código tenha prestigiado ostensivamente elementos formais, inclusive localizando o regramento sobre os precedentes no Livro III, que trata

sobre o processo nos tribunais, há também dispositivos que tratam de elementos materiais de justificação integridade e coerência para determinação da força de um precedente e também esses e outros elementos materiais são consequência lógica do constitucionalismo contemporâneo, subjacente aos artigos 10, 926 e 489, §1º do atual Código de Processo Civil.

Quanto à razão de ordem prática, a facilitação do acesso às decisões dos tribunais que integra o precedente e a jurisprudência ao cotidiano forense, verifica-se que esta está consagrada no atual código processual civil no art. 927, §5º. Trata-se de prescrição que impõe aos tribunais o dever de divulgação de suas decisões preferencialmente na internet e de forma organizada por questões jurídicas decididas.

Se nota que o Código de Processo Civil de 2015 altera o padrão do código anterior de 1973, trazendo muito mais alusões à súmulas, precedentes e jurisprudência. A intenção do diploma, declarada desde seu anteprojeto, é garantir segurança jurídica e previsibilidade para “evitar a dispersão excessiva da jurisprudência”⁹⁵, a apelidada “jurisprudência lotérica” denunciada pela comunidade jurídica.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil, cuja redação final foi promulgada em 2015, a comissão de juristas responsável ressaltou que um dos objetivos mestres do novo código era a solução de problemas, abandonando a visão do “processo como uma teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de solução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”⁹⁶. Ainda sobre os objetivos afirmam:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente a realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente

⁹⁵ BRASIL – Congresso Nacional. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. p. 7.

⁹⁶ *Idem*. p. 2.

alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão⁹⁷.

Assim, objetivando o estabelecimento de consonância com a Constituição, a redução de complexidade e a conferência de coesão ao sistema, o código processual civil institui ferramenta para impedir a prolação de decisões em sentidos diferentes e incompatíveis acerca da mesma norma jurídica. Isso porque, segundo a redação do anteprojeto, tal inconsistência “fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”⁹⁸. Diante disso, na elaboração do código se adotou solução com inspiração em instrumentos já existentes: a súmula vinculante e os julgamentos de recursos repetitivos, eis que se optou por “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”⁹⁹.

A adoção desse caminho como hábil à garantia de coesão ao sistema aliada ao objetivo político-institucional de supervalorização dos tribunais superiores mediante amesquinamento do restante da magistratura, é defendido por meio de argumentos pretensamente teóricos não suficientemente debatidos. Afirma-se, como se fosse uma verdade autoevidente, que “essa é a função é a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que desempenham é inerente ao sistema”¹⁰⁰.

Ocorre que essa suposta função dos tribunais superiores não é paradigmática nem inerente ao sistema jurídico. Trata-se de proposta ideológica - compromissada com o protagonismo de cúpula - entre pelos menos três opções de paradigmas existentes¹⁰¹, logo, essa não era o único e evidente caminho a ser tomado. Conforme identifica Lopes Filho, a escolha feita pela comissão de juristas foi a de adotar a proposta

normativista, com viés de uma ideologia ora de referência judicial (*judicial reference*), em que o aplicador do precedente é não mais do que a boca que pronuncia a solução do tribunal superior, ora de legislação judicial (*judicial legislation*), em que o tribunal superior é encarado como um legislador em

⁹⁷ *Idem.* p. 3.

⁹⁸ *Idem.* p. 5.

⁹⁹ *Idem.* p. 5.

¹⁰⁰ *Idem.* p. 5.

¹⁰¹ Como será detalhado no item 1.4 deste trabalho, Raimo Siltala elenca os três paradigmas jurídicos possíveis para a lida com precedentes judiciais, que são: i) paradigma normativo; ii) paradigma contextualista; e iii) paradigma sistêmico de Dworkin com a incorporação da Hermenêutica filosófica.

pequena escala, que cria normas, cuja interpretação/aplicação pelo tribunal posterior se dá de maneira similar à de uma norma legislativa¹⁰².

A adoção do padrão normativista pode ser verificada na exposição de motivos do código, ao afirmar a comissão de juristas que “a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízes singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”¹⁰³. Sobre tal passagem, Lucas Buriel de Macêdo afirma:

A disposição foi elaborada em claro prestígio da função nomofilática e paradigmática desses tribunais, embora ainda demasiadamente arraigada na perspectiva declaratória e legalista da jurisdição. Veja-se que se invoca a legalidade como um fundamento para a força da jurisprudência, em previsão que não deixa de ser, em certa medida, esquizofrênica¹⁰⁴.

O excerto exposto demonstra a adoção do critério subjetivo, qual seja, condição da jurisprudência de ser emanada pelo STF ou tribunais superiores, como parâmetro normativo, sem que haja análise de critérios materiais. Previsão tão abrangente sobre a obrigatoriedade de todas as decisões dos tribunais superiores, felizmente, não foi mantida na redação final do diploma legal. De todo modo, é clara a semelhança entre o conteúdo de tal excerto e as aspirações do positivismo exegético. Enquanto neste, idealizava-se um legislador racional capaz de ordenar de maneira clara e objetiva o Direito, garantindo previsibilidade e certeza, a comissão de juristas pressupunha tribunais superiores capazes de proferir precedentes que encerrem qualquer dúvida hermenêutica, garantindo segurança jurídica entendida como previsibilidade e certeza. Com base nessas concepções, os idealizadores do anteprojeto do código acreditaram que os precedentes levariam ao “fechamento” do sistema, pondo fim ao processo criativo. Ocorre que, na realidade, precedentes “abrem” o sistema para outras possibilidades de interpretação não concebidas em uma análise abstrata dos enunciados legislativos utilizados. Além disso, é natural e inevitável que os precedentes sejam analisados em outros círculos hermenêuticos e, por via de consequência, levem a concepção de sentidos diferentes.

¹⁰² LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 96.

¹⁰³ BRASIL – Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 5.

¹⁰⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 459-490.

A história jurídica brasileira é rica em exemplos de como os diferentes contextos hermenêuticos são capazes de levar a conclusões diferentes. Mediante o desafio jurisprudencial das instâncias inferiores, os tribunais superiores reconhecem o afastamento de seus precedentes diante de peculiaridades da causa, bem como modificam seus entendimentos diante da evolução da sociedade. A título exemplificativo, tem-se a mudança de entendimento acerca da constitucionalidade do parâmetro de renda de um quarto do salário-mínimo para fins de concessão de amparo social ao deficiente ou ao idoso, que em 1998 foi considerada constitucional e em 2013 passou a ser tida como inconstitucional.

Ainda no anteprojeto, se verificam outras passagens que demonstram a adoção, por parte da comissão de juristas, de um paradigma normativista que deposita excessiva confiança na cúpula do Judiciário, que historicamente se mostra descompromissada com a integridade de suas próprias decisões. É nesse sentido que lá está exposto que se pretendia prever “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”¹⁰⁵. A redação final mitigou as prescrições exageradamente favoráveis ao protagonismo normativista de um positivismo judicial de cúpula, entretanto, na redação final remanescem vestígios dessa intenção, que podem levar a uma interpretação do código incompatível com os primados constitucionais. Isso porque, muito embora justifiquem seus meios por intermédio do fim de pretensa defesa dos princípios constitucionais, estes na verdade se corrompem, eis que não é possível realizar qualquer princípio constitucional apenas por critérios formais.

Se realmente se almeja, como a própria exposição de motivos declara, pôr o processo civil brasileiro em “sintonia fina com a Constituição Federal”¹⁰⁶, deve-se evitar referenciais teóricos já superados no passado, não se aceitando propostas ideológicas que aliem aspirações do positivismo exegético com referenciais do positivismo normativista e que defendam um positivismo judicial de cúpula. Em vez de se aceitar um amestramento das instâncias inferiores e a usurpação dos poderes jurisdicionais pela cúpula judiciária mediante a vulgarização superficial dos

¹⁰⁵ BRASIL – Congresso Nacional. *Op. cit.* p. 6.

¹⁰⁶ *Idem.* p. 3.

entendimentos dos tribunais, deve-se conceber os julgados passados como instrumento de conhecimento mais profundo do modo de agir dos tribunais e de como foi a construção hermenêutica dos precedentes e seus limites.

As críticas aqui expostas não implicam na afirmação de que não se deva buscar a coesão da jurisprudência ou que não se deva prestigiar a segurança jurídica ou a previsibilidade do Direito. Tais objetivos são justos e fundamentais ao bom desenvolvimento social, entretanto, não podem ser alcançados a qualquer custo. Até porque, há outras maneiras de os garantir, que não mediante cega deferência da base ao vértice da pirâmide judiciária. Defende-se a observância dos precedentes dos tribunais superiores não sob o prisma apenas de critérios formais, mas a partir também de elementos materiais que influenciem na determinação de sua força vinculante. Assim, de forma alguma, pretende-se deixar ao arbítrio de cada magistrado o livre convencimento para seguir ou não o entendimento superior. Isso pois, como adverte a comissão de juristas:

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e a própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário¹⁰⁷.

O reconhecimento da necessidade de se utilizar a riqueza hermenêutica dos precedentes, para além da consideração de seu mero *pedigree*, na busca pela estabilidade, coerência e integridade, é uma postura fiel à fenomenologia própria do instituto e muito mais adequada ao constitucionalismo contemporâneo, que demanda análise material do Direito, rechaçando o excesso de formalismo típico do positivismo. Nesse sentido, entende-se como elogiáveis a mitigação, por meio da tramitação legislativa, da forte intenção formalista inicial do anteprojeto, determinando que a sintonia com a Constituição não pode se limitar ao rigor formal e hierárquico.

Durante a tramitação legislativa iniciada no Senado Federal houve diversas alterações da redação inicial. Disposições acerca dos precedentes com o traço formalista e normativista que estavam inseridas no livro referente aos processos nos tribunais

¹⁰⁷ *Idem.* p. 7.

foram alteradas pela Câmara dos Deputados, que mitigou o matiz formalista e as inseriu em capítulo próprio denominado “do precedente judicial”, no livro do processo de conhecimento. Entretanto, a versão final suprimiu tal capítulo e devolveu as disposições sobre os precedentes ao livro relativo ao processo nos tribunais. De igual maneira, a Casa Revisora tentou estabelecer uma ordem de primazia entre os pronunciamentos jurisdicionais, mas que também não foi aprovada na versão definitiva, cujo art. 927 ficou assim definido:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O art. 927 deve ser interpretado não como um rol taxativo de todas as decisões hábeis a veicular precedentes, mas deve ser entendido como o apontamento de quais pronunciamentos o legislador entendeu por bem conferir tratamento privilegiado. Seja mediante medida protetiva indireta específica, qual seja, reclamação; ou mediante medida promocional indireta¹⁰⁸, tais como: autorização para julgamento liminar improcedente e para decisões por parte do relator de recursos.

¹⁰⁸ Geovany Cardoso Jevaux, em sua obra *Comentários às súmulas vinculantes*, enumera técnicas processuais que demonstram a importância dada pelo Código de Processo Civil de 2015 às súmulas ordinárias e vinculantes. Esse rol de técnicas elencadas pelo professor pode ser adaptado para listar também as medidas promocionais indiretas conferidas pelo Código em demandas fundadas em matéria de direito já examinada em provimento vinculante previsto no art. 927. Desse rol, infere-se as seguintes medidas: 1) a improcedência liminar do pedido que contraria precedente (art. 332); 2) a simplificação da fundamentação de sentença fundada em precedente, que deve necessariamente conter a identificação dos fundamentos determinantes do precedente e a demonstração que o caso *sub judice* se ajusta àqueles fundamentos, mas não necessita repetir toda a fundamentação constante do julgamento do precedente (art. 489, §1º, V); 3) a obrigatoriedade em seguir o entendimento do precedente invocado pela parte, aplicando-se a fundamentação simplificada do item anterior, quando não for possível demonstrar a existência de distinção no caso *sub judice* ou a superação do precedente (art. 489, §1º, VI); 4) a exceção à remessa necessária, quando a sentença estiver de acordo com o precedente (art. 496, §4º); 5) a dispensa de caução para a execução provisória, quando a sentença condenatória de obrigação de dar em dinheiro estiver de acordo com o precedente (art. 521, IV); 6) a negativa liminar ao provimento de recurso que for contrário a precedente (art. 932, IV); 7) a antecipação do mérito recursal quando o recurso estiver de acordo com o precedente (art. 932, V); 8) a simplificação da fundamentação do recurso extraordinário, que tem a repercussão geral reconhecida de forma automática quando a decisão desafiada for acusada de contrariar precedente (art. 1035, §3º, I); 9) a autorização da concessão liminar *inaudita altera pars* de tutela da evidência, sem necessidade de

Sobre o referido retorno, no curso da tramitação legislativa, das disposições acerca dos precedentes ao Livro sobre os processos nos tribunais, vislumbra-se que intuito foi dar ênfase ao papel de ordenação pelos tribunais. Entretanto, conforme expõe Buril de Macêdo, não se deve tomar a posição topográfica do tema como determinante à adequada concepção dos precedentes. Nesse particular, a adoção do referencial teórico é que será verdadeiramente importante. Segundo o autor:

Precedentes Judiciais podem surgir em decisões relativas a qualquer procedimento. Na verdade, a procedimentalização do direito material ou a instância de julgamento é pouco importante para a existência de precedente judicial, que é efeito anexo da decisão judicial: portanto, ocorrendo decisão, há precedente. Sua destinação correta seria, sem dúvidas, a Parte Geral¹⁰⁹.

A versão final do Código de Processo Civil de 2015 tem uma série de aspectos positivos, como a seguinte previsão do art. 927, §2º: “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para rediscussão da tese”. Trata-se de medida que busca evitar guinadas jurisprudenciais sem debate e reflexão acerca das causas e efeitos dessa mudança. A leitura desse dispositivo aliada ao dever de uniformização estável, impõe que o tribunal não pode alterar abruptamente a linha jurisprudencial sob o simples pretexto de se aplicar melhor o Direito ao caso. Estabelece-se, dessa forma, um dever de autovinculação dos tribunais às suas próprias decisões de maneira a garantir uma coerência interna, o que é extremamente desejável diante da realidade brasileira na qual os tribunais superiores não se sentem minimamente constrangidos por sua jurisprudência ou precedente.

Uma outra novidade do atual código de processo civil é a criação de novos instrumentos para julgamento de casos repetitivos. Aos já existentes recursos especiais e extraordinários repetitivos se agrega o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) elencado no art. 928 e melhor regulado nos arts. 976 a 987. O IRDR é um instrumento que viabiliza que o tribunal profira julgamento que sirva

demonstração de perigo de dano ou de risco de ao resultado útil do processo, quando a tese da inicial estiver de acordo com o precedente (art. 311, II). (JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Comentários às súmulas vinculantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 35).

¹⁰⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Op. cit.* p. 473.

de precedente para as demais causas sobre o assunto que se repete. Dentre as ferramentas que lhe são inerentes, destaca-se a suspensão dos processos pendentes até o julgamento do incidente, nos termos art. 982, I, e § 3º, bem como a designação de audiência pública para “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria” nos termos do art. 983, § 1º e assim melhor instruir o procedimento que estabelecerá entendimento vinculante.

Outra inovação é a criação do Incidente de Assunção de Competência (IAC), que possibilita o julgamento de matéria complexa não necessariamente repetitiva por órgão interno de composição maior. Essa decisão, por sua vez, servirá de precedente para causas posteriores, nos termos do art. 947, §3º, que determina que "o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.

Também de grande relevância ao disciplinamento dos precedentes no atual código de processo civil é o art. 489, §1º, V e VI, que trata das hipóteses cuja fundamentação é tão débil que é considerada inexistente.

De acordo com o inciso V, não se considera fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Trata-se de dispositivo fundamental para impedir a já denunciada prática de confundir o precedente com a ementa da decisão, aplicando-a como premissa maior de um silogismo ou a partir de qualquer outra fórmula canônica geral e abstrata. A postura adequada é avaliar, do ponto de vista hermenêutico, a partir da semelhanças e distinções entre os casos e do estágio de desenvolvimento jurídico da matéria, qual a influência do precedente num novo julgamento.

O inciso VI, também de extrema relevância, prescreve que não se considera fundamentada 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”. Trata-se de prescrição importante para fazer valer o respeito aos precedentes no Brasil, eis que o desafio a um

precedente deve ser exposto de maneira clara e evidente, invocando elementos novos ou que não foram considerados anteriormente.

Como visto, há interessantes dispositivos novos que incrementam o estudo dos precedentes no direito brasileiro. Entretanto, deve-se reconhecer que o regramento codificado não é exauriente, eis que sequer versa sobre todas as formas de precedentes e sobre todas as hipóteses e maneiras de usá-los. O código se limitou a tratar de uma pequena parte do que seriam os precedentes, notadamente a relativa às demandas de massa. Essa deficiência regulatória não é apenas quantitativa, no sentido de abranger poucos aspectos relevantes. É também qualitativa, eis que se limitou a abordar o tema sob um viés estritamente formal e hierarquizado de vinculação, cujo instrumento de garantia, a reclamação, é também estritamente formal e hierarquizado, o qual não será suficiente para atender as demandas do constitucionalismo contemporâneo.

De um modo geral, o Código de Processo Civil de 2015 é de grande importância para os debates sobre os precedentes e a jurisprudência no Brasil, eis que reconhece o papel do Judiciário na construção do Direito mediante a criação de padrões de vinculação e estabelece pela via legislativa, de forma inédita em outras tradições jurídicas, extenso (porém insuficiente) regramento acerca dos precedentes.

Como se trata de alteração legislativa que influencia de forma contundente a prática forense, como se poderia esperar, está se travando intenso debate hermenêutico acerca do significado de seus enunciados. Nesse ponto, como o código, assim como qualquer outro texto, não é capaz de fixar autonomamente o referencial teórico, filosófico e ideológico para ser interpretado, é fundamental que sejam analisadas as camadas mais profundas do conhecimento jurídico para que se interprete corretamente a nova legislação. Caso contrário, há grande risco de retrocesso, eis que se tende à utilização do senso comum teórico dos juristas, mediante uma superficialidade dogmática, fundadas em ultrapassadas concepções teóricas, em total descompasso com o constitucionalismo contemporâneo.

1.3 BREVE ANÁLISE SOBRE DOCTRINA BRASILEIRA DOMINANTE ACERCA DOS PRECEDENTES NO BRASIL

É cediço que generalizações são tendencialmente tolas, eis que excessivamente redutoras de complexidade. Não seria diferente com o agrupamento dos pensamentos de doutrinadores acerca de tema tão complexo quanto os precedentes judiciais e sua aplicação no Direito brasileiro. Entretanto, para fins didáticos, mapeia-se a doutrina brasileira sobre o tema em três correntes distintas: i) viés nomofilático; ii) viés da técnica processual; e iii) viés hermenêutico crítico.

Os autores classificados em uma mesma corrente não partilham integralmente ou com exatidão das mesmas concepções, entretanto, podem assim serem classificados por apresentarem, em suas teorizações, os critérios unificadores eleitos pela presente pesquisa, são eles: i) fundamentação do dever de seguir provimentos jurisdicionais dos tribunais superiores em razão da função nomofilática que esses detêm; ii) fundamentação do dever de seguir provimentos jurisdicionais em razão da expressa previsão constitucional ou legal para tal; ou iii) fundamentação do dever de seguir provimentos jurisdicionais em razão da integridade do Direito a partir da análise dos círculos hermenêuticos em que estão inseridos os casos concretos.

Passa-se, então, à síntese dos pensamentos dessas correntes doutrinárias.

1.3.1 Corrente doutrinária adepta aos precedentes sob o viés nomofilático

A primeira corrente, a adepta aos precedentes sob o viés nomofilático tem como expoentes Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Hermes Zaneti Júnior. Luiz Guilherme Marinoni escreveu três obras exclusivamente dedicadas ao tema dos precedentes judiciais: *Precedentes Obrigatórios*¹¹⁰, *Julgamento nas Cortes Supremas*¹¹¹ e *A Ética dos Precedentes*¹¹²; Daniel Mitidiero escreveu duas: *Cortes*

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016 [2010].

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015 [2013].

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. 2. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016 [2015].

*Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*¹¹³ e *Precedentes: da Persuasão à Vinculação*¹¹⁴; e Hermes Zaneti Júnior uma: *O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*¹¹⁵. Além das supracitadas obras, os três autores escreveram numerosos artigos científicos sobre o tema.

Especificamente em relação à ênfase na função nomofilática dos tribunais superiores, Marinoni e Mitidiero despendem maior atenção ao tema, eis que ambos escreveram obras exclusivamente dedicadas a ele, ao passo que Zaneti Jr, tratou-o em tópico de sua obra. Entretanto, não obstante tenham trabalhado aspectos diversos sobre o tema e os enfatizado à suas próprias maneiras, o trio de autores compartilha grande parte de seus pensamentos entre si.

Os três autores defendem a observância obrigatória dos precedentes judiciais no Brasil desde antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, e como consequência lógico-temporal adotam razões e fundamentos outros que não a imposição legislativa de vinculação a certos provimentos jurisdicionais.

De modo geral, eles apontam a necessidade de uniformidade da interpretação do Direito para a garantia da segurança jurídica, liberdade e igualdade de todos perante o Direito¹¹⁶. Objetivos esses, que, segundo os autores, não são atingíveis por meio da tradicional concepção da interpretação do Direito sob o prisma de teorias cognitivistas¹¹⁷, eis que estas se mostraram insuficientes para retratar fielmente o fenômeno jurídico. Diante da decadência da teoria cognitivista, eles afirmam que passou a se ter consciência de que o Direito depende de um processo interpretativo realizado a partir de fontes dotadas de autoridade. Assim, a partir da concepção de que a norma jurídica não é o objeto da interpretação e sim seu resultado, ou seja, a interpretação não é um processo de declaração de norma pré-existente ou extração

¹¹³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017 [2013].

¹¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da Persuasão à Vinculação*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018 [2016].

¹¹⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2017 [2014].

¹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da Persuasão à Vinculação*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018. p. 17.

¹¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 21-25.

de seu significado, mas sim um processo de adscrição de sentido ao texto e aos elementos não textuais da ordem jurídica¹¹⁸, defendem a necessidade de promover a unidade do Direito levando-se em consideração a sua interpretação.

Elegem a interpretação como elemento a ser uniformizado, pois, para eles, é a partir dela que se torna possível precisar contextualmente o significado do direito, que é duplamente indeterminado por: 1) partir de textos equívocos (ambíguos, complexos, implicativos e defectivos) e; 2) ser composto por normas vagas (impossibilidade de antever de forma exata os fatos que recaem no seu âmbito de incidência). Dessa forma, entendem ser fundamental para a segurança jurídica a densificação do direito pela redução da pluralidade de significações normativas que podem ser construídas a partir dos enunciados legais, o que defendem dever ser feito por meio da vinculação aos precedentes judiciais. Entretanto, para viabilizar essa utilização de precedentes, alertam que a interpretação deve ser feita de forma racional, ou seja, por meio de atividade justificada que gere resultado coerente e universalizável, para que seja possível o controle intersubjetivo das razões invocadas para a interpretação realizada¹¹⁹.

Definida a interpretação do Direito como elemento a ser uniformizado para a garantia de seus objetivos, os autores indicam que a interpretação a ser tomada como padrão uniformizador é aquela dos tribunais superiores¹²⁰, também chamados de cortes de vértice e cortes supremas. Para eles, esses tribunais têm como função precípua a de conferir sentido ao texto legal e viabilizar unidade de interpretação ao direito por meio de todas as suas decisões (não apenas nas que se revestem de vinculação formal pela legislação), superando-se a limitação das Cortes à mera correção da aplicação equivocada da lei dada pelos tribunais inferiores. Trata-se da nomofilaquia ou função nomofilática dos tribunais superiores.

Assim, propõem uma reformulação do papel dos tribunais superiores na estrutura do Judiciário brasileiro a partir do abandono do modelo de Cortes Superiores, que é caracterizado, entre outras coisas, por: a) atribuir às cortes de vértice o papel de

¹¹⁸ MITIDIÉRO, Daniel. *Op. cit.* p. 56-57.

¹¹⁹ MITIDIÉRO, Daniel. *Op. cit.* p. 53-65.

¹²⁰ ZANÉTI JR., Hermes. *Op. cit.* p. 316-317.

controlar a legalidade de decisões recorridas; b) utilizar sua jurisprudência somente como parâmetro para aferição de erros e acertos cometidos pelos magistrados; c) se preocupar apenas com o passado; d) tomar a interpretação do direito como um meio para o atingimento do fim que é o controle da decisão recorrida. E paralelamente, propõe a adoção do modelo de Cortes Supremas, caracterizado, entre outras coisas, por: a) atribuir às cortes de vértice o papel de conferir a interpretação adequada ao Direito; b) utilizar seus precedentes para orientar a sociedade civil e a comunidade jurídica acerca do significado que deve ser atribuído aos enunciados legislativos; c) ser endereçada para o futuro; d) entender a interpretação do direito como o fim da corte de vértice, que toma a decisão do caso concreto como meio para realizar sua atividade¹²¹.

A linha mestra do trabalho dos autores na defesa da utilização de precedentes dos tribunais superiores no Brasil é a de justificá-la pela busca de unidade do direito, coerência, igualdade, estabilidade, previsibilidade e a efetividade do sistema de decisões e fundamentá-la a partir do caráter institucional do direito e da estrutura judiciária hierarquizada brasileira, que viabiliza a concepção dos tribunais superiores como estabelecadora de interpretação uniforme do Direito. Entretanto, trabalham em suas obras outras questões que reforçam a aplicabilidade dos precedentes no Direito brasileiro, entre elas: i) afastamento do senso comum de que a regra do *stare decisis* apresenta algum tipo de dependência em relação à *common law* ou que ambos são equivalentes, e que por isso seria impossível instituir a regra de respeito aos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro de tradição de *civil law*. Nesse ponto, Marinoni afirma que a regra do *stare decisis* só foi efetivamente instituída na *common law* no século XVIII¹²² como forma garantir segurança jurídica, igualdade e coerência no direito; ii) análise do histórico evolutivo da *civil law* e da *common law*, descrevendo as diferentes circunstâncias políticas e culturais que deram origem a cada uma delas, bem como a maneira com a qual ambas se desenvolveram. Tudo de maneira a demonstrar que a fim de buscar o mesmo objetivo de garantir segurança jurídica, as duas tradições jurídicas adotaram postura diferentes: a *civil law* se fiou na lei, limitando

¹²¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 36-39.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 30-31.

a possibilidade de interpretação do direito ao Judiciário, ao passo que a *common law* se fiou nos precedentes, conferindo certa liberdade de interpretação aos magistrados. Tal histórico se presta a demonstrar o motivo pelo qual o Brasil não adotou a *stare decisis* no passado e ainda nutre preconceitos quanto à sua adoção; iii) análise dos fundamentos que costumam ser invocados para defender e para rechaçar a eficácia obrigatória dos precedentes.

Além das justificativas já expostas, Zaneti Jr. aponta que o ordenamento jurídico brasileiro é propício à adoção de um modelo de precedentes, eis que: i) se trata de modelo híbrido entre as tradições de *common law* e *civil law* (ordem político-constitucional é influenciada pela *common law*, ao passo que tradição romano-germânica influenciou o direito privado e direito público infraconstitucional)¹²³; ii) conferiu ao Judiciário o poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade de leis, bem como instrumentos para a realização da *judicial review* dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo; iii) instituiu a cláusula aberta do controle judicial (artigo 5º, XXXV da CF/88), que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que demonstra que o magistrado não está sujeito exclusivamente às leis, mas ao direito como um todo. Assim, para o autor, como qualquer juiz brasileiro pode, no caso concreto, afastar uma norma jurídica que entende inconstitucional por meio do controle difuso de constitucionalidade, o respeito aos precedentes judiciais se mostra fundamental, pois sem a garantia uniformidade viabilizada pela *stare decisis*, viver-se-ia numa total irracionalidade jurídica da admissão da existência de várias versões da Constituição Federal vigentes a depender do magistrado que a interpreta¹²⁴.

A partir de toda a fundamentação que apresentam, os três autores buscam construir, a partir da teoria de precedentes já desenvolvida na *common law*, um método de viabilização da aplicação de precedentes judiciais no Brasil. Para isso, partem da concepção de elementos como *ratio decidendi* e *obiter dicta*, distinção (*distinguishing*) e seus assemelhados, e superação (*overruling*) dos precedentes. Todos rechaçam

¹²³ Cf. 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 [2007].

¹²⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2017. p. 317.

veementemente a concepção de precedentes como enunciados gerais e abstratos, que, tal como tem se dado na prática com as súmulas, seriam aplicáveis mediante subsunção aos casos concretos. Além disso, todos, em maior ou menor medida, criticam a prescrições sobre precedentes e jurisprudência do Código de Processo Civil de 2015.

Sobre essas críticas, passa-se a expor as principais de cada autor.

Marinoni critica veementemente o rol de hipóteses de observância obrigatória do art. 927 do CPC/15, eis que elas possuem naturezas totalmente diversas, que não guardam qualquer homogeneidade entre si, como decisões em incidentes de demandas repetitivas, orientação de plenário ou órgão especial, súmulas e decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Além disso, o artigo prevê a observância à “enunciados” e “decisões”, perdendo a oportunidade de se reportar a uma terminologia mais adequada como *ratio decidendi*, fundamentos determinantes da decisão e até precedentes¹²⁵.

Em relação à hipótese prevista no inciso I do art. 927 do CPC/15, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, o autor defende que tal previsão não se refere à eficácia *erga omnes* da decisão já prevista em dispositivo constitucional, mas sim à eficácia obrigatória da *ratio decidendi* das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. O exemplo utilizado pelo autor para facilitar o entendimento dessa diferença é o seguinte: A decisão de inconstitucionalidade da lei municipal X, leva a duas consequências: 1) vinculação de todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública à acatar a inconstitucionalidade da lei municipal X decretada pelo Supremo, com fulcro no art. 102, §2º da CF/88; 2) obrigatoriedade de todos os órgãos do Judiciário a aplicar a *ratio decidendi* da decisão de inconstitucionalidade da lei municipal X à lei Y, de outro Estado, cuja dicção é igual ou similar à da lei X, com fulcro no do art. 927, I do CPC/15. Assim, em relação ao inciso em comento, a legislação processual civil impõe ao juiz ou tribunal instado a julgar a causa em que se discute incidentalmente a constitucionalidade da lei Y, o afastamento de sua

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 285.

aplicação por inconstitucionalidade por meio da aplicação da *ratio decidendi* da decisão de inconstitucionalidade da lei X¹²⁶.

Sobre os incisos II e IV do art. 927 do CPC/15, as súmulas vinculantes e súmulas ordinárias do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, Marinoni afirma que não são precedentes, mas a mera tentativa de enunciação da tese de direito decidida pelo tribunal, sendo incapaz de expor os motivos determinantes para a adoção dessa tese em face de uma determinada situação concreta¹²⁷. Dessa forma, muito embora se trate a súmula de uma figura já bastante utilizada na prática jurídica brasileira, Marinoni explica que elas foram idealizadas, no âmbito da *civil law*, para funcionar como um enunciado da interpretação das cortes de correção que facilitaria o julgamento dos recursos, o que não passou de uma lamentável e frustrada tentativa de alguns sistemas para a garantia da uniformidade da interpretação.

Diante da incompatibilidade da utilização de súmulas num modelo de precedentes, afirma o autor que é sempre imprescindível que seja encontrada não uma máxima da solução jurídica precedente, mas a *ratio decidendi* (ou os fundamentos determinantes) da decisão. Isso porque essa – diferentemente daquela – não reflete unicamente a tese de direito, mas “a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática”¹²⁸, o que é indispensável num modelo que confere às cortes a função de atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo. Para Marinoni fica nítido que a nova lei processual comunga com sua ideia de imprestabilidade das súmulas como expressão do conteúdo do precedente ao determinar, em seu § 2º do art. 926, que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Para ele, se para aferir a validade da súmula é necessário analisar as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação e o mesmo deve ser feito para que ela possa ser aplicada, então não faz sentido conferir à súmula – em seu enunciado geral e abstrato – a função de exprimir o conteúdo do precedente, restando a ela possivelmente apenas uma função catalográfica.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 286.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 287.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 287.

Já em relação ao inciso III do art. 927 do CPC/15, ou seja, os acórdãos em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, o autor entende que nem todas essas hipóteses podem ser qualificadas como precedentes. Segundo ele, enquanto os precedentes são o instrumento utilizado pelas Cortes Supremas para a atribuição de sentido ao direito e para o seu desenvolvimento em conformidade com as necessidades sociais, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência se prestam, respectivamente, à resolução de casos pendentes e à prevenção de casos que possam surgir em razão da relevância de uma questão de direito, sendo técnicas para resolver casos de massa ou de questões relevantes¹²⁹. Dessa forma, para o autor, das figuras previstas no inciso III do art. 927 só serão precedentes as decisões em recursos extraordinário e especial repetitivos, pois além de serem emanadas de Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça), são vocacionadas a desenvolver o direito, bem como garantir sua unidade. Restando, portanto, excluídas as decisões em tribunais de justiça estaduais, que teriam o condão apenas de dar a palavra final acerca de litígios que produzem ações em massa¹³⁰.

Para Marinoni, as *rationes decidendi* de todas as decisões dessas duas Cortes Supremas são de observância obrigatória aos juízes e tribunais brasileiros, independentemente do rol exemplificativo do art. 927 do CPC/15. Sobre o rol do art. 927, ele destaca se enquadram no gênero precedente as espécies: 1) decisões em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I) e; 2) decisões em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, III). Já os enunciados de súmulas (art. 927, II e IV) e as decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas (art. 927, III) não são classificados necessariamente como precedentes. Isto pois, os primeiros são incompatíveis com a metodologia de utilização de precedentes e as últimas, quando julgadas fora das Cortes Supremas, se prestam à função diversa daquela típica do sistema de precedentes e, em razão disso, têm observância obrigatória decorrente de natureza *erga omnes* prevista na legislação processual¹³¹.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 286; 321.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 286.

¹³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 286; 231-322.

Mitidiero, por sua vez, afirma que o CPC/15 viabiliza uma ressignificação de conceitos fundamentais ao estudo da matéria. E os expõe da seguinte forma: a) precedentes são as razões generalizáveis identificadas a partir das decisões judiciais apenas das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça) e que são de observância obrigatória pelos juízes e tribunais; b) jurisprudência são as razões constantes da fundamentação de acórdãos das Cortes de Justiça, ou seja, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça Estaduais. Trata-se de gênero em que são espécies: b.1) jurisprudência uniformizadora, que é aquela que obedece a procedimentos formais específicos, quais sejam: incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de controle de constitucionalidade, e que por força de previsão legal atinente a esses procedimentos são de observância obrigatória aos juízes e tribunais e; b.2) jurisprudência propriamente dita, que consiste num conjunto reiterado de julgamentos de casos num mesmo sentido, que não obedece a um procedimento específico e tem caráter meramente persuasivo; c) súmulas são enunciados que se propõem a retratar, de forma simples e direta, os precedentes. Tratam-se de ferramentas de auxílio na interpretação e aplicação do Direito, que podem emanar tanto das Cortes Supremas quanto das Cortes de Justiça, mas que alijadas dos precedentes que lhe deram origem não possuem qualquer serventia, eis que o que obriga é o precedente e não a súmula¹³².

Para Mitidiero, o art. 927 do CPC/15, muito embora sirva – junto ao art. 926 – para evidenciar a adoção do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, falhou no arrolamento das hipóteses de seus incisos. Primeiramente, o autor destaca que o art. 927 deixou de arrolar uma série de hipóteses capazes de gerarem precedentes em seus incisos, tais como os embargos de divergência e os recursos extraordinários e recursos especiais não repetitivos julgados pelas Turmas dos Tribunais Supremos. Além disso, em todos os incisos deixou de aludir que o que forma o precedente são as razões determinantes constantes da fundamentação – unânime ou majoritária - da decisão e não a decisão propriamente dita. Já em relação aos incisos, adverte que no inciso I, que trata das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, o

¹³² MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 83; 94-95.

legislador confunde a eficácia *erga omnes* prevista no art. 102, §2º da Constituição Federal com o efeito vinculante do precedente. Este, como também exposto por Marinoni, se dá em relação às razões determinantes constantes da fundamentação da decisão em controle de constitucionalidade e não à decisão propriamente. O primeiro se opera no plano da aplicação e o segundo no plano da interpretação.¹³³ Em relação aos incisos II e IV, que se refere às súmulas vinculantes e ordinárias, há erro em pretender conferir obrigatoriedade às súmulas, já que o que vincula são os precedentes que dão origem – ou não – às súmulas. E por fim, no inciso III, que se refere aos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, o legislador teria falhado por misturar jurisprudência uniformizadora com precedentes.

Já Zaneti Jr., muito embora também defenda a necessidade de observação de todos os pronunciamentos dos tribunais superiores, entende que o legislador do CPC/15 pretendeu deixar clara a necessidade de respeito aos precedentes judiciais, impondo vinculação formal à algumas hipóteses por ele eleitas e não a todas as decisões desses tribunais. Tal previsão legal de vinculação é, para ele, um instrumento de aceleração da mudança de uma cultura que ignora precedentes para uma cultura que respeita os precedentes e o papel dos tribunais supremos de conferência de unidade interpretativa ao direito (papel civilizatório da legislação)¹³⁴.

À luz do CPC/15, o modelo de precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes defendido por Zaneti Jr. tem como núcleo dogmático os artigos 489, §1º, V e VI, 926 e 927¹³⁵, impondo o uso obrigatório da *ratio decidendi* (norma criada a partir dos fundamentos determinantes) das decisões que configurem as hipóteses do artigo 927. Para ele a *ratio decidendi*, longe de ser um enunciado geral e abstrato, é uma norma geral e concreta¹³⁶: geral por vincular todos os órgãos do Judiciários e concreta por estar sempre conectada aos fatos materiais que a geraram, sob pena de se autonomizarem e se tornar inviável a distinção e a superação em relação aos casos

¹³³ MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 92-93.

¹³⁴ ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.* p. 395.

¹³⁵ ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.* p. 373.

¹³⁶ ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.* p. 402.

subsequentes. Assim, todos os órgãos judiciários ficam vinculados aos precedentes formalmente previstos no artigo 927, independentemente de suas boas razões, a não ser que demonstrem que há distinção entre o precedente e a causa sob julgamento ou superação do precedente pelo órgão competente para tal.

Diante do exposto, para Zaneti, convivem no ordenamento jurídico brasileiro três espécies de precedentes vinculantes¹³⁷: a) precedentes normativos vinculantes, que são os decorrentes da técnica de universalização e sua força prescinde de previsão legal, já que são implicitamente deduzidos do ordenamento jurídico em que se encontram. É o caso dos acórdãos da corte suprema que não se enquadram no rol do artigo 927; b) precedentes normativos formalmente vinculantes, que são os decorrentes de expressa previsão legal e cuja superação ocorre via procedimento comum. É o caso dos precedentes criados em julgamento de causas repetitivas; c) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes, que são os decorrentes de expressa previsão legal e cuja modificação ou superação demanda procedimento qualificado especificado pela lei. É o caso das súmulas vinculantes.

Feitas as considerações gerais sobre a corrente doutrinária que concebe os precedentes sob o viés nomofilático, verifica-se que muitas das críticas que se faz à doutrina brasileira sobre precedentes expostas nos tópicos anteriores se aplica à essa corrente. Dessas críticas duas merecem destaque: i) proposta de atingimento da segurança jurídica e superação do decisionismo judicial mediante solução de cariz positivista normativista que concentra o decisionismo na cúpula do Judiciário; ii) proposta de aprisionamento do sentido da norma jurídica preestabelecida pela cúpula do Judiciário a ser aplicada pelas instâncias inferiores com deferência acrítica, numa mescla de pretensões do positivismo exegético com o realismo jurídico estadunidense.

Sobre elas, se verifica no pensamento dessa corrente a pretensão de superação do positivismo mediante mera superação do positivismo exegético. A partir da superação da ideia exegética de que o texto é equivalente a norma, os autores identificam que há discricionariedade judicial na escolha dos vários sentidos possíveis no enunciado

¹³⁷ ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.* p. 349-352.

legislativo para criação da norma, atingindo assim a mesma conclusão que Kelsen, e diante dessa constatação propõem a redução dessa discricionariedade a partir da vinculação ao sentido normativo escolhido pelos tribunais superiores. Nesse ponto, afirmando se pautarem num pós-positivismo, essa corrente doutrinária acaba absorvendo uma importante característica do positivismo normativista de Kelsen, a aceitação da discricionariedade judicial, no caso a discricionariedade da cúpula do Judiciário, que por ostentarem pretensa função nomofilática, seriam credenciados para serem os estabelecadores dos verdadeiros sentidos das normas, que dependeriam de um ato voluntarioso de escolha, ao menos no momento do estabelecimento do pretense precedente. Não há maiores preocupações com o estabelecimento de uma teoria da decisão que, de fato, impeça a arbitrariedade judicial, seja ela da base ou ápice da pirâmide judiciária.

Além disso, muito embora nenhum dos autores defenda que a vinculação aos precedentes se dê por meio de enunciado geral e abstrato, tal como as súmulas ou os assentos portugueses, na prática, se abeberaram da doutrina da tradição anglo-saxã para o estabelecimento da *ratio decidendi* do precedente (como a utilização da técnica da inversão de Wambaugh, a técnica de identificação dos fatos materiais de Goodhart, a combinação de ambos feita por Cross) aliada à concepções positivistas normativistas arraigadas na tradição jurídica brasileira, levando a uma concepção da *ratio decidendi* como norma jurídica. É o que verifica nitidamente quando Zaneti Jr. afirma que a *ratio decidendi* é uma norma geral e concreta¹³⁸ e mais veladamente quando Marinoni defende a aplicação do precedente “até seus limites, regulando todos os casos aí cabíveis”¹³⁹. A partir dessa visão positivista do precedente, tende-se a conceber uma estrutura lógica bem definida, que traga os dados necessários para seu uso e incidência, tudo de forma predeterminada pela corte emissora, que deve ser aplicada obrigatoriamente nos casos subsequentes em que se verificar a prevista hipótese de incidência. Constatação que é reforçada pela defesa do instrumento da reclamação para correção de julgados em que o magistrado não tenha aplicado o entendimento da corte emissora corretamente, o que seria uma forma de mimetização da consulta ao legislador do positivismo exegético. Entretanto, como ficará melhor exposto nos capítulos seguintes, o tipo clássico de estrutura normativa

¹³⁸ ZANETI JR., Hermes. *Op. cit.* p. 402.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. *Op. cit.* p. 236.

não é capaz de abarcar todos os elementos do círculo hermenêutico, correspondendo a apenas parte dele, que tende a se descontextualizar. Assim, de nada adianta a pretensão de levar em consideração as circunstâncias fáticas na delimitação da *ratio decidendi* tida como norma determinada previamente ao caso, se essa determinação é simplificadora da complexidade do jogo hermenêutico em que se deu. Dessa forma, a consequência é uma espécie de releitura do positivismo exegético pela utilização do método silogístico, eis que não se toma uma postura argumentativa mediante cotejo dos elementos que compõem o caso precedente, o caso em julgamento e o estágio de desenvolvimento da matéria no âmbito judicial, acadêmico e social.

