

PRECEDENTES E *RATIO DECIDENDI*

O presente estudo propõe uma breve análise dos precedentes em nosso sistema jurídico, com enfoque na fundamentação das decisões judiciais e na argumentação jurídica, já que questões processuais serão objeto dos próximos dois encontros do grupo.

No primeiro tópico, propõe-se uma ligeira análise do que seria um “precedente” e de alguns dos dispositivos legais que outorgam tal autoridade em maior ou menor medida a determinadas decisões judiciais em nosso sistema jurídico. No segundo tópico, de forma sucinta, é analisado o conceito “*ratio decidendi*” e no terceiro é estudada a questão da completude da fundamentação das decisões judiciais que aplicam precedentes a casos presentes.

Quando tratamos de precedentes, há pelo menos três enfoques distintos que podem ser analisados no âmbito da argumentação jurídica. O primeiro, é o da enunciação da decisão judicial que constitui o precedente: pode-se analisar como deve ser elaborado o discurso que fundamenta a decisão para que se o faça com maior clareza, evitando que se dê margem a interpretações distorcidas, reforçando a segurança jurídica.

O segundo enfoque que poderia ser dado, talvez mais vinculado ao âmbito da sociologia jurídica, é o de como o precedente influencia os jurisdicionados. Da leitura da decisão que constituiu o precedente, aqueles sujeitos à jurisdição poderão conformar as suas ações com base na sua compreensão da interpretação dada ao direito pelo Poder Judiciário, podendo antever as consequências jurídicas de seus atos com a confiança de que se o fizerem de acordo com o entendimento fixado estarão agindo em conformidade com o direito. A publicidade dada às decisões judiciais possibilita também que advogados formulem suas postulações em juízo ou instruem seus clientes sobre como o direito é interpretado e aplicado pelos tribunais.

Um terceiro enfoque possível seria o de como deve ser elaborada a decisão que aplica solução idêntica à dada ao caso pretérito, fundamentando-a na existência do precedente. Para o intérprete-julgador que aplica um precedente, é imprescindível a compreensão do que foi efetivamente discutido no caso pretérito e como tais questões conduziram ao seu desfecho, para que então possa verificar se o

caso presente possui padrões de identidade suficientes para que se aplique a mesma solução dada ao caso anterior. Para que a decisão que aplica o precedente ao caso presente seja considerada suficientemente fundamentada é necessária *transparência analítica*, ou seja, o julgador deve justificar as razões da aplicação do precedente ao caso presente.

O corte metodológico proposto é uma análise deste terceiro momento. Portanto, o núcleo do presente estudo é uma análise da fundamentação das decisões judiciais, tanto na interpretação das decisões pretéritas quanto na elaboração da decisão presente.

O PRECEDENTE

Julgar com base em precedentes não é uma questão de opinião, mas uma questão de deferência. A aplicação de precedentes não tem relação alguma com convencimento ou persuasão; ela diz respeito à força vinculante normativa de decisões proferidas por determinados órgãos do Poder Judiciário.

É seguir uma decisão pretérita apenas em razão de seu *status* de decisão proferida por uma Corte hierarquicamente superior ou por uma mesma Corte em uma ocasião anterior, e não em razão de ter sido persuadido pela argumentação do caso precedente. Quando as Cortes são vinculadas pelo precedente, elas são obrigadas a segui-lo não apenas quando pensam que ele está correto, mas mesmo quando pensam que está incorreto. É a fonte ou o *status* do precedente que lhe dá força, não a qualidade de sua argumentação ou a crença da Corte presente de que o resultado é o correto¹.

Portanto, *precedente é sobre a (não necessariamente conclusiva) obrigação de um julgador tomar a mesma decisão que foi tomada em uma ocasião prévia sobre o mesmo ou similar assunto*². Analisando a aplicação de precedentes em diversos sistemas jurídicos, é possível identificar duas dimensões distintas: a vertical e a horizontal.

1 SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009. p. 40-41

2 SCHAUER, Frederick. *Precedent*. University of Virginia School of Law, 2011. Acessado em 03/11/2016 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384> p.02

A chamada **dimensão vertical** descreve a obrigação do julgador de seguir a decisão tomada pelo Órgão ou Tribunal que se encontra em um nível hierárquico superior no sistema jurídico. No sistema norte-americano, por exemplo, *quando um precedente da Suprema Corte é aplicável a um caso presente, a corte inferior possui apenas uma possível alternativa de ação: deve decidir de acordo com tal precedente*³. Tal vinculação vertical proporciona vantagens como o *controle hierárquico, a eficiência judicial, a disseminação de orientação e a simplificação de procedimento nas cortes inferiores, maior celeridade na resolução de disputas e a promoção de uniformidade na aplicação do Direito em diferentes Cortes, jurisdições e regiões geográficas, aumentando a previsibilidade e facilitando o justo e equânime tratamento de partes em situações semelhantes*⁴.

A chamada dimensão horizontal não diz respeito a uma questão de hierarquia de um sistema jurídico piramidal, mas de uma *hierarquia imposta ou artificial* do passado para o presente:

Além de serem obrigadas a seguir as decisões das Cortes hierarquicamente superiores, as Cortes são obrigadas, ainda que de forma menos óbvia e por vezes controversa, a seguir as suas *próprias* decisões pretéritas. Aqui a relação é *horizontal*, pois a obrigação é entre uma Corte agora e a *mesma* Corte no passado. Precedente horizontal não é, portanto, uma questão de Cortes superiores ou inferiores, mas uma questão de hierarquia artificial ou imposta do anterior para o posterior. A decisão pretérita é superior não em razão da hierarquia da Corte da qual emana; a decisão pretérita torna-se superior apenas por ter sido proferida antes. Esta obrigação da Corte de seguir suas próprias decisões pretéritas é tipicamente chamada de *stare decisis* – do latim “permanecer de acordo com o decidido” – e é uma forma distinta de vinculação com um precedente. Na doutrina do *stare decisis*, se espera que a Corte decida as questões da mesma forma com que ela própria decidiu no passado, mesmo que tenha mudado a sua

3 KOZEL, Randy J. *The Scope of Precedent*. Michigan Law Review, Vol. 113, No. 2, 2014. Acessado em 03/11/2016 < <https://papers.ssrn.com/sol3/Results.cfm?RequestTimeout=50000000> > p. 203

4 *Ibid.* P. 204-205

composição, ou mesmo que os mesmos membros tenham mudado de ideia.⁵

A questão dos precedentes, portanto, diz respeito à força normativa vinculante de decisões pretéritas e a sua influência sobre as decisões posteriores. Em nosso sistema jurídico, que possui uma estrutura hierárquica piramidal, a verticalização se faz presente em maior medida do que a dimensão horizontal dos precedentes, se é que se pode falar na existência dessa. Passemos à análise dos dispositivos legais que demonstram a verticalização de nosso sistema.