1.3.2 Corrente doutrinária adepta aos precedentes sob o viés da técnica processual (vinculação formal prevista em lei)

A corrente doutrinária que concebe os precedentes judiciais brasileiros como técnica processual, ou seja, entendem que os provimentos jurisdicionais elencados pelo art. 927 do CPC/15 são de observância obrigatória em razão de previsão legal ou constitucional para tal, tem como expoentes Alexandre de Freitas Câmara, José Rogério Cruz e Tucci, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, e Marcelo Abelha Rodrigues.

Alexandre Câmara escreveu a obra “Levando os Padrões Decisórios à Sério – Formação e aplicação de Precedentes e Enunciados de Súmula”¹⁴⁰, Cruz e Tucci o livro *Precedente judicial como fonte do direito*¹⁴¹ e o artigo *O regime do precedente judicial no novo CPC*¹⁴², Luiz Rodrigues Wambier em coautoria com Eduardo Talamini escreveu o capítulo *Precedentes judiciais* de seu livro *Curso Avançado de Processo Civil vol. II*¹⁴³, Nelson Nery Júnior em coautoria com Rosa Maria de Andrade Nery escreveu *Comentários ao Código de Processo Civil*¹⁴⁴ e Marcelo Abelha escreveu o

¹⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério – Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁴¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁴² CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. *Revista do Advogado*. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 445-457.

¹⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 711-733.

¹⁴⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

artigo *Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças*¹⁴⁵ e o capítulo *Premissas Fundamentais para a Compreensão da Temática Processual “Dos Processos nos Tribunais”* de seu Manual de Direito Processual Civil¹⁴⁶.

Muito embora essa corrente não negue a função nomofilática dos tribunais superiores, ela entende que eventual vinculação formal dos provimentos jurisdicionais apelidados¹⁴⁷ de “precedentes” no Brasil não advém tacitamente dessa força institucionalizante, mas de previsão legislativa, seja ela constitucional ou infraconstitucional.

A presente corrente rechaça a ideia de que os precedentes brasileiros tenham sido inspirados nos precedentes da *common law*¹⁴⁸ ou que a instituição de precedentes no Brasil seja a consequência de um processo de congregação entre as tradições jurídicas de *civil law* e *common law*. Isso pois, é fato que os ordenamentos de *common law* têm cada vez mais se valido de leis escritas e que os ordenamentos de *civil law* têm valorizado mais o papel da jurisprudência, mas o fenômeno dos precedentes no direito brasileiro é anterior a esse fenômeno. Como comprovação, Cruz e Tucci aponta sua origem no instituto das *Façanhas* do rei ou do tribunal no direito ibérico, que deu origem aos *Assentos da Casa de Suplicação* de Portugal, que por sua vez foram importados pelo Brasil Colônia. A partir dessa importação dos Assentos, informa que o ordenamento jurídico brasileiro sempre teve espécies de precedentes persuasivos, o que só se alterou com Emenda Constitucional n. 45/2004, que passou a prever duas espécies de precedentes vinculantes: as súmulas vinculantes e as decisões em controle direto de constitucionalidade. O fenômeno de vinculação a precedentes do CPC/15 seria, então, uma tentativa de alargamento das hipóteses de vinculação nos moldes já existentes¹⁴⁹. Assim, não haveria de se falar em alteração da classificação

¹⁴⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças. *Revista de Processo*, v. 259, p. 307-332, 2016.

¹⁴⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.* p. 711-712.

¹⁴⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p. 1.833.

¹⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.* p. 712.

da tradição jurídica brasileira como de *civil law* e tal alteração seria desnecessária para a defesa da vinculação à precedentes ou outros padrões decisórios¹⁵⁰.

Para essa corrente, o fenômeno da crescente valorização da jurisprudência decorreria do desenvolvimento natural do sistema jurídico e do aumento do prestígio dos tribunais, que se utilizou da técnica dos precedentes para resolução dos problemas da demora na prestação jurisdicional numa sociedade que pós Constituição de 1988 tem alta propensão à litigância e da incerteza na aplicação do direito, que num país plural e de dimensões continentais como o Brasil seria garantida pela uniformização do Direito nacional¹⁵¹.

Entretanto, muito embora os precedentes brasileiros não tenham as mesmas matrizes ideológicas dos precedentes da *common law*, essa corrente afirma que nada impede que se importe a dogmática naquela tradição desenvolvida para a lida com os precedentes brasileiros. Nesse ponto, ressalta o conceito de *ratio decidendi* e *obiter dictum* para a extração da tese jurídica, os métodos de cotejo com as técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) e toda a teoria desenvolvida que possa facilitar a aplicação dos precedentes da melhor forma possível no Brasil. Dessa forma, defende que o que é vinculante tão somente a *ratio decidendi* da decisão e não a sua parte dispositiva, a ementa de um julgado ou um enunciado geral e abstrato declarado pelo tribunal como a tese jurídica da decisão. Isso pois, é por meio da *ratio decidendi* que o órgão judiciário do caso subsequente poderá aferir se a tese jurídica se aplica ou não caso diante dele à luz do cotejo entre as circunstâncias fáticas deste caso com as que do caso que deram origem à tese jurídica¹⁵².

Especificamente sobre a vinculação formal a precedentes prevista no art. 927 do CPC/15, alguns autores, como Alexandre Câmara, discutem sua legitimação democrática e constitucional a partir da amplitude do contraditório, eis que para ele os padrões decisórios vinculantes devem ser estabelecidos de forma participativa num procedimento amplamente qualificado pelo contraditório e por meio de

¹⁵⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Op. cit.* p. 58-59.

¹⁵¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. Revista do Advogado. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 445-449.

¹⁵² ABELHA, Marcelo. *Op. cit.* p. 1.260.

deliberação qualificada dos órgãos jurisdicionais¹⁵³. Mas de uma forma geral, os autores dessa corrente recusam que haja equivalência do grau vinculativo ou dever de observação entre todos os incisos do dispositivo. É nesse contexto que Cruz e Tucci¹⁵⁴, assim como Abelha¹⁵⁵, afirmam que apenas súmulas vinculantes e as decisões em controle direto de constitucionalidade (art. 927, I e II) é que possuem força vinculante, as demais hipóteses do artigo 927 seriam técnicas de uniformização de jurisprudência dotadas de força de fato e forte caráter persuasivo, mas não força vinculante, entendendo que a interpretação em forma contrária seria inconstitucional.

Em complemento a tal visão, Alexandre Câmara afirma que o art. 927 elenca padrões decisórios vinculantes e também padrões decisórios argumentativos (ou persuasivos), que são assim classificados pois os procedimentos que lhe originam não observam contraditório amplo a ponto de lhe conferirem legitimidade democrática para vincularem decisões futuras¹⁵⁶. Segundo ele, os padrões decisórios vinculantes possuem sua eficácia vinculante advinda de lei – seja ela constitucional ou infraconstitucional – que prevê o procedimento qualificado pelo qual serão criados.

Assim Câmara, divergindo da vinculação restrita aos enunciados constitucionais, entende que os padrões decisórios vinculantes são, no âmbito constitucional, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I, CPC/115) e as súmulas vinculantes (art. 927, II, CPC/15), que têm sua eficácia vinculante conferida, respectivamente, pelos artigos 102, §2º e 103-A da CF/88, e no âmbito infraconstitucional, os acórdãos em incidente de assunção de competência, em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, III, CPC/15), que têm sua eficácia vinculante conferida, respectivamente, pelos artigos 947, §3º, 985 e 1.040 do CPC/15. Já as hipóteses de padrões decisórios não vinculantes (ou argumentativos/persuasivos) são as súmulas ordinárias e a orientação do plenário ou de órgão especial (art. 927, IV e V, CPC/15), eis que estas não emanam de procedimento específico dotado de contraditório qualificado ou estão previstas como

¹⁵³ *Ibidem*. p. 177-180.

¹⁵⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Op. cit.* p. 454.

¹⁵⁵ ABELHA, Marcelo. *Op. cit.* p. 1.258.

¹⁵⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Op. cit.* p. 180.

formalmente vinculantes pela lei. Ocorre que, para o autor, afirmar que um padrão decisório do artigo 927 é argumentativo não significa que os juízes e tribunais devem ignorar sua existência, mas que têm o dever de levá-los em consideração em suas decisões em função dos deveres de uniformidade, coerência e integridade da jurisprudência previstos no artigo 926 do CPC/15, de modo que devem aplicar seus fundamentos determinantes a não ser que haja argumento novo ainda não submetido ao tribunal que estabeleceu o precedente¹⁵⁷.

Além disso, Cruz e Tucci critica o CPC/15 por ter perdido a oportunidade de conceituar os institutos da súmula, jurisprudência e precedente, que muito embora tenham a mesma gênese, qual seja, são produtos dos tribunais, apresentam funções e graus de eficácia distintos. Para ele, o termo jurisprudência, no âmbito da *civil law*, se refere a

uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, acerca de um determinado assunto, mas não necessariamente sobre uma idêntica questão jurídica. [...] revela, em algumas hipóteses, a tendência do posicionamento pretoriano sobre a interpretação de determinado texto legal¹⁵⁸.

Tal figura é diferente dos precedentes judiciais em sentido estrito, que, por sua vez, são o núcleo das decisões proferidas pelos órgãos judicantes no exercício da jurisdição que se tornam regra para os casos futuros análogos. Segundo o autor, todas as decisões são potencialmente precedentes, mas somente decisões posteriores que o apliquem que são capazes de qualificar uma decisão como um precedente. Assim, como o precedente exsurge da regra para um caso concreto, ele é sempre composto por duas partes: a) as circunstâncias fáticas do caso que lhe deu origem; e b) a tese jurídica que fundamenta a decisão (*ratio decidendi*), dotada de universalidade¹⁵⁹. Dessa forma, é imprescindível que a interpretação do precedente se dê à luz dos fatos do caso concreto que lhe originou em cotejo com os do caso sob julgamento para aferir sua aplicabilidade ou não (técnica do *distinguishing*).

¹⁵⁷ *Ibidem*. p. 284.

¹⁵⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. *Consultor Jurídico* – Coluna Senso Incomum, jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁵⁹ *Idem*.

Já a súmula, para ele, é “um enunciado interpretativo, formulado em termos gerais e abstratos¹⁶⁰”, que emerge do enfrentamento de questões polêmicas ou divergentes pelos tribunais. Trata-se de uma tentativa de captação da essência do precedente, mas que não se aplica a partir da analogia entre os fatos do caso que deu origem ao precedente e os do caso sob julgamento, e sim da subsunção dos fatos do caso sob julgamento à regra geral e abstrata da súmula.

Ressalta-se que alguns autores dessa corrente, a exemplo de Marcelo Abelha, entendem que, sob a aparência de trazer uma solução nova para o problema da instabilidade da jurisprudência no Brasil, cria-se uma sistemática de simplificação decisória. Assim, entende que o legislador estaria perpetrando um engodo ao chamar de precedente judicial – que é um instituto criador de complexidade e desenvolvido por meio de teorias comprometidas de direito – um sistema de simplificação de demandas, para que sejam filtradas e eliminadas na sua origem e, quando não eliminadas, julgadas no atacado¹⁶¹ independentemente das particularidades que possam vir a ter.

De um modo geral, a corrente doutrinária adepta aos precedentes sob viés da técnica processual se mostra bastante cética quanto à efetiva capacidade dos precedentes brasileiros de garantir decisões íntegras, coerentes, estáveis e justas, eis que estão cientes das distorções que tal vinculação formal tende a gerar na prática jurídica brasileira já arraigada da má aplicação de institutos similares. Nesse sentido, é interessante a tentativa de desqualificação de algumas hipóteses de vinculação ante a sua inconstitucionalidade e também o incentivo à adoção de metodologias mais adequadas ao uso dos precedentes, como o desenvolvimento dos conceitos *de ratio decidendi*, distinção, superação, também trabalhados pela corrente nomofilática, além da preocupação com a legitimidade democrática desses padrões decisórios.

Entretanto, muito embora tal corrente critique o caráter excessivamente formal para a vinculação das decisões, limita a tentar combatê-la mediante um conceito redentor de

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angustias e desconfianças. *Revista de Processo*, v. 259, p. 307-332, 2016. Versão digital. n.p.

ratio decidendi, que abrangeria as circunstâncias fáticas e a tese de direito a ser tomada como padrão. Trata-se de ponto em que a doutrina adepta aos precedentes sob o viés nomofilático também deposita suas esperanças, mas o que efetivamente seria a *ratio decidendi* é confuso em ambas as correntes. Alguns autores se limitam a informar que se trata da parte efetivamente vinculante do precedente, outros vão além e expõem alguns métodos clássicos do direito anglo-saxão para identificá-la, mas de um modo geral não há uma clara definição se se trata de fundamentos, razões ou norma jurídica. E tal falta de clareza incentiva que a prática judiciária se mantenha utilizando precedentes como enunciados gerais e abstratos aplicáveis por subsunção, o que parece ser unanimemente criticado pela doutrina nacional.

1.3.3 Corrente doutrinária adepta aos precedentes sob o viés hermenêutico crítico

Os expoentes da corrente doutrinária que concebe os precedentes sob o viés hermenêutico crítico são Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, que escreveram numerosos trabalhos sobre o tema. Dentre esses, destacam-se o livro *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes*¹⁶², o capítulo relativo ao artigo 927 no *Comentários ao código de processo civil*¹⁶³, o artigo *O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?*¹⁶⁴, bem como uma série de artigos publicados pelo sítio eletrônico Consultor Jurídico (Conjur)¹⁶⁵, todos de conteúdo muito crítico ao movimento de vinculação formal concedida pela legislação processual civil aos provimentos judiciais.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. v. 1. 148p. [2012]

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Comentários ao artigo 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre. (orgs). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 175-182.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes. *Consultor Jurídico* – Coluna Senso Incomum, nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?. *Consultor Jurídico* – Coluna Senso Incomum, ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

Essa corrente doutrinária, assim como a que concebe os precedentes brasileiros sob o viés da técnica processual, defende que as súmulas vinculantes e demais hipóteses do artigo 927 do CPC/15 não são precedentes inspirados na *common law*, mas sim institutos similares aos velhos assentos portugueses. Para ela, os precedentes da *stare decisis* são produto do desenvolvimento histórico e social dos países da *common law*, que foram se consolidando paulatinamente no ordenamento jurídico, já os provimentos jurídicos vinculantes brasileiros são mecanismos criados por alterações legislativas para simplificar o julgamento de demandas similares. Além disso, os provimentos vinculantes brasileiros já nascem vinculantes *pro futuro*, enquanto os precedentes da *common law* só se revestem de vinculação após a adoção do entendimento nele veiculado pelas instâncias inferiores do Judiciário¹⁶⁶.

Um aspecto de grande relevância dessa corrente é a crítica da prática judiciária e dos doutrinadores que defendem a concepção dos provimentos vinculantes do artigo 927 como teses enunciadas de forma geral e abstrata pelos tribunais, que independentemente da qualidade de suas razões, deve ser aplicada aos casos futuros de forma dedutiva-substantiva-mecânica e desvinculada do caso concreto que originou o provimento vinculante. Fenômeno que eles chamam de soluções prontas para casos futuros ou “respostas antes das perguntas” e implicaria num forte risco de engessamento hermenêutico, que é agravado pelas barreiras processuais à revisão das teses jurídicas¹⁶⁷. Em combate à tal visão, essa corrente defende que o sistema de vinculação jurisprudencial do CPC/15 deve ser entendido como uma ferramenta hermenêutica que contribui para a atividade interpretativa dos órgãos julgadores dos casos subsequentes, sempre respeitando o contraditório por meio da concessão às partes de oportunidade de se manifestar sobre a correta aplicação do provimento vinculante¹⁶⁸. Assim, quando o artigo 927 prevê que os juízes e tribunais observarão provimento judicial vinculante, não se deve entender que os juízes e tribunais estão

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Comentários ao artigo 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre. (orgs). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.192.

¹⁶⁷ Os autores citam a improcedência liminar do pedido, a monocratização das decisões dos tribunais, a inexistência do reexame necessário quando sucumbente a Fazenda Pública e o risco de multa por litigância de má-fé entre os mecanismos processuais que criam barreiras à possibilidade de revisão da tese jurídica em causas futuras. (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 1.193)

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 177.

proibidos de interpretar, mas tão somente que eles devem utilizar tais provimentos vinculantes na motivação de suas decisões e assim garantir a integridade, coerência e estabilidade previstas no artigo 926.

Dessa forma, essa corrente identifica a necessidade de combater a tendência brasileira, que já vem ocorrendo muito antes do advento do CPC/15, do uso irresponsável e amador de enunciados descontextualizados extraídos de decisões proferidas em casos anteriores dos quais se ignora as circunstâncias fáticas¹⁶⁹. Para isso, sugerem o aproveitamento de certos conceitos teóricos da tradição do *common law* desenvolvidos para lidar com os precedentes – que muito embora não devam ser importados de forma irrefletida – podem contribuir para uma utilização menos danosa dos provimentos vinculantes brasileiros. Dentre esses conceitos estão *ratio decidendi* e *obiter dictum*, bem como critérios para aplicação ou afastamento (*distinguishing*) dos precedentes, que só podem ser aplicados quando suficientemente similares em confronto com o caso *sub judice*. Assim, para essa corrente, não é todo conteúdo do provimento vinculante que é vinculante, já que ainda que ele esteja delimitado por súmula, é necessário interpretar o seu sentido no caso a ser julgado à luz do caso concreto que deu origem ao precedente.

Diante de certa descrença na funcionalidade dos provimentos vinculantes para a solução dos problemas de insegurança jurídica gerada pela falta de uniformidade das decisões judiciais, a presente corrente doutrinária aposta na prescrição do artigo 926 do CPC/15, que, por meio da integridade e coerência, impõe tratamento igual à situações iguais mediante a manutenção de uma cadeia discursiva tal qual o romance em cadeia de Dworkin¹⁷⁰, o que diminui a discricionariedade judicial. Assim, segundo eles, ainda que haja provimento vinculante o juiz não deve acatar de forma cega e

¹⁶⁹ Os autores citam Maurício Ramires como o autor que analisou de forma aprofundada esse fenômeno. Cf. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁷⁰ Ronald Dworkin cria a metáfora do “romancista em cadeia” para descrever como deve ser o papel do intérprete do direito. Para ele, o intérprete deve ser visto como um dos coautores de uma obra coletiva, na qual é necessário se ter em consideração o que foi escrito nos capítulos anteriores e dar continuidade à trama de modo a criar ambiente propício para o próximo participante. Nesse contexto, não pode cada coautor agir isoladamente, escrevendo um conto sem conexão com os outros. Por tratar-se de trabalho coletivo, seu sucesso exige compromisso, responsabilidade e engajamento por parte dos coautores. Ressalta-se que reviravoltas ou alterações de rumo são permitidas, mas essas devem ser devidamente justificadas com a demonstração dos elementos que a ocasionaram. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 238.

acrítica o resultado nele atingido, mas deve analisar se o resultado interpretativo do provimento vinculante teve uma fundamentação racional, para o utilizar apenas em casos afirmativos¹⁷¹.

Especificamente sobre as hipóteses previstas no artigo 927 do CPC/15, essa corrente as classifica em provimentos vinculativos de primeiro e segundo grau. Os de primeiro grau seriam as hipóteses cuja vinculação é prevista na Constituição Federal, quais sejam: a decisões em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, previstas nos incisos I e II do art. 927; ao passo que todas as outras hipóteses do art. 927 seriam de segundo grau, e por não terem autorização constitucional são inconstitucionais. Assim, os provimentos vinculantes de primeiro grau têm vocação para resolver casos futuros como se fossem normas jurídicas: as decisões em controle concentrado de constitucionalidade têm força vinculante conferida à sua parte dispositiva – interpretada em conformidade com o conteúdo do acórdão – em relação aos casos futuros; e a súmula vinculante – que não é regra geral e abstrata – tem o seu DNA vinculante aos casos futuros. Já os provimentos vinculantes de segundo grau só poderiam vincular outros casos – superada sua inconstitucionalidade – a partir de uma cadeia de decisões em casos concretos que de forma contingencial darão origem a novos provimentos¹⁷².

Em suma, a corrente doutrinária adepta aos precedentes sob o viés hermenêutico tem como principal crítica ao modelo de precedentes judiciais brasileiro – o que prefere chamar de sistema de provimentos jurisdicionais vinculantes – a ideia de vinculação à enunciados. Isso porque, a partir da concepção de diferença entre texto e norma, não haveria sentido em substituir leis escritas por precedentes escritos, que são igualmente interpretáveis e apresentam os mesmos defeitos de vagueza, ambiguidade e imprecisão da lei. Para essa corrente, se a razão de ser dos precedentes é a resolução dos problemas das decisões judiciais conflituosas geradas por tais defeitos da lei, não há lógica em conceber precedentes dotados dos mesmos

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 179-180.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Comentários ao artigo 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre. (orgs). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1202-1204.

defeitos que fundamentam sua existência. Isso levaria à substituição do juiz boca-da-lei pelo juiz boca-do-provimento-vinculante¹⁷³ e além disso, aceitar vinculação à provimentos não autorizados pela Constituição Federal é tolerar uma nítida inconstitucionalidade em contrapartida à celeridade no julgamento dos processos que abarrotam o Judiciário¹⁷⁴. Por essa razão, essa corrente doutrinária identifica os primados da coerência e integridade previstos no artigo 926 como verdadeira ferramenta capaz de solucionar a jurisprudência lotérica e garantir que o Judiciário profira em suas decisões a solução constitucionalmente adequada.

Essa corrente de viés hermenêutico crítico é a adotada na presente pesquisa, eis que é a que se mostra mais completa e adequada ao constitucionalismo brasileiro contemporâneo, superando os defeitos apontados como presentes nas concepções das duas anteriores: a de viés nomofilático e de viés da técnica processual. Com base nas críticas e delineamentos expostos por essa corrente hermenêutica crítica, Juraci Mourão Lopes Filho desenvolveu minuciosa teoria para a utilização dos precedentes judiciais e jurisprudência no Direito brasileiro de forma compatível ao constitucionalismo contemporâneo. Trata-se de trabalho que serviu de referencial teórico para a presente pesquisa e que será pincelado no tópico a seguir.

1.4 O CONCEITO DE PRECEDENTE ADOTADO: UMA LEITURA ADEQUADA AO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Diante de todo o exposto, adota-se na presente pesquisa o conceito de precedente desenvolvido por Juraci Mourão Lopes Filho no livro *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*¹⁷⁵. Eis que nele, o autor aponta as inconsistências da corrente de viés nomofilático, aporta as constatações da corrente de viés da técnica meramente processual, criticando-a e propondo soluções para o excesso de formalismo, e adota a corrente de viés hermenêutico filosófico, desenvolvendo de forma sólida e detida os principais aspectos que permeiam a

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 1.202; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?. *Consultor Jurídico* – Coluna Senso Incomum, ago. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 1.201

¹⁷⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.*

utilização de precedentes judiciais no Direito brasileiro de forma compatível com o constitucionalismo contemporâneo.

Dentre os muitos pontos relevantes acerca da tomada de referência teórica para o desenvolvimento de um adequado conceito de precedente, o autor explora, com base nas lições de Raimo Sitala¹⁷⁶, três paradigmas jurídicos na lida com precedentes judiciais e suas respectivas ideologias para demonstrar como eles moldam as concepções acerca do tema. Eles são: i) paradigma normativo; ii) paradigma contextualista; e iii) paradigma sistêmico de Dworkin com a incorporação da Hermenêutica filosófica.

O paradigma normativo¹⁷⁷, segundo o autor, abrange as ideologias da *judicial reference* e da *judicial legislation* e propõe o magistrado como um legislador em pequena escala que insere na ordem jurídica uma norma cogente a ser seguida sem desvios pelo magistrado subsequente, que deve aplicá-la por meio de procedimentos de lógica formal, preponderantemente silogismos. O magistrado é, nesse contexto, equiparado a um legislador de toga num sistema autorreferente, em que se busca identificar e reproduzir o sentido original do precedente da forma com a qual foi estabelecido pelo tribunal emissor. Trata-se de paradigma que muito se aproxima do positivismo.

A *judicial reference* se aproxima do positivismo exegético na medida em que concebe uma predeterminação absoluta da *ratio*, reduzida a uma dimensão normativa estreita. O precedente é tido como a correta interpretação da lei, passando a ideia de que aplicar o precedente é, em verdade, aplicar a legislação e não um julgado. Nesse contexto, ao magistrado do caso subsequente não cabe liberdade interpretativa para fazer acréscimos hermenêuticos, eis que este deve se limitar a busca o sentido já posto e imposto. Para garantia desse sentido posto, é comum a previsão de ferramentas, tais como a reclamação brasileira, para viabilizar acesso imediato ao tribunal emissor do julgado interpretativo para que ele preserve o único sentido autorizado (autêntico) da norma. Tal uniformidade é garantida por tribunais de

¹⁷⁶ SILTALA, Raimo. *A theory of precedent – from analytical positivismo to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Portland, 2000.

¹⁷⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 234-242.

hierarquia elevada numa vinculação meramente formal ante ao aspecto subjetivo da autoridade emissora.

Já a *judicial legislation* se aproxima do positivismo normativista na medida em que equipara o precedente a uma norma geral e abstrativizada erigida a partir da especificidade do caso julgado. O argumento de autoridade do tribunal é tido como suficiente para justificar a obrigatoriedade do precedente, que é reduzido a uma regra (*ratio decidendi*) que é aplicável no tudo ou nada. Nesse contexto, relega-se a busca por correção substancial ou coerência intersubjetiva, reduzindo o fenômeno jurídico a dimensões formalistas em prol de previsibilidade.

Esse paradigma é o vigente nos países de tradição de *civil law*, incluindo o Brasil. Como ele parte inicialmente de uma resistência de reconhecimento do efetivo papel dos precedentes no Direito, não houve o desenvolvimento de uma teoria própria para a utilização deles. Dessa forma, esse déficit teórico gerou uma utilização indiscriminada dos precedentes por meio da mimetização dos métodos legalistas que se embasam no Direito legislativo.

O paradigma contextualista¹⁷⁸ abrange a ideologia da *judicial exegesis*, *judicial analogy* e a *judicial revaluation*. Segundo o autor, nesse paradigma o magistrado é tido como um “árbitro imparcial, equidistante das partes de uma lide privada, com o principal desiderato de solucionar o caso com arrimo no contexto trazido pelos litigantes, com o apoio de seus argumentos e provas”¹⁷⁹. Nesse sentido, a lida com precedentes se pauta na comparação, assemelhamento e diferenciação entre o caso decidido (precedente) e o caso atual sob julgamento. As três ideologias compartilham o objetivo de buscar o que foi decidido no passado para orientar decisões futuras a partir de uma consideração dialética do que foi produzido. Assim, diferenciam-se das ideologias do paradigma normativo pois não se preocupam em buscar algo voluntariamente posto pelo legislador, mas em compreender, estender e constituir a operação realizada. Há assim, um desprendimento da sujeição à subjetividade do tribunal emissor.

¹⁷⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 242-250.

¹⁷⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 242.

A *judicial exegesis* é caracterizada pela tentativa de compreender o que foi feito no julgamento precedente para tentar reproduzi-lo no julgamento subsequente. Dá-se ênfase ao que foi feito e não ao que foi dito, não havendo uma subordinação meramente formal ao tribunal emissor, eis que há margem de liberdade em relação às palavras utilizadas pelo julgador.

Já *judicial analogy* se caracteriza por prezar a observação do passado para estender a solução utilizada ao caso subsequente via analogia. O precedente é tomado como exemplo a ser seguido mediante comparação e aproximação, não havendo recurso ao método formal dedutivo como no paradigma normativo. Essa ideologia, muito embora tome uma regra como parâmetro, não a idealiza como alvo de subsunção simples, mas concebe a regra do caso subsequente a partir da identificação dos elementos das duas situações.

A *judicial revaluation*, por sua vez, se volta para o passado sugerindo a remodelação da solução para adaptá-la ao julgamento subsequente. Há, dessa forma, uma espécie de metodologia histórico-evolutiva. Assim, diferentemente das duas ideologias anteriores em que há grande constrição dos limites do precedente, no *judicial revaluation* há uma reinterpretação e reconstrução mais profunda, havendo menor limitação da extensão do precedente.

Trata-se do paradigma vigente nos países de tradição do *common law*. Muito embora nesse paradigma se encontrem tentativas por parte da doutrina para o desenvolvimento de técnicas para melhor delimitar a utilização dos precedentes, é certo que impera o entendimento de que o *common law* não pode ser aprisionado em padrões pré-fixados. Nesse paradigma, não se crê que haja procedimento prévio, exaustivamente fixado por regras claras, que determine qual a regra subjacente ao precedente, o que será visto na análise da doutrina da *common law* no capítulo seguinte. Além da descrença de método prévio e único para lidar com precedentes, esse paradigma de certa forma neutraliza o subjetivismo pois nega que o precedente seja fruto de um ato de vontade, já que é analisado a partir das circunstâncias fáticas e daquilo que o magistrado fez e não do que afirma ter feito. Nesse ponto, é interessante observar que essa abertura para os fatos, típica do paradigma contextualista, parece ser entendida como suficiente para atender às exigências do

constitucionalismo contemporâneo e é por isso que, no Brasil, se entende que importar institutos desse sistema seria suficiente para a superação das falhas do positivismo. Entretanto, o constitucionalismo contemporâneo exige um “rompimento com a atitude semântica denunciada por Dworkin que não é realizada nesse paradigma contextualista”¹⁸⁰, que embora avance em relação ao paradigma normativo, tem suas principais questões (se o elemento vinculante são regras, fatos, argumentos etc.) afetadas pelo agulhão semântico de Dworkin, levando ao não desprendimento das amarras voluntaristas.

O paradigma sistêmico¹⁸¹ apontado por Lopes Filho como o mais adequado ao constitucionalismo contemporâneo é idealizado por Dworkin a partir do paradigma contextualista. Esse paradigma rechaça a ideia de precedente como norma similar à legislativa, advinda de ato de vontade do magistrado ou intérprete, desconectada da situação que lhe originou. Também não busca recuperar o trabalho anterior, condicionando-o ao contexto que o influenciou. Muito embora tenha visão retrospectiva, o paradigma sistêmico não se limita a busca do que foi feito, mas se ocupa com o presente e com o futuro, ele busca uma “integridade dos elementos subjacentes do precedente que guiaram sua formação, compatibilizando-o com a nova resposta a ser dada na aplicação”¹⁸². Toma-se a ideia do romance em cadeia (*chain novel*) como parâmetro hermenêutico para a utilização do precedente, que impede: i) voluntarismo, que seria ocasionado pela redução do precedente a uma regra imposta pelo tribunal superior a ser aplicada por subsunção; e ii) particularismos e rupturas, frutos de excessivo *distinguish* e guinadas jurisprudenciais que ignoram produção jurisdicional anterior.

Esse paradigma dá ênfase à força gravitacional ou também chamada hermenêutica do precedente em detrimento da força de promulgação, afastando um enquadramento em sistema formal na condição de partícula isolada que ingressa formalmente numa estrutura hierárquica rígida. Assim, o precedente nunca é tomado como um fragmento perfeito e acabado que incide de forma automática e infalível. O aplicador do precedente deve analisar o “quadro amplo do passado e do presente, mediante uma

¹⁸⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 249.

¹⁸¹ *Ibidem.* p. 250-257.

¹⁸² *Ibidem.* p. 250.

fundamentação argumentativa que os bem explore e exponha, tornando-a mais rica e completa”¹⁸³, não aplicando-o na lógica dedutiva que resulta num tudo ou nada. Dessa forma, os silogismos simples que levam a fundamentações como “o tribunal entende de tal forma, pelo que assim deve ser decidido esse caso” são substituídos por fundamentações mais refletidas e particularizadas. O dever de coerência e integridade é linha mestra desse paradigma, que impõe que nenhuma parte do precedente pode ser compreendida isoladamente, fora da cadeia sistêmica em que ele se insere.

Dessa forma, o paradigma sistêmico abandona os critérios formais de justificação para seguir o precedente, para adotar elementos substanciais que determinam a força hermenêutica que possui o precedente para ser utilizado no caso subsequente, força essa que não é fixa, predefinida ou contingente. A argumentação deve ser feita de maneira clara e aberta, considerando todos os elementos que poderiam influenciar na decisão por meio de uma análise própria a cada caso. Não há aplicação meramente lógica formal por simples invocação de precedente anterior. Nesse sentido,

a ratio decidendi é constituída pelo julgador seguinte (no papel próprio de Hércules) em uma investigação mais profunda em busca de um princípio sistematizado, ou seja, um princípio que se encontre no julgado, mas coerente com toda a linha jurisprudencial anterior e que possa, por esse motivo, se sustentar de maneira estável no futuro. Isso evita que o precedente tenha como autoridade simplesmente a hierarquia da corte emissora. Contudo, não é uma elaboração unilateral nem voluntarista, mas institucionalizada e fundamentada, mais um elo da cadeia¹⁸⁴.

Nesse contexto, a segurança jurídica é concebida como continuidade evolutiva, coerência e integridade, e não previsibilidade, antevisão e reprodução acrítica. Há, nesse paradigma, um efetivo abandono do subjetivismo, eis que i) nega a crença da neutralidade do magistrado e encara tal problema de frente propondo sua solução mediante o dever de integridade e coerência, bem como ii) não concebe cada caso concreto como elemento subsumível a um juízo universal, e sim como um mais um elo da cadeia sistemática que molda o Direito como um todo.

Ao proposta de Dworkin de não se ocupar com o que foi imposto pelo tribunal que emitiu o precedente e sim com uma compreensão mais ampla é perfeitamente

¹⁸³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 251

¹⁸⁴ *Ibidem.* p. 254.

compatível com a concepção filosófica de Gadamer, que afirma que “o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer ou fazer”¹⁸⁵. E é na junção do aporte filosófico da Hermenêutica filosófica de Gadamer com seu conceito de círculo hermenêutico num jogo de-e-para aliada a concepção do paradigma sistêmico de Dworkin que Juraci Lopes Filho sustenta sua concepção de precedente judicial.

Assim, Lopes Filho, após exposição e justificação detalhada para adoção das bases estruturais e profundas dos níveis do Direito¹⁸⁶, conceitua precedente como

uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançado sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais. Essa resposta é identificada em função não só dos elementos de fato (abstratos ou concretos) e de direito (em suas mútuas influências) consideradas no julgamento e obtidos da análise da motivação apresentada, mas também dos elementos amplos que atuaram no jogo de-e-para do círculo hermenêutico e que integram as razões subjacentes do julgamento. Essa resposta comporá a tradição institucional do Judiciário merecendo consideração no futuro, inclusive por tribunais superiores, pois mesmo os escalões mais elevados não podem ignorar os outros elos do sistema em rede que formam. Sua utilidade na ordem jurídica é, adicionalmente, funcional, pois elide o desenvolvimento de outras decisões a partir de um grau zero, evitando subjetivismos, economizando tempo e garantindo uma igualdade de tratamento entre casos substancialmente iguais.¹⁸⁷

Lopes Filho, partindo da concepção de círculo hermenêutico e *applicatio* da filosofia de Gadamer, conceitua o precedente como “resposta” para que ele permaneça sempre vinculado às perguntas que se fizeram presentes na resolução do caso de origem e quais emergem no novo caso. Assim, ao conceber o trabalho hermenêutico com precedentes como um jogo de perguntas e respostas, impede-se a generalização e abstração automática e não fundamentada. Dessa forma, a decisão que só pode ser entendida em função do todo, não sofre o desprendimento artificial de parte sua como se fosse estanque e autônoma para ser utilizada em numerosos casos subsequentes.

¹⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 14.

¹⁸⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 135-322.

¹⁸⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 275.

Seguindo no conceito, tem-se o precedente como um elemento enriquecedor do sistema jurídico na medida em que agrega sentido por meio dos casos que resolve. Tal característica se compatibiliza com o repúdio à abstrativização máxima e infalível, eis que esta, ao contrário de enriquecer, empobrece o círculo hermenêutico. Além disso, tal característica permite também demonstrar a diferença entre precedente e caso julgado. O caso julgado não apresenta peculiaridades que ensejem ganho hermenêutico, pois não agrega ao sistema um sentido distinto daquele obtido pela interpretação com base em situações-padrão. Assim, nos casos em que a situação-padrão prevista em lei for suficiente para a resolução do caso, não haverá ganho hermenêutico e não haverá motivo utilizar tal decisão num caso futuro. Só haverá o aludido ganho quando, no jogo hermenêutico, os fatos e o direito efetivamente considerados forem relevantes, ainda que não determinantes.

Acerca dos fatos, Lopes Filho aponta outro ponto importante: como toda interpretação/aplicação envolve necessariamente fatos, não há que se falar em interpretação exclusivamente jurídica, pois, interpreta-se aplicando-se. Dessa forma, há sempre consideração em relação aos fatos, sejam eles concretos nos chamados processos subjetivos, sejam eles abstratos meramente imaginados em processos denominados objetivos.

Nesse sentido, ao se afirmar que um processo de controle abstrato de constitucionalidade é objetivo em razão de analisar o Direito em tese, deve-se estar ciente que há consideração de fatos. Estes podem até não ser fatos concretos discutidos e particularizados, mas, inevitavelmente, se consideram situações-padrão de aplicação. Dessa forma, quando se aprecia “direito em tese” se está apreciando os enunciados normativos a partir de situações gerais ou de cogitações acerca de hipóteses de incidência das normas analisadas. Num processo tido por objetivo, o ganho hermenêutico guardará relação com as situações-padrão imaginadas, de modo que se os casos subsequentes possuírem situações particulares que fujam dessas situações-padrão, estes não poderão estar submetidos ao precedente.

A partir das considerações sobre precedentes arrimados em fatos concretos e abstratos, Lopes Filho traça importante distinção sobre precedentes que realizam

controle de constitucionalidade. Isso pois, nesses o julgamento acerca do sentido de um enunciado normativo infraconstitucional tem efeitos próprios.

No controle abstrato de constitucionalidade, ao se declarar uma norma como inconstitucional é feita uma análise das situações-padrão e gerais em que o sentido normativo será inconstitucional. Nesse caso o legislador atribuiu um efeito formal para que o aludido texto legal seja impedido de ser considerado em futuras situações. Escolha legislativa que possivelmente advém do fato de que a razão de ser do texto legal é abranger situações-padrão e se este é considerado inapto para regular tais situações gerais, opta-se por extirpa-lo do sistema. Especificamente em razão do efeito formal atribuído a esse tipo de julgado se pode conceber autonomia da parte da decisão que decide pela inconstitucionalidade, desprendendo-a das demais partes do julgamento. Trata-se de fenômeno muito semelhante à uma expressa revogação legislativa.

A situação é diversa em relação à declaração de inconstitucionalidade via controle incidental de constitucionalidade, eis que a essa decisão não se atribui o formal efeito *erga omnes*. Assim, por ausência desse efeito formal no controle concreto, não se pode desprender a declaração de inconstitucionalidade do caso. Tanto é assim que é possível que o mesmo texto legal que antes teve um de seus sentidos (norma) declarado inconstitucional em controle concreto enseje norma declarada constitucional em outro caso em que presentes elementos que levem a um sentido tido como constitucional. Tal impossibilidade de utilização autônoma de parte específica do julgado que declare a inconstitucionalidade é facilmente evidenciada nos julgamentos que envolvem ponderação de princípios, que por sua natureza não comporta juízos definitivos. Fica claro, dessa forma, que não se pode isolar a declaração de inconstitucionalidade concreta do contexto processual em que foi produzida. Razão pela qual, registra-se a discordância em relação às ideias defendidas pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, que defende a atribuição de efeitos *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas no controle concreto.

Como visto, na declaração de inconstitucionalidade há uma grande distinção em relação aos seus efeitos a depender se em modalidade abstrata ou concreta. Tal

diferença, entretanto, não remanesce quando a declaração for de constitucionalidade de um sentido do texto (norma). Em ambas as modalidades, é possível que, em outras circunstâncias fáticas e jurídicas, a norma (sentido) se revele inconstitucional sem que o precedente seja violado, ainda que esta decisão seja dotada de efeito *erga omnes*. Isso se dá, pois ao se declarar a constitucionalidade, o que se faz é declarar a constitucionalidade de um sentido possível, sem abarcar a análise de todos os sentidos possíveis e, conseqüentemente, não se pode afirmar que todos eles sejam constitucionais. Diante disso, no controle abstrato, ao contrário do que ocorre quando se trata de decisão que declara a inconstitucionalidade, a decisão que declara a constitucionalidade não é dotada de autonomia. Assim, mesmo que nesse julgamento que declara a constitucionalidade de uma norma (sentido) seja possível identificar uma norma geral e abstrata, ainda assim, essa norma não poderá ser considerada de maneira isolada do contexto em que se deu seu julgamento.

A parte final do conceito destaca o papel funcional do precedente, que não é o de garantir segurança jurídica mediante respeito às decisões da cúpula do Judiciário definidora do correto sentido dos enunciados legislativos, mas a de inviabilizar a prolação de decisões a partir de um grau zero de sentido, obstando o subjetivismo, economizando tempo e garantindo que casos substancialmente iguais sejam tratados com igualdade.

CAPÍTULO 2 – O PROBLEMA DA *RATIO DECIDENDI* NA UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS: ANÁLISE DOS CONCEITOS ADOTADOS PELA DOUTRINA DA *COMMON LAW* E SUAS RESPECTIVAS TÉCNICAS DE IDENTIFICAÇÃO

O presente capítulo abordará o problema da *ratio decidendi* na utilização de precedentes judiciais, analisando, primeiramente a visão da doutrina brasileira acerca do tema, para, em seguida, expor as teorias e técnicas que lhe são inerentes desenvolvidas pelos principais expoentes da doutrina da *common law* sobre o tema. Por fim, a partir do referencial teórico adotado, tais teorizações e técnicas terão sua compatibilidade com o constitucionalismo contemporâneo analisadas criticamente.

2.1 A DOCTRINA BRASILEIRA E A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE MEDIANTE A SUA *RATIO DECIDENDI*

Nos países de tradição do *civil law*, em razão da aderência ao paradigma normativo sinteticamente abordado no capítulo anterior, o precedente é tendencialmente tido como norma geral obtida pela abstrativização da norma individual e concreta exarada no julgamento do precedente, essa, fruto de um ato de vontade do magistrado que detém autoridade para tal. Nesse cenário, há uma objetivação da parte nuclear do precedente, que se aplica mediante subsunção de todos os casos possíveis ao juízo universal, nos moldes de qualquer norma geral e abstrata. A compreensão dos precedentes é centralizada no tribunal que exarou a decisão, eis que divergências por parte de magistrados de nível hierárquico inferior podem ser consideradas insubordinação. Há, assim, a busca pela previsibilidade por meio de enunciados linguisticamente amplos capazes de comportar casos futuros em seu sentido e assim ser viável a antecipação de resultados.

Dessa forma, em relação a esse padrão, na linha do analisado no capítulo anterior, identifica-se teoricamente um ideário positivista e ideologicamente, o liberalismo almejado pelo Estado de Direito legislativo.

No Brasil, uma análise da doutrina acerca dos precedentes demonstra com maior ou menor explicitude as bases positivistas liberais que ambientam o senso comum teórico acerca do tema.

Toma-se por exemplo a doutrina de Patrícia Perrone, que concebe o precedente, sua função e aplicação a partir da distinção entre *ratio decidendi*, ou seja, o núcleo vinculante do precedente, e *obiter dicta*, o elemento não vinculante. Segundo a autora:

O holding ou ratio decidendi constitui a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores. Trata-se de uma das noções mais importantes para a operação com julgados normativos e, paradoxalmente, uma das mais controvertidas, como já antecipado. Nas palavras de Marcelo Alves de Souza: “afora alguns pontos onde há certa concordância, a doutrina diverge – e muito – na definição do que seja ratio decidendi e na escolha do método mais eficaz de identificá-la no bojo de um precedente judicial”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 118-119.

Também concebendo precedente a partir de viés normativo, como instrumento de produção de comandos abstratos que serão utilizados no futuro, tem-se Caio Márcio Gutterres Taranto, que afirma que:

Ao atribuir temporariedade e racionalidade à decisão, o magistrado que utiliza o precedente aplica o conhecimento pré-constituído de forma positiva ou negativa, sendo que essa orientação assume normatividade, na medida em que consubstancia comando abstrato a ser aplicado em um caso concreto posterior¹⁸⁹.

O autor, ao prever a abstrativização do comando, admite o desprendimento do precedente em relação ao contexto concreto em que foi criado. Assim, o que é utilizado no caso subsequente não é o precedente como um todo, mas uma parte dele, qual seja, a norma dele emergente, permitindo uma equiparação da aplicação da lei com o uso do precedente. Nesse mesmo sentido, Teresa Wambier aponta que na *civil law* os passos para utilizar o precedente são:

- 1) Examinar o caso;
- 2) Verificar a semelhança ou a identidade do caso a ser decidido com aquele descrito na norma, ou abrangido pela norma;
- 3) Determinar exata e precisamente o sentido da norma;
- 4) Decisão de aplicar a norma ao caso concreto¹⁹⁰.

Na mesma linha, Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga também concebem o precedente sob o viés normativo, ao descreverem a *ratio decidendi* como a “norma jurídica criada e contida na fundamentação do julgado [...], que servirá como modelo normativo para a solução de casos futuros semelhantes àquele”¹⁹¹, que junto com a norma jurídica individualizada que resolve o caso concreto, correspondem às duas dimensões de uma decisão jurisdicional. Em relação à forma de a identificar, afirmam que ela “depende também, necessariamente, do exame do caso de que se originou: exame do problema e dos contextos fático e jurídico submetidos ao órgão jurisdicional”¹⁹².

¹⁸⁹ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 7-8.

¹⁹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, n. 893, mar-2010. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁹¹ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao artigo 489. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão digital. n. p.

¹⁹² *Idem*.

Hermes Zaneti Jr., também sob viés normativo, afirmando inexistir conceito pacífico de *ratio decidendi* na doutrina internacional, aponta que ela deve ser entendida como norma geral e concreta¹⁹³ correspondente à “soma da unidade fático-jurídica e do resultado jurídico da aplicação do direito às determinadas circunstâncias fáticas que, uma vez invertido, resulte em alteração do conteúdo da decisão”¹⁹⁴. Partindo desse conceito, propõe que ela seja “aferida por meio do método eclético sugerido por Rupert Cross [...] com as ressalvas e reservas efetuadas por Neil Duxbury e Neil MacCormick”¹⁹⁵, explicando que o método de Cross aproveita da técnica da inversão de Wambaugh e a teoria de Goodhart dos fatos materiais somados à solução jurídica.

Ainda numa visão normativa, Taís Schilling Ferraz, adotando o conceito de *ratio decidendi* desenvolvido por Riccardo Guastini, entende que ela é “uma proposição (ou mais de uma), extraída da decisão, e que é passível de se abstrair e reproduzir-se, para reger casos passados em circunstâncias semelhantes, por um processo de universalização que deve ser empreendido pelo intérprete”¹⁹⁶. Ela analisa as teorias Wambaugh, Goodhart, Maccormick, Cross e Harris e Frederick Schauer e reconhece a inexistência de um método específico para identificar a *ratio decidendi*.

Outro autor que concebe o precedente sob o viés normativo é Lucas Buril de Macêdo, chegando a analisar as ocasiões em que *ratio decidendi*, que ele toma como “norma do precedente”, seria princípio ou regra¹⁹⁷. Em busca de um método para identificar a norma, Macêdo revisita brevemente os trabalhos de Wambaugh, Oliphant, Goodhart, Maccormick, Cross e Harris, Michael Moore e Melvin Eisenberg, concluindo pela impossibilidade e falta de importância em apontar um único método correto ou superior aos demais para definir a *ratio decidendi*, já que – assim como qualquer outra

¹⁹³ ZANETI JR., HERMES. *Op. cit.* p. 402.

¹⁹⁴ ZANETI JR., Hermes. *Comentários ao artigo 926*. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão digital. n. p.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 255-256

¹⁹⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira de precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 215-238.

norma jurídica – ela “dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso.”¹⁹⁸.

Por sua vez, Daniel Mitidiero equipara a *ratio decidendi* ao precedente, conceituando-a como

razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade.¹⁹⁹

Muito embora tenha conceituado a *ratio decidendi* como “razões jurídicas” e não norma, Mitidiero afirma que o juiz ou corte responsável por julgar o caso novo deve construir a *ratio decidendi* mediante generalização das razões utilizadas pela corte do precedente para julgar o caso passado²⁰⁰. Tal generalização admitida pelo autor, assim como acontece na redução de parte do precedente à norma, leva ao desprendimento da razão generalizada em relação ao contexto concreto que deu origem ao precedente, levando a uma aplicação silogística tal como a da legislação.

Também não afirmando expressamente que a *ratio decidendi* é norma, Marinoni se abebera das teorias de Wambaugh e Goodhart, percorrendo sinteticamente as críticas de Stone, Cross, Simpson, Duxbury e MacCormick²⁰¹ e desenvolve seu conceito de *ratio decidendi*, que parece ser: a compreensão do juiz do caso futuro acerca do(s) motivo(s) suficiente(s) (determinante) à específica solução de uma questão jurídica, que analisada à luz dos fatos do precedente e do caso futuro, serão vinculantes quando aferida a compatibilidade²⁰². O autor investe num conceito mais inspirado no paradigma contextualista da tradição anglo-saxã, mas acaba por defender sua aplicação sob o viés do paradigma normativo, ao afirmar que o precedente deve ser aplicado “até seus limites, regulando todos os casos aí cabíveis”²⁰³. Ficando, assim,

¹⁹⁸ MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 242.

¹⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da Persuasão à Vinculação*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018. p. 90.

²⁰⁰ *Ibidem*. p. 100.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 162-168.

²⁰² *Ibidem*. p. 162-168; 175-188.

²⁰³ *Ibidem*. p. 236.

evidente um desprendimento do elemento vinculante do precedente de seu todo rico em complexidade.

De um modo geral, a análise das diferentes concepções da doutrina brasileira acerca dos precedentes judiciais demonstra que, muito embora apresentem a preocupação em não atribuir vinculação à parte dispositiva da decisão que inaugura o precedente ou à prescrição geral e abstrata enunciada pelo órgão judiciário na ementa da decisão, tende-se a propor uma aplicação do precedente sob uma visão positivista. Trata-se de decorrência natural do paradigma normativo em que o Brasil está historicamente inserido e que ora, está sendo influenciado por técnicas do paradigma contextualista como se pode ver com o aporte teórico de elementos da tradição anglo-saxã, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum* e *distinguishing*, *overruling*.

A doutrina brasileira, frustrada com o mau uso dos enunciados de súmulas, parece depositar a esperança de utilizar adequadamente o direito jurisdicional a partir da importação desses elementos utilizados na *common law* para lidar com precedentes. Entretanto, tal importação não é feita com as devidas cautelas, pois sequer há, de um modo geral, a consciência de que no paradigma contextualista daquela tradição tais elementos não são estanques, nem delimitados a partir de uma técnica rígida, preestabelecida e infalível. A tradição jurídica brasileira, moldada sob o paradigma normativo, tende a buscar tais características nesses elementos da *stare decisis*, deturpando-os.

Porém, ainda que houvesse uma aplicação adequada desses institutos, não se alcançaria as exigências do constitucionalismo contemporâneo. Isso pois, não obstante o paradigma contextualista da *common law* abrande falhas do positivismo normativista típico da Europa continental a partir da maior abertura aos fatos e ao contexto, como se verá neste capítulo, as concepções geradas a partir dele também apresentam problemas teóricos e práticos, e, ainda que em menor medida, remanesce presente o voluntarismo e o subjetivismo.

Nesse movimento de busca de inspiração na *common law*, verifica-se que a doutrina brasileira converge no sentido de que a adequada aplicação da *stare decisis* no Brasil deve importar, com as devidas adaptações, a ideia de que o que efetivamente vincula

não é um enunciado geral e abstrato estabelecido pelo órgão julgador do precedente, mas sim o núcleo do precedente atrelado às circunstâncias fáticas do caso que lhe originou, qual seja, a *ratio decidendi*. Assim, afirma-se que se deve aproveitar a dogmática desenvolvida naqueles países para que se possa compreender o que venha a ser essa *ratio decidendi* ou *holding*²⁰⁴ e como se deve proceder para a identificar no caso concreto.

Ocorre que, mesmo no âmbito da *common law*, conceituar *ratio decidendi* não é tarefa simples e, como ficará demonstrado neste capítulo, trata-se de matéria extremamente controvertida naquela tradição jurídica, que gerou múltiplas posições doutrinárias, que se refletem em várias teorias, que, a partir de si, geram várias técnicas para sua configuração.

De um modo geral, o que varia entre as diversas teorias de *ratio decidendi* é a escolha do conjunto de elementos do caso que são reputados como importantes para a determinação da *ratio decidendi* de acordo com cada uma dessas teorias. Todos os outros elementos do caso que não fazem parte desse conjunto qualificado são nomeados, por todas as teorias, como *obiter dictum*²⁰⁵ ou simplesmente *dictum*.

Para uma melhor compreensão acerca do conceito de *ratio decidendi* é fundamental o estudo dessas teorias e as respectivas técnicas para sua determinação, razão pela qual, passa-se a, primeiramente, descrever e, em seguida, analisar o proposto sobre o tema pelos principais expoentes na temática.

2.2 EXPOSIÇÃO DAS TEORIAS DE *RATIO DECIDENDI* DA DOUTRINA DA *COMMON LAW*

O presente tópico abordará, de forma descritiva, as teorias e críticas dos principais autores sobre *ratio decidendi* no âmbito da *common law*. São eles: Eugene Wambaugh, Herman Oliphant, Arthur Lehman Goodhart, James Louis Montrose,

²⁰⁴ *Ratio decidendi* e *holding* são expressões sinônimas, sendo mais comum encontrar o primeiro termo na literatura jurídica inglesa e o segundo na norte-americana. No Brasil, a expressão *ratio decidendi* é a mais comumente utilizada no âmbito tanto acadêmico quanto do judiciário, motivo pelo qual será o termo adotado no presente trabalho.

²⁰⁵ *Dictum* é a forma singular da expressão, cujo plural é *dicta*.

Julius Stone, Rupert Cross e James W. Harris, Alfred William Simpson, Neil MacCormick, Michael Stuart Moore e Melvin Aron Eisenberg.

2.2.1 Eugene Wambaugh

Em seu livro *The study of cases*²⁰⁶, Eugene Wambaugh se propõe a elaborar um manual para que estudantes de direito efetivamente estudassem os *reports*²⁰⁷ dos casos que formaram precedentes com o objetivo de que eles próprios analisassem, determinassem os pontos juridicamente relevantes do caso e aferissem a aplicabilidade da regra de direito nele estabelecida para casos futuros, sem se prenderem à análise que intermediários tiveram a partir do *report* do caso. Nessa obra, o autor elenca quatro princípios para se determinar a *ratio decidendi*, que ele chama de “doutrina do caso” ou “proposição de direito em relação a qual uma decisão se torna autoridade” e é a partir desses princípios que se identifica sua concepção acerca do tema.

O primeiro princípio²⁰⁸ elencado por Wambaugh é o princípio da restrição da jurisdição, segundo o qual o tribunal tem o dever de decidir apenas o caso que está diante dele (*sub judice* ou também chamado *instant case*), não possuindo autoridade para decidir outros casos no bojo deste julgamento. Dessa forma, diante da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao tribunal é vedado não decidir um caso de sua competência que lhe é submetido, mas por outro lado, em atenção ao princípio dispositivo, o tribunal não pode decidir outros casos, acerca dos quais não foi provocado ou casos hipotéticos, imaginados parcial ou completamente. Sobre esse ponto, o autor explica que o tribunal não pode ignorar certas características do caso

²⁰⁶ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894.

²⁰⁷ Os *reports* são uma espécie de relatório utilizado nos países que adotam a doutrina do *stare decisis* para narrar o caso, apresentando os fundamentos das partes, os fatos e a decisão judicial. De acordo com Wambaugh: “Um *report* de um caso normalmente consiste em seis partes: (1) o título do caso, que normalmente contém os nomes das partes; (2) uma nota introdutória ou ementa, na qual o autor do *report*, ou eventualmente o juiz, indica a questão de direito para qual o caso é considerado, por ele, uma autoridade; 3) uma afirmação, normalmente feita pelo autor do *report*, mas eventualmente feita pelo juiz, sobre a origem do litígio e a maneira por meio da qual o caso chegou ao tribunal, incluindo uma descrição das alegações e das evidências tão elaboradas quanto forem necessárias para demonstrar qual questão foi submetida ao tribunal; (4) um resumo dos argumentos dos advogados; (5) os votos (opinions) dos magistrados; (6) um memorial das disposições elaboradas para aquele caso naquele tribunal”. (Wambaugh, Eugene. *Op. Cit.* p. 4)

²⁰⁸ *Ibidem*. p. 8-14.

sub judice e basear sua decisão naquelas que restarem. Além disso, ressalta o caráter pragmático dos tribunais do *common law*, discorrendo sobre a inutilidade de adentrar em discussões desnecessárias em busca de outras questões de direito que sustentem uma decisão quando já foi encontrada a questão suficiente para fundamentá-la.

De um modo geral, toda a fundamentação de Wambaugh acerca do primeiro princípio é para afirmar que ao tribunal é proibido decidir sobre casos fictícios, restando adstrito a decidir sobre questões do caso que, efetiva e atualmente, está colocado sob a sua jurisdição. Dessa forma, a *ratio decidendi* deve estar necessariamente circunscrita à maneira com a qual foram resolvidas as questões do caso *sub judice*.

A afirmação anterior, *a priori*, parece apontar que a decisão estabelece uma regra aplicável apenas a casos idênticos, de pessoas e direitos idênticos aos do caso relatado no *report*, o que retiraria quase que por completo a aplicabilidade de um precedente para casos futuros, já que não há casos totalmente idênticos. Dois casos podem até ser parecidos, mas sempre haverá entre eles uma diferença em relação às pessoas envolvidas ou ao tempo de ocorrência dos fatos que deram origem ao caso. Diante disso, Wambaugh afirma que entre casos pode haver diferenças imateriais, ou seja, irrelevantes para o deslinde da causa, e que essas diferenças não impedem que seja adotada a mesma solução jurídica para ambos. Esse raciocínio leva ao segundo princípio elencado pelo autor: o da uniformidade.

De acordo com o princípio da uniformidade²⁰⁹, o tribunal tem o dever de seguir uma regra geral, ou seja, apesar de não haver um caso idêntico ao outro, uma decisão se torna um precedente para todos os casos futuros nos quais as circunstâncias não se diferenciam materialmente das circunstâncias que basearam a decisão.

Dessa forma, Wambaugh entende que a *ratio decidendi* é uma proposição de direito que se despe de circunstâncias não essenciais e estabelece uma regra em relação às essenciais. Para demonstrar a ideia de regra geral, o autor levanta o exemplo de uma decisão em que a corte entende como não impositiva uma promessa feita pela pessoa A para fornecer feno para o cavalo da pessoa B, em contrapartida ao pagamento de

²⁰⁹ *Ibidem*. p. 15-23.

dez dólares que já eram devidos a A por B. Nesse caso, a proposição de direito não nomeia as partes A e B, nem o feno, nem o cavalo, nem os dez dólares, mas simplesmente estabelece que um acordo informal não pode ser exigível sem uma contrapartida, e que não há contrapartida no estabelecimento de um dever contratual já anteriormente devido.

Fica evidente, dessa forma, que a atividade mais importante e também a mais difícil é a de determinar quais são as circunstâncias materiais e quais são as imateriais. Tendo isso em vista, em relação aos casos que se baseiam em apenas uma questão de direito, Wambaugh propõe que seja feito um teste a partir da técnica de inversão²¹⁰ nas proposições de direito para identificar qual pode ser classificada como *ratio decidendi* e quais são formadas por meras questões imateriais. Para isso, deve-se elencar proposições de direito que possivelmente consistiriam na *ratio decidendi* da decisão, em seguida, deve-se acrescentar a essa proposição uma palavra que inverta o seu significado. O próximo passo é analisar se o tribunal chegaria a mesma conclusão que atingiu caso tomasse tal premissa de direito invertida como verdadeira. Se o tribunal chegar ao mesmo resultado levando em consideração a proposição invertida, então tal proposição se baseia em circunstâncias imateriais e não pode ser entendida como a *ratio decidendi*. Caso contrário, se houver alteração do resultado, pressupõe-se que a proposição de direito se baseia em fatos materiais e consiste na *ratio decidendi* da decisão.

Diante dessa técnica, infere-se que, para Wambaugh, a *ratio decidendi* dos casos baseados em apenas uma questão de direito é uma regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de forma diversa. Porém, para que ela tenha maior autoridade, há ainda outros requisitos que o autor explica nos princípios terceiro e quarto.

O terceiro princípio²¹¹ elencado por Wambaugh determina que as palavras efetivamente utilizadas pelo tribunal não são a *ratio decidendi* do caso precedente. O autor reconhece que a *ratio decidendi* deve ser buscada na *opinion*²¹² do tribunal, mas

²¹⁰ *Ibidem*. p. 17-18.

²¹¹ *Ibidem*. p. 18-24.

²¹² Não é possível fazer uma tradução da palavra “*opinion*” no sentido original encontrado nas obras jurídicas dos países de tradição do *common law* porque no Brasil não há figura idêntica. Como bem explica Marcelo Alves Dias de Souza, as decisões nesses países são compostas de forma bem

que a *opinion* não necessariamente expressa essa proposição de direito, sendo que muitas vezes versa de matéria irrelevante para a sua determinação. Essa porção irrelevante da *opinion* dos magistrados, ou seja, que exorbitam dos limites da proposição de direito necessariamente envolvida no caso, muito embora relevante para elucidar a conclusão registrada na decisão e dotada de eficácia persuasiva, não possui caráter vinculante, sendo classificada como *obiter dictum* ou simplesmente *dictum*²¹³. A ausência de vinculatividade em relação a parcela *obiter dictum* da decisão se justifica no fato de que os magistrados não possuem autorização para decidir antecipadamente um caso que ainda não lhes foi submetido, e conceder força vinculante a proposição jurídica que o tribunal estabeleceu sobre esse caso hipotético seria autorizar que o Poder Judiciário legisle, com o agravante de que essa atividade legislativa seria exercida sem um contraditório ou debate necessário acerca do caso hipotético.

Não obstante a afirmação de que a *ratio decidendi* deve ser buscada na *opinion* do tribunal, as palavras efetivamente utilizadas pelo tribunal não ostentam a força do precedente, essa eficácia vinculante é reservada exclusivamente à proposição de direito necessariamente envolvida na decisão, mesmo que essa proposição seja declarada pelo tribunal de forma ampla, estrita, errônea ou até mesmo nem seja declarada. Ressalta-se que afirmar que não são *ratio decidendi* as palavras do tribunal, desde que sejam necessariamente ligadas à solução do caso, não significa que elas sejam *obiter dicta*, uma vez que esta expressão é reservada para as proposições estranhas à solução do caso. Isso se dá porque a força vinculante da *ratio decidendi* não advém do raciocínio jurídico personificado de um magistrado ou

diferente da brasileira, que é formada de relatório, fundamentação e dispositivo, todas essas partes separadas. Naqueles países “a *opinion* constitui a parte principal da decisão, elaborada pelo próprio juiz ou tribunal no julgamento do caso, onde estão as normas jurídicas concretas, que vão servir de regra ou princípio para os casos futuros iguais ou semelhantes” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Op. cit.* p. 131, nota 245)

²¹³ Sobre as expressões *dictum* ou *obiter dictum*, Wambaugh afirma que são mutuamente substituíveis e que não obstante haja um segmento minoritário da doutrina que defenda a distinção entre as duas, tal diferenciação é desnecessária, já que em termos práticos ambas igualmente não vinculam as decisões subsequentes. Segundo ele, para essa parcela da doutrina, *dicta* seriam as palavras que o tribunal utilizou, que embora fossem desnecessárias, ilustraram ou delimitaram a proposição de direito necessária para a decisão, ao passo que *obiter dicta* seriam as palavras utilizadas pelo tribunal que exorbitam totalmente da esfera do caso concreto, desviando-se do caminho natural para a fundamentação da decisão para aquele caso (Wambaugh, Eugene. *Op. cit.* p. 18-19).

de um colegiado, mas advém da conclusão que se atinge ao estudar diligentemente o problema e o resultado²¹⁴.

Dessa forma, fica claro que para o autor, o tribunal não tem o poder de determinar quais proposições de direito serão *ratio decidendi*, ou seja, quais vincularão as decisões futuras. A *ratio decidendi* será a proposição de direito necessária para a solução do caso e não necessariamente a proposição de direito assim classificada pelo tribunal. Assim, se o tribunal fundamenta sua decisão numa proposição desnecessária, tal proposição não é a *ratio decidendi* do precedente, podendo esta não estar sequer declarada na *opinion* do tribunal.

Em suma, o terceiro princípio afirma que a *ratio decidendi* não é a linguagem dos magistrados, já que eles podem fazer proposições que vão além da necessária à solução do caso, declarando assim uma norma diferente ou mais abrangente do que a *ratio decidendi*, o que consistirá em mero *obiter dictum*.

Da interpretação do que é expresso pelo terceiro princípio se pode chegar à conclusão de que a *ratio decidendi* pode ser determinada apenas a partir do exame das questões apresentadas ao tribunal e da análise do resultado do julgamento, ignorando completamente a fundamentação que baseou a decisão na *opinion* do tribunal. Entretanto, é para negar tal errônea conclusão que Wambaugh propõe seu quarto e último princípio.

²¹⁴ Wambaugh explica que o caso, composto pelo problema submetido ao tribunal e o resultado alcançado, é entendido como personificado, mas a proposição de direito que resolve o caso deve ser elaborada de forma artificial e despersonificada, de modo que qualquer um que estude diligentemente o caso atinja a mesma conclusão. Dessa forma, ao tribunal caberia exprimir em palavras essa proposição de direito e na medida em que desempenhasse essa atividade de maneira precisa, estaria registrando em palavras a *ratio decidendi*, que possui força vinculante por si própria, independentemente das palavras utilizadas pelo tribunal. Ao passo que caso o tribunal falhe na missão de exprimir precisamente a proposição de direito necessária ao caso, ele estaria criando coisa diversa da *ratio decidendi* do caso, proposição que careceria de força vinculante. Para ilustrar essa situação, o autor se utiliza do exemplo de um músico que escuta um pássaro e reduz a canção do pássaro para a notação musical para reprodução no piano. Na medida em que a notação é precisa, não é a composição do músico, mas é a própria canção do pássaro; e na medida em que a notação é imprecisa, não é a música do pássaro, mas é uma composição mais ou menos original criada pelo músico (*Ibidem*. p. 21-23).

O quarto princípio²¹⁵ elencado por Wambaugh determina que a *ratio decidendi* é uma proposição que necessariamente, seja consciente ou inconscientemente, esteve na mente do tribunal quando da elaboração da decisão. Isso porque os tribunais têm o dever de deliberar, caso contrário as decisões seriam arbitrárias e careceriam de autoridade. Para o autor, se restar demonstrado que não houve deliberação acerca da suposta proposição de direito do caso, ela carecerá de autoridade para os casos futuros. Da mesma forma, caso se demonstre que embora tenha havido deliberação do tribunal, uma questão particular não tenha sido levada em consideração, então, ainda que se trate de questão nitidamente importante, tal questão deverá ser considerada acidental e sua conexão com a decisão carecerá de autoridade para casos futuros.

Isso não significa dizer que questões que não estão mencionadas na *opinion* não possam fazer parte da *ratio decidendi* do caso. Costumeiramente, há muitas questões óbvias que são omitidas das *opinions* dos tribunais e, caso seja possível demonstrar que tais questões passaram pela mente dos magistrados, então tais questões podem ser consideradas na *ratio decidendi* do caso, ainda que o tribunal tivesse apenas ligeira consciência de tê-las em mente. Como exemplo, o autor explica que a partir da decisão que determina não ser exigível o cumprimento de uma promessa porque foi baseada em uma contrapartida advinda de pessoa diversa do compromissário, é possível extrair a proposição geral de direito de que os contratos devem ter contrapartida. Ainda que essa proposição geral não tenha sido expressa pelo tribunal, a questão que lhe sustenta certamente passou pela mente do tribunal. Além disso, na eventualidade de o caso apresentar circunstâncias extraordinárias que não poderiam ser ignoradas ou esquecidas por ninguém, ainda que a *opinion* não as mencione, tais circunstâncias devem necessariamente afetar a determinação da *ratio decidendi*.

Dessa forma, mesmo que a linguagem utilizada pelo tribunal não tenha eficácia vinculante, a *opinion* do tribunal é o melhor guia para aferir o que o tribunal tinha em mente quando proferiu a decisão, sendo a partir dela possível identificar quais aspectos podem ou não dar origem a *ratio decidendi*.

²¹⁵ *Ibidem*. p. 24-28.

De uma maneira geral, os quatro princípios propostos por Wambaugh para determinar a *ratio decidendi* da decisão são, em resumo: a) o tribunal deve decidir o caso que está efetivamente em juízo; b) o tribunal deve decidir o caso de acordo com uma regra geral; c) as palavras utilizadas pelo tribunal não são necessariamente a *ratio decidendi*; d) a *ratio decidendi* deve ser a proposição de direito que estava na mente do tribunal.

Diante de todo o exposto, conclui-se que, para Wambaugh, a *ratio decidendi* é a “proposição geral de direito da qual, levando em consideração as circunstâncias do caso, a decisão decorre logicamente, e que, expressa ou não na *opinion*, o tribunal baseia sua decisão”²¹⁶.

2.2.2 Herman Oliphant

Herman Oliphant em seu artigo *A return to stare decisis*²¹⁷ identifica que houve uma grande mudança na forma com a qual o direito anglo-americano tem se desenvolvido. Segundo ele, os ingleses e norte-americanos têm trilhado um caminho de transição de uma fase da doutrina do *stare decisis*, que segue decisões, para uma fase que segue os chamados princípios, num movimento apelidado pelo autor de *stare decisis* propriamente dito em direção ao *stare dictis*. Essa última fase, na opinião do autor, tem consequências extremamente prejudiciais, razão pela qual, ao longo de sua exposição, propõe o retorno ao *stare decisis* original.

De acordo com o autor, a diferença entre essas duas fases da doutrina reside principalmente na forma de determinação da regra estabelecida no precedente e que deverá ser seguida nos casos futuros, a chamada *ratio decidendi*. Enquanto na primeira fase da doutrina havia uma maior preocupação na delimitação dessa proposição, na fase do *stare dictis* há uma mera afirmação genérica de que é necessário buscar proposições gerais nas decisões e que *obiter dicta* são proposições carentes de vinculação.

²¹⁶ *Ibidem*. p. 29.

²¹⁷ OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. *American Bar Association Journal*. ABAJ, 1928. p. 71-77.

De acordo com o autor, determinar a *ratio decidendi* é a tarefa mais difícil e mais importante para o trabalho com precedentes, sendo ela fundamental para manter a solidez do sistema jurídico. Uma das causas que Oliphant aponta como prejudiciais à determinação da *ratio decidendi* do caso é a ambiguidade da palavra “decisão”, no sentido de decisão a ser seguida de acordo com a doutrina do *stare decisis*. Para demonstrar sua afirmação descreve três diferentes situações em que o tribunal conclui um julgamento, mas que, para ele, em nenhuma delas teria havido decisão dotada de força vinculante do precedente²¹⁸.

Na primeira situação, o tribunal, ao decidir um caso, faz uma declaração estreita e específica sobre como ele decidirá algum outro caso. Essa afirmação nitidamente não é a decisão do caso e deve ser classificada como *obiter dictum*, sendo-lhe negada a capacidade para ter força vinculante. Na segunda situação, o tribunal faz uma declaração mais ampla, abrangendo todo um grupo de casos, mas essa não abrange o caso *sub judice*. Essa declaração também não é a decisão do caso e deve igualmente ser classificada como *obiter dictum*. Por sua vez, a terceira situação apresenta maior complexidade, nela o tribunal faz uma declaração ampla o suficiente para abranger caso *sub judice*, bem como para cobrir também algumas ou muitas outras situações de fato. Essa terceira declaração é comumente chamada de decisão do caso, não obstante ultrapasse os limites das questões do caso *sub judice*. Para Oliphant, chamar essa declaração de decisão do caso e ao mesmo tempo também chamar de decisão do caso a proposição necessária a solução do caso *sub judice*, ou seja, a *ratio decidendi*, é dar a coisas diversas um mesmo nome, havendo assim uma indesejada ambiguidade, que gera problemas na utilização dos precedentes.

Por óbvio a decisão do caso a ser seguida como precedente, ou dito de forma mais precisa de acordo com o autor, a proposição de direito necessária a solução do caso não teria qualquer utilidade para a doutrina do *stare decisis* se estivesse completamente carregada dos mínimos detalhes do caso, uma vez que não poderia ser utilizada em outros casos, já que não há casos totalmente idênticos. Dessa forma, o que deve ser seguido no *stare decisis* é a proposição de direito que abrange um grupo de situações de fato, no mínimo a do caso precedente e alguma outra²¹⁹.

²¹⁸ OLIPHANT, Herman. *Op. cit.* p. 72.

²¹⁹ *Idem.*

Dessa forma, ciente de que a atividade de classificação, ou seja, a de agrupamento de objetos num grupo a partir de características comuns, pressupõe abstração, é fundamental que a *ratio decidendi* do precedente seja em alguma medida abstratizada.

E é justamente no grau de abstração que reside o maior problema para a determinação da *ratio decidendi*. Isso porque ao mesmo tempo em que ela permite que a proposição de direito se dispa de certas características sem importância, ela também pode gerar a inclusão de múltiplas situações de fato, que nem sempre guardam fundamental similaridade com o caso original. Quanto menos detalhado for o critério de classificação, ou seja, quanto maior a abstração, maior a quantidade de situações de fato que se enquadrará no grupo e, conseqüentemente, maior a quantidade de relações a serem reguladas pela proposição de direito do precedente.

Para ilustrar a problemática do grau de abstração na determinação da *ratio decidendi*, Oliphant se utiliza do exemplo de um caso em que o pai da moça A a induz a não se casar com o rapaz B como ela prometeu fazer. Na afirmação de que o pai não pode ser responsabilizado perante B, pode-se construir uma gradação de propostas alargadas, algumas das quais são: 1) Os pais (apenas os genitores masculinos) têm o privilégio de induzir as filhas a quebrar as promessas de casamento; 2) Os genitores (pais e mães) possuem o privilégio de induzir as filhas a quebrar as promessas de casamento; 3) Os genitores (pais e mães) possuem o privilégio de induzir as filhas e os filhos a quebrarem as promessas de casamento; 4) Todas as pessoas possuem privilégio em relação às promessas de casamento; 5) Os genitores (pais e mães) possuem privilégio quanto a todas as promessas feitas por seus filhos; 6) Todas as pessoas possuem privilégio quanto a todas as promessas feitas por qualquer pessoa²²⁰.

Em termos práticos, as proposições podem ser elaboradas a partir de uma vasta gradação de generalização, que podem incluir apenas uma única situação ou até

²²⁰ *Idem*.

abranger o infinito de relações de fato. A dúvida que se coloca é se há e onde fica, na doutrina do *stare decisis*, o limite de abstração da *ratio decidendi*.

Acerca dessa dúvida, Oliphant entende que a doutrina do *stare decisis* não é dotada de qualquer forma de coerção acerca da gradação adequada ou inadequada de abstração da *ratio decidendi* e que não há uma afirmação que defina qual seria essa abstração adequada. Para ele, o magistrado ou o estudioso que se propõe a determinar a *ratio decidendi* deve adotar um método para escolher qual será esse grau de abstração adequada ao caso²²¹.

Proposta a questão problemática do grau de generalização do precedente, ou nas palavras do autor, da questão quanto ao ângulo e distância de visão de um precedente, Oliphant passa a analisar a postura adotada na primeira fase do *stare decisis* e a mudança de atitude tomada pela segunda fase da doutrina, o que ele chama de *stare dictis*.

Durante a primeira fase do *stare decisis*, período em que havia certa homogeneidade das relações humanas, que eram de baixa complexidade, tanto no Reino Unido quando nos Estados Unidos da América, havia uma grande aproximação entre os magistrados e a causa que julgavam e como consequência a classificação das relações humanas era feita com maior minudência e particularidade. As abstrações constantes nas *opinions* dos tribunais eram feitas de forma relativamente estreita e abrangiam categorias restritas de situações de fato, sempre levando em consideração as questões de direito efetivamente envolvidas no caso submetido ao tribunal²²².

Diante dessas características da primeira fase de *stare decisis*, o método do empirismo provou ser uma maneira mais eficaz e segura de lidar com problemas legais. O que os tribunais então fizeram, em oposição ao que eles disseram, é que estabelecia as regras que regulavam os conflitos da vida em sociedade, o que só era possível porque os problemas tratados eram menos numerosos e complexos, viabilizando-se um tratamento mais particularista.

²²¹ *Ibidem*. p. 73.

²²² *Ibidem*. p. 74.

Entretanto, ao decorrer dos séculos, as interações humanas começaram a se tornar mais e mais complexas, sendo que os últimos duzentos anos trouxeram mais mudanças nas circunstâncias da sociedade do que os dois mil anos anteriores tinham feito. Como consequência, os problemas de vida passaram a exigir tratamento legal multiplicado em espécie e complexidade.

Para que fosse possível atender a essa demanda de questões de direito ainda não expressamente deliberadas por ocasião dos precedentes disponíveis aos tribunais, a solução encontrada foi a reanálise de proposições de direito dos precedentes a partir de abstrações de maior grau, bem como o agrupamento de classes de situações de fato cada vez mais e mais amplas. Este processo de ampliação das generalizações foi crescendo a ponto de se alcançar o que o autor classifica como a segunda fase da doutrina do *stare decisis*, o *stare dictis*²²³.

Assim, o empirismo anglo-saxão típico da primeira fase do *stare decisis*, que foi desenvolvido para lidar com os problemas humanos a partir de suas particularidades, foi substituído pela tarefa de lidar com esses problemas por atacado. Tribunais e estudiosos começaram a falar cada vez menos sobre o que os tribunais anteriores haviam feito para regular as relações humanas e mais e mais sobre as proposições universalizantes que promulgaram. Nesse contexto, surgiu uma nova categoria de livros de direito, as enciclopédias jurídicas, que com pretensão de completude traziam resumos dos casos com respectiva interpretação da regra de direito que estabeleciam, sempre de forma bastante genérica e muitas vezes inconsistente. Inicialmente tais obras despertaram o interesse apenas dos advogados, mas logo os tribunais passaram a citá-las em suas decisões.

A mudança da forma de lidar com os precedentes dá azo ao realismo jurídico concretizado em proposições jurídicas ultrageneralizadas e arbitrárias, eis que tendem a perder sua legitimação garantida pela conexão com o caso que dá origem ao precedente²²⁴. A consequência é o estabelecimento da prática de lidar com situações de fato colecionadas por atacado em agrupamentos que se tornam cada vez mais antiquados em razão da mudança nos padrões da vida.

²²³ *Ibidem*. p. 74-75.

²²⁴ *Ibidem*. p. 75.

Oliphant ressalta que o problema não é a generalização em si, já que ela é inevitável para que o *stare decisis* opere de modo a tornar o direito certo e impessoal. A mudança de *stare decisis* não passou da particularidade absoluta para a generalidade absoluta, mas de uma maior particularidade para uma maior generalidade. Assim, proposições abstratas são chamadas de "princípios" e passam a ser dotadas de uma realidade própria, transcendendo o mundo do tempo, do lugar e das circunstâncias para habitar em reinos da realidade universal.

Dentro dessa realidade de massificação, Oliphant parece não crer num método que torne previsível a determinação da *ratio decidendi* que será utilizada pelo tribunal nos casos subsequente ao precedente, uma vez que o importa na atual fase do *stare decisis*, jocosamente chamada de *stare dictis*, é o que o magistrado diz ter feito e não o que ele efetivamente fez. Além disso, a ausência de padronização para a adequada abstração ou generalização das categorias dos fatos é outro fator que contribui para essa impossibilidade de prever qual regra o magistrado do futuro utilizará para resolver o caso, eis que este é quem tem o poder de definir, de acordo com seu próprio arbítrio, a qual *ratio decidendi* está vinculado.

Dessa forma, para Oliphant, diante da imprestabilidade do método de determinação da *ratio decidendi* a partir do que foi dito pelo magistrado, ele propõe que o único método capaz de trazer alguma previsibilidade à determinação da *ratio decidendi* seria a sua construção a partir da "análise da efetiva resposta do tribunal aos estímulos e fatos do caso concreto do precedente"²²⁵. Essa abordagem a partir dos fatos efetivamente presentes no caso, segundo o autor, seria mais real e reveladora do que a análise das proposições vagas e generalizadoras dadas pelos magistrados em suas *opinions*. Só assim haveria o retorno ao método de observação da ação judicial, desvencilhando-se do atual excesso de preocupação acerca dos enunciados judiciais.

²²⁵ OLIPHANT, Herman. *Op. cit.* p. 159.

2.2.3 Arthur Lehman Goodhart

Arthur Lehman Goodhart, em sua obra *Determining the ratio decidendi of a case*²²⁶ se propõe a estabelecer diretrizes para a determinação da *ratio decidendi* de um caso. O trabalho do autor analisa o que uma grande variedade de autores escreveu, pontuando as virtudes e os pontos criticáveis de suas conclusões, de modo a estabelecer uma teoria mais precisa acerca da *ratio decidendi*.

Inicialmente, Goodhart registra que os autores que se propõem a escrever sobre o *stare decisis*, mesmo os mais conceituados e estudados como Sir John Salmond e John Chipman Gray, se limitam a explicar que é necessário encontrar a *ratio decidendi* do caso, sem envidarem maiores esforços para estabelecer diretrizes ou regras que viabilizassem a determinação dela. Assim, a despeito de vagas afirmações generalizadas que esses autores tenham feito sobre a distinção da decisão concreta e da *ratio decidendi* abstrata ou sobre o fato de que a *ratio decidendi* deve ser determinada a partir de uma proposição necessária a solução do caso, afastando-se das *obiter dicta*, apenas Wambaugh se ocupou em estabelecer regras, ainda que poucas, que auxiliassem na determinação da *ratio decidendi*. Diante dessa escassez de diretrizes, Goodhart se propõe a buscar mais regras concretas para essa finalidade.

A primeira regra²²⁷ que Goodhart aponta como fundamental para determinar a *ratio decidendi* é a de que ela não deve ser buscada nas razões pelas quais o magistrado baseou sua decisão. Apesar de ser afirmação contra intuitiva em relação ao próprio nome “*ratio decidendi*”, que remete a “razões da decisão”, e também apesar de contrariar célebres trabalhos sobre o tema, o autor afirma que a correção ou incorreção das razões utilizadas pelo magistrado não prejudica a força vinculante do princípio de direito que se extrai de sua decisão. Para corroborar essa afirmação, aponta uma série de exemplos em que os fundamentos dados para a decisão foram comprovadamente falsos ou inadequados em relação a interpretação dos fatos, mas ainda assim a regra de direito estabelecida, não necessariamente ruim, é válida e se

²²⁶ GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. *Yale Law Journal*. Vol. 40, n. 2, 1930.

²²⁷ *Ibidem*. p. 164.

reveste de força vinculante para outros casos. Segundo o autor, é necessário entender que, no *common law*, “uma razão ruim pode, frequentemente, gerar bom direito”²²⁸.

Os tribunais, ao exporem as razões pelas quais atingiram a conclusão exposta na decisão, frequentemente resumem o resultado do caso numa afirmação geral sobre o direito questionado, algo similar ao que se chama de súmula no Brasil. Sobre o papel dessa proposição de direito enunciada pelo tribunal muito tem se discutido no direito anglo-saxão e não obstante haja corrente doutrinária que defende que essa proposição é *ratio decidendi* do caso, Goodhart entende de forma diversa. Tal questão é analisada pelo autor por ocasião da exposição acerca da segunda regra por ele proposta.

A segunda regra²²⁹ para determinação da *ratio decidendi* é a de que ela não é necessariamente a regra de direito expressamente declarada ou enunciada na *opinion*. Isso pois, pode não haver uma regra declarada na *opinion* ou a regra enunciada pode ser muito abrangente ou muito estreita. Dessa forma, a partir de um caso precedente é possível que se estabeleça uma importante regra de direito, muito embora tribunal não tenha a declarado expressamente na decisão. Essa regra, a *ratio decidendi*, deve ser buscada de uma outra forma.

Acerca da prática de enunciação da regra de direito estabelecida no caso, Goodhart aponta uma série de defeitos que podem ser cometidos pelos magistrados ao assumirem a tarefa de determinar a *ratio decidendi* do caso.