O artigo 927 do Código de Processo Civil positiva a obrigação de que os juízes e os tribunais observem, em suas decisões presentes, decisões previamente tomadas por determinados órgãos colegiados. É interessante a opção do legislador pelo vocábulo “**observar**” (considerar com atenção; estudar), que transmite uma ideia que não corresponde necessariamente a um dever de obediência propriamente dito. Passemos à análise do dispositivo legal:

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.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no [art. 10](#) e no [art. 489, § 1o](#), quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 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 a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos

⁵ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009. p. 37

observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

O inciso primeiro dispõe que os juízes e tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, determinação que é desnecessária (por ser redundante) em razão da previsão constitucional expressa acerca da força vinculante de tais decisões⁶. O mesmo vale para o inciso II, que trata dos enunciados de súmula vinculante⁷.

O inciso III estabelece a obrigação de observar os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

O **incidente de assunção de competência** está previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil, e envolve o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária que envolva relevante questão de direito, com grande repercussão social, porém sem repetição em múltiplos processos. Aplica-se o incidente também quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, servindo como um instrumento vocacionado a garantir maior segurança jurídica. Consoante dispõe o §3º do mencionado artigo, o **acórdão proferido nesse incidente vinculará** todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

O **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**, previsto no artigo 976 e ss. do Código de Processo Civil, é cabível quando houver, simultaneamente, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e a efetiva

6 CF. Art. 102, III, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

7 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Julgado o incidente, **a tese jurídica será aplicada** a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, e aos casos futuros que versem sobre questão idêntica de direito que venham a tramitar no território de competência do tribunal (Art. 985 CPC), cabendo a propositura de reclamação no caso de inobservância da tese.

Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá a afetação para julgamento como **recursos extraordinário e especial repetitivos** na forma do artigo 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil.

Julgados os recursos repetitivos e publicado o acórdão paradigma (art. 1.040 CPC), será negado seguimento aos recursos sobrestados na origem se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior, o órgão que proferiu o acórdão recorrido na origem reexaminará a decisão se essa contrariar a orientação do tribunal superior e os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior.

Prosseguindo a análise do artigo 927, vemos que os incisos IV e V dispõe que deverão ser observados os enunciados das *súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional*, bem como a *orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados os julgadores* do caso presente, que nada mais são do que enunciados que expressam, de forma sucinta e objetiva, entendimentos jurisprudenciais consolidados no âmbito da competência dos Tribunais.

As súmulas são uma espécie de síntese de um conjunto de julgados pretéritos decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara, com a finalidade de orientar futuras decisões. Em razão disto, a interpretação de tais enunciados não pode ser realizada fora do contexto dos casos que deram origem à sua edição. Portanto, uma súmula não pode ser considerada um precedente propriamente dito; o são as decisões que lhe deram origem. Tanto é que o próprio

legislador no artigo 489, §1º, V, faz menção a “precedente *ou* enunciado de súmula”, o que demonstra que se tratam de categorias distintas.

É discutível também a inserção das súmulas previstas nos incisos IV e V na categoria dos precedentes, uma vez que não há instrumento processual apto para garantir a sua observância (como a reclamação) e a previsão de força vinculante restringe-se às súmulas vinculantes. Apesar disso, há uma série de outras previsões que lhe outorgam certa autoridade, como a possibilidade de improcedência liminar ou a dispensa de reexame necessário, como veremos a seguir.

Portanto, da análise dos incisos do artigo 927 é possível constatar-se a efetiva existência de uma verticalização em nosso sistema jurídico, e que, em caso de sua inobservância (em se tratando de súmula vinculante, decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, acórdão de IRDR ou incidente de assunção de competência) cabe o ajuizamento de reclamação (Art. 988) perante o respectivo Tribunal para garantir a sua observância.

Para complementar a análise desse dispositivo, creio que seja importante salientar o dever de fundamentação e a vedação à decisão surpresa conforme disposto no §1º do artigo em exame, a possibilidade de maior **participação da sociedade em caso de alteração da tese jurídica fixada no precedente** (§2º) e a previsão da **possibilidade (ou dever?) de modulação de efeitos** em razão de interesse social ou da segurança jurídica (§3º).

Ainda, o §4º prevê a “*necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia*” no caso de modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos. Tal previsão está de acordo com a imposição do ônus argumentativo ao julgador no caso de superação do entendimento (*overruling*), o que será explanado no terceiro capítulo. A necessidade de uma “justificação especial” para a superação de um entendimento assentado tem amparo nas regras da teoria da argumentação jurídica e é também contemplada no direito comparado⁸.

8 “A Corte Suprema dos Estados Unidos tem descrito este encargo exacerbado em caso de superação de uma de suas próprias decisões prévias como sendo uma necessidade de ‘justificação especial’, e o padrão na Inglaterra é de que as decisões pretéritas devam ter sido ‘manifestamente erradas.’” SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009. p. 60

Ainda que nosso sistema jurídico não tenha esse forte compromisso com o *stare decisis* como os sistemas da *common law*, a imposição de um ônus argumentativo adicional para o caso de superação de um entendimento assentado é essencial para a garantia da segurança jurídica e para que sejam evitadas decisões políticas *ad hoc* que desvirtuem a verticalização de nosso sistema jurídico.

Há ainda outras manifestações da verticalização no Código de Processo Civil que são interessantes para a presente análise.

A possibilidade de concessão do bem da vida ao demandante em sede de **tutela de evidência**, independentemente de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II, CPC) é um belíssimo exemplo de vantagem da dimensão vertical dos precedentes em termos de simplificação de procedimentos e de aceleração da resolução de disputas.

Outro belo exemplo é o caso da **improcedência liminar**. Dispõe o artigo 322 que, nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar (I) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, (II) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de recursos repetitivos, (III) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e (IV) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Nestes casos, a ação é julgada improcedente antes mesmo da citação do réu, o que é louvável, pois evita a litigiosidade em casos (em tese) manifestamente descabidos, poupando o demandado de ter que buscar um advogado para promover a sua defesa e das despesas inerentes a tal situação, e desafogando o Poder Judiciário que pode, de pronto, rechaçar uma pretensão fadada ao insucesso.

Outro belo exemplo da verticalização como uma forma de racionalização do sistema é a previsão do artigo 496, §4º, do Código de Processo Civil que **dispensa do reexame necessário** as sentenças fundadas em súmula de tribunal

superior, acórdão do STF e do STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em IRDR ou de assunção de competência e também em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Em sede de cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa seja contra particular (Art. 525, §12º), seja contra a Fazenda Pública (535, §5º) há a previsão de possibilidade de alegar a ***inexigibilidade da obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso***, o que representa mais uma manifestação da verticalização em nosso sistema jurídico.