A primeira prática problemática é a de exarar a decisão com o objetivo de que ela não estabeleça uma regra para outros casos. Nessa situação o tribunal ressalva que a decisão se refere as circunstâncias especiais do caso *sub judice* e não enuncia uma regra com o mínimo grau de abstração. A despeito dessa conduta do tribunal e de sua vontade de restrição dos efeitos da decisão, as palavras utilizadas pelo tribunal não são capazes de impedir que a decisão do caso estabeleça uma regra de direito para casos análogos, de modo que a *ratio decidendi* não se vincula necessariamente ao comportamento verbal do tribunal.

²²⁸ *Ibidem*. p. 163.

²²⁹ *Ibidem*. p. 165.

Uma outra prática prejudicial à determinação da *ratio decidendi* é a de enunciar uma regra muito abrangente. Nesse ponto, o autor ilustra com o exemplo do caso *Rex v. Fenton*, no qual um prisioneiro causou a morte de um homem por ter arbitrariamente atirado para baixo uma pedra grande em uma mina. A respeito dessa situação o tribunal enunciou a seguinte regra: “se a morte foi causada por um ato indevido, um ato que a parte que o cometeu não é capaz de justificar ou se escusar, então não se trata de uma morte acidental, mas um homicídio”²³⁰. Ocorre que, posteriormente em um caso em que um prisioneiro jogou arbitrariamente um objeto no mar vindo a atingir e matar um nadador, que não se podia imaginar que estivesse no mar, apesar de haver subsunção dos fatos à regra enunciada pelo tribunal no caso *Rex v. Fenton*, entendeu-se que a regra enunciada no precedente era muito abrangente e não poderia se aplicar ao último caso, uma vez que este nitidamente se caracteriza como um acidente.

Um outro exemplo dado pelo autor é o do caso *Riggs v. Palmer*, no qual o tribunal determinou que o herdeiro que matou seu testador não poderia se beneficiar do testamento porque não é lícito “obter vantagem advinda de sua própria conduta ilícita, ter direitos diante de sua própria conduta injusta ou adquirir propriedade em razão de seu próprio crime”²³¹. Nitidamente se trata de regra muito ampla, que abrange um grande número de situações em que ela se mostra duvidosa, como é o caso de um herdeiro que acidentalmente mata seu testador num acidente de carro. Tal prática de enunciação excessivamente abrangente de regras, segundo o autor, tende a encorajar litigância inútil.

De maneira análoga, a regra enunciada pelo tribunal pode ser também excessivamente restrita. Nesse ponto, Goodhart se utiliza do caso *Barwick v. English Joint Stock Bank* para ilustrar a situação. No caso, o réu era o banco, cujo gerente fraudulentamente induziu o autor a aceitar uma garantia bancária sem valor. Por ocasião da decisão, o tribunal enunciou a seguinte regra:

a regra geral é que o patrão responde por todos os ilícitos cometidos pelo empregado ou encarregado desde que cometido em razão do serviço e em

²³⁰ *Ibidem*. p. 166.

²³¹ *Idem*.

benefício do patrão, ainda que se prove que não houve ordem expressa do patrão²³².

Ocorre que anos depois, por ocasião do julgamento de um caso semelhante, entendeu-se que a parte “e em benefício do patrão” apenas descrevia fatos do caso Barwick e não fazia parte da proposição de direito necessária a solução do caso, a *ratio decidendi*. Dessa forma, entendeu-se que o precedente estabelecia uma regra de responsabilidade objetiva e não a regra restrita enunciada pelo tribunal no passado.

Fica claro, portanto, que a *ratio decidendi* não é necessariamente encontrada nem na motivação do tribunal, nem na regra de direito enunciada pelo tribunal. Todavia, alerta o autor que muito embora a *ratio decidendi* não esteja necessariamente na regra enunciada pelo tribunal, não se deve ignorar completamente tais regras e encontrar a *ratio decidendi* a partir dos fatos do caso e do resultado do julgamento alcançado a partir desses fatos. É em relação a essa questão que Goodhart propõe sua terceira regra para a determinação da *ratio decidendi*, regra essa que se baseia numa severa crítica às ideias de autores realistas como Oliphant, que defendiam que para a *ratio decidendi* importa o que os magistrados fazem e não o que eles dizem.

A terceira regra²³³ elencada por Goodhart é a de que a *ratio decidendi* não é necessariamente encontrada levando apenas em consideração os fatos determinantes do caso e a decisão do magistrado. Em sua explicação sobre essa regra, o autor afirma que o único atrativo da teoria realista de Oliphant é a sua simplicidade, eis que não demanda a análise das *opinions* dos magistrados, que muitas vezes são extensas e complexas, a única análise necessária seria a dos fatos e da conclusão do julgamento. Entretanto, para Goodhart, trata-se de teoria falaciosa e por isso não deve ser adotada. A falácia consistiria na adoção da premissa de que os fatos do caso são um fator constante, que a conclusão do magistrado é baseada numa premissa fixa acerca de um grupo de fatos. Ocorre que fatos são relativos e um mesmo grupo de fatos pode ser interpretado de maneira totalmente diferente a depender de quem o observa. Um magistrado pode fundamentar suas conclusões em um grupo de fatos que ele considera importantes (materiais) em meio a múltiplos

²³² *Ibidem*. p. 167.

²³³ *Ibidem*. p. 168.

outros fatos, sendo que alguns deles podem parecer importantes para uma pessoa leiga, mas totalmente irrelevantes para um jurista.

Quando um magistrado chega a uma conclusão sobre determinados fatos, ele chega a tal conclusão a partir dos fatos que ele considera importante e não dos fatos que qualquer outra pessoa assim considere. Dessa forma, não haveria sentido em analisar a conclusão alcançada pelo magistrado sob o prisma de fatos escolhidos por outra pessoa que não o magistrado. Fica claro, dessa maneira, que a tarefa necessária para se determinar a *ratio decidendi* é a de analisar os fatos que o magistrado considerou como materiais e a conclusão que ele atingiu baseando-se nesses fatos. E é essa a quarta regra para a determinação da *ratio decidendi* elencada por Goodhart.

De acordo com a quarta regra²³⁴, a *ratio decidendi* do caso é encontrada levando em consideração: a) os fatos tratados pelo magistrado como materiais e b) sua decisão baseada nesses fatos. Conforme já exposto, não se pode ignorar a escolha feita pelo magistrado, já que não faz sentido aceitar a conclusão do magistrado sobre os fatos e ao mesmo tempo rejeitar a sua visão acerca deles. Por essa razão é fundamental entender o que magistrado disse acerca de sua escolha dos fatos, já que o que ele fez só tem sentido se for considerado em relação ao que ele disse. Dessa forma, Goodhart afirma que considerar a conclusão de forma separada dos fatos materiais em que se baseou é ilógico e leva a resultados insanos e arbitrários.

A quinta regra proposta por Goodhart, de forma complementar a quarta regra, é a de que para encontrar a *ratio decidendi* é necessário estabelecer quais fatos foram considerados pelo magistrado como imateriais, uma vez que a determinação da *ratio decidendi* depende tanto da inclusão quanto da exclusão de fatos.

Após a compreensão das cinco regras estabelecidas pelo autor, fica evidente que o primeiro e mais importante passo para a determinação da *ratio decidendi* de um caso é identificar os fatos materiais a partir dos quais o magistrado baseou a sua conclusão. Diante disso, Goodhart se propõe a elaborar algumas diretrizes para auxiliar a identificação dos fatos considerados materiais e imateriais pelo magistrado.

²³⁴ *Ibidem*. p. 169.

A primeira diretriz²³⁵ é a de que os fatos relativos a pessoa, tempo, local, tipo e quantidade são presumidamente imateriais. Presunção que é elidida caso, em sua decisão, o magistrado dê ênfase particular a um desses fatos, sendo este um forte indicativo de que se trata de fato material. Trata-se de diretriz que decorre do fato de que todas as pessoas em qualquer tempo e lugar dentro da jurisdição do tribunal estão sujeitas às mesmas regras de direito. Dessa forma, para o direito não importa se um contrato foi feito entre A e B em Liverpool na segunda-feira envolvendo a venda de um livro de 10 libras ou se o contrato foi celebrado entre C e D em Londres na sexta-feira e envolveu a venda de uma pintura cem mil libras.

A segunda diretriz²³⁶ é a de que todos os fatos que o tribunal especificamente declarou como imateriais devem ser considerados imateriais. Para ilustrar essa afirmação, Goodhart narra o caso *People v. Vandewater*, no qual o réu foi acusado de manter, causando perturbação da ordem pública, um estabelecimento ilícito de venda de bebidas alcólicas. No caso, foi provado que o estabelecimento de venda de bebidas alcólicas era ilícito e que lá havia desordem, entretanto, o tribunal entendeu que o fato de haver desordem no estabelecimento era imaterial e que apenas o fato de se manter um ambiente ilícito para venda de álcool era parte da *ratio decidendi* do caso. Esse exemplo demonstra que há diferença entre basear a *ratio decidendi* em todos os fatos do caso e basear apenas naqueles que o próprio tribunal considerou como materiais, isso porque considerando todos os fatos, para incidir a regra seria necessário além da manutenção do ambiente ilícito, a desordem pública, ao passo que se considerar apenas os fatos entendidos pelo tribunal, a regra vale tanto para a manutenção de ambiente ilícitos, em que haja ordem ou desordem.

A terceira diretriz²³⁷ é a de que todos os fatos que o tribunal tratou implicitamente como imateriais devem ser considerados imateriais. Para Goodhart, a dificuldade nesses casos é a de determinar se o tribunal considerou ou não o fato como imaterial. Essa regra é evidenciada quando o tribunal cita vários fatos genericamente e depois escolhe um número menor de fatos nos quais baseia sua conclusão. Esses fatos que

²³⁵ *Ibidem.* p. 174.

²³⁶ *Ibidem.* p. 174-175.

²³⁷ *Ibidem.* p. 175-177.

foram omitidos são presumidamente imateriais. O exemplo que o autor dá em relação a essa questão é o caso *Rylands v. Fletcher*, no qual o réu contratou um empreiteiro independente para construir um reservatório em suas terras, mas que por negligência do empreiteiro houve vazamento de água que inundou o terreno do vizinho, autor da ação, lhe causando danos. Na decisão, o tribunal narrou os fatos, mas quando fundamentou sua conclusão o fez apenas com base na construção de reservatório artificial, ignorando o fato de que houve negligência por parte do empreiteiro. Dessa forma, o tribunal implicitamente considerou o fato da negligência do empreiteiro como imaterial, consistindo a *ratio decidendi* numa regra de responsabilidade objetiva.

Ainda em relação a terceira diretriz, Goodhart afirma que quando fatos relevantes são omitidos pelo tribunal é possível que se interprete de duas formas diferentes: 1) o fato foi levado em consideração pelo tribunal, mas ele entendeu se trata de fato imaterial, ou 2) o fato não foi levado em consideração pelo tribunal porque não lhe chamou atenção ou por algum outro motivo passou despercebido. Definir qual desses dois motivos gerou a omissão do tribunal depende das circunstâncias de cada caso, mas se o tribunal mencionou o fato em algum momento do caso é presumível que a omissão na decisão tenha sido proposital. Mas se ficar provado que o ocorrido foi o segundo motivo, o argumento não foi analisado pelo tribunal, então a um caso em que incida esse fato específico omitido não é possível aplicar a *ratio decidendi* do precedente.

A quarta diretriz²³⁸ determina que todos os fatos que foram especificamente declarados como materiais devem ser considerados materiais. Segundo Goodhart, o tribunal tende declarar quais foram esses fatos específicos quando tem a intenção de estabelecer um princípio mais restritivo.

A quinta diretriz²³⁹ é a de que se a decisão não distingue os fatos materiais dos fatos imateriais, então todos os fatos nela declarados devem ser considerados materiais, com exceção daqueles que são nitidamente imateriais. A justificativa dessa diretriz advém do que o autor chama de presunção contra regras de direito muito amplas, eis

²³⁸ *Ibidem*. p. 177.

²³⁹ *Ibidem*. p. 178.

que quanto maior o número de fatos materiais num caso, menor será a abrangência da regra de direito estabelecida nele.

Após estabelecer essa série de regras e diretrizes para determinar a *ratio decidendi* do caso, Goodhart observa que tudo o que foi apontado leva em consideração a existência de uma única *opinion* ou que todas as *opinions* estão de acordo entre si. A dúvida que surge é a de como determinar a *ratio decidendi* de um caso em que várias *opinions* concordam acerca do resultado, mas discordam em relação aos fatos considerados materiais para atingir aquela conclusão. A sexta diretriz²⁴⁰ é estabelecida no sentido de resolver essa questão. Segundo ela, se as *opinions* coincidem no resultado, mas divergem em relação aos fatos materiais, a *ratio decidendi* do caso levará em consideração a soma dos fatos considerados materiais pelos magistrados.

Dessa forma, se o caso envolve os fatos A, B e C e o primeiro magistrado entende que o único fato material é o A; o segundo entende que apenas o B é material e o terceiro entende que só o C é material, então a *ratio decidendi* se baseará nos fatos A, B e C. Entretanto, se dois dos três magistrados estiverem de acordo que o fato A é o único material e que os outros são imateriais, então a *ratio decidendi* se baseará apenas do fato A, ainda que o terceiro magistrado entenda que B e C são materiais. De resto, o método para definir a *ratio decidendi* dos casos com várias *opinions* é o mesmo que o utilizado para definir aqueles que possuem somente uma.

Depois de estabelecidos quais fatos foram considerados pelo tribunal como materiais ou imateriais é possível estabelecer a *ratio decidendi*. Esta deve ser determinada a partir da conclusão atingida pelo magistrado levando em consideração os fatos materiais e excluindo os fatos imateriais. Assim, se em um determinado caso o tribunal reconhece a existências dos fatos A, B e C, excluindo o fato A por considera-lo imaterial, e baseando-se nos fatos B e C atinge a conclusão X, então a *ratio decidendi* se verifica em dois princípios: 1) Em qualquer caso futuro em que ocorra os fatos A, B e C, o tribunal deve chegar a conclusão X e 2) Em qualquer caso futuro em que

²⁴⁰ *Ibidem*. p. 178-179.

ocorra os fatos B e C, o tribunal deve chegar a conclusão X. Dessa forma, é irrelevante a presença ou ausência do fato A para o deslinde da causa.

A sétima diretriz²⁴¹ elencada por Goodhart é a de que fatos hipotéticos não podem fazer parte da *ratio decidendi* e devem ser considerados *obiter dicta*. Dessa forma, se em sua *opinion*, um magistrado sugere um fato hipotético e depois declara a conclusão que chegaria se esse fato existisse, ele não estabelece uma regra de direito, mas se limita a proferir um *dictum*. Entretanto, é necessário distinguir se o magistrado teve uma compreensão equivocada do fato ou se considerou o fato como algo hipotético. Neste último caso deverá ser tratado como *dictum*, ao passo que no primeiro, independentemente da má interpretação do magistrado, o fato deverá ser considerado material e formará a *ratio decidendi* do caso.

Por fim, depois de estabelecida a *ratio decidendi*, excluindo-se toda *obiter dicta*, o último passo é determinar se ela é aplicável ao caso análogo futuro. Para isso, Goodhart propõe que seja feita uma análise dupla: primeiramente se deve definir quais são os fatos materiais do caso precedente e os do caso futuro. Se os fatos materiais de ambos os casos forem coincidentes, então o precedente se aplica e o tribunal deve alcançar a mesma decisão do caso precedente no segundo caso. Entretanto, se no caso precedente falta um fato material existente no segundo caso ou o caso precedente possui um fato material ausente no segundo caso, então a *ratio decidendi* não será aplicável ao segundo caso.

Em resumo, as regras elencadas por Goodhart para determinar a *ratio decidendi*²⁴² são: 1) ela não é encontrada nas razões declaradas na *opinion*; 2) ela não encontrada na regra de direito enunciada pelo magistrado na *opinion*; 3) ela não é necessariamente encontrada levando em consideração os fatos determinantes do caso e a decisão do magistrado; 4) ela é encontrada levando em consideração a) os fatos considerados pelo magistrado como materiais e b) a decisão do magistrado baseada nesses fatos; 5) para encontrá-la também é necessário estabelecer quais fatos forma considerados pelo magistrado como imateriais, eis que ela depende tanto da exclusão quanto da inclusão dos fatos.

²⁴¹ *Ibidem*. p. 179-180.

²⁴² *Ibidem*. p. 182.

Já as diretrizes para distinguir os fatos materiais dos fatos imateriais de acordo com a visão dos magistrados²⁴³ são: 1) todos os fatos sobre pessoa, tempo, local, tipo e quantidade são imateriais a não ser que declarados como materiais; 2) se não há uma *opinion* ou ela não estabelece os fatos, então todos os outros fatos do caso devem ser tratados como materiais; 3) se há uma *opinion*, então os fatos nela estabelecidos são conclusivos e não podem ser contrariados pelos fatos reais; 4) se a opinião omite um fato que parece ser relevante pode ter havido: a) despercepção do fato ou b) consideração implícita de que o fato é imaterial. O segundo é presumido em caso de falta de evidência; 5) todos os fatos que o magistrado declara especificamente como imateriais devem ser considerados imateriais; 6) todos os fatos que o magistrado trata implicitamente como imateriais devem ser considerados imateriais; 7) todos os fatos que o magistrado especificamente declara como materiais devem ser considerados materiais; 8) se a *opinion* não distingue os fatos materiais dos imateriais, então todos os fatos declarados devem ser considerados materiais; 9) se em um caso há várias *opinions* que concordam em relação ao resultado, mas discordam em relação aos fatos materiais, então a *ratio decidendi* deve abranger a soma de todos os fatos tidos como materiais pelos vários magistrados; 10) uma conclusão baseada num fato hipotético é um *dictum*. Fato hipotético deve ser entendido como o fato que não foi determinado ou aceito pelo magistrado.

Destarte, utilizando-se de toda a técnica desenvolvida pelo autor, infere-se que para Goodhart a *ratio decidendi* é a proposição de direito estabelecida a partir dos fatos tidos como materiais pelo magistrado, bem como da conclusão do magistrado acerca desses fatos.

2.2.4 James Louis Montrose

James Louis Montrose, no artigo *The ratio decidendi of a case*²⁴⁴ expõe suas ideias sobre o conceito de *ratio decidendi*, dialogando com o trabalho de outros autores, mas principalmente com a crítica elaborada por Simpson acerca da teoria de Goodhart e a teoria de Goodhart propriamente dita.

²⁴³ *Ibidem*. p. 182-183.

²⁴⁴ MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi of a case*. *Modern Law Review*, 20. p. 587-595. [1957].

O autor inicia seu trabalho fazendo a distinção entre dois significados diferentes que usualmente são dados a expressão *ratio decidendi*²⁴⁵: 1) a regra de direito proposta – implícita ou explicitamente – pelo magistrado como o fundamento da sua decisão e; 2) a regra de direito do caso dotada de força vinculante. A primeira delas se limita a apontar para a justificação da decisão do caso, não se propondo a determinar sua vinculatividade. Já a segunda, que nitidamente se preocupa com a questão da vinculatividade, nada informa sobre como tal regra deve ser determinada.

Muito embora Montrose aceite que as duas acepções estão corretas, já que ambas são cotidianamente utilizadas, afirma que prefere a primeira por entender que a segunda mistura conceitos de fato e de direito, que são convenientes para descrever as conclusões atingidas, mas não os fundamentos do raciocínio jurídico.

Dessa forma, a partir do conceito de *ratio decidendi* de “regra de direito proposta pelo magistrado”, o autor descreve a teoria clássica de *ratio decidendi* como aquela que determina que *ratio decidendi* é a regra de direito determinada no caso precedente que se reveste de eficácia vinculante e a teoria de Goodhart como sendo aquela para a qual a *ratio decidendi* é a regra de direito que pode ser logicamente construída por magistrados de casos subsequentes a partir dos fatos materiais de acordo com a visão do magistrado do caso precedente e de sua solução jurídica.

A partir desse ponto, Montrose passa a desferir críticas à teoria de Goodhart quanto à sua dependência direta dos fatos materiais do caso. Segundo a crítica, é problemático trabalhar com o conceito de “fatos do caso” porque com ele se pretende elaborar uma distinção entre palavras que se referem a uma classe de fatos e palavras que se referem a fatos particulares. Afirma o autor que os fatos brutos do mundo se referem a homens e mulheres individualmente considerados, coisas particulares e eventos únicos, mas os seres humanos só são capazes de se comunicar entre si se referindo a esses fatos e até de lidar com esses fatos por meio do processo de classificação, que produz substantivos comuns, verbos e conceitos.

²⁴⁵ MONTROSE, J. L. *Op. cit.* p. 588.

Nesse sentido, para serem passíveis de aplicação a vários fatos similares, as regras de direito especificam, em seus antecedentes, classes de fatos. Assim, quando um magistrado indica uma regra de direito e a trata como aplicável ao caso que está julgando, tal aplicabilidade deve depender do seu entendimento acerca dos fatos materiais daquele caso corresponder precisamente aos fatos especificados nas regras. Dessa forma, para o autor, é fundamental estar ciente de que há uma grande dificuldade no processo de determinar sob qual classe de fatos está abrangido o fato do caso entendido como material. Essa é precisamente a questão que Stone irá tratar ao expor sobre as falácias da forma lógica na teoria do precedente.

Em continuidade, Montrose afirma que a construção de uma regra de direito a partir dos fatos materiais é inevitavelmente um processo de generalização²⁴⁶. Ao se distinguir na teoria *goodhartiana* os fatos materiais dos imateriais, inconscientemente se faz uma diferença entre razões gerais e peculiaridades específicas, atividade típica do processo de generalização. Dessa forma, quando Goodhart afirma que “são presumidamente imateriais todos os fatos sobre pessoas, tempo, lugar, tipo ou quantidade”, ele está desenvolvendo um processo de generalização, já que tais qualidades omitidas normalmente servem apenas para distinguir diferentes membros pertencentes a uma mesma classe. Nesse processo de generalização de um fato particular (o do caso precedente) a uma classe de fatos podem ser elaboradas muitas proposições gerais diversas, que levam a construção de diferentes regras todas aplicáveis aos fatos do caso, não havendo razão lógica para que uma proposição específica dentre as possíveis aplicadas pelo magistrado seja aquela escolhida. O autor ainda acrescenta que cada fato particular pode ser classificado em uma série de conceitos mais amplos assim como a classificação utilizada na biologia entre espécie, gênero, família e ordem, o que gera ainda mais possibilidades de estabelecimento de regras diversas.

Após a exposição dessa questão da possibilidade de diversas regras, o autor toma como exemplo o caso *Donoghue v. Stevenson*, em que certamente a alegação de que havia uma lesma na garrafa de refrigerante era um fato considerado material. Mas é notória a dúvida em classificar tal fato material numa classe de fatos que abranja

²⁴⁶ MONTROSE, J. L. *Op. cit.* p. 590.

bebidas nocivas, qualquer coisa nociva ao consumo humano, ou qualquer coisa nociva ao uso humano ou qualquer coisa capaz de levar a qualquer tipo de dano etc. Na prática, afirma Montrose, alguns magistrados de casos subsequentes entenderam que se referia a qualquer tipo de dano, como Lord Atkin, e outros que a regra se restringia à comida manufaturada, como no caso *Grant v. Australian Knitting Mills*²⁴⁷.

Diante do exposto, Montrose entende que os fatos materiais não são apenas aqueles que foram referenciados na regra explicitamente formulada pelo magistrado como fundamento da sua decisão e que diante do fato de o magistrado não ter incorporado um determinado fato na regra que propôs não se deve presumir que tal seja considerado imaterial. Assim, se na discussão do caso *Donoghue v. Stevenson* não fosse feita expressa referência à condição de opacidade da garrafa de refrigerante, nada impediria que magistrados de casos subsequentes tratassem a característica opaca da garrafa como um fato material e limitasse a responsabilidade apenas aos casos em que houve manufatura negligente de produto diante da ausência de inspeção intermediária. Assim, é possível se extrair regras deste caso tanto no sentido mais restritivo quanto mais ampliativo a depender da seleção dos fatos e de sua generalidade pelos magistrados dos casos subsequentes.

Por fim, Montrose faz uma análise entre a teoria clássica de *ratio decidendi* e a teoria de Goodhart entendendo pela inadequação de ambas. A clássica, que determina que a regra de direito vinculante é aquela que corresponde ao raciocínio do magistrado do caso precedente, por apresentar uma série de complicações na atividade prática de definir qual era a regra efetivamente pensada pelo magistrado à época e também pelo problema do engessamento da regra enunciada, que perderia sua abrangência na medida que novas situações por ela não abarcadas não lhe pudessem ser agregadas. E por outro lado, a teoria de Goodhart, que afirma que a regra de direito dotada de eficácia vinculante não é aquela enunciada – implícita ou explicitamente – pelo magistrado do caso precedente, mas sim aquela construída pelos magistrados dos casos subsequentes, também é inadequada, já que pode levar a que o magistrado do caso subsequente ignore completamente a regra de direito proposta pelo magistrado do caso precedente.

²⁴⁷ *Ibidem*. p. 591.

De um modo geral, Montrose parece defender um meio termo entre a teoria clássica e a teoria de Goodhart, já que entende haver grande importância na regra proposta pelo magistrado do caso precedente, assim como a teoria clássica, mas ressalva que a regra do precedente é também complementada e reconstruída pelos magistrados dos casos subsequentes, de certa maneira aproveitando algo da teoria de Goodhart que entende que a construção da regra é feita pelos magistrados dos casos futuros. Entretanto, Montrose nega ampla liberdade a esses magistrados, que devem levar fortemente em consideração a regra que deu origem ao caso, jamais a ignorando.

2.2.5 Julius Stone

Julius Stone, em seu artigo *The ratio decidendi of the ratio decidendi*²⁴⁸, trabalha sua versão mais desenvolvida de *ratio decidendi* se apoiando na premissa de que há dois tipos de *ratio decidendi*: uma descritiva e uma prescritiva, conclusão que o autor chega após analisar e criticar os trabalhos anteriores de Simpson, Montrose e principal e enfaticamente o de Goodhart.

Após breve análise sobre as características do *common law* e manutenção da sua estrutura não obstante as diversas mudanças na sociedade ao decorrer dos séculos e o papel do conceito de *ratio decidendi* nesse processo²⁴⁹, Stone propõe a distinção do uso do termo *ratio decidendi* quando este pretende descrever o processo de raciocínio a partir do qual se chegou a uma decisão (a *ratio decidendi* descritiva) do uso do termo quando se refere ao raciocínio identificado e delimitado por um magistrado posterior de acordo com o qual ele está vinculado a seguir (a *ratio decidendi* prescritiva ou vinculante).

O autor segue explicando que descritivamente a expressão se refere a simplesmente uma explicação do raciocínio do tribunal para chegar à sua conclusão, baseando-se numa investigação sociológica, história e até psicológica²⁵⁰. Entretanto, tal conceito é

²⁴⁸ STONE, Julius. *The ratio decidendi of the ratio decidendi*. *Modern Law Review*, 22. p. 597-620. [1959].

²⁴⁹ STONE, Julius. *Op. cit.* p. 597-600.

²⁵⁰ *Ibidem.* p. 600.

rodeado de questões como sua refutabilidade diante da demonstração de que por um raciocínio lógico se poderia ter atingido a mesma conclusão a partir de um raciocínio distinto ou diante da demonstração de que juridicamente o raciocínio foi errôneo, não convincente ou até notoriamente impróprio e impermissível. Além disso, essa *ratio* descritiva pode ser analisada em vários níveis, seja na busca do comportamento verbal do magistrado ou na totalidade de seu comportamento. Ao passo que prescritivamente, a expressão se refere a um julgamento normativo que requer a escolha de uma *ratio decidendi* específica que legalmente deve ser a extraída do caso anterior na qualidade de *ratio decidendi* vinculante²⁵¹.

Stone afirma que a relação entre as *rationes* descritivas e prescritivas costuma ser, na maior parte das vezes, de coincidência, mas que o grau de coincidência depende da escolha do método, dentre os vários existentes, a ser utilizado para a descoberta da *ratio* prescritiva. Dessa forma, há métodos em que a *ratio* prescritiva está contida na descritiva, mas há outros em que aquela se encontra fora dos limites desta. A título exemplificativo, o autor aponta o método da teoria que toma como *ratio* prescritiva a proposição de direito enunciada pelo tribunal como a base para a solução jurídica, nesse caso, afirma ele que necessariamente a *ratio* prescritiva coincidirá ou ao menos estará contida na *ratio* descritiva. Como exemplo de teoria que ao ser adotada levaria à conclusão diversa, Stone aponta aquela que se fundamenta na relação entre os fatos materiais e a solução jurídica, segundo a qual as proposições enunciadas pelo tribunal só são relevantes na medida em que – explícita ou implicitamente – apontam quais fatos são materiais. Esta visão desenvolvida por Goodhart pode levar a conclusão de que a *ratio* prescritiva é diferente e externa à *ratio* descritiva, já que o tribunal do caso subsequente ao analisar o *report* do caso precedente pode selecionar como materiais (de acordo com a visão do tribunal que estabeleceu o precedente) fatos diferentes daqueles que podem ser deduzidos a partir das proposições enunciadas pelo tribunal que estabeleceu o precedente.

Após essa observação de que a teoria de Goodhart é capaz de levar ao despreendimento da *ratio* prescritiva em relação à descritiva, Stone demonstra sua postura cética na possibilidade de se apontar um método para descobrir, a partir do

²⁵¹ *Ibidem*. p. 601.

report, a *ratio decidendi* do caso. Empresa que ele acredita ser racionalmente possível apenas se se tomar como verdadeiras duas premissas (que o autor entende serem falaciosas): 1) existe apenas uma *ratio decidendi* que explica a solução jurídica alcançada em relação aos fatos e; 2) tal única *ratio decidendi* pode ser delimitada a partir da análise do caso concreto em si mesmo. Premissas essas que foram adotadas por Goodhart em sua teoria.

Neste ponto, Stone elabora minuciosa crítica à teoria de Goodhart²⁵², focando principalmente no fato de não haver uma única *ratio decidendi* como produto da utilização de seu método. Isso pois, se a *ratio decidendi* do caso é considerada a partir dos fatos em relação à solução jurídica, e se vários fatos forem encontrados no *report*, então pode haver tantas *rationes decidendi* rivais quantas forem as combinações possíveis de fatos distinguíveis. Além disso, cada um desses fatos é normalmente capaz por si próprio de ser analisado em vários níveis de generalidade que poderiam abranger o fato relatado na decisão do precedente e cada um desses níveis de generalidade poderia produzir um resultado diferente numa situação fática diferente num caso subsequente. Para demonstrar tal afirmação, o autor discorre longamente acerca da interpretação dos fatos do caso *Donoghue v. Stevenson*, ocasião em que aproveita para desferir outra contundente crítica à teoria de Goodhart. Para Stone, a teoria dos fatos materiais pretende vincular o magistrado futuro apenas quando o caso que estiver julgando tiver exatamente os mesmos fatos considerados materiais no caso precedente, o que reduz a possibilidade de vinculação à quase zero. Nesse ponto ele se questiona se a presença de alguns dos fatos, ainda que à visão de um nível de generalização alternativo, no caso presente não seria mais relevante do que a ausência de alguns dos fatos materiais do caso precedente. Para o autor, tal questão não se refere à materialidade dos fatos da decisão do caso precedente de acordo com a interpretação do tribunal do caso subsequente, mas a uma questão de relevância analógica entre a solução jurídica do caso precedente e o caso futuro, o que requer do tribunal do caso futuro a escolha entre as possibilidades apresentadas pelo caso precedente.

²⁵² Para análise completa dos pontos da crítica feita por Stone à teoria dos fatos materiais de Goodhart: Cf. *Ibidem*. p. 602-610.

Em seguida, Stone afirma que a partir da teoria dos fatos materiais não é possível responder às perguntas “Qual único princípio um caso particular estabelece?” e “Qual é a *ratio decidendi* deste caso no momento de sua decisão?”, pois além do problema da numerosa quantidade de *rationes* concorrentes a depender da combinação dos fatos e do seu grau abstratização, há sempre dúvida acerca de quais fatos o tribunal do caso precedente – implícita ou explicitamente – determinou como materiais, o que se torna ainda mais difícil em julgamentos colegiados. Fato este, que segundo o autor, foi até reconhecido pelo próprio Goodhart que afirmou que muitas vezes distinguir os fatos materiais dos imateriais envolve certa suposição por parte do tribunal do caso futuro²⁵³.

Diante do exposto, a ideia de Stone sobre a determinação da *ratio decidendi* é de que a sua forma vinculante, ou seja, a *ratio decidendi* prescritiva não é determinada no caso precedente, mas apenas no futuro pelo magistrado do caso posterior, que deve escolher uma dentre um conjunto de *rationes decidendi* potencialmente vinculantes competindo entre si para regular situações futuras. Dessa forma, só as decisões do caso futuro é que determinarão qual dessas *rationes* é a prescritiva.

A escolha judicial é, segundo o autor, ineliminável do processo de determinação da *ratio decidendi* e é por isso que ele dedica algumas páginas à análise dos principais pontos em que normalmente tal escolha se mostra necessária, que são²⁵⁴: a) escolhas inevitáveis decorrentes da natureza dos termos utilizados nas regras; b) escolhas inevitáveis decorrentes dos métodos concorrentes para buscas a *ratio decidendi* do caso; c) escolhas inevitáveis decorrentes das versões concorrentes da *ratio decidendi* de um caso particular quando o método dos fatos materiais é aplicado, mesmo que numa decisão monocrática; d) escolhas adicionais decorrentes das versões concorrentes da *ratio decidendi* de um caso particular, por meio de qualquer método, quando a decisão é colegiada; e) a multiplicação das escolhas disponíveis decorrentes da interação de todos os pontos anteriores.

Em relação ao item “a”, qual seja, escolhas inevitáveis decorrentes da natureza dos termos utilizados nas regras, Stone afirma que frequentemente os termos utilizados

²⁵³ GOODHART, A. L. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review* 22. p. 123-124. [1959].

²⁵⁴ STONE, Julius. *Op. cit.* p. 610-615.

pelo magistrado do caso precedente apontam para uma categoria de referência ilusória, já que tais termos dão abertura para que magistrado do caso futuro faça uma escolha substancial em relação ao resultado a ser alcançado em um caso particular. Sobre essa plurissignificação dos termos, o autor aponta alguns tipos de categorias que consistem em supostas distinções. Uma delas é a categoria de referência insignificante, na qual a maior parte dos exemplos se resolve por meio de uma distinção legal sem que haja diferença fática, o que acaba gerando grande possibilidade de manipulação. Uma outra categoria apontada é a categoria de múltipla referência oculta, na qual um único termo representa um número de diferentes noções legais, que muito embora tenham relação entre si, cada um deles apresenta consequências jurídicas diferentes, característica que os magistrados, fingindo haver uma única regra, exercem sua liberdade de alcançar os resultados que eles entendem serem apropriados a partir do livre intercâmbio de uma noção legal pela outra. Como exemplos de indeterminabilidade da referência dessas categorias, Stone aponta os termos “razoabilidade” e “equidade”, que permitem que o magistrado chegue às mais variadas conclusões em um caso particular a partir de uma grande variedade de possibilidade jurídicas. Segundo ele, essa particularidade tem também efeitos positivos, na medida em que permite que o Judiciário agregue, ao corpo jurídico de normas antigas, percepções provenientes do conhecimento dos magistrados acerca das relações sociais contemporâneas, o que contribui para o desenvolvimento do direito.

Quanto ao item “b”, intitulado de escolhas inevitáveis decorrentes dos métodos concorrentes para buscas a *ratio decidendi* do caso, Stone atesta que muito embora o método de Goodhart seja dotado de especial prestígio na *common law*, os outros métodos nunca foram deixados de ser utilizados. Dessa forma, como o método criado a partir da teoria de Goodhart determina que a *ratio decidendi* deve ser encontrada a partir da análise dos fatos materiais em relação à solução jurídica e os demais métodos variam em torno da ideia de “razões dadas para a decisão”, é evidente que frequentemente tais métodos levarão a conclusões distintas. E é em razão dessa possibilidade de atingimento de conclusões diferentes a partir de métodos diferentes que Stone aponta a necessidade de escolha judicial do método a ser utilizado.

O item “c”, denominado “escolhas inevitáveis decorrentes das versões concorrentes da *ratio decidendi* de um caso particular quando o método dos fatos materiais é aplicado, mesmo que numa decisão monocrática” nada mais é que a reiteração da crítica do autor à teoria de Goodhart, na qual observa que, ainda que o magistrado do caso precedente enuncie detalhadamente quais são os fatos materiais na sua visão (o que o autor informa que muito raramente é feito), não há um método logicamente válido por meio do qual o magistrado do caso futuro, analisando apenas o caso precedente de forma isolada, possa definir com certeza que os fatos A, B e C são materiais, enquanto os fatos D, E e F são imateriais. Fato que leva a existência de tantas proposições gerais quantas forem as possibilidades matemáticas de combiná-las de formas diferentes. Além disso, há a possibilidade de generalização de cada um dos fatos considerados materiais em vários níveis diferentes, o que aumenta o número de versões concorrentes da *ratio decidendi*, demandando inevitavelmente uma escolha judicial por uma em detrimento das demais.

Em relação ao item “d”, escolhas adicionais decorrentes das versões concorrentes da *ratio decidendi* de um caso particular, por meio de qualquer método, quando a decisão é colegiada, Stone enfatiza a existência do problema de determinar a *ratio decidendi* dos julgamentos colegiados concorrentes e dissidentes. Nessa situação em que há numerosas possibilidades e versões de *ratio decidendi* concorrentes, para o autor, nenhuma delas é mais ou menos persuasiva. Assim, mesmo que os votos sejam coincidentes em relação aos fatos, é possível que haja diferentes versões que apresentam sutis diferenças de proposições e de toda maneira, há a necessidade de que o magistrado do caso futuro faça uma importante escolha ao eleger uma delas.

E por fim, quanto ao item “e”, a multiplicação das escolhas disponíveis decorrentes da interação de todos os pontos anteriores, o autor afirma que a combinação dos pontos apontados nos itens “a” a “d” em diferentes arranjos gera ainda mais espaço para a possibilidade de escolha judicial, tornando-a completamente necessária para a determinação de qual será a *ratio decidendi* prescritiva.

De um modo geral, a teoria de Stone aponta que para se entender a qual regra o magistrado do caso futuro está vinculado é necessário o entendimento dos conceitos de *ratio decidendi* descritiva e prescritiva, sendo apenas essa última a vinculante. Para

ele, é totalmente ilusório tentar extrair uma única *ratio* do caso precedente por meio de qualquer técnica, já que os termos utilizados pelo magistrado do caso precedente nada mais são do que “categoria de referência ilusória” que não levam a interpretação de uma única *ratio decidendi*. Para o autor, no caso precedente orbita uma grande quantidade de *rationes* (descritivas) potencialmente vinculantes que concorrem entre si para serem escolhidas pelo magistrado do caso futuro para regular as relações jurídicas. Dessa forma, o que é fundamental para Stone é a escolha judicial na determinação de qual das *rationes* concorrentes será a *ratio decidendi* que vinculará os casos futuros.

2.2.6 Rupert Cross e James W. Harris

O livro *Precedent in english law*²⁵⁵, de Rupert Cross atualizado por James W. Harris a partir de sua publicação original de 1961, faz uma interessante e abrangente análise do sistema de precedentes, levando em consideração não apenas os trabalhos de juristas ingleses como se pode presumir do título do livro, mas faz uma análise dos principais autores jurídicos, mundialmente considerados, que se propuseram a escrever sobre o *stare decisis*. E é no segundo capítulo desse livro que Cross se propõe a analisar o que significa e como determinar a *ratio decidendi*.

A primeira observação feita por Cross é a que não é tudo que o magistrado diz por ocasião do julgamento que constitui *ratio decidendi*²⁵⁶. Para justificar essa conclusão ele aponta dois motivos.

Um deles é que apenas integram a *ratio decidendi* os pronunciamentos acerca da matéria de direito e, segundo o autor, a grande maioria dos casos em litígio não envolve efetivamente matéria de direito, mas tão somente de fato. Para ilustrar a diferença entre a matéria de direito e de fato, o autor se utiliza do exemplo de um motorista que, em alta velocidade, se acidenta e causa danos a outrem. Nesse caso, não há dúvidas de que há o dever legal de dirigir prudentemente, a questão, em regra, é decidir se ele estava ferindo esse dever no momento do acidente. Essa última é questão eminentemente de fato. Ocorre que nem sempre é fácil diferenciar a matéria

²⁵⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

²⁵⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 40.

de direito da matéria de fato, motivo pelo qual é comum que os magistrados discorram longamente sobre as razões que os levaram a concluir sobre certos fatos, crendo eles que estarão contribuindo para o delineamento da *ratio decidendi* do precedente. Entretanto, para Cross, essas asserções sobre fatos, que não consistem em proposições gerais de direito necessariamente aplicáveis aos casos futuros, não podem fazer parte da norma do precedente.

O outro motivo é que dentre as várias proposições de direito anunciadas pelo magistrado, apenas aquelas necessárias para a decisão é que formam parte da *ratio decidendi*, todas as outras são *obiter dicta*. Assim, o magistrado do caso subsequente, ainda que discorde da *ratio decidendi*, deve obrigatoriamente aplicá-la a não ser que comprove a distinção razoável entre os dois casos. As *dicta*, por sua vez, ainda que frequentemente seguidas, não possuem nada mais que eficácia persuasiva, sendo carente de vinculação. Nesse ponto, Cross explica seu entendimento sobre a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, enquanto este é uma proposição de passagem, que provavelmente recebeu menos atenção do magistrado, a *ratio decidendi* é a proposição de direito posta como a razão para a decisão.

A segunda observação que Cross faz sobre a *ratio decidendi* é que um magistrado não pode impedir que sua decisão sobre uma questão de direito seja a *ratio decidendi* de um precedente²⁵⁷. Segundo o autor, a *ratio decidendi* do caso precedente deve ser determinada a partir da linguagem do magistrado que decidiu o caso, entretanto em relação ao significado das palavras, o intérprete tem tanto a dizer quanto o emissor da decisão. Dessa forma, é de fundamental importância a existência de regras de prática judicial acerca da construção a ser feita pelos magistrados subsequentes a partir das decisões passadas. Tais regras diminuem a influência que pode ser exercida no desenvolvimento do direito por magistrado que deseja impor suas razões particulares para decidir de modo diferente do decidido no caso precedente.

O terceiro apontamento feito pelo autor acerca da *ratio decidendi* é que os julgamentos devem ser lidos à luz dos fatos dos casos nos quais foram feitos²⁵⁸. Independentemente da amplitude das proposições utilizadas pelo magistrado do caso

²⁵⁷ *Ibidem*. p. 42.

²⁵⁸ *Ibidem*. p. 43.

precedente, é fundamental relacioná-las com os fatos efetivamente ou presumidamente provados do caso a que se refere. Isso pois, segundo o autor, as generalidades de expressões encontradas no julgado não são feitas para regular o direito inteiro, mas apenas uma certa categoria de fatos trabalhadas no caso.

O quarto ponto acerca da *ratio decidendi* apontado por Cross é o de que todo julgamento deve ser lido à luz dos julgamentos de outros casos²⁵⁹. Para ilustrar a necessidade de se levar em consideração não apenas os fatos do caso precedentes, mas também as decisões dos juízes subsequentes, o autor se utiliza do exemplo do caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, no qual o gerente do banco requerido induziu fraudulentamente o cliente requerente a aceitar uma garantia bancária sem qualquer valor. Nesse caso, o tribunal entendeu que o empregado cometeu fraude contra o cliente do banco durante o desempenho de suas funções e que o banco obteve proveito dessa fraude, desse modo enunciou que a regra geral de direito seria que o patrão é responsável por qualquer ato ilícito de seu empregado se cometido no decorrer de suas atividades laborais e em benefício do patrão. Ocorre que durante muito tempo se questionou se seria mesmo necessário que houvesse benefício ao patrão para que ele fosse responsabilizado, ou seja, se tal fato deveria ser considerado material. E apenas no caso *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, décadas depois do estabelecimento do precedente do *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, que o tribunal subsequente interpretou a *ratio decidendi* do caso como ausente do fato de existência do benefício do patrão e a aplicou como uma espécie de responsabilidade objetiva, assim ficando ela delineada para os casos que lhe sobrevieram. Dessa forma, para Cross, é fundamental que os casos subsequentes ao precedente também sejam analisados para a determinação da *ratio decidendi*, sob pena de ser irrealista.

Após discorrer sobre essas quatro observações acerca da determinação da *ratio decidendi*, Cross relata a grande dificuldade em proceder com essa determinação na prática, uma vez que na decisão nem sempre fica claro quais foram os fatos materiais entendidos pelo magistrado e também que os magistrados apresentam uma grande diversidade de formas de exposição do julgamento. Feitas essas ponderações, Cross passa a criticar algumas das teorias de *ratio decidendi* em voga à época.

²⁵⁹ *Ibidem*. p. 45.

A primeira teoria a ser criticada por Cross é a dos realistas norte-americanos²⁶⁰, que em contraposição à teoria judicial inglesa ortodoxa defensora da liberdade do magistrado julgador do caso precedente na determinação da *ratio decidendi*, defendem a total liberdade do magistrado do caso subsequente, que pode determinar a *ratio decidendi* conforme seu arbítrio a despeito do determinado pelos seus predecessores. Segundo o autor, os realistas, assim como Oliphant, cometem o erro de conferir importância apenas ao comportamento não-verbal dos magistrados, ignorando o comportamento verbal, dessa forma, consideram apenas o que o magistrado fez e não o que ele diz ter feito. O ceticismo acerca de uma técnica segura para definição da *ratio decidendi* é tanto que os defensores dessa teoria chegam a afirmar que a diferença entre *ratio* e *obiter dictum* pode ser definida um “instrumento utilizado pelos tribunais subsequentes para adotarem ou rejeitarem uma doutrina expressa num caso precedente de acordo com as inclinações individuais do tribunal subsequente”²⁶¹. Para Cross, essa posição realista extrema é prejudicial ao sistema de precedentes, não havendo motivos para que não se leve à sério o trabalho feito pelos magistrados anteriores. Além disso, o autor aponta não ser tão impossível a diferenciação racional entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*, ainda mais com o auxílio das importantes sugestões feitas por Wambaugh e por Goodhart.

Em seguida, Cross se ocupa em analisar a teoria de *ratio decidendi* de Wambaugh²⁶², segundo a qual a *ratio* seria uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outra maneira. A análise feita por Cross se concentra na técnica de inversão proposta por Wambaugh, por meio do qual, em tese, se poderia identificar a *ratio decidendi* como sendo a proposição que quando negada alteraria o resultado da decisão, ao passo que as proposições cuja inversão não surte efeito no resultado seriam *obiter dicta*. Segundo o autor, para a definição da *ratio decidendi* o método se mostra falho, eis que só teria serventia quando a solução do caso dependesse de uma única proposição, o que é a grande minoria, e além disso tal técnica pode levar a conclusão de que proposições no mesmo sentido porém com diferentes graus de generalidade são *ratio decidendi*, sem oferecer balizas para a definição de qual delas

²⁶⁰ *Ibidem.* p. 49-52.

²⁶¹ *Ibidem.* p. 50

²⁶² *Ibidem.* p. 52-57.

seria a verdadeira *ratio decidendi* ou a mais adequada. Nesse ponto, Cross frisa a importância que deve ser dada aos fatos materiais do caso, que são fundamentais para a determinação da *ratio decidendi*. Em sua conclusão, o autor entende que apesar de não ser totalmente útil na identificação da *ratio*, a técnica de Wambaugh tem o grande mérito de ser infalível na atividade de determinar o que não faz parte da *ratio decidendi*, ou seja, o que é *obiter dictum*.

O método de Goodhart, segundo o qual a *ratio decidendi* é o princípio derivado da decisão do magistrado e dos fatos considerados por ele como materiais, foi minuciosamente analisado por Rupert Cross²⁶³. O autor reconhece que o grande mérito da teoria de Goodhart é levar em consideração os fatos da forma com a qual foram considerados pelo magistrado, corrigindo o defeito da teoria de Wambaugh. Em seguida, Cross faz um completo apanhado dos principais pontos da teoria de Goodhart, resumindo-a no que considera ser as seis proposições mais importantes dela: 1) a *ratio decidendi* do caso não é encontrada nas razões declaradas na *opinion*; 2) a *ratio decidendi* do caso não é encontrada na regra de direito enunciada pelo magistrado na *opinion*; 3) a *ratio decidendi* não é necessariamente encontrada levando em consideração os fatos determinantes do caso e a decisão do magistrado; 4) a *ratio decidendi* é encontrada levando em consideração a) os fatos considerados pelo magistrado como materiais e b) a decisão do magistrado baseada nesses fatos; 5) o magistrado pode expressa ou implicitamente tratar certos fatos como materiais ou imateriais; 6) uma conclusão baseada em um fato hipotético é um *dictum*. Após explicar cada um desses pontos, Cross afirma que as regras desenvolvidas na teoria de Goodhart são o guia mais útil já feito para auxiliar na tentativa de determinação da *ratio decidendi*, mas em seguida passa a fazer suas críticas a certos aspectos da teoria.

A crítica feita por Cross se concentra no fato que Goodhart pecou em sua teoria pela falta de realismo em levar em consideração quase que exclusivamente os fatos do caso e por não conferir importância: a) à forma com a qual os casos foram afirmados e contestados pelas partes; b) ao processo de fundamentação adotado pelo magistrado e; c) à relação do caso com outras decisões²⁶⁴. Afirmação essa que pode

²⁶³ *Ibidem*. p. 63-71.

²⁶⁴ *Ibidem*. p. 67.

ser melhor visualizada na crítica que Cross faz especificamente às proposições segunda e sexta da teoria de Goodhart.

Em relação à segunda proposição, Cross demonstra que apesar de o princípio de Goodhart determinar que a regra de direito enunciada pelo tribunal não constitui necessariamente a *ratio decidendi*, numa situação em que a regra enunciada na *opinion* seja fundamental para a determinação das questões apresentadas e seja aplicada pelo tribunal, tal regra será necessariamente a *ratio decidendi* do caso²⁶⁵. Como exemplo, o autor se utiliza do já trabalhado caso *Barwick v. English Joint Stock Bank*, no qual a conclusão foi a de que o banco era responsável pelo ressarcimento dos danos experimentados pelo autor e os fatos foram: i) o gerente do requerido induziu fraudulentamente o requerente a aceitar garantia bancária sem valor; ii) o gerente era empregado do requerido; iii) o gerente estava no curso de suas atividades laborais; iv) o requerido se beneficiou em consequência da fraude perpetrada pelo gerente. Ocorre que, caso utilizado o método de Goodhart, todos os quatro fatos deveriam ser considerados materiais, eis que o magistrado não distinguiu quais desses fatos considerava materiais e quais considerava imateriais, bem como nenhum desses fatos pode ser considerado como nitidamente imaterial. Entretanto, no caso *Lloyd v. Grace, Smith e Co.*, o tribunal levou em consideração outros casos que o levou a concluir que no caso *Barwick v. English Joint Stock* não foi a intenção do tribunal classificar o benefício do patrão em razão da fraude como fato material e por isso esse fato não poderia fazer parte da *ratio decidendi*. A partir dessa decisão que interpretou a *ratio decidendi* do caso *Barwick v. English Joint Stock*, todos os casos subsequentes passaram a ser julgados com base nessa *ratio decidendi*. Dessa forma, a crítica que Cross faz a Goodhart nesse ponto é a de que ele ignorou o papel da interpretação dada nos julgamentos posteriores ao estabelecimento do precedente e anteriores ao caso em que se deseja aplicar a *ratio decidendi*, e que esses julgamentos são de fundamental e comprovada importância na determinação da *ratio decidendi*.

A crítica em relação à sexta proposição de Goodhart é feita no sentido de que apesar de ser afirmado que conclusões baseadas em fatos hipotéticos são necessariamente

²⁶⁵ *Ibidem*. p. 67-69.

dicta, é possível que tais conclusões sejam a *ratio decidendi* do caso²⁶⁶. Para Cross é possível que se forme um precedente num caso em que o tribunal decida que ainda que todos os fatos alegados pelo requerente fossem dados como verdadeiros, a causa ainda assim seria improcedente. Como exemplo, ele aponta o famoso caso *Donoghue v. Stevenson*, no qual uma lesma numa garrafa de refrigerante teria contaminado a bebida e causado intoxicação no consumidor final que a bebeu. Segundo Cross, muito embora nunca tenha sido provada existência da aludida lesma na garrafa, o precedente acerca da questão de direito foi estabelecido.

De um modo geral, para Cross, por mais que pareça ser impossível determinar a *ratio decidendi* do caso, não se pode adotar esse pensamento típico da corrente realista, sob pena de se invalidar completamente o sistema de precedentes. Dessa forma, ele entende que a *ratio decidendi* deve ser entendida como um “regramento de direito explícita ou implicitamente tratado pelo magistrado como passo necessário ao atingimento de sua conclusão, levando em consideração a linha de fundamentação adotada por ele”²⁶⁷, e também tendo em conta os fatos do caso tidos pelo magistrado como materiais, bem como as interpretações dadas aos julgados subsequentes.

2.2.7 Alfred Willian Simpson

Alfred William Brian Simpson, em seu artigo *The ratio decidendi of a case and the doctrine of binding precedent*²⁶⁸, se propõe a analisar o que significa dizer que se está vinculado a um precedente e quais aspectos envolvem tal vinculação. Após desenvolver seu raciocínio acerca dos métodos de aplicação e distinção dos precedentes, o autor indica a necessidade de se saber como extrair regras a partir dos casos.²⁶⁹

Neste ponto, o autor passa a comparar a identificação de regras criadas a partir das leis emanadas do Poder Legislativo em relação as criadas a partir de casos emanados do Poder Judiciário. Sobre as primeiras, entende o autor não haver maiores

²⁶⁶ *Ibidem*. p. 71.

²⁶⁷ *Ibidem*. p. 72.

²⁶⁸ SIMPSON, A. W. B. The ratio decidendi of a case and the doctrine of binding precedent. In: GUEST, A. G. (org.). *Oxford Essays in Jurisprudence* (First Series). Oxford, Clarendon. p. 148-175. [1961].

²⁶⁹ SIMPSON, A.W.B. *Op. cit.* p. 156 e 159.

dificuldades, eis que é simples a identificação das regras sacramentadas no texto legal e também porque é ampla a competência do Legislativo para legislar, estando este limitado apenas por alguns requisitos formais, de maneira que se pode questionar tão somente se a regra criada é *intra vires*, ou seja, estava dentro de sua competência constitucional. Dessa forma, para Simpson, munido do texto, é possível determinar qual é a regra, que envolve a mera citação desse texto. Entretanto, no julgamento dos casos não há um texto indiscutível como nos diplomas legislativos e esse é, para o autor, o ponto que gera a maior dificuldade na identificação das regras criadas nos casos.

Em sequência, Simpson ressalta a tentação natural para buscar uma técnica para determinar a *ratio decidendi* do caso, o que repararia a ausência inicial de um texto formal. Tal necessidade advém do fato de que toda a doutrina do precedente depende de conceito *de ratio decidendi* e parece absurdo aceitar a doutrina do precedente se se admite que não é possível dizer o que é a *ratio decidendi* de um caso específico²⁷⁰. Assim, propõe que para superar tal dificuldade é necessário identificar que há dois problemas envolvidos no direito a partir dos casos: 1) a definição do significado da expressão *ratio decidendi*, que deve ser capaz de indicar o que o jurista deve buscar no caso para identificá-la e; 2) a determinação da *ratio decidendi*, que deve indicar como buscar e não o quê buscar no caso para identificar a *ratio decidendi*.

Sobre esses dois problemas, o autor entende que é possível desenvolver uma definição satisfatória do significado da expressão *ratio decidendi*, mas se mostra descrente da possibilidade de encontrar uma única técnica ou um conjunto de regras para servir de forma genérica para determinar precisamente qual é a *ratio decidendi* dos casos. Isto pois, entende haver tantas formas para encontrar a *ratio* quanto as formas para encontrar qualquer coisa perdida, já que algumas vezes ela pode ser elusiva. De todo modo, Simpson passa a propor soluções para os dois problemas apontados.

Conforme já exposto, a ideia de autor é primeiramente definir o que é *ratio decidendi*, objetivando determinar o que se deve procurar quando se deseja encontrar a *ratio*

²⁷⁰ *Ibidem*. p. 159.

decidendi de um caso. Para isso, ele parte do pressuposto que a *ratio decidendi* do caso é uma regra vinculante (ou regras) que deve ser encontrada em casos decididos. Regra essa, que um tribunal hierarquicamente subordinado não pode questionar genericamente.

Dessa forma, o autor propõe como técnica de definição do que é *ratio decidendi* o esclarecimento do poder judicial de criar regras²⁷¹, assim estabelecendo que aquele que quer encontrar a *ratio* deve buscar por uma regra (ou regras) criada no âmbito do poder judicial para criar regras. Trata-se de técnica tradicional de definição da *ratio* e atende perfeitamente ao propósito do desenvolvimento da concepção de *ratio*, que é distinguir quando a regra judicial é criada *intra vires* ou *ultra vires*, ou seja, dentro ou fora da competência para criar regras. Nesse ponto, o autor esclarece que há limites ao poder do Judiciário para criar regras, sendo o mais importante deles o princípio de que o Judiciário deve se limitar a estabelecer regras estritamente relevantes ao caso atual que está sob a sua jurisdição, sendo-lhe vedado exprimir opiniões oficiais acerca de problemas hipotéticos. Esse princípio leva à concepção de *obiter dictum* como um instituto complementar à *ratio decidendi*, eis que denota os pronunciamentos judiciais que – acidental ou deliberadamente – versam sobre questões hipotéticas e conseqüentemente se tratam de enunciações *ultra vires* de direito. Dessa forma, a distinção entre a *ratio decidendi* elusiva e *obiter dictum* é uma distinção entre relevância e irrelevância, de maneira que é fundamental se estipular alguns critérios para determinação da relevância, já que sem eles não haveria limite ao poder criativo de regras do Judiciário, o que é impensável num Estado de Direito.

Ainda sobre a limitação do Judiciário para criar regras, o autor afirma que há limites formais (forma com a qual as regras são criadas) e limites substanciais (quais regras são criadas), mas, para ele, o conceito de *ratio decidendi* engloba apenas a limitação formal. Assim, apenas uma regra (ou regras) “de acordo com a qual o tribunal agiu”²⁷² pode ser classificada como regra vinculante. Daí dizer que uma vez satisfeita essa condição primária de ser a regra que guiou a ação do tribunal, respeitando exceções

²⁷¹ *Ibidem*. p. 160.

²⁷² A expressão utilizada originalmente no texto é “rule acted upon in court”, sendo que neste trabalho foi traduzida como “regra segundo a qual o tribunal agiu” e também “regra que guiou a ação do tribunal”. *Ibidem*. p. 161.

da doutrina do precedente (como por exemplo a regra *per incuriam*²⁷³), tal regra se torna vinculante e é esse fato de ser a regra segundo a qual o tribunal agiu que é o traço característico da relevância. Nesse particular, o autor elenca uma série de expressões que imprimem a mesma ideia de “regra segundo a qual o tribunal agiu”, tais como “regra aplicada ao caso”, “razão para a decisão”, “motivos que fundamentam a decisão”, “fundamento da decisão” e, para ele, não há qualquer vantagem em adotar qualquer destas expressões em detrimento de outra, já que são variações que retratam a mesma ideia e demonstram a limitação formal primária do Poder Judiciário.

Dessa forma, partindo da ideia de que ainda que o Judiciário tente enunciar, de forma precisa, em texto a regra segundo a qual ele agiu, é necessário atentar que ele não tem a prerrogativa de conferir eficácia vinculante a uma regra pelo simples fato de enunciá-la de acordo com um certo procedimento, mas tal eficácia só é conferida à regra na medida em que ela é regra efetivamente utilizada para decidir o caso *sub judice* (não uma regra criada simplesmente para vincular casos futuros). Assim, os requisitos mínimos para se dizer que o magistrado agiu de acordo com uma determinada regra são²⁷⁴:

- a) Ele deveria ter a regra em mente quando decidiu agir, o que não significa dizer que ele deveria ter, necessariamente, uma formulação precisa da regra em mente.
- b) Ele deve decidir que a regra é aplicável, o que significa dizer que ele deve decidir que algum fato ou conjunto de fatos devem ser subsumidos à regra, o que envolve uma atividade de classificação.
- c) Ele deve, deliberadamente, se conduzir de forma que sua conduta se conforme à conduta prescrita pela regra.

²⁷³ *Per incuriam* é uma expressão latina que significa “com falta de cuidado” e no âmbito da *stare decisis* se refere a uma decisão que ignora uma lei ou um precedente vinculante em sentido contrário à decisão. Na doutrina do precedente judicial, uma decisão *per incuriam* é considerada errada e não adquire eficácia vinculante.

²⁷⁴ *Ibidem*. p. 162.

Após elencar tais critérios, o autor indica que a identificação dessa regra segundo a qual o tribunal agiu deve ser feita a partir do processo de justificação das ações do magistrado, que este expõe abertamente no corpo do texto decisório.

Seguindo em sua teoria, Simpson passa a analisar a amplitude das regras extraídas dos casos. Sobre o tema, concentra sua atenção no tradicional uso do critério da “necessidade” da regra para tal decisão como um delimitador da sua abrangência. Para ele, o critério da necessidade não se presta para efetivamente determinar a amplitude da regra, já que não há um princípio de necessidade lógica que permita dizer que uma certa formulação de uma regra foi mais geral (mais ampla) do que o necessário para justificar uma decisão específica. O autor ainda acrescenta que a mesma crítica é válida para as teorias que definem *ratio decidendi* como a regra que o magistrado em um caso particular acreditou ser necessária.

Dessa forma, o que Simpson propõe para substituir de forma adequada o critério da necessidade é o critério da suficiência. Assim, para agir de acordo com uma regra, o magistrado não necessita ter em mente uma formulação precisa da regra, bastando ter uma ideia suficientemente precisa do alcance dessa regra para o seu propósito imediato.

A ideia de suficiência é essencial para o raciocínio do autor, eis que para ele a regra criada pelo magistrado não tem pretensão de exaustividade na sua formulação, que deve ser especificada na medida necessária para a resolução do caso concreto. Assim, os magistrados futuros vinculados à tal regra atuam na construção dessa formulação paulatina de acordo com novas demandas, o que será feito por meio da introdução de modificações e qualificações na regra inicial por ocasião dos sucessivos julgamentos de outros casos. Nessa sistemática, o magistrado não pode ser acusado de violar a resolução da regra a não ser que atue de maneira inconsistente, o que estaria qualificado caso ele introduzisse uma qualificação particular à regra em um caso depois de ter rejeitado a oportunidade de tê-la acrescentado em ocasião prévia se tal conduta tiver afetado a decisão tomada.

Para Simpson, cada caso limítrofe em relação à regra primariamente criada adiciona algo que torna a regra do precedente mais precisa ao trazer à lume circunstâncias que

tornam necessário o refinamento, modificação ou qualificação da regra, mas esse processo nunca chega ao fim. Isso pois regras de precedentes não são formulações exaustivas, mas formulações suficientemente exaustivas no contexto em que foram criadas²⁷⁵. E é por isso que a regra do precedente está sempre aberta a que tribunais subsequentes criem exceções que não foram previamente mencionadas – seja porque tais exceções não vieram à ideia do tribunal, seja porque o tribunal deliberadamente se absteve em declará-la –, mas sempre exceções que o tribunal poderia ter criado caso os fatos do caso que julgou fossem diversos do que efetivamente foram.

Tendo concluído sobre a definição do que pretendeu denotar com o termo *ratio decidendi*, Simpson passa ao segundo problema por ele identificado: determinar a *ratio decidendi*.

Na parte do artigo destinada a examinar o problema de determinação da *ratio decidendi*, preliminarmente, Simpson reitera que se trata de questão diferente do problema de definir a *ratio*, ou seja, de dizer o que a expressão *ratio decidendi* significa. Segundo ele, os casos não seguem um padrão e alguns julgados são divagantes e obscuros, ao passo que outros são curtos e precisos. Assim, como não há uma forma padrão de julgamento, é intrinsecamente improvável que se encontre uma regra de ouro que permita descobrir qual foi a regra (ou regras) segundo a qual o tribunal agiu. E é por isso que o autor nega a possibilidade de se apontar uma única técnica para a identificação da *ratio decidendi*

Não obstante o fato de inexistir tal regra de ouro que pudesse descobrir a *ratio decidendi* de qualquer caso, afirma o autor que na maioria dos casos não é difícil se chegar a uma formulação da *ratio* satisfatória, o que lhe parece difícil é decidir se a regra derivada do caso anterior se aplica ao caso subsequente. Problema esse inevitável que também ocorre na aplicação das leis.

Tendo exposto sua descrença na regra de determinação da *ratio*, Simpson passa a apontar críticas a alguns dos métodos apontados pela doutrina para tal objetivo.

²⁷⁵ *Ibidem*. p. 165.

Acerca das críticas, é interessante destacar a feita àqueles que definem *ratio decidendi* como a regra construída pelo magistrado subsequente quando invocado para resolver um caso²⁷⁶, ou seja, aqueles que defendem a ideia de *ratio decidendi* descritiva (de autoria do magistrado do caso que formou o precedente) e *ratio decidendi* prescritiva (de autoria do magistrado que utilizará a regra no caso subsequente, sendo esta a única efetivamente vinculante). Para Simpson, pensar dessa forma levaria a uma efetiva ausência de vinculação à regra anteriormente estipulada, já que o magistrado subsequente seria a autoridade competente para interpretar a *ratio* da forma que bem entendesse não estando sujeito a questionamentos sobre uma má interpretação da *ratio decidendi* efetivamente utilizada pelo magistrado que estabeleceu o precedente. Além disso, haveria sério risco a segurança jurídica, pois não haveria o mínimo de previsibilidade de qual é a regra vigente, já que esta só será determinada pelo magistrado no futuro.

Em suma, verifica-se que para Simpson, a *ratio decidendi* pode ser definida como o regramento suficiente para a resolução do caso concreto, que guiou a ação do tribunal (regra segundo a qual o tribunal agiu). Já quanto às técnicas para determinar qual é a *ratio decidendi*, o autor entende inexistir uma única regra ou conjunto de regras capaz de servir para todo e qualquer caso, já que não há padrão na forma de julgamento.

2.2.8 Neil MacCormick

Neil MacCormick, no artigo *Why cases have rationes and what these are*²⁷⁷, dialoga com os trabalhos de outros autores sobre *ratio decidendi* e se propõe a formular seu próprio conceito a partir das reflexões que expõe no artigo.

O autor, ciente de que atualmente os precedentes não derivam do *case-law* puro, mas consistem em glosas às regras gerais expressamente enunciadas na legislação²⁷⁸, parte da premissa de que o precedente é derivado das razões que sustentam às decisões judiciais e da fundamentação explicitamente apresentada nas *opinions*.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 169.

²⁷⁷ MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. P.155-182.

²⁷⁸ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.* p. 155.

Assim, para ele, é a fundamentação justificatória dos magistrados que confere normatividade a um entendimento judicial.²⁷⁹

Adentrando ao tema da *ratio decidendi*, MacCormick, entendendo ser pacífico que a *ratio* é parte vinculante do precedente e que a *obiter dictum* é composta por outras afirmações que exorbitam do limite necessário a resolução do caso, reconhece que a identificação da *ratio decidendi* é matéria extremamente controversa. Isso porque há dúvidas se há uma *ratio* a ser encontrada de forma autoritária numa *opinion* ou se a *ratio* seria simplesmente uma proposição de direito que o magistrado subsequente entende conveniente atribuir à decisão anterior como motivo determinante, pois isso o ajudaria a justificar uma decisão posterior²⁸⁰. Além disso, entende o autor que ainda que o termo *ratio decidendi* seja tradicionalmente utilizado para se referir a uma única proposição ou princípio jurídico, na realidade se trata de uma “categoria de referência ilusória” como detectado por Stone, já que há invariavelmente várias formas de expressar a *ratio decidendi*. Diante da situação controversa da matéria, MacCormick afirma que há teorias que vão das mais estritas ou formalistas às mais céticas. As mais formalistas concebem a *ratio decidendi* como algo determinado ou pelo menos determinável, ao passo que as céticas a concebem como de referência ilusória, sendo qualquer coisa que o atual utente desejar. O autor se classifica na primeira categoria, já que entende ser possível determiná-la, o que não significa que tenha uma concepção estática de *ratio*, pugnando o autor por um modelo que atribua certa flexibilidade à *ratio decidendi* ao decorrer do tempo.

Antes de apresentar propriamente sua concepção de *ratio decidendi*, o autor disserta sobre a justificação das decisões legais que legitima o sistema de precedentes. Segundo MacCormick, a decisão justificada entre as partes C e D se tornam uma espécie de padrão para as demais disputas entre quaisquer partes que se vejam na mesma situação. Para que o magistrado J decida de forma justificada a disputa entre C e D, ele deve criar uma regra de direito que não seja meramente *ad hoc* e *ad hominem* em relação ao pedido de C ou à defesa apresentada por D. A decisão de J deve ser a mesma para quaisquer outras pessoas que satisfaçam as mesmas qualificações que C e D e que estejam realizando as mesmas atividades nas mesmas

²⁷⁹ *Idem*.

²⁸⁰ *Ibidem*. p. 157.

circunstâncias²⁸¹. Trata-se de uma questão de justiça formal que determina que casos iguais sejam tratados da mesma forma. Em consequência, para o autor, a partir do conceito que ele chama de universalizabilidade, ao decidir o caso presente, o magistrado deve pensar também se essa solução seria adequada para os casos futuros similares²⁸². Além disso, para ele, uma regra estabelecida numa decisão só é justificada se preencher três requisitos²⁸³: i) consistência com o direito pré-estabelecido; ii) coerência com o direito pré-estabelecido; e iii) a regra é preferencial a qualquer alternativa ou pelo menos é preferencial entre as alternativas propostas por C e D.

A teoria de *ratio decidendi* de MacCormick está pensada para um modelo de resolução de disputas por meio de decisões judiciais justificáveis que se fundamentam em proposições de direito à luz de atos, fatos e circunstâncias do caso. Para o autor, uma decisão justificada da disputa legal tem que criar regramento em relação às questões contenciosas entre as partes de acordo com a relevância de qualquer proposição aduzida por qualquer das partes como a proposição de direito, ou de acordo com a interpretação dessa proposição, ou de acordo com a classificação ou avaliação adequada dos fatos à luz dos conceitos descritivos ou avaliativos ou das categorias envolvidas na aludida proposição²⁸⁴. Uma decisão deste tipo deve ser logicamente universal ou pelo menos deve ser em termos que sejam razoavelmente universalizáveis; e deve estar aberto a justificativas posteriores em termos de argumentos de consistência, de coerência e de consequência²⁸⁵.

Nesse contexto, MacCormick entende que a *ratio decidendi* é “um regramento expressamente ou implicitamente dado pelo juiz, o qual é suficiente para decidir a questão de direito colocada sob análise pelos argumentos das partes em um caso, sendo um ponto em que um regramento era necessário para justificativa (ou uma das justificativas possíveis) da decisão em questão”²⁸⁶. Ao passo que *obiter dictum*, para o autor, seriam argumentos que “tratam de princípios jurídicos, os que valorem outros

²⁸¹ *Ibidem*. p. 160.

²⁸² *Ibidem*. p. 161.

²⁸³ *Ibidem*. p. 161-162.

²⁸⁴ *Ibidem*. p. 170.

²⁸⁵ *Idem*.

²⁸⁶ *Ibidem*. p. 170.

comandos ou os que valorem as consequências da norma favorecida e suas alternativas, ainda que tais argumentos sejam necessários para justificar a norma dada pelo juiz.”²⁸⁷

Verifica-se, dessa forma, que a *ratio decidendi* para MacCormick não é a norma necessária para o atingimento da conclusão da decisão, mas a norma suficiente para o estabelecimento da questão de direito discutida em juízo pelas partes do caso.

2.2.9 Michael Stuart Moore

Michael Stuart Moore, na obra *Precedent, induction, and ethical generalization*²⁸⁸ analisa as possíveis formas de argumentação por meio de precedentes. Para o autor, há dois tipos de argumentação: a) a hermenêutica, que se dá pela interpretação de um texto. Nessa classificação se enquadra, por exemplo, a interpretação de sonhos por um psicólogo e da lei por um jurista, e; b) a não-hermenêutica, que atribui aceitação às afirmações não por terem sido expedidas por autoridade competente para tal, mas porque vários julgamentos particulares lhe atribuem como verdadeiras²⁸⁹.

A partir dessa premissa, o autor classifica as teorias clássicas de precedentes, como as de Montrose, Cross, Goodhart e MacCormick como hermenêuticas, pois todas partem da visão de que os magistrados, ao decidirem os casos, podem autoritariamente estabelecer proposições gerais que os magistrados subsequentes deverão interpretar para tomarem suas decisões nos casos futuros. Assim, para Moore, a argumentação por precedentes nas teorias clássicas se dá da mesma forma que a argumentação pela legislação²⁹⁰.

De acordo com o autor, essa concepção hermenêutica dos precedentes leva a uma série de problemas, como a liberdade dos magistrados subsequentes em restringir ou ampliar a *ratio decidendi*, a extração de uma *ratio decidendi* pelos magistrados

²⁸⁷ *Ibidem*. p. 171.

²⁸⁸ MOORE, Michael Stuart. Precedent, induction, and ethical generalization. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 183-209.

²⁸⁹ MOORE, Michael Stuart. *Op. cit.* p. 184.

²⁹⁰ *Ibidem*. p. 185.

subsequentes diversa da intencionada no precedente e a consideração de proposições importantes do caso precedente como *obiter dicta*. Além disso, tal concepção hermenêutica se afasta da realidade e fica se limita à retórica, já que na prática, os magistrados constroem por eles mesmos a *ratio decidendi* para as decisões passadas, muito embora de forma disfarçada de interpretação da *ratio* pré-estabelecida. Moore chega a afirmar que se propor a identificar a *ratio decidendi* pré-estabelecida no precedente é tão ilusório quanto falar em interpretar a lei segundo a intenção do legislador²⁹¹.

Ainda criticando a teoria clássica do precedente, Moore afirma que ela é incapaz de garantir, de fato, um tratamento igual aos casos semelhantes (*treat like cases alike*), uma vez que a aplicação dos precedentes depende de uma determinação de quais são seus fatos materiais e sua categorização, o que é inevitavelmente feito por magistrados do caso subsequente. Isso porque tais magistrados podem divergir entre si quanto a tais fatos materiais e o grau de generalidade de suas categorias. Um outro ponto relativo ao primado da igualdade é levantado pelo autor: identificar a *ratio* pré-estabelecida no precedente e a universalizar para todos os casos similares atende a ideia formal de igualdade, mas tal igualdade seria suficiente? Para ele, a verdadeira igualdade seria garantida na medida em que as similaridades e diferenças moralmente relevantes fossem utilizadas para a garantia do tratamento isonômico.

Dessa forma, para que casos semelhantes sejam realmente tratados da mesma forma, o magistrado subsequente deve revisar o entendimento do magistrado do caso precedente, de maneira que deve decidir por si mesmo quais são as semelhanças moralmente relevantes que demandam um tratamento isonômico e quais são as diferenças moralmente relevantes que demandam um tratamento diferente²⁹².

Moore critica severamente a técnica kantiana de universalização para a definição da *ratio decidendi*, pois, segundo ele, tal metodologia pretende em um único caso estabelecer regramento para um universo de outros casos, que muitas vezes são dotados de particularidades, que – no atacado da universalização – são ignoradas. Para solucionar tal problema, o autor defende que a *ratio* seja descoberta por meio de

²⁹¹ *Ibidem*. p. 185-186.

²⁹² *Ibidem*. p. 187.

teoria de observação das diversas decisões acerca da matéria para que se identifique, num todo sistemático, a regra que melhor se adequa e não propor um “algoritmo segundo o qual se pode antecipadamente decidir”²⁹³.

Dessa forma, o autor, numa concepção não-hermenêutica e equiparando a solução do problema às soluções éticas e científicas, propõe que para determinar a *ratio decidendi* é fundamental determinar quais são os fatos da decisão do precedente que, quando universalizados em uma regra, “rendem uma verdade do *common law*”²⁹⁴. Verdade, para o autor, não é uma ontologia, mas sim um atributo caracterizado por: 1) os corretos tipos morais nos quais os fatos do caso se encaixam; de acordo com a modificação por 2) um certo tipo de fato institucional, nomeadamente as decisões dos juízes em todos os casos, incluindo, prementemente, a decisão originária²⁹⁵.

Conclui-se que, para Michael S. Moore determinar a *ratio decidendi* é uma atividade construtiva em constante evolução, que se faz a partir da observação das decisões judiciais, que permitem uma universalização segura de uma regra que corresponde efetivamente ao direito vigente, ou seja, que rende uma verdade ao *common law*.

2.2.10 Melvin Aron Eisenberg

Melvin Aron Eisenberg, em sua obra “*The nature of common law*”²⁹⁶ se ocupa em analisar as teorias de *ratio decidendi* e suas respectivas técnicas de determinação, discutindo as críticas feitas a elas, aferindo sua efetiva aplicabilidade e diagnosticando o paradigma metodológico por trás delas. Após sua análise crítica, o autor se propõe a elaborar sua própria teoria.

A premissa adotada pelo autor ao longo da obra é a de que o *common law* deve sempre buscar satisfazer simultaneamente três critérios²⁹⁷: i) congruência social; ii)

²⁹³ *Ibidem*. p. 205.

²⁹⁴ A frase em seu idioma original é “yield a truth of the common law”. *Ibidem*. p. 209.

²⁹⁵ *Idem*.

²⁹⁶ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

²⁹⁷ EISENBERG, Melvin Aron. *Op. cit.* p. 50.

consistência sistêmica; e iii) estabilidade doutrinária. Dessa forma, para ele, qualquer construção dentro do direito deve tomar tais critérios como padrões de correção.

Especificamente em relação à delimitação da *ratio decidendi*, o autor analisa as teorias tradicionalmente defendidas, classificando-as em duas categorias: as minimalistas e as centradas no resultado.

De acordo com ele, classificam-se como minimalistas os métodos que definem a *ratio decidendi* como “parte da norma anunciada pelo precedente na fundamentação do tribunal, enquanto todo o resto seria *obiter dictum*”²⁹⁸. A consequência desse método é a redução da abrangência da *ratio decidendi* ao mínimo possível e a negação de liberdade ao magistrado do caso subsequente no estabelecimento do conteúdo da *ratio*, o que se demonstra pela nomenclatura normalmente utilizada por essas teorias, que é “interpretar a *ratio decidendi*”.

Por outro lado, no método centrado no resultado a *ratio decidendi* é tida como a proposição de direito alcançada a partir dos fatos do precedente, o que, segundo o autor, diferencia-se do outro método por se preocupar notadamente com “o que o tribunal realmente fez, e não com o que ele disse que fez”²⁹⁹. Muito embora esse método não tenha como consequência a redução da abrangência da *ratio decidendi* ao mínimo possível, ele também limita em grande parte o papel do Judiciário no estabelecimento de regras jurídicas, já que estas só poderiam ser produzidas como subproduto da resolução da disputa do caso concreto.

De acordo com Eisenberg, essas duas classes de métodos partem do pressuposto que a atividade judicial tem como função apenas a decisão de casos, sendo a produção de normas para casos futuros uma mera decorrência colateral dessa atividade. Além disso, para ele, nenhuma dessas teorias é capaz de abranger a atividade judicial de forma correta, pois apenas em raros casos a norma do precedente é reduzida apenas ao mínimo ou alcançada a partir dos fatos substanciais descritos. Além disso, na prática, a aplicação da regra adotada num precedente pode ser racionalizada em fundamentos diferentes daqueles utilizados no precedente

²⁹⁸ *Ibidem*. p. 52.

²⁹⁹ *Ibidem*. p. 52-53.

originalmente, já que a determinação da regra estabelecida pelo precedente envolve a consideração não apenas da intenção do tribunal que julgou o caso precedente, mas também da opinião de profissionais sobre a matéria, das mudanças sociais, do entendimento da doutrina sobre a decisão exarada e, mais importante, do entendimento do magistrado subsequente acerca de qual regra de direito se mostra mais congruente socialmente e sistematicamente consistente³⁰⁰. Por fim, o autor, citando Stone, conclui que essas duas classes de métodos ensejariam grande insegurança, pois por meio de sua aplicação é possível construir várias normas diferentes e não uma única norma do precedente³⁰¹.

Diante do exposto, Eisenberg propõe seu método de definição da *ratio decidendi*: o da proclamação (*announcement*). De acordo com esse método, que se baseia na ideia de que o estabelecimento de normas jurídicas é papel do tribunal, o tribunal ao decidir o caso deve enunciar a *ratio decidendi*, que será a norma que o tribunal entende ser relevante em relação às questões levantadas pela disputa travada no caso levado ao tribunal³⁰².

Desse método se extraem duas conclusões: 1) ele confere “peso às normas determinadas pelo tribunal apenas na medida em que elas expressamente o são, e, por isso mesmo, atribui-se valor à função dos juízes subsequentes na construção de normas jurídicas”³⁰³; 2) ele garante a relação entre a norma e a resolução do caso, reconhecendo “que o papel de criar e enriquecer normas jurídicas, embora possua valor por si mesmo, ainda assim é conectado fortemente ao dever de prestar a tutela jurisdicional dos direitos”³⁰⁴.

Do exposto, verifica-se que a teoria de Eisenberg apresenta caráter descritivo e foge de critérios rígidos para determinar a *ratio decidendi*, destacando o papel construtivo dos juízes subsequentes.

³⁰⁰ *Ibidem*. p. 52

³⁰¹ *Ibidem*. p. 53.

³⁰² *Ibidem*. p. 55

³⁰³ *Ibidem*. p. 55.

³⁰⁴ *Ibidem*. p. 55.

2.3 CONCLUSÕES ACERCA DAS TEORIAS DE *RATIO DECIDENDI* DESENVOLVIDAS NA *COMMON LAW*

Da análise da teorização de *ratio decidendi* de Eugene Wambaugh, a mais clássica apontada pela doutrina nacional e internacional sobre o tema, verifica-se que o autor se preocupa, mais detidamente, com quatro pontos: i) em relação às ações do magistrado que emite o precedente (maneira com a qual julga o caso concreto do precedente), limitar seu poder para criar proposições obrigatórias. Esse ponto se refere ao princípio da restrição da jurisdição; ii) elaborar um método para identificar quais fatos são importantes (materiais/substanciais) para fazer parte da proposição de direito que será obrigatória a partir da emissão do precedente. Esse ponto se refere ao princípio da uniformidade e gerou a técnica da inversão de Wambaugh; iii) em relação à fala do magistrado que emite o precedente (palavras utilizadas na decisão do precedente), limitar seu poder de criar proposições obrigatórias. Esse ponto se refere ao terceiro princípio elencado pelo autor; iv) limitar o poder do magistrado do caso futuro de estipular livremente qual seria a proposição de direito originada do precedente será a obrigatória, eis que esta proposição deve ter passado à mente do órgão emissor do precedente. Esse ponto se refere ao quarto princípio do autor. Dessa forma, para o autor a *ratio decidendi* é a proposição de direito tornada obrigatória a partir do precedente, que guarda relação com a classe de fatos fundamentais para o atingimento da conclusão do caso que lhe originou, sem exorbitar das circunstâncias efetivamente existentes nesse caso, despidendo-se das classes de fatos irrelevantes e que efetivamente seja uma proposição pensada pelo magistrado que julgou o caso-precedente.

Muito embora o trabalho de Wambaugh, escrito no século XIX, tenha sido fundamental como ponto de partida para a evolução dos estudos sobre o tema a partir das críticas que lhe foram feitas, é certo que ele apresenta graves falhas que comprometem sua utilidade. Tais falhas, como se pode verificar nos tópicos anteriores deste trabalho, foram abordadas por quase todos os autores que o sucederam. As que se reputa mais relevantes são as que se referem aos pontos ii e iv.

Em relação ao ponto ii, qual seja, o de determinar quais fatos devem ser considerados fundamentais para integrarem a proposição de direito que se tornará obrigatória, este enfrenta os seguintes problemas:

A técnica de inversão, criada para determinar quais proposições são fundamentais, parte da ideia de que há apenas um fundamento que sustenta a conclusão atingida no caso. Dessa forma, caso haja mais de um fundamento, em havendo a inversão isolada de apenas um deles e essa proposição invertida não sendo capaz de alterar o resultado, pela técnica da Wambaugh, este seria um mero *dictum*, o que não retrataria a realidade. Trata-se de problema que seria recorrente não apenas por ser comum que uma decisão se baseie em mais de um fundamento, mas também porque esse mesmo problema se mostraria em casos de decisões colegiadas, em que cada magistrado apresenta fundamentos distintos para atingir uma mesma conclusão. Essa crítica é feita por Neil Duxbury³⁰⁵ e por Cross e Harris³⁰⁶, afirmando esses últimos que tal técnica embora não sirva para apontar qual proposição é a *ratio decidendi*, é útil para determinar quais proposições não são.