Outras manifestações do instituto *sub examine* são a possibilidade (ou ***dever***) ***do relator negar provimento*** (art. 932, IV) a recurso contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recurso repetitivo, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e a possibilidade (ou ***dever***) ***de dar provimento ao recurso*** (depois de facultada a apresentação de contrarrazões) se a decisão recorrida for contrária aos precedentes elencados no inciso anterior (art. 932, V). Em tais casos, o recurso de apelação deverá ser decidido monocraticamente (art. 1011, I) o mesmo se aplicando ao recurso de Agravo de Instrumento (art. 1019) apenas no caso do artigo 932, III e IV.

Também deverá o presidente do Tribunal recorrido ***negar seguimento a Recurso Extraordinário*** que discuta questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral (art. 1030, I, a) ou a recurso extraordinário ou especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento dos tribunais superiores exarados no regime de julgamento de recurso repetitivo. Ainda, sempre haverá repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal nos termos do artigo 1035, 3º, do CPC.

Outra manifestação interessantíssima da força normativa dos precedentes é a possibilidade de, em sede de **embargos declaratórios**, provocar a manifestação do julgador acerca da aplicação de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência ao caso presente, bem como a possibilidade de manejo dos embargos declaratórios em caso de decisão não fundamentada por inobservância ao artigo 489, §1º (artigo 1.022, parágrafo único, I e II). A questão acerca da fundamentação das decisões judiciais que aplicam precedentes ou jurisprudência em sua justificativa, com foco no disposto no artigo 489, §1º, incisos V e VI será objeto de análise mais aprofundada em capítulo posterior.

Constata-se também a manifestação da dimensão vertical dos precedentes em nosso sistema jurídico na possibilidade de **ação rescisória** em face de decisão de mérito transitada em julgado que viole manifestamente norma jurídica, equiparando-se à violação de norma jurídica decisões baseadas em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenham considerado a existência de *distinção* entre a questão discutida no processo e o *padrão decisório (ratio decidendi)* que lhe deu fundamento (Art. 966, §5º).

Talvez não se possa falar em uma dimensão horizontal dos precedentes em nosso sistema jurídico. Todavia, é possível vislumbrar, ainda que não se lhes proveja a mesma força normativa, algumas manifestações em nosso Código de Processo Civil que preveem uma certa deferência a decisões pretéritas apenas por terem sido proferidas em um momento anterior.

A previsão de embargos de divergência contra acórdão de órgão fracionário que em sede de recurso extraordinário ou recurso especial divergir do julgamento de qualquer outro órgão do *mesmo tribunal*, ou a previsão da possibilidade (ou dever) de modulação de efeitos no caso de alteração da jurisprudência dominante (art. 927, §3º) podem ser citados como exemplos de respeito à autoridade de decisões pretéritas, sem, todavia, a mesma força que a dimensão horizontal apresenta em países da *common law*, onde vige o *stare decisis*.

O disposto no artigo 926 também demonstra a preocupação do legislador com a segurança jurídica e o excesso de decisões divergentes em nosso sistema jurídico: *os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*.

A previsão da técnica de julgamento do artigo 942, ainda que extremamente controversa, é uma ferramenta que visa a assegurar os objetivos insculpidos no artigo 926, uma vez que amplia o debate acerca de uma questão controvertida mediante a expansão do órgão colegiado com o acréscimo de mais julgadores. Ainda que não gere de imediato uma uniformização da jurisprudência acerca de tais questões controvertidas, talvez o possibilite a médio ou longo prazo, em razão da ampliação do debate com a contribuição de pontos de vista normativos acrescidos pelos julgadores convocados.

Essa nem tão breve – porém superficial – exposição teve como objetivo apenas demonstrar algumas normas jurídicas positivadas em nosso sistema que são fonte de força normativa do nosso sistema de precedentes.

No próximo tópico vamos tecer breves linhas acerca de como é elaborado o precedente em termos de discurso jurídico e no tópico final passamos à análise da aplicação dos precedentes.

A RATIO DECIDENDI E A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE

Primeiramente, é necessário que se assente que nem tudo o que consta no acórdão de um precedente possui efetivamente força vinculativa. Do contrário, juízes poderiam legislar sobre qualquer matéria em qualquer caso que lhes coubesse julgar, desvirtuando o instituto:

A distinção entre *ratio decidendi* e *dictum* limita a forma com que o novo direito pode ser criado, o que é útil no que diz respeito a manter um equilíbrio a obediência a precedentes. Juízes devem esperar para criar novo direito até que casos apropriados cheguem para julgamento, e somente a *ratio decidendi* ou *holding* – o essencial e decisivo ponto do direito do caso – é precedente vinculante. *Dicta*, decisões irrelevantes para o deslinde do feito, são, por convenção, não vinculantes para os futuros juízes, embora como qualquer escrito, possam ser considerados como argumentos. Se os *dicta* fossem vinculantes, um juiz poderia criar uma quantidade ilimitada de leis novas. Seu julgado de 600 páginas em um processo de

falência poderia também controlar o direito sobre aborto, propriedade intelectual e direito probatório criminal. Tal equilíbrio não poderia ser mantido... pois mesmo se os *dicta* cuidadosamente evitassem violar precedentes existentes, muito pouco novo direito restaria para ser criado por futuros juízes.⁹

Portanto, se vê que não há uma absoluta liberdade do julgador que cria um precedente; é necessário que a questão seja pertinente ao caso concreto *sub judice*, e que tenha havido uma efetiva discussão sobre o ponto: ela deve ter sido não só decidida, como também discutida pela Corte.

Analisando a fundamentação de qualquer decisão judicial que constitua um precedente, é possível identificar nesse conjunto de proposições articuladas uma série de elementos que possuem diferente importância (ou peso) dentro do contexto decisório. Na tradição norte-americana trabalha-se preponderantemente com a dicotomia *holding* (vinculante) e *dictum* (não vinculante).

Não há consenso acerca de uma definição para o conceito de *holding*. Uma das muitas definições encontradas na doutrina seria que “o *holding* consiste em proposições ao longo do(s) caminho(s) de argumentação escolhido(s) que **(i)** foram efetivamente decididos (o que não significa necessariamente expressamente enunciados), **(ii)** baseadas em fatos do caso e **(iii)** que levaram ao julgamento. Se não é um *holding*, a proposição enunciada em um caso é considerada *dicta*”¹⁰.

E vez de perguntar o que é a palavra “*dictum*” podemos perguntar quais motivos devem levar a Corte a não dar peso a determinados enunciados constantes em uma decisão judicial. Há diversas razões. Uma é que a passagem é desnecessária para a resolução do caso pretérito e, sendo assim, talvez não tenha sido objeto de detida análise, como teria sido se fosse essencial para o resultado. Uma outra razão, que se assemelha a essa, é que a passagem não é uma parte integral

9 ABRAMOWICZ, Michael. STEARNS, Maxwell *Defining Dicta*. Stanford Law Review, Volume 56, Forthcoming 2005. Acessado em 03/11/2016 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=619124> p. 61-62

10 ABRAMOWICZ, Michael. STEARNS, Maxwell *Defining Dicta*. Stanford Law Review, Volume 56, Forthcoming 2005. p.113

da decisão pretérita – ela pode ser suprimida sem que se danifique a estrutura analítica da decisão, e, portanto, é uma parte redundante da fundamentação, e, mais uma vez, pode não ter sido objeto de profunda análise. Ainda outra razão seria que a passagem não é fundada nos fatos do caso e os juízes podem, portanto, não ter tido uma base experimental adequada para ela; outra, que a questão tratada na passagem não foi apresentada como uma questão, e, portanto, não foi refinada pelos fogos do contraditório.¹¹

O conceito de *holding* é muito próximo do conceito de *ratio decidendi*. O *holding* é enunciado de forma estreita, abrangendo o preciso ponto da questão decidida no caso, enquanto a *ratio* fornece a norma jurídica generalizável (ou o conjunto de normas) sobre a qual está fundamentada a decisão.

Ainda que uma decisão judicial seja clara e tenha assentado expressamente uma tese ou uma regra geral e abstrata aplicável a casos futuros, o texto que a constitui sempre estará sujeito a interpretações por juízes futuros a quem competirá aplicar o precedente. E tal atividade envolve um complexo conjunto de operações mentais, mesmo que o caso futuro seja quase idêntico ao precedente (ou como os norte-americanos costuma dizer “*on all fours*”), ou que seja o caso de ampliar ou restringir o escopo do precedente para aplicá-lo ou não ao caso presente.

Por esta razão, pode-se dizer que o precedente não é criado pela corte que profere a decisão pretérita, mas é uma obra realizada em conjunto com os julgadores subsequentes que o aplicarão.

Uma decisão judicial não possui um significado intrínseco. Seu efeito depende da lente interpretativa através da qual ela é vista. Pense nisso como uma teoria quântica do precedente: a simpatia interpretativa do observador particular acaba determinando o que é vinculante e o que não é¹². Em razão de tamanha subjetividade é fundamental muita cautela quando se está julgando por precedentes, para que se evitem as falácias do *confirmation bias*, da desintegração e da hiperintegração do direito, conforme veremos no tópico subsequente.

11 *Ibid.* p. 71 NR 192

12 KOZEL, Randy J. *The Scope of Precedent*. p. 183-184 acessado em

Na prática, ao analisar o texto de um precedente, muitas vezes não há dificuldades em se identificar a *ratio decidendi*, seja pela clareza com que foi redigido o acórdão, a tese fixada ou a súmula editada. Todavia, ainda assim é necessário que a súmula ou a tese, por exemplo, seja analisada de acordo com o contexto dos casos em que foram proferidas as decisões a partir das quais os enunciados foram elaborados, pois a sua leitura descontextualizada pode levar a graves equívocos em sua aplicação.

O §3º do artigo 489 do Código de Processo Civil dispõe que *a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé*. Um exemplo de má-fé na interpretação de um precedente seria o uso de razões insinceras para fugir das determinações centrais dos casos pretéritos, com a criação de distinções-sem-diferença para tentar evitar a aplicação de um precedente ao caso presente.

É da análise da decisão pretérita – a partir da conjugação de todos os seus elementos – que o julgador, ou qualquer outro sujeito que tenha contato com um precedente, poderá compreender a *ratio decidendi* do caso. No inciso V do §1º do artigo 489, utiliza-se a expressão “*fundamentos determinantes*”, que seria equivalente ao conceito de *ratio decidendi*.

Um precedente é, portanto, uma decisão judicial que contém um princípio. O princípio subjacente que forma o seu elemento de autoridade é frequentemente chamado de *ratio decidendi*. A decisão concreta vincula as partes, mas é a *ratio decidendi* abstrata por si só que possui a força de lei em relação ao mundo.¹³

A ideia de “fundamentos determinantes”, incluída na redação do artigo 489, §1º, V, *equivale à de “ratio decidendi”*. *Trata-se da essência dos fundamentos da decisão ou dos fundamentos ou motivos que a determinaram. Com a ideia objetiva-se não só delimitar os verdadeiros motivos que embasaram a conclusão, mas também o seu significado no contexto do caso*¹⁴.

13 ABRAMOWICZ, Michael. STEARNS, Maxwell *Defining Dicta*. Stanford Law Review, Volume 56, Forthcoming 2005. p.96, nota de rodapé 256

14 MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Disponível em: < http://www.marinoni.adv.br/files/_ARTIGO%20-%20RT%202012.docx>. Acessado em: 02 ago. 2016.

No próximo capítulo propõe-se uma análise de como deve ser elaborada a fundamentação da decisão judicial que aplica um precedente a um caso presente para que seja considerada suficientemente fundamentada nos termos do artigo 489, §1º, incisos V e VI do Código de Processo Civil.

A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL QUE APLICA UM PRECEDENTE

Há muitos equívocos em nossa prática de Administração da Justiça sobre a forma com que os precedentes podem (e devem) ser usados na fundamentação das decisões judiciais. Grande parte destes equívocos decorre do uso de ementas de julgados descontextualizadas, sem que se elabore uma justificativa com base na existência de uma identificação suficiente entre o caso passado e o caso presente, o que não satisfaz ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

Como já assinalava Carlos Maximiliano antes mesmo do surgimento dos repositórios eletrônicos e da internet, por vezes a menção a excertos jurisprudenciais nas decisões e nas postulações em juízo resulta da *lei do menor esforço*, pois é *mais fácil para o intérprete localizar julgados prévios em repositórios de jurisprudência do que recorrer a exposições sistemáticas de doutrina jurídica*. Todavia, asseverou o eminente doutrinador, o uso da jurisprudência na argumentação jurídica reclama cautela, pois *a jurisprudência, por si só, isolada, não tem valor decisivo, absoluto. Basta lembrar que a formam tanto os arestos brilhantes, como as sentenças de colégios judiciários onde reinam a incompetência e a preguiça*¹⁵.

Na prática, o que se vê na fundamentação de algumas decisões judiciais é a referência a ementas de julgados como discursos de fundamentação prévios que são usados como argumentos para reforçar um ponto de vista interpretativo previamente adotado pelo julgador, sem que seja realizado um cotejo analítico entre o caso presente e o caso que o precede, e, por vezes, sem que seja analisado o todo da prática jurídica estabelecida até então, mas somente determinada “corrente jurisprudencial” à qual adere o julgador, que, já tendo *uma opinião preconcebida a respeito do caso vai aos livros ou aos repositórios eletrônicos buscar excertos jurisprudenciais que confirmem a sua tese*¹⁶ (*confirmation bias*).