Não obstante o problema de multiplicidade de fundamentos ou proposições capazes de sustentar a decisão, há outro grave problema: o grau de generalidade/abstração da classe de fatos consideradas fundamentais. Apontado por Oliphant³⁰⁷, Montrose³⁰⁸, Stone³⁰⁹, Simpson³¹⁰, MacCormick³¹¹ e Moore³¹², o problema do grau de abstração é inevitável em qualquer técnica que pretenda identificar quais fatos, em realidade: classe de fatos, são fundamentais para o caso. Isso porque, quando se despe a proposição de direito/regra/norma de características dadas como “sem importância”, ela passa a abranger múltiplas outras situações de fatos, que não necessariamente tenham fundamental similaridade com o caso-precedente, sendo possível assim, uma hiperintegração do Direito. É nesse sentido, que Montrose afirma que das múltiplas possibilidades de proposições a depender do grau de generalidade da classe de fatos,

³⁰⁵ DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 76.

³⁰⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 52-57.

³⁰⁷ OLIPHANT, Herman. *Op. cit.* p. 73.

³⁰⁸ MONTROSE, J. L. *Op. cit.* p. 590.

³⁰⁹ STONE, Julius. *Op. cit.* p. 610-615.

³¹⁰ SIMPSON, A. W. B. *Op. cit.* p. 165.

³¹¹ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.* p. 157.

³¹² MOORE, Michael Stuart. *Op. cit.* p. 185-186.

não há uma razão lógica infalível para escolher uma proposição em detrimento de outras e que Stone afirma que tais os fatos materiais seriam uma categoria de referência ilusória, já que dentre as infinitas possibilidades de *rationes decidendi* descritivas competindo para serem escolhidas, o magistrado elege voluntariamente uma para ser a *ratio decidendi* prescritiva, ou seja, obrigatória. Nesta questão há o mesmo problema identificado por Kelsen na figura de sua moldura normativa, em que o magistrado, mediante ato de vontade, elege um dos sentidos possíveis para tomá-lo como norma.

Sobre o item iv, a identificação da proposição que tenha, efetivamente, estado na mente do magistrado que emitiu o precedente, essa é particularmente problemática. Isso porque, pressupõe um certo exercício de adivinhação, que acaba por conferir excessiva margem de discricionariedade ao magistrado do caso futuro, que sob o alibi de estar “utilizando” a proposição de direito que estava na mente do magistrado emissor do precedente, elege uma proposição que lhe é conveniente para julgar o caso, por meio de critérios subjetivos e voluntariosos. É por isso que Moore afirma que “identificar a *ratio* pré-estabelecida no precedente é tão ilusório quanto falar em interpretar a lei segundo a intenção do legislador”³¹³.

Ainda sobre o item iv, tem-se que limitar a análise da *ratio decidendi* à proposição de direito que, necessariamente, esteve na mente do magistrado emissor do precedente engessa demasiadamente a *ratio*. Isso porque é cediço que a *ratio decidendi* se delinea ao longo do tempo, conforme as interpretações que lhe são dadas nos casos subsequentes ao precedente originário. Assim, limitá-la a uma proposição presa ao caso passado parece negar o caráter evolutivo do Direito.

De um modo geral, os métodos de Wambaugh, embora historicamente importantes, são comprovadamente ultrapassados e criticados pela doutrina anglo-saxã. Além disso, diante da crença de que se possa apreender em uma proposição de direito, linguisticamente delimitada, o ganho hermenêutico do precedente, há margem para subjetividade e voluntarismo disfarçados, bem como limitação das potencialidades do precedente de enriquecimento do ordenamento jurídico. Assim, entende-se que o

³¹³ MOORE, Michael Stuart. *Op. cit.* p. 185-186.

pensamento de Wambaugh acerca dos precedentes e suas *rationes decidendi* são incompatíveis com o constitucionalismo contemporâneo.

O trabalho de Oliphant, por sua vez, é de caráter eminentemente crítico e descrente de métodos para a determinação da *ratio decidendi*. Como visto, o autor identifica como um grande problema a atividade de abstrativização de situações de fato para que elas gerem grupos/classes de fatos abrangentes. De acordo com ele, por inexistir critério para a definição do grau correto de abstração, na prática, são feitas proposições jurídicas ultrageneralizadas e arbitrárias, que perdem a legitimação garantida pela efetiva conexão com o caso concreto que origina o precedente. É nesse sentido que ele entende que a *stare decisis*, em que se analisava o que foi feito no caso anterior, perdeu lugar para a *stare dictis*, em que se faz uma mera afirmação genérica de princípios.

Acerca dessa questão, é interessante verificar que muito embora Oliphant seja conhecido como um realista jurídico, ele, na verdade, é crítico do realismo. Isso pois, ele se preocupa em não conferir autoridade à proposição de direito que um magistrado – seja do passado ou do futuro – diz que é a *ratio decidendi*, afirmando que essa deve ter legitimação conferida pela conexão com o caso precedente. Assim, rechaça qualquer tipo de arbitrariedade e pamprinciopilogismo. Em realidade, Oliphant é cético quanto a um método que preveja infalivelmente qual é a *ratio decidendi* do caso que será utilizada para todos os casos futuros, pois está ciente das limitações da apreensão do sentido do precedente em uma proposição previamente delimitada em linguagem abstrativizada. O autor escancara o fato de que muito embora os magistrados dos casos subsequentes finjam estarem vinculados às proposições de direito estipuladas no caso-precedente que são identificadas por meio de métodos, tais métodos viabilizam um grande espaço para arbitrariedade e subjetividade, o que leva o magistrado a decidir conforme bem entender, sob o alibi de estar seguindo o precedente.

Diante desses pontos críticos identificados por Oliphant, ele afirma que não se pode confiar em técnicas pré-estabelecidas para identificar a *ratio decidendi* de um precedente, já que a única forma de garantir efetiva previsibilidade à sua determinação é construí-la a partir da “análise da efetiva resposta do tribunal aos estímulos e fatos

do caso concreto do precedente”³¹⁴. A proposta do autor é interessante e, do ponto de vista hermenêutico, muito mais avançada que qualquer teorização que se proponha a estabelecer técnicas para apreensão da complexidade do precedente em uma norma ou proposição, já que ela impede uma hiperintegração do Direito. Entretanto, critica-se a proposta do autor por limitar seu método de observação apenas ao caso que originou o precedente, ignorando o desenvolvimento do Direito a partir do ganho hermenêutico que se auferiu nas decisões que subseguem o precedente.

Diante do exposto, entende-se que a teorização de Oliphant, embora escape das ingenuidades que atingiram Wambaugh, ainda assim não é compatível com o constitucionalismo contemporâneo, por ignorar elementos de integridade, como a análise de todo o conjunto de decisões acerca do tema objeto do precedente, bem como não abranger a análise de critérios sociais, políticos, econômicos e de tradição jurídica, que como se verá no capítulo 3, influenciam na determinação da força do precedente.

O trabalho de Goodhart segue a linha de Wambaugh, eis que confessadamente inspirado nesse antecessor. Porém, Goodhart se propõe a ir além, elencando exaustivamente regras para identificar a *ratio decidendi* e para identificar quais são os fatos materiais de acordo com a visão do magistrado emissor do precedente. As regras sobre a identificação demonstram as seguintes preocupações do autor: i) não limitar a *ratio* aos fundamentos (razões) declarados na decisão; ii) não conferir liberdade ao magistrado do caso precedente para enunciar uma regra como *ratio*; iii) não conferir importância aos fatos determinantes assim concebidos por pessoas que não são o magistrado do caso precedente; iv) conferir importância aos fatos considerados pelo magistrado emissor do precedente como materiais, bem como a relação desses fatos com a decisão atingida no caso; v) não conferir importância aos fatos considerados pelo magistrado emissor do precedente como imateriais

Ao afirmar que a *ratio decidendi* é a proposição de direito estabelecida a partir dos fatos tidos como materiais pelo magistrado emissor do precedente, bem como a

³¹⁴ OLIPHANT, Herman. *Op. cit.* p. 159.

conclusão desse magistrado acerca desses fatos, tem-se que Goodhart ignora os fundamentos (razões) utilizados para atingir tal conclusão. Ele parte, assim, da ideia segundo a qual há sempre um raciocínio linear entre fatos e conclusão acerca deles, ou seja, o autor parece acreditar que um mesmo conjunto de fatos ou situações de fato é capaz de levar sempre a uma mesma conclusão, ignorando eventuais linhas argumentativas que pudessem levar a interpretá-los de modo a atingir conclusão diversa. Tal suposição é problemática e não guarda relação com a realidade, eis que é perfeitamente possível que, num julgamento colegiado, dois magistrados cheguem a conclusões opostas considerando exatamente o mesmo grupo de fatos, já que podem interpretá-los de maneira distinta, atribuindo-lhes tratamento jurídico diverso. Além disso, é fundamental que sejam analisadas as linhas argumentativas utilizadas pelas partes do caso precedente, não só para extrair maiores informações sobre os fatos, mas também para identificar se a argumentação discutida e julgada no precedente abrange as presentes nos casos futuros que queiram utilizar o precedente ou se há argumentação nova capaz de enfraquecer a força do precedente. Nesse sentido é a crítica de Cross e Harris³¹⁵ ao trabalho de Goodhart, ao afirmar que este pecou por não conferir importância: a) à forma com a qual os casos foram afirmados e contestados pelas partes; b) ao processo de fundamentação adotado pelo magistrado; e c) à relação do caso com outras decisões.

Sobre o ponto “c” da crítica de Cross e Harris, trata-se de outra grave falha da teorização de Goodhart. O autor, assim como Wambaugh e também Oliphant, ignorou o caráter evolutivo do Direito, que se enriquece a partir das decisões judiciais que gerem ganho hermenêutico ao Direito visto como integridade. Limitar-se à uma análise dos fatos tidos como materiais pelo magistrado emissor do precedente em relação à conclusão que atingiu acerca desses fatos, além de ignorar o papel enriquecedor das outras decisões subsequentes que interpretam e melhor delineiam a *ratio decidendi*, também não considera na aferição da força do precedente outros elementos materiais e formais, como políticos, econômicos e sociais, que como se verá, exercem grande influência.

³¹⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 67-69.

Em relação às regras para definir quais fatos foram concebidos pelo magistrado emissor do precedente como materiais/substanciais, muito embora Goodhart tenha criado exaustivas regras para identificá-los, trata-se de empreitada imprecisa e fadada ao fracasso, eis que demanda uma análise psicológica acerca do pensamento do magistrado do passado impossível por meio de técnicas formais. Sobre esse ponto, o próprio Goodhart afirma que muitas vezes distinguir os fatos materiais dos imateriais envolve certa suposição por parte do tribunal do caso futuro³¹⁶.

Ainda sobre os fatos, a Goodhart se aplica a mesma crítica feita a Wambaugh acerca do grau de abstração da classe de fatos tidos como materiais/substanciais, eis que não há um critério lógico para escolher um nível de abstração em detrimento de outro e a simples afirmação de que um fato foi “necessário” para a conclusão comporta uma infinidade de possibilidades de graus de abstração.

Diante das críticas elaboradas à teorização de Goodhart acerca dos precedentes e da forma de determinação da *ratio decidendi*, tem-se que ainda que autor mitigue o voluntarismo e arbitrariedade do magistrado emissor do precedente ao prever que não são as suas palavras que determinam a *ratio decidendi*, se mostra claro um subjetivismo ao determinar que a *ratio* deve ser construída de acordo com a visão específica desse magistrado acerca dos fatos e da conclusão atingida acerca deles. Tal pensamento não comunga com a ideia do Direito como um todo íntegro e coerente, assim, comporta uma decisão do magistrado emissor do precedente a partir de um grau zero de sentido, ignorando o histórico dos casos similares que o antecederam. Por essa razão que privilegia o subjetivismo, por ignorar o desenvolvimento evolutivo do Direito como integridade, bem como pelas falhas em relação à determinação dos fatos materiais, que viabilizam arbitrariedade disfarçada do magistrado do caso subsequente, tem-se que a teorização de Goodhart é inadequada ao constitucionalismo contemporâneo.

O trabalho de Montrose, na mesma linha crítica que Oliphant, afirma ser extremamente problemático trabalhar o conceito de “fatos do caso”, porque, na realidade, se busca uma classe de fatos, que demanda um processo de

³¹⁶ GOODHART, A. L. The ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, 22. p. 123-124.

generalização. Essa generalização, por sua vez, não obedece a um critério lógico de amplitude. Isso porque, no processo de generalização do fato particular do precedente a uma classe de fatos podem ser elaboradas muitas proposições gerais diversas, que levam a construção de diferentes regras igualmente aplicáveis aos fatos do caso, não havendo razão lógica para que uma proposição dentre as possíveis seja a melhor aplicável pelo magistrado.

Montrose expõe a inexistência elemento lógico que compila o magistrado a pinçar uma das possibilidades de abstração dos fatos como a adequada previamente ao caso, o que se faz em perfeita comparação com a exposição de Kelsen sobre a moldura normativa, em que o magistrado escolhe um dos sentidos possíveis do texto para ser a norma. Nos dois casos, de Montrose e de Kelsen, se chega a conclusão de que muito embora se simule que há obediência a um método, a seleção do elemento (seja sentido do texto, seja grau de abstração do fato) a ser utilizado para a construção da norma se dá, na prática, mediante um ato de vontade.

Assim, por desacreditar em método que previamente determine a norma do precedente com base em seus fatos tidos como materiais e por estar ciente do papel das decisões judiciais no desenvolvimento do Direito, Montrose entende que a *ratio decidendi* é construída pelo magistrado do caso futuro sem ampla liberdade para agir voluntariosamente, eis que deve analisar a regra proposta pelo magistrado no caso precedente, bem como os julgamentos subsequentes, que complementam e reconstróem a *ratio decidendi*.

Concorda-se com as críticas de Montrose acerca da impossibilidade de se fiar unicamente nos fatos e na conclusão acerca deles para apreender o fenômeno de enriquecimento hermenêutico desempenhado pelos precedentes. Muito embora o autor não tenha desenvolvido melhor sua proposta para a utilização dos precedentes judiciais, a partir das ideias gerais por ele propostas, entende-se que seu pensamento é relativamente compatível com a proposta da Hermenêutica filosófica presente neste trabalho, pecando por não considerar na análise da *ratio decidendi* a ser usada no novo caso aspectos externos ao Judiciário, como elementos sociais, econômicos e culturais, que influenciam sobremaneira a força hermenêutica dos precedentes.

O trabalho de Stone, também muito crítico assim como o de Oliphant e de Montrose, propõe a distinção de dois tipos de *ratio decidendi*: um descritivo, que se refere ao raciocínio do magistrado emissor do precedente, e um prescritivo, que se refere ao raciocínio identificado pelo magistrado do caso subsequente como aquele vinculante. A ideia de tal diferenciação está, de certa forma, presente nas críticas de Oliphant e Montrose, pois estes afirmam inexistir lógica infalível que faça com que o raciocínio originário do precedente seja precisamente a *ratio decidendi* identificada pelo magistrado subsequente. Nesse ponto, o mérito de Stone é dar nomes distintos a essas duas realidades.

Stone é cético em relação à possibilidade de se apontar um método para descobrir, a partir da decisão do caso precedente, a *ratio decidendi* do caso. É para comprovar essa impossibilidade que o autor faz uso dos conceitos de *ratio decidendi* prescritiva e descritiva.

Segundo o autor, haverá tantas possibilidades de *rationes decidendi* (descritivas) quantas forem as combinações possíveis de fatos distinguíveis e quantas forem as possibilidades de generalização desses fatos. É nesse ponto que o autor afirma que os termos utilizados pelo magistrado emissor do precedente para se referir aos fatos são uma categoria de referência ilusória. Essa infinidade de possibilidades de *ratio*, as múltiplas *rationes* descritivas potencialmente vinculantes, competem entre si para serem selecionadas para serem a *ratio decidendi* prescritiva, esta sim vinculante. De acordo com Stone, essa seleção é feita pelo magistrado do caso posterior, que deve proceder com um grande número de escolhas, tais como: natureza dos termos utilizados, métodos concorrentes para busca da *ratio*, versões concorrentes de *ratio* a depender do tipo de método utilizado, multiplicação das escolhas decorrentes da interação das escolhas anteriores etc.

Stone afirma que muito embora os magistrados finjam haver uma única regra do precedente, eles exercem sua liberdade de alcançar os resultados que eles entendem ser apropriados a partir do livre intercâmbio de uma noção legal pela outra. Assim, o fazem a partir da utilização de termos de categoria de referência ilusória, tais como “razoabilidade” e “equidade”, que permitem que se chegue às mais variadas conclusões a partir deles.

Assim, por entender que inexistente método lógico para definir qual é a *ratio decidendi* de um precedente e que o magistrado deve, inevitavelmente, tomar escolhas para selecionar qual das *rationes* descritivas potencialmente vinculantes será a *ratio* prescritiva, ele afirma que tal escolha é um ato de vontade a ser desempenhado pelo magistrado do caso futuro.

Entende-se por louvável a exposição que Stone faz do problema da arbitrariedade na escolha do sentido do precedente. Tanto Stone quanto Montrose chegam, de certa forma, a mesma conclusão sobre a ilusão de um método capaz de antever a *ratio* a partir dos fatos materiais, também sendo aplicável ao pensamento de Stone o paralelo entre as ideias de Kelsen e de Montrose feito anteriormente. Entretanto, muito embora Stone tenha diagnosticado corretamente o problema, ele, assim como Kelsen, se conforma com o voluntarismo baseado no critério subjetivo da autoridade: ambos o conferem ao magistrado que utilizará da norma. Diante desse caráter positivista de seu pensamento, tem-se que ele é incompatível com o constitucionalismo contemporâneo, que pretende superar o voluntarismo.

O trabalho de Cross, atualizado por Harris, faz críticas contundentes aos que anteriormente se propuseram a apontar métodos para a determinação da *ratio decidendi*: Wambaugh e Goodhart. Acerca dessas críticas, conforme já exposto, os autores entendem que a técnica da inversão de Wambaugh se presta unicamente para determinar o que é *obiter dictum* e sobre o trabalho de Goodhart, afirmam que ele falhou em não dar importância: i) à forma com a qual os casos foram afirmados e contestados pelas partes; ii) ao processo de fundamentação adotado pelo magistrado; e iii) à relação do caso com outras decisões.

Passando à parte propriamente propositiva do trabalho de Cross e Harris, tem-se que se preocupam em: a) limitar os elementos da *ratio decidendi* às proposições de direito (e não de fato) que sejam necessárias para fundamentar a decisão; b) impedir que um magistrado impeça, por meio de suas palavras na decisão, que sua decisão sobre questão de direito seja *ratio decidendi*; c) limitar o poder de atuação de um precedente aos casos que sejam efetivamente similares ao caso concreto que lhe originou; e d)

considerar a influência do julgamento de outros casos na determinação da *ratio decidendi*.

Acerca do ponto “a”, os autores tentam propor uma diferenciação entre matérias de fato e de direito, bem como propor um critério de abstração da generalização dos fatos: o da necessidade. Sobre a diferenciação entre matérias de fato e de direito, conforme já exposto, trata-se de distinção frágil, pois inexistente questão puramente de direito, já que este depende da existência de fato, ainda que seja considerado de forma abstrata em uma categoria fática imaginada. Assim as questões de direito apreciam o Direito a partir de situações gerais ou de cogitações acerca de hipóteses de incidência das normas analisadas, inexistindo real separação entre direito e fatos. Já acerca da eleição da “necessidade” como critério de generalização das proposições, esse, como já exposto, não compele o intérprete/aplicador a nenhum grau específico de abstração, já que aferir o que é ou não “necessário” demanda uma alta dose de subjetividade.

Quanto aos pontos “b” e “c”, é elogiável a proposta dos autores em conferir importância tanto ao magistrado que emitiu o precedente quanto àquele que o interpretará no caso futuro. Essa proposta impede o subjetivismo de ambas as partes, já que o magistrado subsequente deve limitar o poder normativo do magistrado emissor caso identifique que ele ultrapassou às circunstâncias do caso em sua proposição de direito utilizada para resolver o caso, bem como impõe limitações ao magistrado do caso futuro que deve se ater às proposições do emissor, se limitando às proposições relativas aos fatos presentes no caso precedente.

O ponto “d” também é elogiável, eis que reconhece o papel dos precedentes como ferramenta de enriquecimento hermenêutico do Direito, já que reconhece que é fundamental a análise dos julgamentos de outros casos para determinar a *ratio decidendi*.

Dessa forma, Cross e Harris entendem que não há técnica infalível para determinar qual a *ratio decidendi* de um precedente. Entretanto afirmam que não se deve deixar que esse ceticismo realista invalide a utilização dos precedentes judiciais. Para eles, a *ratio decidendi* deve ser entendida como “regramento de direito explícita ou

implicitamente tratado pelo magistrado como passo necessário ao atingimento de sua conclusão, levando em consideração a linha de fundamentação adotada por ele”³¹⁷ e as interpretações dadas aos julgados subsequentes.

Diante da teorização de Cross e Harris, concorda-se que os autores apresentam ideias muito avançadas em relação aos seus antecessores, o que é visto nos pontos “b”, “c” e “d”, mas pecam em duas questões fundamentais: 1) propor o critério de “necessidade” como definidor do grau de abstração de uma proposição comporta um alto grau de subjetividade, abrindo-se as portas do voluntarismo na utilização dos precedentes; 2) adotar uma visão normativista do precedente, que se propõe a apreender a complexidade do precedente numa proposição (regramento), que antes de ser utilizada no caso futuro já carrega uma seleção parcial dos elementos do caso precedente e de outros julgados, ignorando outros elementos que pudessem ser úteis na resposta ao caso futuro. Além disso, tal visão normativista, assim como já criticada nos trabalhos de outros autores, ignora outras dimensões que influenciam o Direito, como aspectos sociais, políticos e econômicos. Dessa forma, entende-se que, embora as ideias de Cross e Harris sejam avançadas, elas não são perfeitamente compatíveis com o constitucionalismo contemporâneo.

O trabalho de Simpson aproveita das críticas feitas aos autores que o antecederam, apresentando respostas a elas. Muito embora Simpson entenda a natural necessidade de se buscar técnicas para identificar a *ratio decidendi*, ele defende que inexistem técnicas únicas e infalíveis para tal, já que são muitas as formas com as quais os magistrados decidem os casos. Como alternativa, o autor propõe que a *ratio decidendi* seja buscada no âmbito do poder judicial para criar regras, ou seja, uma análise que identifique se a regra a ser tida como *ratio decidendi* é *intra vires* ou *ultra vires* (respectivamente, dentro ou fora da competência para criar regras). Nesse sentido, as regras que forem *ultra vires* serão, necessariamente, *obiter dictum*. Tal proposta denota uma nítida preocupação do autor em limitar o poder criativo de regras do Poder Judiciário.

³¹⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. p. 72

Acerca das regras que o Judiciário venha a expressamente criar num precedente, o autor afirma que ela se torna vinculante não pelo simples fato de ter sido enunciada de acordo com um certo procedimento, mas que tal eficácia só é conferida na medida que a aludida regra seja efetivamente utilizada para resolver o caso concreto do precedente. Novamente, verifica-se nesse ponto que o autor pretende limitar o poder do magistrado do caso precedente para criar regras.

Um outro ponto fundamental para as ideias do autor é substituição do critério da “necessidade” pelo critério da “suficiência” como estabelecedor do grau de abstração de uma proposição para alcançar a conclusão da decisão. Isso porque, para ele, a regra utilizada pelo magistrado deve ser especificada apenas na medida necessária para resolver o caso concreto. Para ele, os magistrados dos casos subsequentes vinculados à regra do precedente atuam na construção paulatina de sua formulação, o que é feito por meio da introdução de modificações e qualificações na regra inicial por ocasião dos sucessivos julgamentos de outros casos. Nessa dinâmica, o magistrado só pode ser acusado de violar a resolução da regra caso atue de maneira inconsistente, como, por exemplo, se introdução particular à regra em um caso depois de ter rejeitado a oportunidade de tê-la acrescentado em ocasião prévia. Tal processo, de acordo com Simpson, nunca chega ao fim, pois precedentes não são formulações exaustivas, mas sim suficientemente exaustivas na medida do contexto em que foram criadas.

Diante do exposto, Simpson afirma que embora não haja regra de ouro para identificar a *ratio decidendi*, é relativamente fácil chegar uma formulação sua que seja satisfatória. Para ele, *ratio decidendi* é o regramento suficiente para a resolução do caso concreto, que guiou a ação do tribunal (regra segundo a qual o tribunal agiu).

Verifica-se que a concepção da dinâmica dos precedentes de Simpson muito se assemelha ao paradigma sistêmico proposto nesse trabalho, eis que concebe o precedente como um enriquecimento do Direito, que deve ser agregado a partir de uma ideia de integridade. A maneira com a qual o autor descreve a formação paulatina da *ratio decidendi* muito se assemelha a metáfora do romancista em cadeia (*chain novel*) proposta no paradigma sistêmico para trabalhar com precedentes. Outro ponto interessante de ser observado é que embora Simpson fale em “regramento”, sua

concepção de regra não se mostra na estrutura “Se A, então B”, eis que é nítida a flexibilidade que ele confere a formulação da *ratio decidendi* em constante mudança. Dessa forma, a teorização de Simpson é relativamente satisfatória e compatível com o constitucionalismo contemporâneo, pecando apenas em não integrar outros elementos materiais que influenciam na força do precedente, como elementos sociais, políticos e econômicos.

O trabalho de MacCormick, elaborado a partir de ideias mais modernas assim como o de Simpson, parte do pressuposto de que o que confere normatividade a um entendimento judicial é a fundamentação justificatória apresentada pelo magistrado. Assim, recorre eminentemente aos critérios de justificação para determinar a *ratio decidendi*, eis que se mostra descrente de uma técnica única e infalível para identificá-la, já que ciente de que as proposições são “categorias de referência ilusória”, que geram múltiplas formas diversas de expressar a *ratio decidendi*.

Um ponto fundamental para MacCormick é o conceito de universalizabilidade, segundo o qual o magistrado, ao decidir o caso presente, deve pensar também se essa solução seria adequada para os casos futuros similares. Segundo ele, trata-se de critério de justiça formal, segundo o qual casos iguais devem ser tratados da mesma forma, evitando-se regras de direito que sejam meramente *ad hoc* ou *ad hominem*. Nesse contexto, para o autor qualquer decisão para ser considerada justificada deve obedecer a ideia de universalizabilidade, bem como preencher os seguintes requisitos: i) consistência com o direito pré-estabelecido; ii) coerência com o direito pré-estabelecido; iii) a regra é preferencial a qualquer alternativa ou pelo menos a preferencial entre as alternativas propostas pelas partes.

Partindo dessa ideia, MacCormick concebe a *ratio decidendi* como “um regramento expressamente ou implicitamente dado pelo juiz, o qual é suficiente para decidir a questão de direito colocada sob análise pelos argumentos das partes em um caso, sendo um ponto em que um regramento era necessário para a justificativa (ou uma das justificativas possíveis) da decisão em questão”³¹⁸ e que apresenta certa flexibilidade ao decorrer do tempo e das decisões que a utilizem.

³¹⁸ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.* p. 171.

A proposta de MacCormick acerta ao não cometer o erro de se fiar em técnicas que se proponham a determinar qual a única *ratio decidendi* do julgado. Além disso, elenca como requisito para uma decisão que ela seja coerente e consistente com o direito pré-estabelecido, exigência que arrefece o aspecto criticável de seu pensamento, qual seja, o de conferir ao magistrado que emite o precedente a competência para, a partir de critérios de justiça formal como o da universalizabilidade, impor regramento para casos futuros, sem maior preocupação com critérios de justiça substancial. Acerca desse ponto, é interessante notar que a teorização de MacCormick funciona bem num paradigma contextualista como o da tradição anglo-saxã, eis que este abranda o formalismo com o qual o precedente poderia ser utilizado em se concedendo ampla liberdade para que o magistrado emissor do precedente estipule regramentos.

Diante do exposto, tem-se que a teorização de MacCormick é relativamente compatível com o paradigma contextualista em que está inserida. Nesse sentido, caso se deseje utilizá-la, é importante que ela não seja desvirtuada por meio de uma formalização excessiva de seus elementos, sendo fundamental frisar a questão da consistência e coerência da *ratio decidendi* com o direito pré-estabelecido. Muito embora seu pensamento (se adequadamente inserido no paradigma contextualista) seja razoavelmente adequado ao constitucionalismo contemporâneo, lhe faltam aspectos importantes, pois MacCormick peca por desconsiderar elementos externos ao âmbito judiciário que também interferem na força do precedente, como os critérios sociais, econômicos, políticos etc.

O trabalho de Moore, da mesma forma que os anteriores, é consciente dos problemas acerca da generalização/abstrativização de fatos e proposições, que é inerente à linguagem, e geram voluntarismo disfarçado por parte dos magistrados que utilizam o precedente no futuro. Esse ponto já foi suficientemente discutido nas análises dos pensamentos dos autores anteriores.

Um elemento característico do pensamento de Moore é criticar a ideia de que casos iguais devam ser tratados da mesma forma a partir de uma lógica formal de igualdade. Para ele, tal lógica é insuficiente para o Direito, pois tratamento isonômico só seria conferido na medida em que fossem consideradas as similaridades e diferenças

moralmente relevantes entre casos. É por isso que rechaça a ideia de universalização, em que em um único caso se estabelece regramento para múltiplos casos futuros no atacado, muitas vezes se desconsiderando suas particularidades (hiperintegrando o Direito). Assim, o autor defende que não há que se propor um “algoritmo segundo o qual se pode antecipadamente decidir”³¹⁹.

Diante do exposto, a proposta de Moore é que a *ratio decidendi* seja descoberta por meio da observação das diversas decisões acerca da matéria para que se identifique, num todo sistemático, a regra que melhor se adegue e corresponda, efetivamente, ao direito vigente, ou seja, uma regra que “rende uma verdade ao *common law*”³²⁰. Acerca do conceito de “verdade” utilizada na expressão “render uma verdade ao *common law*”, o autor afirma que não se trata de uma ontologia, mas um atributo caracterizado por conter: i) os corretos tipos morais nos quais os fatos do caso se encaixam; de acordo com a modificação por ii) um certo tipo de fato institucional, nomeadamente as decisões dos juízes em todos os casos, incluindo, prementemente, a decisão originária.

Verifica-se que a teorização de Moore é compatível com a proposta de utilização do precedente a partir da Hermenêutica filosófica num paradigma sistêmico e com o constitucionalismo contemporâneo, eis que adota critérios de justiça substancial, não se fia em técnicas de lógica formal para identificar uma norma que apreenderia a complexidade do precedente, confere importância ao Direito como integridade e ao papel dos precedentes no enriquecimento hermenêutico do Direito. A falha, novamente, é desconsiderar elementos externos ao âmbito judiciário que também interferem na força do precedente, como os critérios sociais, econômicos, políticos etc.

Por fim, o trabalho de Eisenberg analisa brevemente as teorias de *ratio decidendi* e suas técnicas, classificando-as em: minimalistas e centradas no resultado. As primeiras tomariam a *ratio decidendi* como parte da norma anunciada pelo precedente na fundamentação, ao passo que as últimas tomariam a *ratio decidendi* como a proposição de direito alcançada a partir dos fatos do precedente. O autor afirma que

³¹⁹ MOORE, Michael Stuart. *Op. cit.* p. 205.

³²⁰ *Ibidem.* p. 209.

ambas as classificações se caracterizam por limitar sobremaneira o papel do Judiciário no estabelecimento de regras jurídicas, já que estas só poderiam ser produzidas como subproduto da resolução do caso concreto.

Assim, por entender que a produção de normas para casos futuros não é decorrência meramente colateral da atividade judiciária, Moore propõe seu método de determinação da *ratio decidendi*: o da proclamação (*announcement*). Segundo esse método, baseado na ideia de que o estabelecimento de normas jurídicas é papel do Judiciário, o tribunal ao decidir o caso deve enunciar a *ratio decidendi*, que será a norma que o tribunal entende ser relevante em relação às questões levantadas pela disputa travada no caso levado ao tribunal.

Verifica-se na proposta de Eisenberg uma visão normativista moderada, que pretende apreender em uma norma previamente delimitada a complexidade do precedente, porém reconhecendo uma certa abertura para que ela seja delineada ao longo do tempo e dos demais julgados que a seguirem. Essa concepção, ainda que mitigada, leva ao empobrecimento do círculo hermenêutico que gerou a decisão e impede que uma série de elementos, que podem ser relevantes para alguns casos e para outros não, sejam apreciados na decisão do caso futuro. Além disso, a proposta de conferir, precipuamente, ao tribunal que emite o precedente a atribuição de enunciar a norma demonstra um forte caráter realista jurídico, deixando à subjetividade do tribunal a função de afirmar o que é ou deixa de ser o Direito, sem que haja critérios materiais mais elaborados que garantam a ideia do Direito como um todo íntegro e coerente. É certo que o próprio autor tenta amenizar tal aspecto mediante a afirmação de que a regra enunciada pelo tribunal deve guardar relação com a resolução do caso que lhe originou e que há certo papel dos juízes subsequentes na construção da *ratio decidendi*, mas ainda assim, da forma com a qual foram trabalhados pelo autor, tais elementos amenizadores não capazes de barrar a margem ao voluntarismo de cúpula existente no pensamento de Eisenberg. Dessa forma, diante das aludidas críticas, tem-se que sua teorização acerca dos precedentes não é compatível com o constitucionalismo contemporâneo.

Da análise crítica dos trabalhos dos autores da *common law* tidos como os mais importantes acerca das teorizações e métodos sobre *ratio decidendi*, verifica-se que

cada um apresenta suas próprias deficiências e que não há uma teoria tida como de irrestrita aceitabilidade, o que leva a uma variada utilização intercambiante entre os métodos na prática.

Diante da falta de consenso e dessa dificuldade em apontar um método como o melhor, já que se verifica que todos – em maior ou menor medida – apresentam falhas, a doutrina de viés mais realista, com seu típico ceticismo, aponta para uma total inutilidade de se buscar um método. Segundo eles, o cotidiano forense revela intensa disputa que, em um pragmatismo determinado pelos interesses de cada um, faz prevalecer o método que convém a cada uma das partes, e, ao fim ao cabo, o juiz discricionariamente escolhe o critério definitivo para solucionar a causa. Por estarem ciente dessa realidade prática, revelam ser verdadeira a provocação de Lord Asquith, segundo a qual para identificar a *ratio decidendi* “A regra é bem simples, se você concorda com o outro cara você diz que é parte da *ratio*; se não concorda, você diz que é *obiter dictum*, com a implicação de que ele é um idiota congênito”³²¹.

É para enfrentar esse ceticismo que Cross e Harris desenvolvem seu trabalho, criticando os pontos deficitários dos métodos de Wambaugh e Goodhart e acrescentando uma visão mais realista na busca pelo método de determinação da *ratio*. O autor formula um extenso rol de regras e princípios como os vistos em seu tópico específico nesse capítulo. Entretanto, numa análise mais acurada, se verifica que esses postulados elaborados pelo autor nada mais são que simples consequência de uma série de formulações prévias a respeito do que ele entende por precedente, sendo um material frágil para ser tomado como ponto de partida para se estruturar um conhecimento geral acerca de toda e qualquer decisão que pudesse erigir precedente. Além disso, examinando os métodos aqui expostos, verifica-se que, em todos, a busca pela distinção entre *ratio* e *dictum* se utiliza de instrumentos argumentativos de aproximação e rejeição de argumentos fáticos e contextuais. Fato esse que também impossibilita uma apreensão teórica geral.

Acerca das teorizações e metodologias desenvolvidas pelos autores aqui abordados, Lopes Filho³²² observa três interessantes pontos que são convergentes entre o

³²¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Op. cit.* p. 50.

³²² LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 176.

pensamento da *common law*: i) pouca força de uma noção normativista; ii) uso de precedente fora de um simples silogismo; e iii) elaboração conjunta da *ratio decidendi* dos precedentes.

Entretanto, a esses três pontos, é dada pouca ou quase nenhuma atenção pela tradição europeia continental, que nos últimos anos tem tentando importar e desenvolver a divisão entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* para trabalhar com precedentes. Por assim agir, acaba-se por reduzir a *ratio* simplesmente à regra jurídica de julgamento enunciada pela corte emissora ou dela inferida, o que, inconscientemente, acaba levando ao uso do precedente, conforme proposto por Kelsen, equiparado à lei.

Verifica-se que a tradição anglo-saxã, muito embora tente desenvolver uma série de técnicas para identificação da *ratio*, prestigia a utilização dos precedentes a partir de análise contextualizada, ora inserindo-a nos fatos, ora no direito. Já a tradição continental, fortemente influenciada pelo paradigma normativista em que está imersa, se apega ao positivismo ora exegético, ora normativista.

Tradicionalmente no Brasil, o Judiciário utiliza o termo *ratio decidendi* sem qualquer rigor teórico, referindo-se, normalmente, aos fundamentos da decisão ou às razões de decidir. É o que se verifica nos julgados do Supremo Tribunal Federal³²³ e Superior Tribunal de Justiça³²⁴. Já na doutrina brasileira, exposta no início deste capítulo, o que

³²³ RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Parecer do Ministério Público como custos legis. Adoção pelo acórdão impugnado, como razão de decidir. Ofensa à ampla defesa e à necessidade de motivação das decisões judiciais. Não ocorrência. Agravo regimental improvido. Não fere as garantias do contraditório, da ampla defesa, nem da motivação das decisões judiciais, a adoção, como *ratio decidendi*, da manifestação, a título de custos legis, do Ministério Público. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 360.037/SC. Relator: Cezar Peluso. Brasília, DF, 07 ago. 07. DJ de 14 set. 07)

³²⁴ 2. O julgamento da demanda com base no art. 285-A, do CPC, sujeita-se aos seguintes requisitos: i) ser a matéria discutida exclusivamente de direito; ii) haver o juízo prolator do decisum julgado improcedente o pedido em outros feitos semelhantes, fazendo-se alusão aos fundamentos contidos na decisão paradigma, demonstrando-se que a *ratio decidendi* ali enunciada é suficiente para resolver a nova demanda proposta. 3. No caso, o acórdão recorrido indeferiu a inicial, ao argumento de que não havia direito líquido e certo à compensação do tributo, tendo em vista precedente da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que reconheceu a constitucionalidade do Decreto 418/2007. Não se indicou expressamente a aplicação do art. 285-A, do CPC, nem houve menção aos fundamentos de decisões anteriormente proferidas pelo mesmo juízo em processos semelhantes. 4. O aresto impugnado deve ser anulado para que seja reapreciada a petição inicial do mandado de segurança, à luz dos dispositivos processuais incidentes na espécie. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. RMS 31.585/PR. Relator: Castro Meire. Brasília, DF, 06 abr. 10. DJ de 14 abr. 10)

se verifica é a importação de técnicas da tradição anglo-saxã, porém a partir de uma visão normativista, o que, como visto, leva à deturpação do instituto.

Além da observação de que na tradição anglo-saxã os precedentes são concebidos a partir de uma visão contextualista enquanto na tradição europeia continental a partir de uma visão normativista, é interessante observar nas abordagens dos autores da *common law*, há uma grande variação do que venha propriamente a ser a *ratio decidendi*: se norma, arrazoado, fato importante, questão e até uma combinação desses elementos. As teorias mais realistas se aproximam de uma concepção fática, ao passo que as normativistas de uma concepção de norma jurídica contextualizada. Esse ponto de referência é fundamental dentro de cada teoria para que se faça a distinção entre a *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Pierluigi Chiassoni³²⁵, notando a variação do conceito de *ratio decidendi*, identificou divergências entre os autores em relação a esse ponto de referência (o que ele chama de no objeto). Segundo seu estudo, há três classificações diferentes de teorias em relação ao objeto: i) teorias que tomam o objeto como uma norma jurídica geral inferida da decisão do caso concreto do precedente (normativistas abstratas); ii) teorias que adotam como objeto a norma jurídica geral de forma contextualizada com os argumentos que efetivamente fundamentaram o caso concreto do precedente (normativista concreta) e; iii) teorias que têm como objeto não uma norma predominantemente abstrata ou contextualizada, mas têm como objeto um elemento essencial da argumentação legal do magistrado para fundamentar sua conclusão no caso concreto do precedente (argumentativa).

Verifica-se que, de um modo geral, as perspectivas variam em conceber a *ratio decidendi* como norma (abstratizada ou contextualizada) ou razão (argumentativa).

Embora seja fundamental a identificação desse ponto de referência, o que se vê em muitos dos trabalhos analisados é a falta de clareza no seu estabelecimento, sendo comum um indistinto entrelaçamento dessas várias abordagens. É o que se verifica em MacCormick ao afirmar que “quando se diz que um precedente tem caráter

³²⁵ CHIASSONI, Pierluigi. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. *Analisi e Diritto*, v. 2004, p. 75-101, 2004. p. 80-84.

vinculante, não é cada palavra proferida pelo juiz ou pelos juízes na justificação da decisão que é transubstanciada em lei vinculante – mas somente a fundamentação, a *ratio decidendi*³²⁶. Verifica-se que, para MacCormick, a *ratio* é identificada na fundamentação apresentada pelo julgador, transformando-se em norma para posterior aplicação. Essa aplicação normativa posterior é expressamente afirmada pelo autor, ao propor “tratar a sentença proferida como *ratio decidendi* do caso e usá-la como norma para o futuro”³²⁷.

Entretanto, esse entrelaçamento feito por MacCormick de a partir de argumentos erigir uma norma jurídica não é a única opção possível para a utilização de precedentes. Como exposto no tópico do capítulo deste trabalho acerca do conceito de precedente adotado e como será melhor demonstrado no próximo capítulo, é possível, e preferível, utilizar os precedentes a partir de uma lógica dialética, como *topus* argumentativo para um novo raciocínio a ser desenvolvido, sem necessitar de um silogismo próprio de uma regra.

O que se deve ressaltar é que a concepção de MacCormick, uma das mais modernas e atualmente bem aceitas na tradição anglo-saxã, tem aplicabilidade fisiológica por conta do paradigma contextualista na qual está inserida, que confere alta relevância à dimensão fática do Direito e suas consequências práticas, não se curvando à cogitações abstratas. A forma com a qual essa tradição concebe o Direito, o que se verifica na ênfase que todos os autores conferem à dimensão fática, revela que lá o método silogístico não é cabível, demandando um raciocínio plenamente diverso do uso de precedentes.

Assim, fica claro que a forma com a qual os operadores do Direito das tradições anglo-saxã e europeia continental é muito diferente, pois naquela tradição inexistente método pré-determinado para se trabalhar com o Direito e, é claro, com os precedentes. Nesse sentido, Lopes Filho bem aborda essa diferença ao descrever a forma de atuação da jurisdição na *common law*:

³²⁶ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.* p. 105.

³²⁷ *Ibidem.* p. 107.