15 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.182

16 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 123

Com o intuito de reformar estas distorções, o legislador positivou no artigo 489, §1º, inciso V, do Código de Processo Civil de 2015, que não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial 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*. Aqui, o que se exige a título de conteúdo mínimo necessário para a fundamentação da decisão judicial é a **transparência analítica**: que seja demonstrada, na justificativa elaborada pelo intérprete-julgador, a identidade entre o que foi discutido e decidido no caso pretérito com o que é discutido no caso presente.

Já o inciso seguinte, dispõe que não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial 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*. Aqui, identifica-se mais uma vez a preocupação do legislador com o contraditório substancial. Caso a parte invoque determinada súmula, precedente ou jurisprudência, e a decisão não se dê em conformidade com o entendimento assentado nos casos pretéritos suscitados, incumbe ao julgador fundamentar a decisão de modo a demonstrar a superação do entendimento ou a existência de distinção entre os casos.

É interessante assinalar que o inciso VI menciona súmulas, precedentes e jurisprudência, enquanto inciso V menciona apenas precedentes e súmulas. Aqui, percebe-se que o legislador infraconstitucional distingue precedente de jurisprudência; não é qualquer julgado pretérito que constitui um precedente judicial. Como vimos, pode-se falar em precedente apenas quando o julgado anterior possui certa força vinculativa, enquanto julgados não vinculantes possuem força meramente persuasiva. Os julgados pretéritos que não possuem força vinculativa não podem ser utilizados como fundamento uma decisão judicial sem que sejam referidas outras fontes vinculantes do direito, razão pela qual o legislador não os incluiu no inciso V. Tal distinção será tratada mais pormenorizadamente quando analisarmos o inciso VI.

Passa-se à análise de como se deve proceder para atender ao conteúdo mínimo de fundamentação previsto no inciso V. A aplicação de um precedente a um caso concreto *baseia-se na analogia entre os fatos do caso anteriormente decidido e os fatos do caso que deve ser decidido, já que somente*

quando se verificar essa analogia o juiz do segundo caso aplicará a *ratio decidendi* com base em que fora decidido o caso anterior¹⁷.

Portanto, a decisão acerca da aplicação de um precedente a um novo caso depende da aproximação dos fatos do precedente com os fatos do caso sob julgamento, sendo necessária uma cuidadosa análise dos fatos materiais do caso pretérito, considerados a partir do raciocínio e das razões do juiz como fundamentais à solução do caso, pois é através deste material que se delimita a *ratio* e se investiga a respeito de sua aplicação ao caso subsequente¹⁸.

Os fatos têm que ser decompostos em seus elementos básicos, e o intérprete-julgador tem que encontrar uma chave de analogia utilizável a fim de verificar a similitude¹⁹ entre ambos os casos. Fala-se em similitude, pois nunca há casos completamente iguais. Sempre se encontra uma diferença. O verdadeiro problema se transfere, por isso, à determinação da relevância das diferenças²⁰. É necessário, portanto, que se identifiquem os elementos fáticos considerado relevantes, sendo imprescindível que na fundamentação justifiquem-se os critérios de relevância e os juízos de valor que guiaram a escolha das chaves de analogia utilizadas. A analogia de casos é a comparação de semelhanças de duas ou mais decisões judiciais²¹.

Para que se compreenda o conteúdo de significação do precedente a ser aplicado ao caso concreto, e, assim, compreender quais os fatos relevantes para a escolha das chaves da analogia, é necessária a compreensão de que nem todo o conteúdo do julgado constitui o precedente; apenas o *holding*. O *holding* é o que foi discutido, arguido e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é decisivo (necessário) para o deslinde da

17 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 426

18 MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Disponível em: < http://www.marinoni.adv.br/files/_ARTIGO%20-%20RT%202012.docx>. Acessado em: 02 ago. 2016.

19 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução para o idioma espanhol por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 177

20 ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução para o idioma português por Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268

21 AARNIO, Aulis, *op. cit.*, p. 149

*questão. Apenas o holding pode ser vinculante para os casos futuros, pois ele representa o que foi realmente estabelecido*²².

Assim, para que se estabeleça quais fatos são relevantes para o raciocínio analógico, é necessário que se o faça dentro do contexto do que fora decidido, atendo-se à *ratio decidendi* e deixando de fora os *dicta*. É necessário que se *extraia da fundamentação o que realmente levou o tribunal a decidir*. A ideia de “fundamentos determinantes”, incluída na redação do dispositivo legal que estamos examinando, *equivale à de “ratio decidendi”*. *Trata-se da essência dos fundamentos da decisão ou dos fundamentos ou motivos que a determinaram. Com a ideia objetiva-se não só delimitar os verdadeiros motivos que embasaram a conclusão, mas também o seu significado no contexto do caso*²³.

Porém, é necessária cautela, pois o mero raciocínio analógico descuidado pode levar a distorções na aplicação de um precedente que, aparentemente, possui semelhanças fáticas com outro, mas que, em sua essência, possui uma distinção em termos de aplicação de um determinado princípio jurídico. É por isto que o legislador menciona a necessidade de que sejam identificados os *fundamentos relevantes* do caso pretérito, pois, somente através desta informação que é possível que a comparação entre os casos resulte em uma correta aplicação do precedente. *O enquadramento de um fato em determinada categoria, para o efeito de se dar ao primeiro a consequência outorgada à segunda, depende da análise cuidadosa das razões contidas na decisão, pois são estas que não só podem justificar o enquadramento do fato do precedente em determinada categoria, como também a inserção do fato do novo caso na categoria que faz parte o fato do precedente*²⁴.

Assim, é necessário que o intérprete-julgador analise o texto do julgado do precedente, ou do conjunto de julgados que ensejou a edição de uma determinada súmula, para que possa atribuir sentido claro e preciso ao *holding* que restou assentado dentro do contexto em que foram proferidas tais decisões. A verdadeira compreensão da *ratio decidendi* exsurge de sua contextualização ante os fatos do caso para a qual ela fora formulada; *o comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se tivesse se descolado da situação para a qual foi produzido,*

22 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 68-69

23 MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Disponível em: < http://www.marinoni.adv.br/files/_ARTIGO%20-%20RT%202012.docx>. Acessado em: 02 ago. 2016.

24 *Idem*.

*passando a existir e a valer em uma abstração etérea*²⁵. Afinal, o julgado passado foi proferido para solucionar aquele caso específico, e não casos futuros.

É preciso compreender como se deu a aplicação do Direito ao caso pretérito, para que possa se decidir se o caso presente reclama uma solução idêntica. *A própria noção de precedente resulta da possibilidade de novos juízes darem novos sentidos ao mesmo texto, e daí derivam todas as possibilidades de distinguir (to distinguish), ampliar (to widen) ou restringir (to narrow) o precedente, de acordo com as exigências do caso*²⁶. Aclarado o sentido da norma aplicada ao caso pretérito, examina-se o contexto fático do caso presente, para que se decida se há padrões de identificação suficientes entre os casos para que possa ser aplicada a mesma *ratio decidendi* do precedente ao caso concreto que está sendo julgado.

Indo um pouco além do mero raciocínio analógico, pode-se dizer que a busca pela aplicação do precedente é inspirada pela lógica da pergunta e da resposta²⁷. É analisando o contexto fático do caso pretérito que se desvenda para qual pergunta foi tomada a decisão cujo *holding* constitui a resposta. E é analisando o caso presente que se verifica se a pergunta que ele propõe equivale à pergunta do caso precedente. Portanto, *decidir com base em precedentes não é fazer um juízo prévio de semelhança entre duas situações (puramente) de fato distintas e, a posteriori, julgar que são suficientemente identificáveis para ter a mesma solução jurídica. O importante é a identificação de aplicação principiológica, a partir da semelhança das perguntas e das respostas*²⁸. Encontra-se a resposta à pergunta do caso pretérito, portanto, mediante a análise do sentido do comando, ou seja, do princípio que o inspira.

25 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 149

26 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 73

27 “Uma aplicação prévia, posta em um precedente, é uma resposta a uma pergunta. Essa resposta não pode ser a resposta a outra nova pergunta, e só pode ser compreendida a partir da pergunta para a qual ela é a resposta. A compreensão do caso presente, por sua vez, também exige a identificação das perguntas que apresenta, e a formulação aberta (mas com sentido) dessas perguntas. Já a abertura da pergunta é uma exigência da sinceridade: buscar precedentes para solucionar uma contenda presente não pode ser uma procura por elementos que convalidem uma tese adrede escolhida, como faz aquele que tem em mente um projeto pronto a ser construído. Não se pode acolher o que convém a um plano e rejeitar o resto.” RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 150-151

28 *Ibidem.*, p. 137

Portanto, quando se invoca um precedente ou uma súmula na fundamentação de uma decisão judicial, é necessário que se exponha o contexto em que foram prolatadas tais decisões, e, analisando caso pretérito, que se atribua um sentido claro e preciso à regra geral e universalizável expressa por sua *ratio decidendi*. Identificados os fatos relevantes do caso presente, e demonstrada sua identidade com os fatos relevantes do caso pretérito, estará cabalmente justificada a aplicação da mesma solução jurídica do caso antecedente ao caso que se está resolvendo. Havendo identidade entre a pergunta formulada no caso pretérito, e a formulada no caso presente, justifica-se a aplicação da mesma resposta a ambos.

*É imprescindível tomar conhecimento dos fatos do caso presente e do caso que deu origem ao julgado pretérito, para só então compará-los, identificá-los e distingui-los para que a regra possa ser aplicada*²⁹. Uma decisão judicial com base em um precedente, que não demonstre em sua fundamentação as chaves de analogia utilizadas, ou seja, quais fatos relevantes foram considerados como critério de identidade entre a decisão passada e a presente, fica vulnerável a impugnações que visem a demonstrar a ausência de racionalidade de sua justificação externa. Caso o julgador apresente expressamente em sua fundamentação quais os critérios adotados no raciocínio analógico, a decisão passa a ter maior poder de convencimento e sua racionalidade poderá ser demonstrada pelos argumentos apresentados ou refutada por argumentos em sentido contrário em eventual impugnação recursal.

Portanto, o que impõe o dispositivo legal analisado é que seja atribuído um sentido claro e preciso aos fundamentos determinantes do precedente invocado, elaborando-se proposições que justifiquem a aplicação da mesma *ratio decidendi* ao caso concreto, com base na identidade entre fatos relevantes de ambos os casos.

Prossegue a análise pelo inciso VI, que dispõe que não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial 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*. Nesta hipótese, a parte que postula em juízo fundamenta seu pleito em determinado enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente. Caso o julgador não acolha tais argumentos, ele deverá rechaçar a tese apresentada, trazendo para si a carga da

29 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 71

argumentação, cabendo a ele apresentar *as razões indicativas das diferenças relevantes*³⁰ entre o caso presente e os casos pretéritos invocados pela parte.

Na redação deste dispositivo legal, o legislador propõe uma distinção entre precedente e jurisprudência em sentido amplo. Os precedentes são os julgados pretéritos dotados de certa força vinculante, enquanto a jurisprudência em sentido amplo é a *totalidade da prática jurídica estabelecida até então*. A distinção entre ambos não é meramente teórica, pois gera efeitos práticos relevantes. Por exemplo, decisões contrastantes com precedentes com força vinculante, como as decisões das Cortes Superiores, as súmulas editadas por estas, bem como as decisões em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas ou de Assunção de Competência, podem ser impugnadas por meio da ação de Reclamação, cuja função precípua é de garantir a autoridade das decisões dos Tribunais.

A jurisprudência em sentido amplo, em que pese não possua poder vinculante perante o julgador, exerce um forte papel persuasivo, mormente pelo fato de que o artigo 926 do diploma processual civil dispõe que *os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*, introduzindo um dever de coesão e continuidade nas decisões prolatadas, com vistas a dar maior concreção às garantias da previsibilidade e da segurança jurídica, fundadas no princípio do tratamento equitativo, cujo objetivo precípua é a garantia da igualdade substancial.

*A segurança jurídica, a igualdade e a necessidade de coerência da ordem jurídica impõem respeito aos precedentes judiciais*³¹. Portanto, se um dado Tribunal vem apresentando soluções idênticas a casos semelhantes, por razões de segurança jurídica, casos futuros que se identifiquem com estes devem obter a mesma solução; em não o fazendo, incumbe ao julgador apresentar uma fundamentação que justifique a quebra desta linha, sob pena de a decisão ser considerada manifestamente arbitrária.

Quando se fala no uso da jurisprudência na fundamentação das decisões judiciais, é importante ressaltar que *o intérprete não pode se contentar com o que os julgadores pretéritos disseram (porque o que eles disseram, em si, não é lei*

30 GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 233

31 SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 3.ed.rev.,atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.762

*nem vinculante), mas com o que eles fizeram coletivamente. É a obra coletiva que forma a tradição, com a qual o intérprete está obrigado a lidar e dialogar*³². Esta ideia é ilustrada pela analogia do “romance em cadeia” proposta por Ronald Dworkin, segundo a qual *cada Corte que se defronta com a tarefa de interpretar o Direito precisa considerar as decisões prévias, os “capítulos” na história do desenvolvimento do Direito. Então, a Corte deve pronunciar sua própria decisão como o melhor ou mais persuasivo capítulo da história que vai se revelando, e deve fazê-lo com plena consciência de que outros, mais tarde, escreverão capítulos adicionais tocando a história adiante*³³. Portanto, como capítulos de uma mesma história escrita colaborativamente, as decisões judiciais devem ser coerentes entre si, preservando a integridade na forma com que é aplicado o Direito pelo Poder Judiciário, como se cada uma destas decisões fosse um capítulo de uma mesma história, mantendo uma coerência normativa.