Por isso a figura do advogado, em processos assim estruturados, é elevada. Eles não “darão” os fatos para que o juiz os devolva o “direito”. Eles serão agentes construtivos porque o recorte que fazem do caso e os modos de cotejá-lo com os elementos que compõem o precedente estarão diretamente ligados a sua habilidade. Serão os artífices que trabalharão o caso concreto que não será tomado simplesmente como uma situação particular a ser submetida a uma formulação geral. O caso particular fomentará ativamente o direito a ser aplicado, sendo esse o motivo de se falar em um direito vivo (*case law*) contraposto ao *book law*³²⁸.

Essa ênfase na argumentação pode ser aproveitada numa concepção não-normativa, tomando-se o precedente como um *standard* geral a ser utilizado dentro de uma nova estrutura argumentativa sem necessariamente encilhar um só ponto relevante, seja um fato, seja uma norma. Essa é a proposta de Lopes Filho a qual se filia no presente trabalho, a concepção de precedente como resposta hermenêutica que enriquece o Direito visto como integridade.

Diante de todo exposto, verificando-se que a simples importação de institutos da *common law* não é suficiente para se atender às novas demandas do Estado Constitucional, eis que tais desafios também se apresentam para aquele sistema sem uma resposta acabada, toma-se como adequada uma concepção do precedente não a partir da já demonstrada frágil divisão entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, mas como uma resposta hermenêutica, cuja força será variável a depender de uma série de elementos materiais e formais. É o que será melhor abordado no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 3 – DO ABANDONO DO MITO DE UM MÉTODO DE IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* PARA A CONCEPÇÃO DOS PRECEDENTES DE ACORDO COM SUA FORÇA HERMENÊUTICA

No capítulo anterior ficou demonstrado que a importação da dogmática desenvolvida para lidar com precedentes na *common law* não é suficiente para a superação do subjetivismo e voluntarismo exigida pelo constitucionalismo contemporâneo. Dessa forma, a crença de que o mero estabelecimento de que o que obriga num precedente é sua *ratio decidendi* (norma geral atrelada ao contexto fático do julgado que lhe origina) levaria a uma adequada aplicação dos precedentes se mostra insubsistente. Isso porque, se a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é matéria

³²⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 180.

extremamente controvertida na *common law*, que se insere num paradigma contextualista propício à utilização do direito jurisdicional, muito mais problemática será a importação desses conceitos para um ordenamento cujo imaginário jurídico é fortemente influenciado pelo paradigma normativo.

Além disso, fica claro também que o anseio, típico do paradigma normativo brasileiro, por uma técnica ou conjunto delas que estabeleça previamente qual a parte do julgado precedente formará a norma do precedente (*ratio decidendi*) e se revestirá de obrigatoriedade não obtém as respostas desejadas. Isso pois, por mais exaustiva que seja a técnica e por mais que ela absorva e resolva as críticas que foram feitas às suas versões anteriores, tais como se verificou na evolução das teorias de *ratio decidendi* expostas e analisadas no capítulo anterior, a técnica sempre se mostrará insuficiente para apreender de forma satisfatória a complexidade do fenômeno dos precedentes. O isolamento de qualquer parte de um julgado, ainda que se acredite que esse seja seu núcleo, e mesmo que este acople alguns elementos de seu contexto fático tidos como fundamentais, leva a um empobrecimento hermenêutico, que tende ao mau uso dos precedentes. É para superar esse problema que Juraci Mourão Lopes Filho sugere que os precedentes sejam utilizados de acordo com sua força hermenêutica, proposta que se entende a mais adequada ao constitucionalismo contemporâneo e que se passa a, sinteticamente, expor.

Juraci Mourão Lopes Filho³²⁹, em sua proposta, afirma que usar precedente não significa submeter os fatos do novo caso, mediante subsunção, à norma pinçada do julgamento anterior. Para ele, usar o precedente é utilizar a resposta hermenêutica dada anteriormente para responder o que se mostra no presente. Porém, ciente da incindibilidade entre interpretação e aplicação, o autor afirma que usar o precedente demanda que ele seja interpretado. Interpretar, nesse contexto, não seria determinar o que o tribunal emissor disse ou fez, mas constituir um sentido por meio da fusão de horizontes do precedente e do aplicador, levando em consideração elementos do passado e do presente. E, para usar o precedente dessa forma, é necessário aferir como a resposta dada, ou seja, o ganho hermenêutico, se apresenta para solucionar

³²⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p 323-449.

o novo caso: se uma resposta próxima ou distante. O grau entre um e outro extremo é definido pela força hermenêutica.

O ponto de partida para desenvolver a resposta para o novo caso é a elaboração da proposta de significação do precedente, que Lopes Filho aponta como equivalente à fase pré-interpretativa de Dworkin³³⁰. Trata-se de um sentido apriorístico (ou originário) considerado antes de qualquer utilização posterior efetiva. Ressalta-se que a obtenção desse sentido não se dá tal como a de um enunciado legislativo, a proposta de sentido é extraída do texto que versa sobre uma *applicatio* anterior e caso não se esteja diante de uma situação real de aplicação/interpretação, não se passará muito do que foi obtido pela corte anterior ou alcançável por hipotéticas aplicações a casos imaginados. Apenas quando o precedente for inserido no círculo hermenêutico de um novo caso é que haverá verdadeira produção de sentido a partir do precedente, respondendo-se novas questões desde o ganho hermenêutico. Antes dessa inserção no círculo hermenêutico do novo caso, há, como dito, mera proposta de significação, que tem como objetivo garantir certa previsibilidade de resultado, viabilizando uma segurança jurídica apriorística.

A resposta próxima, qual seja, aquela que com um grau satisfatório de justificação atende à demanda do novo caso, deve ser analisada quanto ao seu alcance quantitativo (quantidade de questões envolvidas), bem como seu alcance qualitativo, pois a resposta deve ser coerente, íntegra e justificada.

Quanto às duas primeiras características do alcance qualitativo, a coerência e a integridade, essas demandam que o aplicador observe e considere as linhas macro que orientam o Direito como um todo, pondo-as em consonância, por meio de uma abordagem deontológica, com as práticas mais relevantes e arraigadas. Nesse sentido, fala-se em respeitar a tradição no exercício do Direito, de maneira que se conceba o seu desenvolvimento como continuidade narrativa que respeite o passado. A fenomenologia jurídica encarada dessa maneira impede a mera deferência a hábitos e práticas de fato.

³³⁰ *Ibidem*. p. 414.

O dever de integridade, especificamente considerado, impõe que se confronte o precedente com outras fontes de sentido normativo e deontológicas de maneira que seu uso não provoque fraturas ou rupturas abruptas ocasionadas por motivos eventuais, assim, se permite um desenvolvimento progressivo e gradual. A integridade só permite a ocorrência de mudanças bruscas se houver convergência de fatores que a justifiquem, não por mera vontade do julgador.

A terceira característica, a justificação, por sua vez, é a busca de embasamento material da decisão a partir de critérios de justiça e equidade. Nos pronunciamentos judiciais, a justificação é obtida pela fundamentação, sendo que ambas, embora não se confundam, estão intrinsecamente ligadas, pois não há justificação sem adequada fundamentação e uma fundamentação sem justificação é uma falácia. Assim, para que haja justificação, deve-se observar não uma lógica meramente formal ou técnicas argumentativas, mas se deve enfrentar as questões postas no processo em uma dimensão sobre seu conteúdo.

A força hermenêutica do precedente será maior, ou seja, a resposta será mais próxima, quando o precedente for capaz de responder a todas ou a maior parte das questões do novo caso, ofertando parâmetro coerente e justificado. Por outro lado, será menor, ou seja, será uma resposta distante, quando poucas questões do novo julgamento puderem ser resolvidas com o precedente ou forem resolvidas com algum déficit de coerência ou justificação, demandando uma extensão de sentido para além do que se verificou no passado.

Muito embora a aferição da força hermenêutica quantitativa e qualitativamente se dê primordialmente por elementos materiais (de conteúdo) do julgado anterior, ela depende também de elementos formais. Por exemplo, não obstante os precedentes exarados pela base da pirâmide hierárquica da estrutura judiciária sejam importantes, não há dúvidas de que um precedente do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior exerce maior influência do que o de um tribunal do mesmo nível hierárquico ou inferior. Nesse ponto, para evitar o foco nos critérios formais de hierarquia (que não são os únicos que importam), Lopes Filho evita a expressão “precedentes horizontais

e verticais”, ressaltando apenas um aumento da relevância dos precedentes dos tribunais superiores³³¹.

Ainda no âmbito dos critérios formais, o mesmo autor destaca a importância do tipo de processo ou recurso em que se produziu a decisão pretérita. Ressalta-se que a decisão exarada em processo de controle abstrato de constitucionalidade possui prescrição formal atribuída pela legislação para que seja dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Assim, independentemente de seu conteúdo, tem seu poder de constrição próprio ditado por essa prescrição formal. Porém, a diferenciação formal entre precedentes não se dá apenas em relação a aqueles que possuem vinculação formal. Como exemplo, tem-se a decisão em embargos de divergência ou em recurso especial com fulcro no art. 105, III, “c” da Constituição Federal, cujo procedimento tem como escopo a uniformização. Esse tipo de decisão, que aprecia linhas divergentes para gerarem uma unificação, terá maior relevância do que as demais.

Por fim no âmbito formal, diante da constatação empírica de que a modificação da composição do órgão emissor do precedente é fato determinante para eventuais alterações de entendimento, elenca-se composição da corte emissora como critério formal influenciador da força hermenêutica do precedente.

Diante do exposto, Lopes Filho³³² elenca os elementos que determinam a força hermenêutica de um precedente da seguinte forma:

1) Elementos formais: 1.1) Nível hierárquico da corte emissora; 1.2) Tipo de processo em que se emitiu o precedente; 1.3) Órgão interno do tribunal emissor; 1.4) Votação por maioria ou unanimidade; e 1.5) Modificação da composição da corte emissora. 2) Elementos materiais de justificação: 2.1) Fundamentação adequada e detida; 2.2) Grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de direito envolvidas; 2.3) Ramo do Direito envolvido; e 2.4) Idade do precedente. 3) Elementos materiais de coerência: 3.1) Coerência paradigmática ampla (observância do paradigma sistemático); 3.2) Existência ou não de desafio ao precedente; 3.3) Similitude

³³¹ *Ibidem*. p. 415.

³³² *Ibidem*. p. 416.

hermenêutica das questões suscitadas; 3.4) Guinada jurisprudencial e efeito ex nunc; 3.5) Observância a precedentes não judiciais; 3.6) Modificação do plano legislativo ou constitucional; 3.7) Modificação ou manutenção do quadro político e social geral; e 3.8) Apoio ou desafio acadêmico.

Além desses elementos, deve ser analisada a integridade do julgado, de modo a verificar se este está alinhado aos princípios do ordenamento jurídico, sendo expressão integrante de um sistema único e convergente de justiça e equidade.

Como alerta o próprio autor, esses elementos propostos para a determinação da força hermenêutica devem ser analisados a partir do paradigma sistemático sob a infraestrutura da Hermenêutica filosófica nos termos expostos no capítulo 1. Isso pois, a aferição da força hermenêutica por magistrados que se comportam dentro de um paradigma normativista de infraestrutura na Filosofia da consciência, com bases teóricas do positivismo normativista ou exegético, ou até dentro de um paradigma contextualista, tende conferir preponderância aos elementos formais, relegando a segundo plano os elementos de coerência e integridade. Trata-se de risco atual no Direito brasileiro, principalmente diante da preponderância de critérios formais elencados no atual Código de Processo Civil.

Nesse sentido, a proposta de determinação da força hermenêutica do precedente de Juraci Mourão Lopes Filho é prescritiva e não meramente descritiva da prática judiciária brasileira, eis que se propõe a solucionar precisamente os problemas dessa prática, qual seja, a utilização de precedentes mediante critérios meramente formais, utilização de ementas como premissa maior de um silogismo formal e possibilidade de mudança de orientação de tribunal superior que leva a reboque toda a linha decisória dos inferiores em amestramento acrítico. O autor intenta, mediante tal proposta, impedir o fortalecimento da dogmática que vem se promovendo no Brasil, que importa institutos da tradição inglesa com mixagem da tradição legalista brasileira, o que seria, para ele, o velho positivismo em vestes do que se diz ser a *common law*.

Adere-se a essa proposta no presente trabalho, pois ela se mostra consciente em relação a todos os aspectos práticos problemáticos da prática judiciária sem no entanto se curvar à soluções pragmáticas, que para atingir um fim tido como mais

nobre, qual seja, o de celeridade e previsibilidade, sacrificam a justiça da decisão. Não se pode aceitar um amestramento acrítico dos magistrados, no sentido de seguir um precedente de hierarquia superior “independentemente de suas boas razões”, exaltando critérios formais em detrimento de elementos materiais garantidores de justiça substancial. Ademais, se fiar preponderantemente em critérios formais confere à cúpula do Judiciário a liberdade para decidir a partir de um grau zero de sentido, ignorando o histórico evolutivo do direito em análise e pondo verdadeiramente em risco a segurança jurídica que se pretende garantir com tais critérios formais. É por essa razão e por entender que a utilização do precedente de acordo com sua força hermenêutica atende às exigências do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, solucionando as inconsistências apontadas no capítulo 1 deste trabalho, sem cair nas armadilhas expostas no capítulo 2, é que se adota a presente proposta.

Dessa forma, passa-se a analisar, ainda que de forma sintética, cada um dos elementos apontados como critérios determinadores da força hermenêutica do precedente judicial.

3.1 ELEMENTOS FORMAIS DE DETERMINAÇÃO DA FORÇA HERMENÊUTICA DO PRECEDENTE

Diferentemente dos elementos materiais, que se ocupam do conteúdo da decisão precedente, os elementos formais não guardam relação com o conteúdo decisório, mas decorrem de imposição legal expressa ou tácita que atenta para: i) o aspecto subjetivo da autoridade prolatora da decisão; ou ii) o instrumento processual em que se realizou julgado. Conforme já exposto, o apego ao positivismo da tradição brasileira acarreta numa valorização desses elementos em detrimento dos materiais, o que se verifica na legislação e também na dogmática atualmente vigente.

Nesse ponto, estar-se a reconhecer o papel dos elementos formais, mas não a sucumbir perante o formalismo. É importante ressaltar que a dimensão formal é apriorística e superável. Diz-se apriorístico porque, em uma análise sumária e superficial, eles proporcionam automaticamente uma força hermenêutica ao julgamento. Principalmente os precedentes que expressamente possuem efeito vinculante, eis que esses atuam, por imposição normativa, no jogo hermenêutico posterior. Entretanto, como ficará melhor demonstrado, a atuação dos elementos

formais não será isolada nem determinante, justamente porque interagirá com os outros elementos.

Até mesmo decisões que não possuem efeito vinculante expreso, mas são elaboradas no bojo de procedimentos com função uniformizadora por tribunais superiores também possuem maior influência que uma decisão em processo individual ordinário, incrementando sua força hermenêutica diante desse elemento formal.

Passe-se, então, a analisar os elementos formais.

3.1.1 Nível hierárquico da corte emissora

O nível hierárquico da corte emissora é de grande relevância para a determinação da força hermenêutica do precedente³³³. Muito embora, nos capítulos anteriores se tenha criticado o uso do precedente, de súmulas e mesmo jurisprudência, levando em conta apenas o critério autoritário do nível hierárquico da corte emissora do julgado, não se pode negar a relevância da hierarquia da corte emissora. A crítica que se fez, que ora se reitera, é a sustentação teórica do dever de seguir precedentes em razão de uma deferência hierárquica, o que consistiria em um positivismo judicial de cúpula, incompatível com o constitucionalismo contemporâneo.

Dessa forma, fica claro que precedente, súmula e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente em matéria constitucional, devem, necessariamente, ser considerados pelos demais tribunais do País. O dever, portanto, é de consideração no sentido de não-ignorar. Isso pois, inexistente justificativa para que o magistrado se desonere do dever de considerar (não ignorar) um precedente, já que o magistrado não deve julgar segundo sua consciência. Ele deve respeitar a tradição institucional em que se insere, ciente de que são os órgãos de cúpula que, em última instância, formulam as decisões que formam essa tradição.

³³³ *Ibidem*. p. 420-421.

Ressalta-se que o dever de considerar o precedente não pode ser entendido como seguir cegamente ou hiperintegrar o sistema. O magistrado não pode se esquivar do dever constitucional de julgar os casos mediante análise contraditória do que foi efetivamente produzido no processo, fazendo uso de julgamentos dos tribunais superiores. Em sendo o precedente suficiente e, portanto, aplicável, não se pode meramente apontar-lhe ou fazer-lhe a citação, é fundamental demonstrar essa suficiência.

Muito embora com grau de influência distinto, os tribunais superiores devem considerar também os precedentes da base da pirâmide judiciária, eis que não há de se falar em julgador – seja juiz, desembargador ou ministro – que seja uma ilha de cognição e interpretação do Direito. Como dito, é certo que os tribunais superiores exercem maior influência, porém o extrato inferior do Judiciário emite decisões que também geram expectativas e orientam comportamentos, sendo fundamental que os tribunais superiores levem esses precedentes em consideração.

Outro fator importante é a função constitucional outorgada aos tribunais superiores de uniformização da jurisprudência, em razão da conformação do Brasil como um Estado federado. Nesse ponto, é importante a unidade de entendimento pretoriano para garantir que o povo, independentemente da unidade federativa em que se encontre, receba tratamento similar em face da legislação federal e constitucional.

Reconhecer a importância da hierarquia não leva, necessariamente, a uma incompatibilidade com o paradigma sistêmico que concebe a ordem jurídica coerente em rede proposta no capítulo 1, pois a hierarquia é da Corte e não do precedente. A aludida proposta não nega a existência de uma hierarquia, mas defende a exclusão de uma lógica assimétrica formal rígida unicamente estruturada pela dimensão hierárquica. Dispor os precedentes em níveis é relevante, pois coordena compreensões e oferece um instrumento à primeira mão para lidar com os conflitos, porém essa disposição é superável ante outros critérios devidamente justificados.

3.1.2 Tipo de processo em que se emitiu o precedente

O tipo de processo em que se emitiu o precedente não obstante seja inegavelmente de grande relevância para a determinação de sua força hermenêutica³³⁴, é um elemento superdimensionado pela dogmática dominante no Brasil. A prescrição formal legislativa de que a decisão de alguns recursos, incidentes ou processos e mesmo súmulas têm efeito vinculante não deve ser entendida como um aprisionamento que impede que o magistrado que aplicará o precedente o delineie mais adequadamente ao caso. Não há dúvidas de que o precedente erigido nesses procedimentos será extremamente influente, mas ele não impede (salvo em decisão em controle abstrato de constitucionalidade que julga inconstitucional norma) que além da distinção (*distinguish*) seja feito também o desafio ao precedente, desde que seja justificado, ou seja, se baseie em outros fatores atuando em prol do desafio e não por mero entendimento pessoal do magistrado.

Sobre esse elemento, Lopes Filho elenca uma graduação apriorística dos precedentes. No primeiro círculo, elenca aqueles que possuem efeito vinculante conferido pela legislação:

1) decisão em controle abstrato de constitucionalidade que julga inconstitucional norma (esse é absoluto, não comporta desafio, uma vez julgada inconstitucional a norma, ela é expurgada do sistema, não podendo o julgamento sofrer desafio que permita o reingresso); 2) decisão em controle abstrato de constitucionalidade que julgou constitucional a norma (admite desafio, ou seja, possibilidade de inconstitucionalidade não alcançada no plano abstrato, e sua força está na existência de mecanismo da reclamação que permitir uma análise direta do desafio pelo STF); 3) linha de precedente resumida em súmula vinculante (admite desafio em até maior medida dos anteriores, porque, comumente, representa um salto muito alto de generalização, pelo que o uso da súmula deve levar em conta os precedentes que a autorizaram e não sua literalidade); 4) decisão tomada em casos repetitivos (também admite afastamento porque o efeito vinculante é apenas para os casos padrões que considera, tanto que o *distinguish* é expressamente admitido na legislação); 5) incidente de assunção de competência, dotado de instrumentos de proteção e fomento à observância de seus julgados; e 6) súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça sobre assuntos infraconstitucionais, bem como as súmulas dos tribunais estaduais e regionais que, na condição de item arrolado no art. 927, do CPC, desfrutam também de medidas de proteção e fomento, da maneira exposta anteriormente³³⁵.

³³⁴ *Ibidem*. p. 421-423.

³³⁵ *Ibidem*. p. 422.

No outro círculo proposto pelo autor, elenca as decisões que, mesmo que a legislação não lhes conceda efeito vinculante, exercem o papel expresso ou tácito de uniformizar a jurisprudência. Estes são³³⁶: 1) decisão em controle concreto de constitucionalidade, em que a norma é julgada inconstitucional; 2) decisão em controle concreto de constitucionalidade, em que a norma é julgada constitucional; 3) decisão em recurso especial com fulcro no art. 105, III, “c”, da Constituição Federal; e 4) outros precedentes não elencados no rol dos incisos do art. 927 do Código de Processo Civil, já que a ele não são conferidas expressamente medidas de proteção ou fomento em outras disposições legislativas.

Muito embora os precedentes do segundo círculo não sejam dotados do mesmo grau de força daqueles do primeiro círculo, não se pode restringir seus efeitos à coisa julgada, impedindo que sua decisão seja usada em outros casos. Lopes Filho³³⁷ afirma que, tradicionalmente, não se reconhece o papel de influenciar outros casos dessas decisões porque o Direito processual se formou fortemente ligado ao positivismo exegético, o que levou os processualistas, na formulação dos conceitos básicos desse ramo do Direito, a se ocuparem exclusivamente da isonomia dentro da relação triangular entre autor, juiz e réu. De acordo com esse pensamento, como haveria simples aplicação da lei ao caso concreto, qualquer variação era tida como uma ofensa à lei, uma distorção patológica, o que demandava pronto e pontual reparo, sem se cogitar sobre uma variação fisiológica de entendimentos. Os procedimentos com a função de uniformizar entendimento só surgiram quando o Direito processual reconheceu tal papel dos precedentes no Direito.

3.1.3 Órgão interno do tribunal emissor

Os tribunais se organizam em órgãos fracionários, plenários ou especiais, tendo cada um uma função específica determinada pelo respectivo regimento interno. Como num órgão fracionário é possível diversas combinações de membros, conseqüentemente se gera posicionamentos diversos, fato que torna os precedentes de órgãos

³³⁶ *Idem.*

³³⁷ *Ibidem.* p. 423.

fracionários mais suscetíveis a um enfraquecimento³³⁸. Muito embora o paradigma sistêmico proposto nesse trabalho mitigue instabilidade que seria gerada caso o que fundamentasse o precedente erigido de órgão fracionário fosse tão somente o mero temor hierárquico reverencial, tal instabilidade não é inteiramente afastada. A existência de órgãos internos é fundamental para que, por meio da reunião de colegiados maiores, se unifique entendimentos. É por essa razão que o Código de Processo Civil concedeu eficácia vinculante ao incidente de assunção de competência, cujo procedimento é justamente o de levar o caso para um órgão interno mais amplo.

A coerência interna de um tribunal é realizada formalmente por esse tipo de procedimento: os vários integrantes de órgãos fracionários são reunidos para que possam discutir com a integralidade dos pares o melhor entendimento a ser adotado, conferindo-lhe uniformidade.

Lopes Filho chama atenção para uma peculiaridade do Judiciário brasileiro: a reiterada ausência de parte dos integrantes desses órgãos internos, que, costumeiramente, funcionam com a composição parcial. O autor aponta que um quórum desfalcado prejudica a legitimidade dos julgamentos e também a própria razão de ser desses órgãos, pois a composição parcial impede que haja a mais ampla base de entendimentos analisados para sustentar a decisão³³⁹.

Dessa forma, quando a decisão for erigida de órgãos internos dos tribunais de ampla composição, independentemente do conteúdo, esses precedentes possuem maior força hermenêutica, devendo-se atentar à questão do quórum.

Ressalta-se que no âmbito desse aspecto formal, deve-se ter em mente que a decisão colegiada exige que, na fundamentação, haja a análise das teses divergentes. Tomar a divergência jurisprudencial como inexistente levará a uma fundamentação deficitária, o que gera enfraquecimento por motivos materiais.

³³⁸ *Ibidem*. p. 423-424.

³³⁹ *Ibidem*. p. 423.

3.1.4 Votação por maioria ou unanimidade

O precedente erigido de votação unânime tem maior força hermenêutica e quanto mais divergência houver no julgamento, mais enfraquecida a decisão se torna³⁴⁰. Nesse sentido, a divergência mitiga a estabilidade formal, pois ela aponta que há maior possibilidade de modificação da decisão. Em um julgamento colegiado, o voto vencido jamais deixa de integrar o precedente, eis que este pode veicular razões que podem ser aproveitadas e aprofundadas no futuro e gerarem até uma superação do entendimento. Num julgado posterior, o magistrado pode demonstrar a maior precisão da tese derrotada, inexistindo impedimento formal para tal. Tem-se como exemplo dessa situação, a flexibilização do precedente da ADI 1.232. Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu a constitucionalidade do art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93, que fixava um quarto de salário mínimo *per capita* como parâmetro familiar para dar direito a benefício assistencial. Entretanto, a tese do voto vencido foi paulatinamente sendo fortalecida em julgados posteriores dos juizados especiais federais, até que, anos depois, o STF passou a admitir outros critérios de aferição do estado de pobreza. É certo que o desafio ao aludido precedente foi facilitado pela existência de argumentação no mesmo sentido em voto vencido.

Dessa forma, deve ficar claro que o voto vencido não deve ser entendido como expurgado do sistema. Ele, assim como o voto vencedor, é uma proposta de solução hermenêutica, entretanto não foi confirmada naquele julgamento. Assim, nada impede que mudanças circunstanciais posteriores gerem novos elementos que fortaleçam a proposta hermenêutica do voto vencido. Segundo, Lopes Filho, o desprezo habitual que se dá ao voto vencido advém do apego à lógica formal do positivismo, que impõe a invalidade de qualquer juízo contrário ao prevalecente³⁴¹. Tal lógica binária de “pertence *versus* não pertence” não é adequada ao estudo do precedente, que tem sua força hermenêutica suscetível a graduação.

³⁴⁰ *Ibidem*. p. 424-425.

³⁴¹ *Ibidem*. p. 425.

3.1.5 Modificação da composição da corte emissora

Ao se pregar uma concepção do Direito como integridade, que rechaça uma visão subjetiva do Direito, deve-se estar ciente de que, na inteligência e compreensão do caso, há inevitavelmente interferência do aspecto subjetivo dos julgadores. Partindo-se da visão de mundo de Heidegger, que não é egoísta, mas sim mediada pela cultura e historicidade, tem-se por certo que os pré-conceitos e pré-juízos do interprete/aplicador interferem, inevitavelmente, no círculo hermenêutico. Cada julgador tem experiências de vida distintas, o que lhe oferta um horizonte de sentido particular, dessa forma, a mudança subjetiva da conformação dos membros da corte interfere resultado final do julgado. Assim, como todos os outros aspectos formais aqui expostos, a modificação da composição da corte não é determinante e nem é elemento que sozinho determina a força hermenêutica do precedente, mas independentemente do conteúdo do precedente, ela interfere em sua força³⁴².

Para verificar como a composição do tribunal influencia na manutenção e alteração de entendimentos do tribunal, tem-se o exemplo da atuação do ministro Moreira Alves no Supremo Tribunal Federal. O aludido ministro foi fundamental para o estabelecimento de diversos aspectos sobre o controle concentrado de constitucionalidade, conforme demonstra Gilmar Ferreira Mendes:

Não só o processo constitucional - definição da natureza do controle abstrato de norma, a distinção precisa entre intervenção interventiva e o processo de controle abstrato de normas, o significado especial da interpretação conforme a Constituição no âmbito do controle abstrato de normas, a adoção da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a eficácia erga omnes das decisões proferidas no processo de controle abstrato -, mas também as reflexões materiais desenvolvidas a propósito do princípio da proporcionalidade e do controle de constitucionalidade do direito constitucional derivado revelam o significado ímpar e inconfundível da contribuição do Ministro Moreira Alves para o Direito Constitucional em geral e para o controle de constitucionalidade em especial³⁴³.

O ministro permaneceu no STF de 1975 a 2003, período em que seus posicionamentos predominaram no tribunal. Após sua aposentadoria, algumas

³⁴² *Ibidem*. p. 425-426.

³⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 215.

perspectivas, como, por exemplo, a figura do legislador negativo, puderam começar a ser revisadas.

Dessa forma, fica evidente que a composição do tribunal exerce grande influência no modo de decidir. E, em havendo alteração dessa conformação há maior possibilidade de mudança de entendimentos. Tais questões devem ser apreciadas quando da determinação da força hermenêutica do precedente.

3.2 ELEMENTOS MATERIAIS DE DETERMINAÇÃO DA FORÇA HERMENÊUTICA DO PRECEDENTE

Os elementos materiais são diretamente relacionados ao conteúdo da decisão precedente. Estes, por serem abordados pela doutrina com menor frequência, não são muito utilizados na prática judiciária. O próprio Código de Processo Civil não os aborda detidamente, se limitando prescrever, no art. 489, §1º, alguns aspectos do dever de fundamentação adequada com precedentes e súmulas. Dessa forma, a discussão acerca do conteúdo do parâmetro utilizado não é comum na praxe brasileira, eis que o procedimento corriqueiro é pinçar uma norma do precedente que se reduz à premissa maior de um silogismo. Não há maiores questionamentos sobre como e por que a norma escolhida serviu de premissa maior, limita-se à análise de elementos formais ou a mera similaridade entre o caso precedente e o atual.

Nesse contexto, Lopes Filho propõe elementos materiais próprios à coerência e outros à justificação³⁴⁴.

Os elementos de coerência aferem a consonância do julgado, a ser entendido como ganho hermenêutico obtido por ele, com outras fontes de produção de sentido jurídico e mesmo com a linha jurisprudencial já existente. Ao proceder dessa maneira, qual seja, modulando a força de um precedente de acordo com outras fontes do Direito, retira-se o protagonismo absoluto dos pronunciamentos judiciais na formação do Direito. Assim, evita-se que se cumpra a crença realista, segundo a qual o Direito é o que os tribunais dizem o que ele é.

³⁴⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 426-449.

Os elementos de justificação se referem à justiça da decisão. Eles têm o escopo de aferir se o precedente é uma decisão que adequadamente atende à exigência constitucional de fundamentação, o que na terminologia *dworkiniana* seria aferir se o precedente é a resposta correta para o caso anterior e apropriada para o posterior. Dessa forma, o objetivo é observar se o ganho hermenêutico produzido é suficientemente justificado nos termos constitucionais, aferindo-se, assim, se se trata de decisão justa e não de manifestação voluntarista do julgador.

3.2.1 Elementos materiais de justificação: fundamentação adequada e detida

A Constituição Federal, em seu art. 93, IX, impõe ao Judiciário que suas decisões sejam fundamentadas. Trata-se de prescrição extremamente relevante, pois além de permitir o controle da decisão, também expõe o que levou o magistrado a decidir da forma com a qual decidiu, garantindo a legitimação da atuação jurisdicional. Dessa forma, ao se analisar detidamente os argumentos e contra-argumentos do processo, restam atendidas às mais atuais exigências de atuação em contraditório.

Na prática jurídica brasileira, em que está arraigado o raciocínio jurídico mediante silogismo dedutivo, esse dever constitucional foi degradado, autorizando deturpações. São corriqueiras as decisões que apresentam com fundamentação meras indicações de expressões vazias, tais como, “em face do que consta dos autos” ou “em atenção ao melhor direito”. Especificamente em relação aos precedentes, o dever de fundamentação é ferido quando há mera citação de ementa de julgamento, sem a necessária explicação de sua específica pertinência. Nesse sentido, Nelson Nery Junior, assim como grande parte da doutrina, tece críticas à essas falsas motivações:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação³⁴⁵.

³⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Constitucionais do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 175-176.

No mesmo sentido dessa crítica doutrinária, tem-se o seguinte entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...] não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é 'inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais': não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra³⁴⁶.

Com base nesse entendimento jurisprudencial, Lopes Filho erige o primeiro parâmetro do elemento material de fundamentação: não se considera fundamentada uma decisão cuja generalidade de exposição autoriza a transposição para qualquer outro julgado³⁴⁷.

Muito embora Nelson Nery, no excerto recortado, acerte ao exigir uma fundamentação substancial, seu raciocínio se pauta em um esquema silogístico, com a divisão de fato e de direito. Para o autor, o magistrado busca na causa tão somente dados para que possa inseri-los no juízo silogístico, assim, os argumentos das partes são situados em plano secundário, já que eles serviriam apenas para explicitar os dados, não tendo valor autônomo. Ocorre que os argumentos das partes importam tanto para a determinação do Direito, como também para a legitimação da atividade jurisdicional, a qual obriga que o juiz considere e analise aquilo que foi arguido pelas partes. Trata-se do direito titularizado pelas partes de ter suas considerações apreciadas antes de serem afetadas pelo resultado final.

O Supremo Tribunal Federal, na mesma linha, afirma que “a inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial”³⁴⁸.

Ainda nesse sentido, afirma:

³⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE 217.631/GO. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 09 nov. 97. DJ de 24 out. 97.

³⁴⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 428-429.

³⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC 80.892/RJ. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 16 out. 01. DJ de 23 nov. 07.

a exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável que traduz, em sua concepção básica, poderoso fator de limitação do próprio poder estatal, além de constituir instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. Atos jurisdicionais, que descumpram a obrigação constitucional de adequada motivação decisória, são atos estatais nulos³⁴⁹.

Dessa forma, fica claro que para um precedente ter força, é fundamental que a decisão que o veicula tenha uma fundamentação substancialmente adequada, cumprindo, assim, o dever constitucional constante no art. 93, IX, da Constituição Federal. O que se torna um problema é determinar quando a decisão é adequadamente fundamentada e quando não é. O Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, aborda o tema destacando elementos como clareza, completude, convencimento e necessidade de enfrentar as matérias arguidas, no entanto, não traz critérios objetivos. É o que se verifica no seguinte julgado:

A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgredir a noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional³⁵⁰.

Tem-se, assim, que o dado objetivo para aferir se há fundamentação adequada é analisar se a fundamentação apresentada responde a todas as questões propostas.

Nesse sentido:

A decisão judicial deve analisar todas as questões suscitadas pela defesa do réu. Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer juiz ou tribunal o dever de motivar a sentença ou o acordão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apoia a defesa técnica do acusado³⁵¹.

³⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. HC 68.422/DF. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 19 fev. 91. DJ de 15 mar. 91.

³⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. RE 435.256/RJ. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 26 mai. 09. DJ de 21 ago. 09.

³⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. HC 74.073/RJ. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 20 mai. 97. DJ de 27 jun. 97.

É com base, então, nessas conclusões que Lopes Filho erige o segundo parâmetro do elemento material de fundamentação: a decisão deve analisar todas as questões postas em juízo³⁵². Como questão é um ponto de fato ou de direito controvertido pelas partes, deve o Judiciário enfrentá-las.

Entretanto, como já se viu, no Brasil tradicionalmente se desprende a questão – tanto de direito quanto de fato – da argumentação que a sustenta. É por essa razão que já se chegou a aceitar o errôneo entendimento de que é “desnecessária a análise de todos os argumentos apresentados”³⁵³.

Também problemática, no campo de análise da adequação da fundamentação, é o entendimento de que a reprodução da motivação de decisão anterior supre o dever de fundamentação. É o que se verifica nesse julgado:

revela-se legítima e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação *per relationem*, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos”³⁵⁴. No mesmo sentido, já julgou que “não viola o art. 93, IX, da CF o acórdão que adota os fundamentos da sentença de primeiro grau como razão de decidir”³⁵⁵.

Para solucionar tais problemas, o Código de Processo Civil de 2015, adotando as conclusões aqui expostas, dispôs em seu art. 489, §1º:

Art. 489. [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aqueles fundamentos;

³⁵² LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 430-431.

³⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 26.163/DF. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 24 abr. 08. DJ de 05 set. 08.

³⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS-ED 25.936/DF. Relator: Celso de Mello. Brasília, DF, 13 jun. 07. DJ de 18 set. 09.

³⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC 98.814/RS. Relator: Ellen Gracie. Brasília, DF, 23 jun. 09. DJ de 14 set. 09.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Não obstante os dois parâmetros aqui expostos inspirados nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, ainda é necessária uma definição mínima do que seja uma decisão adequadamente fundamentada, ou seja, apontar uma forma de aferir a adequabilidade da fundamentação de uma decisão em precedentes, jurisprudência ou súmula. Transportando tal problema para a terminologia do Código de Processo Civil, deve-se, entre outras coisas, definir: i) a forma de identificar os fundamentos determinantes do precedente; e ii) a forma de expor esses fundamentos determinantes para se operar o ajuste deles ao novo caso e viabilizar a distinção ou superação.

Dessa forma, Lopes Filho sugere a adoção das lições de Stephen Toulmin³⁵⁶ sobre os usos do argumento, as quais ele entende serem úteis tanto para a definição de como o juiz deve motivar com precedentes e também como a partes devem arrazoar seus pleitos³⁵⁷. Ressaltando-se, nesse ponto, que o magistrado só tem o dever de apresentação de fundamentação sobre precedentes com tamanha acuidade quando as partes também façam o uso adequado dos mesmos, o que não se verifica com a simples citação de ementas, argumentando com base na literalidade de seus enunciados.

Ciente de que a teoria toulminiana não exaure o conhecimento possível sobre argumentação, assim como nenhuma outra teoria disponível, Lopes Filho a adota por entender que Toulmin apresenta um *layout* mínimo para esclarecer o que seja uma proposição racionalmente estruturada e justificada, superando satisfatoriamente as teorias baseadas em raciocínios silogísticos. Dessa forma, a proposta não é adotar a aludida teoria como um instrumento definitivo para guiar a lida com desafios jurídicos, mas sim expor as estruturas lógicas de um raciocínio para contribuir no tratamento do assunto. Isso pois, o escopo de se expor o encadeamento lógico cabível não é o de impor uma estrutura rígida determinada aprioristicamente, mas apresentá-lo como um modelo que se mostra regular na maioria das vezes, ainda que seja

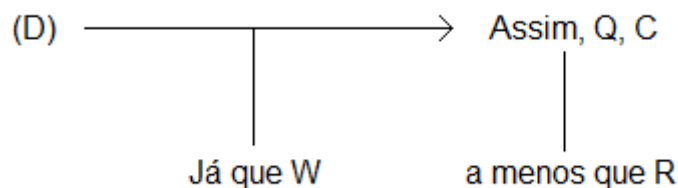
³⁵⁶ Cf: TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

³⁵⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 432-436.

passível de alteração, e que por isso, serve de parâmetro a ser considerado para se esquadrihar a fundamentação judicial.

Toulmin³⁵⁸ propõe um *layout* mínimo de estruturação do raciocínio jurídico partindo das seguintes noções: 1) alegação (argumento), ao que ele denomina de *claim* (C), como o raciocínio estruturadamente proposto; 2) dado (D), melhor compreendido como fundamento do argumento; 3) garantia (W), como aquilo que assegura a pertinência do fundamento ao argumento; 4) qualificação (Q), que identifica o grau da pertinência entre o fundamento e a alegação; e 5) condições de refutação ou exceção (R).

Assim, uma alegação (C) é fundamentada em um dado (D), em razão da pertinência assegurada pela garantia (W), com um grau de intensidade determinado pela qualificadora (Q), ressalvados certos casos de exceção (R). A partir desse raciocínio, Toulmin apresenta o seguinte esquema³⁵⁹:



O aludido esquema é melhor compreendido se analisado a partir do exemplo trazido pelo autor. Veja-se: O argumento (C) “Harry é súdito inglês” tem como fundamento o dado de que ele “nasceu nas Bermudas” (D). Esse fundamento é garantia para o argumento porque “a legislação inglesa prescreve que quem nasce nas Bermudas é, em geral, súdito britânico” (W), salvo (R) se “seu pai ou sua mãe sejam estrangeiros ou ele tenha adotado a cidadania americana”. Diante dessa situação, contata-se que Harry é presumivelmente (Q) cidadão inglês, já que não há informações sobre seus pais ou sobre eventual cidadania americana.

A partir da proposta do *layout* mínimo de Toulmin fica evidente como uma fundamentação genérica não se mostra adequada, já que em um fundamento

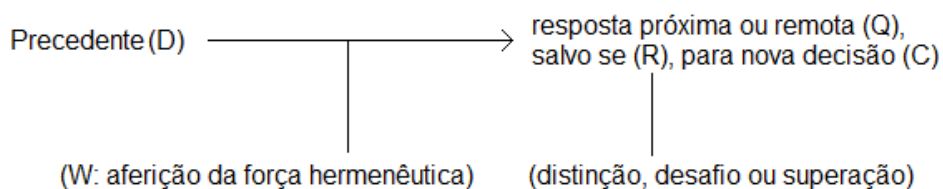
³⁵⁸ TOULMIN, Stephen. *Op. cit.* p. 136-137.

³⁵⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 434.

genérico não há uma garantia assegurando sua pertinência específica à decisão dada. O exemplo dado por Lopes Filho é o seguinte³⁶⁰: Se o magistrado utiliza o argumento de que a pretensão de um autor X é “inviável juridicamente” (C), “uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais” (D), inexistente garantia (W) que ligue (C) a (D) nessa motivação, não sendo adequada, portanto, essa fundamentação.

Diante do exposto, toma-se como uma boa forma para aferir se uma fundamentação é adequada verificar se a resolução de cada questão que compõe o caso é operada por um raciocínio completo e bem exposto segundo esse *layout* mínimo de Toulmin. Entretanto, deve ficar claro que se trata de um padrão proposto e não uma imposição inafastável, já que elementos materiais podem enriquecê-la ou empobrecê-la.

O esquema de Toulmin anteriormente exposto pode ser adaptado à fundamentação com precedentes se concebendo o julgamento do caso atual como fundamentado em um precedente, com grau maior ou menor de força, em atenção à garantia desde que aquilatados os elementos materiais e formais expostos nesse trabalho, ressalvados os casos de distinção e superação. A ilustração do esquema é a seguinte³⁶¹:



A partir desse esquema fica evidente como é inadequada a utilização de ementas como se fossem precedentes, eis que a garantia (W) não é exposta, havendo apenas mera adesão semântica. Além disso, ela não comporta graduação (Q) na aplicação, sendo possível tão somente juízos de pertence ou não pertence, numa subsunção absoluta. Assim, num contexto, como o brasileiro, em que o raciocínio por precedente se dá por motivos semânticos, no sentido de que se o novo caso cabe na literalidade da ementa, ela se aplicará de maneira automática e infalível “até os seus limites”, a

³⁶⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 434

³⁶¹ *Ibidem.* p. 436.

adoção da proposta de Toulmin se mostra melhor desenvolvida e mais adequada à complexidade inerente ao trabalho com precedentes.

3.2.2 Elementos materiais de justificação: grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de direito envolvidas

Como o conceito que se adota de precedente é o de resposta que carrega um ganho hermenêutico, parte-se da ideia de que a interpretação é feita por um jogo de perguntas e respostas, e, se deve aferir se a resposta dada no julgamento do precedente é adequada ao caso novo a ser julgado. Assim, como o caso é composto pelas questões, no sentido *carne luttiano* da palavra, qual seja, pontos controvertidos sustentados diversamente por cada uma das partes, então a maneira com a qual se decidiu cada questão é fundamental para a determinação da força hermenêutica do precedente³⁶². Dessa forma, a decisão que veicula o precedente terá tanto mais força hermenêutica quanto melhor analisar as questões do caso passado e quanto mais elas forem similares às do caso novo em julgamento.

Assim, como uma lide é formada por várias questões é natural que o precedente que se pretende utilizar não abranja ou não sirva para todas as questões postas no caso novo em julgamento, assim, muito embora ele sirva de parâmetro para a resposta às questões coincidentes, as demais não aproveitarão o precedente. Além disso, pode ser que o julgado que veicula o precedente seja composto pela mesma questão do caso novo, mas no passado essa questão não foi adequadamente respondida ante a uma fundamentação deficiente. Nesse caso, a força hermenêutica do precedente é enfraquecida.

Nesse sentido, fala-se em grau quantitativo na análise de quanto mais similares forem as questões respondidas no caso precedente em relação as que devem ser respondidas no novo caso, maior força hermenêutica o precedente terá para ser utilizado no novo caso. E, fala-se em grau qualitativo na análise de quão bem as tais questões do caso precedente similares às do caso novo foram respondidas, de forma que, quanto melhor fundamentada, maior será a força hermenêutica do precedente.

³⁶² LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 436.

3.2.3 Elementos materiais de justificação: o ramo do direito envolvido

O ramo do Direito a que se refere o precedente judicial é, certamente, relevante para a determinação de sua força hermenêutica³⁶³. Isso pois, muito embora o Direito deva ser entendido como um todo coerente, ele é dividido em ramos, que apresentam características próprias, que, inevitavelmente, interferem na compreensão dos precedentes.

Toma-se como exemplo o Direito Civil, em que está arraigada uma tradição fortemente legislativa. Esse ramo do Direito, rico em material legislativo, confere grande prestígio à estabilidade das relações, fato que interfere diretamente no impacto que os precedentes serão capazes de causar. Os temas extensivamente codificados, como os direitos reais, sofrem pouca influência dos precedentes, ao passo que, temas poucos sistematizados, como a união estável, são passíveis de maior influência dos precedentes.

Ressalta-se que não se deve limitar o estudo dentro de um específico campo, ignorando-se os demais, mas a análise deve ser iniciada a partir do âmbito específico para se expandir, quando possível, aos demais.

Dessa forma, o precedente deve ser cotejado com os demais elementos do círculo hermenêutico, devendo ser analisado se há prejuízo da força de um precedente quando utilizado em ramo do Direito diverso daquele em que foi erigido (aplicação transdisciplinar).

3.2.4 Elementos materiais de justificação: a idade do precedente

A idade do precedente, ou seja, o critério temporal do precedente tem análise distinta da que é feita tradicionalmente com a legislação³⁶⁴. Não se aplica o critério temporal para solução de antinomias entre precedentes, até porque a lógica da legislação de que lei posterior revoga lei anterior não vale para o trabalho com precedentes, que –

³⁶³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 436-437.

³⁶⁴ *Ibidem.* p. 437-441.

ainda que enfraquecidos por uma superação – sempre pertencerão a ordem jurídica. Em realidade, em se tratando de precedentes, o contrário à essa lógica é mais recorrente: um precedente decantado ao longo de muitos anos de forma estável, como é o exemplo dos chamados superprecedentes no direito anglo-saxão, se torna tão forte que um mero desafio posterior não lhe retirará por completo a sua força.

Muito embora os julgados mais recentes tragam o entendimento mais atualizado sobre o tema, não basta sua simples enunciação para a revogação do entendimento anterior. A superação (*overruling*) não se dá mediante critérios formais, como o temporal, é necessária uma rejeição ampla de sua parte ou de seu todo, o que não é, necessariamente, obtido com um só julgado posterior. É normal que um dado precedente tenha sido contrariado por uma decisão posterior, mas que ele continue orientando condutas em decisões subsequentes. Repita-se: uma única decisão em sentido contrário não, necessariamente, supera um precedente.

Essa superação não ocorre porque um precedente não se insere no sistema por um ato de vontade e, de igual maneira, também não é retirado do sistema por mero ato de vontade. Dessa forma, não é suficiente à superação que o tribunal que o estabeleceu ou o que lhe seja superior afirme que ele está superado. É fundamental que se aguarde como a prática jurídica absorverá a divergência jurisprudencial para, aí sim, constatar a superação de um precedente. Diz-se, dessa forma, que o precedente não é revogado, e sim que é objeto de uma erosão.

Outro ponto que merece destaque é que ainda que haja a superação do precedente, ele continuará à disposição dos aplicadores do Direito para muitos propósitos, como a própria análise histórica do assunto que versa, o que, poderá ser útil sem situações futuras. Lopes Filho dá um interessante exemplo sobre essa utilização futura ao abordar o caso da definição do que seria serviço tributável no Direito Tributário³⁶⁵.

O autor relata que antes da Constituição Federal de 1988, a definição do que seria serviço tributável pelo Imposto sobre Serviço - ISS se dava por critério econômico, segundo o qual prestar serviço se traduziria em um proveito econômico gerado a título

³⁶⁵ *Ibidem*. p. 438-439.

oneroso para terceiro por atividade que não se materializa em um bem ou mercadoria. Tanto a doutrina quanto o Supremo Tribunal Federal³⁶⁶, nesse período, comungavam desse entendimento. Após a Constituição Federal de 1988, passou-se a adotar o critério jurídico de determinação do fato tributável: seria serviço a obrigação de fazer exercida de forma onerosa em favor de terceiro, excluindo-se as obrigações de dar e não fazer. Dessa forma, abandonou-se o critério econômico como parâmetro principal para definir o fato gerador do imposto, o que foi até objeto de súmula vinculante³⁶⁷.

Muito embora estivesse plenamente estabelecido o critério jurídico para tributação, a complexidade das relações jurídicas abarcadas pela tributação fez surgir situações ao ponto de ele não ser mais suficiente para determinar todos contornos da relação tributária. É o caso da determinação do local onde se considera prestado o serviço quando ele envolver vários fazeres que se espraiam por mais de um município. É certo que a mera verificação do local onde a obrigação de fazer é cumprida não é suficiente. Diante dessa situação, recorreu-se ao critério econômico como subsidiário, o que é reforçado pelo fato de ele já ter sido critério principal para esse imposto. Assim, bastaria verificar em qual dos fazeres está o proveito econômico contratado para tomá-lo como principal e adotá-lo local do serviço para fins tributários³⁶⁸.

³⁶⁶ TRIBUTÁRIO. ISS NA LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. O QUE SE DESTACA, 'UTILITATIS CAUSA, NA LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, NÃO É APENAS O USO E GOZO DA COISA, MAS SUA UTILIZAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO. LEVA-SE EM CONTA A REALIDADE ECONÔMICA, QUE É A ATIVIDADE QUE SE PRESTA COM O BEM MÓVEL, E NÃO A MERA OBRIGAÇÃO DE DAR, QUE CARACTERIZA O CONTRATO DE LOCAÇÃO, SEGUNDO O ARTIGO 1188 DO CÓDIGO CIVIL. NA LOCAÇÃO DE GUINDASTES, O QUE TEM RELEVÔ E A ATIVIDADE COM ELES DESENVOLVIDA, QUE ADQUIRE CONSISTÊNCIA ECONÔMICA, DE MODO A TORNAR-SE UM ÍNDICE DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. RECURSO NÃO CONHECIDO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 112.947/SP. Relator: Carlos Madeira. Brasília, DF, 19 jun. 87. DJ de 07 ago. 87).

³⁶⁷ Súmula Vinculante n. 31: É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis.

³⁶⁸ Nesse sentido, o voto do Ministro Luiz Fux, em recurso especial: "Como desdobramento da distinção fundamental entre prestações de dar e de fazer, surge a necessidade de admitir que um esforço humano, no contexto de uma relação jurídica contratual, não assegura ao intérprete, por si só, tratar-se de uma prestação de fazer, e ainda tributável pelo ISS. Muitas vezes a complexidade dos fatos jurídicos torna deveras difícil estabelecer os contornos precisos que permitem apartar, das prestações em geral, as figuras do dar e do fazer, o que acarreta importantes reflexos para a compreensão da norma tributária, ocasionando, em algumas vezes, dúvidas razoáveis sobre a incidência de determinados tributos diante de específicas hipóteses. [...] AIRES FERNANDINO BARRETO esclarece que a prestação de serviço tributável é tão-somente aquela que atinge o fim do contrato, "Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. Não a ação desenvolvida como requisito ou condição do facere...". Sempre que o intérprete conhecer o fim do contrato, ou seja, descobrir aquilo que denominamos de "prestação-fim", saberá ele que todos os demais atos relacionados a tal comportamento são apenas "prestações-meio" da sua realização. Independe, para que um ato do devedor seja tido como prestação-meio, tratar-se de um fazer ou de um dar. O elemento decisivo está na prestação-fim, que definirá se há ou não incidência do ISS. Disso se extrai o critério

Como afirma o autor, é certo que o fato de o critério econômico já ter sido o majoritário para o ISS não significa que ele oferece uma resposta próxima ao novo questionamento, eis que há grande distinção entre os casos. Entretanto, esse fato integra parte do histórico da aludida exação, o que pode ser útil à solução de dúvidas, como foi a situação narrada. A partir de uma análise histórica, um precedente superado pode tomar a forma de uma resposta remota, na condição fraca de um reforço argumentativo para tratar do assunto, e como foi no caso narrado, pode demonstrar contornos da solução a ser desenvolvida.

Diante do exposto, fica claro que o precedente não sofre revogação formal absoluta, sendo expurgado e tornado imprestável para o Direito de forma instantânea. A superação do precedente se dá por uma gradual erosão, operada pela mitigação de vários elementos que determinam a sua força hermenêutica. Além disso, ainda que o precedente tenha sido superado, ele não deixa de fazer parte do ordenamento jurídico, eis que se encontra disponível – ainda que com sua força abrandada – para ser aproveitado em casos futuros.

Em relação à força hermenêutica, como visto, a idade do precedente pode influenciar tanto num aumento quanto numa diminuição de sua força, não havendo que se falar em regra absoluta que imponha a sobreposição do mais atual em relação ao mais antigo.

não só aplicável para o estudo do tributo em exame. Serve, de igual modo e com a mesma precisão, para a explicação da incidência de outros tributos presentes no sistema. Identificado o fazer como uma atividade-meio do dar, é neste que se deve focar, quando relevante, a adequação do seu conceito à previsão normativa. Não se deve confundir, todavia, a prestação-fim com o ato concreto final do comportamento exigido do prestador, eis que este, mesmo tratando-se de prestação de serviço, pode consistir em um dar. Realmente. Quando um alfaiate é contratado para confeccionar uma roupa, a prestação-fim da relação é, não temos dúvidas, o comportamento de entregar a roupa feita a quem a encomendou. Isso não se altera pelo fato de que a prestação-fim somente poderá ser tida como ocorrida quando da entrega da roupa pelo alfaiate ao seu cliente que, em última análise, caracteriza um dar. Em outras palavras, a simples entrega do resultado da prestação do serviço, do prestador ao tomador, não é fato capaz de alterar a natureza jurídica da prestação, que é de fazer. Como será visto adiante, o "serviço", entendido como o resultado da prestação de fazer, pode ser um bem corpóreo, que, de alguma maneira, será entregue ao tomador, sem que isso possua qualquer relevância para definir a incidência do ISS, haja vista não perfazer elemento suficiente para descaracterizar a prestação de serviço. [...] A prestação de serviço tributável pelo ISS é, pois, entre outras coisas, aquela em que o esforço do prestador realiza a prestação-fim, que está no centro da relação contratual, e desde que não sirva apenas para dar nascimento a uma relação jurídica diversa entre as partes, bem como não caracterize prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal ou de comunicação, cuja tributação se dará pela via do ICMS. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. REsp 805.317/RS. Relator: José Delgado. Brasília, DF, 17 ago. 06. DJ de 21 set. 06).

3.2.5 Elementos materiais de coerência: coerência paradigmática ampla (observância do paradigma sistemático)

A coerência paradigmática ampla se refere à adequação do precedente ao constitucionalismo contemporâneo. Ou seja, caso a decisão que veicula o precedente contrarie os princípios fundamentais do Estado de Direito constitucional, esse precedente deve ter sua força hermenêutica reprimida, pois a resposta hermenêutica que carrega está contaminada com o que se pretende superar³⁶⁹.

O constitucionalismo contemporâneo exige que o Direito, efetivamente, supere a arbitrariedade do positivismo normativista e expurgue as ilusões do positivismo exegético. Para isso, trabalha-se com a ideia de integridade, rechaçando a ideia de hierarquia formalista única e determinante. Nesse contexto, não se pode conceder elevada força hermenêutica a precedentes que estejam em desacordo a tais exigências para que não se incentive essa conduta indevida, que, em realidade, deveria ser reprimida.

Como exemplo, aponta-se os julgamentos que exercem uma interpretação legislativa descompromissada com a Constituição, bem como os precedentes que se fundamentam pela mera indicação de ementas anteriores. Ao se utilizar de precedentes com esses defeitos, estar-se-á perpetuando uma análise superficial e formalista do caso, o que é incompatível com a ideia de justiça substancial e particular devida.

Diante do exposto, deve se amesquinhar a força hermenêutica dos precedentes que estejam em dissonância com o constitucionalismo contemporâneo e majorar a dos precedentes que acertadamente se mostram compatíveis com o Estado de Direito constitucional.

³⁶⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 441- 442.

3.2.6 Elementos materiais de coerência: existência ou não de desafio ao precedente

Conforme já afirmado no capítulo 1, a força de um precedente não depende exclusivamente da decisão que o veicula, mas de um todo sistêmico, que considera especialmente como tal precedente foi utilizado na cadeia de decisões sobre o tema a que se refere. Trata-se de decorrência natural da concepção do Direito como integridade, que é analisado em conjunto e não de forma individual. Nesse sentido, Lopes Filho afirma que o precedente não é uma força “atômica” que se irradia de uma partícula isolada, mas “molecular”, uma vez que derivada da coerente conjugação de várias partes³⁷⁰.

Dessa forma, é fundamental analisar a existência de desafios a um precedente para aferir a sua força hermenêutica. O desafio deve ser entendido como parte da relação dialética entre os precedentes, que serve de importante termômetro para aferir a sua adequabilidade. Assim, a resistência, ainda que de instâncias inferiores, a seguir um precedente não pode ser entendida como uma insubordinação a ser reprimida. Pensar assim demonstra um autoritarismo e centralismo jurídico. Um desafio pode revelar não um defeito do aplicador do precedente, mas um indício de que há erro no precedente expedido. De fato, desafios reiterados a um precedente são um forte indicativo de que ele está em dissonância em relação a outros fatores de irradiação de sentido jurídico ou à integridade do direito. É em razão disso que se entende que o desafio não deve, necessariamente, ser uma conduta punível.

A ideia assentada no Brasil de que a divergência é algo a ser necessariamente expurgada deriva da concentração da força do precedente no critério subjetivo da corte emissora. Ao se aderir à proposta deste trabalho, qual seja, a de analisar substantivamente os precedentes no todo íntegro e coerente, impõe-se que se realize uma investigação mais detida e profunda de seus motivos que levaram ao desafio.

Caso se identifique que o julgado desafiador é mais preciso que o precedente, é possível que ele prevaleça ou até que este delineie a interpretação do precedente, ainda que este seja dotado de força vinculante. A título exemplificativo, tem-se o já

³⁷⁰ *Ibidem*. p. 442-443.

mencionado caso da ADI 1.213 do Supremo Tribunal Federal, no qual houve delineamento da interpretação em razão de desafios dos juizados federais.

Diante do exposto, deve restar claro que o desafio não pode ser entendido, necessariamente, como insubordinação, pois ele pode influenciar na força hermenêutica do precedente.

3.2.7 Elementos materiais de coerência: similitude hermenêutica das questões suscitadas

A dogmática clássica desenvolvida para lidar com precedentes propõe seu uso a partir de um assemelhamento entre os fatos da causa que originou o precedente em relação aos fatos da causa que se pretende julgar utilizando o precedente. Trata-se de posicionamento arraigado em uma influência normativista, pois concebe precedente como norma que deve ser aplicada mediante subsunção, motivo pelo qual se pretende identificar os fatos que preencherão o juízo subsuntivo.

No entanto, conforme já exposto, o precedente é melhor abordado a partir de uma perspectiva hermenêutica, de modo a concebê-lo como elemento enriquecedor do sistema com novos sentidos, os quais são obtidos por uma conjugação grande de fatores que agem no círculo hermenêutico. É nesse círculo hermenêutico que se inserem os fatos, que não são os únicos nem os mais importantes elementos a serem considerados.

Fica claro, dessa forma, que a limitação da comparação entre casos à mera análise de fatos é insuficiente e débil se comparada à perspectiva hermenêutica. Assim, a comparação entre casos deve se dar em padrões amplos, em que se consideram o Direito, as consequências sociais e jurídicas, o contexto político, social, econômico, a teoria dominante etc. Abarcar tais outros elementos na análise comparativa do precedente viabiliza maior precisão na determinação da força hermenêutica de um precedente³⁷¹.

³⁷¹ *Ibidem*. p. 443.

Diante do exposto, a força hermenêutica do precedente será tanto maior, ou seja, tanto mais próxima, quanto forem os elementos (fatos, o Direito, as consequências sociais e jurídicas, o contexto político, social, econômico, a teoria dominante etc) em comum entre os casos.

3.2.8 Elementos materiais de coerência: guinada jurisprudencial e efeito *ex nunc*

O paradigma jurídico sistêmico adotado que concebe o Direito como integridade, como visto, tem seu funcionamento como o romance em cadeia (*chain novel*) de Dworkin, o que demanda o desenvolvimento do Direito – inclusive o jurisprudencial – com um todo íntegro e coerente. Esse romance em cadeia não admite guinadas bruscas desarrazoadas, sendo que estas, quando ocorridas, devem ter seus efeitos deletérios mitigados.

A modificação de uma linha jurisprudencial afeta a justa expectativa daqueles que agiram pautados no entendimento superado, consequência essa que deve ser considerada tanto pelo tribunal que opera a mudança jurisprudencial quanto pelo que irá utilizar o precedente. Assim, diante do dever de coerência, os tribunais devem analisar a adequação da utilização do precedente no tempo, fazendo, se necessária, uma modulação de seus efeitos³⁷².

Diante desse dever de coerência, se mostra paradoxal a atitude brasileira de negar a teoria declaratória da jurisdição, mas admitir que as mudanças consequentes de precedentes judiciais operem, *a priori*, efeito *ex tunc*, como se apenas reconhecessem algo preexistente.

Diante do exposto, na análise sobre a utilização do precedente em um caso novo se deve verificar se o precedente candidato a utilização representa uma mudança de linha jurisprudencial anterior e se esse for o caso, sua força hermenêutica deve ser reduzida em relação aos casos que tenham legitimamente se pautado no entendimento pretoriano anterior, a fim de evitar injustiças. Dessa forma, ainda que o tribunal que ocasionou a guinada jurisprudencial não module o efeito de sua decisão,

³⁷² *Ibidem*. p. 444-445.

conferindo-a efeito *ex nunc*, entende-se que é dever do magistrado julgador do caso novo interpretar o precedente com tais efeitos, caso apresente motivos suficientes expostos de forma adequadamente fundamentada.

É nesse sentido que se entende que a previsão de modulação do art. 927, §3º, do Código de Processo Civil de 2015 não como uma mera faculdade concedida ao magistrado, mas como verdadeira obrigação, para que se respeite as justas expectativas daqueles que pautaram suas condutas de acordo com a linha jurisprudencial anterior e se preserve, assim, a segurança jurídica.

Lopes Filho afirma que a graduação da força de um precedente levando em consideração uma inesperada guinada jurisprudencial é cada vez mais comum no Supremo Tribunal Federal³⁷³. Para exemplificar, aponta o julgado da RE 637.485, sobre a vedação de candidatura de prefeito a um terceiro mandato, mas em município diverso. Nesse caso, o STF analisou o efeito prospectivo da mudança que realizava do entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, conforme se verifica na notícia do sítio eletrônico do Tribunal:

Mudança de jurisprudência

Anteriormente, o Tribunal Superior Eleitoral entendia que o prefeito reeleito em determinado município podia candidatar-se ao mesmo cargo em outro município, observados os prazos de desincompatibilização, domicílio eleitoral e filiação partidária. Nas eleições de 2008, entretanto, o TSE alterou sua orientação ao julgar o Recurso Especial Eleitoral (Respe) 32.507, em que se firmou o entendimento de que o artigo 14, parágrafo 5º, da CF veda a perpetuação no cargo, não sendo possível o exercício de um terceiro mandato subsequente, ainda que em município diverso.

Segurança Jurídica

O relator do processo, ministro Gilmar Mendes, deu provimento ao recurso extraordinário e reconheceu que ao caso incide o instituto da repercussão geral. Para ele, a alteração de jurisprudência realizada pelo TSE em dezembro de 2008 – período da diplomação dos eleitos – poderia ter ocorrido, mas, ao fazê-lo, não foi observado o princípio da segurança jurídica. Por esse motivo, o ministro entendeu que houve lesão.

De acordo com o relator, houve regular registro da candidatura, bem como legítima participação e vitória do candidato no pleito, tudo conforme as regras então vigentes e a sua interpretação pela justiça eleitoral. “As circunstâncias levam a crer que a alteração repentina e radical dessas regras, uma vez o período eleitoral já praticamente encerrado, repercute drasticamente na ideia de segurança jurídica que deve nortear o processo eleitoral, mas especificamente na confiança do candidato e do cidadão eleitor”, afirmou.

O ministro Gilmar Mendes observou que em hipóteses de alteração de jurisprudência de longa data, “parece sensato considerar seriamente a

³⁷³ *Ibidem*. p. 444.

necessidade de se modularem os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica”. Ele comentou que essa tem sido a praxe do Supremo quando há modificação radical da jurisprudência.

O princípio da anterioridade eleitoral, previsto no artigo 16 da CF, também foi citado pelo relator. Ele afirmou que a mudança de jurisprudência do TSE está submetida a esse princípio, “de modo que seus efeitos somente podem valer para as eleições que se realizarem até um ano da data da sua prolação”.

Eficácia prospectiva

No caso concreto, o ministro Gilmar Mendes avaliou que apesar de ter entendido ser inelegível para o cargo de prefeito cidadão que exerceu por dois mandatos consecutivos cargo da mesma natureza em município diverso, a decisão do TSE não pode retroagir para incidir sobre diploma regularmente concedido ao autor do RE, vencedor das eleições de 2008 para a prefeitura de Valença (RJ).

Dessa forma, o relator entendeu que as decisões do TSE que no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento implicar mudança de jurisprudência não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto, somente terão eficácia sobre outros casos do pleito eleitoral posterior. Acompanharam o voto do relator a ministra Rosa Weber e os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Celso de Mello³⁷⁴.

Diante do exposto, verifica-se que analisar se o precedente performa brusca alteração da linha jurisprudência é importante elemento para determinar a sua força hermenêutica.

3.2.9 Elementos materiais de coerência: observância a precedentes não judiciais

A necessidade de observância a precedentes não judiciais guarda relação com o dever de coerência. Trata-se de necessidade que advém do fato de que o Judiciário não é o único produtor de sentido jurídico, assim, é fundamental aferir a compatibilidade do conteúdo dos seus precedentes com os precedentes não judiciais³⁷⁵.

Ainda que o Judiciário tenha competência para controlar as respostas hermenêuticas de outros poderes e de entes privados, essas respostas devem ser respeitadas quando não eivadas de ilicitude, que é a condição para a interferência do Judiciário. Dessa forma, o Judiciário não pode se arvorar de outras funções, crendo-se arauto da verdade jurídica e isolando-se do todo do Estado.

³⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NOTÍCIAS: Repercussão geral: STF impede terceiro mandato consecutivo de prefeito em municípios distintos. 01 ago. 12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=213700&caixaBusca=N>. Acesso em: 06 mar. 19.

³⁷⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 445-446.

Quando o Judiciário diverge desses precedentes não judiciais, fazendo seu entendimento prevalecer simplesmente porque detém o poder da última palavra, a força hermenêutica desse precedente deve ser reduzida. O que se compatibiliza com a possibilidade de esse precedente ser desafiado, já que pode ser que outros magistrados ajam de acordo com as orientações não judiciais renegadas pelo precedente.

3.2.10 Elementos materiais de coerência: modificação do plano legislativo ou constitucional

É inegável que o Direito brasileiro é, por excelência, um direito legislado. Dessa forma, diferentemente do direito anglo-saxão em que há ramos jurídicos acerca dos quais inexistente legislação e, em razão disso, são regulados pela jurisprudência, no Direito brasileiro a legislação é parâmetro prioritário. Não se está a defender que os precedentes tenham mera função de interpretação da legislação, mas simplesmente constatando que os precedentes, no Brasil, abrangem uma menor gama de matérias jurídicas. Assim, diante da modificação legislativa – seja no âmbito constitucional ou infraconstitucional – há alteração da força hermenêutica do precedente³⁷⁶.

Esse impacto gerado pela alteração legislativa pode ser tanto no sentido de majorar quanto no de diminuir a força do precedente. Isso pois, como é mais comum, a nova legislação pode infirmar um entendimento veiculado num precedente, amesquinhando sua força, mas, também, a legislação pode incorporar um entendimento constante de um precedente, fortalecendo sua linha jurisprudencial e, conseqüentemente, sua força hermenêutica. Lopes Filho aponta um exemplo dessa segunda situação, novamente, no âmbito do Direito Tributário³⁷⁷.

Segundo o autor, o Decreto-Lei n° 406/68 elegia como critério espacial do Imposto sobre Serviços - ISS o local do estabelecimento do prestador, ressalvado o serviço de construção civil. Em razão disso, se considerava que o serviço era prestado na sede do contribuinte. Não obstante a esse Decreto-Lei, o Superior Tribunal de Justiça

³⁷⁶ *Ibidem*. p. 446-448.

³⁷⁷ *Ibidem*. p. 446.

entendeu que não era legítima a ficção de se considerar o serviço prestado no estabelecimento do contribuinte. Dessa forma, passou a consagrar o local da efetiva prestação do serviço como critério espacial da hipótese de incidência³⁷⁸ do imposto.

Anos depois, adveio a Lei Complementar nº 116/03 incorporando o parâmetro jurisdicional à legislação, ou seja, determinando que o local da prestação do serviço era o prevalecente, com exceção aos serviços imateriais, cuja determinação seria dificultosa. Nesse caso, fica evidente como a força do precedente foi majorada, prestando-se para situações duvidosas mesmo após o advento da nova legislação.

³⁷⁸ A questão é bem analisada pela Ministra Eliana Calmon, por ocasião de seu voto no Recurso Especial n. 399.249: “Em relação ao mérito do ISS, confesso que, quando cheguei ao STJ, encontrei uma jurisprudência reiterada na Casa de que o imposto deveria ser recolhido no local da prestação de serviço. Adotei o entendimento, segundo a jurisprudência da Corte. Porém, verifiquei que esse entendimento era objeto de diversas críticas e as reuni para estudá-las, quando tivesse oportunidade de vir a julgar a tese. A oportunidade apareceu quando o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins relatou o REsp 252.114/PR. Ao examiná-lo, verifiquei que, efetivamente, a jurisprudência deste Tribunal está em testilha com o previsto no art. 12 do Decreto-lei 406/68. Essa é a maior queixa, porque, examinado o referido dispositivo, encontraremos:

Considera-se local da prestação de serviço:

[...]

Pode-se verificar que o fato gerador ocorre sempre no local do estabelecimento da prestação de serviço ou onde está domiciliado o prestador de serviço; com a exceção prevista na alínea "b" - quando se referir à construção civil.

Preocupe-me, porque o entendimento pretoriano está em confronto absoluto com a lei. Examinei toda a jurisprudência anterior; verifiquei o primeiro acórdão do Ministro Demócrito Reinaldo, que deu a interpretação que veio a prevalecer nos anos anteriores; consultei a doutrina e encontrei a explicação: o problema está na Constituição.

Os juristas e os tributaristas mais autorizados: Roque Komatsu, Ives Gandra da Silva Martins Filho, Marçal Justen Filho e outros catalogados de uma série de artigos a respeito do ISS dizem que o grande problema é a Constituição afirmar, no seu art. 156, inciso III, que cabe ao Município cobrar o ISS. Por sua vez, o imposto incidente sobre a prestação de serviços realizados no seu território é criado por meio de uma lei municipal que obedece, por sua vez, a lei complementar. Assim, se ele é cobrado em um Município diverso daquele do local da prestação de serviço, estar-se-á dando à lei municipal o caráter de extraterritorialidade.

Tenho, então, dois dispositivos legais: um na Constituição, outro no Decreto-Lei 406/68. Qual deve prevalecer? Dizem os juristas que deve prevalecer a Constituição. Entretanto, cabe um segundo questionamento: se tenho uma norma infraconstitucional que está em testilha com a norma constitucional, devo arguir a inconstitucionalidade. Mas o problema é que o art. 12 do Decreto-lei 406/68 não é inconstitucional em relação a todos os serviços, mas somente quando o serviço é prestado fora do local do estabelecimento, porque, de um modo geral, as prestadoras de serviço realizam seu trabalho no local onde está sua sede. Excepcionalmente elas prestam o serviço fora desta sede. De forma que não se pode arguir a inconstitucionalidade do decreto por inteiro.

[...]

A pergunta que fica é a seguinte: não seria bem mais razoável ficar com a norma infraconstitucional, com o Decreto-lei 406/68 e abandonar o dispositivo constitucional?

Pode parecer que sim, momentaneamente, mas se a Constituição é desobedecida aqui e acolá começaremos a abrir mão de garantias.

A conclusão de todos os tributaristas respeitáveis é no sentido de que não se pode ainda acusar o Superior Tribunal de Justiça de infringir a norma, porque a nossa jurisprudência está em sintonia com a Constituição”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. REsp 399.249/RS. Relator: Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, 17 out. 02. DJ de 02 dez. 02).

Diante do exposto, a força hermenêutica do precedente é diretamente influenciada por mudanças no plano normativo, seja para majorá-la nos casos de confirmação do entendimento jurisprudencial, seja para minorá-la nos casos de contrariedade.

3.2.11 Elementos materiais de coerência: modificação ou manutenção do quadro político e social geral

Agem no círculo hermenêutico influenciando no sentido a ser conferido ao precedente não apenas o quadro normativo vigente, mas também, inevitavelmente, o quadro político e social, tanto no caso de sua manutenção quanto de sua alteração³⁷⁹.

Conforme aponta Lopes Filho, na tradição anglo-saxã, as relações de influência entre a atividade judiciais e a política são muito discutidas e estudadas. Nesse sentido, Barry Friedman afirma:

Ao longo da história estadunidense, as visões acerca do judicial review têm sido moldadas mais por respostas políticas às decisões judiciais acerca de polêmicas controversias do que por qualquer teoria jurisprudencial acerca do que seria respeitar a Constituição. Isto foi verdade durante o primeiro grande confronto de vontade entre os tribunais e os ramos “políticos” após a eleição de 1800. Todos os famosos conflitos partidários daquela época - o litígio de Marbury, a revogação da Lei Circuit Judges, e o impeachment de Samuel Chase - foi motivado pela retirada do Partido Federalista para o judiciário e pelo desafio político imediato que essa retirada representou para a política republicana. No entanto, essas disputas se desenrolaram como debates sobre a independência judicial, a responsabilidade popular e a separação entre política e direito³⁸⁰.

Diante do exposto, é fundamental que o julgador leve em consideração o contexto macro em que está inserido, pois há numerosos fatores influenciando no círculo hermenêutico. Nesse ponto, destaca-se a conjuntura política, que muito embora raramente esteja explicitamente exposta na decisão que veicula o precedente, ela é de suma importância para a sua compreensão como parte de um todo íntegro. Essa constatação reforça a ideia de que não se pode compreender um precedente por meio da mera análise do texto que o corporifica ou se indagando o que o tribunal emissor

³⁷⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 448-449.

³⁸⁰ FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. In: *Texas Law Review*. Vol. 84, n. 2. Austin: University of Texas School of Law, 2005. p. 257-337.

fez ou disse, mas se deve analisar, também, os elementos que atuaram na pré-compreensão.

3.2.12 Elementos materiais de coerência: apoio ou desafio acadêmico

Muito embora, por vezes, o Judiciário ignore o seu papel, a doutrina é muito importante no desenvolvimento do Direito, seja ele legislado ou jurisprudencial. A doutrina da *common law* reconhece tal papel da doutrina, enaltecendo-a pelo seu trabalho de sistematizar e dar coerência às manifestações jurisdicionais. Na prática judiciária, muito embora haja o dever de fundamentação, muitas vezes os tribunais não dispensam qualquer atenção sobre os aspectos teóricos ou mesmo filosóficos que imantam sua decisão, até porque, na maior parte das vezes, seguem o entendimento que entendem por majoritário. Nesse contexto, a doutrina se mostra fundamental para cotejar os julgados e pô-los em categorias teóricas³⁸¹.

Porém, deve ficar claro que à doutrina não cabe o papel de mera comentadora de decisões, eis que academia é, também, fonte produtora de sentido jurídico. Em razão disso, a força hermenêutica do precedente é diretamente influenciada pelo posicionamento da doutrina a favor ou contra um precedente ou linha jurisprudencial. Nesse sentido, é evidente que a força de um precedente que possua ampla rejeição da doutrina é fraca e, por isso, é muito mais fácil divergir dele. Por outro lado, um precedente consolidado com o apoio doutrinário é mais difícil de ser desafiado.

Como exemplo dessa constatação, Lopes Filho aponta a influência que a grande pressão doutrinária acerca do mandado de injunção levou à modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual apenas permitiria a declaração da mora legislativa tal qual uma ADI por omissão³⁸². A severa crítica acadêmica acerca do entendimento do STF foi, certamente, um dos fatores determinantes para sua superação posterior, ocorrida no caso do direito de greve de servidores públicos.

A ideia de alguns membros do Judiciário, como visto no capítulo 1, de que a doutrina não importa não pode ser levada a sério, pois a academia tem importante papel teórico

³⁸¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.* p. 449.

³⁸² *Idem.*

no desenvolvimento e aprimoramento de conceitos fundamentais para a adequada interpretação/aplicação do Direito, não se pode, portanto, separar prática da teoria como se fossem duas realidades independentes.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo contemporâneo demanda uma concepção dos precedentes judiciais que supere o subjetivismo típico do positivismo. Dessa forma, é necessária a suplantação do paradigma normativista vigente e a adoção do paradigma sistêmico, que adota como referencial teórico a Hermenêutica filosófica e concebe o Direito como integridade. Com efeito, o precedente deve ser entendido como resposta institucional a um caso, dada por meio de uma *applicatio*, que gere ganho hermenêutico ao Direito.

Em se adotando a aludida concepção de precedente, exclui-se a necessidade de se buscar por uma norma, seja ela geral e abstrata, geral e concreta ou geral e abstrata contextualizada, como pretende parte da doutrina brasileira. Muito embora a busca por uma norma no precedente seja a preferência nacional, o que se justifica pelo paradigma normativista em que o Brasil está inserido, trata-se opção teórica metodológica criticável, já que empobrecedora do círculo hermenêutico do precedente. Isso pois, a seleção prévia de parte da decisão, independentemente do método que se utilize para tal, reduz excessivamente a complexidade dos elementos que permearam o julgamento, bem como ignora uma série de fatores que também interferem na decisão de um caso, como o contexto histórico, econômico e político em que a decisão se dá.

Partindo da concepção de precedente como resposta institucional, analisou-se as teorias dos autores de referência da *common law* em relação à *ratio decidendi* e se demonstrou que nenhuma das técnicas apontadas é suficiente para retratar adequadamente o papel enriquecedor do Direito realizado pelos precedentes judiciais livre do subjetivismo. Muito embora algumas teorizações sejam mais adequadas ao constitucionalismo contemporâneo que outras, nenhuma atinge o grau de adequação da concepção de precedente como resposta institucional da forma exposta neste trabalho no final do capítulo 1 e melhor detalhada no capítulo 3.

A análise das teorias da *common law* também demonstra que, muito embora tenham idealizado técnicas para a tentativa da determinação ou identificação do elemento vinculante do precedente (*ratio decidendi*), é notável: a) pouca força de uma noção normativista; b) uso de precedente fora de um simples silogismo; c) elaboração conjunta da *ratio decidendi* dos precedentes. Características essas, que não têm recebido a devida atenção da doutrina brasileira que pretende importar a construção teórica desenvolvida na *common law*. Com efeito, acabam por priorizar a utilização de métodos formais, privilegiando um realismo da cúpula do Judiciário e aprisionando o precedente proposições excessivamente generalizadoras que constroem os magistrados das hierarquias inferiores à uma deferência acrítica.

O diagnóstico realizado no capítulo 1, em que se demonstrou como se chegou ao atual estágio de compreensão dos precedentes no Direito brasileiro, somado à adoção de um referencial teórico exposto no item 1.4, corroborado pela análise crítica feita às teorias de precedentes da *common law* no capítulo 2, culmina na conclusão de que os precedentes devem ser utilizados a partir de sua força hermenêutica, exposta no capítulo 3.

Adotando-se a ideia de que o precedente veicula os vários aspectos argumentados no caso de forma a mediar a lei e realidade, ele deve ter uma influência graduada, sendo incompatível com a lógica do tudo ou nada típica de uma regra legislativa. Dessa forma, é necessário se aferir sua força hermenêutica, que consiste no grau de influência que um precedente exerce na solução de um novo caso. Os elementos de aferição dessa força hermenêutica são formais e materiais.

Os elementos formais não se ocupam do conteúdo da decisão, mas de sua forma e origem. São compostos por a) nível hierárquico da corte emissora; b) tipo de processo em que se emitiu o precedente; c) órgão interno do tribunal emissor; d) votação por maioria ou unanimidade; e e) modificação da composição da corte emissora. Já os elementos materiais são subdivididos em elementos de coerência e justificação. São materiais porque se ocupam do conteúdo do precedente de modo a aquilatar suas bases de justificação e a coerência com as demais peças que integram o sistema jurídico. São compostos por: a) fundamentação adequada e detida; b) grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de direito envolvidas; c) ramo do

direito envolvido; d) idade do precedente; e) coerência paradigmática ampla; f) existência ou não de desafio ao precedente; g) similitude hermenêutica das questões suscitadas; h) guinada jurisprudencial e efeito *ex nunc*; i) observância a precedentes não judiciais; j) modificação do plano legislativo ou constitucional; l) modificação ou manutenção do quadro político e social geral; e m) apoio ou desafio acadêmico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Interesse Público: *Revista Bimestral de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, 09-10/2005.

_____. Conceitos Fundamentais Sobre o Controle de Constitucionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In SARMENTO, Daniel (Org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 233-268.

BLACKSTONE, William. *Comentaries on the laws of England*. v. 1. 9 ed. London: Cavendish, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER, Fredie Jr. (coord). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 275-297.

_____. *Teoria do precedente judicial: a aplicação e a justificação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

BRASIL. Justificação da PEC n. 130/1992. *Diário do Congresso Nacional*. Ano XLVII, n. 156, de 23 set. 1992. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23SET1992.pdf#page=19>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. Congresso Nacional. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: Formação e aplicação de Precedentes e Enunciados de Súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*. New York: Baler, Voorhis & Co, Publishers, 1885.

CHIASSONI, Pierluigi. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. *Analisi e Diritto*, v. 2004, p. 75-101, 2004.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Claredon Press, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER, Fredie Jr. (coord). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 445-457.

_____. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. *Consultor Jurídico – Coluna Senso Incomum*, jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corte-anotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

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

DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 383-397.

_____; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao artigo 489. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão digital. n.p

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari: Editori Laterza, 2009.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. In: *Texas Law Review*. Vol. 84, n. 2. Austin: University of Texas School of Law, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*. Vol. 40, n. 2, 1930.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover, 1991.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Comentários às súmulas vinculantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Teorias do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: LMI Mundo Jurídico, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1984.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 459-490.

_____. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira de precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 215-238.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *A Ética dos Precedentes*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Julgamento nas Cortes Supremas*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/108>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

MESSITE, Peter J. A administração da justiça federal nos Estados Unidos da América. *Revista de Processo*, 117/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 210-219.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Precedentes: da Persuasão à Vinculação*. 3. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

MONTROSE, J. L. Ratio decidendi of a case. *Modern Law Review*, 20/587-595. [1957].

MOORE, Michael S. Precedent, induction, and ethical generalization. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 209.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Constitucionais do Processo Civil na Constituição Federal*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. *American Bar Association Journal*. ABAJ, 1928. p. 71-77.

PUGLIESE, Willian. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angustias e desconfianças. *Revista de Processo*, v. 259, p. 307-332, 2016.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 40-69

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

SIMPSON, A. W. B. The ratio decidendi of a case and the doctrine of binding precedent. In: GUEST, A. G. (org.). *Oxford Essays in Jurisprudence (First Series)*. Oxford, Clarendon (pp. 148-175). [1961].

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

STONE, Julius. The ratio decidendi of the ratio decidendi. *Modern Law Review*, 22/597-620. [1959].

STRECK, Luiz Lenio. *Precedentes judiciais e hermenêutica – o sentido da vinculação no CPC/15*. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. *Verdade e Consenso - Constituição Hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; ABOUD, Georges. Comentários ao artigo 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre. (orgs). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; ABOUD, Georges. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?. *Consultor Jurídico – Coluna Senso Incomum*, ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

_____; ABOUD, Georges. O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes. *Consultor Jurídico – Coluna Senso Incomum*, nov. 2016.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

_____; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 175-182.

_____; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista?. In: DIMOLIUS, Dimitri; DUARTE, Écio. (Coord). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 129-158.

TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, D. Neil.; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents*. Great Britain: Aushgate Publishing Limited, 1997. p. 103-140.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 711-733.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie et al (coord.). *Coleção grandes temas do novo CPC*, v. 3. Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 263-274.

_____. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. *Revista dos Tribunais*, n. 893, mar-2010. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia, 8. ed. Madrid: Trotta Editorial, 2008

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. Comentários ao artigo 926. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015. Versão digital. n. p.

_____. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.