Todavia, na prática, é comum que coexistam decisões inconsistentes entre si em casos que tratam de questões controvertidas nos Tribunais. Por vezes, há entendimentos destoantes entre Tribunais, entre Órgãos de um mesmo Tribunal, ou até mesmo entre membros de um mesmo Órgão. *A falta de coerência entre as decisões judiciais, além de desesperar os jurisdicionados, que ficam sem saber como se comportar, impede a advocacia de exercer a sua missão, isto é, de orientar o comportamento de seus clientes, e estimula a litigiosidade, trazendo aos tribunais milhares de casos que, caso o sistema judicial não violentasse a sua própria lógica, poderiam ser acomodados mediante acordos*³⁴.

Para que tais situações anômalas sejam extirpadas de nosso sistema jurídico, é necessário que os julgadores, ao depararem-se com tais casos, não ignorem simplesmente a divergência jurisprudencial, elegendo a tese que é compatível com seu entendimento prévio acerca de qual é a melhor solução para o caso (*falácia do confirmation bias*); é necessário que justifiquem a sua tomada de posição sem omitir a existência de decisões em sentido diverso. É imprescindível que sejam enfrentadas as posições divergentes, para que se possa corrigir o sistema, proporcionando maior segurança jurídica. *A fundamentação com base em*

32 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 104-105

33 MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Tradução para o idioma português por Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 305

34 MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Disponível em: < http://www.marinoni.adv.br/files/_ARTIGO%20-%20RT%202012.docx>. Acessado em: 02 ago. 2016.

*precedentes, quando houver essa possibilidade de se lidar com decisões prévias contraditórias, deve sempre ter ambas as posições em seu horizonte*³⁵. *A solução do caso deverá vir da resolução dialética entre eles, no caso concreto*³⁶.

Como já foi dito, é comum em nossa prática jurídica, tanto em julgados como nas postulações em juízo, o *uso indiscriminado de conceitos e abstrações, colhidos em situações concretas e descolados a posteriori dos casos que lhe deram origem*³⁷. É comum a apresentação de ementas de julgados como um “discurso prévio de justificação”, sem que seja apresentada uma justificativa de sua aplicabilidade ao caso concreto. Uma questão que surge então é: caso a parte que postula em juízo deixe de justificar a aplicação de determinado precedente ou jurisprudência invocados no contexto do caso concreto, a deficiência no arrazoado apresentado por esta dispensaria o julgador de rechaçar a tese apresentada? Caso seja manifesta a ausência de conexão do material utilizado pelo postulante com a questão que deve ser justificada, estará dispensado o julgador de enfrentá-lo, pois *uma pessoa que recorre a uma proposição ou a um ponto de vista não relevante para a justificação ou que carece de poder justificatório tem a carga probatória e há de explicar porque utilizou esta justificação*³⁸. Todavia, incumbe ao intérprete-julgador, mesmo assim, em casos limítrofes, conhecer dos argumentos invocados e qualificá-los como relevantes ou não para a solução do caso, devendo, ainda que de forma extremamente sucinta, rechaçá-los. A deficiência na fundamentação da postulação da parte, por si só, não justifica a inobservância do dever de fundamentação das decisões judiciais constitucionalmente estabelecido e tampouco a inobservância do novo dispositivo infraconstitucional.

A comum referência a ementas sem o necessário cotejo analítico entre os casos pretéritos e o presente é uma grave deficiência na prática da argumentação jurídica. *A ementa de um julgado deve ser vista como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida*³⁹. É imprescindível que o intérprete analise o inteiro teor do julgado, para possibilitar uma contextualização do que lá foi discutido e decidido, e para que se possa concluir se a resposta dada à questão

35 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 151

36 *Ibidem.*, p. 112

37 *Ibidem.*, p.148

38 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução para o idioma espanhol por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 261

39 RAMIRES, Maurício, *op. cit.*, p.49

pretérita deve também ser dada ao caso presente. E o mesmo vale para as súmulas e os precedentes vinculantes, como referiu-se no início deste tópico.

Portanto, caso a decisão judicial deixe de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocados pela parte, deverá o julgador demonstrar a existência de distinção com o caso em julgamento ou superação do entendimento. Doravante, a análise prossegue pela definição do conceito de distinção.

Opera-se a distinção entre o caso presente e os casos pretéritos quando não há identidade suficiente e necessária entre os seus fundamentos relevantes: entre as suas “chaves de analogia”, como prefere Aulis Aarnio, ou entre as perguntas do caso pretérito e do caso presente, como sugere Maurício Ramirez. Ao tratar da semelhança ou distinção entre um caso presente e um precedente judicial, ou com o conjunto de decisões que levaram à edição de uma súmula, é necessário que sejam analisadas as questões relevantes discutidas nos casos pretéritos para que se possa determinar se há padrões de identidade suficientes destes com o caso que está sendo julgado.

Todavia, nesta empreitada é necessária cautela para definir quais elementos são efetivamente relevantes, sob pena de incorrer nas falácias da desintegração ou da hiperintegração.

*A desintegração do direito ocorre quando um julgador identifica um grau exagerado de singularidade no caso presente, que lhe permite ignorar os direitos gerais previamente estabelecidos em outros casos*⁴⁰. Um exemplo de argumento eivado pela falácia da desintegração seria o interpretar a sumula 620/STF⁴¹ no sentido de que esta não seria aplicável às autarquias municipais, pois os julgados que levaram à edição da súmula tratavam apenas de autarquias federais e estaduais. Todavia, não é um elemento relevante para a discussão nesses julgados pretéritos a pertinência da autarquia a determinado ente federativo, de modo que a *ratio decidendi* assentada é perfeitamente aplicável a processos que envolvam qualquer autarquia.

Assim, incorre na falácia da desintegração o intérprete que se recusa a reconhecer um determinado caso como uma hipótese da regra, *criando uma distinção-*

40 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 106

41 Súmula 620/STF. “A sentença proferida contra Autarquias não está sujeita a reexame necessário, salvo quando sucumbente em execução de dívida ativa.”

*sem-diferença, negando a existência de um padrão de identificação entre casos sem verdadeira razão para isto*⁴². As distinções só podem ser feitas quando efetivamente haja diferença entre os critérios relevantes dos casos analisados.

A hiperintegração na interpretação, por sua vez, *ocorre quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele*⁴³. Aqui, a solução do caso pretérito não pode ser aplicada ao caso presente, pois não há padrões de identificação suficientes entre os critérios relevantes do caso pretérito e do caso presente, de modo que apresentar a mesma solução para ambos não satisfaz às exigências de equidade e segurança jurídica, ampliando-se excessivamente o critério de solução do precedente para casos que não reclamam uma decisão idêntica. *De um lado, uma decisão judicial deve ser coerente com o todo da prática jurídica, porque o direito rejeita os casuísmos típicos da política. Mas, de outro lado, as distinções e particularidades dos casos exigem respostas individualizadas*⁴⁴. *É imprescindível estar atento às distinções e identificações exigidas pelas especificidades dos casos*⁴⁵.

Frise-se que a inobservância da distinção entre o caso presente e o precedente, além de constituir uma deficiência de fundamentação da decisão judicial, enseja o ajuizamento de ação rescisória, com fulcro no artigo 966, V, §5º do Código de Processo Civil vigente.

Por fim, conclui-se a análise deste dispositivo legal pela hipótese em que o intérprete-julgador deixa de seguir súmula, precedente ou jurisprudência invocados pela parte, com fundamento na superação do entendimento (*overruling*).

A jurisprudência consolidada cria expectativa normativa de conduta para todos, uma vez que os jurisdicionados pautam seu comportamento de acordo com as leis vigentes, e sua respectiva interpretação pelos órgãos competentes, com especial atenção à jurisprudência dos Tribunais Superiores.

42 RAMIRES, Maurício. *op. cit.*, p. 132

43 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 109

44 *Ibidem.*, p. 105

45 *Ibidem.*, p. 130

*O fundamento de toda uma teoria dos precedentes é o de que o direito rejeita os casuísmos, e tende à integração e coerência*⁴⁶. A missão de uma teoria dos precedentes está *em orientar condutas sociais e promover a igualdade, a segurança jurídica e a coerência do sistema*⁴⁷. Portanto, quando estabelecem-se precedentes que determinam que seja dada uma mesma solução a um grupo de casos que compartilham critérios de identificação, o legado da tradição deve ser reconhecido. Todavia, *a autoridade não pode ser oposta à liberdade como uma exigência de obediência cega*⁴⁸.

A estabilidade das interpretações é essencial para que seja resguardado o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Entretanto, a interpretação do direito positivo não pode ser impermeável às relevantes alterações na dinâmica social, avanços científicos, tecnológicos e sociais. E o Poder Legislativo nem sempre logra êxito em positivizar tempestivamente textos legais que acompanhem as mudanças no tecido social, até porque a velocidade em que a sociedade evolui no cenário atual é vertiginosa. *Quando há incerteza na interpretação da lei, deve se buscar um equilíbrio entre o respeito à estabilidade e à flexibilidade requerida pelas circunstâncias. O primeiro destes objetivos serve à continuidade, à igualdade formal dos cidadãos perante a lei, e permite que as relações sociais possam ser antecipadas. Por outra parte, na atualidade, a sociedade muda aceleradamente. Se o direito não se ajusta a seu ritmo, atua como um freio do desenvolvimento. Quanto mais rápida a mudança, tanto maior é a flexibilidade que se requer do sistema jurídico*⁴⁹.

Diversos motivos podem levar à superação de um entendimento jurisprudencial consolidado. Pode ser que tenham havido mudanças no direito positivo que tornem juridicamente obsoleta a solução dada aos casos passados, podem ocorrer mudanças no tecido social que reclamem uma revisão dos valores até então tido como estabelecidos, alterações culturais e socioeconômicas ou avanços tecnológicos podem também ter grande influência na forma com que se aplica o Direito. E ainda, pode ocorrer que o Tribunal admita que errou no julgamento anterior e

46 *Ibidem.*, p. 93

47 SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 3.ed.rev.,atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.754

48 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 102

49 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Tradução para o idioma espanhol por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 32

fixe um novo entendimento, demonstrando que há fundadas razões no sentido de que a decisão anterior era equivocada.

Todavia, ao distanciar-se da forma com que até então era interpretada e aplicada a norma a determinado conjunto de casos, o intérprete não pode fazê-lo com base em uma decisão política *ad hoc*. Ele deve assumir a carga da argumentação, *demonstrando que a nova decisão está acompanhada das melhores razões e encontra justificação mais coerente no contexto do desenvolvimento jurídico, sendo mais justa ou que produz melhores consequências*⁵⁰.

*A postura do juiz frente à tradição é de diálogo, não de submissão. A interpretação é uma fusão de horizontes: no que respeita aos precedentes, a interpretação se dá com a fusão do horizonte do intérprete com o horizonte do todo da prática jurídica estabelecida até então*⁵¹. Portanto, se existe um dado precedente – e mais – se a parte o invoca como um dos fundamentos de sua pretensão, o juiz tem o dever de citá-lo na fundamentação de sua decisão, mesmo que entenda que este está superado e que outra interpretação é mais adequada dentro do contexto do sistema jurídico vigente. Assim, a imposição do dever de fundamentação nestes casos impõe que sejam apresentadas razões que demonstrem a superação do entendimento até então vigente.

Em verdade, o dispositivo do artigo 489, §1º, VI, impõe ao juiz que suporte o ônus da carga argumentativa para que possa deixar de seguir o precedente invocado pela parte. Em sua essência, a norma é fortemente vinculada à garantia do contraditório substancial enquanto direito de influência no julgado, sendo similar ao dever de fundamentação previsto no inciso IV, que determina ao juiz que enfrente as razões invocadas pela parte capazes de, em tese, infirmar a decisão prolatada.

A despeito da complexidade da temática proposta, a exposição é sucinta, ante a impossibilidade de maior aprofundamento de todas as minúcias que se desvelam ao longo da pesquisa. A própria questão da distinção da *ratio decidendi* dos *obiter dicta* que vimos de forma muito breve, ou a questão da possibilidade (ou dever) de modulação de efeitos por ocasião da superação de entendimentos consolidados pelas Cortes Superiores, por si só, poderiam render ainda muitas páginas. Todavia,

50 GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 233

51 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 100

dado o escopo da pesquisa, as breves reflexões propostas ao longo desses capítulos são suficientes para a análise acerca do que se exige do julgador em termos de racionalidade discursiva na justificação das decisões judiciais no que concerne à aplicação de precedentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Tradução para o idioma espanhol por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABRAMOWICZ, Michael. STEARNS, Maxwell. **Defining Dicta**. Stanford Law Review, Volume 56, Forthcoming 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=619124> Acessado em 03/11/2016

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução para o idioma português por Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 233

KOZEL, Randy J. **The Scope of Precedent**. Michigan Law Review, Vol. 113, No. 2, 2014. Acessado em 03/11/2016 < <https://papers.ssrn.com/sol3/Results.cfm?RequestTimeout=50000000>> p. 203

MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão**. Disponível em: < http://www.marinoni.adv.br/files_/ARTIGO%20-%20RT%202012.docx>. Acessado em: 02 ago. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.182

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Tradução para o idioma português por Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. 3.ed.rev.,atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Harvard University Press, 2009. p. 40-41

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. University of Virginia School of Law, 2011. Acessado em 03/11/2016 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2015